

**HIV-INFEKTION TARTUTTAMISEN
RIKOSOIKEUDELLINEN ARVIOINTI**

Lapin yliopisto
Maisteritutkielma
Sanna Salminen
Rikosoikeus
2018

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: HIV-infektion tartuttamisen rikosoikeudellinen arviointi

Tekijä: Sanna Salminen

Opetuskokonaisuus ja oppiaine: Rikosoikeus

Työn laji: Tutkielma Laudaturtyö Lisensiaatintyö Kirjallinen työ

Sivumäärä: XI + 77

Vuosi: 2018

Tiivistelmä:

Tutkielmassa selvitetään, kuinka laaja on HIV-positiivisen rikosoikeudellinen vastuu siitä, ettei hän tartuta tautia muille. Tutkielma on rajattu käsittelemään taudin tartuttamista sukupuoliyhteyden kautta. Tutkielmassa tarkastellaan myös oikeuskäytännön muutosta korkeimman oikeuden ensimmäisestä aiheesta käsitelleestä prejudikaatista KKO 1993:92 tähän päivään. Lääketiede on kehittynyt huomattavasti 1990-luvun jälkeen, minkä vuoksi on tarpeen tarkastella sitä, onko oikeuskäytäntö muuttunut lääketieteen kehityttyä, ja vastaako nykyinen oikeuskäytäntö lääketieteellistä tietoa. Tutkielma on oikeusdogmaattinen, mutta siinä on myös oikeushistoriallisia piirteitä.

Aluksi selvitetään rikosoikeudellisen arvioinnin kannalta merkittävimmät tiedot HIV-infektioista, kuten taudinkuva ja tartunnan todennäköisyys. HIV-infektion tartuttaminen seksin kautta ei ole henkeen ja terveyteen kohdistuva rikos perinteisimmästä päästä, minkä vuoksi tarkastellaan, mitkä rikoslain 21 luvun tunnusmerkistöt teko voi täyttää. Myös HIV-positiivisen ja hänen partnerinsa tiedon merkitystä sekä HIV-positiivisen syyllisyyttä arvioidaan. Tavoitteena on ollut aiheen yleisesitys, minkä vuoksi eräät erityiskysymykset on sidottu edellä mainittujen suurempien asiakokonaisuuksien käsittelyn yhteyteen. Tarkasteltavana on muun muassa kysymys siitä, voiko HIV-positiivinen joutua rikosoikeudelliseen vastuuseen menettelystä, johon sukupuoliyhteyden toinen osapuoli on suostunut menettelyn riskeistä, eli HIV-infektion tartuntavaarasta, tietoisena. Myös kondomin käytön merkitystä HIV-positiivisen rikosoikeudellisen vastuun kannalta tarkastellaan.

HIV-infektion tartuttamistapauksien rikosoikeudellinen arviointi on lieventynyt vuosien saatossa lääketieteen kehityttyä. Aiemmin teon rikosoikeudellisessa arvioinnissa lähtökohtana oli henkirikos tai sen yritys, kun tänä päivänä lähtökohtana voi ennemminkin pitää vaaran aiheuttamista tai törkeää pahoinpitelyä riippuen siitä, onko HIV-infektio tarttunut. Asianmukaisesti käytetystä lääkityksestä huolimatta HIV-positiivinen voi joutua rikosoikeudelliseen vastuuseen, jos hän harrastaa seksiä ilman suojausta ja ei kerro taudistaan partnerilleen. Teon rikosoikeudellisessa arvioinnissa HIV-positiivisen velvollisuus informoida kumppaniaan taudista vaikuttaa toissijaiselta verrattuna tartuntariskiä alentaviin toimenpiteisiin.

Avainsanat: HIV, rikosoikeudellinen vastuu, tunnusmerkistön mukaisuus, tahallisuus, rikosoikeus

Muita tietoja:

Suostun tutkielman luovuttamiseen Rovaniemen hovioikeuden käyttöön

Suostun tutkielman luovuttamiseen kirjastossa käytettäväksi

Suostun tutkielman luovuttamiseen Lapin maakuntakirjastossa käytettäväksi

(vain Lappia koskevat)

SISÄLLYS

LÄHTEET	V
LYHENTEET	XI
1 JOHDANTO	1
2 HIV-INFEKTIO	4
2.1 Taudinkuva	4
2.2 Tartunta, tartunnan ehkäisy ja toteaminen.....	4
2.3 Lääketieteen kehitys 1980-luvulta tähän päivään.....	8
3 TEON TUNNUSMERKISTÖN MUKAISUUS	10
3.1 HIV-infektion erityislaatuisuus rikosoikeudellisessa mielessä	10
3.2 Taustalla vaikuttavat säännökset ja periaatteet.....	12
3.2.1 Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate	12
3.2.2 Kirjoitetun lain vaatimus HIV-infektion tartuttamistapauksissa	13
3.3 Tahalliset henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset	15
3.4 Tuottamukselliset henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset	25
3.5 Vaarantamisrikokset	28
3.6 Yhteenveto.....	34
4 TIETO JA TEKIJÄN SYYLLISYYS	36
4.1 Tiedon merkityksestä rikosvastuun kannalta.....	36
4.1.1 Tyyppitilanteiden jaottelu.....	36
4.1.2 Yleisesti HIV-positiivisen tiedon merkityksestä	37
4.1.3 HIV-positiivinen ei ole tietoinen tartunnastaan (A)	39
4.1.4 HIV-positiivinen on tietoinen tartunnastaan (B)	40
4.1.5 Partnerin tieto HIV-infektiosta (C).....	44
4.1.5.1 Yhteinen riskinotto	44
4.1.5.2 Loukatun suostumus	46

4.1.5.3 Vastuuvapautussäännöksen tarpeellisuus	49
4.2 Tahallisuus.....	51
4.2.1 Tahallisuuden määritelmä.....	51
4.2.2 Tahallisuuden lajit	52
4.2.3 Tahallisuuden arviointi HIV-infektion tartuttamistapauksissa.....	56
4.2.4 Kondomin käytön merkitys	59
4.2.5 Tahallisuuden muotojen riittävyys	60
4.3 Tuottamus	62
5 ARVIO LAINSÄÄDÄNNÖN MUUTOSTARPEISTA.....	66
6 JOHTOPÄÄTÖKSET	71
6.1 HIV-positiivisen vastuu.....	71
6.2 Lääketieteen kehityksen vaikutus HIV-tapauksien rikosoikeudelliseen arviointiin	74
6.3 HIV-positiivisen tiedon merkitys	76
6.4 Lopuksi	77

LÄHTEET

Kirjallisuus ja artikkelit

Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo: Perhevarallisuusosoikeus. Helsinki 2010.

Anttila, Inkeri: Loukatun suostumus oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 26. Vammala 1946.

Brummer-Korvenkontio, Henriikki – Hiltunen-Back, Eija – Liisola, Kirsi (toim.) – Kauppinen, Jaana – Keronen, Jukka – Pasanen, Sini – Ristola, Matti – Sutinen, Jussi – Strömberg, Anna-Maija: Suomen hiv-strategia 2018-2020. Ehkäise, testaa ja hoida. Terveyden ja hyvinvoinnin laitos (THL). Ohjaus 28/2017. Helsinki 2017. [https://www.julkari.fi/bitstream/handle/10024/135646/OHJ2017_28_Suomen%20Hiv-strategia%202018-2020_WEB.korjattupdf.pdf?sequence=1] (24.5.2018)

Brummer-Korvenkontio, Henriikki – Liitsola, Kirsi: Hiv ja aids. Teoksessa: Jaakola, Sari – Lyytikäinen, Outi – Rimhanen-Finne, Ruska – Salmenlinna, Saara – Savolainen-Kopra, Carita – Liitsola, Kirsi – Jalava, Jari – Toropainen, Maija – Nohynek, Hanna – Virtanen, Mikko – Löflund, Jan-Erik – Kuusi, Markku – Salminen, Mika (toim.): Tartuntataudit Suomessa 2016. Raportti 5/2017. Terveyden ja hyvinvoinnin laitos. Helsinki 2017. [http://www.julkari.fi/bitstream/handle/10024/135229/RAP2017_5_Tartuntataudit%202016_WEB.pdf?sequence=1&isAllowed=y] (21.2.2018)

Burris, Scott – Cameron, Edwin – Cohen, Jonathan – Clayton, Michaela – Cupido, Delme – Elliot, Richard – Gathumbi, Mikaela – Jürgens, Ralf – Pearshouse, Richard: 10 Reasons to Oppose Criminalization of HIV Exposure or Transmission. 2008. [https://www.gnp-plus.net/assets/wbb_file_updown/2028/10reasons_english.pdf] (14.6.2018)

Fredman, Markku: Syyttäjäistä – ja vähän muustakin – asianajajan näkökulmasta. Teoksessa: Consilio manuque: yhtenäinen syyttäjälaitos 10 vuotta. Toim. Jussi Ohisalo ja Matti Tolvanen. Joensuun yliopisto 2008, s. 5–14.

Fredman, Markku: Asianajosalaisuuksien pitävyys rikosten esitutkinnan ja pakkokeinojen käytön yhteydessä. Defensor Legis 2017/2, s. 222–235.

Frände, Dan: Allmän straffrätt. En introduktion. Helsingfors 1994.

Frände, Dan: Allmän straffrätt. Helsinki 2001.

Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. Helsinki 2005.

Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. 2. uudistettu painos. Porvoo 2012.

Frände, Dan – Wahlberg, Markus – Tolvanen, Matti: Yleisvaaralliset rikokset ja aserikokset. Teoksessa Frände, Dan – Matikkala, Jussi – Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Viljanen, Pekka – Wahlberg, Markus: Keskeiset rikokset. 3. painos. Porvoo 2014, s. 913–956.

Frände, Dan: HD:s straffrätts- och straffprocessrättspraxis åren 2014 och 2015. JFT 1-2/2016, s. 1–92.

- Grönfors, Martti – Partanen, Heikki:* HIV-riskiin vaikuttavista tekijöistä eräissä suomalaisissa erityisryhmissä: Seksuaaliasenteet, sukupuoli-identiteetti ja seksuaalinen käyttäytyminen. AIDS-tukikeskuksen julkaisusarja n:o 2. Helsinki 1991.
- Haapasalo, Jaana:* Kriminaalipsykologia. 2. uudistettu painos. PS-kustannus 2017.
- Hagström, Viggo:* AIDS som juridisk problem. TANO 1988.
- Hahto, Vilja:* Uhrin myötävaikutus ja rikosentekijän vastuu. Rikos- ja vahingonkorvausoikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa. Helsinki 2004.
- Heinonen, Olavi – Koskinen, Pekka – Lappi-Seppälä, Tapio – Majanen, Martti – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Rautio, Ilkka:* Rikosoikeus. 2. uudistettu painos. Juva 2002.
- Hermunen, Pauliina:* Yritysupista. Teoksessa: Rikosoikeuden uudistuneet yleiset opit. Toim. Raimo Lahti – Timo Ojala. Saarijärvi 2004, s. 249–263.
- Hertzberg, Leo R.:* HIV-tartunta oikeudellisena ongelmana. Teoksessa: Tietoiseksi: Tietoa ja näkemyksiä seksuaalipolitiikasta. Toim. Pirjo Rantalainen. Helsinki 1988, s. 137–148.
- Husa, Jaakko – Mutanen, Anu – Pohjolainen, Teuvo:* Kirjoitetaan juridiikkaa. Ohjeita oikeustieteellisten kirjallisten töiden laatijoille. 2. uudistettu painos. Helsinki 2008.
- Hyttinen, Tatu:* Olosuhdetahallisuuden vakioitu alaraja – Oikeusturvaa vai korkeimman oikeuden retoriikkaa. Defensor Legis 6/2016, s. 916–933.
- Hyttinen, Tatu – Tapani, Jussi:* HIV-infektio ja rikosoikeudellinen vastuu. Lakimies 6/2017, s. 767–788.
- Häyry, Heta:* Who Should Know about My HIV Positivity and Why? Teoksessa: HIV and AIDS, Testing, screening, and confidentiality. Toim. Bennett, Rebecca – Erin, Charles A. Oxford University Press 2001, s. 240–250.
- Järvi, Antti – Nikkanen, Hanna:* Karanteeni: Kuinka AIDS saapui Suomeen. Tallinna 2014.
- Knuts, Märten:* Den som sig i leken ger... - en straffrättslig granskning av samtycke till HIV-sex. JFT 2001/5, s. 409–425.
- Kukkonen, Reima:* KKO 2015:83 HIV-infektio ja vakavan vaaran aiheuttaminen. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein 2015:II. Toim. Pekka Timonen. Vilna 2016(a). [fokus.talentum.fi] (31.5.2018)
- Kukkonen, Reima:* KKO 2015:84 HIV-infektio ja törkeän pahoinpitelyn yritys. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein 2015:II. Toim. Pekka Timonen. Vilna 2016(b). [fokus.talentum.fi] (31.5.2018)
- Kukkonen, Reima:* KKO 2017:8 Törkeä pahoinpitely, vakava sairaus ja rangaistuksen mittaaminen. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein 2017:I. Toim. Pekka Timonen. Vilna 2017. [fokus.talentum.fi] (31.5.2018)

- Lahti, Raimo*: Potilastietojen luottamuksellisuuden suoja kolmen lainsäädäntöuudistuksen valossa. Teoksessa: Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944 - 12/6 - 2004. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 35. Helsinki 2004, s. 206–216.
- Laine, Janne – Mikkola, Janne*: HIV-infektio. *Duodecim* 7/2018, 134. vuosikerta, s. 743–745.
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus III. *Lakimies* 3/2004, s. 422–450.
- Lappi-Seppälä, Tapio – Hakamies, Kaarlo – Helenius, Dan - Koskinen, Pekka – Majanen, Martti – Melander, Sakari – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Ojala, Timo – Rautio, Ilkka*: Rikosoikeus. 3. uudistettu painos. Juva 2009.
- Leijonhufvud, Madeleine*: HIV-smitta – straff- och skadest ndsansvar. Göteborg 1993.
- Liljeström, Marita*: Gällande lagstiftning och rättsskyddet för personer med HIV-infektion. *JFT* 2–3/1989, s. 119–144.
- Lumio, Jukka*: HIV-infektio ja AIDS (immuunikato). Lääkärikirja *Duodecim*. 13.2.2017(a). [https://www.terveyskirjasto.fi/terveyskirjasto/tk.koti?p_artikkeli=dlk01190] (20.2.2018)
- Lumio, Jukka*: Tietoa potilaalle: HIV-infektio ja AIDS (immuunikato). Lääkärikirja *Duodecim*. 13.2.2017(b). [http://www.ebm-guidelines.com/dtk/hpt/avaa?p_artikkeli=dlk01190] (27.4.2018)
- Lumio, Jukka*: HIV (ihmisen immuunikatovirus). Lääkärikirja *Duodecim*. 21.6.2017(c). [https://www.terveyskirjasto.fi/terveyskirjasto/tk.koti?p_artikkeli=dlk01189] (20.2.2018)
- Matikkala, Jussi*: HIV-infektio, seksi ja rikosoikeudellinen vastuu. Vammala 1995.
- Matikkala, Jussi*: Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset. Helsinki 2000.
- Matikkala, Jussi*: En kommentar till uppsåt och HIV ur den finska straffrättens synvinkel. *JT* 2004-2005, s. 397–403.
- Matikkala, Jussi*: Tahallisuudesta rikosoikeudessa. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 263. Helsinki 2005.
- Matikkala, Jussi*: Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset. Teoksessa Frände, Dan – Matikkala, Jussi – Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Viljanen, Pekka – Wahlberg, Markus: Keskeiset rikokset. 3. painos. Porvoo 2014, s. 185–275.
- Melander, Sakari*: Rikosoikeus 2010-luvulla. Helsinki 2010.
- Melander, Sakari*: Rikosvastuun yleiset edellytykset. Tallinna 2016.
- Niiniviita, Ville*: Pahoinpitelyrikoksen törkeäksi tekevät perusteet oikeuskäytännön valossa. *Lakimies* 4/2012, s. 559–581.

- Nuotio, Kimmo*: Kirja-arvostelu teoksesta HIV-infektio, seksi ja rikosoikeudellinen vastuu, kirj. Jussi Matikkala. *Lakimies* 1/1997, s. 111–120.
- Nuotio, Kimmo – Majanen, Martti*: Rikosoikeuden poluilla. Helsinki 2003.
- Nuotio, Kimmo*: Todennäköisyystahallisuuden tilasta ja tarinasta. *Lakimies* 7–8/2017, s. 970–991.
- Nuutila, Ari-Matti*: Syyllisyydestä vastuullisuuteen? Syyllisyysteoreettinen tutkimus. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Rikos- ja prosessioikeuden sarja A N:o 18. Turku 1991.
- Nuutila, Ari-Matti*: Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Helsinki 1996.
- Nuutila, Ari-Matti*: Rikoslain yleinen osa. Jyväskylä 1997.
- Nuutila, Ari-Matti*: KKO 1999:102. Syyllistyykö väkivaltainen HIV-positiivinen henkirikoksen yritykseen? Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein II 1999. Toim. Pekka Timonen. Jyväskylä 2000. [fokus.talentum.fi] (31.5.2018)
- Oakeshott, Veronica*: Effective Laws to End HIV and AIDS: Next Steps for Parliaments. Inter-Parliamentary Union (IPU) 2013.
- Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti*: Rikosoikeuden yleinen osa: Vastuuoppi. 2. uudistettu painos. Helsinki 2013.
- Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti*: Rikosoikeus. Rangaistuksen määrääminen ja täytäntöönpano. 3., uudistettu painos. Helsinki 2016(a).
- Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti*: Straffrättens ansvarslära. Turenki 2016(b).
- Tolvanen, Matti*: Tuottamus ja uhrin myötävaikutus. *Defensor Legis* N:o 4/2015, s. 626–643.
- Träskman, Per-Ole*: Att döda genom kärlek. Straffrättsdogmatik och rättspolitik i slagskuggan av HIV. *Retfaerd* 1993, s. 31–48.
- Ulväng, Magnus*: Likgiltighet – kan man bevisa en attityd? *JFT* 5–6/2008, s. 642–668.
- Vihriälä, Helena*: Tahallisuuden näyttäminen. Helsinki 2012.

Verkkosivut ja -artikkelit

- Arvo-palvelu*: HIV-altistuneen lääkkeellinen estohoito ei-ammattillisen altistustapahtuman jälkeen (nPEP). [<http://arvosta.fi/hiv-altistuneen-laakkeellinen-estohoito-ei-ammattillisen-altistustapahtuman-jalkeen-npep/>] (6.5.2018)
- Hivpoint (A)*: Miten HIV ei tartu. [<https://hivpoint.fi/hiv-ja-aids/miten-hiv-ei-tartu/>] (24.5.2018)

Hivpoint (B): Uusin tutkimustieto vahvistaa: HIV ei tartu! [<https://hivpoint.fi/partner-tutkimus-hiv-ei-tartu/>] (24.5.2018)

Positiiviset ry: Hiv-lääkitys estää hivin tarttumisen. [<https://www.positiiviset.fi/fi-FI/hivista/hiv-laeakitys-estaeae-hivin-tarttumisen>] (24.5.2018)

STT: Asiantuntijat: Hiv-oikeudenkäynneissä kohtuuttomia rangaistuksia. Helsingin Sanomat 5.11.2012. [<https://www.hs.fi/kotimaa/art-2000002577575.html>] (31.5.2018)

Terveyden ja hyvinvoinnin laitos: Hiv. Päivitetty 10.9.2015. [<https://www.thl.fi/fi/web/infektiotaudit/taudit-ja-mikrobit/virustaudit/hiv>] (21.2.2018)

Valkonen, Noora: Oudot oireet saivat selityksen: ”Otan aamulla yhden pillerin ja se on siinä”, sanoo hiv-positiivinen Katja, 47. Ilta-Sanomat 28.2.2018. [<https://www.is.fi/terveys/art-2000005585673.html>] (24.5.2018)

Virallislähteet

Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 63/1999)

Euroopan unionin perusoikeuskirja (2000/C 364/01)

HE 94/1993 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi. Helsinki 1993.

HE 44/2002 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lain-säädännön uudistamiseksi. Helsinki 2002.

Korkein oikeus

KKO 1950 II 36

KKO 1981 II 32

KKO 1993:92

KKO 1995:143

KKO 1997:108

KKO 1998:1

KKO 1998:2

KKO 1999:102

KKO 2003:115

KKO 2012:94

KKO 2013:57

KKO 2013:82

KKO 2014:41

KKO 2015:83

KKO 2015:84

KKO 2017:8

Hovioikeudet

Helsingin hovioikeus 18.4.2018 18/116352, vailla lainvoimaa

LYHENTEET

AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
HAART	Highly Active Antiretroviral Therapy
HE	hallituksen esitys eduskunnalle
HeHO	Helsingin hovioikeus
HIV	Human Immunodeficiency Virus
HO	hovioikeus
JFT	Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
KKO	korkein oikeus
PEP	Post Exposure Prophylaxis
PL	Suomen perustuslaki (731/1999)
RL	rikoslaki (39/1889)
vp	valtiopäivät

1 JOHDANTO

Tutkin maisteritutkielmassani HIV-infektion tartuttamisen rikosoikeudellista arviointia, ja sitä miten arviointi on muuttunut vuosien saatossa lääketieteen kehittyessä ja ehkä asenneilmapiirinkin muuttuessa.

Oikeustieteilijälle HIV-tartunta on rikosoikeudellisessa mielessä kiinnostava. Tämän nykylääketieteen valossa parantumattoman viruksen tartuttaminen ja tartuntavaaran aiheuttaminen tarjoaa mielenkiintoisia rikosoikeudellisia kysymyksiä ja myös eettistä pohdintaa. HIV-infektion tartuttaminen toiselle kun johtaa elinikäiseen sairauteen. Toisaalta oikeustieteilijä voi tutkia infektion tartuttamista myös esimerkiksi vahingonkorvausoikeudellisessa mielessä. Rikosoikeus ei kuitenkaan tarjoa ratkaisua HIV-infektion leviämisen ehkäisyyn. HIV-infektion leviämisen ehkäisyssä rikosoikeutta ja kriminalisointeja tärkeämpää on kansalaisille annettava informaatio ja valistus siitä, miten taudilta, sen tarttumiselta tai tartuttamiselta voi suojautua.¹ Rikosoikeuden käyttöä HIV-infektion yhteydessä on kuitenkin perusteltu muun muassa sillä, että valtio on sitoutunut perusoikeuksien ja etenkin hengen ja terveyden suojeluun.²

HIV-infektio ja sen tarttuminen on ensisijaisesti lääketieteellinen ongelma. Lääketieteellä on muita tieteidenaloja huomattavasti paremmat edellytykset ratkaista se, miten virus saadaan eliminoitua tai ainakin sen tarttuminen estettyä. Kun HIV-infektio löydettiin, aiheutti se paniikinomaisen reaktion ihmisissä. Vaikka ongelma oli ensisijaisesti lääketieteellinen, muut tieteenalat ja yhteiskunta eivät voineet sulkea silmiään infektion yhteiskunnallisilta vaikutuksilta. Kuitenkin kun tehdään yhteiskunnallisia ratkaisuja HIV-infektioon ja sen tartuttamiseen liittyen, tulee lääketiede ottaa huomioon, sillä lopulta lääketiede ohjaa HIV-infektion hoitoa ja tutkimusta. Ajankohtaisen lääketieteellisen tiedon tulisi olla kaikkien päätöksien perusta.³ Kun HIV-infektion tartuttamista arvioidaan oikeudellisesti, tulee arvioinnissa ottaa huomioon näiden kahden tieteenalan – oikeustieteen ja lääketieteen – risteymä. Esimerkiksi tartunnan todennäköisyyden arvioinnissa pitäisi pystyä irrottautumaan taudin tartunnan teoreettisesta mahdollisuudesta (teoreettinen mahdollisuus tartunnalle on käytännössä aina) ja ottaa huomioon myös se, millaisia toimia terveydenhuollossa pidetään huolellisina HIV-positiiviselta. On esitetty, että juridisen arvioinnin tulisi päätyä samaan lopputulokseen kuin terveystalouden.⁴ Epäselvyyttä aiheuttaa

¹ Näin myös *Matikkala* 1995, s. 26. Ks. *Träskman* 1993, s. 47. Ks. myös *Burris ym.* 2008, s. 6–7.

² *Matikkala* 1995, s. 26.

³ Ks. *Hertzberg* 1988, s. 137.

⁴ *Matikkala* 1995, s. 30.

tosin se, onko juridiikka tässä suhteessa alisteisessa asemassa terveystieteeseen nähden.⁵ HIV-infektion saaneet saavat informaatiota taudista ensisijaisesti hoitohenkilökunnalta. Terveystieteiden ohjeistuksien merkitys HIV-infektion tartuttamisen rikosoikeudellisessa arvioinnissa on ratkaistava. Esimerkiksi jos terveystieteiden ohjeistetaan HIV-positiivista käyttämään kondomia sukupuoliyhteydessä, voiko kondomia käyttänyttä HIV-positiivista rankaista suojaatun seksin harrastamisesta? Jäljempänä tarkastellaankin HIV-positiivisten saamaa informaatiota ja sen merkitystä HIV-positiivisen rikosvastuun kannalta erityisesti korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiä avulla.

Ensimmäinen korkeimman oikeuden ennakkopäätös annettiin aikana, jolloin tartunnan todennäköinen seuraus oli kuolema. HIV-infektion hoito on kehittynyt 1990-luvulta tähän päivään merkittävästi, ja enää tartunnan saaminen ei ole automaattisesti kuolemantuomio. Ajoissa aloitettu hoito pysäyttää taudin etenemisen, jolloin tartunnan saaneet elävät ainakin lähes normaalielämän. 2010-luvulla korkein oikeus on antanut kolme ennakkopäätöstä HIV-infektion tartuttamiseen liittyen. Nämä ennakkopäätökset muodostavat niin sanotun prejudikaattisarjan. Muun muassa tätä prejudikaattisarjaa ja oikeuskirjallisuutta hyödyntäen tavoitteeni on selvittää, onko HIV-infektion tartuttamisen rikosoikeudellinen arviointi muuttunut lääketieteen kehittyessä, ja minkä laajuinen on HIV-positiivisen vastuu seksiä harrastaessaan nykypäivänä.

Tutkimusmenetelmäni on lainopillinen eli oikeusdogmaattinen. Lainopillisessa tutkimuksessa selvitetään, mikä on voimassa olevan oikeuden sisältö käsiteltävässä oikeusongelmassa.⁶ Juuri voimassa olevan oikeuden sisällön selvittäminen on tärkeää nyt, kun korkein oikeus on antanut tuoreimmat prejudikaattinsa aiheesta, joka on väistämättä sidoksissa toisen tieteenalan kehitykseen. Toisaalta tutkimuksessani on myös oikeushistoriallisia elementtejä, sillä pyrin selvittämään, onko aiheen rikosoikeudellinen arviointi muuttunut lääketieteen kehittyttyä. Oikeushistoriaan kuuluu sen kehityksen tarkastelu, joka on johtanut voimassa olevien oikeudellisten sääntöjen syntyyn.⁷ Tosin pääpaino tässä tutkielmassa on voimassa olevan oikeuden sisällön selvittämisessä.

Tutkielmani keskittyy HIV-infektion tartuttamiseen seksuaalisessa kanssakäymisessä, sillä juuri seksi on taudin yleisin tartuntatapa Suomessa. Seksiteitse tapahtuva tartunta on myös rikosoikeudellisesti mielenkiintoinen tekemuoto, minkä vuoksi sen tarkastelu on perusteltua.

⁵ Matikkala 1995, s. 31.

⁶ Husa ym. 2008, s. 20.

⁷ Husa ym. 2008, s. 21.

Tutkielman ulkopuolelle rajataankin ruiskuhuumeiden käytössä, verituotteista tai äidistä lapseen saadut tartunnat, sillä niiden määrä ja merkitys Suomessa on erittäin vähäinen.⁸

Tutkimusaineistona on käytetty enimmäkseen lainsäädäntöä, lainvalmisteluaineistoa, oikeuskirjallisuutta ja oikeuskäytäntöä. Oikeuskäytännön tarkastelussa tukeudun pääosin korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiin. Pyrin analysoimaan korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiä ja niiden perusteluja kattavasti tavoitteenani selvittää, onko ratkaisukäytäntöön tullut muutoksia lääketieteen kehityksen myötä. Soveltuvatko kaikki aiemmin soveltuviksi katsotut tunnusmerkistöt edelleen HIV-infektion tartuttamistapauksiin? Korkeimman oikeuden ennakkopäätöksillä havainnollistan myös HIV-infektion tartuttamisen rikosoikeudelliseen arviointiin liittyviä ongelmia. Korkeimman oikeuden prejudikaatit ovat keskeisiä myös HIV-positiivisen vastuun arvioinnissa. Korkeimman oikeuden prejudikaattien lisäksi olen katsonut perustelluksi tilata hovioikeuksista ne HIV-infektion tartuttamista käsittelevät tuomiot, jotka on annettu korkeimman oikeuden prejudikaattien 2015:83 ja 2015:84 julkaisun jälkeen. Näitä tuomioita oli vain yksi.⁹ Tätä hovioikeuden tuomiota en pyri analysoimaan yhtä kattavasti kuin korkeimman oikeuden prejudikaatteja, vaan sen rooli tässä esityksessä on havainnollistaa nykyistä oikeuskäytäntöä.

Valitsemani aihe sisältää paljon erityiskysymyksiä. Pyrin tutkielmallani aiheen yleisesitykseen, minkä vuoksi olen sisällyttänyt erityiskysymysten käsittelyn osaksi suurempia linjoja – tunnusmerkistön mukaisuuden ja tahallisuuden käsittelyä. Olen jakanut kappaleet klassisen rikoksen rakennemallin mukaan niin, että tahallisuutta käsitellään erillään tunnusmerkistön mukaisuudesta, sillä tämä on perinteinen malli Suomessa.¹⁰ Vaikka kysymys HIV-infektion tartuttamisen erilliskriminalisoinnista ei suoranaisesti vastaa tutkimuskysymyksiini, on sen käsittely aiheen kannalta perusteltua. Useimmat aihetta käsitelleet oikeustieteilijät ovat ottaneet tähän kantaa, ja oikeuskäytännön muutoksia selvitetessä on perusteltua tarkastella myös sitä, miten kysymykseen erilliskriminalisoinnin tarpeellisuudesta tulisi tänä päivänä vastata.

⁸ Tutkielmassa käsitellään kuitenkin korkeimman oikeuden tapausta KKO 1999:102, jossa HIV-tartunnan epäily ei kohdistunut seksiteitse tapahtuneeseen tartuntaan.

⁹ Asiakirjapyyntö kaikkiin Suomen hovioikeuksiin on tehty 6.5.2018. HIV-infektion tartuttamistapauksia ei ole ryhmitelty omana asiaryhmänään, joten ratkaisuja haettiin sanahaulilla (HIV, HIV-infektio ja HI-virus). Tuomioita on pyydetty niiden julkisilta osin.

¹⁰ Tahallisuus sijoitetaan klassisessa rikoksen rakennemallissa syyllisyyteen. Uudemmissa saksalaisissa malleissa tahallisuus on sijoitettu tunnusmerkistön mukaisuuteen. Se voidaan myös sijoittaa molempiin. Suomessa ja Pohjoismaissa tahallisuus on yleensä ymmärretty syyllisyyskysymyksenä, joskin nykyään tätä ei ole pidetty itsestään selvänä. Tahallisuuden paikasta rikoksen rakenteessa *Matikkala* 2005, s. 45–51.

2 HIV-INFEKTIO

2.1 Taudinkuva

HIV (Human Immunodeficiency Virus) on virus, joka tuhoaa ihmisen puolustusjärjestelmää. Hoitamattomana HIV-infektio aiheuttaa ihmisille hankitun immuunikato-oireyhtymän eli AIDS-taudin (Acquired Immune Deficiency Syndrome). HI-virusta ei kyetä hoidollakaan poistamaan, vaan elimistön soluihin päästyään se jää niihin pysyvästi ja vaurioittaa elimistön puolustusjärjestelmää.¹¹ Hoitamattomana HIV-infektio etenee AIDS-vaiheeseen. AIDS-taudiksi kutsutaan pitkälle edenneeseen HIV-infektioon liittyviä tauteja. AIDS-tautiin liittyy muuten harvinaisten tartuntatautien ja syöpien ilmaantuminen.¹² AIDS-tauti on tappava. Tautiin ei ole löydetty parannuskeinoja.

2.2 Tartunta, tartunnan ehkäisy ja toteaminen

HIV-infektio tarttuu vain, jos HIV-positiivisen verta tai siemennestettä joutuu toisen henkilön avoimeen haavaan tai kudoksiin. Tarttuminen edellyttää rikkoutunutta ihoa, eikä tauti tartu terveen ihon läpi. Myös limakalvon läpi tauti tarttuu huonosti.¹³ HIV-infektio voikin tarttua monella tapaa. Seuraavasta taulukosta ilmenevät tartuntatavoittain eriteltyinä tartuntojen lukumäärät ja prosentuaalinen osuus kaikista tartunnoista.

HIV-TARTUNTOJEN MÄÄRÄ SUOMESSA VUONNA 2016¹⁴

Tartuntatapa	Määrä	%-osuus
Heteroseksu	78	58
Miesten välinen seksi	44	32
Ruiskuhuumeiden käyttö	6	3
Verituotteet	5	3
Äidistä lapseen	1	1

¹¹ Lumio 2017c, jaksossa Virus.

¹² Lumio 2017a, jaksossa AIDS.

¹³ Lumio 2017c, jaksossa Tartuntatiet.

¹⁴ Taulukko on koostettu Terveiden ja hyvinvoinnin laitoksen raportista 5/2017 ilmenevin lukumäärin. *Brummer-Korvenkoti – Liitsola 2017, s. 31.*

Taulukosta käy ilmi, että suurin osa tartunnoista on saatu seksiteitse joko heteroseksissä tai miesten välisessä seksissä. Heteroseksin välityksellä saadut tartunnat painottuivat miehiin ja ulkomaalaista alkuperää oleviin henkilöihin. Ulkomailla saaduissa tartunnoissa painottui Thaimaa, joka on taudin tartuntamaana yleistynyt viime vuosina. Suomalaisten saamista tartunnoista kotimaista alkuperää oli kuitenkin kaksi kolmesta.¹⁵ Kiinnostava huomio taulukossa on se, että aiemmin vahvasti miesten välisessä seksissä leviäväksi ja homoseksuaalien taudiksi leimattu HIV-infektio on todettu vuonna 2016 heteroseksissä tarttuneeksi useammin kuin miesten välisessä seksissä. Tauti ja siltä suojautuminen koskee ihan yhtä lailla heteroseksuaaleja kuin homoseksuaalejakin.

Ruiskuhuumeiden käyttöön liittyvät tartunnat todettiin kaikki ulkomaalaista alkuperää olevilla henkilöillä. Myös ainoa laatuun oleva äidistä lapseen -tartunta oli saatu ulkomailta. Kaikki verituotteista tartunnan saaneet olivat myös ulkomaalaisia. Vähäinen tartuntojen määrä näissä tartuntalajeissa on selitettävissä sosiaali- ja terveydenhuollon tehokkailla menetelmillä tartuntojen torjumiseksi. Esimerkiksi äidistä lapseen tapahtuneita tartuntoja ei ole Suomessa diagnosoitu vuoden 2000 jälkeen.¹⁶ Suomalainen terveydenhuolto onkin jo vuosia tehnyt töitä HIV-tartuntojen vähentämiseksi. Suomessa raskaana oleville tarjotaan jo neuvolassa HIV-seulontaa, jotta äidin tauti ei tarttuisi lapseen, vaan voidaan estää raskaudenaikaisella lääkehoidolla. Verituotteista tartuntoja ei Suomessa pitäisi saada, sillä kaikki verenluovuttajat seulotaan HIV-infektion varalta.¹⁷ Lisäksi ihmisten kynnystä testauttaa itsensä HI-viruksen varalta on pyritty laskemaan: testin saa halutessaan (jopa kotipaikkakunnan ulkopuolisessa) terveyskeskuksessa, sukupuolitautien poliklinikalla, opiskelijaterveydenhuollossa, ruiskuhuumeita käyttävien terveysneuvontapisteissä, Hivpointissa, SPR:n Pluspisteessä sekä yksityisellä lääkäriasemalla. Tutkimus on maksuton kunnallisessa terveydenhoidossa. Kunnallisessa terveydenhoidossa myös HIV-infektion hoito on maksutonta.¹⁸

Valtaosa HIV-infektion saaneista on saanut taudin sukupuoliyhteydessä. Veristen välineiden käyttäminen huumepestoksissa on edellä esitetyin tavoin toiseksi yleisin tapa saada tartunta.¹⁹

¹⁵ *Brummer-Korvenkotio – Liitsola 2017*, s. 31.

¹⁶ *Brummer-Korvenkotio – Liitsola 2017*, s. 31.

¹⁷ Näiden tehokkaiden tartunnan ehkäisyksi tehtyjen toimien vuoksi nämä harvinaisemmat tartuntatavat on voitu rajata tutkielman ulkopuolelle.

¹⁸ *Terveyden ja hyvinvoinnin laitos 2015*. Suomessa myös muutama vapaaehtoisjärjestö toimii HIV-infektion estämiseksi ja sairastuneiden tueksi. Mainittava on ensinnäkin Hivpoint (entinen Hiv-tukikeskus ja Aids-tukikeskus), Seta ry ja Positiiviset ry, jotka tekevät jatkuvaa työtä taudin vaikutusten vähentämiseksi ja HIV-positiivisten auttamiseksi.

¹⁹ Lisäksi tartunnan voi saada verensiirrosta tai kudossiirroissa. Tauti voi myös tarttua HIV-positiiviselta äidiltä lapseen.

Riski saada tartunta vaihtelee suuresti HIV-positiivisen infektion vaiheesta ja viruksen määrästä veressä riippuen. Riski tartunnan saamiseen tai toisaalta tartuttamiseen on erityisen suuri, kun tartunta on varsin tuore (muutama viikko tartunnan jälkeen) ja kun tauti on edennyt AIDS-vaiheeseen. *Jukka Lumio* mukaan kaikki HIV-positiiviset eivät kuitenkaan tartuta tautia. Näin on silloin, kun virusten määrä elimistössä on niin vähäinen, ettei laboratoriotestikään virusta totea.²⁰ Jäljempänä esitellyin tavoin voimme kuitenkin todeta, että asiasta ei olla yksimielisiä, ja tartunnan mahdollisuutta ei välttämättä voi sulkea kokonaan pois.²¹ Virusmäärä voi olla elimistössä vähäinen erityisesti asianmukaisen lääkehoidon seurauksena. Muun muassa *Janne Laine* ja *Janne Mikkola* kirjoittavat, että pitkäaikainen tehokas lääkehoito vähentää voimakkaasti HIV-infektion tarttuvuutta.²² He eivät kuitenkaan väitä taudin olevan lääkehoidon aikana tarttumaton.

Osa ihmisistä on lähes suojassa tartunnalta. Tämä johtuu siitä, että osalla ihmisistä solut ovat sellaisia, että viruksen on vaikea löytää niiden pinnalta sopivaa reseptoria. Ihmisissä on eroja HI-virukselle kelpaavien reseptorien määrissä. Tämä johtaa eroihin sekä herkkyydessä saada tartunta että siinä, kuinka nopeasti HIV-infektiosta kehittyy AIDS.²³

Kuten sanottu, HIV-infektio tarttuu vain, jos taudin kantajan verta tai siemennestettä joutuu toisen avoimeen haavaan tai kudoksiin. Tartunta on mahdollinen suojaamattomassa seksissä. Tartunnan voi saada niin emätinyhdynnässä, anaalinyhdynnässä kuin suuseksissäkin. Anaalinyhdynnässä taudin tarttumisen todennäköisyys passiiviselle osapuolelle on kuitenkin suurin, sillä anaalinyhdynnässä haavaumia syntyy todennäköisemmin kuin muissa seksimuodoissa. Tartuntaa ei tarvitse pelätä HIV-positiivisen kanssa tavallisessa kanssakäymisessä, käsikosketuksessa, ruokailussa, halattaessa tai suudeltaessa. Tartuntoja ei ole saatu myöskään puremavammoista, raapimisesta tai kolhuista esimerkiksi liikuntaa harrastettaessa.²⁴ Arkipäiväisessä kanssakäymisessä HIV-infektio ei tartu, eikä HIV-positiivisen kanssa oleskelua tarvitse vältellä taudin tarttumisen pelossa.

HIV-infektion tartuntariski on pieni, vaikkei HIV-positiivinen käyttäisikään viruslääkitystä. Suojaamattomassa emätinyhdynnässä tartuntariski naisen osalta on 1:200 – 1:2000 ja miehen

²⁰ *Lumio* 2017c, jaksossa Tartuntatiet.

²¹ Oman mielenkiintonsa keskusteluun ovat tuoneet tutkimukset ja kannanotot HIV-infektion tarttuvuudesta. Ks. KKO 2015:83, perustelukohdat 15-23, joissa esitellään lyhyesti sveitsiläislääkäreiden kannanotto, HPTN 052-seurantatutkimus, kanadalaistutkimus ja Partner-tutkimus.

²² *Laine – Mikkola* 2018, s. 745.

²³ *Lumio* 2017a, jaksossa HIV-infektion kehittyminen taudiksi.

²⁴ *Lumio* 2017c, jaksossa Tartuntatiet.

osalta 1:700 – 1:3000. Jos tartunta on tuore tai henkilöllä on muu sukupuolitauti, tartuntariski voi olla 1:100. Anaaliyhdyntässä riskin vaihteluväli on noin 1:20 – 1:300. Anaaliyhdyntässä vastaanottavan, passiivisen osapuolen riski saada tartunta on kaksinkertainen aktiiviseen osapuoleen nähden. Suuseksissä tartuntariski on vielä pienempi kuin emätin- tai anaaliyhdyntässä.²⁵

HIV-infektion tarttumista sukupuoliyhteydessä voidaan ehkäistä monin tavoin. Tärkein yksittäinen tekijä tartunnan välttämiseksi on turvaseksi, jossa kondomin käyttö on keskeistä. Kondomin käyttämisestä on myös se etu, että se suojaa HIV-infektion lisäksi muilta sukupuolitaudeilta. Kondomin oikeaoppinen käyttö on katsottu lääketieteessä riittäväksi HIV-infektion ehkäisyssä.²⁶ Miesten välisessä seksissä suositellaan lisäksi käytettävän vesi- tai silikonipohjaista liukuvoidetta,²⁷ sillä liukuvoiteen käyttö ehkäisee haavaumien syntyä. Mekaaninen hankaus saattaa myös rikkoa kondomin normaalia herkemmin.

Myös erilaisilla lääkehoidoilla voidaan ehkäistä taudin leviämistä. HAART-lääkehoidossa veressä olevien virusten määrä saadaan noin 90 prosentilla potilaista alle mittausrajan. Kun virusten määrä on alle mittausrajan, tartunnan riski on niin vähäinen, ettei sen huomioiminen ole tarpeen. Jos henkilö kuitenkin epäilee altistuneensa tai altistuvansa tartunnalle, voidaan harkita ennaltaehkäisevää lääkitystä.²⁸ Kun lääkehoidon HIV-infektiota vastaan aloittaa jo taudin oireettomassa vaiheessa, voidaan sairastuminen AIDS-tautiin todennäköisesti kokonaan estää.²⁹ Parantavaa hoitoa sairauteen ei kuitenkaan ole, vaikka nykyään lääkehoidolla voidaan estää viruksen lisääntyminen ja taudin eteneminen tappavaan AIDS-tautiin.³⁰

HIV-infektion ensioireita tulee 30-50 prosentille tartunnan saaneista. Oireet ilmenevät 2-6 viikon kuluttua tartunnasta. Oireita ovat esimerkiksi väsymys, lämpöily, päänsärky, kurkkukipu, ripuli, lihas- ja nivelsärky sekä imusolmukesuurentumat ja pieninäppyläinen ihottuma iholla. Ensioireet häviävät kuukaudessa.³¹ Heti tartunnan jälkeen HIV-infektio ei välttämättä näy laboratoriotesteissä. Viruksen ilmaantuminen vereen ja varsinkin vasta-aineiden syntyminen vie

²⁵ KKO 2015:83, perustelukohta 14. Tartuntatodennäköisyydet vaihtelevat hieman lähteestä riippuen, mutta suuruusluokka pysyy suhteellisen samana. Tässä näin myöhemmän esityksen vuoksi perustelluimmaksi esitellä tartuntatodennäköisyydet, joilla korkein oikeus on operoinut. Vrt. esim. *Lumio* 2017c, Taulukko 2.

²⁶ *Lumio* 2017c, jaksossa Tartunnan ehkäisy ja Taulukko 3.

²⁷ *Terveystieteiden tutkimuskeskus* 2015. Liukuvoiteen koostumuksen täytyy olla vesi- tai silikonipohjainen, sillä muut liukuvoiteet saattavat haurastuttaa kondomia.

²⁸ *Lumio* 2017c, Taulukko 3.

²⁹ *Lumio* 2017a, jaksossa Oireeton välivaihe eli latenssi.

³⁰ *Terveystieteiden tutkimuskeskus* 2015.

³¹ *Laine – Mikkola* 2018, s. 743.

joitakin viikkoja. Laboratoriotestissä tutkitaan verestä viruksen rakenteita ja vasta-aineita. Lopullisesti tartunnan mahdollisuus voidaan poissulkea, kun kolme kuukautta on kulunut mahdollisesta tartuntatilanteesta. Valtaosa infektioista voidaan kuitenkin todeta jo kuuden viikon kulluttua tartunnasta.³²

2.3 Lääketieteen kehitys 1980-luvulta tähän päivään

Ensimmäiset havainnot AIDS-taudista tehtiin vuonna 1981, ja vuonna 1984 tunnistettiin sitä aiheuttava HI-virus. AIDS-havainnon jälkeen 1980-luvulla ihmiset pelkäsivät tautia laajalti, osin perusteettakin. Terveystieteiden ammattilaisiensa eivät olleet yksimielisiä siitä, millaiset toimet AIDS-taudin leviämisen ehkäisyksi olisivat tarpeen. Tutkimus eteni 80-luvulla nopein harppauksin, sillä tauti levisi nopeasti Afrikasta vauraisiin maihin, joissa tutkimukseen laitettiin paljon resursseja ja rahaa. Myös pelko sairastumisesta tehosti tutkimuksen vauhdikasta etenemistä.³³ Suomen ensimmäinen AIDS-tauti diagnosoitiin vuonna 1983.³⁴ Kuitenkin ”jo” 1990-luvulla tilanne oli Suomessa muuttunut yleisestä pelkotilasta ja paniikista asiallisempaan suuntaan.³⁵ Tällöin annettiin myös ensimmäinen korkeimman oikeuden ratkaisu HIV-infektion tartuttamiseen liittyen, KKO 1993:92.³⁶

Harppaukset HIV-infektion tutkimuksessa 1980-luvulla eivät jääneet viimeisiksi. Lääketiede on HIV-infektion hoidon suhteen kehittynyt huomasti sitten 80- ja 90-luvun. Korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 1993:92 ilmenee, kuinka 80- ja 90-lukujen taitteessa taudista oli saatavissa jo varsin paljon tietoa. Tuolloin tiedettiin muun muassa, että tartunta ilmeni ihmisissä eri tavoin. Osalla tauti eteni nopeasti. Tilaston mukaan seitsemän vuoden kulluttua tartunnasta AIDS-vaiheeseen oli edennyt 30 prosenttia tartunnan saaneista. AIDS-vaiheeseen edettyä elinajanodote oli vain 18-20 kuukautta. Kun tartunnasta oli kulunut 15 vuotta, 78–100 prosenttia tartunnan saaneista oli edennyt AIDS-vaiheeseen. Ylivoimaisesti suurin osa HIV-infektion saaneista sairastui vakavasti. Kaikki AIDS-vaiheeseen edenneet kuolivat tautiin. Tautiin ei ollut keksitty parantavaa hoitoa, ja tauti oli tappava.³⁷

³² Lumio 2017c, jaksossa Laboratoriotutkimukset; tartunnan toteaminen ja poissulku.

³³ Lumio 2017c, jaksossa Viruksen lyhyt historia.

³⁴ Liljeström 1989, s. 120. Ks. myös tämän Suomen ensimmäisen AIDS-potilaan tarina Järvi – Nikkanen 2017, s. 23–32. Suosittelemme tutustumaan teokseen myös laajemmalti. Teoksessa kuvataan niitä tapahtumia, joita AIDS-taudin ja HIV-infektion toteaminen Suomessa aiheutti. Nykypäivän tiedon valossa tuntuu uskomattomalta ja jopa surkuhupaisalta, miten ensimmäistä taudin kantajaa kohdeltiin tartunnan toteamisen jälkeen.

³⁵ Grönfors – Partanen 1991, s. 17.

³⁶ Ks. myös asianomistajan avustajan lyhyt muistelo tapauksesta: Fredman 2008, s. 9–10.

³⁷ KKO 1993:92, Raastuvanoikeuden päätös 1.10.1991.

Ensimmäinen HIV-lääke saatiin käyttöön vuonna 1987, ja vuonna 1996 kolmen lääkkeen yhteishoito tuli käyttöön. Tällöin lääkkeitä oli saatu kehitettyä jo useampia.³⁸ Kolmen eri mekaniisilla vaikuttavan viruslääkkeen yhteishoidolla oli merkittävä vaikutus AIDS-taudin hoidossa ja HI-viruksen leviämisen estämisessä.³⁹ Nykyään HIV-infektio voidaan lääkehoidolla pitää hyvin aisoissa, jolloin se ei välttämättä ikinä kehity AIDS-vaiheeseen asti. Kun lääkehoito aloitetaan taudin varhaisessa vaiheessa, on hoitoennuste nykyään varsin valoisa; potilas saattaa hyvinkin kuolla vanhuuden sairauksiin ja viruksen määrä elimistössä voidaan pitää niin pienenä, ettei tartuttamisen riskiä käytännössä ole. Tänä päivänä HIV-positiivinen voi elää jopa varsin normaalia elämää. Kombinaatiolääkehoito (HAART) on pidentänyt HIV-potilaiden elin-aikaa merkittävästi. Se on vähentänyt myös AIDS-tautiin liittyvien seurannaistautien ilmaantuvuutta. Kombinaatiolääkehoito toteutetaan yleensä kolmen HI-viruslääkkeen yhdistelmällä. Lääkehoidon aikana virusmäärä veressä on alle mittauskynnyksen, eli alle 20 kopiota/ml. Lääkehoidon keskeytymätön jatkuminen on erittäin tärkeää, sillä lääkehoidon epäsäännöllisyys tai keskeyttäminen saattaa johtaa lääkeresistenssin kehittymiseen tai lääkehoidon tehon menettämiseen. Lääkehoito sitoo HIV-positiivista merkittävästi. Lääkkeet tulee ottaa joka päivä samaan aikaan, ja HIV-positiivinen joutuu sopeuttamaan omat elämäntapansa hoitoon sopiviksi.⁴⁰

³⁸ Lumio 2017b, jaksossa HIV-lääkehoito.

³⁹ Lumio 2017c, Taulukko 1.

⁴⁰ HAART-lääkehoidosta Laine – Mikkola 2018, s. 743–745.

3 TEON TUNNUSMERKISTÖN MUKAISUUS

3.1 HIV-infektion erityislaatuisuus rikosoikeudellisessa mielessä

Seksistä, jossa vähintään toinen osapuoli on HIV-positiivinen, käytän jäljempänä ilmaisua *HIV-seksi*. Tätä ilmaisua ovat käyttäneet muutkin HIV-infektiosta ja seksistä kirjoittaneet.⁴¹ Seksillä tarkoitan tässä sukupuoliyhteyksiä, joissa HI-virus voi tarttua, eli emätinyhdyntää, anaaliyhdyntää ja suuseksiä.

Erityislaatuisen HIV-infektiosta tekee sairautena se, että siihen ei ole nyky lääketieteen menetelmillä parannuskeinoa. HIV-positiivinen henkilö pystyy omalla huolellisuudellaan vaikuttamaan siihen, tartuttaako hän parantumattomia tautia toiselle. Seksin kautta tapahtuvassa tartunnassa tartunnan ehkäisykeinoja on monia: kondomi, lääkitys ja jopa pidättäytyminen seksistä.

Oma erikoisuutensa teon rikosoikeudellisessa arvioinnissa on juuri teon tekomuoto eli seksi. Seksi kun lähtökohtaisesti⁴² tähtää molempinpuoliseen hyvinolontunteeseen ja toisen hyvänä pitämiseen. Samalla kun tuottaa hyvää oloa toiselle, voi syyllistyä rikokseen. Tätä on pidetty hankalana ajatuksena, sillä tehdessään jotakin rikosoikeudellisessa mielessä tuomittavaa, voi tekijä tehdä tavallaan jotain hyvääkin.⁴³ Seksi on arkipäiväinen asia, jota voisi kutsua jopa tarpeeksi. Seksillä voi hyvinolontunteen lisäksi tähdätä myös perheen perustamiseen. Kahden aikuisen harjoittama seksi ei lähtökohtaisesti ole rangaistavaa. Tekotapa eroaakin tyyppillisestä henkeen ja terveyteen kohdistuvasta rikoksesta, johon liittyy usein teräase ja humalatilat. Puukotustapauksessa tekijä voi kontrolloida tekoaan jokseenkin hyvin, ja teon seuraukset ovat yleisen elämänkokemuksen nojalla mielletävissä – puukottaminen rintaan on hengenvaarallista. Kun tyyppillinen henkeen ja terveyteen kohdistuva rikos sisältää dramaattisiakin piirteitä, HIV-seksi ei päällepäin välttämättä eroa seksistä, jossa kummallakaan osapuolella ei ole HIV-infektiota.⁴⁴

⁴¹ *Matikkala* 1995 ja *Melander* 2016, s. 135. Mielestäni ilmaisu ei ole paras mahdollinen. Ensinnäkin, se saa kahden ihmisen välisen seksin – normaalin asian – kuulostamaan eri laatuisealta kuin muu seksuaalinen kanssakäyminen. Toisaalta käsitteen käyttöä tukee se, että juuri tähän erilaaisuuteen perustuu tämäkin esitys: normaali kahden aikuisen välinen vapaaehtoinen seksi (ilman kummankaan osapuolen sukupuolitauteja) ei ole rikosoikeudellisessa mielessä rangaistavaa. Käsitteessä on kuitenkin mielestäni vahva arvolataus. Tätä esitystä varten pitkän ilmaisun lyhentäminen on kuitenkin tarkoituksenmukaista, joten tällä – hieman kömpelölläkin – käsitteellä edetään.

⁴² Oma lukunsa ovat tietysti seksuaalirikokset, joissa seksuaalinen kanssakäyminen ei ole kummankin osapuolen tahto. Väkisinmakaamisrikoksen vaarallisuutta arvioitaessa merkitystä voidaan mahdollisesti antaa sille, että henkilöllä on HIV-tartunta.

⁴³ Ks. *Matikkala* 1995, s. 135, 138.

⁴⁴ Ks. *Nuotio* 1997, s. 111. Ks. myös *Haapasalo* 2017, s. 150–154. Haapasalo luokittelee henkirikoksia, eikä HIV-infektion tartuttaminen istu näihinkään luokkiin vaivatta.

HIV-seksin erityislaatuisuuteen rikosoikeudellisessa mielessä liittyy ajallinenkin ulottuvuus: todennäköisesti HIV-seksin jälkeen tartunnan mahdollisesti saanut osapuoli on varsin hyvän-
tuulinen, eikä hänellä käy mielessäkään, että hänestä tuli rikoksen uhri. Vasta myöhemmin
mahdollisesta tartunnasta tai tartunnasta tiedon saadessaan tämä toinen osapuoli saattaa vihas-
tua ja ymmärtää tilanteen voivan olla merkityksellinen myös rikosoikeudellisesti. HIV-seksissä
teon vaarallisuus on sidottu mahdolliseen tartuntaan ja sen seurauksiin, ei teon ajallisesti välit-
tömiin vaikutuksiin. Tartunta kun johtaa parantumattomaan sairauteen, eikä sen tarttumista
välttämättä tiedosteta heti.⁴⁵ Erityisesti HIV-seksin ja partnerin mahdollisen kuoleman välinen
aika on pitkä. Juuri teon ja seurauksen välinen pitkä aika aiheuttaa haasteen rikosoikeuden ylei-
sille opeille.⁴⁶

Aiemmin vastaajana oli henkilö, jonka elinajan ennuste oli tavallista alhaisempi. Nykyään tämä
ei ole itsestään selvää: kun HIV-positiivinen vastaaja käyttää lääkitystä asianmukaisesti, on hä-
nen elinajan ennusteensa lähes terveen ihmisen tasolla. Vastaaja myös itse kärsii samasta sai-
raudesta, jonka tartuttamisesta häntä syytetään.⁴⁷ Tekijäelementti on myös siitä mielenkiintoi-
nen, että käytännössä myös uhri osallistuu tekoon yhtä lailla kuin varsinainen tartuttajakin. Tar-
tunnan saaja voi osallistua oikeushyvää – omaa itsemääräämisoikeuttaan – loukkaavaan tekoon
tietämättään. Jäljempänä arvioitava partnerin myötävaikutus tekoon onkin yksi teema, joka on
puhuttanut ja jakanut rikosoikeusoppineiden mielipiteitä.

Rikoksen tekijänä HIV-positiivinen ei välttämättä sovi suomalaisen tyyppillisen henkirikoksen
tekijän muottiin. Suomessa tavallisimpaan henkirikostyyppiin kuuluu miessukupuoli ja runsas
päihteidenkäyttö. Varsin usein rikoksen tekijät tulevat oloista, joissa lähtökohdat ovat jo lap-
suudessa olleet heikot ja koulutuksen ja työelämän ulkopuolelle ajaudutaan jo varhain.⁴⁸ HIV-
positiivisuus ei katso sukupuolta, koulutustaustaa tai lapsuuden oloja.

Jussi Matikkalan mukaan HIV:n seksin kautta tartunnan saaminen on rikosoikeudellisesti kiin-
nostava myös siksi, että juridinen argumentaatio sisältää nimenomaan tässä elementtejä, jotka

⁴⁵ Toisaalta seurauksen vakavuutta ei pystytä aina toteamaan teon perusteella, vaikka kyseessä olisikin perinteisempi henkeen ja terveyteen kohdistuva rikos. Esimerkiksi yksikin lyönti voi aiheuttaa vakavia seurauksia pahoinpitelyn uhrille. Ks. esim. KKO 2012:94. Ks. myös kolareista *Nuutila* 1997, s. 188.

⁴⁶ *Matikkala* 1995, s. 135. Haasteeksi voisi osoittautua esimerkiksi sovellettavan lain valinta. Pääsääntö on teko-
hetken mukainen laki, ja teko hetkenä pidetään sukupuoliyhteyttä. Hankalaksi tilanne saattaa tosin muodostua, jos
sukupuoliyhteydet ovat tapahtuneet eri lain ollessa voimassa, eikä voida osoittaa, missä nimenomaisessa sukupuoli-
yhteydessä tartunta on saatu. Ks. *Nuutila* 1997, s. 63.

⁴⁷ Ks. *Leijonhufvud* 1993, s. 80 ja *Matikkala* 1995, s. 135.

⁴⁸ *Haapasalo* 2017, s. 58.

ovat juridiselle argumentaatiolle epätavallisia.⁴⁹ Nähdäkseni henkeen ja terveyteen kohdistuvan rikoksen rikosoikeudelliselle arvioinnille on epätavallista ottaa huomioon tekijän ja uhrin välisen suhteen laatu. Esimerkiksi tyypillisen pahoinpitelyn arvioinnissa ei nähdäkseni anneta arvoa sille, miten hyvin uhri ja tekijä tunsivat toisensa – toisen lyöminen on tuomittavaa joka tapauksessa. Myöskään esimerkiksi raiskauksen rangaistavuutta arvioitaessa merkitystä ei tule antaa tekijän ja uhrin väliselle suhteelle.⁵⁰ HIV-seksissä suhteen laatu saattaa vaikuttaa teon rikosoikeudelliseen arviointiin.

3.2 Taustalla vaikuttavat säännökset ja periaatteet

3.2.1 Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate

Nullum crimen, nulla poena sine lege – ei rikosta eikä rangaistusta ilman lakia.

Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate eli legaliteettiperiaate on kirjattu perustuslain (PL, 731/1999) 8 §:ään, jonka mukaan ”[k]etään ei saa pitää syyllisenä rikokseen eikä tuomita rangaistukseen sellaisen teon perusteella, jota ei tekohetkellä ole laissa säädetty rangaistavaksi. Rikoksesta ei saa tuomita ankarampaa rangaistusta kuin tekohetkellä on laissa säädetty.” Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate on kirjattu myös rikoslain (RL, 39/1889) 3 luvun 1 §:ään. Sen mukaan ”[r]ikokseen syylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka tekohetkellä on laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi. Rangaistuksen ja muun rikosoikeudellisen seuraamuksen on perustuttava lakiin.” Sisällöllistä eroa edellä mainituilla säännöksillä ei ole, vaikka sanamuodot säännöksissä ovatkin erilaiset. Selvää tietysti on, että tulkintatilanteessa etusija annetaan perustuslain säännökselle.⁵¹

Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate sisältää ensinnäkin *kirjoitetun lain vaatimuksen*: rikosoikeudellisen lainsäädännön tulee olla eduskuntalain tasoista sääntelyä. Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate sisältää myös *epätäsmällisyyskiellon*, eli rikoksen tunnusmerkistö on ilmaistava niin täsmällisesti, että säännöksen sanamuodon perusteella voi ennakoida, onko jokin tietty toiminta tai laiminlyönti rikosoikeudellisesti rangaistavaa. Rikosoikeudellisten säännösten tulee olla selkeitä, jotta ne ovat reiluja ja oikeudenmukaisia yksilön suunnitellessa toimintaansa.⁵²

⁴⁹ *Matikkala* 1995, s. 24. Mielestäni erityisesti tekijään eli HIV-positiiviseen liittyvät kommentit oikeuskirjallisuudessa ovat epätavallisia. Oikeuskirjallisuudessa on tuotu esiin esimerkiksi se, että tekijä itsekin on kuolemansairas, eikä ole tarkoituksenmukaista tuomita häntä vankeuteen. Ks. *Leijonhufvud* 1993, s. 80.

⁵⁰ Ks. myös *Hahto* 2004, s. 509–513.

⁵¹ *Melander* 2016, s. 42. Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate on tunnustettu myös kansainvälisissä sopimuksissa, kuten Euroopan ihmisoikeussopimuksen 7 artiklassa sekä Euroopan unionin perusoikeuskirjan 49 artiklassa.

⁵² *Melander* 2010, s. 42, 45–46 ja *Melander* 2016, s. 22–23, 42 ja 62–63.

Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate turvaa yksilöä siinä, että lain puitteissa toimiessaan hänen ei tulisi joutua odottamattomien seuraamusten kohteeksi. Viranomaisen on toiminnassaan noudatettava lakia. Myös *analogiakielto* on osa rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta. Analoginen lainsoveltaminen tarkoittaa sitä, että säännöstä sovellettaisiin tapaukseen, johon se ei sanamuotonsa puitteissa soveltuisi, mutta joka on niin samankaltainen kuin laissa säännelty tilanne, että säännöksen soveltaminen vaikuttaa tarkoituksenmukaiselta.⁵³ Perinteisesti on katsottu, että lainkäyttäjät ei säännöstä soveltaessaan saa edetä sanamuodon ulkopuolelle.⁵⁴ Analogia on kiellettyä, kun sitä käytetään syytetyn vahingoksi – syytetyn eduksi analogiaa saa kuitenkin käyttää.⁵⁵ Lisäksi rikosoikeudellinen laillisuusperiaate sisältää taannehtivan rikoslain kiellon eli *retroaktiivisuuskiellon*, jonka mukaan rikokseen syylliseksi saa tuomita vain sellaisen teon perusteella, joka on tekohetkellä säädetty rangaistavaksi.⁵⁶

HIV-infektion tartuttaminen ei ole rikos perinteisimmästä päästä. Sitä ei ole myöskään kriminalisoitu omana tunnusmerkistönään. Kun kyseessä on erikoinen rikoksetekomuoto, on syytä kiinnittää erityistä huomiota rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen. Ymmärtääkö tekijä, että hän voi toiminnallaan syyllistyä rikokseen? Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vuoksi moraalisestikin paheksuttava teko voi jäädä tuomitsematta. HIV-infektion erityispiirteistä huolimatta ei ole nähty estettä sille, että rikoslain 21 luvun säännökset soveltuisivat.⁵⁷ HIV-infektion tartuttamisen tai tartunnan vaaralle altistamisen on nähty täyttävän useammankin rikoslaissa määritellyn rikoksen tunnusmerkistön, joita ja joihin liittyviä ongelmia esittelen seuraavaksi.

3.2.2 Kirjoitetun lain vaatimus HIV-infektion tartuttamistapauksissa

HIV-infektio kohdistuu lopulta ihmisen henkeen ja terveyteen, jota on suojattava. Perustuslain 7.1 §:n mukaan ”[j]okaisella on oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen.” Euroopan ihmisoikeussopimuksen 2 artiklan mukaan jokaisen oikeus elämään on suojattava laissa. Elämää ei saa riistää keneltäkään tahallisesti, paitsi tuomioistuimen päätöksen täytäntöönpanemiseksi, kun henkilö on tuomittu rikoksesta, josta laki määrää tällaisen rangaistuksen.⁵⁸

⁵³ Melander 2016, s. 42, 59. Näin myös Nuutila 1997, s. 59.

⁵⁴ Nuutila 1997, s. 57.

⁵⁵ Matikkala 2000, s. 6.

⁵⁶ Nuutila 1997, s. 61–62 ja Melander 2016, s. 42, 70.

⁵⁷ Matikkala 1995, s. 187.

⁵⁸ Suomi on hyväksynyt Euroopan ihmisoikeussopimuksen kuolemanrangaistuksen poistamista koskevan kuudennen lisäpöytäkirjan. Matikkala 2014, s. 188.

Edellä mainitut perus- ja ihmisoikeussäännökset suojaavat lähinnä oikeutta elämään. Terveys on myös keskeinen oikeushyvä, ja sitä suojataan rikoslain 21 luvun säännöksin. Rikoslain 21 luku koskee henkeen ja terveyteen kohdistuvia rikoksia. HIV-infektion tartuttamisen toiselle on katsottu täyttävän usean rikoslain 21 luvussa säännellyn rikoksen tunnusmerkistön. Rikoslain 21 luvun sisältämien henkirikoskriminalisointien suojelun kohteena on ihmisen terveyden lisäksi ihmisen elämä. Elämä on ihmisen muiden oikeushyvien merkityksellisyyden edellytys, ja tärkein ihmisen oikeushyvistä.⁵⁹ Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset ovat osa rikoslain perinteistä ydinaluetta.⁶⁰

HIV-infektion tartuttamisen on aiemmin katsottu täyttävän tapon, murhan ja surman tunnusmerkistön. Lähtökohtaisesti myös pahoinpitely ja sen törkeä tekemuoto soveltuvat.⁶¹ Matikkala on arvioinut tunnusmerkistön mukaisuutta 1990-luvulla, ja yli 20 vuodessa on ehtinyt tapahtua paljon esimerkiksi lääketieteen saralla. Nyt selvitettäväksi jääkin, voidaanko nykypäivänä tunnusmerkistöjen katsoa täyttyvän samoin kuin Matikkalan niitä arvioidessa. Oikeastaan tahallisia henkeen ja terveyteen kohdistuvia rikoksia koskevat tunnusmerkistöt soveltuvat verrattain huonosti HIV-infektion tartuttamistapauksiin. Lain esitöissä jopa todetaan, että HIV-tapauksia varten voisi erilliskriminalisoinnille olla tarvetta.⁶² Tuottamuksellisista rikoksista tulevat kyseeseen kuolemantuottamus, vammantuottamus sekä niiden kvalifioidut tekemuodot. Myös vaaran aiheuttaminen voi tulla kyseeseen.⁶³ On myös arvioitu, että terveyden vaarantamisen tunnusmerkistö voisi täytyä HIV-infektion tartuttamistapauksissa.⁶⁴

Rikosoikeudellinen vastuu edellyttää aktiivisia toimia tai laiminlyöntiä. Aktiivinen tekeminen edellyttää, että teko johtaa rikoksen tunnusmerkistön täyttymiseen.⁶⁵ Soveltuvat tunnusmerkistöt rakentuvat pitkälti seurausten aiheuttamisen vaaraan.⁶⁶ Lisäksi aiheutuneen seurauksen tulee olla seurausta teosta, eli teolla ja seurauksella täytyy olla syy-yhteys.⁶⁷

Suomessa HIV-seksitapauksia on tuomittu törkeänä kuolemantuottamuksena, tapon yrityksenä, törkeänä pahoinpitelynä, törkeän pahoinpitelyn yrityksenä ja vaaran aiheuttamisena.⁶⁸

⁵⁹ Matikkala 2014, s. 188–189.

⁶⁰ HE 94/1993 vp, s. 86.

⁶¹ Matikkala 1995, s. 4 ja 186–187.

⁶² HE 44/2002 vp, s. 82.

⁶³ Matikkala 1995, s. 4 ja 186–187.

⁶⁴ Matikkala 1995, s. 4 ja Rikosoikeus/ Nuotio 2009, s. 928.

⁶⁵ Melander 2016, s. 111.

⁶⁶ Matikkala 1995, s. 137.

⁶⁷ Träskman 1993, s. 34.

⁶⁸ Rikosoikeus/ Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 548. Vrt. Rikosoikeus/ Lappi-Seppälä – Nuutila 2002, s. 810. Aiemmassa painoksessa ei mainita, että Suomessa olisi arvioitu HIV-tapauksia törkeänä pahoinpitelynä tai sen

3.3 Tahalliset henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset

HIV-infektion tartuttaminen on tahallisesti tehtynä henkirikoksena erikoinen. Suomessa tyypillinen henkirikos kun tapahtuu kahden humalaisen miehen välisessä riidassa nyrkein tai puukolla – seksiteitse tapahtuva henkirikos on hyvin kaukana tästä tyypillisimmästä suomalaisesta henkirikoksen muodosta.⁶⁹

Rikoslain 21 luvun 1 §:n mukaan se, ”[j]oka tappaa toisen, on tuomittava taposta vankeuteen määräajaksi, vähintään kahdeksaksi vuodeksi. Yritys on rangaistava.” Lyhyesti sanottuna, ”[t]appamisessa aiheutetaan toisen kuolema.”⁷⁰

Tappo on toisen tahallisen surmaamisen perusrikos.⁷¹ Tappo edellyttää tahallisuutta, kuten muutkin rikoslain 21 luvussa määritellyt tahalliset henkirikokset (RL 21:1–4). Tappotahallisuutta määritettäessä olennaista on tahallisuuden alaraja.⁷² Varsinkin tahallisuuden alaraja on HIV-infektion tartuttamisen rikosoikeudellisessa arvioinnissa tärkeä. Tahallisuutta käsitellään laajemmin jaksossa 4.2.

Tappamisen tekotapaan liittyy ensinnäkin menettely, jolla kuolema aiheutetaan. Oikeuskäytännössä tai rikoslain esitöissä ei ole asetettu vaatimusta siitä, että tapon tulisi olla väkivalloin aiheutettu.⁷³ Tappo voidaan toteuttaa erilaisin tavoin, ja taposta voidaan tuomita laiminlyönkin perusteella.⁷⁴ Jotta HIV-infektion tartuttaminen voitaisiin katsoa tapoksi, on olennaista, että tapon tekemuodolle ei ole asetettu vaatimusta esimerkiksi väkivallasta. Lähtökohtaisesti kun HI-viruksen tartuttamisessa toiseen ei käytetä väkivaltaa, vaan nimenomaan pidetään toista hyvänä. Jos tapon tulisi olla väkivalloin aiheutettu, ei se nähdäkseni soveltuisi HIV-infektion tartuttamiseen, ellei tartunta olisi tullut seksuaalirikoksen yhteydessä. Olennaista on myös se, että taposta voidaan tuomita laiminlyönkin perusteella. Voisi ajatella, että HIV-infektoitunut laiminlyö vastuunsa olla tartuttamatta muita, jos hän ei esimerkiksi huolehdi asianmukaisesta suojauksesta. Tekotavasta riippumatta teon tai laiminlyönkin ja seurauksen tulee olla syy-yhteydessä. Kuolemaa on tullut voida pitää teon tai laiminlyönkin ennalta arvattavana

yrityksenä. Tämä johtuu siitä, että vuonna 2003 annettiin ensimmäinen tuomio, jossa HIV-infektion tartuttamista ja tartuntavaaralle altistamista arvioitiin törkeänä pahoinpitelynä ja sen yrityksenä. Ks. *Hahto* 2004, s. 324.

⁶⁹ Tyypillisestä henki- ja pahoinpitelyrikosten tekijästä ks. *Matikkala* 2000, s. 3.

⁷⁰ *Matikkala* 2014, s. 195.

⁷¹ HE 94/1993 vp, s. 92; Rikosoikeus/ *Lappi-Seppälä* 2009, s. 471.

⁷² *Matikkala* 2014, s. 200.

⁷³ *Matikkala* 2000, s. 22–23; *Matikkala* 2014, s. 198.

⁷⁴ Rikosoikeus/ *Lappi-Seppälä* 2009, s. 470–471. Jotta taposta voidaan tuomita laiminlyönkin perusteella, on yleisten laiminlyöntivastuun edellytysten täytyttävä. Tekijän tulee ensinnäkin olla vastuuasemassa, ja toiseksi kuoleman aiheuttamisen laiminlyönkillä tulee kokonaisuudessaan olla rangaistavuudeltaan samanarvoinen kuin seurauksen aiheuttaminen aktiivisella tekemisellä.

seurauksena. Ennalta-arvattavuuden sijasta voidaan edellyttää myös sitä, että tekijä on ottanut kielletyn riskin toisen hengen suhteen.⁷⁵

Itse menettelyn lisäksi tekotapaan liittyy teon ja seurauksen välinen aikasuhte. Esityöt ja oikeuskäytäntö puoltavat aikaulottuvuuden käsittämistä niin, että teon ja seurauksen välinen pitkä aika ei estä teon syyksilukemista tappona.⁷⁶ HIV-infektion tartuttamisen kannalta tämä on keskeistä, sillä HI-virus ei tapa tartunnan saanutta välittömästi. Virus jää elimistöön ja ilman lääkitystä johtaa tartunnan saaneen kuolemaan vuosia tartunnan saannin jälkeen.⁷⁷ HIV-infektion tartuttamisen syyksilukeminen tappona ei olisi mahdollista, jos teon ja seurauksen välinen pitkä aika estäisi tapon tunnusmerkistön soveltuvuuden.

Murhasta säännellään rikoslain 21 luvun 2 §:ssä. Murha on tapon kvalifioitu tekomuoto, ja se koostuu taposta, vähintään yhdestä kvalifiointiperusteesta ja kokonaistörkeydestä. Tapon tapaan myös murhan yritys on rangaistava.⁷⁸ Tapon privilegioitu tekomuoto eli *surma* (RL 21:3) on kokonaisuutena arvostellen lieventävien asianhaarojen vallitessa tehty tappo. Tunnuksmerkistön täyttymistä arvioidaan kokonaisarvostelulla. Surma soveltuu vain poikkeuksellisesti.⁷⁹ Poikkeuksellinen olosuhde voi olla esimerkiksi tilanne, jossa rikos vaikuttaa tekijälleen ainoalta ulospääsystä tilanteesta.⁸⁰ Toisaalta säännöksen ytimenä on kokonaisarvostelu, ja mitkä tahansa seikat voivat johtaa siihen, että tappo on tehty lieventävien asianhaarojen vallitessa.⁸¹ HIV-infektion tartuttamisen syyksilukeminen murhana tai surmana on nähdäkseni epätodennäköistä.⁸²

Aiemmin HI-viruksen pysäyttämiseksi ei ollut hoitoa, ja infektion saaneet kuolivat taudin seurauksena. Tapauksen KKO 1993:92 esittelijän mietinnöstä ja eri mieltä olevan jäsenen lausunnossa tämä tulee selkeästi ilmi. Tuolloin kaikki tartunnan saaneet sairastuivat vääjäämättä AIDS-tautiin, joka johtaa kuolemaan. 1980-luvulla uskottiin, että vain 5–20 prosenttia HIV-infektion saaneista sairastuu AIDS-tautiin, ja osalla HIV-positiivisilla taudin eteneminen saattaisi pysähtyä itsestään. Matikkalan vuonna 1995 esittämän arvion mukaan

⁷⁵ Rikosoikeus/ *Lappi-Seppälä* 2009, s. 471.

⁷⁶ *Matikkala* 2000, s. 23; *Matikkala* 2014, s. 198–199. Ks. myös s. 42, jossa esittelen korkeimman oikeuden tapauksen kirjepommista. Tapauksessa tekijä tuomittiin murhasta. Vrt. *Nuutila* 1996, s. 522–523.

⁷⁷ Kuten sanottu, HIV-infektion tartuttamisen arviointi sisältää rikosoikeudellisesti monia erityispiirteitä ja ongelmia. Ks. *Matikkala* 1995, s. 135–136, jossa kirjoittaja arvioi, voidaanko HIV-seksi katsoa tahallisen henkirikoksen kelvottomaksi yritykseksi.

⁷⁸ *Matikkala* 2014, s. 203.

⁷⁹ *Matikkala* 2000, s. 59; *Matikkala* 2014, s. 226–230.

⁸⁰ HE 94/1993 vp, s. 94; Rikosoikeus/ *Lappi-Seppälä* 2009, s. 499.

⁸¹ *Matikkala* 2000, s. 58.

⁸² Ks. KKO 1999:102.

”[r]ikosoikeudellisen arvioinnin ensisijaisena kohteena on HIV-infektion luonteesta johtuen kuitenkin henkirikos tai sen yritys.”⁸³ Nykypäivänä, jona HIV-infektioon on saatavilla taudin etenemisen estävä lääkitys, on lähtökohta muuttunut. Nykyisin HIV-infektion tartuttamisia on tuomioistuimissa arvioitu lähinnä törkeinä pahoinpitelyinä.⁸⁴ HIV-infektion tartuttamisen syyksilukeminen tappona tai sen yrityksenä on lähtökohtaisesti hankalaa. HIV-infektion saaminen ei merkitse kuolemantuomiota, jos tauti havaitaan ajoissa ja asianmukainen hoito voidaan aloittaa. Tuomitseminen taposta edellyttää, että uhri on kuollut teon seurauksena. HIV-seksillä tulisi olla syy-yhteys uhrin kuolemaan. Tappo tai sen yritys voikin tulla kysymykseen vain rajatuissa tapauksissa lääketieteen kehityksestä johtuen.

Yleensä on katsottu, että HIV-infektion tartuttamisessa puuttuu tappotahallisuus. Tämä johtuu siitä, että taudin tartuntatodennäköisyys on varsin alhainen.⁸⁵ Tekijän tahallisuutta edellyttävissä rikoksissa tahallisuusarviointi saattaa johtaa myös siihen, ettei esimerkiksi toisen kuoleman aiheuttaminen ollut tahallista, jolloin tahallisesta rikoksesta ei voi tuomita.

Pahoinpitelyyn (RL 21:5) syyllistyy se, ”[j]oka tekee toiselle ruumiillista väkivaltaa taikka tällaista väkivaltaa tekemättä vahingoittaa toisen terveyttä, aiheuttaa toiselle kipua tai saattaa toisen tiedottomaan tai muuhun vastaavaan tilaan”. Myös pahoinpitelyn yritys on rangaistava.

Pahoinpidellä voidaan karkeasti jaoteltuna kahdella tavoin: ruumiillisella väkivallalla tai sitä tekemättä. Pahoinpitely yleiskielessä ymmärretään juuri ruumiillisena väkivaltana. Ruumiillista väkivaltaa on toiminta, jolla loukataan toisen ruumiillista koskemattomuutta ja jonka seurauksena toiselle voi aiheutua vamma tai muu terveyden vahingoittuminen. Perinteisen ruumiillisen väkivallan lisäksi pahoinpitelyllä tarkoitetaan toimintaa, jossa toiselle aiheutetaan tahallisesti vamma tai sairaus. Pahoinpitelyn tunnusmerkistön täyttää siis myös toisen terveyden vahingoittaminen. Itse tekotapaan ei tällöin tarvitse liittyä mitään väkivaltaa niin kuin se yleiskielessä ymmärretään – pahoinpitelyn säännös on tarkoitettu tulkittavaksi niin, että terveyttä voi vahingoittaa tai kipua aiheuttaa muutenkin kuin väkivalloin. Esitöissä nimenomaisesti mainitaan, että tällainen sairauden tartuttaminen on mahdollista vaikkapa hyväilyin.⁸⁶ Hyväilyllä

⁸³ *Matikkala* 1995, s. 135. Vrt. *Lahti* 2004, s. 211, jonka mukaan korkein oikeus linjasi prejudikaatissa KKO 1993:92, että HIV-infektion tartuttaminen olisi ankarimmillaan törkeä kuolemantuottamus. Mielestäni korkein oikeus ei linjannut prejudikaatissa näin – tekoikaan ei vain tiedetty, että HIV-infektio johtaa lähes aina AIDS-tautiin. Ymmärtääkseni tuomitsemishetken tiedoilla tekijä olisi voitu tuomita taposta. Tätä tulkintaani tukee myös Matikkalan esittämä lähtökohta siitä, että HIV-infektion tartuttaminen olisi henkirikos tai sen yritys.

⁸⁴ *Hyttinen – Tapani* 2017, s. 768. Ks. myös KKO 2017:8, perustelukappale 17.

⁸⁵ *Vihriälä* 2012, s. 149.

⁸⁶ HE 94/1993 vp, s. 95–96; *Matikkala* 2014, s. 231–232. Ks. myös Rikosoikeus/ *Lappi-Seppälä* 2009, s. 505–506.

tarkoitetaan epäilemättä myös seksiä. Näin ollen HIV-infektion tartuttaminen toiselle täyttää pahoinpitelyn objektiiviset edellytykset.

Terveyden vahingoittamisella tarkoitetaan merkityksellisten negatiivisten muutosten aiheuttamista ihmisen terveydelle. Matikkala arvioi, että terveysvahinkona voisi pitää sitä usean kuukauden ajanjaksoa, jolloin ihmiseltä ei vielä voi poissulkea HIV-infektion mahdollisuutta. Tuona ns. karenssiaikana hän joutuu rajoittamaan normaalia elämäänsä, kuten sukupuolielämäänsä.⁸⁷ Nykyään tartunta voidaan poissulkea kolmen kuukauden kuluttua mahdollisesta tartunnasta. Odotusaika on pitkä henkilölle, joka pelkää sairastavansa vakavaa, sosiaalisen stigman sisältävää tautia.

Pahoinpitelyn tulee olla tahallista, eli tekijän tulee olla tietoinen teosta mahdollisesti aiheutuvasta seurauksesta ja pitää esimerkiksi toisen terveyden vahingoittumista tekonsa varsin todennäköisenä seurauksena. Jos nämä tahallisuuden edellytykset eivät täyty, teko ei tule rangaistavaksi pahoinpitelynä vaan mahdollisesti vammantuottamuksena.⁸⁸ Myös törkeä pahoinpitely edellyttää tahallisuutta.⁸⁹

Henkilö syyllistyy pahoinpitelyn kvalifioituun tekomuotoon eli *törkeään pahoinpitelyyn*, jos pahoinpitelyssä 1) aiheutetaan toiselle vaikea ruumiinvamma, vakava sairaus tai hengenvaarallinen tila 2) rikos tehdään erityisen raa'alla tai julmalla tavalla tai 3) käytetään ampuma- tai teräasetta taikka muuta niihin rinnastettavaa hengenvaarallista välinettä, ja rikos on myös kokonaisuutena arvioiden törkeä (RL 21:6).⁹⁰ HIV-infektion tartuttamisen kannalta kvalifiointiperusteista merkittävä on ensimmäinen, eli että toiselle aiheutetaan vakava sairaus. Oikeuskäytännössä⁹¹ ja oikeuskirjallisuudessa⁹² HIV-infektiota on yleensä pidetty vakavana sairautena.⁹³ Lääketiede on kuitenkin kehittynyt niin paljon, että nähdäkseni HIV-infektion pitäminen RL 21:6:ssä tarkoitettuna vakavana sairautena voidaan perustellusti kyseenalaistaa.

⁸⁷ Matikkala 2000, s. 108.

⁸⁸ Rikosoikeus/ Lappi-Seppälä 2009, s. 506.

⁸⁹ Rikosoikeus/ Lappi-Seppälä 2009, s. 515. Törkeän pahoinpitelyn ja tapon yrityksen välinen raja on hiuksenhieno, kun kyse on hengenvaarallisen tilan aiheuttamisesta. Teko on tapon yritys, jos tekijän on tullut pitää kuoleman aiheutumista tekonsa varsin todennäköisenä seurauksena. Törkeä pahoinpitely teko on, jos tekijä on pitänyt hengenvaarallisuuden syntymistä varsin todennäköisenä seurauksena.

⁹⁰ Pahoinpitelyn privilegioitu tekomuoto, lievä pahoinpitely (RL 21:7), tulee tuskin sovellettavaksi HIV-infektion tartuttamistapauksissa. Lievän pahoinpitelyn soveltuvuus HIV-infektion tartuttamisen rikosoikeudellisen vastuun arvioinnissa jää alhaiseksi. HIV-infektiota pidetään vakavana sairautena, joten se täyttää jo pahoinpitelyn tai mahdollisesti törkeän pahoinpitelyn tunnusmerkistön. Lievänä pahoinpitelynä tuomitaan tekotavaltaan vähäisiä rikoksia, kuten esimerkiksi tönimisiä. Lievästä pahoinpitelystä ks. esim. Rikosoikeus/ Lappi-Seppälä 2009, s. 515–517.

⁹¹ Hyttinen – Tapani 2017, s. 768. Ks. KKO 2017:8, perustelukappale 17, jossa viitataan alempien oikeusasteiden tuominneen HIV-infektion tartuttamistapauksia törkeinä pahoinpitelyinä.

⁹² Träskman 1993, s. 39 ja Matikkala 2000, s. 111.

⁹³ Ks. pahoinpitelyrikoksen törkeäksi tekevästä perusteista laajemmin Niiniviita 2012, s. 559–581.

KKO 2015:84. A ja B olivat harrastaneet seksiä 2-3 kertaa, joista ensimmäisellä kerralla 31.5.2011 seksi oli ollut suojaamatonta. Ensimmäisen yhdynnän jälkeen A oli kertonut B:lle sairastavansa C-hepatiittia, jonka vuoksi B oli hankkinut kondomeja, joita oli myöhemmin yhdynnöissä käytetty. A oli HIV-positiivinen ja tietoinen tästä. Hän ei kuitenkaan kertonut HIV-infektiostaan B:lle. B ei saanut tartuntaa. A:lle haettiin rangaistusta törkeän pahoinpitelyn yrityksestä sillä perusteella, että hän oli edellä kerrotuin tavoin yrittänyt vahingoittaa B:n terveyttä ruumiillista väkivaltaa käyttämättä. Käräjäoikeus katsoi, että teko oli törkeän pahoinpitelyn yritys. Hovioikeus ei muuttanut tuomiota. Korkein oikeus hylkäsi syytteen törkeän pahoinpitelyn yrityksestä. Korkein oikeus ei kuitenkaan ottanut lainkaan kantaa siihen, onko HIV-infektio RL 21:6:ssä tarkoitettu vakava sairaus. Käräjäoikeus oli aiemmin tuomiossaan vuonna 2012 arvioinut, että HIV-infektio on vakava sairaus. Hovioikeus ei nähnyt aiheelliseksi arvioida näyttöä tai asiaa oikeudellisesti toisin kuin käräjäoikeus.

Korkein oikeus ei harmittavasti lausunut siitä, onko HIV-infektio rikoslain 21 luvun 6 §:n 1 momentin 1 kohdassa tarkoitettu vakava sairaus. Vaikka HIV-infektiota oli yleensä pidetty vakavana sairautena, on ilmeisesti tässä ollut horjuvuutta ainakin alioikeustasolla.⁹⁴ Myös tapauksessa KKO 2017:8 käräjäoikeus oli hylännyt syytteen törkeästä pahoinpitelystä ja piti HIV-infektion tartuttamista pahoinpitelyinä.

KKO 2017:8. A ja B olivat lyhyen seurustelun jälkeen menneet naimisiin ja muuttaneet yhteen. A tartutti aviopuolisoonsa B:hen HIV-infektion 1.7.2009-31.12.2009 välisenä aikana, jolloin A ja B olivat olleet kymmeniä kertoja (ehkä jopa 100 kertaa) suojaamattomassa sukupuoliyhteydessä. A ei ollut kertonut sairaudestaan B:lle, ja B:n tartunta selvisikin sattumalta. A oli saanut tartunnan jo vuonna 2005, ja oli tiennyt sairaudestaan vuosia. A aloitti HIV-lääkityksen vasta 1.4.2010, jolloin hän oli jo tartuttanut B:lle HIV-infektion. Käräjäoikeus hylkäsi syytteen törkeästä pahoinpitelystä, sillä sen mukaan HIV-infektio ei ollut RL 21:6.1:ssä tarkoitettu vakava sairaus. Käräjäoikeuden mukaan HIV-infektion vaikutukset rajoittuvat useimmiten kahdesti vuodessa tehtäviin verikokeisiin ja lääkkeiden syömiseen päivittäin. Lääkityksellä HIV-infektion vaikutus elinikään, toimintakykyyn ja elämänlaatuun saatiin vähäiseksi, vaikkakaan lääkityksellä tautia ei voi poistaa. Käräjäoikeuden arvion mukaan A:n tahallisuus ei ulotu HIV-infektioon liittyvien virheellisten vanhentuneiden asenteiden aiheuttamaan kärsimykseen. Hovioikeus tuomitsi A:n törkeästä pahoinpitelystä käräjäoikeuden tuomitseman pahoinpitelyn sijaan. Korkein oikeus tuomitsi A:n törkeästä pahoinpitelystä.

Tapauksen edettyä korkeimpaan oikeuteen kysymykseen HIV-infektion vakavuudesta saatiin linjaus: ennakkopäätöksessä KKO 2017:8 korkein oikeus toteaa yksiselitteisesti, että ”HIV-infektio on rikoslain 21 luvun 6 §:n 1 momentin 1 kohdassa tarkoitettu vakava sairaus.” Vaikka ratkaisu oli äänestystulos (3-2), olivat myös eri mieltä olleet korkeimman oikeuden jäsenet tätä mieltä. Asiasta ei liene enää epäselvyyttä. Korkein oikeus pohjusti linjaustaan prejudikaatilla KKO 2015:83, jossa katsottiin HIV-infektion olevan vaaran aiheuttamisen tunnusmerkistössä tarkoitettu vakava seuraus.

⁹⁴ Ks. *Fredman* 2017, s. 229.

Pelkkä vakavan sairauden aiheuttaminen ei riitä pahoinpitelyn kvalifioidun tekemuodon täyttymiseksi, vaan rikoksen on oltava myös kokonaisuutena arvostellen törkeä. Toisaalta joissain tapauksissa rikoksen ankaroittamisperusteen ilmenemistapa – HIV-infektion tartuttamistapauksissa vakavan sairauden aiheuttaminen – on niin vaarallinen tai vahingollinen, että ilmenemistapa jo sellaisenaan antaa aiheen arvioida rikoksen kokonaisuutena arvostellen törkeäksi.⁹⁵ Esimerkiksi tapauksessa KKO 2015:84 korkein oikeus ei lausunut siitä, täyttyikö tapauksessa kokonaistörkeysvaatimus. HI-viruksen tartuttamisen yhteydessä törkeysvaatimus täyttyy nähdäkseni suhteellisen helposti jo sillä, että tartuttaja on jättänyt informoimatta partneriaan sairaudestaan.

KKO 2017:8. HIV-infektion tartuttamista pidettiin kokonaisuutena arvostellen törkeänä. A tartutti aviopuolisoonsa B:hen HIV-infektion. A oli jo vuosia tiennyt HIV-positiivisuudestaan, mutta ei kertonut siitä aviomiehelleen. Suojaamattomia yhdyntöjä harjoitettiin kuukausien ajan, kunnes B:n tartunta tuli sattumalta esiin. A osoitti välinpitämättömyyttä B:n terveyttä kohtaan laiminlyömällä sairaudesta kertomisen ja B:n tartunnalta suojaamisen. Näin ollen A:n tekoa oli perusteltua pitää myös kokonaisuutena arvostellen törkeänä.

Korkein oikeus otti kokonaisarvostelussa mielestäni perustellusti huomioon osapuolten välisen suhteen laadun. Tapauksesta on johdettu, että HIV-positiivisen tulisi toimia niin, että hän minimoi kumppaninsa riskin saada tartunta. Erityinen velvollisuus on HIV-positiivisella, joka on parisuhteessa HIV-negatiivisen kanssa.⁹⁶ Ratkaisun KKO 2017:8 perusteella vaikuttaa siltä, että jos ei seurustelusuhde, niin ainakin avioliitto perustaa HIV-positiiviselle velvoitteen kertoa taudistaan kumppanilleen. Vaikuttaisi jopa siltä, että lopputulos voisi olla eri, jos kyseessä olisi esimerkiksi irtosuhde tai siihen verrannollinen suhde.⁹⁷ Sairaudestaan kertomatta jättäminen on sitä moitittavampaa, mitä vakavampi suhde on.⁹⁸ Tietysti suhteen laadulla ja pituudella on merkitystä myös tartuntatodennäköisyyteen, sillä lähtökohtaisesti pidemmässä suhteessa tartunnalle altistavia tilanteita on enemmän. Ja mitä enemmän tartuntavaaralle altistavia tilanteita on,

⁹⁵ KKO 2013:57, perustelukohta 6.

⁹⁶ Ks. *Hyttinen – Tapani* 2017, s. 782–783 ja 785. Kirjoittajien mukaan ” – – ratkaisujen KKO 2015:84 ja KKO 2017:8 perusteella HIV:tä on pidettävä sellaisena vakavana vaarana, joka puoltaa huolenpitovelvollisuuden syntymistä parisuhteessa.” Lainaamani virkkeen jälkeen alkuperäisessä tekstissä on alaviite 53, jossa tapauksen KKO 2015:84 osalta viitataan kohtiin 31-33. Tapauksessa KKO 2015:84 korkeimman oikeuden perustelukohtia on kuitenkin vain 22 – otaksun, että kirjoittajat ovat tarkoittaneet viitata ratkaisuun KKO 2015:83, jonka perustelukohdissa 31-33 korkein oikeus käsittelee sitä, onko HIV-tartunta vakava vaara.

⁹⁷ Ks. suhteen laadusta myös *Hyttinen – Tapani* 2017, s. 782–787. Hyttinen ja Tapani pohjaavat muun muassa laillisuusperiaatteeseen näkemyksensä, ettei mikä tahansa seksiä sisältävä suhde riitä perustamaan HIV-positiiviselle velvoitetta kertoa taudistaan partnerilleen.

⁹⁸ Monissa maissa kihlakumppanilla on jopa velvoite kertoa tulevalle puolisolleen, jos hän on HIV-positiivinen tai infektiota on jo edennyt AIDS-taudiksi. Suomessa vastaavaa tiedonantovelvollisuutta kihlakumppanilla ei avioliittolaisissa ole, tosin rikosoikeudellista vastuuta ei voi sulkea pois. *Aarnio – Kangas* 2010, s. 11–12.

sitä todennäköisemmin HIV-infektio myös tarttuu.⁹⁹ Tämäkin on nähdäkseni pätevä perustelu sille, miksi suhteen laadulle tulee antaa merkitystä. Toisaalta kuten sanottua, korkein oikeus ei tapauksessa KKO 2015:84 edes arvioinut sitä, täytyivätkö törkeän pahoinpitelyn objektiiviset edellytykset HIV-positiivisen A:n menettelyssä. Suhteen laadun asettamasta huolellisuusvelvoitteesta ei siis lausuttu. Kun korkein oikeus ei kommentoinut rikoksen tunnusmerkistön mukaisuutta tapauksessa, voidaanko tästä johtaa, että korkein oikeus piti teon tunnusmerkistön mukaisuutta niin ilmiselvänä, ettei sitä ole tarpeen edes kommentoida? Näin tulkittuna korkein oikeus siis katsoi, että teko täyttää törkeän pahoinpitelyn yrityksen tunnusmerkistön. Ehkä perusteettoman pitkällekin tapausta analysoitaessa tämä tarkoittaisi sitä, että irtosuhteessa tai siihen verrannollisessa suhteessa sairaudesta kertomatta jättäminen täyttää kokonaistörkeysvaatimuksen. Korkeimman oikeuden arvioitavana ollut teko koski vain yhtä sukupuoliyhteyttä, joka oli osapuolten ensimmäinen toistensa kanssa. Näin ollen siis tapauksesta KKO 2017:8 ei välttämättä voi tehdä sitä johtopäätöstä, että irtosuhteessa ei ehkä täytyisi törkeysvaatimus, vaikka HIV-positiivinen ei olisi kertonut taudistaan partnerilleen.¹⁰⁰

Korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2015:84 oli kyse myös siitä, täytyikö törkeän pahoinpitelyn yrityksen edellyttämä rikoksen täyttymisen vaara. Korkein oikeus ei ottanut tähänkään kantaa, vaan siirtyi suoraan teon tahallisuusarviointiin.¹⁰¹ Tämä olikin yllättävää, sillä kelvoton yritys johtaa siihen, ettei yrityksestä voi rankaista, vaikka tekijä olisi toiminut tahallisesti.¹⁰²

Edellä leipätekstissä käsitellyt rikoslain 21 luvun tahallisuutta edellyttävät tunnusmerkistöt ovat rangaistavia jo yrityksen perusteella. Yrityksestä säännellään yleisesti rikoslain 5 luvun 1 ja 2 §:ssä. Kun rikos jää yrityksen tasolle, se ei täytä rikoksen tunnusmerkistöä kokonaan.¹⁰³ Yritys liittyy aina tahallisiin rikoksiin, ja rikoksen yritys on aina tahallinen. Kaikki tahallisuuden lajit sopivat rikoksen yritykseen.¹⁰⁴ Tahallisuus ei kuitenkaan riitä rikoksen yrityksen täyttymiseksi. Rikoksen yritys edellyttää myös sitä, että tekijä on aloittanut rikoksen tekemisen

⁹⁹ Ks. *Hagström* 1988, s. 65. Vrt. KKO 2015:84, jossa HIV-positiivisen A:n ei katsottu syyllistyneen törkeään pahoinpitelyyn. Suhde oli lyhykestoinen ja seksiä oli harrastettu ilman suojausta kerran.

¹⁰⁰ Tapauksessa KKO 2017:8 korkeimmalla oikeudella oli arvioitavanaan pahoinpitelyn kvalifiointiperusteen soveltuvuuden lisäksi se, minkä suuruinen rangaistus A:lle on teostaan tuomittava. Kysymys tahallisuudesta oli jo lainvoimaisesti ratkaistu alemmissa oikeusasteissa. Erityisesti tekijän syyllisyyttä koskeva korkeimman oikeuden argumentaatio on mielenkiintoista. Argumentaatiossa toistuu myös osapuolten välisen suhteen laadun vaikutus syyllisyysarviointiin (ks. perustelukohdat 25–26).

¹⁰¹ Samoin *Hyttinen – Tapani* 2017, s. 773 ja *Frände* 2016, s. 15.

¹⁰² *Frände* 2016, s. 15. *Frände* pohtiikin, että mahdollista on, että korkein oikeus piti itsestään selvänä sitä, että yrityksen edellyttämä vaara rikoksen aiheutumisesta ylittyi. Ks. kelvottomasta yrityksestä *Hyttinen – Tapani* 2017, s. 778–779.

¹⁰³ *Frände* 2012, s. 221.

¹⁰⁴ *Frände* 2012, s. 225–227. Ks. myös *Hyttinen – Tapani* 2017, s. 773–774.

(täytäntöönpanovaatimus) ja saanut aikaan vaaran rikoksen täyttymisestä (vaaravaatimus). Kun vaara rikoksen täyttymisestä on hyvin matala, voi yritys sulkeutua pois, vaikka tekijä olisikin toiminut tahallisesti. Kun yritys sulkeutuu pois siksi, että menettelyssä ei vallitse vaaraa rikoksen täyttymisestä, puhutaan kelvottomasta yrityksestä.¹⁰⁵ Kun rikoksen yritys on kelvoton, jää se rankaisematta.

Palatakseni tapauksen KKO 2015:84 arviointiin, kelvottoman yrityksen arviointi olisi nähdäkseen ollut perusteltua: HIV-infektion tartuntatodennäköisyys on hyvin pieni yksittäisessä sukupuoliyhteydessä. On harmillista, ettei rikoksen yrityksen vaarakriteerin täyttymistä kommentoitu mitenkään. Siksi on tarpeen tarkastella ratkaisuja KKO 2015:83 ja KKO 2015:84 rinnakkain. Tapauksessa KKO 2015:83 vastaaja tuomittiin vaaran aiheuttamisesta, kun tapauksessa KKO 2015:84 syyte törkeän pahoinpitelyn yrityksestä hylättiin. Sekä vaaran aiheuttamisen että törkeän pahoinpitelyn yrityksen rangaistavuus edellyttää vaaran aiheuttamista. Vaaran aiheuttaminen (RL 21:13) edellyttää vakavan hengen tai terveyden vaaran aiheuttamista toiselle, ja törkeä pahoinpitelyn yritys (RL 21:6.2) edellyttää vaaraa rikoksen täyttymisestä. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty näkemys, että näiden kahden vaaran merkityssisältö olisi kutakuinkin sama.¹⁰⁶ Korkeimman oikeuden arvioimissa tapauksissa on kyse eriasteisista vaaroista, sillä tapauksessa KKO 2015:83 suojaamattomia sukupuoliyhteyksiä oli ollut useita, toisin kuin tapauksessa KKO 2015:84. Ensiksi mainitussa tapauksessa kyse oli ollut sarjasta anaaliyhdyntöjä, kun jäljempänä mainitussa kyse oli yhdestä emätinyhdyntästä. Anaaliyhdyntässä riski saada tartunta on suurempi kuin emätinyhdyntässä. Tapauksessa KKO 2015:83 vaaran aste on ollut suurempi. Ilmeisesti kuitenkin tapauksessa KKO 2015:84 HIV-positiivisen katsottiin teollaan saaneen aikaan vaaran rikoksen täyttymisestä.

Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että KKO 2015:84 puoltaa sitä, ettei seurauksen aiheutumisen todennäköisyyden aste riittäne täyttämään kelvollista henkeen ja terveyteen kohdistuneen rikoksen yritystä, jos HIV-positiivisen hoito on asianmukaista ja tartuntariskit on minimoitu terveydenhuollon ohjeistuksen mukaan.¹⁰⁷ Tapauksessa ei tosin noudatettu kaikkia terveydenhuollon ohjeistuksia, ja tartuntariskiä olisi voitu minimoida entisestään käyttämällä suojausta.

¹⁰⁵ *Frände* 2012, s. 227–230.

¹⁰⁶ Ks. vaarakäsitteiden eroista *Hyttinen – Tapani* 2017, s. 776–777.

¹⁰⁷ *Kukkonen* 2016b, jaksossa Mitä ratkaisusta seuraa?

Korkein oikeus on lausunut kelvottomasta yrityksestä HIV-infektion tartuttamistapauksessa. Tapaus eroaa muista HIV-infektion tartuntaa tai sen vaaraa koskevista prejudikaateista, sillä tekemuotona ei ollut seksi.

KKO 1999:102. A:lle vaadittiin rangaistusta viidestä murhan yrityksestä. HIV-positiivinen A oli poliisilaitoksella säilöön otettuna yrittänyt tartuttaa poliiseihin HIV-infektion puremalla, sylkemällä ja verisillä sormillaan raapimalla. A oli ensin tuhrinut käteensä ja kehonsa verellään, minkä jälkeen hän oli purrut B:tä käteen ja yrittänyt myös kynsiä tätä. Lisäksi A oli raapinut F:ää korvan ja posken alueelle ja C:tä poskeen. A oli myös aiheuttanut E:lle haavan käteen ja D:lle turvotusta rystysiin. Yksikään poliisimiehistä ei saanut tartuntaa. Tapauksessa oli selvitettävänä muun muassa se, kuinka todennäköistä HIV-infektion tarttuminen oli mainitussa menettelyssä. Tästä hovioikeus hankkikin Kansanterveyslaitokselta lausunnon. Lausunnon mukaan yhtään puremalla ja raapimalla aiheutettua tartuntaa ei oltu kansainvälisesti tavattu, ja tartunnan todennäköisyys on mainitussa menettelyssä ollut niin pieni, ettei sitä tulisi ottaa huomioon. Jos veri- ja erityeyhteys olisi ollut olemassa, taudin tarttumisen teoreettista mahdollisuutta ei voisi kuitenkaan sulkea pois. Tämän Kansanterveyslaitoksen asiantuntijalausunnon ja käräjäoikeudessa kuultujen asiantuntijalääkäreiden mukaan tartuntariski oli mainitussa menettelyssä yksinomaan teoreettinen. Murhan yritys katsottiin kelvottomaksi, ja A tuomittiin virkamiehen väkivaltaisesta vastustamisesta.¹⁰⁸

Tapauksista arvioineet oikeusasteet olivat erimielisiä A:lle tuomittavasta rangaistuksesta. Käräjäoikeus tuomitsi A:n täyttä ymmärrystä vailla olevana tehdystä virkamiehen väkivaltaisesta vastustamisesta. Hovioikeus tuomitsi A:n täyttä ymmärrystä vailla olevana tehdyistä virkamiehen väkivaltaisesta vastustamisesta ja kolmesta törkeän pahoinpitelyn yrityksestä. Korkein oikeus kumosi hovioikeuden tuomion ja jätti tapauksen alioikeuden tuomion lopputuloksen varaan. Toisin kuin alioikeus ja korkein oikeus, hovioikeus katsoi, että koska tapauksessa HIV-infektion tartuntamahdollisuutta ei mainitussa menettelyssä voitu kokonaan sulkea pois, oli kyseessä rikoksen yritys.¹⁰⁹ Korkein oikeus arvioi asiantuntijatodistelun pohjalta, että tartuntariski oli tapauksessa yksinomaan teoreettinen. Tartuntariskin vähäisyys ei myöskään johtunut vain satunnaisista syistä. Jos tartuntariskin vähäisyys olisi johtunut vain satunnaisista syistä, olisi yritys ollut rangaistava.¹¹⁰ Korkein oikeus lausui rikoksen rangaistavuuden edellyttävän tekijän menettelyn aiheuttavan todellisen vaaran rikoksen täyttymisestä. Todellista vaaraa rikoksen täyttymisestä ei tässä tapauksessa ollut käsillä.

¹⁰⁸ Ks. myös Nuutila 1997, s. 218. Nuutila on muutamaa vuotta ennen tämän ennakkopäätöksen julkaisua kuvaillut saman tyyppisen tilanteen, ja katsonut murhan yrityksen kelvottomaksi. Korkeimman oikeuden ratkaisu mukaillee tätä Nuutilan arviota. Myöhemmin Nuutila on todennut ratkaisun vastanneen koti- ja ulkomaisen oikeuskirjallisuuden sekä ulkomaisen oikeuskäytännön kantaa. Nuutila 2000, jaksossa Mistä tapauksessa on kysymys?

¹⁰⁹ Hovioikeuden mukaan rikoksen yritys täyttyi asianomistajien B, C ja F osalta, sillä heille oli A:n menettelystä syntynyt ihovaurioita, joihin olisi voinut päätyä A:n verta. E:n haavan alkulähteestä ei saatu näyttöä.

¹¹⁰ Kun vaaran aiheutuminen olisi jopa luonnontieteellinen mahdollisuus, vaaran syntymättä jääminen ei johdu vain satunnaisista syistä. Frände 2012, s. 232.

Tapauksessa HIV-infektion tartuntariskin vähäisyyteen vaikutti A:n HIV-infektion oireeton vaihe, mutta erityisesti tekotapa. Tapauksen perusteella on selvää, että HIV-positiivinen ei esimerkiksi tappelun tuoksinnassa aiheuttamillaan vammoilla voi joutua vastuuseen HIV-infektion tartuttamisesta. Edelleenkin kansainvälisesti ei ole havaittu yhtään tapausta, jossa HIV-infektio olisi tarttunut puremalla tai raapimalla. Jos tähän lääketieteelliseen tietoon tulisi muutos, olisi rankaisu menettelystä nähdäkseni mahdollista.

Tekijä voi myös *luopua* rikoksen yrityksestä. Kun tekijä on vapaaehtoisesti luopunut rikoksen täyttämisestä tai muuten estänyt tunnusmerkistössä tarkoitetun seurauksen syntymisen, yrityksestä ei rangaista (RL 5:2.1). Tyypillisen henkeen ja terveyteen kohdistuvan rikoksen *tehokas katuminen* on mahdollista esimerkiksi hälyttämällä apua seurauksien välttämiseksi.¹¹¹ HIV-seksi ei ole kuitenkaan perinteinen rikoksen tekotapa. Aiemmin HIV-seksin jälkeen tehokas katuminen ei ollut mahdollista – tautia vastaan ei ollut katumuspilleriä.¹¹² Sukupuoliyhteyden jälkeen ainoa vaihtoehto oli odottaa se niin sanottu karenssiaika, jonka päätyttyä testitulokset ovat varmoja. Lääketieteen kehittyttyä HI-virusta vastaan on kuitenkin kehitetty estolääkitys (PEP-lääkitys), jolla voidaan pienentää HIV-tartunnan riskiä mahdollisen HIV-seksin jälkeen. Hoito tulisi aloittaa kahden tunnin sisällä altistustilanteesta tai viimeistään 72 tunnin sisällä.¹¹³

Yrityksestä luopuminen on kuitenkin mahdollista vain niin kauan, kuin yritys ei ole päättynyt. Päättynyt yritys on silloin, kun tekijä on tehnyt kaiken, minkä rikoksen toteutuminen häneltä vaatii. Vahinkoseuraus ei ole tällöin vielä ilmennyt.¹¹⁴ Päätyykö rikoksen yritys HIV-seksitapaauksissa sukupuoliyhteyden päättymiseen vai voisiko rikoksen yrityksen tulkita jatkuvaksi aina estolääkityksen rajaan 72 tuntiin asti sukupuoliyhteydestä? Rikoksen täytyminen ei vaadi kuin sukupuoliyhteyden – näin ollen rikoksen yritys päättyy nähdäkseni sukupuoliyhteyden päättymiseen. Yrityksestä luopumiseksi voisi tulkita tilanteen, jossa kesken sukupuoliyhteyden HIV-positiivinen havahtuisi katumaan tekoaan ja keskeyttäisi sukupuoliyhteyden vedoten tähän. Tosin vaikutusta lienee sillä, missä vaiheessa tekoa HIV-positiivinen luopuu yrityksestä. Yrityksestä luopuminen ei ole mahdollista ainakaan enää ejakulaation jälkeen, kun HIV-positiivisen siemennestettä on päättynyt kumppanin limakalvoille tai rikkoutuneelle iholle. Yrityksestä luopumiseen voisi vedota tehokkaimmin silloin, kun sukupuoliyhteys ei ole käytännössä

¹¹¹ Ks. *Hermunen* 2004, s. 261–262.

¹¹² *Nuotio* 1997, s. 111.

¹¹³ *Arvo-palvelu*.

¹¹⁴ HE 44/2002 vp, s. 141; *Hermunen* 2004, s. 261.

ehtinyt edes alkaa, ennen kuin HIV-positiivinen on tullut katumapäälle. Yrityksestä luopuminen on mahdollista seuraus-, teko- ja vaarantamisrikoksissa.¹¹⁵

Jos HIV-positiivinen kertoisi taudistaan partnerilleen viimeistään 72 tunnin sisällä sukupuoliyhteydestä sekä kertoisi estolääkityksen mahdollisuudesta ja veisi partnerinsa sairaalaan, voisi menettelyn nähdäkseni tulkita tehokkaaksi katumiseksi. Tehokas katuminen tulee käyttöön silloin, kun rikoksen yritys on jo päättynyt. Tehokkaassa katumisessa tekijä vapautuu vastuusta, jos hän on estänyt tunnusmerkistössä tarkoitetun seurauksen syntymisen. Ehtona on, että seuraus todella jää syntymättä.¹¹⁶ Estolääkitys mahdollistaa mielestäni sen, että tehokas katuminen on mahdollista HIV-positiiviselle. Tosin tehokas katuminen on mahdollista vain seurausrikoksissa. Täytäntöönpanotoimesta erottuvaa seurausta ei ole tekorikoksissa eikä vaarantamisrikoksissa.¹¹⁷

3.4 Tuottamukselliset henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset

Rikostunnusmerkistön täyttävä teko on rangaistava huolimattomuudella tehtynä pääsääntöisesti vain, jos tämä nimenomaisesti säännöksestä ilmenee.¹¹⁸ Tuottamuksellisten henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten tunnusmerkistötyyppi ei kuvaa kiellettyä toimintaa, vaan siinä vain kielletään vahinkoseurauksen aiheuttaminen huolimattomuudella.¹¹⁹

Rikoslain 21 luvun 8 §:n mukaan se, ”[j]oka huolimattomuudellaan aiheuttaa toisen kuoleman, on tuomittava kuolemantuottamuksesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.”

Kuolemantuottamuksen tekotapoja ei ole rajattu – mikä tahansa toisen kuoleman aiheuttava teko voi täyttää kuolemantuottamuksen tunnusmerkistön. Kuolemantuottamukseen on mahdollista syyllistyä myös laiminlyönnillä, jos toisen kuoleman aiheuttanut henkilö on ollut vastuuasemassa. Vastuuaseman perusteella henkilöllä voi olla velvollisuus estää kuolema.¹²⁰

Kuolemantuottamuksesta rankaiseminen edellyttää syy-yhteyttä tekijän toiminnan tai laiminlyönnin ja toisen kuoleman välillä. Olisiko uhri kuollut, jos tekijä olisi toiminut huolellisesti tai

¹¹⁵ *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 396–397.

¹¹⁶ HE 44/2002 vp, s. 141; *Lappi-Seppälä* 2004, s. 426.

¹¹⁷ *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 396–397.

¹¹⁸ *Nuotio – Majanen* 2003, s. 57.

¹¹⁹ *Nuutila* 1996, s. 294–295.

¹²⁰ *Rikosoikeus/ Nuutila – Ojala* 2009, s. 518–519.

tekijä olisi toiminut häneltä vaaditun mukaisesti? Toiseksi kuolemantuottamuksesta rankaiseminen edellyttää, että toisen kuolema oli teon – tai vaihtoehtoisesti laiminlyönnin – ennakoitava seuraus. Ennakoitavuus edellyttää, että tekijä olisi voinut tai hänen olisi teon hetkellä pitänyt mieltää kuoleman mahdollisuus.¹²¹

Törkeä kuolemantuottamus (RL 21:9) edellyttää, että huolimattomuus on törkeää, ja teko on myös kokonaisarvostelussa törkeä. Huolimattomuuden törkeyttä arvioidessa merkitystä annetaan rikotun huolellisuusvelvoitteen merkitykselle, vaarannettujen etujen tärkeydelle, loukkauksen todennäköisyydelle, riskinoton tietoisuudelle sekä muille tekoon ja tekijään liittyville olosuhteille.

KKO 1993:92. A ja B olivat kesäkuun 1986 ja syyskuun 1987 välisenä aikana harrastaneet seksiä ainakin 10 kertaa. Miehet olivat harrastaneet muun muassa anaaliseksiä, jossa A oli ollut hallitsevana osapuolena. Yhdynnät olivat johtaneet A:n ejakulaatioon, eikä niissä ollut käytetty kondomia. A:lla oli todettu HIV-infektio jo lokakuussa 1984, josta hän ei ollut kertonut B:lle. B:llä todettiin 21.9.1987 HIV-infektio. Hänen seksuaalinen kanssakäymisensä oli rajoittunut vuosina 1986-1987 seksiin A:n kanssa, ja ennen tätä suhdetta hänellä oli ollut ainoastaan yksi homoseksuaalinen sukupuoliuhde, eikä tällä henkilöllä ollut HIV-infektiota. B oli saanut tartuntansa A:lta. B kuoli oikeudenkäynnin kuluessa HIV-infektion kehityttyä AIDS-taudiksi. B:n peruskuolinsyy oli HIV-infektio. A tuomittiin törkeästä kuolemantuottamuksesta.¹²²

Uhrin kuolemaan johtaneiden tekojen arvioinnissa keskeiseksi muodostuu usein rajankäynti tahallisuuden ja tuottamuksen välillä. Tapauksissa, joissa syyte taposta on hylätty, tekijä tuomitaan usein törkeästä kuolemantuottamuksesta. Korkeimman oikeuden prejudikaatti KKO 1993:92 on tästä eräs esimerkki.¹²³

Korkein oikeus käsitteli tapauksessa KKO 1993:92 useita seksuaalisia tekoja sisältäneen aikakauden yhtenäisenä tapahtumasarjana. Ratkaisu ei ole yksiselitteinen, mutta oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että sukupuolisuhteen aiheuttama vaarantaminen voidaan katsoa jatkuvaksi toiminnaksi, jos toiminnan luonne ja sen kohde pysyy samana. Tekijä tuskin tekee päätöstä kumppaninsa terveyden vaarantamisesta ennen jokaista seksitekoa, vaan todennäköisesti toimii aiemman päätöksensä pohjalta. Teon käsittely yhtenä tapahtumasarjana vastaa paremmin pysyvän sukupuolisuhteen todellisuutta, kuin tekojen käsittely toisistaan erillään vastaisi.¹²⁴ Lie-nee perusteltua pitää lähtökohtana sitä, että tekoja arvioidaan yhtenä, jos tekijä tekohetkellä

¹²¹ Rikosoikeus/ Nuutila – Ojala 2009, s. 523–524.

¹²² Hovioikeus tuomitsi A:n törkeästä pahoinpitelystä ja kuolemantuottamuksesta. Ks. hovioikeuden ratkaisun kritiikkiä *Träskman* 1993, s. 45 alav. 44.

¹²³ *Matikkala* 2014, s. 263.

¹²⁴ *Hahto* 2004, s. 319.

ajattelee toistavansa teon saman henkilön (uhrin) kanssa.¹²⁵ Tulee myös huomata, että tekojen erikseen käsittely johtaisi suuriin vaikeuksiin sen suhteen, milloin tartutettu on HIV-infektion todella saanut. Varsinkin jos tekoja on ollut lyhyellä aikavälillä useita ja tartutettu ei saa ensioireita, ei tarkkaa tartunta-ajankohtaa saada selville. Tietysti ongelmallista on edellä mainituissa edellytyksissä saman henkilön vaatimus, sillä jos HIV-positiivinen on useiden henkilöiden kanssa suojaamattomassa sukupuoliyhteydessä, lisääntyy riski siihen, että joku tästä partnerijoukosta saa tartunnan. Sattumanvaraiseksi jää, kuka.¹²⁶

Rikoslain 21 luvun 10 §:n mukaan se, ”[j]oka huolimattomuudellaan aiheuttaa toiselle ruumiinvamman tai sairauden, joka ei ole vähäinen, on tuomittava vammantuottamuksesta sakkoon tai vankeuteen enintään kuudeksi kuukaudeksi.”

Vammantuottamuksen tekotapa on avoin¹²⁷, ja myös vammantuottamuksen tunnusmerkistö soveltuu HIV-infektion tartuttamistapauksiin.¹²⁸ Vammantuottamus tulee kyseeseen, kun joku aiheuttaa toiselle ruumiinvamman tai sairauden huolimattomuudellaan. Näin ollen vammantuottamuksen ja pahoinpitelyn ero on se, että pahoinpitelyn tulee olla tahallista. Kun toisen terveyttä vahingoittava teko ei ole tahallinen, kyseeseen tulee pahoinpitelyn sijasta vammantuottamus.¹²⁹ Vammantuottamuksessa yrityksen rangaistavuus ei näin ollen tule kyseeseen, sillä kyse ei ole tahallisesti aiheutetusta seurauksesta.

Jotta HIV-seksi johtaisi rangaistukseen vammantuottamuksesta, tulisi ensinnäkin HIV-infektion tarttua toiselle osapuolelle. Toiseksi rankaiseminen edellyttää HIV-positiivisen huolimattomuuden osoittamista. Vammantuottamuksen tunnusmerkistö kyllä soveltuu HIV-infektion tartuttamistapauksiin, mutta uskoakseni useimmissa tapauksissa pahoinpitely tai sen kvalifioitu tekemuoto ohittaa tämän tunnusmerkistön. Näin ollen vammantuottamuksen soveltaminen HIV-infektion tartuttamistapauksiin rajautuu niihin tapauksiin, joissa tekijän ei voida katsoa toimineen tahallisesti, mutta hän on silti ollut tietoinen sairaudestaan, ja tauti on tarttunut toiselle. Mielestäni vammantuottamus voisi olla sopiva tunnusmerkistö tapauksessa, jossa HIV-positiivinen on jättänyt kertomatta kumppanilleen sairaudestaan ja on käyttänyt kondomia kumppania suojatakseen, mutta tauti on silti tarttunut. Vammantuottamus voisi soveltua myös

¹²⁵ *Matikkala* 2004-2005, s. 402 ja *Matikkala* 2005, s. 163.

¹²⁶ *Matikkala* 2004-2005, s. 402.

¹²⁷ *Matikkala* 2014, s. 264.

¹²⁸ Näin myös *Träskman* 1993, s. 33; *Matikkala* 1995, s. 4; *Melander* 2016, s. 168.

¹²⁹ Ks. HE 94/1993 vp, s. 96.

tilanteisiin, joissa ”yhden yön jutussa” ei ole käytetty suojausta, HIV-positiivinen on käyttänyt lääkitystä ja tauti on tarttunut. Ilman lääkitystä teko on lähellä törkeää pahoinpitelyä.

Törkeästä vammantuottamuksesta säännellään rikoslain 21 luvun 11 §:ssä, jonka mukaan ”[j]os vammantuottamuksessa ruumiinvamma tai sairaus aiheutetaan törkeällä huolimattomuudella ja rikos on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä, rikoksentekijä on tuomittava törkeästä vammantuottamuksesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.” Myös törkeän vammantuottamuksen on katsottu soveltuvan HIV-infektion tartuttamistapauksiin.

3.5 Vaarantamisrikokset

Rikoslain 21 luvun 13 §:n mukaan se, ”[j]oka tahallaan tai törkeällä huolimattomuudella aiheuttaa toiselle vakavan hengen tai terveyden vaaran, on tuomittava, jollei teosta muualla laissa säädetä ankaraa tai ankarampaa rangaistusta, vaaran aiheuttamisesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.”

Vaaran aiheuttaminen ei tule sovellettavaksi, jos teosta on säädetty muualla laissa yhtä ankara tai ankarampi rangaistus. HIV-infektion tartuttamisen kannalta merkityksellisissä henkilövahinkotilanteissa vaaran aiheuttamissäännöksen syrjäyttävät tappo (RL 21:1), murha (RL 21:2), surma (RL 21:3), pahoinpitely (RL 21:5), törkeä pahoinpitely (RL 21:6), törkeä kuolemantuottamus (RL 21:9) ja törkeä vammantuottamus (RL 21:11).

Konkreettisissa vaarantamisrikoksissa edellytetään, että teosta on aiheutunut vaaraa tietylle oikeushyvälle ja vahinkoseurauksen vaara on ollut käsillä. Jos teko ei olisi voinut missään olosuhteissa johtaa vahinkoseuraukseen, eivät konkreettisen vaaran edellytykset täyty. Vahinkoseurauksen tulee myös voida katsoa syntyvän tehdyn teon seurauksena.¹³⁰ Konkreettisissa vaarantamisrikoksissa tunnusmerkistössä puhutaan henkilöstä, joka ”aiheuttaa vaaraa”.¹³¹

Vaaran aiheuttamisen rangaistavuus ei edellytä tahallisuutta, vaan myös törkeä huolimattomuus voi aiheuttaa rikoksen tunnusmerkistön täyttymisen. Käytännössä tahallinen vaaran aiheuttaminen tulee harvoin kysymykseen, sillä tekijä tarkoittaa aiheuttaa vaaratilanteen ilman pyrkimystä henkilövahinkoihin vain harvoin.¹³² Vaaraa arvioitaessa otetaan tekijän tiedossa olevien

¹³⁰ Melander 2016, s. 134.

¹³¹ Nuutila 1997, s. 101.

¹³² Rikosoikeus/ Nuutila – Ojala 2009, s. 542. Kirjoittajat viittaavat vain tarkoitustahallisuuteen. Teko voi olla tahallinen myös varmuustahallisuuden ja todennäköisyystahallisuuden perusteella.

seikkojen lisäksi huomioon ne vaarat, jotka olivat tilanteessa havaittavissa.¹³³ Luonnollisesti tärkeää vaaran aiheuttamisen tunnusmerkistön soveltavuudelle HIV-infektion tartuttamista-pauksiin on se, onko HIV-infektio edes säännöksessä kuvattu vakava hengen tai terveyden vaara. Vakavan vaaran arvioinnissa on kyse seurauksen vakavuudesta ja seurauksen synnyn todennäköisyydestä.¹³⁴ Vaaran aiheuttamisrikos edellyttää konkreettista ja vakavaa vaaraa toisen hengelle tai terveydelle. Todellista vahinkoa tai sellaiseen pyrkimistä ei edellytetä, sillä tällöin on kyse tappo- tai pahoinpitelyrikoksista.¹³⁵ Nuutila puhuikin ”läheltä piti” -tilanteista.¹³⁶

KKO 2015:83. A oli 3.2. ja 11.3.2009 välisenä aikana ollut useita kertoja suojaamattomassa anaalisessa sukupuoliyhteydessä B:n kanssa. A oli HIV-positiivinen ja sairaudestaan tietoinen. A käytti asianmukaisesti viruslääkitystä, joka laskee veren HI-viruspitoisuuden alhaiseksi. A jätti kertomatta B:lle HIV-infektiostaan, eikä seksissä käytetty kondomia. HIV-infektio ei tarttunut B:hen. A:n katsottiin aiheuttaneen B:lle vakavan terveyden vaaran, ja A:n syyksi luettiin vaaran aiheuttaminen kaikissa oikeusasteissa. Korkein oikeus linjasi, että HIV-infektio on sellainen vakava seuraus, jota rikoslain 21 luvun 13 §:ssä tarkoitetaan. Ensinnäkin taudin diagnosoimiseen liittyy epävarmuutta ja viivettä¹³⁷. Kaikki infektoituneet eivät saa ensioireita, ja ensioireet ovat muutenkin hyvin yleisluontoisia – lämpöilyä, väsymystä ja kurkkukipua. Toiseksi tauti on krooninen ja sen hallinnassa pitäminen edellyttää sitoutumista tarkkaan hoitoon ja seurantaan koko loppuelämän. Lääkehoidolla virusta ei kyetä poistamaan elimistöstä, ja toisaalta lääkehoidon onnistumisen ehdoton edellytys on, että potilas nauttii lääkkeitä säännöllisesti päivittäin koko loppuelämänsä ajan. Lääkkeiden käytön lisäksi infektoituneen tulee käydä säännöllisesti verikokeissa ja lääkärintarkastuksissa. Taudin hoito vaatii itsekuria, ja sen laiminlyönti saattaa johtaa viruksen uudelleenaktivoitumiseen ja lääkkeille resistentin viruskanan syntymiseen. Mikäli HIV-infektiota ei havaita ajoissa ja hoitoa aloiteta, johtaa se AIDS-vaiheen kautta kuolemaan. Toisaalta mikäli tauti havaitaan ajoissa ja hoidetaan asianmukaisesti, taudilla ei ole aiemman kaltaista vaikutusta tartunnan saaneen elämään ja elinikään – HIV-positiivisten elinajanennuste on lähellä terveen henkilön vastaavaa.

Korkein oikeus linjasi ratkaisussaan, että HIV-infektio on RL 21:13:ssä tarkoitettu vakava hengen tai terveyden vaara. Tätä perusteltiin HIV-infektion luonteella. Ratkaisu oli kuitenkin äänestystulos. Myös esittelijä ja hänen kanssaan samaa mieltä olevat oikeusneuvokset pitivät HIV-infektiota vakavana sairautena. Korkeimman oikeuden jäsenet eivät kuitenkaan päässeet yksimielisyyteen siitä, oliko seurauksen synty todennäköistä. Vähemmistön mukaan tapauksen olosuhteissa ei olisi kyse hengen tai terveyden vaarantamisesta, sillä vaaran aiheuttaminen

¹³³ Nuutila 1997, s. 102.

¹³⁴ HE 94/1993 vp, s. 99. Ks. Matikkala 1995, s. 169–170. Matikkala on arvioinut, että vaaran riskirajaa määrittävät oikeushyvän arvo ja seurauksen todennäköisyys. ”Mitä arvokkaampi oikeushyvä on teon kohteena, sitä alhaisempi todennäköisyys on riittävä.”

¹³⁵ Rikosoikeus/ Nuutila – Ojala 2009, s. 542.

¹³⁶ Nuutila 1997, s. 102.

¹³⁷ Korkeimman oikeuden tapauksessa viitattiin viiveeseen, mutta jätettiin mainitsematta, että verikoe taudin selvittämiseksi on luotettava vasta kolmen kuukauden kuluttua tartunnasta. Tartuntaa epäilevä joutuu elämään epä-tietoisuudessa terveydestään varsin pitkään.

edellyttää vakavan vaaran olevan aina *konkreettinen*.¹³⁸ Vähemmistö ei saadun selvityksen perusteella pitänyt taudin tarttumista todennäköisenä. Konkreettisen vaaran on esittelijän lausunnon mukaan vakiintuneesti katsottu merkitsevän, että toisen hengen tai terveyden on tullut todella olla vaarassa. Vaikka seuraus olisi vakava, ei vaaran aiheuttamisena ole rangaistavaa vain teoreettisen¹³⁹ tai hyvin epätodennäköisen seurauksen vaaran aiheuttaminen toisen hengelle tai terveydelle. Tapauksessa KKO 2015:83 saadun selvityksen mukaan tekijän viruskopioiden määrä oli ollut jo kauan mittaamattomissa asianmukaisen lääkityksen vuoksi, joten riski tartunnasta on ollut tekoaikana erittäin pieni – seurauksen synty ei siis vähemmistön kannan mukaan ollut todennäköistä, joten kyse ei ollut vaaran aiheuttamisesta.

Korkeimman oikeuden enemmistö kuitenkin katsoi, että pelkästään asianmukaisesti noudatettu lääkitys ei merkitse sitä, etteikö suojaamattomaan HIV-seksiin liity rikoslaissa ja oikeuskäytännössä¹⁴⁰ tarkoitettu konkreettinen ja vakava vaara. Korkeimman oikeuden ratkaisu onkin saanut osakseen kritiikkiä¹⁴¹, sillä kyseisessä tapauksessa HIV-infektion tarttumisriski oli asianmukaisesti käytetyn lääkityksen vuoksi lähes olematon. Korkeimman oikeuden enemmistö päätyi kuitenkin kannalle, että tartunnan riski oli sen verran todennäköinen, että konkreettinen vaara oli käsillä. Korkeimman oikeuden mukaan tartunnan todennäköisyyttä on arvioitava aina erikseen, eikä tartuntariskin suuruutta voida arvioida vain tutkimustiedon valossa.

Tässä tapauksessa korkein oikeus näyttää kuitenkin jättäneen tekemättä todennäköisyysarvion tartuntariskistä, vaikka niin kertoo jäljempänä tekevänsä.¹⁴² Ratkaisu jättääkin avoimeksi kysymyksen, miten tartuntatodennäköisyyttä olisi tässä tapauksessa tullut arvioida, ja oliko tartuntariski todella konkreettinen. Vähemmistöön jääneiden oikeusneuvosten lausunto oli tältä osin perustellumpi.¹⁴³ Korkein oikeus on antanut arvioinnissaan enemmän painoarvoa HIV-positiivisen A:n tartuntariskiä lisäävälle toiminnalle ja mahdollisen seurauksen vakavuudelle

¹³⁸ Konkreettisuuden vaatimuksesta HE 94/1993 vp, s. 99 ja KKO 2015:83, perustelukohta 28.

¹³⁹ Tapauksessa KKO 1999:102 korkein oikeus hylkäsi syytteen murhan yrityksestä, sillä se katsoi HIV-infektion tarttumisvaaran olleen vain teoreettinen, kun tekijä yritti tartuttaa viruksen muihin puremalla, sylkemällä ja verisillä sormilla raapimalla.

¹⁴⁰ Korkein oikeus viittasi tapauksessaan aiempiin ennakkopäätöksiin KKO 1995:143, KKO 1997:108 ja KKO 2003:115.

¹⁴¹ Ks. esim. *Melander* 2016, s. 136 alav. 543. Melander katsoo, että korkein oikeus laskee rangaistavaa vaaraa koskevan todennäköisyysedellytyksen soveltamiskynnyksen arveluttavan alas. Korkein oikeus ei ratkaisun perusteluissa ottanut edes kantaa vaadittavan todennäköisyyden asteeseen.

¹⁴² Näin myös *Hyttinen – Tapani* 2017, s. 771–772. Kirjoittajat otaksuvat, että korkein oikeus on tietoisesti välttänyt ottamasta täsmällistä kantaa todennäköisyyden tasoon tässä yksittäistapauksessa. Ks. myös *Melander* 2016, s. 136 alav. 543, jossa myös Melander kiinnittää huomiota siihen, ettei korkein oikeus ottanut nimenomaisesti kantaa vaadittavan todennäköisyyden asteeseen.

¹⁴³ Näin myös *Hyttinen – Tapani* 2017, s. 772. Vrt. *Frände* 2016, s. 15. Korkeimman oikeuden vähemmistökään ei ottanut kantaa vaaran asteeseen. Vähemmistö arvioi riskin tartunnalle olleen erittäin pieni. Frände ei osaa sanoa, voiko tapauksessa jäljellä olevaa seurauksen todennäköisyyttä kutsua varteenotettavaksi (beaktansvärd). Frände ei näin ollen ota kantaa siihen, oliko korkeimman oikeuden linjaus vaaran aiheutumisen todennäköisyydestä oikea.

kuin seurauksen aiheutumisen todennäköisyydelle.¹⁴⁴ Seurauksen todennäköisyyden asteen konkretisointi on tässä tapauksessa korvattu huolellisuusvelvollisuuden rikkomisen ja teon moraalisen moitittavuuden arvioinnilla¹⁴⁵, mikä ei ole perusteltua. Oikeuskirjallisuudessa on puollettu kantaa, että vaaran aiheuttamisessa terveydelle todennäköisyysvaatimus olisi sitä pienempi, mitä vakavammasta terveystahingosta puhutaan. Eli kääntäen mitä todennäköisempää seurauksen aiheutuminen on, sitä pienempi seurauksen vakavuus voi olla.¹⁴⁶ Tämä sääntö vaikuttaa toteutuvan korkeimman oikeuden ratkaisussa. HIV-infektiota on pidetty niin vakavana, että lähes olematon tartuntariskikin täyttää vaaran aiheuttamisen todennäköisyysvaatimuksen.

HIV-infektion tartuttamisella loukataan toisen itsemääräämisoikeutta ja oikeutta terveyteen ja viimesijassa elämään. Matikkala arvioi 90-luvulla, että vaaran aiheuttaminen voi aiheuttaa tulokintaongelmia jatkossa juuri seurauksen vakavuuden ja sen todennäköisyyden arvioinnissa. Kyse on hengenvaarasta, muttei silti liene perusteltua, että rikosoikeudellinen vastuu aktualisoituisi kuinka pienellä todennäköisyydellä hyvänsä.¹⁴⁷ HIV-infektion tarttumisen todennäköisyys on hyvin pieni, joten huomio on perusteltu. Vaaran aiheutumissäännöksen soveltuvuutta myöhemmin arvioidessaan Matikkala piti mahdollisena sitäkin, ettei säännös soveltuisi HIV-tapauksiin, tartuntariskin ollessa niin alhainen – RL 21:13:n edellyttämä vaara ei välttämättä täytyisi.¹⁴⁸ Korkeimman oikeuden enemmistö päätyi kuitenkin toiseen lopputulokseen. Toisaalta vaaran aiheuttamisen soveltumisesta HIV-seksiin ei ole oltu muutenkaan yksimielisiä. Esimerkiksi *Per-Ole Träskmanin* mukaan säännös soveltuu HIV-tapauksiin.¹⁴⁹ *Kimmo Nuotion* arvion mukaan vaaran aiheuttamissäännös voisi soveltua, mutta säännöstä ei olla totuttu ajattelemaan tällaisissa yhteyksissä.¹⁵⁰ *Leo R. Hertzbergin* mielestä vaaran aiheuttamisen tunnusmerkistö ei sovellu HIV-seksiin, sillä toinen osapuoli voi itse suojautua vaaralta käyttämällä suojautumiskeinoa tai kieltäytymällä sukupuoliyhteydestä.¹⁵¹ Hertzberg kyseenalaistaa ratkaisun, jossa kriminalisoitaisiin HIV-positiivisen ilman kondomia suorittama yhdyntä vain siksi, että hän vaarantaa seksikumppaninsa terveyden, vaikka kumppani ei edes tartuntaa saisi. Suojaa-mattoman yhdynnän säätämisestä rangaistavaksi tilanteissa, joissa kumppani ei ole saanut tartuntaa, voisi seurata, että jokainen voisi määrätä sukupuolikumppaninsa HIV-tutkimuksiin, kun

¹⁴⁴ *Kukkonen* 2016a, jaksossa Mitä ratkaisusta seuraa?

¹⁴⁵ *Hyttinen – Tapani* 2017, s. 777.

¹⁴⁶ *Matikkala* 1995, s. 183 ja *Tapani – Tolvanen* 2016b, s. 95.

¹⁴⁷ *Matikkala* 1995, s. 170. Matikkalan mukaan ”HIV-infektio merkitsee vaaraa ennen kaikkea kuoleman kannalta.” Nykypäivänä lääketieteen kehittyttyä en käyttäisi ilmausta ”ennen kaikkea”. HIV-infektio kun ei nykypäivänä automaattisesti johda kuolemaan.

¹⁴⁸ *Matikkala* 2004-2005, s. 402.

¹⁴⁹ *Träskman* 1993, s. 33.

¹⁵⁰ *Nuotio* 1997, s. 112.

¹⁵¹ On epäselvää, tarkoittaako Hertzberg kannanotollaan sitä, että suojautumisen mahdollisuus poissulkisi kaikkien tunnusmerkistöjen soveltuvuuden vai vain vaaran aiheutumisen tunnusmerkistön. Ks. *Matikkala* 1995, s. 58.

hän mainitsisi mahdollisuudesta HIV-tartuntaan. Toinen näkökulma on se, että HIV-positiivinen voisi tällaisen kriminalisoinnin ollessa voimassa jopa piilotella terveydenhoitohenkilökunnalta, vaikka tartuntaa epäiläisikin. Näin kukaan ei mahdollisessa rikosepäilyssä voisi todistaa, että HIV-positiivinen on tiennyt tartunnastaan ja tieteen tahtoen vaarantanut kumppaninsa terveyden.¹⁵² Vaikka Hertzbergin kannanotosta on kulunut jo kolme vuosikymmentä, ovat hänen esittämänsä uhkakuvat edelleen ajankohtaisia. Edelleen on arvioitu, että HIV-infektion tartuttamiseen liittyvät oikeudenkäynnit voivat vähentää HIV-infektion testaushalukkuutta.¹⁵³ Arvioin, että nykypäivänä Suomessa on kuitenkin vain pieni riski siihen, että HIV-positiivinen piilottelisi terveydenhoitohenkilökunnalta vain osoittaakseen mahdollisessa rikosepäilyssä, ettei tiennyt sairaudestaan. Nykypäivänä kun taudin eteneminen voidaan pysäyttää hoidolla, voisi otaksua, että enemmistö HIV-positiivisista hakeutuu hoitoon.¹⁵⁴ Vaikka vaaran aiheuttamissäännöksen soveltuvuudesta HIV-infektion tartuttamistapauksiin ei olla aina oltu yksimielisiä, on sen soveltuminen HIV-tapauksiin varmaa korkeimman oikeuden linjauksen jälkeen.

Terveyden vaarantamisesta säännellään rikoslain 34 luvun 4 §:ssä. Säännöksen perusteella voidaan tuomita muun muassa se, joka levittää vakavaa sairautta siten, että teko on omiaan aiheuttamaan yleistä hengen tai terveyden vaaraa. Myös yritys on rangaistava.

Levitettävän taudin tulee olla vakava, ja käytännössä vain tartuntatauteja voi levittää. Edellä on käsitelty jo törkeää pahoinpitelyä, jonka eräs kvalifiointiperuste sisältää vakavan sairauden käsitteen. Taudin levittäminen tarkoittaa toisen altistamista tartuntavaaralle. Teko on täytetty Nuotion arvion mukaan silloin, kun yksi tai useampi on saanut tartunnan.¹⁵⁵

Yleisen hengen tai terveyden vaara täyttyy, kun on olemassa vaara, että *tartutettu* levittää vakavaa sairautta eteenpäin. Tunnusmerkistön täytyminen edellyttääkin abstraktia yleisvaarallisuutta, eli että teko voi vaarantaa satunnaisesti määrittyvän ihmisjoukon henkeä tai terveyttä.¹⁵⁶ Vaara ei kohdistu yhteen ainoaan henkilöön tai tiettyihin henkilöihin, vaan se uhkaa ennalta rajoittamatonta, määrittelemätöntä joukkoa. Yleinen vaara tarkoittaa, ettei etukäteen voida tietää, keiden henki tai terveys on uhattuna.¹⁵⁷ Terveyden vaarantaminen edellyttää abstraktista vaaraa¹⁵⁸, joka tarkoittaa sitä, että rikoksen tekotyypin yleensä aiheuttaa hengen tai terveyden

¹⁵² Hertzberg 1988, s. 142–143.

¹⁵³ Brummer-Korvenkontio ym. 2017, s. 32. Ks. Burris ym. 2008, s. 8 ja Oakeshott 2013, s. 49.

¹⁵⁴ Vrt. STT 2012.

¹⁵⁵ Rikosoikeus/ Nuotio 2009, s. 927–928.

¹⁵⁶ Rikosoikeus/ Nuotio 2009, s. 927.

¹⁵⁷ HE 94/1993 vp, s. 119.

¹⁵⁸ Nuutila 1997, s. 103.

vaaraa.¹⁵⁹ Abstraktinen vaarantaminen liittyy lähinnä itse teon vaarallisuuteen, ja sen edellytyksenä on, että teko on luonteeltaan sellainen, että vahingon syntymiseen on vakavasti otettava mahdollisuus. Oikeushyvää ei tarvitse tosiasiaassa olla vaarannettu. Abstraktista vaaraa edellyttävien rikosten tunnusmerkistöissä abstraktin vaaran vaatimus ilmaistaan niin, että teko ”on omiaan aiheuttamaan vaaraa”.¹⁶⁰

HIV-infektion tartuttaminen voisi tulla rangaistavaksi terveyden vaarantamisena, jos on vaara siitä, että tauti jatkaa leviämistään tartutetulta eteenpäin. Jos tartutettu ei tiedä tartunnastaan, voi hän tietämättään levittää HIV-infektiota edelleen ja saada aikaan tartuntojen ketjun. HIV-infektion tartuttamisen rankaiseminen terveyden vaarantamisena edellyttää tahallisuutta. Rankaisemisen edellytyksenä on, että tekijän tulee tietää omasta tartunnastaan ja tietää myös siitä, että hän saattaa altistaa ihmisjoukon tartunnalle.¹⁶¹

Tulee kuitenkin huomata, että sairauden tartuttaminen voi olla rangaistava myös esimerkiksi pahoinpitelyrikkoksena, vaaran aiheuttamisena tai jonain muuna edellä kuvattuna rikoslain 21 luvun rikoksena tai sen yrityksenä. Kun vaaran alaisena on vain yksi henkilö, ei yleisen vaaran vaatimus täyty.¹⁶² Näin ollen terveyden vaarantamisesta tuomitseminen HIV-infektion tartuttamistapauksissa tulisikin jättää tilanteisiin, joissa tartuntavaaraan joutuneita on lukuisia. Tartuntavaaraan joutuneita ovat ne, keiden olisi syytä käydä HIV-testeissä mahdollisen tartuntojen ketjun vuoksi.¹⁶³ Terveyden vaarantamisen kriminalisoinnilla on katsottu olevan vain vähän käytännön merkitystä.¹⁶⁴ Arvioni mukaan terveyden vaarantaminen voisi soveltua esimerkiksi silloin, kun HIV-positiivinen on prostituoitu ja hän levittää tautia. Tällöin tartuntavaaraan joutuneiden joukko voi olla ennalta-arvaamaton, jos asiakkaat jatkavat taudin tartuttamista eteenpäin.

Terveyden vaarantamisesta on säädetty kvalifioitu tekemuoto eli törkeä terveyden vaarantaminen (RL 34:5). Tällöin terveyden vaarantaminen tehdään aiheuttaen suurelle ihmismäärälle vakavaa hengen tai terveyden vaaraa. Rikoksen tulee myös kokonaisuutena arvostellen olla törkeä, ja myös yritys on rangaistava. Törkeä terveyden vaarantaminen ei todennäköisesti kovin helposti sovellu HIV-infektion tartuttamistapauksiin seksiteitse, sillä harvoin teko kohdistuu

¹⁵⁹ HE 94/1993 vp, s. 119.

¹⁶⁰ Nuutila 1997, s. 103, 105.

¹⁶¹ Rikosoikeus/ Nuotio 2009, s. 928. Tahallisuuden tulee kattaa teon yleisvaarallinen luonne. Ei riitä, että toisen tartuttaminen olisi tahallista.

¹⁶² HE 94/1993 vp, s. 119.

¹⁶³ Rikosoikeus/ Nuotio 2009, s. 927–928.

¹⁶⁴ Frände ym. 2014, s. 927.

vaikutuksiltaan suureen ihmismäärään.¹⁶⁵ Hyvin todennäköistä on, ettei törkeän terveyden vaarantamisen tunnusmerkistö sovellu useimpiin HIV-infektion tartuttamistapauksista. Näin ollen sen merkitys jää vähäiseksi.

3.6 Yhteenveto

HIV-infektion tartuttamiseen ja tartuntavaaran aiheuttamiseen soveltuva tunnusmerkistö määrittyy teon seurauksen, tekijän tietoisuuden ja olosuhteiden mukaan.¹⁶⁶ Teolle soveltuvinta tunnusmerkistöä arvioitaessa tulee ottaa huomioon nämä seikat. Arvioinnin on perusteltua lähteä sen selvittämisestä, onko HIV-infektio tarttunut HIV-seksin toiselle osapuolelle. Tämä vaikuttaa ratkaisevasti sovellettavan tunnusmerkistön valintaan, sillä teko ei voi olla esimerkiksi törkeä pahoinpitely tai vammantuottamus, jos partneri ei ole saanut tartuntaa. Kun partneri ei ole saanut tartuntaa, lähtökohtaisesti soveltuva tunnusmerkistö on nähdäkseni vaaran aiheuttaminen. Myös törkeän pahoinpitelyn yrityksen tunnusmerkistö voi soveltua, tosin tällöin teolta edellytetään, että se on ollut kokonaisuutena arvostellen törkeä. Oikeuskäytännön perusteella vaikuttaa siltä, että jos partneri ei saa tartuntaa, lääkitystä käyttänyt HIV-positiivinen ei lähtökohtaisesti syyllisty törkeän pahoinpitelyn yritykseen, vaikka suojaamattomia sukupuoliyhteyksiä olisi ollut useampiakin. Tällöin voi olla kyse vaaran aiheuttamisesta.¹⁶⁷ Jotta kyse olisi törkeän pahoinpitelyn yrityksestä, teon täytyy olla tahallinen.

Valinta törkeän pahoinpitelyn ja vammantuottamuksen välillä määrittyy käytännössä sillä, voiko teon katsoa törkeäksi pahoinpitelyksi. Törkeä pahoinpitely edellyttää vammantuottamuksesta poiketen tahallisuutta ja teon tulee olla kokonaisuutena arvostellen törkeä. Esimerkiksi suhteen laatu voi vaikuttaa teon kokonaisarviointiin. Jos tekoa ei voi katsoa törkeäksi pahoinpitelyksi, on kyseessä mitä todennäköisimmin vammantuottamus. Vammantuottamuksen tunnusmerkistö tulee sovellettavaksi silloin, kun HIV-positiivinen ei ole tarkoittanut tartuttaa partneriaan ja HIV-infektion tarttuminen on ollut epätodennäköistä, mutta tauti on silti tarttunut. Mielestäni vammantuottamus olisi sopivin tunnusmerkistö tilanteessa, jossa on mukana myös niin sanotusti huonoa tuuria. Jos tauti tarttuisi esimerkiksi vain yhden suojaamattoman sukupuoliyhteyden seurauksena tilanteessa, jossa HIV-positiivinen käyttää lääkitystä

¹⁶⁵ Rikosoikeus/ *Nuotio* 2009, s. 929. Nuotion mukaan törkeästä terveyden vaarantamisesta voisi kuitenkin olla kyse esimerkiksi silloin, jos suuri määrä ihmisiä on verensiirtojen yhteydessä altistunut HIV-infektion tartuntavaaralle. Arvioni mukaan tämä on hyvin epätodennäköistä Suomessa, mutta tällaiseen tilanteeseen tunnusmerkistö soveltuisi hyvin.

¹⁶⁶ Ks. Rikosoikeus/ *Lappi-Seppälä – Nuutila* 2002, s. 809–810.

¹⁶⁷ Ks. KKO 2015:83 ja HelHO 18.4.2018 18/116352, jossa HIV-positiivinen A ei edes käyttänyt lääkitystä. Tosin A:n veren viruspitoisuus oli luonnostaan alhainen.

asianmukaisesti, on HIV-infektion tartuntatodennäköisyys hyvin pieni. Tällöin tahallisuuden alaraja ei välttämättä täyty.

HIV-seksiin soveltuvan tunnusmerkistön arvioinnissa otetaan huomioon myös tapauksen olosuhteet, joista hyvä esimerkki on nähdäkseni osapuolten välinen suhde. Oikeuskirjallisuudessa on puollettu sitä kantaa, että partnerille kertomatta jättäminen on sitä moitittavampaa, mitä vakavampi osapuolten välinen suhde on. ”Yhden illan jutussa” kertomatta jättäminen voi olla hyväksyttävämpää kuin avioliittoon asti edenneessä suhteessa. Tämä on mielestäni perusteltua jo tartuntatodennäköisyyden kohoamisen vuoksi. Tästä ei ole kuitenkaan täyttä varmuutta korkeimman oikeuden prejudikaattien perusteella. Tosin tapauksen KKO 2017:8 kaltaisissa, törkeydeltään lähes äärimmillen viedyissä tapauksissa suhteen laadulla on merkitystä ainakin teon törkeyden kokonaisarvioinnissa. Tapaus oli ääriesimerkki, sillä osapuolet olivat jo avioliitossa, eikä HIV-positiivinen A kertonut taudistaan aviopuolisolleen, jolle hänen oma tartuntansakin selvisi sattumalta. A ei edes käyttänyt lääkitystä tai suojausta.

Nykypäivänä henkirikostunnusmerkistöt soveltuvat vain harvoin. Tapon tai sen yrityksen tunnusmerkistön soveltuminen HIV-tapauksiin on nähdäkseni hyvin epätodennäköistä. Kuolemantuottamus voi tulla kyseeseen, mutta se edellyttää tartutetun kuolleen tautiin, mikä on epätodennäköistä. Myös terveyden vaarantamisesta rankaiseminen lienee harvinaista ainakin sekseiteitse saaduissa tartunnoissa, mutta ei mahdotonta.

4 TIETO JA TEKIJÄN SYYLLISYYS

4.1 Tiedon merkityksestä rikosvastuun kannalta

4.1.1 Tyyppitilanteiden jaottelu

Tietämisen käsite on rikosoikeudellisesti merkittävä erityisesti tekijän syyllisyyttä ja tahallisuutta arvioitaessa. Tietämisellä on yhteys esimerkiksi todennäköisenä ja varmana pitämiseen sekä uskomiseen. Tiedolla tarkoitetaan tahallisuutta yleensä: tieto on tahallisuutta ja parempi tieto kvalifioitua tahallisuutta.¹⁶⁸

Erityisen keskeistä tahallisuusarvioinnin ja HIV-positiivisen syyllisyyden kannalta on, mitä kumpikin HIV-seksin osapuoli on tiennyt HIV-positiivisen HIV-infektiosta, sen siirtymisen mahdollisuuksista ja sen seurauksista.¹⁶⁹ Koska molempien HIV-seksin osapuolten tiedolla HIV-infektiosta on merkitystä rikosoikeudellisen vastuun arvioinnissa, tulee nämä vaihtoehtoiset tietämystavat erottaa toisistaan.

Ensinnäkin tulee tilanteina erottaa ne, missä

- A. HIV-positiivinen ei ole tiennyt tartunnastaan;
- B. HIV-positiivinen on tiennyt tartunnastaan ja ei ole kertonut siitä kumppanilleen;
- C. HIV-positiivinen on tiennyt tartunnastaan ja on kertonut siitä kumppanilleen.¹⁷⁰

Teoreettisesti mahdollista on myös se, että terve partneri tietäisi toisen HIV-positiivisuudesta, vaikka infektoitunut henkilö ei omasta tartunnastaan tietäisi. Tämän vaihtoehdon käsittelyä pidän kuitenkin tarpeettomana tässä yhteydessä sen epätodennäköisyyden vuoksi.

Tartuttajan tiedon merkitys voidaan jakaa kahteen osaan. Ensinnäkin on tieto siitä, onko henkilö HIV-positiivinen. Toiseksi voidaan erottaa tartuttajan tieto HIV-infektiosta ylipäätään. Molemmat tiedon muodot vaikuttavat merkittävästi tahallisuusarviointiin.

¹⁶⁸ Matikkala 2005, s. 22.

¹⁶⁹ Matikkala 1995, s. 33.

¹⁷⁰ Ks. samantyyppinen jaottelu Hahto 2004, s. 316.

4.1.2 Yleisesti HIV-positiivisen tiedon merkityksestä

1980-luvulla HIV-infektiosta uutisoitiin runsaasti. Otsikot hälvenivät hieman 1990-luvulla, vuosikymmen taudin löytämisen jälkeen. Hertzbergin 1980-luvulla esittämän kannanoton mukaan tehokkain keino ehkäistä HI-viruksen leviämistä on tiedon levittäminen taudista. Hänen mukaansa tuon aikaisessa yhteiskunnassa tiedon levittäminen oli helppoa tehdä nopeasti ja tehokkaasti.¹⁷¹ Matikkalan näkemyksen mukaan 1990-luvulla kansalaisilla oli tiedotusvälineiden kautta pääpiirteinen kuva HIV-infektiosta. Lisäksi tartunnan ja diagnoosin saaneet saavat tietoa taudista lääkäreiltä.¹⁷² Tieto- ja informaatioyhteiskunta on tämän jälkeen ottanut valtavia harppauksia eteenpäin, ja informaation ja tiedon määrä on moninkertainen 80- ja 90-lukuihin nähden. HI-viruksesta on saatavissa runsaasti tietoa internetistä. HIV-infektiostaan tietävän on nyky-yhteiskunnan tiedonpaljoudessa vaikea perustella sitä, ettei ole tiennyt taudista ja sen riskeistä tarpeeksi.¹⁷³ Kun HIV-infektio todetaan, saa infektoitunut terveydenhuollosta runsaasti tietoa taudinkuvasta, siitä aiheutuvista varotoimenpiteistä, muun ehkäisyn tarpeesta ja vastuustaan.

KKO 1993:92. Tartuttajan tahallisuutta arvioitaessa annettiin runsaasti painoarvoa sille, mitä tietoa tartuttajalla oli tekojen aikaan käytettävissä tartuntamahdollisuuksien todennäköisyyksistä. Asianomistaja (B) oli saanut tartunnan kesäkuun 1986 ja syyskuun 1987 välisenä aikana. Tartuttajalla (A) ei kuitenkaan ollut mitään täsmällistä luotettavaa tietoa HIV-infektion tarttumisen *todennäköisyydestä* sinä aikana, kun osapuolet harrastivat suojaamatonta anaaliyhdyntää. Korkein oikeus ei nähnyt olevan perusteita olettaa, että A olisi pitänyt HI-viruksen tarttumista anaaliyhdyntänsä varmana tai varsin todennäköisenä seurauksena. Tästä syystä korkein oikeus päätyi siihen, ettei A aiheuttanut tartuntaa tahallaan vaan tuottamuksesta. Toisaalta korkein oikeus piti selvänä sitä, että A on tiennyt HIV-infektion johtavan AIDS-tautiin ja näin ollen jopa kuolemaan. A on myös saamiensa tietojen perusteella tiennyt, että tartuntamahdollisuus suojaamattomassa anaaliyhdyntänsä, sairastumismahdollisuus tartunnan seurauksena ja kuoleman vaara sairauden vuoksi ovat olleet vähäistä suuremmat. A oli saanut runsaasti informaatiota taudista. A oli saanut henkilökohtaisesti informaatiota sairaalasta. Hän oli tavannut useita lääkäreitä, ja häntä oli erikseen varoitettu suojaamattomasta anaaliyhdyntästä. Sairaalasta jaetuissa informaatiotehtävissä oli korostettu, että HIV-positiivisuudesta tulee kertoa seksikumppaneille. A:n aiempi seksikumppani kuoli HIV-infektioon, joten A:lla oli myös omakohtaisia kokemuksia taudin seurauksista.

Tahallisuuden raja tässä tapauksessa oli siis siinä, *tiesikö* tartuttaja taudin tarttumisen todennäköisyyden. Kun täsmällistä tietoa tarttumisen todennäköisyydestä ei ollut, ei merkitystä ollut edes sillä, että tartuttajalle oli erityisesti korostettu suojaamattoman anaaliyhdyntänsä

¹⁷¹ Hertzberg 1988, s. 137.

¹⁷² Matikkala 1995, s. 18–19.

¹⁷³ Ks. KKO 1998:1 ja KKO 1998:2, joissa oli kysymys kuristamiseen liittyvästä hengenvaarasta. Tapauksissa pohdittiin sitä, oliko kuristamiseen liittyvä heijastekuoleman mahdollisuus yleisesti tiedossa. Kuristamiseen voi kuolla eri syistä: ensinnäkin voimakkaan ja pitkään jatkuvan kuristamisen seurauksena, jolloin hengitys tai verenkierto aivoihin estyy, ja toiseksi jo lyhytaikaisen kuristamisen seurauksena, joka voi johtaa heijasteelliseen sydänpysähdykseen. Korkein oikeus katsoi edellä mainituissa tapauksissa, että heijastekuoleman mahdollisuus kuristamisessa ei ollut yleisesti tunnettu. Ks. *Vihriälä* 2012, s. 224–226.

vaarallisuutta.¹⁷⁴ Seuraus riskin aiheutumisesta on sitä suurempi, mitä enemmän yhdyntöjä on. Kiistatta myös tapauksessa KKO 1993:92 näin oli. Korkeimman oikeuden enemmistön mukaan vastaajan ei selvitetty saaneen tapahtumasarjan aikana mitään täsmällistä luotettavaa tietoa HIV-infektion tartuntatodennäköisyydestä suojaamattomassa anaalyhdynnässä. Korkein oikeus viittaa nimenomaan tekijän tekojen aikana tietämään tietoon, mitä Matikkala on kritisoinut. Matikkalan käsityksen mukaan käsitykset HIV-infektion relevanteista riskeistä ovat muuttuneet, mutta erotettava on HIV-infektion *tartuntariski* ja *letaalisuus*. Tartunnan letaalisuutta koskevat käsitykset ovat muuttuneet vuosien saatossa, ja selkeää käsitystä taudin letaalisuudesta ei aluksi ollut. Korkeimman oikeuden ratkaisustakin ilmenee, että 80-luvun puolivälissä arveltiin, että vain 5-20 prosenttia tartunnan saaneista sairastuisi AIDS-tautiin. Jo 90-luvun alkupuolella sen hetkinen tieto oli, että lähes kaikki sairastuvat AIDS-tautiin ennemmin tai myöhemmin.¹⁷⁵ Käsitys tartuntariskistä ei kuitenkaan ole olennaisesti muuttunut, eikä se Matikkalan mukaan ollut olennaisesti muuttunut vuosien 1986–1987 ja 1993¹⁷⁶ välillä.¹⁷⁷ Nähdäkseni taudin letaalisuudesta ollut virheellinen käsitys tekohetkellä olisi estänyt tappotahallisuuden tapauksessa. Kuitenkin koska tieto tartuntatodennäköisyydestä ei ollut olennaisesti muuttunut tekohetken ja tuomitsemishetken välillä, olisi A:lla voinut olla tartuttamistahallisuus. Näin ollen A olisi voitu tuomita törkeästä pahoinpitelystä (ja törkeästä kuolemantuottamuksesta).

KKO 1993:92 on kuitenkin hyvä esimerkki siitä, miten HIV-positiivisen tiedolla omasta taudistaan on merkitystä tahallisuusarvioinnissa. Merkittävää on ensinnäkin se, tiesikö tartuttaja tartuttamishetkellä sairaudestaan itse, ja jos tiesi, niin mitä. Myös sillä, mistä informaatio sairaudesta on peräisin, on merkitystä. Toisaalta näin on vain silloin, kun arvioidaan HIV-positiivisen omaa käsitystä taudista, ei keskimääräisen huolellisen henkilön käsitystä taudista. Matikkala on jakanut HIV-infektiota ja sen seurauksia koskevan tiedon kolmeen osaan. On *yleistä tietoa*, joka kansalaisilla on yleisen tiedotuksen perusteella; on *konsultaatitietoa*, joka muodostuu HIV-positiivisten lääkäriltä saamasta tiedosta; ja on *asiantuntijatietoa*, jota on esimerkiksi yksityiskohtainen tutkimustieto. Erityisesti yleinen tieto ja konsultaatitieto ovat merkityksellisiä HIV-positiivisen rikosoikeudellisen vastuun kannalta, sillä tahallisuudessa merkittävää on tekijän tieto. Kun HIV-positiivinen on hakeutunut hoitoon, tieto HIV-infektiosta koostuu yleisestä tiedosta ja konsultaatitiedosta.¹⁷⁸ Matikkalan jaottelu on perusteltu. Korkeimman

¹⁷⁴ Ilman erityistä korostamistakin tämän olisi mielestäni voinut katsoa olleen selvää, sillä lehtikirjoittelu aiheen ympärillä oli massiivista, ja tauti oli leimautunut nimenomaan homoseksuaalien taudiksi.

¹⁷⁵ Ks. myös Hagström 1988, s. 67–68.

¹⁷⁶ Yhtenäinen tapahtumasarja – Hahdon käsitettä lainatakseni – alkoi vuonna 1986 ja jatkui vielä vuonna 1987. Vuosi 1993 mainitaan, sillä se on korkeimman oikeuden ratkaisuvuosi.

¹⁷⁷ Matikkala 2005, s. 162–163.

¹⁷⁸ Matikkala 1995, s. 18–19.

oikeuden ratkaisuihin on havaittavissa, että konsultaatitiedolla on etusija verrattuna yleiseen tietoon. Asiantuntijatiedollakin on merkitystä. Käytännössä korkein oikeus on antanut enemmän merkitystä konsultaatitiedolle kuin asiantuntijatiedolle, vaikka asiantuntijatiedon avulla esimerkiksi tartuntatodennäköisyyttä on selvitetty laajasti.

4.1.3 HIV-positiivinen ei ole tietoinen tartunnastaan (A)

Rikosoikeudellisessa keskustelussa on puollettu kantaa, että kun HIV-positiivinen ei ole tiennyt tartunnastaan, ei häntä voida sen tartuttamisesta tuomita.¹⁷⁹ HIV-infektion tarttumisessa tulee huomioida se, että käytännössä milloin tahansa suojaamatonta (tai jopa suojattua) seksiä harrastettaessa on riski saada tartunta. Kun HIV-positiivinen ei tiedä tartunnastaan, on periaatteessa osapuolien tietoisuuden näkökulmasta yhtä suuri todennäköisyys sille, että jommallakummalla osapuolista on HIV-infektio ja se voi tarttua toiselle. Kun kumpikin osapuoli on yhtä tietämätön toisen tartunnasta, ottavat riskin mahdollisesta tartunnasta molemmat osapuolet. Suojaamattoman seksin määrittelyminen ei-sallituksi riskiksi ei ole perusteltua, sillä näin rikosoikeudellinen vastuu ulottuisi kohtuuttoman laajaksi.¹⁸⁰

Toisaalta vaikka kumpikaan ei ole tartunnasta tiennyt, voi HIV-positiivinen *periaatteessa* joutua vastuuseen taudin tartuttamisesta laiminlyönnin perusteella. Laiminlyöntiä arvioidaan sen perusteella, olisiko infektoituneen tullut epäillä tartuntaa. Epäily voisi syntyä esimerkiksi muista suojaamattomista sukupuolikontakteista.¹⁸¹ Laiminlyönti voi syntyä, jos tartuntaa mahdollisena pitävä ei käy testeissä, ilmoita mahdollisesta tartunnasta toiselle tai käytä kondomia mahdollisen tartuttamisen ehkäisemiseksi.¹⁸²

Laiminlyöntivastuun lisäksi pohdittavaksi voi tulla selonottovelvollisuus. Selonottovelvollisuus on liitetty tahallisuuteen, kun päätös olla ottamatta selvää on ollut tietoinen ratkaisu. Ainakin vartenotettava mahdollisuus rikoksen syntymiseen edellyttää tilanteen selvittämistä.¹⁸³ Tulee pohtia, voisiko tästä johtaa sitä, että HIV-infektiota itsellään *epäilevällä* on velvollisuus

¹⁷⁹ Ks. Hahto 2004, s. 321–322.

¹⁸⁰ Ks. Hahto 2004, s. 322.

¹⁸¹ Tulee pohtia, voidaanko kaikille sukupuolikontakteille antaa sama merkitys. Ensinnäkin HIV-infektio tarttuu huomattavasti helpommin anaaliseksiessä kuin esimerkiksi suuseksiessä. Toiseksi, tuleeko tartunnastaan tietämättömän arvioida omaa mahdollisuuttaan tartuntaan sillä, kenen kanssa hän on ollut sukupuoliyhteydessä? Voiko esimerkiksi prostituoidun kanssa seksin harrastaminen olla HIV-infektion tartunnan saamisen kannalta riskialttiimpaa, kun prostituoidulla oletettavasti on keskimääräistä enemmän seksikumppaneita? Voisiko esimerkiksi vakituksessa parisuhteessa olevan henkilön tuomita HIV-infektion tartuttamisesta laiminlyöntivastuun nojalla, jos hän on puolisoltaan salaa ollut useissa suojaamattomissa sukupuoliyhteyksissä prostituoidun kanssa, ja saamastaan tartunnastaan tietämättömänä tartuttanut sen vielä edelleen puolisolleen?

¹⁸² Ks. Hahto 2004, s. 322.

¹⁸³ Vihriälä 2012, s. 154–155.

ottaa selvää siitä, onko hän saanut tartunnan – nimittäin jos hän tartuttaisi taudin jollekulle, voisi se johtaa vastuuseen tarkoituksellisen tietämättömyyden perusteella. Näin johdettaessa löytyisi vastaus siihen ongelmaan, että HIV-tartuntaa itsellään epäilevät eivät menisi testeihin siksi, että mahdollisessa rikosepäilyssä heidän ei pystyittäisi näyttää tietäneen sairaudestaan.¹⁸⁴

HIV-infektiota on toisaalta hankala epäillä oireiden perusteella, sillä oireet ovat erittäin yleisluontoiset, eivätkä kaikki edes saa oireita. Tyypillisiä oireita ovat esimerkiksi kuume, lihassärky ja kurkkukipu – suhteellisen tyypillisiä flunssaoireita. Painoarvoa ei tulisi antaa sille, että HIV-tartunnan saaneen olisi tullut epäillä oireidensa perusteella tartuntaa, sillä aina lääkäritkään eivät HI-virusta osaa oireiden perusteella tunnistaa. Jokaisen flunssan yhteydessä HIV-testeihin menoa ei tule edellyttää. Merkitystä tulisi antaa ennemminkin juuri riskialttiille toiminnalle (”vauhdikkaalle” sukupuolielämälle) ja varteenotettavalle epäilylle mahdollisesta HIV-infektiosta tietyissä yhteyksissä.

Tilanteessa, jossa kumpikaan osapuoli ei ole tiennyt tartunnasta, pidän pelkästään HIV-positiiviseen kohdistuvaa huolellisuusvelvoitetta ja mahdollista laiminlyöntivastuuta ankarana. HIV-positiivisen kumppani ei mitä todennäköisimmin ole itsekään käyttänyt taudilta suojaavaa ehkäisyä.

4.1.4 HIV-positiivinen on tietoinen tartunnastaan (B)

Tulkintaongelmia esiintyy etenkin silloin, kun HIV-positiivinen on tartunnastaan tietoinen, mutta salaa tartuntansa partneriltaan. Tämä onkin rikosoikeudellisen arvioinnin kannalta merkittävin tyyppitilanne. Suojaamattomaan yhdyntään ryhtyminen on rikosoikeudellisesti rangaistavaa, kun HIV-positiivinen ei kerro partnerilleen tartunnastaan. Eettisesti hyväksyttävänä ei voi *Tapio Lappi-Seppälän* ja *Timo Ojalan* mukaan pitää suojattuakaan seksiä, jos HIV-positiivinen salaa tartuntansa partnerilta. HIV-seksin harrastamisen toisen siitä tietämättä katsotaan loukkaavan partnerin itsemääräämisoikeutta.¹⁸⁵ Juuri tätä tyyppitilannetta koskevat myös korkeimman oikeuden ennakkopäätökset.

Tilanteessa, jossa HIV-positiivinen on tiennyt tartunnastaan ja ei kerro siitä partnerilleen, hän ottaa riskin kertomatta siitä toiselle. Kun vaarantaminen ei perustu yhteisymmärrykseen,

¹⁸⁴ HIV-infektion tartuttamisesta tuomitseminen tarkoituksellisen tietämättömyyden perusteella jää todennäköisesti teoreettiselle tasolle. Teoria kaatuu näyttöongelmiin, sillä on hyvin vaikea saada näyttöä siitä, että tekijä olisi epäillyt tartuntaa, jos sitä ei ole hänellä todettu. Toisaalta, voisiko jo pelkkä riskialtis käyttäytyminen perustaa velvoitteen epäillä tartuntaa?

¹⁸⁵ Rikosoikeus/ *Lappi-Seppälä – Ojala* 2009, s. 547–548. Ks. myös *Häyry* 2001, s. 240, 244 ja 250.

ratkaistaan toisen turvallisuuteen kohdistuva riskinotto kielletyn ja sallitun riskin käsitteiden avulla. Kun toiminta tapahtuu sallitun riskin alueella, ei vaarantaminen ole rangaistavaa.¹⁸⁶ Sallittu riski perustuu ajatukseen, että kaikki voi olla hengenvaarallista. Lähes kaikissa toiminnossa on joitakin riskejä, eikä niitä voi eliminoida. Jos kaikki riskinotto olisi kiellettyä, ei yhteiskunta toimisi tarkoituksenmukaisesti, vaan se lamaantuisi. Jokin pelivara tulisi jättää, jotta voidaan toimia syyllistymättä rikokseen, vaikka seuraus syntyisi. Sallitun riskin alue vaikuttaa HIV-seksissä olevan kuitenkin hyvin rajattu. Matikkalan mukaan kiellettyyn riskiin ei tulisi vaikuttaa se, että HIV-seksiä on harrastettu suojattuna – toisaalta tahallisuuden kannalta suojausella voi olla merkitystä.¹⁸⁷ Tämä käsitys on linjassa edellä mainitun Lappi-Seppälän ja Ojalan eettisen linjauksen kanssa.

Kun toiminta ylittää sallitun riskin rajat, voi HIV-positiivisen vastuu sulkeutua pois, jos partneri on myötävaikuttanut asiaan. Partnerin oma tuottamus voidaan ottaa tartuttajan tuottamusta arvioitaessa huomioon.¹⁸⁸ Miten partnerin myötävaikutusta voi arvioida HIV-infektion tartuttamisesta puhuttaessa, kun partneri ei ole tiennyt toisen HIV-positiivisuudesta? Onko myötävaikutusta se, että harrastaa seksiä? Luultavasti näinkin voisi tulkita, mutta voiko tälle antaa merkitystä, kun arvioidaan HIV-positiivisen vastuuta? Voidaan myös pohtia, tulisiko partnerin arvioida ennen osapuolten välistä seksiä sitä todennäköisyyttä, jolla toisella osapuolella saattaisi olla HIV-infektio. Tämä todennäköisyys on lähtökohtaisesti pieni. Voidaanko partnerille kuitenkin asettaa velvoite käyttää suojausta, ja onko suojaamattomuus myötävaikutusta?¹⁸⁹ Onko partneri esimerkiksi myötävaikuttanut tavallista enemmän HI-viruksen tarttumiseen hänelle itselleen, jos hän on harrastanut seksiä prostituoidun kanssa, jolla voidaan olettaa olevan keski-vertoa enemmän seksikumppaneita ja näin kohonnut riski saada tartunta?

KKO 1993:92. Alempi oikeusaste, raastuvanoikeus, totesi, että partneri oli myötävaikuttanut HIV-infektion tarttumiseen, sillä hän ei ollut itse huolehtinut kondomin käytöstä tai vaatinut tartuttajaa kondomia käyttämään. Vastaajan teko kuitenkin täytti rikosoikeudelliset tunnusmerkistöt ja oli rangaistava, eikä rikoksia lieventänyt se seikka, ettei asianomistaja ollut ymmärtänyt tai kyennyt ennalta ehkäisemään rikoksen täyttymistä. Hovi-oikeuden kanta sen sijaan oli, että tartunnan saanut ei ollut myötävaikuttanut tartuntaan, sillä hän ei tiennyt toisen osapuolen HIV-infektiosta. Korkein oikeus ei ratkaisussaan ottanut kantaa uhrin myötävaikutukseen.

HeHO 18.4.2018 18/116352. A:ta syytettiin muun muassa törkeästä pahoinpitelystä, vaaran aiheuttamisesta ja törkeän pahoinpitelyn yrityksestä. A oli myynyt netissä seksipalveluita, minkä myötä A ja B tapasivat ensimmäisen kerran kesällä 2014. Tapaamiset jatkuivat aina syksyyn 2015 asti, jolloin B sai kuulla A:n HIV-infektiosta.

¹⁸⁶ Hahto 2004, s. 302–303.

¹⁸⁷ Matikkala 1995, s. 70, 146, 154.

¹⁸⁸ Hahto 2004, s. 302–303, 324.

¹⁸⁹ Ks. lisää Nuotio 1997, s. 114–115.

Suojaamattomia anaaliyhdyntöjä oli tässä vaiheessa ollut yli 100. B sai A:lta HIV-tartunnan. Myös C oli tutustunut A:han netissä ja maksanut seksistä. Sukupuoliyhteyksiä oli ollut noin 20, joista 1-6 on ollut suojaamattomia. C ei saanut tartuntaa. D oli seurustellut A:n kanssa kesästä 2015 asti, ja D sai tietää A:n HIV-infektiosta jouluna 2015. Ennen HIV-infektion paljastumista osapuolet olivat olleet suojatussa sukupuoliyhteydessä lukuun ottamatta ensimmäistä kertaa, jolloin anaaliyhdyntä oli suojaamaton. D ei saanut tartuntaa. A on aloittanut viruslääkityksen helmikuussa 2016. A:lla on luonnostaan matala veren HI-viruspitoisuus. Kun A oli aloittanut lääkityksen, olivat osapuolet olleet D:n suostumuksella suojaamattomassa sukupuoliyhteydessä. Hovioikeus ei muuttanut käräjäoikeuden tuomiota B:tä koskevan teon osalta, ja tuomitsi A:n törkeästä pahoinpitelystä. Teko, jossa asianomistajana oli C, käräjäoikeuden syyksilukema vaaran aiheuttaminen jäi pysyväksi (siitä ei valitettu). D:tä koskevassa tapahtumainkulussa hovioikeus katsoi ensimmäisen suojaamattoman anaaliyhdyntänsä täyttävän vaaran aiheuttamisen tunnusmerkistön. Tämän jälkeisissä suojatuissa tai yhteisellä päätöksellä suojaamattomissa sukupuoliyhteyksissä ei ollut kyse vaaran aiheuttamisesta.

Helsingin hovioikeudessa käsitellyssä tapauksessa ei lausuttu partnerin myötävaikutuksen problematiikasta, kun HIV-positiivinen A oli prostituoitu. Asianomistaja B oli jopa maksanut A:lle enemmän suojaamattomista sukupuoliyhteyksistä. On vaikea kysymys ratkaista, olisiko asianomistajien tullut itsekkin suhtautua varauksella suojaamattomaan anaaliseksiin prostituoitun kanssa. Näin linjattaessa asianomistajien voisi katsoa vaarantaneen itse itsensä.¹⁹⁰ Toisaalta ei ole perusteltua, että prostituoitun rikosoikeudellinen vastuu HIV-infektion tartuttamisesta poistuisi vain sillä, että asiakas olisi itse vaarantanut terveytensä. Näin linjattaessa prostituoitun kanssa seksin harrastaminen olisi itsensä vaarantamista ja prostituoitu rikosoikeudellisesta vastuusta vapaa; äärimmilleen vietynä tällöinhän jokaisen HIV-positiivisen kannattaisi profiloitua prostituoituiduksi.

Partnerin myötävaikutuksen problematiikkaa arvioitaessa voidaan tarkastella tapausta KKO 1981 II 32. Tapauksessa A oli dynamiittia panoksena käyttäen rakentanut pommin postipakettiin, jonka avatessaan saaja sai surmansa pommin räjähtäessä. Tapauksessa paketin saaja, uhri, oli itse tehnyt surmaamiseen tarvittavan viimeisen toimen, eli avannut paketin kohtalokkain seurauksin. Tämän ei katsottu poistavan A:n vastuuta teosta, vaan A tuomittiin murhasta. Tästä tapauksesta Matikkala vetää johtopäätöksen, ettei HIV-positiivisen vastuuta teostaan poista se, että partneri myötävaikuttaa tartuntaan eli toisin sanottuna harrastaa seksiä tartunnan saaneen kanssa.¹⁹¹ Myös korkein oikeus on ennakkopäätöksessään KKO 2015:83 sivunnut partnerin myötävaikutuksen ongelmaa, ja päätenyt Matikkalan tavoin siihen ratkaisuun, että partnerin myötävaikutus ei poista rikoksentehtäjän vastuuta tilanteessa, jossa partneri ei ole tiennyt toisen

¹⁹⁰ Ks. Nuutila 1996, s. 490 alav. 610, jonka mukaan ”[y]leensä ajatellaan, että erityisesti riskiryhmiin kuuluvien hiv-negatiivisuuteen tai ’hiv-puhtauteen’ ei saisi luottaa.”

¹⁹¹ Matikkala 1995, s. 142.

HIV-infektiosta. Tässä yhteydessä on mielestäni tarkoituksenmukaista lainata korkeimman oikeuden perusteluita suoraan:

”Jokainen on sinänsä ja terveydentilastaan riippumatta vastuussa itselleen omasta seksuaalisesta käyttäytymisestään ja suojautumisestaan. Lähtökohtaisesti seksuaalisen suhteen osapuoli voi kuitenkin tietää vain tautien esiintyvyydestä yleensä, mutta ei siitä, onko toinen osapuoli sairas ja millä tavalla, eikä siitä, miten ja millaisella tarkkuudella sairautta on hoidettu ja millaisia riskejä sukupuoliseen kanssakäymiseen siten liittyy. Vastuuta tartunnasta tai sen vaarasta ei tällaisessa tilanteessa ole perusteltua säilyttää yksin sille, joka luottaa toisen osapuolen vilpittömyyteen.”¹⁹²

Korkeimman oikeuden ratkaisu on perusteltu, sillä lähtökohtaisesti voisi olettaa, ettei kumppani välttämättä suostuisi seksiin (ainakaan ilman suojausta), jos tietäisi toisen HIV-infektiosta. Näin ilmoitti asianomistaja esimerkiksi tapauksissa KKO 2015:83¹⁹³ ja KKO 2015:84¹⁹⁴.

HIV-infektiostaan tietoisien henkilön tartuttaessa viruksen siitä tietämättömälle, on kyse rikoksesta. Tällöin ratkaistavaksi jää se, onko rikos tehty tahallaan vai tuottamuksella. HIV-positiivinen henkilö voi pyrkiä estämään tartuntansa leviämistä monin tavoin, ja tällä on merkitystä teon tahallisuus- ja tuottamusarviointiin. Seksin kautta tapahtuvien tartuntojen varmin ehkäisykeino on luonnollisesti *pidättäytyminen seksistä*. Seksi kuitenkin kuuluu ihmisten perustarpeisiin, joten tätä ei nähdäkseen voida HI-viruksen saaneilta vaatia. Tartunnan saaneiden henkilöiden täytyykin muilla toimillaan vaikuttaa siihen, että taudin leviämisen todennäköisyys on mahdollisimman pieni. Jäljempänä kerrotaan, milloin HIV-positiivisen voidaan katsoa toimineen huolellisesti. Uusimpana huolellisuutta osoittavana seikkana on HI-virusta vastaan kehitetyn *lääkkeen käyttäminen*. Lääke muun muassa laskee veren virusmäärän niin alhaiselle tasolle, ettei virusta testeissä havaita. Virus ei kuitenkaan lääkkeellä poistu elimistöstä. Kun virusmäärä on näin alhainen, on HIV-infektion tarttumisen todennäköisyys seksissä hyvin pieni. Ehkä tärkein taudin leviämisen torjumiskeino on kuitenkin *kondomi*. Terveystieteiden ohjeistus on, että HIV-positiivisen tulee käyttää seksissä kondomia viruslääkityksestä huolimatta. Vaikka kondomin käyttöä edellytetään, ei kondomin käyttö poista tartuntariskin mahdollisuutta. Kondomin käytön merkitys HIV-positiivisen rikosoikeudelliseen vastuuseen on ratkaistava. Jos henkilö pyrkii ehkäisemään taudin tarttumisen käyttämällä lääkitystä asianmukaisesti ja tunnollisesti sekä lisäksi käyttää kondomia, voidaanko hänen edellyttää vielä kertovan tartunnasta kumppanilleen?¹⁹⁵

¹⁹² KKO 2015:83, perustelukohta 40.

¹⁹³ KKO 2015:83, perustelukohta 45.

¹⁹⁴ KKO 2015:84, perustelukohta 15.

¹⁹⁵ Ks. Rikosoikeus/ *Lappi-Seppälä – Ojala* 2009, s. 548.

Taudin tarttumista estävillä keinoilla on merkitystä teon tahallisuus- ja tuottamusarvioinnissa. Tahallisuuden ja tuottamuksen täyttymistä arvioidaan jäljempänä tarkemmin.

4.1.5 Partnerin tieto HIV-infektiosta (C)

4.1.5.1 Yhteinen riskinotto

Rikosoikeudelle on asettanut suuren haasteen se, kun terve (HIV-negatiivinen) henkilö harrastaa seksiä HIV-positiivisen kanssa tietoisena toisen HIV-infektiosta. On epäselvää, voiko partneri oikeusjärjestyksemme mukaan edes pätevästi vaikuttaa sellaisen seurauksen syntyyn, johon HIV-seksi voi johtaa.¹⁹⁶ HIV-seksiin suostumisen problematiikkaa on käsitelty yhteisenä riskinottona ja loukatun suostumuksena.

Jos HIV-seksin toinen osapuoli on tiennyt kumppaninsa tartunnasta ja valitsee silti harrastaa seksiä tämän kanssa, rangaistusvastuu tulee harvoin kysymykseen. Rangaistusvastuu ei välttämättä aktualisoidu, vaikka kumppani saisi tartunnankin.¹⁹⁷ Tilanne ei kuitenkaan ole näin yksiselitteinen. Henki ei ole dispositiivinen oikeushyvä. Näin ollen henkilö ei voi itse täysin disponoida hengestään.¹⁹⁸

Kun kumppani saa tiedon toisen HIV-infektiosta ja valitsee silti harrastaa seksiä tämän kanssa, on kyse *yhteisestä riskinotosta*.¹⁹⁹ Yhteinen riskinotto tarkoittaa toimintaa, jossa oikeudellisesti suojattujen etujen vaarantaminen tapahtuu yhteisymmärryksessä. Yhteinen riskinotto sisältää tilanteet, joissa yleisellä tasolla tarkasteltuna on otettu kielteinen riski; tavalliseen elämiseen kuuluvat riskitilanteet ovat käsitteen ulkopuolella.²⁰⁰ Rikosoikeudellisesti arvioiden yhteinen riskinotto on eräänlainen ”sallitun riskin alue”. Tällä alueella toimiessaan tekijä on vastuusta vapaa silloinkin, kun toiminta johtaa vahinkoon.²⁰¹ Hengenvaaralliseen toimintaan osaa ottaminen tulee voida tapahtua tietyin edellytyksin omalla vastuulla.²⁰² *Ari-Matti Nuutila* onkin kiellettyä riskiä esitellessään arvioinut, että suojaamattomassa sukupuolikontaktissa jopa kuoleman aiheuttaminen voisi jäädä rankaisematta seuraavaksi esiteltyjen edellytysten täyttyessä.²⁰³

¹⁹⁶ *Knuts* 2001, s. 409.

¹⁹⁷ Rikosoikeus/ *Lappi-Seppälä – Ojala* 2009, s. 548–549.

¹⁹⁸ Ks. *Träskman* 1993, s. 38 ja *Matikkala* 2000, s. 9. Ks. myös *Leijonhufvud* 1993, s. 163. Leijonhufvud kritisoi sitä, että HIV-seksin terve osapuoli ei saisi päättää itse, asettaako hän itsensä tartuntavaaraan. Leijonhufvud katsoo, että on ihmisen oma asia, asettaako hän itsensä tässä suhteessa vaaraan.

¹⁹⁹ Rikosoikeus/ *Lappi-Seppälä – Ojala* 2009, s. 548–549.

²⁰⁰ *Hahto* 2004, s. 295.

²⁰¹ *Hahto* 2004, s. 311.

²⁰² Rikosoikeus/ *Nuutila – Ojala* 2009, s. 527–528.

²⁰³ *Nuutila* 1997, s. 182–186.

Lappi-Seppälän mukaan suojaamaton seksi voi jäädä yhteisen riskinoton perusteella rankaisemattomaksi kolmen edellytyksen ollessa yhtä aikaa käsillä:²⁰⁴

1. Molempien osapuolten täytyy olla täysin selvillä tartuntariskistä. Jos partneri ei saa HIV-positiiviselta tai muualta asianmukaista tietoa infektioriskistä, voidaan tartuttajan rikosoikeudellista vastuuta arvioida.
2. Asian tulee olla sovittu vapaaehtoisesti, pakottomasti ja päätöksen tulee olla tehty vakaalla harkinnalla yhteisesti. Rankaisemattomuus edellyttää vapautta valita, harrastaako seksiä vai ei. Seksiin pakotettu ja toisen HI-viruksesta tiennyt ei voi menettää oikeutta vaatia rangaistusta ja saada oikeutusta hänelle tehdyistä teoista. Vaara HIV-infektion tarttumiseen on suurempi, kun seksi ei ole vapaaehtoista. Seksiin pakottaminen lisää riskiä limakalvojen haavaumille, jotka puolestaan kasvattavat HIV-infektion tarttumisriskiä.

Lappi-Seppälän ja Ojalan mukaan ”pelkkä kumppanin suostumus ei riitä, vaan sukupuolisuhteen tulee perustua vakaasta harkinnasta tehtyyn yhteiseen päätökseen.”²⁰⁵ Hankalaa on tosin määritellä sitä, millainen yhteinen päätös on tehty vakaasta harkinnasta.²⁰⁶ Ymmärrän tämän niin, että yhteinen riskinotto soveltuu lähtökohtaisesti vain vakituisiin tai vakiintuviksi tarkoitettuihin suhteisiin. Vakaan harkinnan raja on hankalasti määriteltävissä.

3. Molemmat HIV-seksin osapuolet ovat syyntakeisia. Syyntakeisuuden vaatimuksella halutaan varmistaa, että molemmat osapuolet voivat arvioida toiminnan vaikutukset ja seuraukset.

Nuutila on jaotellut edellytykset hieman eri tavalla kuin Lappi-Seppälä. Nuutilan mukaan yhteinen riskinotto on hyväksyttyä, kun 1) tapahtunut on seurausta siitä, mistä osapuolet ovat sopineet 2) terve osapuoli tuntee riskit yhtä hyvin kuin HIV-positiivinen 3) terve osapuoli on syyntakeinen 4) terve osapuoli osallistuu tekoon vapaaehtoisesti 5) yhteisymmärrys on ollut pätevä huomioiden mahdollisen vahinkoseurauksen eli HIV-tartunnan laatu ja sen

²⁰⁴ Kohdat 1-3 Rikosoikeus/ *Lappi-Seppälä – Ojala* 2009, s. 549. Olen kirjoittanut kohtia ”auki” ja arvioinut niitä alkuperäistekstiä laajemmalle.

²⁰⁵ Vrt. *Tolvanen* 2015, s. 637. Tolvasen mukaan rima on asetettu liian korkealle.

²⁰⁶ Näin myös Rikosoikeus/ *Lappi-Seppälä – Ojala* 2009, s. 549.

todennäköisyys sekä sitoutumisen aste konkludenttisesta suostumuksesta nimenomaiseen suostumukseen 6) HIV-positiivinen ei ole suojeluvastuussa terveestä osapuolesta 7) seurauksen riskipotentiaali ei ole korkea.²⁰⁷ Nuutilan ja Lappi-Seppälän yhteisen riskinoton mallit vastaavat pääpiirteittäin toisiaan. Nuutila on tosin huomioisi riskipotentiaalin toisin kuin Lappi-Seppälä. Juuri riskipotentiaali tuottaa ongelmia yhteisen riskinoton tulkinnassa.²⁰⁸ Näin ollen Lappi-Seppälän mallia on ehkä helpompi käyttää.

Yhteisen riskinoton tulisi olla rangaistavaa, kun kielletyn riskinoton raja on ylitetty. Uhrin riskinottopäätös nostaa hyväksyttävän riskinoton rajaa, eli yhteisellä päätöksellä voidaan lähtökohtaisesti ottaa suurempia riskejä. *Vilja Hahdon* mukaan yhteisen riskinoton tilanteessa teko sellaisenaan on sallittu, sillä toinen osapuoli on tekoon suostunut. Toisaalta sallittu toiminta voi täyttää rikoksen tunnusmerkistön aiheutuneen seurauksen tai seurauksen riskin vuoksi.²⁰⁹ Toisaalta Träskmanin arvion mukaan ei voida päätyä muuhun lopputulokseen kuin siihen, että HIV-negatiivinen partneri voi antaa suostumuksensa HIV-seksiin, kun molemmat toisen HIV-positiivisuudesta ja HIV-infektion riskeistä tietävät.²¹⁰ Kielletyn riskin rajan määrittäminen ei olekaan yksiselitteistä.²¹¹

4.1.5.2 Loukatun suostumus

Yhteisen riskinoton tilanteita on pyritty ratkaisemaan *loukatun suostumuksen* avulla.²¹² Loukatun suostumus tulee arvioitavaksi, kun henkilölle aiheutetaan vahinkoseuraus, joka perustuu henkilön omaan suostumukseen.²¹³

Suostumusta ei säännellä rikoslaisissa. Tätä ei esitöiden mukaan nähty tarpeelliseksi, sillä loukatun suostumusta koskevan säännöksen käyttöala olisi jäänyt suppeaksi. Lähinnä se olisi

²⁰⁷ Olen soveltanut Nuutilan yhteisen riskinoton yleiset edellytykset HIV-tapauksiin. Yleisesti yhteisen riskinoton edellytyksistä *Nuutila* 1996, s. 492.

²⁰⁸ Nuutilan edellytyksiä yhteiselle riskinotolle HIV-seksissä on kritisoitu siitä, että varsinkin viimeinen kriteeri tuottaa rajanveto-ongelmia. Olisiko sopiva raja esimerkiksi 50 prosentin mahdollisuus seurauksen synnylle, vai venäläisen ruletin 17 prosentin mahdollisuus? Knutsin mukaan Nuutilan sovellus on hyvä teoreettisesti, mutta sen soveltaminen on käytännössä hankalaa. *Knuts* 2001, s. 420–422.

²⁰⁹ *Hahto* 2004 s. 302, 315. Vrt. *Nuotio* 1997, s. 114, jonka mukaan yhteisen tekemisen näkökulmasta rikosvastuun aktualisoituminen toiselle ”olisi lähes mieletöntä”.

²¹⁰ *Träskman* 1993, s. 39–40.

²¹¹ Ks. *Hahto* 2004, s. 319–320. Hahto käsittelee HIV-infektion lisäksi myös muita sukupuolitauteja. Tulee huomata, että muissa sukupuolitaudeissa tartunnan saaminen saattaa olla jopa huomattavasti todennäköisempää kuin HIV-infektion tarttuminen. Toisaalta muissa sukupuolitaudeissa seuraukset eivät ole yhtä vakavia kuin HIV-infektion kohdalla. Kuitenkin osa sukupuolitaudeista voi pitkälle edenneinä johtaa lapsettomuuteen, ja nähdäkseni se on varsin vakava taudin seuraus.

²¹² *Nuutila* 1997, s. 183.

²¹³ *Rikosoikeus/ Nuutila – Ojala* 2009, s. 528.

koskenut vain pahoinpitelyrikoksia.²¹⁴ Loukatun suostumus on sijoitettu perinteisessä rikoksen rakenteessa teon oikeuttamisperusteisiin, jotka sijoittuvat teon tunnusmerkistön mukaisuuden ja tekijän syyllisyyden väliin.²¹⁵

Ongelmallista loukatun suostumuksen soveltamisessa HIV-seksiin on se, että terve partneri ei ole ainoastaan teon kohde, vaan osaltaan myös tekijä. Loukatun suostumuksessa partneri olisi vain teon kohde.²¹⁶ Ongelmallista on myös se, että loukatun suostumuksella on rajansa: kaikkiin rikoksiin ei voi antaa suostumusta. Loukatun suostumuksen on katsottu vapauttavan tekijän vastuusta ainakin silloin, kun kyse on lievästä pahoinpitelystä. HI-viruksen tartuttamisessa pahoinpitelyn tunnusmerkistö aktualisoituu helposti. Hahdon mukaan suostumus poistaa oikeudenvastaisuuden *osalta* pahoinpitelyn tunnusmerkistön täyttävistä teoista – ei kaikilta. Siihen voiko teko jäädä rankaisematta, vaikuttavat vamman tai terveydenloukkauksen vakavuus ja muun muassa teon sosiaalieettisesti hyväksyttävät tai hylättävät tarkoitukset ja tavoitteet.²¹⁷ Myös epäily törkeästä pahoinpitelystä on usein käsillä HIV-infektion tartuttamistapauksissa. Loukatun suostumuksen ei katsota ulottuvan törkeään pahoinpitelyyn, joka on selvästi rangaistava, oli suostumusta tai ei.²¹⁸ On katsottu, ettei suostumusta voi antaa rikokseen henkeä vastaan tai törkeään terveyteen kohdistuvaan rikokseen, sillä katumisen riski on tällöin liian suuri.²¹⁹

Edellytykset pätevälle suostumukselle ovat olleet dogmatiikassa yhtenäiset.²²⁰ Jotta loukatun suostumus poistaisi teon tunnusmerkistön mukaisuuden²²¹, tulee tiettyjen ehtojen täytyä.²²²

1. Suostumuksen antajan tulee ymmärtää, mitä tuleva oikeushyvä loukkaus merkitsee. Suostumuksen antaja ei voi olla esimerkiksi lapsi.

²¹⁴ HE 44/2002 vp, s. 111. Ruotsissa loukatun suostumuksesta säännellään lain tasolla. Ks. *Matikkala* 2014, s. 243.

²¹⁵ Ks. *Nuutila* 1991, s. 4–5. Loukatun suostumuksen paikan tässä tutkielmassa voikin perustellusti kyseenalaistaa. Nähdäkseni se on kuitenkin kiinteässä yhteydessä tekemääni tietoon perustuvaan tyyppi- jaoteluun, minkä vuoksi aihe on syytä käsitellä tässä yhteydessä.

²¹⁶ *Hahto* 2004, s. 317. Ks. myös *Knuts* 2001, s. 415–417, jossa käsitellään sitä, onko HIV-positiivinen avunantaja rikokseen vai rikoksen tekijä. Knuts kallistuu kannalle, että HIV-positiivinen on pikemminkin tekijä.

²¹⁷ *Hahto* 2004, s. 273–274. Ks. myös *Rikosoikeus/ Lappi-Seppälä* 2009, s. 507–510.

²¹⁸ *Anttila* 1946, s. 141–142; *Träskman* 1993, s. 38–39; *Matikkala* 2000, s. 116–117; *Matikkala* 2014, s. 240–241; *Hahto* 2004, s. 271; *Rikosoikeus/ Lappi-Seppälä* 2009, s. 507; *Frände* 2012, s. 137.

²¹⁹ HE 94/1993 vp, s. 91; *Knuts* 2001, s. 413 ja *Nuutila* 1997, s. 313. Myös korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1950 II 36 katsottiin, ettei uhrin suostumus vakaviin hengen- tai terveyden vaaroihin vapautta tekijää vastuusta. Tekijä tuomittiin kuolemantuottamuksesta.

²²⁰ *Knuts* 2001, s. 413.

²²¹ Loukatun suostumusta pidetään yleensä oikeuttamisperusteena, mutta *Frände* käsittelee loukatun suostumusta seikkana, joka poistaa teolta sen tunnusmerkistön mukaisuuden.

²²² *Frände* 2012, s. 136–138. Sovellukset HIV-seksiin ovat lisäämiäni.

2. Suostumus tulee antaa vapaaehtoisesti ja niin, että sen antaja tuntee kaikki merkitykselliset olosuhteet. HIV-seksiin annettavan suostumuksen tapauksessa tämä voisi tarkoittaa sitä, että suostumuksen antajalla on riittävät ja ajankohtaiset tiedot taudista ja siihen liittyvistä riskeistä.
3. Suostumuksen tulee käydä ilmi siihen mennessä, kun tekoon ryhdytään. Suostumus voi olla konkludenttinen. Myös Träskmanin mukaan suostumus voi olla konkludenttinen.²²³ Kallistun toiselle kannalle, ja mielestäni ainakin osapuolten ensimmäisessä sukupuoliyhteydessä suostumuksen tulisi olla nimenomainen. Suostumuksen nimenomaisuudesta voisi poiketa vakiintuneessa parisuhteessa, jossa nimenomainen suostumus seksiin jokaisella kerralla erikseen vaikuttaa keinotekoiselta.

Loukatun suostumus ei ole kovin yksiselitteinen. Terveiden vahingoittaminen on terveyden vahingoittamista myös silloin, kun se tapahtuu uhrin myötävaikutuksella. Myöskään uhrin kanssa yhteisymmärryksessä tehty teko ei poistaisi vastuuta, jollei sen poissuljennalle olisi erillistä perustelua. Yhteisymmärryksessä tehty teko olisi tunnusmerkistön mukainen.²²⁴

HIV-infektion tarttuminen seksissä ei ole kovin todennäköistä. Tartuntariskin alhaisuuden vuoksi ei voida ajatella, että toinen osapuoli suostuu seuraukseen eli siihen, että tauti tarttuisi. Voidaan ajatella, että partneri ottaa tietoisesti riskin taudin tartumisesta ja voi luottaa jopa onneen siinä, ettei se tarttuisi.²²⁵ *Inkeri Anttilan* vuonna 1946 esittämän näkemyksen mukaan suostumus tulee kuitenkin antaa mahdolliseen seuraukseen – ei siis vain tekoon, joka voi seurauksen aiheuttaa.²²⁶ HIV-tapauksessa terveen osapuolen tulisi siis antaa suostumuksensa sille, että HIV-seksin mahdollisena seurauksena hän saa tartunnan.²²⁷ Toisaalta tuoreessa kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa itsensä vaarantamista ei ole nähty suostumuskyseksenä – itsensä vaarantava ei suostu siihen, että hän teon vuoksi vammautuu tai kuolee. *Matti Tolvasen* mukaan on vaikea ajatella, että HIV-seksin terve osapuoli antaisi suostumuksensa HIV-viruksen saamiseen.²²⁸

²²³ *Träskman* 1993, s. 40.

²²⁴ Rikosoikeus/ *Lappi-Seppälä* 2009, s. 507.

²²⁵ *Hahto* 2004, s. 317.

²²⁶ *Anttila* 1946, s. 79–83. Jos suostumus ei ulottuisi myös seuraukseen, voisi pahoinpidelty väittää, että salli lyönnin, muttei siitä aiheutunutta vammaa; HIV-infektion kumppaniltaan saanut, HIV-seksiin suostunut partneri voisi sanoa sallineensa seksin, muttei HIV-infektion tarttumista itselleen.

²²⁷ Ks. myös *Knuts* 2001, s. 413.

²²⁸ *Tolvanen* 2015, s. 637.

Rikoslain esitöiden mukaan ”[v]akiintuneesti on tulkittu, että tahallinen taudin tartuttaminen toiseen on pahoinpitelyä, jollei tekoon liity esimerkiksi rangaistavuuden poistavaa suostumusta. Tällainen tartuttaminen on mahdollista vaikkapa hyväilyin.” Loukatun suostumus poistaa teon rangaistavuuden, vaikka se täyttäisikin pahoinpitelyn tunnusmerkistön. Jos pahoinpitelyn kohde on sallinut teon, jää se pahoinpitelyn ulkopuolelle.²²⁹ Esitöistä voidaan johtaa, että partnerin suostumus poistaa teolta sen rangaistavuuden, jos kyse on vain pahoinpitelystä. Toisaalta Hahdon mukaan esitöistä ei voi hakea tukea rangaistavan ja ei-rangaistavan pahoinpitelyn väliseen rajanvetoon, sillä esityöt voi tulkita eri tavoin. Loukatun suostumuksesta esimerkkinä esitöissä ovat nimittäin hoitotoimet. Tämä voi johtaa kahdenlaiseen tulkintaan: joko loukatun suostumus poistaa kaikkien pahoinpitelyn tunnusmerkistön täyttävien tekojen rangaistavuuden tai rangaistavuuden rajausta koskee vain tekoja, jotka eivät ole tavanomaisia pahoinpitelyjä.²³⁰ Tämä Hahdon huomio ei tulkintani mukaan kuitenkaan vaikuta siihen, miten loukatun suostumus poistaa pahoinpitelyn tunnusmerkistön HIV-seksiin liittyen. Seksiteitse tapahtuva pahoinpitely kun ei ole esitöissäkään mainittua väkivaltaa nyrkein ja puukoin, vaan tähtää toisen hyvänä pitämiseen. Kyse ei ole perinteisestä pahoinpitelyn muodosta.²³¹

4.1.5.3 Vastuuvapautussäännöksen tarpeellisuus

Kun kummatkin HIV-seksin osapuolet ovat tietoisia toisen sairaudesta ja sen riskeistä, ei teko ole eettisesti moitittava. Kuitenkin rikosoikeudelle tällainen tilanne on asettanut haasteen.

Hahdon mukaan nykyiset rikosoikeusjärjestelmän keinot eivät riitä tartuntatapauksien ratkaisuun, kun partneri on tietoinen riskistä. Yleiset periaatteet riskinotosta eivät hänen mukaansa tuota tarkoituksenmukaista ratkaisua tällaisessa tapauksessa, sillä periaatteiden noudattaminen aiheuttaisi rangaistusvastuun tartuttajalle. Hänen mielestään tätä tilannetta varten olisikin säädettävä vastuuvapautussäännös. Rankaisemattomuudelle tulisi kuitenkin säätää rajoituksia: huomioida tulisi partnerin informoimisen ja riskitietoisuuden lisäksi se, onko toisella osapuolella HIV-positiivista heikompi kyky harkita riskin suuruutta.²³²

Mårten Knuts on vastuuvapautussäännöksen sijaan esittänyt ongelman ratkaisuksi HIV-infektion tartuttamisen erilliskriminalisointia. Säännöksessä voisi asettaa HIV-positiiviselle velvoitteen kertoa taudistaan kumppanille ja käyttää kondomia, ja näin toimittuna kyseessä olisi vain

²²⁹ HE 94/1993 vp, s. 95–96.

²³⁰ *Hahto* 2004, s. 272–273.

²³¹ Myös Frände on arvioinut partnerin tietoisuuteen liittyvää ongelmaa. Hän mukaansa kyse on tietoisesta itsensä vaarantamisesta. *Frände* 2005, s. 108.

²³² *Hahto* 2004, s. 321, 363.

sallittu riskinotto. Toisaalta hän toteaa, että rangaistuksen uhka ei varsinaisesti suojaa tartunnalta. Tästä huolimatta pohjoismaisessa oikeuskäytännössä on katsottu tarpeelliseksi pitää HIV-infektion tartuttamista moitittavana. HIV-positiivisilta seksin kieltäminen olisi epärealistista, mutta erilaisten vaateiden luominen HIV-positiivisille kriminalisoinnin kautta voisi olla perusteltua.²³³ Uskoakseni lopputulos tyyppitilanteessa C olisi sekä Hahdon että Knutsin esittämää tapaa noudattamalla sama, eli partnerin tieto toisen HIV-positiivisuudesta ja suostuminen silti seksiin poistaisi HIV-positiivisen rikosoikeudellisen vastuun.

Olen eri mieltä vastuuvapautussäännöksen tarpeellisuudesta. Loukatun suostumus poistaa teolta sen oikeudenvastaisuuden tai tunnusmerkistön mukaisuuden (kirjoittajasta riippuen) edellä esitettyjen edellytysten täytyessä. Käytännössä siis pahoinpitelystä ja sitä lievemmistä rikoksista ei voida tuomita, jos partneri on suostunut tekoon. Loukatun suostumus ei poista rangaistavuutta kuitenkaan törkeältä pahoinpitelyltä, sillä sen on katsottu olevan jo liian vakava rikos, johon ei voi suostua. Törkeän pahoinpitelyn täyttymistä on käsitelty edellä jaksossa 3.3. Törkeästä pahoinpitelystä tuomitseminen edellyttää HIV-seksin tapauksessa sairauden lisäksi sitä, että teko on kokonaisuutena arvioiden törkeä. Mikä tekee teosta kokonaisuutena arvioiden törkeän, jos HIV-positiivinen on ennen HIV-seksiä kertonut kumppanilleen tartunnastaan ja kumppani täydessä ymmärryksessä ja ajantasaisilla tiedoilla taudista tekee päätöksen, että haluaa harrastaa seksiä HIV-positiivisen kanssa? Ongelma on siinä, arvioidaanko pahoinpitelyn törkeyttä sairauden vakavuuden vai teon törkeyden perusteella.²³⁴ Nähdäkseni suostumus tekoon poissulkee teon törkeyden, kun sitä arvioidaan kokonaisarviointilla. Kumppanin tieto HIV-infektiosta ja suostuminen seksiin toisen sairaudesta huolimatta merkitsee mielestäni sitä, ettei tekoa voida katsoa törkeäksi pahoinpitelyksi, vaikka kvalifiointiperuste täyttyy. Kun kyse on tuottamuksellisista rikoksista, HIV-positiivisen huolellisuusvelvoitteen voisi katsoa täyttyneen, kun hän on asianmukaisesti informoinut kumppaniaan sairaudestaan.

HelHO 18.4.2018 18/116352. Syyte A:n menettelystä asianomistaja D:tä vastaan koski tapahtumia 31.8.2015-16.3.2016. Tällä ajalla ensimmäinen anaaliyhdyntä oli suojaamaton. Tämän jälkeen sukupuoliyhteydet olivat suojattuja, ja joulun aikaan A kertoi HIV-positiivisuudestaan D:lle. Kun A aloitti lääkityksen ja lääkäri oli ilmoittanut virustason olevan lähes tarttumaton, oli seksiä harrastettu suojaamattomana. Hovioikeus katsoi, että sukupuoliyhteyksissä, jotka olivat suojattuja tai yhteisestä päätöksestä suojaamattomia,

²³³ Knuts 2001, s. 422–424. Ks. erilliskriminalisoinnin tarpeesta partnerin myötävaikutuksen tilanteessa myös *Leijonhufvud* 1993, s. 162–163.

²³⁴ Ks. KKO 2017:8, eri mieltä olleiden jäsenten lausunto. Oikeusneuvos Jokela katsoo, että HIV-infektio ei ole niin vaarallinen ja vahingollinen, että sen tartuttamista voisi pitää törkeänä pahoinpitelynä vain seurauksen laadun perusteella. Mielestäni korkeimman oikeuden enemmistö ei perustanut pahoinpitelyn törkeyttä vain seurauksen laatuun, vaan teon kokonaisarviointissa huomiota annettiin osapuolten väliselle suhteelle. Ks. KKO 2017:8, perustelukohta 12. Ks. myös *Kukkonen* 2017, jaksossa Mihin ratkaisu perustuu?

ei voi olla kyse vakavan terveyden vaaran aiheuttamisesta. Näin ollen syyte vaaran aiheuttamisesta hylättiin tapahtumia 1.9.2015-16.3.2016 koskevilta osin.

Yhteisestä päätöksestä suojaamaton sukupuoliyhteys lääkityksen aikana ei muodostanut siis rangaistavaa toimintaa. Myös korkeimman oikeuden viimeaikaisesta oikeuskäytännöstä voidaan hakea tulkinta-apua.

KKO 2014:41. A oli luovuttanut huumausainetta kahdesti B:lle, joka oli tottunut huumausaineiden käyttäjä. B oli ensimmäisellä kerralla saanut myrkytystilan ja toisella kerralla kuollut. A:ta syytettiin vaaran aiheuttamisesta ja törkeästä kuolemantuottamuksesta. A tuomittiin vaaran aiheuttamisesta.

Tapauksessa oli kyse siitä, miten itsensä vaarantaminen vaikuttaa toisen henkilön rikosvastuuseen. Tapauksessa ratkaisevaa oli se, että B:llä oli käytännössä vastaava tietoisuus huumausaineiden sisältämästä vaarasta kuin A:lla. Koska B oli ottanut tietoisesti riskin, sulki se A:n rikosvastuun pois, vaikka A:n toiminnalla ja B:n kuolemalla oli syy-yhteys.²³⁵ Tapauksesta KKO 2014:41 voisi johtaa, että HIV-positiivinen ei syyllisty vammantuottamukseen tai pahoinpitelyyn, jos tartunnan saanut, aiemmin terve osapuoli tiesi HI-viruksesta ja sai HIV-seksin seurauksena tartunnan. Tosin tässä tulee erityisesti huomata se, että HIV-seksissä HIV-positiivinen osallistuu tekoon yhtä lailla partnerinsa kanssa. Tapauksessa KKO 2014:41 A:n toiminnalla oli syy-yhteys B:n kuolemaan, mutta A ei aktiivisesti osallistunut varsinaiseen B:n itsensä vaarantamiseen. Jos tapauksella KKO 2014:41 perusteltaisiin HIV-positiivisen rikosoikeudellisen vastuun poistamista, linjaus saisi mitä luultavimmin kritiikkiä. *Dan Frände* ehdottaa juuri tapauksen KKO 2014:41 kaltaista tilannetta HIV-infektion tartuttamistapausten ratkaisuun. Fränden tietoiseen itsensä vaarantamiseen perustuva näkökulma on saanut kritiikkiä.²³⁶

4.2 Tahallisuus

4.2.1 Tahallisuuden määritelmä

Tahallisuuden käsittely lienee tarpeen aloittaa sen määrittelystä. Rikoslain esitöissä tahallisuus määritellään ensinnäkin arkikielen kautta: arkikielessä ”tahallisuudella” viitataan useimmiten ”tahtomiseen” tai tekemiseen ”tieten tahtoen”. Tahallaan toimiva tietää mitä tekee ja tahtoo tehdä juuri sen, minkä tekee. Tahtominen on pyrkimistä johonkin päämäärään. Esitöissä huomautetaan, että tahallisuuden käsitettä joudutaan tarkentamaan eräissä suhteissa arkikielen merkitystä suppeammaksi, toisissa taas laajemmaksi. Näin ollen tahtominen voi ulottua jopa

²³⁵ *Tolvanen* 2015, s. 638.

²³⁶ Ks. *Frände* 1994, s. 114; *Matikkala* 1995, s. 242–246; *Knuts* 2001, s. 417; *Frände* 2005, s. 108–109.

seurauksiin, joita tekijä ei olisi toivonut tapahtuvan.²³⁷ Tahallisuus koostuu sekä tiedollisesta eli kognitiivisesta ulottuvuudesta että tahdollisesta eli volitiivisesta ulottuvuudesta.²³⁸

Tahallisuuden tulee aina kohdistua rikoksen tunnusmerkistöön, ja tahallisuuden on katettava koko oikeudenvastainen teko. Tahallisuuden tulee siis kattaa teonhetkiset olosuhteet ja teon seuraukset.²³⁹

4.2.2 Tahallisuuden lajit

Tahallisuuden lajit on yleensä oikeuskirjallisuudessa määritelty suhteessa niihin konkreettisiin vahinkoseurauksiin, jotka teolla on aiheutettu. Lain esitöiden mukaan oikeuskirjallisuudessa on erotettu kolme tahallisuuden muotoa: *dolus determinatus* eli tarkoitustahallisuus, *dolus directus* eli varmuustahallisuus ja *dolus eventualis* eli todennäköisyystahallisuus.²⁴⁰ Oheinen järjestys on samalla tahallisuuden lajien törkeysjärjestys, mutta toisaalta nimenomaisia perusteluja tarkoitustahallisuuden suurimmasta törkeydestä ei esitetä. Tahallisuutta koskeva rikosoikeudellinen tutkimus on painottunut tahallisuuden alimpaan asteeseen.²⁴¹ Toisaalta tahallisuuden lajien törkeysjärjestyksellä ei ole merkitystä, sillä tahallisuuden lajeja voidaan pitää samanarvoisina: tahallisuus voidaan perustella sen mukaan, mikä tahallisuuden muoto on helpoimmin todistettavissa.²⁴²

Tarkoitustahallisuus on muiden tahallisuuden lajien tapaan kirjattu rikoslain 3 luvun 6 §:ään.²⁴³ Tarkoitustahallisuudesta on kyse, kun tekijä on tarkoittanut aiheuttaa tunnusmerkistön mukaisen seurauksen. Tarkoitustahallisuus on tahallisuuden ylin aste ja näin ollen törkein muoto. Tarkoitustahallisuudella tarkoitetaan tilannetta, jossa kriminalisoidun seurauksen aikaansaaminen on tekijän tarkoitus. Tekijä ryhtyi tekoon, jotta kriminalisoitu seuraus toteutuisi. Tarkoitustahallisuus ei edellytä, että seuraus todella toteutuisi, mutta mikään epärealistiseen toiveajattelun pohjautuva teko ei täytä tarkoitustahallisuuden edellytyksiä.²⁴⁴ Tarkoitustahallisuudelle riittää, ettei seurauksen syntymisen mahdollisuus ole aivan vähäinen. Tarkoitustahallisuutta pidetään tahallisuuden törkeimpänä muotona, sillä ajatus on, että rikoksen täyttymiseen pyrkivä

²³⁷ HE 44/2002 vp, s. 71.

²³⁸ Melander 2016, s. 150.

²³⁹ Melander 2016, s. 152.

²⁴⁰ HE 44/2002 vp, s. 72–73.

²⁴¹ Matikkala 2005, s. 10.

²⁴² Vihriälä 2012, s. 245.

²⁴³ Suomessa on päädytty kirjaamaan tahallisuus lakiin. Tämä on jokseenkin tavallisuudesta poikkeavaa, sillä muiden valtioiden lainsäädäntöä tarkastellessa harvoin törmää laintasoiisiin säännöksiin tahallisuudesta, vaan tahallisuuden määrittely on jätetty oikeuskäytännön ja tieteen varaan. Ks. Nuotio 2017, s. 971.

²⁴⁴ HE 44/2002 vp, s. 72 ja 85. Ks. myös Nuutila 1997, s. 325.

teko on tuomittavampi kuin se teko, jonka suoranaisten päämäärä rikoksen tekeminen ei ollut.²⁴⁵ Toisaalta tarkoitustahallisuus ei edellytä, että seuraus olisi juuri tekijän ensisijainen tavoite: teosta aiheutunut seuraus voi olla vaikkapa vain osatekijä tapahtumien ketjussa.²⁴⁶

Tarkoitustahallisuuden katsotaan ilmentävän sitä, mitä tahallisuus yleiskielessä tarkoittaa. Käytännössä mitä korkeampi on tahallisuuden aste, sitä paremmin se sopii tahallisuuden yleiskielen käsitteeseen. Silloin kun tahallisuus ilmentää yleiskieltä, on tuomioiden ja rikoslain ymmärtäminen helpompaa myös maallikoille. Tahallisuuskeskustelu ei näin jäisi vain lakimiesten ymmärtämäksi.²⁴⁷ Luonnollisesti HIV-positiivisella, joka on ollut suojaamattomassa sukupuoliyhteydessä *tarkoituksenaan* tartuttaa partnerinsa, on tartuttamistahallisuus.²⁴⁸

Myös *varmuustahallisuus* sisältyy rikoslain 3 luvun 6 §:ään, jonka mukaan tekijä on toiminut tahallisesti, jos hän on pitänyt seurauksen aiheutumista varmana. Varmuustahallisuus koskee tilannetta, jossa tekijä ei ole seurausta suoraan tarkoittanut, mutta on mieltänyt sen tavoittelemaansa päämäärään, luvalliseen tai luvattomaan, välttämättömästi liittyväksi. Varmuustahallisuutta arvioitaessa keskeisellä sijalla ovat tekijän kognitiiviset käsitykset.²⁴⁹ Varmuustahallisuuden piiriin kuuluvat ne teko-olosuhteet ja tunnusmerkistötekijät, joiden ei voida katsoa kuuluneen tekijän tavoitteisiin ja tarkoitukseen.²⁵⁰

Todennäköisyystahallisuus on tahallisuuden alin aste. Todennäköisyystahallisuudessa tekijä on pitänyt seurauksen aiheutumista varsin todennäköisenä (RL 3:6). Kyse ei ole ollut tavoitelluista seurauksista eikä myöskään tavoiteltuun seuraukseen varmuudella liittyvistä oheisseuraamuksista. Kysymys on useimmiten teon muista kuin tarkoitetuista seurauksista, joiden toteutumisesta ei oltu varmoja, mutta joiden toteutumisen arveltiin olevan mahdollista.²⁵¹

Esitöiden mukaan sanamuodolla ”varsin todennäköinen” tarkoitetaan samaa kuin korkeimman oikeuden tahallisuusprejudikaateilla.²⁵² Todennäköisyyden käsitteellä ei tarkoiteta

²⁴⁵ Vihriälä 2012, s. 245–246, 252–253.

²⁴⁶ HE 44/2002 vp, s. 85 ja Melander 2016, s. 154.

²⁴⁷ Matikkala 2005, s. 53–55.

²⁴⁸ Matikkala 2004-2005, s. 401.

²⁴⁹ HE 44/2002 vp, s. 72–73.

²⁵⁰ Melander 2016, s. 157.

²⁵¹ HE 44/2002 vp, s. 73 ja 87.

²⁵² Vaikuttaa siltä, että tämän linjauksen tavoitteena oli jättää asiat (toisin sanottuna oikeuskäytäntö) niin kuin ne ovat aiemmin olleet. Vakiintunut oikeuskäytäntö ei kuitenkaan ollut niin vakiintunutta kuin annettiin ymmärtää. Matikkala kritisoi linjausta, ja sanoo, että tästähän voisi johtaa todennäköisyystahallisuuden määrittelyn näin tarkoitettavan, ettei sen sisällölle ole asetettu konkreettisia määreitä. Todellisuudessa säännös myös aiheutti joitakin uudistuksia: positiivinen tahtoteoria ei enää perusta seuraustahallisuutta, ellei samalla toteudu jokin RL 3:6:n tahallisuuden muodoista. Lisäksi RL 3:6:n myötä suomalaiselle todennäköisyystahallisuudelle annettiin sellainen

tilastomatemattisia laskelmia. Todennäköisyydellä tarkoitetaan tekohetkellä tekijän mieltämää arviota tunnusmerkistön täyttymisestä. Tahallisuusvastuun alin raja on se, kun tekijä pitää seurauksen syntymistä todennäköisempänä kuin seurauksen syntymättä jäämistä.²⁵³ ”Varsin todennäköisen” on katsottu tarkoittavan yli 50 prosentin todennäköisyyttä, ja lain esitöissä tämä selvästi ilmaistaankin. Korkeimman oikeuden tahallisuusprejudikaateissa ”varsin todennäköinen” ei ole etabloitunut tarkoittamaan yli 50 prosenttia, joten esitöissä lausuttu yli 50 prosentin todennäköisyys ei täysin vastaa korkeimman oikeuden tahallisuusprejudikaatteja.²⁵⁴

Oikeuskirjallisuudessa todennäköisyystahallisuuden ongelmallisuutta pohdittaessa keskustelun kulmakiveksi on noussut venäläinen ruletti. Venäläisessä ruletissa revolveriin asetetaan yksi patruuna, minkä jälkeen patruunarullaa pyöräytetään niin, ettei patruunan olinpaikkaa tiedetä. Kun ase tämän jälkeen laukaistaan, on mahdollisuus osua luodin kohdalle 1/6 eli noin 16,7 prosenttia. Venäläisestä ruletista on kirjoitettu paljon, sillä se tiivistää hyvin todennäköisyystahallisuuteen liittyvän ongelman. Seurauksen eli kuoleman aiheutuminen on yli 50 prosenttia vasta 4/6 luodilla. Kuitenkin venäläinen ruletti on hengenvaarallista jo 1/6 luodilla, sillä kuolema on käytännössä varma, jos ase laukeaa.²⁵⁵ Tekijäkin pystyy arvioimaan, että ase laukeamisen mahdollisuus on objektiivisesti alle varsin todennäköisen. Onkin pohdittu, onko oikein kohdistaa todennäköisyystahallisuus ase laukeamisen todennäköisyyteen, kun ase lauetessa kuolema on lähes varma? Kaksivaiheinen arviointi johtaa siihen, että seurauksen todennäköisyys on pieni.²⁵⁶ Todennäköisyystahallisuus on ongelmassa erityisesti tilanteissa, joissa seuraus on vakava, mutta sen aiheutumisen todennäköisyys pieni, tai ainakin alle 50 prosenttia. On katsottu, että tällaisissa tilanteissa tulisi päätyä tekijän tahallisuuteen, vaikkei tarkoitusta ole. Todennäköisyystahallisuudella tämä ei kuitenkaan ole mahdollista.²⁵⁷ Onkin katsottu, että todennäköisyystahallisuus johtaa venäläistä rulettia käsittelevässä tapauksessa väärään lopputulokseen, jos syyte todennäköisyystahallisuuden perusteella hylätään.²⁵⁸

KKO 2013:82. Tapauksessa A oli kahdella eri kerralla pyöräyttänyt revolverin patruunarullaa sattumanvaraisesti niin, että oli pyöräytysten jälkeen laukaissut ase laukeamisen kohti B:n

sisältö, jota sillä ei aiemmin ollut. Aiemmassa oikeuskäytännössä kun ei ollut oikein mitään muuta vakiintunutta kuin ilmaisu ”varsin todennäköinen”. *Matikkala* 2005, s. 239 ja 243. Ks. myös *Träskman* 1993, s. 35–38, jossa Träskman tarkastelee muun muassa sitä, miten korkein oikeus on määrittänyt tahallisuuden astetta vuosien varrella. Korkeimman oikeuden eri todennäköisyystahallisuuden määritelmillä voidaan HIV-infektion tartuttamistapauksissa päästä eri lopputulokseen.

²⁵³ HE 44/2002 vp, s. 87.

²⁵⁴ *Matikkala* 2005, s. 28–29. Ruotsinkielisessä lakitekstissä käytetään ilmaisua ”överbagande sannolik”, jota ei muun sisältöiseksi voi ymmärtää kuin yli 50 prosentin. Ks. myös *Matikkala* 2005, s. 233.

²⁵⁵ Ks. *Matikkala* 2005, s. 254.

²⁵⁶ *Vihriälä* 2012, s. 68 ja 148. Kaksivaiheisella arvioinnilla tarkoitetaan sitä, että ensin arvioidaan ase laukeamisen todennäköisyys, ja sen jälkeen kuoleman todennäköisyys.

²⁵⁷ *Matikkala* 2005, s. 463.

²⁵⁸ *Vihriälä* 2012, s. 66 ja 148.

otsaa. Etäisyyttä osapuolilla oli vain metri. Tämän jälkeen A oli tietoisesti siirtänyt patruunarullan iskurin kohdalle ja osoittanut B:tä aseella edelleen päähän. Kun A laski aseensa ja alkoi vapauttamaan iskuria, ase laukesi. B:lle aiheutui luodin kimmotessa seinään lievä vamma. Korkeimman oikeuden arvioitavana oli se, oliko B:n kuolema A:n menettelyn seurauksena niin todennäköistä, että A:n menettely olisi luettava tapon yritykseksi.

Tapauksessa venäläistä rulettia vastaava todennäköisyystahallisuuden tilanne tuli vihdoin korkeimman oikeuden ratkaistavaksi. Korkein oikeus hylkäsi syytteen tapon yrityksestä: tapauksessa oli selvästi todennäköisempää, että A:n menettelystä ei aiheutunut B:n kuolemaa, kuin että menettelystä olisi B:n kuolema aiheutunut. Myöskään A:n tekohetkisestä näkökulmasta ei ilmennyt seikkoja, joiden perusteella todennäköisyyttä olisi tullut arvioida toisin. Ratkaisu tukee sitä laintulkintaa, että alle 50 prosentin seuraustodennäköisyys ei riitä vastuun syntymiseen tahallisesta rikoksesta.²⁵⁹

Arvio on subjektiivista. Tekijällä on kuitenkin tullut olla tunnusmerkistön täyttymisen todennäköisyydestä todellinen käsitys, eikä tekijän virheellinen käsitys riitä rikosvastuun perustamiseen.²⁶⁰ Edellisessä jaksossa (4.1) kuvatuin tavoin tekijän tiedolla on suuri merkitys teon rikosoikeudellisen arvioinnin kannalta. Tarkoitukselle on annettu yhä vähemmän merkitystä verrattuna tekijän tiedolle annettuun merkitykseen. Tämä ratkaisu on siitä pätevä, että se joka todella tarkoittaa saavuttaa jonkin seurauksen, luultavasti tekee teon niin, että seuraus mahdollisimman suurella todennäköisyydellä täytyisi. Tämä täyttää niin tarkoitustahallisuuden kuin todennäköisyystahallisuuden.²⁶¹ Tarkoitustahallisuuden ja todennäköisyystahallisuuden välillä on kuitenkin selkeä ero. Tarkoitustahallisuuden ollessa käsillä tekijä luultavasti kokisi epäonnistuneensa, jos hänen tarkoittamansa seuraus ei toteutuisikaan. Todennäköisyystahallisuudessa tekijä tuskin harmittelisi teon syntymättä jäämistä.²⁶²

Tahallisten rikosten rankaisemisessa riittää tahallisuuden alin aste, ellei tunnusmerkistöstä muuta ilmene.²⁶³ Tämä tarkoittaa sitä, että todennäköisyystahallisuuden alarajan määrittely on erityisen keskeistä, sillä se merkitsee samalla myös rangaistavan käyttäytymisen alarajan määrittämistä.²⁶⁴ Edellä esitetyin tavoin osa rikoksista on rangaistavia vain tahallisesti tehtyinä. Tahallisten rikosten rangaistusasteikot ovat myös korkeampia kuin tuottamuksellisten tekojen

²⁵⁹ Ks. tapauksesta *Hyttinen* 2016, s. 920–922 ja *Nuotio* 2017, s. 983–987.

²⁶⁰ Ks. HE 44/2002 vp, s. 87–88 ja *Frände* 2016, s. 15. Vrt. KKO 2015:84, jossa todennäköisyystahallisuuden arviointi vaikuttaa olleen objektiivista.

²⁶¹ *Vihriälä* 2012, s. 245–246.

²⁶² Ks. epäonnistumistestistä *Vihriälä* 2012, s. 130, 245, 249–250.

²⁶³ HE 44/2002 vp, s. 74.

²⁶⁴ *Melander* 2016, s. 159. Ks. myös HE 44/2002 vp, s. 82 ja *Vihriälä* 2012, s. 1.

rangaistusasteikot. Tämän vuoksi tekijälle on merkittävää se, katsotaanko hänen toimineen tahallisesti vai tuottamuksellisesti.²⁶⁵

4.2.3 Tahallisuuden arviointi HIV-infektion tartuttamistapauksissa

Tahallisuuden alimman asteen määrittäminen on noussut keskeiseksi kysymykseksi HI-viruksen tartuttamistapauksissa. Tahallisuusarviointiin HIV-infektion tartuntaa koskevissa asioissa on liittynyt aivan erityisiä ongelmia.²⁶⁶ HIV-infektion tartuttamisen tahallisuusarvioinnissa on keskeistä se, kuinka todennäköistä taudin tarttuminen tosiasiaassa on. Tartunnan todennäköisyyteen vaikuttavat HIV-positiivisen veren viruspitoisuus, antiretroviraalinen lääkitys, kondomin käyttö, sukupuoliyhteyden tapa (anaali-, emätin- vai suuseksi), HIV-seksin osapuolten virukselle altistuvien limakalvojen tila (onko haavaumia) ja HIV-seksin osapuolten immunologiset ominaisuudet.²⁶⁷ Näiden lisäksi myös osapuolten muut sukupuolitaudit voivat vaikuttaa taudin tartuntariskiä kohottavasti.

Ongelmaksi on muodostunut se, mikä tahallisuuden aste on riittävä synnyttämään HIV-positiivisen tahallisuuden.²⁶⁸ Toisaalta tartunnan todennäköisyyden määrittäminen on keskeistä myös dolus determinatuksen kannalta. Miten tulisi arvioida tilannetta, jossa tekijä on *tarkoittanut* tappaa toisen tartuttamalla tähän HI-viruksen seksissä? Nuutila on vuonna 1997 arvioinut vahinkoseurauksen todennäköisyyttä tappotahallisuuteen liittyen. Hänen mukaansa tartuntariski on riittävä sille, että *tappotarkoituksessa* HIV-seksiä harrastava HIV-positiivinen henkilö syyllistyy tapon yritykseen.²⁶⁹

KKO 1993:92. HIV-positiivista A:ta syytettiin muun muassa taposta ja tapon yrityksistä. Vastaja tartuttama asianomistaja kuoli HIV-infektiosta seuranneeseen AIDS-tautiin. Syyte taposta hylättiin, sillä korkein oikeus katsoi, ettei A ollut tarkoittanut tartuttaa HIV-infektiota seksikumppaniinsa. A ei pitänyt taudin tarttumista seksin varmana tai varsin todennäköisenä seurauksena, eikä voitu myöskään katsoa, että hän olisi voinut pitää seksikumppaninsa kuolemaa teon varmana tai varsin todennäköisenä seurauksena. Tekoaikana tieto HIV-infektiosta oli vajavaista, eikä taudin kehittymistä AIDS-taudiksi pidetty varmana.²⁷⁰ Tahallisen henkirikoksen sijaan A tuomittiin B:n kuoleman tuottamuksellisesta aiheuttamisesta eli törkeästä kuolemantuottamuksesta.

Lääketieteen kehittyttyä nykypäivän tasolle lähtökohta on eri kuin Nuutilan kirjoittama. Mitä tehokkaampia lääkkeitä kehitetään HIV-infektion etenemisen estämiseksi, sitä suurempi kuilu

²⁶⁵ Vihriälä 2012, s. 1.

²⁶⁶ HE 44/2002 vp, s. 82.

²⁶⁷ KKO 2015:83, perustelukohta 13.

²⁶⁸ Ks. Liljeström 1989, s. 136.

²⁶⁹ Nuutila 1997, s. 218.

²⁷⁰ Ks. myös Träskman 1993, s. 45 alav. 44.

syntyy tartuttamistahallisuuden ja tappotahallisuuden välille, ja tappotahallisuuden merkitys vähenee HIV-tapauksissa.²⁷¹ HIV-infektion tartuntatodennäköisyys on niin alhainen ja kuolema teon niin epätodennäköinen seuraus, että tappotahallisuutta ei voida katsoa olevan ainakaan kovin helposti vain dolus determinatuksen perusteella. Tulee muistaa, että dolus determinatus ei toteudu, jos tekijän haluama seuraus perustuu vain toiveajatteluun. Nähdäkseni on epätodennäköistä – muttei mahdotonta – että nykypäivänä joku Suomessa kuolisi saamaansa HIV-virukseen, kun ei saanut tietää siitä tarpeeksi ajoissa ja ei hakeutunut hoitoon.

Korkeimman oikeuden viimeaikaisessa ratkaisukäytännössä HIV-infektion tartuttamiseen liittyen tahallisuutta on käsitelty tapauksessa KKO 2015:84, jossa HIV-positiivista A:ta syytettiin törkeään pahoinpitelyn yrityksestä, josta rankaiseminen edellyttää tekijän tahallisuutta. Kun kyse on HIV-infektion tartuttamisesta, keskeistä on se, mitä tartuttaja on tiennyt HIV-infektiossaan. Tiedolla on keskeinen merkitys arvioitaessa sitä, mitä tartuttaja piti esimerkiksi tekonsa varmana tai varsin todennäköisenä seurauksena.

KKO 2015:84. Tapauksessa oli selvitetty, että A oli käyttänyt viruslääkitystä vuodesta 2005 tai 2007 alkaen. Hänen verensä viruspitoisuus oli ollut mittaamattomissa jo ainakin viimeiset viisi vuotta. HIV-infektion lisäksi A sairasti C-hepatiittia. A kertoi seikkaperäisesti käyttämästään viruslääkityksestä, lääkityksen kestosta, tietoisuudestaan lääkityksensä tartuntariskiä alentavasta vaikutuksesta ja terveydentilansa jatkuvasta kontrolloinnista. Tämän selvityksen perusteella korkein oikeus katsoi, ettei voida päätellä A:n tarkoittaneen vahingoittaa seksikumppaninsa terveyttä tai pitäneen varmana sitä, että HIV-infektio tarttuisi B:hen.

Näin ollen tapauksessa ei ainakaan täyty tahallisuuden ylin aste eli tarkoitustahallisuus eikä myöskään varmuustahallisuus. Tahallisuuden alimman asteen eli todennäköisyystahallisuuden sisältö kuitenkin on, että teko voidaan katsoa tahalliseksi, jos tekijä on pitänyt seurauksen aiheutumista varsin todennäköisenä. Varsin todennäköistä seurauksen syntyminen on ollut, jos seurauksen syntyminen on ollut todennäköisempää kuin sen syntymättä jääminen.²⁷² Korkeimman oikeuden mukaan tekijän tietoisuutta tekonsa seurauksista on arvioitava tekijän subjektiivisista lähtökohdista käsin.²⁷³ Arviointi pohjautuu niihin seikkoihin, joiden perusteella tekijä on tekonsa aikana voinut arvioida sen seurauksia.²⁷⁴ Alhainen veren viruspitoisuus ja tekijän tieto tämän vaikutuksesta taudin tarttumistodennäköisyyteen puhuvat tartuttamistahallisuutta vastaan.²⁷⁵ *Tatu Hyttinen ja Jussi Tapani* ovat toisaalta tuoneet ilmi, että ratkaisusta ei selviä,

²⁷¹ *Matikkala* 2004-2005, s. 402.

²⁷² *Hyttinen – Tapani* 2017, s. 772.

²⁷³ KKO 2013:82, perustelukohta 10.

²⁷⁴ *Hyttinen – Tapani* 2017, s. 772.

²⁷⁵ *Matikkala* 2004-2005, s. 402.

onko tahallisuus jäänyt täyttymättä seurauksen synnyn objektiivisen todennäköisyysarvioinnin vuoksi vai onko kyse tekijän subjektiivisesta arviosta? He myös pohtivat, voiko ratkaisusta päätellä, että todennäköisyyden aste on arvioitu niin alhaiseksi, että yritysvastuu ei voi tulla kyseeseen tarkoitustahallisuuden perusteella.²⁷⁶ Muut tapausta arvioineet oikeusoppineet ovat katsoleet, että korkein oikeus perusti tahallisuusarvionsa objektiivisiin seikkoihin. Esimerkiksi Fränden mukaan on perusteltua, että korkein oikeus lausui objektiivisesta todennäköisyydestä ja perusti arvionsa tähän, sillä virheellinen subjektiivinen todennäköisyyskäsitys ei riitä perustamaan rikosvastuuta.²⁷⁷

Korkein oikeus katsoi, ettei A:n HIV-infektion tarttuminen B:hen olisi ollut todennäköisempää kuin sen tarttumatta jääminen. Tartunnan todennäköisyys oli tapauksen olosuhteissa ollut vähäinen. HIV-infektion tarttumisriski on emätinyhdynnässä naisen osalta 1:200 – 1:2000 silloin, kun HIV-positiivinen mies ei käytä lääkitystä asianmukaisesti. Kun mies käyttää lääkitystä asianmukaisesti, on tartuntariski erittäin pieni, ja korkein oikeus katsoi A:n käyttämän viruslääkityksen todennäköisesti alentaneen tartuntariskiä. Toisen sukupuolitaudin eli C-hepatiitin ei nähty lisäävän tartuntavaaraa. Näin ollen A ei ole voinut pitää HIV-infektion tarttumista partneriinsa todennäköisempänä vaihtoehtona kuin tarttumatta jäämistä, ja syyte A:ta vastaan hylättiin. Oikeuskirjallisuudessa tästä on johdettu, että HIV-positiivinen voisi de facto syyllistyä pahoinpitelyn yritykseen lähtökohtaisesti vain, jos hän olisi voinut HIV-seksin aikana *mieltää* taudin tarttumisen todennäköisyyden olevan yli 50 prosenttia. Toisaalta rikoksen yrityksen ei voida katsoa edellyttävän 50 prosentin todennäköisyyttä, vaan rangaistavuus edellyttää sitä, että tekijä on aloittanut rikoksen tekemisen ja saanut aikaan *vaaran* sen täyttymisestä (RL 5:1).²⁷⁸ Toisaalta on myös katsottu, että seurauksen aiheutuminen voi nousta varsin todennäköiseksi, jos terveydenhuollon ohjeistuksia ja lääkehoitoa laiminlyödään.²⁷⁹

Todennäköisyystahallisuus edellyttää sitä, että seurauksen synnyn todennäköisyys on ollut tekijän näkökulmasta riittävän korkealla verrattuna lainsäätäjän asettamaan kynnykseen. Todennäköisyystahallisuus ei voi perustua vain siihen, että tekijä on tunnistanut tilanteessa olevan

²⁷⁶ Hyttinen – Tapani 2017, s. 773. Näin tulkitessa rikoksen yritystä ei voisi rangaista tarkoitustahallisuuden perusteella, sillä yritys olisi kelvoton.

²⁷⁷ Frände 2016, s. 15. Ks. myös Melander 2016, s. 168. Ks. myös Matikkala 2005, s. 463–464. Matikkalan mukaan todennäköisyystahallisuutta on vaikea näyttää toteen, ja tekijä ei välttämättä tee mitään todennäköisyysarviota. Luultavasti näytössä joudutaan operoimaan objektiivisilla todennäköisyyksillä, missä ongelmaksi muodostuu se, miten tämä muutetaan subjektiiviseksi todennäköisyydeksi. Näin ollen tahallisuudessa on aina objektiivinen piirteensä.

²⁷⁸ Hyttinen 2016, s. 920–921.

²⁷⁹ Kukkonen 2016b, jaksossa Mitä ratkaisusta seuraa?

riskin seurauksen todennäköisyydestä. Nuotio piti ratkaisun lopputulosta oikeana.²⁸⁰ Ongelma todennäköisyydestahallisuuden käytössä on, että tosiasiallisesti tekijät harvoin tekevät todennäköisyysarviota seurauksen synnyn mahdollisuudesta. Koska tekijän ajatuksia ei voi lukea, ei saada myöskään tietoa siitä, mitä hän on tekohetkellä mieltänyt tekonsa todennäköiseksi seuraukseksi. Vaikka seuraus olisi objektiivisesti todennäköinen, tulisi todennäköisyyttä arvioida myös tekijän näkökulmasta.²⁸¹ Tästä Hyttinen ja Tapani huomauttivatkin.

4.2.4 Kondomin käytön merkitys

Kondomin käytön merkityksestä HIV-positiivisen rikosoikeudellisen vastuun kannalta ei olla oltu yksimielisiä. Träskman vaikuttaa olleen sillä kannalla, että kondomin käyttö suojaa tartunnalta, joten tällöin rikosoikeudellinen vastuu ei voi aktualisoitua.²⁸² Myös *Madeleine Leijonhufvud* katsoo, että kondomin käyttö voisi poistaa HIV-positiivisen rikosoikeudellisen vastuun. Toisaalta kondomikaan ei suojaa tartunnalta varmasti.²⁸³ Träskmanin kanta on siitä virheellinen, ettei kondomin käyttö suojaa tartunnalta sataprosenttisesti. Tästä huolimatta Leijonhufvud pitää oikeana ratkaisuna sitä, että kondomin käyttö poistaa HIV-positiivisen rikosoikeudellisen vastuun. Matikkala kritisoi sitä, että pelkkä kondomin käyttö poistaisi HIV-positiivisen rikosoikeudellisen vastuun – näin linjattaessa, miten arvioitaisiin tilannetta, jossa HIV-infektio on tarttunut suojatussa seksissä?²⁸⁴ Olisiko kyse sallitusta riskistä?

Tapauksessa KKO 2015:84 korkein oikeus ottaa myös epäsuorasti kantaa kondomin käytön merkitykseen. Tapauksessa on mielenkiintoista se, missä järjestyksessä korkein oikeus arvioi tapausta, ja miten korkein oikeus toi tämän perusteluissaan ilmi. Korkeimman oikeuden mukaan arviointi tässä tapauksessa lähtee sen selvittämisestä, onko yhdynnässä käytetty kondomia. Kysehän on näytön arvioinnista, mutta merkittävää on, että korkeimman oikeuden mukaan ”[m]ikäli (kursiivi lisäämäni) yhdyntä on ollut suojaamaton, ratkaistavana on, onko A:n kertomus siitä, että hän on noudattanut viruslääkitystä kertomillaan tavoin, uskottava. *Mikäli* (kursiivi lisäämäni) tämä katsotaan näytetyksi, arvioitavaksi jää, mikä merkitys sanotulle viruslääkitykselle on annettava tahallisuusarvioinnissa.”²⁸⁵ Voidaanko tästä johtaa, että mikäli yhdyntä

²⁸⁰ Nuotio 2017, s. 989. Nuotion kanta ei ole yllättävä, sillä Nuotio on jo aiemmin ollut sitä mieltä, että oikeudelliset tarkastelut tulisi perustaa lääketieteellisille ja muiden tieteidenalojen premisseille. Niiden luonteeseen kuuluu nopea muuttuvuus, eikä yleinen elämäkokemus muutu samaa tahtia. Nuotio 1997, s. 112. Ks. myös *Melander* 2016, s. 168, jonka mukaan ratkaisu noudattaa todennäköisyydestahallisuutta koskevaa vakiintunutta oikeuskäytäntöä.

²⁸¹ Ks. *Vihriälä* 2012, s. 66.

²⁸² *Träskman* 1993, s. 41 alav. 30.

²⁸³ *Leijonhufvud* 1993, s. 161–162.

²⁸⁴ *Matikkala* 1995, s. 69–71.

²⁸⁵ KKO 2015:84, perustelukohta 3. Vrt. Träskmanin arvio seikoista, jotka tulee näyttää toteen, kun HIV-positiivista epäillään taudin tartuttamisesta. *Träskman* 1993, s. 40–46.

olisi ollut suojattu, ei merkitystä olisi enää ollutkaan viruslääkityksellä, ja syyte olisi tullut hylätä? Voidaanko kondomin käytön katsoa osoittavan, että HIV-positiivinen ei ole ainakaan *tarkoittanut* vahingoittaa toisen terveyttä, tai että tällöin seurauksen aiheutumisen todennäköisyys laskee ainakin jo niin alhaiseksi, ettei sitä tule ottaa huomioon?²⁸⁶ Käytännössä varmempaa keinoa ei ole yrittää suojata toista tartunnalta kuin käyttää viruslääkitystä asianmukaisesti ja kondomia. Tästä varmempi tapa on vain pidättäytyminen sukupuolisuhteista.

4.2.5 Tahallisuuden muotojen riittävyys

Sekä todennäköisyystahallisuus että tarkoitustahallisuus ovat ongelmissa HIV-infektion kanssa.²⁸⁷ Todennäköisyystahallisuudessa ongelmia aiheuttaa muun muassa seurauksen todennäköisyyden arviointi ja tarkoitustahallisuudessa esiin nousevat kelvotonta yritystä koskevat kysymykset.

Eräs ratkaisu ongelmaan voisi olla välinpitämättömyystahallisuus, joka on käytössä esimerkiksi Ruotsissa. Välinpitämättömyystahallisuudessa tahallisuus kattaa myös tekijän välinpitämättömän suhtautumisen tekonsa vakavasti otettaviin seurauksiin, jos tekijä myös suhtautuu seurauksen aiheutumiseen hyväksyvästi.²⁸⁸ Olisiko Suomessa tarvetta tällaiselle tahallisuuden muodolle, ja muuttaisiko se HIV-infektion rangaistavuuden tilannetta? *Helena Vihriälän* mukaan välinpitämättömyystahallisuus voisi olla ratkaisu ongelmaan, mutta joitakin seikkoja painottaamalla. Hän ei pidä välinpitämättömyystahallisuutta näin käytettynä rehellisenä tapana ratkaista HIV-tapauksiin liittyviä ongelmia.²⁸⁹

Vihriälän mukaan tahallisen teon määrittelyssä ratkaisevana tekijänä tulee olla teon vaarallisuus. Suomessa teon vaarallisuus tarkoittaa seurauksen todennäköisyyttä. Teon laatu on suomalaisessa oikeuskäytännössä ollut ratkaisevaa tahallisuusarvioinnissa. Toisaalta Suomessa huomiota ei ole annettu sille, minkä tasoista tekijän tieto on ollut. Lisäksi kun teko on laadultaan sellainen, että seurausta voi pitää varsin todennäköisenä, ei näytä saaneen merkitystä myöskään tekijän ymmärrys seurauksesta.²⁹⁰ Tekijän subjektiivinen näkemys seurauksen

²⁸⁶ Ks. KKO 2015:83. Korkeimman oikeuden mukaan A olisi toiminut huolellisemmin, jos hän olisi käyttänyt kondomia.

²⁸⁷ *Vihriälä* 2012, s. 150.

²⁸⁸ *Kukkonen* 2016b, jaksossa Mitä ratkaisusta seuraa?

²⁸⁹ *Vihriälä* 2012, s. 151.

²⁹⁰ *Vihriälä* 2012, s. 297–299. Vihriälä ei väitöstutkimuksessaan törmännyt yhteenkään tapaukseen, jossa tuomioistuimien olisi todennut, että teko olisi objektiivisesti katsoen sellainen, että seurausta olisi pidettävä varsin todennäköisenä, mutta toisaalta juuri tämä tekijä ei ollut sitä ymmärtänyt.

todennäköisyydestä vaikuttaa olevan toissijainen seurauksen objektiiviseen todennäköisyyteen nähden tahallisuusarvioinnissa.

Suomessa on jo kertaalleen ratkaistu kysymys sovellettavasta tahallisuusmallista. Tapaus, jossa merkittävä linjaus sovellettavasta tahallisuusmallista tehtiin, oli HIV-infektion tartuttamista-paukseen liittyvä prejudikaatti KKO 1993:92. Ratkaisussa merkittävää oli muun ohella myös todennäköisyystahallisuuden ja välinpitämättömyystahallisuuden välillä tehty valinta. Välinpitämättömyystahallisuutta soveltamalla A olisi voitu tuomita tahallisesta rikoksesta, tässä tapauksessa pahoinpitelystä.²⁹¹ Korkein oikeus sovelsi kuitenkin todennäköisyystahallisuutta, jolloin syyte taposta hylättiin ja A tuomittiin vain tuottamuksellisesta rikoksesta eli törkeästä kuolemantuottamuksesta.²⁹² Sen sijaan alioikeus, hovioikeus ja korkeimman oikeuden vähemmistöön jäänyt jäsen katsoivat, että tartuttaminen oli tapahtunut tahallisesti, mutta kuoleman aiheuttaminen tuottamuksellisesti. Hovioikeus päätyi teon tahallisena syyksilukemiseen positiivista tahtoteoriaa muistuttavin perustein.²⁹³

Ratkaisu oli kannanotto kahden tahallisuusmallin välillä. Aiemmat prejudikaatit tahallisuudesta olivat niin runsaita ja erilaisia, että hovioikeus ja korkein oikeus pystyivät valitsemansa tahallisuusmallin nojalla jopa viittaamaan moniin korkeimman oikeuden prejudikaatteihin, eikä oikeusasteilla ollut yhtään samaa viitattua ratkaisua.²⁹⁴ Korkein oikeus katsoi, ettei tartuttaminen ollut tapahtunut tahallisesti. Vähemmistöön jääneen jäsenen mukaan vastaajan on tullut ymmärtää, että toistuvat suojaamattomat yhdynät johtavat varsin todennäköisesti partnerin tartuntaan.²⁹⁵

²⁹¹ Ks. välinpitämättömyystahallisuuden soveltamisesta HIV-tapauksiin myös *Ulväng* 2008, s. 660–661, erityisesti s. 660 alav. 47. Kondomin käyttö voisi poistaa välinpitämättömyystahallisuuden, sillä tartuntaa on pyritty ehkäisemään.

²⁹² *Frände* 2001, s. 144–145.

²⁹³ *Matikkala* 2000, s. 86.

²⁹⁴ *Matikkala* 2005, s. 160–161. Ks. myös *Matikkala* 2005, s. 169.

²⁹⁵ Eri tahallisuusmallien soveltuvuudesta HIV-infektion tartuttamista-pauksiin ks. myös *Träskman* 1993, s. 36–37.

4.3 Tuottamus

Rikoslaissa pätee yleinen tahallisuusvastuu, eli jollei toisin säädetä, rikoslaissa säädetty teko on rangaistava vain tahallisena. Tuottamuksellinen käyttäytyminen on aina nimenomaisesti kriminalisoitava, jos se halutaan säätää rangaistavaksi.²⁹⁶ Vihriälän mukaan tahallisten ja tuottamuksellisten rikosten ero on se, että tahalliset teot kohdistuvat nimenomaan kiellettyyn toimintaan tai seuraukseen. Tuottamukselliset teot sen sijaan ovat sinänsä sallittuja, mutta niiden yhteydessä laiminlyödään joitakin teon yhteydessä huomioitavia huolellisuussääntöjä.²⁹⁷ Tämä pätee nähdäkseni vain osaan tuottamuksellisista teoista, sillä myös tuottamuksellisiin tekoihin voi liittyä kiellettyä toimintaa.²⁹⁸ Kun raja tahallisuuden ja tuottamuksen välillä tehdään todennäköisyysarvion perusteella, on raja riippuvainen siitä, minkä tasoinen todennäköisyys katsotaan riittäväksi synnyttämään tahallisuuden.²⁹⁹ Teon moitearvostelu kytketään HIV-tapauksissa siihen, että infektoitunut henkilö pettää toisen luottamuksen jättämällä kertomatta sairaudestaan ja näin laiminlyö varotoimet.³⁰⁰

Tuottamuksesta säännellään rikoslain 3 luvun 7 §:ssä. Tekijä on toiminut huolimattomasti, jos hän rikkoo olosuhteiden edellyttämää ja häneltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta, vaikka hän olisi kyennyt sitä noudattamaan.

Huolimattomuudessa on kyse niin teon objektiivisesta kuin subjektiivisesta luonteesta. Eriksen tulee ratkaistavaksi, onko itse menettely ollut huolimaton ja se, olisiko tekijä voinut toimia toisin. Toisintoimimismahdollisuutta arvioidaan tekijän kykyjen ja tilaisuuden pohjalta.³⁰¹ Teon huolimattomuudessa arvioinnin lähtökohtana on objektiivinen mittapuu.³⁰² Tätä on kutsuttu myös kaksivaiheiseksi vertailuoperaatioksi. Objektiivinen puoli koskee teon kiellettyä ja sallittua luonnetta, kun subjektiivinen puoli koskee syyllisyysoitetta.³⁰³ HIV-infektion tartuttamistapauksiin sovellettuna tämä voi tarkoittaa esimerkiksi sitä, että ensin tulee määrittää, mikä huolellisuusvelvollisuus HIV-positiivisella on partnereihinsa nähden. Tämän jälkeen voidaan selvittää, mitä HIV-positiivinen on tiennyt omasta sairaudestaan ja olisiko hän voinut toimia toisin.

²⁹⁶ Melander 2010, s. 112.

²⁹⁷ Vihriälä 2012, s. 175.

²⁹⁸ Esimerkiksi pahoinpitely voi johtaa uhrin kuolemaan. Tällöin teko on kielletty, mutta tappotahallisuus ei välttämättä täyty. Tällöin tekoa voidaan tuskin kutsua ”sinänsä sallituksi”, vaikka seuraus on aiheutunut tuottamuksella.

²⁹⁹ Träskman 1993, s. 37–38.

³⁰⁰ Nuotio 1997, s. 116.

³⁰¹ Matikkala 2014, s. 251.

³⁰² Nuutila 1996, s. 540.

³⁰³ Nuutila 1996, s. 525 ja HE 44/2002 vp, s. 89.

Tuottamuksen tyyppinä on erotettu tietoinen ja tiedoton tuottamus. Tietoisessa tuottamuksessa tekijä toimii huolimatta siitä, että mieltää tunnusmerkistön toteutumisen mahdolliseksi. Kyse on ikään kuin tietoisesta riskinotosta. Tiedottomassa tuottamuksessa riskinotto on tiedostamattomaa – tekijä ei ole mieltänyt tunnusmerkistön toteutumista mahdolliseksi tai ole tullut sitä ajatelleeksi. Tietoisesta ja tiedostamattomasta tuottamuksesta erolla ei sinänsä ole merkitystä, sillä tuottamuksellinen rikos on rangaistava molemmilla tuottamuksen tyypeillä tehtynä.³⁰⁴

Huolimattomuus voi olla myös törkeää (RL 3:7). Huolimattomuuden törkeys ratkaistaan kokonaisarvostelun perusteella. Huomioon otettavia seikkoja huolimattomuuden törkeysarvioinnissa ovat rikotun huolellisuusvelvollisuuden merkittävyys, vaarannettujen etujen tärkeys ja loukkauksen todennäköisyys, riskinoton tietoisuus sekä muut tekoon ja tekijään liittyvät olosuhteet (RL 3:7.2). Huolimattomuuden ja törkeän huolimattomuuden erottelussa kyse on objektiivisen ja subjektiivisen huolimattomuuden yhteisarvottamisesta. Huolimattomuus on sitä törkeämpää, mitä suurempaa objektiivista ja subjektiivista huolimattomuutta teko osoittaa. Toisaalta mahdollista on sekin, että jompikumpi – subjektiivinen tai objektiivinen – huolimattomuuden elementti on niin suuri, että huolimattomuus katsotaan törkeäksi. Tällöin ei ole merkitystä sillä, että toinen huolimattomuuden elementeistä on ollut lievempi.³⁰⁵ Yleisesti *tekijän* huolimattomuus on törkeää, kun riskinotto on epätavanomaista ja selvästi tietoista. Tällöin ollaan jo hyvin lähellä tahallista toimintaa.³⁰⁶

KKO 1993:92. A tuomittiin törkeästä kuolemantuottamuksesta. HIV-positiivinen A oli tiennyt, että HIV-infektio saattaa johtaa AIDS-tautiin ja AIDS-tauti voi johtaa kuolemaan. A:n HIV-tartunnasta saamien tietojen ja suojaamattomien anaaliyhdyntöjen lukuisuuden vuoksi A:n tuottamuksesta B:n kuolemaan katsottiin olleen törkeä. A oli tietojensa perusteella ymmärtänyt, että tartuntamahdollisuus suojaamattomassa anaaliyhdyntäessä, AIDS-tautiin sairastumismahdollisuus tartunnan seurauksena ja kuoleman vaara AIDS-taudin vuoksi ovat olleet vähäistä suuremmat.

Nuutila on jaotellut edellisen tapauksen huolimattomuuden niin, että tekijään liittyvää törkeää huolimattomuutta ilmentää A:n tieto HIV-infektiosta ja sen vaaroista, kun taas tekoon liittyvää törkeää huolimattomuutta ilmentää anaaliyhdyntöjen lukuisuus. Menettelyn huolimattomuuden arvioinnissa annettiin painoarvoa etenkin subjektiiviselle huolimattomuudelle.³⁰⁷ Nuutilan jako subjektiiviseen ja objektiiviseen tuottamukseen on mielestäni onnistunut. Anaaliyhdyntöjen lukuisuus viittaa juuri teon moitittavuuteen, kun tartuntavaaralle altistavia tilanteita on ollut

³⁰⁴ HE 44/2002 vp, s. 90.

³⁰⁵ Matikkala 2000, s. 128. Ks. myös Nuutila 1996, s. 601–607.

³⁰⁶ Nuutila 1997, s. 274.

³⁰⁷ Nuutila 1997, s. 275. Näin myös Rikosoikeus/ Lappi-Seppälä – Nuutila 2002, s. 810.

useita. Tekijän tieto taudista ja sen vaaroista ilmentää tekijän riskinoton olleen epätavanomaista ja jopa tietoista. Usein niissä tapauksissa, joissa syyte taposta on hylätty tahallisuuden puuttumisen vuoksi, tekijä tuomitaan törkeästä kuolemantuottamuksesta. Tämän kaltaisissa tapauksissa on usein kyse tiedostetusta tuottamuksesta (subjektiivinen puoli) ja suuresta poikkeamisesta huolellisesta menettelystä (objektiivinen puoli).³⁰⁸ Vaikka tahallisuutta ei pystyittäisikään näyttämään, tulee huolimattomuuden kokonaistörkeys perustella erikseen.³⁰⁹

Nähdäkseni HIV-infektion tartuttamistapauksissa törkeän huolimattomuuden arvioinnissa painoarvoa annetaan myös vaarannettujen etujen tärkeydelle. Sitä lähempänä ollaan törkeää huolimattomuutta, mitä vakavampi teosta mahdollisesti aiheutuva seuraus on. HIV-infektion tartuttamistapauksissa mahdollinen vahinkoseuraus kohdistuu henkeä ja terveyttä suojaavaan oikeushyvään, joten mahdollinen seuraus on vakava. Myös seurauksen todennäköisyys vaikuttaa teon huolimattomuusarviointiin. Esimerkiksi mitä todennäköisemmäksi HIV-infektion tarttuminen seksissä voidaan katsoa, sitä useammin huolimattomuus on törkeää.³¹⁰

Huolimattomuuden törkeysarvioinnissa otetaan huomioon myös muut tekoon ja tekijään liittyvät olosuhteet. Tässä arvioissa merkitystä on tekijän tosiasiallisilla mahdollisuuksilla suurempiin varotoimenpiteisiin.³¹¹ HIV-tapauksissa esimerkiksi kondomin käyttämättä jättäminen puoltaa sitä, että tekijällä olisi tosiasiaa ollut mahdollisuus suurempiin varotoimenpiteisiin. Tekijän huolimattomuutta ilmentää muun muassa toimiminen terveydenhuollon ohjeistuksien vastaisesti. Huolimattontaa käytöstä arvioitaessa arvioinnin pohjaksi on otettu terveydenhuollon ohjeistukset.

KKO 2015:83. HIV-positiivinen A oli ollut useita kertoja suojaamattomassa anaalisessa sukupuoliyhteydessä B:n kanssa. A oli tietoinen sairaudestaan ja käytti viruslääkitystä asianmukaisesti. A ei kertonut B:lle sairaudestaan. A:n huolimattomuutta pidettiin törkeänä.

Tapauksessa KKO 2015:83 korkein oikeus katsoi, että HIV-positiivisen ollessa tietoinen sairaudestaan, hänellä on korostunut vastuu huolehtia seksuaalisen kanssakäymisen edellyttämistä toimenpiteistä. Huolimattomuuden moitittavuutta arvioidessaan korkein oikeus antoi merkitystä sille, että A ei ollut toiminut terveydenhuollon ohjeistuksen mukaisesti³¹², eli käyttänyt

³⁰⁸ *Matikkala* 2000, s. 128.

³⁰⁹ *Nuutila* 1997, s. 275. Vrt. *Nuutila* 1996, s. 603 alav. 83. Nuutilan mukaan ”[k]äytännössä tahallisuutta lähellä oleva huolimattomuus perustelee usein törkeän tuottamuksen.”

³¹⁰ Ks. HE 44/2002 vp, s. 97 ja KKO 2015:83.

³¹¹ HE 44/2002 vp, s. 98.

³¹² Asiantuntijatodistelusta ilmenee, että HIV-potilaille annettiin vuonna 2009 Auroran sairaalassa seuraavat tiedot: 1. HIV tarttuu ihmisestä toiseen seksiteitse tai veren välityksellä 2. Potilaiden tulee kertoa tartunnastaan

5 ARVIO LAINSÄÄDÄNNÖN MUUTOSTARPEISTA

HIV-infektion tartuttamisen erilliskriminalisoinnista on ollut keskustelua siitä lähtien, kun aihe tuli rikosoikeusoppineiden mielenkiinnon kohteeksi. Myös vastuuvapautussäännöksen tarpeellisuudesta on esitetty kannanottoja. Vastuuvapautussäännöksen tarpeellisuutta käsittelevä jaksossa 4.1.5.3.

HIV-infektion tartuttaminen on rangaistavaa sen täyttäessä monen rikoslain 21 luvun henkeen ja terveyteen kohdistuvan rikoksen tunnusmerkistön. Henkeä ja terveyttä halutaan suojata kaikin keinoin. Rikosoikeudellisten käskynormien tarkoituksena on suojata yhteiskunnassa tärkeinä pidettyjä arvoja. Rangaistus määrätään sellaisen normin rikkomisesta, jonka yhteiskunta on kokenut tärkeäksi, ja sen vuoksi on asetettu normi sääntelemään kaikkien kansalaisten käyttäytymistä.³¹⁵

Yleispreventio (yleisestäävyys) viittaa siihen ennalta ehkäisevään vaikutukseen, joka kielletyn toiminnan kuvauksella ja rangaistavuudella on potentiaalisiin rikoksentekijöihin.³¹⁶ Negatiivinen yleispreventio pyrkii siihen, että rangaistuksella saadaan aikaan pelotevaikutus – puhutaankin myös pelotuspreventiosta. Pelotevaikutus estää potentiaalisia rikoksentekijöitä tekemästä rikoksia.³¹⁷ Positiivisessa yleispreventiossa rangaistuksen tarkoituksena ymmärretään esimerkiksi moraalin ylläpitäminen tai jopa sen luominen.³¹⁸ Yleisprevention kannalta on olennaista, että kyse on nimenomaan *teon* rangaistavuudesta, ei tekijän henkilöstä. ”Emme ehkä ole vastuussa siitä, mitä olemme, mutta olemme vastuussa siitä, mitä teemme.”³¹⁹ HIV-positiivisen rikosoikeudellisen vastuun arvioinnissa liikutaan hyvin lähellä jo sitä, että rangaistavuudessa kyse on tekijän henkilöstä. Henkilöön liittyvä syy (sairaus) tekee normaalista toiminnasta ja tarpeesta, seksistä, rangaistavaa. Rangaistavuus ei kuitenkaan kohdistu tekijän henkilöön, sillä tällöin jo HIV-positiivisuus olisi rangaistavaa.

Erityispreventio (erityisestäävyys) tarkoittaa sitä vaikutusta, joka rangaistuksella on teosta tuomittuun.³²⁰ Jos HIV-positiivinen on kerran tuomittu esimerkiksi törkeästä pahoinpitelystä, kun

³¹⁵ Tapani – Tolvanen 2016a, s. 7–9.

³¹⁶ Tapani – Tolvanen 2016a, s. 13.

³¹⁷ Melander 2016, s. 30–31.

³¹⁸ Melander 2016, s. 31.

³¹⁹ Nuotio – Majanen 2003, s. 44.

³²⁰ Tapani – Tolvanen 2016a, s. 13.

hän ei kertonut sairaudestaan kumppanilleen, toimiiko hän seuraavalla kerralla toisin ja kertoo sairaudestaan?

Teon rangaistavuuteen liittyvät periaatteet tulee muistaa arvioitaessa HIV-infektion tartuttamisen erilliskriminalisoinnin ja ylipäättään teon rangaistavuuden tarpeellisuutta. Mielestäni HIV-infektion tartuttamisen rangaistavuus perustuu positiiviseen yleispreventioon, joka pyrkii ylläpitämään moraalialia. Seksi ja seksuaalisuushan liittyvät vahvasti moraalisiin. Terveydelle haitallista seksiä saatetaan pitää moraalittomana, mutta moraalinen seksitekojen arvostus ei suoraan määritä sitä, millainen teko on rangaistavaa tai rankaisematonta.³²¹

Esimerkiksi Leijonhufvud arvioi 1990-luvun alussa, että HIV-infektion tartuttamisen tai sen riskin erilliskriminalisointi olisi oikea ratkaisu ruotsalaisen oikeuden näkökulmasta. Henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten tunnusmerkistöt eivät hänen mukaansa ilman vaikeuksia sovellu tekemuotoon, joka on ilman toisen HIV-infektiota täysin sallittu ja normaali arkipäiväinen asia. Leijonhufvud on myös muotoillut säännösehdotukset, joista toisessa asetetaan HIV-positiiviselle velvoite käyttää sukupuolilyhteydessä suojausta sekä kertoa partnerilleen taudistaan, sen luonteesta ja tartuntatavoista.³²² Myös Knuts on vuosituhanen alussa esittänyt HIV-infektion tartuttamisen erilliskriminalisointia.³²³

Erityisesti Leijonhufvudin kannanotto perustuu siihen, että tunnusmerkistöjen soveltuvuus ja oikeustila ylipäättään on ollut epävarmaa. Nykypäivänä rikoslain 21 luvun tiettyjen tunnusmerkistöjen soveltuvuus HIV-infektion tartuttamistapauksiin vaikuttaa selvältä. Niihin kysymyksiin, jotka olivat aiemmin epäselviä, on korkeimman oikeuden prejudikaattisarja vastannut ainakin osittain. On tosin selvää, että HIV-infektion tartuttaminen aiheuttaa erikoisen tekemuotonsa ja muiden seikkojen vuoksi hankaluuksia tunnusmerkistöjen soveltumiselle. Korkeimman oikeuden viimeisimpien prejudikaattien jälkeen oikeustila on suhteellisen selvä ainakin sen suhteen, mitkä edellä kolmannessa jaksossa mainituista tunnusmerkistöistä lähtökohtaisesti voivat soveltua HIV-tapauksiin.

Leijonhufvud ja Knuts ehdottavat molemmat, että kriminalisoinnissa asetettaisiin HIV-positiiviselle velvoite kertoa taudistaan kumppanilleen ja käyttää kondomia. Jos säännös ei sisältäisi

³²¹ Matikkala 2014, s. 111.

³²² Leijonhufvud 1993, s. 153–154, 164–165. Ruotsissa oli vuoteen 1985 asti voimassa säännös, joka kriminalisoi sukupuolitaudin tartuttamisen toiselle. Ruotsissa ajatus HIV-infektion erilliskriminalisoinnista tuskin oli mahdollon tätä taustaa vasten. Ks. Leijonhufvud 1993, s. 159–160.

³²³ Knuts 2001, s. 422–424.

tästä poikkeuksia, koskisi kertomisvelvollisuus myös ”kepeämpiä” suhteita. Oikeusjärjestyksestämme ei löydy tällaiselle huolenpito- ja kertomisvelvollisuudelle tukea, kun kyse on yhden illan jutuista, eräänlaisista suojaamattomaan seksiin liittyvistä tietoisista riskinotoista.³²⁴ Kertomisvelvollisuus asetettaisiin hyvin korkealle.

Ehkä suuremmat ongelmat liittyvät kuitenkin tahallisuuteen ja tuottamukseen, joihin liittyy myös tuorein kannanotto. Tuoreimman kannanoton lainsäädännön muutostarpeista ovat esittäneet Hyttinen ja Tapani. He käsittelevät HIV-infektion tartuttamista erityisesti epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen kautta, ja ehdottavatkin harkittavaksi erillistä rikossäännöstä HIV-tapauksien moitittavuuden arvioimiseksi. Erilliskriminalisoinnissa huomio kiinnittyisi eritoten laiminlyöntivelvollisuuden tietoiseen rikkomiseen. Toinen vaihtoehto olisi välinpitämättömyystahallisuus tahallisuuden alarajana.³²⁵ Kun valinta tahallisuuden muotojen välillä on jo tehty, en pidä välinpitämättömyystahallisuuden säätämistä tahallisuuden alarajaksi todennäköisenä vaihtoehtona. Myöskään Vihriälä ei pidä välinpitämättömyystahallisuutta ”rehellisenä tapana” ratkaista HIV-tapauksiin liittyviä ongelmia, vaan ehdottaa mieluummin HIV-tapauksille omaa rikoslainsäännöstä.³²⁶

Korkeimman oikeuden prejudikaatit ovat monessa suhteessa selkiyttäneet HIV-infektion tartuttamistapausten rikosoikeudellista arviointia. Vaikka monia kysymyksiä onkin jäänyt ilmaan, ovat suuntaviivat selkeähköt. Optimistisesti ajateltuna *haluan* ajatella, ettei erilliskriminalisointia HIV-infektion tartuttamistapauksiin tarvita. HIV-infektion tartuttamistapauksia on ollut tuomioistuimissa vähän, joten kovin laajasta ilmiöstä ei ole kyse. Toivo elää siitakin, että HIV-infektio saataisiin jatkossa eliminoidua kokonaan. 2010-luvulla on uutisoitu tapauksista, joissa HIV-infektio on onnistuttu parantamaan yksittäisiltä potilailta. Läpimurtoa ei ole kuitenkaan tehty sen suhteen, että hoito voitaisiin aloittaa kaikille taudin kantajille. Korkeimman oikeuden prejudikaattisarja antaa nyt riittävän hyvät suuntaviivat niiden yksittäisten HIV-tartuttamistapausten arviointiin, jotka tuomioistuihin päätyvät.

Mielestäni erilliskriminalisoinnille ei ole tarvetta, ellei lainsäätävä nimenomaan kokisi tarpeelliseksi muuttaa nykyisiä korkeimman oikeuden prejudikaattien linjauksia. Onhan HIV-infektion tartuttaminen ja tartunnalle vaarantaminen rangaistavaa nytkin. Toisaalta uusi säännös ja huolellinen lainvalmistelu voisivat selkeyttää HIV-infektion tartuttamistapauksien

³²⁴ Hyttinen – Tapani 2017, s. 787.

³²⁵ Hyttinen – Tapani 2017, s. 782–784.

³²⁶ Vihriälä 2012, s. 151.

rikosoikeudellista arviointia, vaikka nykyisiä linjauksia taudin tartuttamisen rikosoikeudellisesta arvioinnista ei muutettaisi. Toisaalta tapaukset ovat niin yksilöllisiä, että tulkintaongelmita tuskin välttyttäisiin. Jos nykyiseen teon rangaistavuuden linjaan katsotaan tarpeelliseksi tehdä muutoksia, on erilliskriminalisointi siihen hyvä ratkaisu. Erilliskriminalisoinnissa tulisi ottaa kantaa ainakin siihen, miten teon rangaistavuus korreloisi kondomin käytön ja kertomisvelvollisuuden laiminlyönnin kanssa. Myös tekijöiden välisen suhteen laadulle olisi mielestäni perusteltua antaa merkitystä.

HIV-infektion tartuttamisen rikosoikeudellisella rangaistavuudella suojataan nähdäkseni nimenomaan yksilöitä – taudin leviämisen estämiseksi teon rangaistavuus ei ole tehokkain keino. HIV-infektion tartuttamisen rangaistavuudella ei ainakaan ensisijaisesti pyritä suojaamaan muita kuin yksittäisen sukupuolisuhteen vaikutuksen piirissä olevia. Kriminalisointi voisi kuitenkin olla eräässä tilanteessa tarpeellinen ennemminkin yhteiskunnallisesta näkökulmasta. Lääkehoitoa käyttävän HIV-positiivisen tulee sitoutua hoitoon täysin. Lääkkeet tulee ottaa säännöllisesti, oikeaan aikaan. Mikäli lääkityksen käyttäjällä on motivaatio-ongelmia lääkityksen käytön huolellisuuden suhteen, voi hänelle kehittyä lääkkeille resistentti virus. Erilaisten lääkkeille resistenttien viruskantojen kehittyminen voi tarkoittaa sitä, että HIV-infektiosta kehittyy Suomessakin joissakin tapauksissa sellainen, ettei sen etenemistä voida pysäyttää. Jos HIV-positiivisella on lääkeresistentti virus, voi suojaamaton seksi saada suuret mittasuhteet, jos lääkkeille resistentti taudin muoto lähtee leviämään. HIV-positiivisuudestaan juuri tiedon saaneelle olisi varmasti taudin toteamisen lisäksi kovin epämieluisaa kuulla, että oma viruskanta on sellainen, ettei siihen hoito tehoa. Tässä tilanteessa voisi jopa kallistua sille kannalle, että yhden ihmisen yksipuolinen päätös tai kahden ihmisen välinen *valinta* suojaamattomasta seksistä voi saada yhteiskunnallisia ulottuvuuksia. Yhteiskunnalla voi olla intressi kriminalisoida HIV-positiivisen ja hänen partnerinsa teko, sillä se voi vaarantaa muiden terveydenhoidon. Toinen vaihtoehto olisi, että kriminalisoitaisiin aloitetun lääkehoidon laiminlyöminen. Toisaalta kriminalisointi Suomessa ei poista sitä tosiseikkaa, että tällaisia lääkkeille resistenttejä viruskantoja voi tulla Suomeen ulkomailtakin. Suomalaisten saamista HIV-tartunnoista yksi kolmesta on saatu ulkomailta. Taudin globalisuus huomioiden kriminalisoinnista olisi tuskin niin suurta hyötyä, että se ylittäisi kriminalisoinnin haitat. Tehotonta rikosoikeutta ei nimittäin tule käyttää.³²⁷ Tiettyä tekoa ei myöskään voi kriminalisoida, jos sen rangaistavaksi säätämisestä aiheutuisi enemmän haittaa kuin hyötyä.³²⁸ Tätä ei ole tarkoitettu kannanotoksi

³²⁷ Tapani – Tolvanen 2016a, s. 13.

³²⁸ Melander 2016, s. 27. Ks. myös Hertzberg 1988, s. 138.

erilliskriminalisoinnin tarpeellisuudesta lääkeresistenssien viruskantojen ehkäisyksi – tarkoitus on pikemminkin tarjota uusi näkökulma.

HIV-infektion tartuttamisen mahdollinen erilliskriminalisointi ei ole oikotie onneen. Edelleen rikosoikeudelliseen arviointiin toisivat lisämausteensa kahden tieteenalan välinen yhteentörmäys ja erilaisten tilanteiden kirjo. Lisäksi uusi säännös tuo aina mukanaan uusia tulkintaongelmia.

6 JOHTOPÄÄTÖKSET

6.1 HIV-positiivisen vastuu

HIV-positiivisella on vastuu siitä, ettei hän tartuta tautia muille. Vastuu johtuu siitä, että jokaisella on oikeus hengen ja terveyden suojaan. HIV-positiivisen vastuulla pyritään suojaamaan etenkin yksilöitä. Toisaalta vastuulla on yhteiskunnallisia ulottuvuuksia sikäli, että HIV-infektioon sairastuneiden määrä pysyisi alhaisena.

On epäselvää, onko HIV-positiivisella vastuu kertoa taudistaan kumppanilleen. Vaikuttaa siltä, että ainakin vakavassa suhteessa informointivelvollisuus on. HIV-infektion salaamista avio- puolisolta on nimittäin pidetty teon törkeyttä puoltavana seikkana törkeän pahoinpitelyn kokonaisarviointissa. Vakavan tarttuvan sairauden salaaminen kumppanilta on ilmeisen kiellettyä, vaikka tartuntatodennäköisyys olisi lähes olematon. Toisaalta on tarpeen viitata ratkaisuun HelHO 18.4.2018 18/116352, jossa rangaistavaksi ei katsottu sitä, että HIV-positiivinen A salasi sairautensa seurustelukumppaniltaan neljä kuukautta, kun sukupuoliyhteyksissä käytettiin tällöin suojausta. Korkeimman oikeuden linjaus suhteen laadun vaikutuksesta teon törkeysarviointiin vaikuttaa perustuvan enemmän moraalinäkökohtiin kuin rikosoikeudelliseen argumentaatioon. Lähtökohtaisesti vaikuttaa siltä, että ainakin vakava suhde voi perustaa suuremman vastuun kertoa taudistaan, kuin irtosuhte. Moraalisesti tosin pidetään arveluttavana sitäkin, että irtosuhteessa ei kerrottaisi olosuhteesta, joka voisi vaikuttaa toisen osapuolen suostumiseen seksiin.

On selvää, että HIV-positiivisen on käytettävä kondomia ainakin tyyppitilanteessa B eli silloin, kun hän ei ole kertonut taudistaan kumppanilleen. Jos kondomia ei tällöin käytä, on teko rangaistava vähintään vaaran aiheuttamisena. Huolehtimalla kondomisuojauksesta lääkehoidon rinnalla tartuntariskiä ei korkeimman oikeuden mukaan käytännössä ole, ja tällöin menettelyssä noudatetaan terveydenhuollon ohjeistuksia.³²⁹ Tarkoittiko korkein oikeus tällä sitä, että HIV-positiivisen menettely ei olisi ollut törkeän huolimatonta, jos hän olisi käyttänyt kondomia? Se, mikä merkitys tälle korkeimman oikeuden perustelulle on annettava velvoitteessa kondomin käyttöön, on epäselvä. Liian laajoja johtopäätöksiä ei tule tehdä. Korkeimman oikeuden perustelu vaikuttaa viittaavan sekä objektiiviseen vaaraan (tartuntariskin alhaisuus) että subjektiiviseen huolellisuusarviointiin (terveydenhuollon ohjeistuksien noudattaminen). Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä ei löydy suoraa vastausta kondomin käytön merkityksestä HIV-

³²⁹ Ks. KKO 2015:83, perustelukohta 44.

positiivisen rikosoikeudelliseen vastuuseen. Näkemykseni mukaan ratkaisussa KKO 2015:84 korkein oikeus kuitenkin viittaisi siihen, että kondomin käyttö olisi tehnyt muun tahallisuusarvioinnin tarpeettomaksi. Helsingin hovioikeuden ratkaisussa HIV-positiivisen rikosoikeudellinen vastuu sulkeutui pois, kun seksi oli suojattua. Selvyyttä ei ole kuitenkaan siitä, onko suojatun seksin harrastaminen sallittu riski vai poistaako se vain tekijän tahallisuuden ja täyttää huolellisuusvelvoitteen. Mahdollista on sekin, että kondomin käyttö laskee tartuntariskin niin alhaiseksi, ettei konkreettista vaaraa tarttumisesta ole. Näkemykseni mukaan viitteitä on siitä, että kondomin käyttö sukupuoliyhteyden aikana poistaa teolta sen rikosoikeudellisen rangaistavuuden.

Joka tapauksessa jo asianmukaisen lääkityksen käyttö laskee virusmäärän veressä todella alhaiselle tasolle. Tarttumattomaksi tautia ei voi silti sanoa. Kondomin käyttö kuitenkin antaa vielä lisäsuojaa tartunnalta, jonka todennäköisyys on jo muutenkin pieni. Käytännössä kondomin käyttö on lääkityksen lisäksi HIV-positiivisen viimeisin keino itse alentaa tartuntariskiä. Kerrominen partnerille ei nimittäin alenna tartuntariskiä, vaikka sillä voi olla vaikutusta teon huolellisuus- tai törkeysarviointiin. Näin ollen olisi perusteltua, että kondomin käyttö täyttäisi HIV-positiivisen huolellisuusvelvoitteen, tai että se laskisi vaaran taudin tarttumisesta niin alhaiseksi, ettei sen katsota täyttävän rikoksen tunnusmerkistöä. Tällä linjalla vaikuttaa nykyinen oikeuskäytäntö olevan.

Kysymys siitä, tulisiko HIV-positiivisen käyttää tyyppitilanteessa C kondomia, on hankala. Tyyppitilanteessa C kumpikin HIV-seksin osapuolista tietää toisen sairaudesta. Korkeimman oikeuden prejudikaateista tähän ei löydy vastausta. Esitellyssä Helsingin hovioikeuden ratkaisussa kuitenkin päädyttiin siihen, että suojaamaton seksi osapuolten yhteisestä päätöksestä ei ole rangaistavaa. Päätöstä ei tältä osin perusteltu. Juridisesti kysymys on äärimmäisen hankala, sillä oikeusjärjestyksemme ei mahdollista hengestään dispoimintia. Mielestäni tyyppitilannetta C arvioitaessa tulisi kiinnittää erityistä huomiota siihen, ettei HIV-seksissä ole kysymys perinteisestä henkeen ja terveyteen kohdistuvasta rikoksesta. HIV-seksi ei ole nykypäivänä verrannollinen esimerkiksi venäläiseen rulettiin, jossa kuolema on lähes varma luodin osuessa kohdalle. Seksin voi myös lukea jonkinasteiseksi tarpeeksi, toisin kuin venäläisellä ruletilla haettavan jännityksen. Mielestäni Helsingin hovioikeuden tekemä ratkaisu on nykypäivän näkökulmasta eettisesti oikea. En myöskään puolla erillisen vastuuvapautussäännöksen säätämistä tyyppitilannetta C varten.

HIV-infektion hoito on kunnallisessa sairaanhoidossa maksutonta. Kenenkään HIV-infektoituneen ei tarvitse kieltäytyä hoidosta sillä perusteella, ettei siihen olisi varaa. Toisaalta mitään velvoitetta HIV-positiivisella ei ole lääkityksen käyttöön. Tosin lääkityksen asianmukainen käyttö voi vaikuttaa todennäköisyystahallisuuden arviointiin, sillä lääkitys alentaa HIV-infektion tartuntatodennäköisyyttä. Kuitenkaan tunnusmerkistön objektiiviseen puoleen lääkityksen käytöllä ei välttämättä ole merkitystä. Korkein oikeus asetti tapauksessa KKO 2015:83 objektiivisen vaaran täyttymisen rajan niin alhaiseksi, että vaikka HIV-positiivisen virusmäärä on lääkityksen ansiosta mittaamattomissa, on toisen henki ja terveys silti vaarassa. Viruslääkityksen asianmukainen käyttö ei siis itsessään täytä HIV-positiivisen huolellisuusvelvollisuutta.

E erityisen hankalaksi on muodostunut erottaa teon tunnusmerkistön mukaisuuden arviointi tekijän syyllisyysarviointista. Esimerkiksi vaaran aiheuttamisen edellyttämä vakava vaara ja rikoksen yrityksen edellyttämä vaara rikoksen täyttymisestä liittyvät teon tunnusmerkistön mukaisuuden arviointiin. HIV-infektion tartuttamistapauksien syyllisyysarvioinnissa painottuu todennäköisyystahallisuuden myötä arviointi seurauksen aiheutumisen todennäköisyydestä. Molemmat näistä sisältävät arvion siitä, kuinka todennäköistä HIV-infektion tarttuminen on teon aikana ollut. Lähtökohtaisesti vaaran aiheutumisen ja rikoksen yrityksen arvioinnin tulisi olla kuitenkin objektiivista, kun todennäköisyystahallisuudessa arvioinnin tulisi olla lähtökohtaisesti subjektiivista. Näiden arviointien erottamista toisistaan vaikeuttaa se, että todennäköisyystahallisuuden arviointi on HIV-tapauksissa saanut objektiivisia piirteitä – tekijän subjektiivisilla käsityksillä ei näytä olevan paljoa merkitystä. Seurauksen aiheutumisen todennäköisyyden arviointi vaikuttaa sekoittuvan myös huolellisuusvelvoitteen täyttymisen kanssa. Teon rangaistavuutta arvioitaessa olisikin tärkeää käsitellä tartuntatodennäköisyys erillään HIV-positiivisen huolellisuusvelvoitteen täyttymisestä tai todennäköisyystahallisuuden arvioinnista.

Vaaran aiheutumisen ja todennäköisyystahallisuuden täyttymisen aste eroavat toisistaan. Viimeaikaisessa oikeuskäytännössä yksi suojaamaton sukupuoliyhteys riitti vaaran aiheuttamisen edellyttämän konkreettisen vaaran toteutumiseen (HelHO 18.4.2018 18/116352), mutta yksi suojaamaton sukupuoliyhteys ei kuitenkaan riittänyt tekijän tahallisuutta perustavaksi (KKO 2015:84).³³⁰ Vaara täytyykin korkeimman oikeuden prejudikaattien mukaan jo hyvin pienellä tartuntatodennäköisyydellä. Todennäköisyystahallisuuden edellyttämä seurauksen aiheutumisen todennäköisyys edellyttää kuitenkin suurempaa todennäköisyyttä. Tämä puoltaa sitä, että

³³⁰ Erona näissä tapauksissa on muun muassa se, että Helsingin hovioikeudessa käsitellyssä tapauksessa tekijä ei käyttänyt viruslääkitystä, kun tapauksessa KKO 2015:84 tekijä käytti viruslääkitystä ja oli hyvin tietoinen sen vaikutuksesta tartuntatodennäköisyyteen.

HIV-infektion tartuttamistapauksia on ”helppo” tuomita tuottamuksellisina rikoksina, kun konkreettisen vaaran kynnyks on alhainen, mutta tahallisen rikoksena tuomitseminen edellyttää jo suurempaa (yli 50 prosentin) mahdollisuutta seurauksen syntyyn.

HIV-infektio on sukupuolitauti. Olisi hyvä käydä julkista keskustelua siitä, onko HIV-positiivisten kohtelu rikosoikeudellisesti liian ankaraa verrattuna muiden sukupuolitautilien kantajiin.³³¹ Esimerkiksi osa sukupuolitaudeista aiheuttaa lapsettomuutta, joka saattaa olla jollekin jopa suurempi terveydellinen vahinko kuin HIV-tartunta. Pitäisikö esimerkiksi lapsettomuutta aiheuttavaa klamydiaa ja sen tartuttamista arvioida samoin kuin HIV-infektion tartuttamista? Tosin klamydia ei vaadi elinikäistä hoitoa ja siihen sitoutumista, mutta jos tautia ei hoideta ajoissa, voivat sen seuraukset olla lopulliset lisääntymisterveyden kannalta.³³²

Mielestäni lähtökohtana voi pitää sitä, että HIV-positiivinen ei voi joutua rikosoikeudelliseen vastuuseen sukupuoliyhteydestä, kun hän käyttää lääkitystä asianmukaisesti (tai hänen veren viruspitoisuutensa on muusta syystä alhainen) ja hän käyttää sukupuoliyhteydessä kondomia. Nähdäkseni HIV-positiivisen velvollisuus informoida kumppania taudista on toissijainen tartuntariskiä alentaviin toimenpiteisiin nähden. Kondomin käyttö sukupuoliyhteydessä puoltaa HIV-positiivisen huolellisuutta, ei-välipitämättömyyden suhtautumista³³³ ja tahallisuuden puuttumista.

6.2 Lääketieteen kehityksen vaikutus HIV-tapauksien rikosoikeudelliseen arviointiin

Tutkielmaa työstäessäni olen huomannut, että jo sanassa HIV-infektio on tietty lataus edelleen, yli kolme vuosikymmentä taudin löytymisestä. Lääketieteen kehitys ja ajan kuluminen eivät ole vaikuttaneet myöskään niihin päälinjoihin, jotka toistuvat HIV-infektion tartuttamisen rikosoikeudellisessa arvioinnissa. Edelleen on havaittavissa samoja ongelmakohtia, jotka puhuttivat jo 80-luvulla. Hankalaa on edelleen määritellä se, mikä tartuntatodennäköisyys on yksittäisessä tai useammassa sukupuoliyhteydessä ollut. Myös tahallisuuden ja tuottamuksen arviointi tuottaa vaikeuksia edelleen. Näyttöongelma on entisellään sen suhteen, että testeillä ei edelleenkään pystytä todistamaan sitä, keneltä tartutettu on saanut HIV-tartunnan. Partnerin

³³¹ Ks. *Melander* 2016, s. 168.

³³² Ks. myös *Hahto* 2004, s. 315, 320.

³³³ Viittaus välinpitämättömyystahallisuuteen.

myötävaikutuksen ongelma on myös edelleen ajankohtainen. Myös kahden tieteenalan välinen yhteentörmäys on havaittavissa tänäkin päivänä.

Suurin muutos HIV-infektion tartuttamistapauksien rikosoikeudellisessa arvioinnissa lääketieteen kehittyessä on ollut se, että tappotahallisuuden on katsottu puuttuvan.³³⁴ Tartuttamis- ja surmaamistahallisuudet ovat sitä lähempänä toisiaan, mitä suuremmalla todennäköisyydellä tartunnasta seuraa kuolema. Aiemmin tartunnasta seurasi varsin todennäköisesti kuolema, sillä HIV-infektioon ei ollut hoitoa, joka pysäyttäisi sen kehittymisen tappavaksi AIDS-taudiksi. Kun nykyään taudin varsin todennäköinen seuraus ei ole kuolema, ei surmaamistahallisuutta hevin katsota olevan.³³⁵ Kun aiempi lähtökohta soveltuvasta tunnusmerkistöstä HIV-infektion tartuttamistapauksissa oli tapon yritys, on se nykyään nähdäkseni vaaran aiheuttaminen (kun tauti ei ole tarttunut) tai törkeä pahoinpitely (kun tauti on tarttunut).

Korkeimman oikeuden linjauksia HIV-positiivisen vastuun ulottuvuudesta on kritisoitu muun muassa siksi, että ne eivät vastaa lääketieteen linjausta taudin tarttuvuudesta onnistuneen lääkehoidon aikana.³³⁶ Kritiikki kohdistuu eritoten konkreettisen vaaran alarajaan, joka on katsottu liian alhaiseksi. Jo hyvin vähäisen vaaran aiheuttaminen aktualisoi rikosoikeudellisen vastuun. Ymmärtääkseni taustalla on ajatus myös siitä, että suojaamatonta seksiä pitäisi saada harjoittaa ilman pelkoa rikosoikeudellisesta vastuusta. Kondomin käyttö käytännössä poistaa rikosoikeudellisen vastuun, vaikka ilman suojaustakin tartuntariski on erittäin pieni lääkityksen aikana. Oma ennemminkin moraaliin kuin oikeudelliseen arvioon pohjautuva kantani tähän on se, että miksi huolellisesti omaan ja toisen terveyteen suhtautuva henkilö edes haluaisi harrastaa suojaamatonta seksiä esimerkiksi ”yhden illan jutuissa”? Poissuljettua ei ole sekään, että toisella osapuolella on HIV-infektion sijaan jokin muu sukupuolitauti.

Eräs merkittävä lääketieteen kehitymisestä johtuva muutos on se, että nykypäivänä HIV-positiiviselle on mahdollista teon tehokas katuminen. Tautia vastaan kehitetty estolääkitys mahdollistaa sen, että vaikka itse teko on tehty, voi sen seurauksen syntyyn vaikuttaa tietyn ajan. Tosin tehokas katuminen on mahdollista vain seurausrikoksissa. Tehokas katuminen ei välttämättä poista HIV-positiivisen rikosoikeudellista vastuuta, sillä teko voi olla rangaistava vaaran

³³⁴ Surmaamistahallisuus (kuten tartuttamistahallisuuskin) tosin puuttui jo korkeimman oikeuden ensimmäisessä prejedikaatissa HIV-tapauksiin liittyen, tapauksessa KKO 1993:92. Tällöin surmaamistahallisuuden puuttumiseen vaikutti kuitenkin erityisesti tekoajan (v. 1986–1987) tieto taudin tartuntatodennäköisyydestä. Matikkala on kritisoinut ratkaisua, ks. *Matikkala* 1995, s. 229–231. Näkemykseni mukaan tekijällä olisi voitu katsoa olleen tartuntatahallisuus ja myös tappotahallisuus, mutta tappotahallisuus vain, jos tekoajan tieto olisi vastannut tuomiohetken tietoa sairauden letaalisuudesta.

³³⁵ Ks. *Matikkala* 1995, s. 228.

³³⁶ Ks. esim. *Brummer-Korvenkontio ym.* 2017, s. 32.

aiheuttamisena. Vaaran aiheuttaminen ei ole seurausrikos, joten tehokas katuminen ei ole sen suhteen mahdollista.

Entä jos lääketiede kehittyy entisestään, ja tauti voitaisiin jatkossa parantaa? Nähdäkseni rikosoikeudella voisi edelleen olla sijansa HIV-infektion tartuttamistapauksissa. Mielestäni tällöin HIV-infektiota ei voisi enää pitää törkeän pahoinpitelyn edellyttämänä vakavana sairautena, jos se voitaisiin hoidolla kokonaan poistaa elimistöstä. Vakavana sairautena HIV-infektiota on pidetty nimittäin siksi, että se edellyttää muun muassa elinikäistä sitoutumista hoitoon. Ongelmaksi muodostuu kuitenkin se, että HIV-infektiota ei ole helppo tunnistaa oireiden perusteella – jos infektoitunut ei käy testeissä, hän ei saa tietoa tartunnastaan. Näin ollen, vaikka tautiin keksittäisiin parannuskeino, olisi edelleen mahdollista, että joku saisi tartunnan tietämättään ja tauti ehtisi kehittyä tappavaksi AIDS-taudiksi, johon tartunnan saanut saattaa kuolla. Vaikka lääketiede kehittäisikin parannuskeinoon HIV-infektioon, ei se välttämättä tarkoita sitä, että kaikki pääsisivät hoidon piiriin. Tappotahallisuus tuskin tulisi kyseeseen kuvaamassani tilanteessa, sillä on varsin epätodennäköistä, ettei jonkun tautia ehditä todeta. Kuolemantuottamus voisi kuitenkin tulla kyseeseen.

6.3 HIV-positiivisen tiedon merkitys

Lääketieteen kehitys on aiheuttanut ristiriitaista tietoa lääkityksen vaikutuksesta HIV-infektion tarttumiseen. Lukuisissa lähteissä mainitaan, että HIV-infektio ei tartu lääkityksen aikana. HIV-infektiosta tietoa antavat kansalaisjärjestöt linjaavat, ettei HIV-infektio tartu suojaamattomassa seksissä, kun HIV-positiivinen käyttää lääkitystä asianmukaisesti.³³⁷ Terveystieteiden ohjeistukset kuitenkin lähtevät siitä, että taudin kantajan tulee käyttää kondomia ja kertoa sairaudestaan kumppanilleen, sillä HIV-infektion tarttumista ei voida toimivankaan lääkityksen aikana sulkea täysin pois. Oikeuskäytännössä lääkärin ja yleisesti terveydenhuollon antamalle erityisinformaatiolle on annettu suuri merkitys ja etusija suhteessa niin sanottuun valistukseen. HIV-positiivisen tieto taudin tartuttavuudesta voi kuitenkin olla peräisin esimerkiksi kansalaisjärjestöjen esitteistä ja ohjeistuksista.

Tahallisuusarvioinnissa huomio tulisi kiinnittää juuri *tekijän* tietoon. Tekijän tietoon perustuvassa rikosoikeudellisessa arvioinnissa ongelmaksi tulevat ristiriidat tietolähteissä – ne voivat vaikuttaa HIV-positiivisen rikosoikeudelliseen vastuuseen joko hänen edukseen tai

³³⁷ Ks. esim. *Hivpoint A*; *Hivpoint B*; *Positiiviset ry*; *Valkonen 2018*.

vahingokseen. HIV-positiivisen tiedolle ei ole annettu suurta merkitystä etenkin todennäköisyystahallisuutta arvioitaessa. Todennäköisyystahallisuuden tulisi perustua nimenomaan tekijän subjektiiviseen tietoon. Toisaalta korkeimman oikeuden ainoassa tahallisuutta käsittelevässä prejedikaatissa KKO 2015:84 korkein oikeus vaikuttaa perustaneen todennäköisyystahallisuuden arvion objektiivisiin seikkoihin. Kuitenkin tarkoitustahallisuutta ja varmuustahallisuutta arvioitaessa merkitystä on annettu tekijän subjektiivisille käsityksille.³³⁸

On selvää, että oikeudellisessa arvioissa etusija annetaan terveydenhuollossa annettavalle tiedolle valistuksen sijaan. Tämän tiedostaen haluan silti tuoda esiin sen, että HIV-positiivisen tieto taudista voi tosiasiasa perustua valistukseen. Lisäksi lääkäreidenkin informaatio taudin tarttuvuudesta on ristiriitaista, kuten jaksosta 2 on huomattavissa.

6.4 Lopuksi

Lopuksi täytyy painottaa sitä, että juuri HIV-infektion rikosoikeudellinen arviointi on hankalaa siihen liittyvien moraalinäkökohtien vuoksi. Tunteet sekoittuvat helposti tilanteiden rikosoikeudelliseen arviointiin. Vastakkain on toisaalta HIV-positiivisen eli sairaan ihmisen oikeus elää täysipainoista elämää ilman huolta siitä, että tekee rikoksen normaaliin elämään kuuluvan seksin kautta. Erityisen tärkeää on selvittää se alue, jolla toimiessaan HIV-positiivinen tietää, ettei voi syyllistyä rikokseen. HIV-positiiviselle lääkitystä asianmukaisesti käyttävälle korkeimman oikeuden linjaus vaarasta voi tuntua kohtuuttomalta, kun tartunnan riskiä ei käytännössä ole. Toisaalta vastassa on partnerin oikeus valita itse, altistaako hän itsensä taudin tarttumisen vaaraan. Vaikka taudin tarttuminen ei ole todennäköistä, voi seksikumppanin HIV-positiivisuudesta kuuleminen aiheuttaa partnerille todellisen huolen siitä, että olisi itse saanut tartunnan. Kummankin osapuolen asemaan on helppo samaistua.

Uskon, että juuri aiheeseen liittyvät moraalinäkökohdat ovat eräs syy sille, miksi juridinen argumentaatio aiheen ympärillä on paikoin värikästäkin. Mielestäni aiheeseen liittyvien moraalinäkökohtien tiedostaminen on tärkeää, jotta voi tehokkaasti ehkäistä moraalinäkökohtien sekoittumisen oikeudelliseen arvioon. Olen pyrkinyt oikeudellisessa arvioinnissani objektiivisyyteen ja sulkemaan mielestäni moraalinäkökohdat. Kuitenkin juuri aiheen eettinen ulottuvuus tekee siitä erityisen mielenkiintoisen.

³³⁸ Ks. KKO 2015:84, perustelukohdat 17-22.