

Blood, sex and biopower: A legal-sociological analysis concerning the prohibition on blood donation for men who have had sex with men

Keywords: equal treatment, blood donation, sexual minorities, fundamental rights, biopower, Foucault

Katariina Paakkanen

English Abstract

The aim of the article is to analyse the prohibition on blood donation regarding men who have had sex with men from a legal and a sociological perspective. The legal analysis will concentrate on the conflict between the prohibition on blood donation for men who have had sex with men and the right to equal treatment of sexual minorities. Legal foundation of the ban will be looked into, and relevant case law at domestic and international level will be discussed. The article will also analyse the prohibition on blood donation from a sociological perspective, using Michel Foucault's notion of biopower as a form of control as the main theoretical framework. The article will suggest that the ban on blood donation is indirect discrimination and thus a violation of the right to equal treatment, and the way that the prohibition is formulated and justified can be seen as a way to use biopower to control and isolate homosexuals in the society.

Full Article in Finnish

Verta, seksiä ja biovaltaa: oikeudellis-sosiologinen analyysi miesten välisen seksin aiheuttamasta verenluovutuskiellosta

Asiasanat: yhdenvertaisuus, verenluovutus, seksuaalivähemmistöt, perusoikeudet, biovalta, Foucault

1. Johdanto

Käsittelen tässä artikkelissa miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskieltoa. Aihe on ajankohtainen ja tärkeä, sillä kyseisessä verenluovutuskielossa on kyse muustakin kuin vain mahdollisuudesta luovuttaa verta: kyse on kenties triviaalilta vaikuttavalta teolta (jota voidaan pitää jopa epämieluisana), mutta mikäli oikeus tähän evätään henkilön seksuaalisen suuntautumisen vuoksi, on kyse jostain verenluovutusta suuremmasta oikeudesta – oikeudesta tasa-arvoiseen kohteluun.

Monissa länsimaissa verenluovutus on pysyvästi kielletty miesten kanssa seksiä harrastaneilta miehiltä. Kielto on saanut alkunsa HIV:n leviämisen alkuaikoina, ja sitä on kritisoitu erityisesti homoseksuaaleja miehiä syrjivänä. Tarkoituksenani on tässä kirjoituksessa eritellä syitä, joilla luovutuskieltoa on perusteltu, ja pohtia kiellon merkitystä lainsäädännön (kuten yhdenvertaisuusperiaatteen) ja oikeuskäytännön kannalta sekä tarkastella sitä teoreettisen viitekehyksen – Foucault'n biovallan käsitteen – näkökulmasta. Tulen esittämään, että miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten pysyvä verenluovutuskielto on tosiasiasa piilotettua seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvaa syrjintää, joka loukkaa perusoikeutena tunnettua oikeutta yhdenvertaiseen kohteluun ja jota ei voida oikeuttaa.

Kirjoituksen rakenne on seuraava: Johdannon jälkeen esittelen tutkimukseni teoreettisen viitekehyksen ja tämän jälkeen käyn läpi verenluovutuskiellon taustaa ja esittelen syrjinnän kiellon perustana olevaa lainsäädäntöä. Käsittelen myös kiellon perustana olevaa lainsäädäntöä ja kieltoa koskevaa oikeuskäytäntöä. Analyysijaksossa esitän kritiikkiä vallitsevaa oikeuskäytäntöä ja verenluovutuskieltoa kohtaan erityisesti syrjintäkiellon näkökulmasta. Sen jälkeen tarkastelen luovutuskiellon syitä biovallan näkökulmasta, ja lopuksi yhteenvetojaksossa pohdin kiellon poistamisen mahdollisia vaikutuksia ja tulevaisuuden kehitystä.

Käytän artikkelissa käsitettä homo(seksuaalit) miehet tarkoittaen tällä sekä homo- että bi-seksuaalisia miehiä. Viittaan myös miesten kanssa seksiä harrastavien miesten pysyvään verenluovutuskieltoon usein pelkällä ”luovutuskielto”-ilmaisulla.

2. Teorettinen viitekehys

2.1 Foucault, valta ja biovalta

Foucault on käsitellyt vallan käsitettä monissa teoksissaan 1970-luvulta lähtien¹: hänen mielenkiinnon kohteitaan ovat mm. kuinka valtaa käytetään ja miten se ilmenee yhteiskunnissa ja miten vallan käyttö on muuttunut modernin yhteiskunnan kehittymisen myötä. Foucault näkee vallankäytön koko yhteiskunnan läpäisevänä voimana, joka ikään kuin läpäisee jokaisen ihmisen koko olemuksen ja vaikuttaa kaikkeen toimintaan – se vaikuttaa siihen, miten ihmiset kommunikoivat, ajattelevat, elävät ja ilmaisevat itseään. Valtaa itsessään ei voida paikantaa mihinkään ulkoiseen resurssiin tai toimijaan, vaan vallan käyttö koostuu monista erilaisista näkymättömistä limittäin ja päällekkäin toimivista ja jatkuvasti liikkeessä olevista, ”kurinpidon” tekniikoista.² Vallankäyttö toimii moderneissa yhteiskunnissa siten, että vallankäyttäjät luovat ”normeja” ja vallan kaikkiläpäisevän olemuksen avulla heidän tarkoituksenaan on saada yhteiskunnan jäsenet sisäistämään normit omiksi toimintatavoikseen. Tällöin vallankäyttäjien ei tarvitse pakottaa yhteiskunnan jäseniä ulkoapäin toimimaan haluamallaan tavalla, vaan vallankäyttäjien normit sisäistettyään ihmiset kontrolloivat ja tarkkailivat itse itseään.³

Eräs tärkeä käsite Foucault'n vallan analyysin kannalta on diskurssi. Diskurssin käsitettä on käsitelty useissa sosiologisissa keskusteluissa: Diskurssi-analyysi perustuu ideaan, jonka mukaan todellisuus luodaan määritelmien kautta kommunikaatiossa – yhteiskunta ei siis perustu vain fyysisille, objektiivisesti mitattaville tosiasioille, vaan yhteiskunnan toimintaan vaikuttaa olennaisesti myös se, miten asiat määritellään. Esimerkiksi käsitteelle ”terveys” ei ole olemassa yhtä oikeaa määritelmää, vaan se miten määrittelemme terveyden – onko se sairauksien puutetta, lasketaanko mukaan mielenterveys tai esimerkiksi seksuaaliterveys ja miten taas nämä käsitteet määritellään – vaikuttaa siihen, minkälaista käytöstä tai olotilaa pidämme ”normaalina”

1 Ks. mm. Foucault 1978 a, b ; Foucault 1975; Foucault 1976.

2 Foucault 1976, 92, teoksessa Munro 2003, s. 82, 84.

3 Foucault 1978 a, 144; Foucault 1978 b, teoksessa Hänninen 1997, s. 156. Foucault havainnollisti tätä vertaamalla yhteiskuntaa Jeremy Benthamin ideaan panopticon-vankilasta, jossa yksilöt ovat jatkuvat tarkkailun kohteena (ks. Foucault 1975).

tai tavoiteltavana. Foucault näkee diskurssin elinehtona vallankäytölle, sillä se luo ja ylläpitää yhteiskunnan valtarakenteita määrittellen kulloisenkin tavoiteltavan normin.⁴

Foucault määrittelee erääksi vallankäytön muodoksi biovallan. Biovalta on kontrollin ja vallankäytön keino, joka on noussut esiin modernin yhteiskunnan kehittymisen myötä. Foucault'n mukaan koko vallan käsite ja sen ilmenemistapa ovat ratkaisevasti muuttuneet 1900-luvulta lähtien. Vielä 1800-luvulla esimoderneissa yhteiskunnissa valta ilmeni lähinnä koersiivisena, fyysisenä uhkana, joka kohdistui erityisesti elämän päättämiseen: vallanpitäjät pystyivät alistamaan yhteiskunnan jäsenet tahtonsa alle uhkaamalla erilaisilla fyysisillä rangaistuksilla, kuten äärimuodossaan elämän päättämisellä.⁵ Modernin yhteiskunnan kehittyessä 1900-luvun aikana tämä vallankäytön tapa muuttui peilikuvakseen – kuolemalla uhkaamisen sijaan valta alettiin ymmärtää tapana, jolla vallanpitäjät pystyivät kontrolloimaan elämän syntyä ja sen ylläpitämistä.⁶ Biovalta on siis eräänlainen biologinen ihmisruumiiseen kohdistuva kontrolloikeino, jolla yksilöitä ja sen kautta koko väestöä pyritään kontrolloimaan.

Biovalta turvautuu tässä kontrollissa nimenomaan tieteellisiin diskursseihin. Biovallan näkökulmasta tarkasteltuna ihmiselämä nähdään biologisena kysymyksenä lajin säilymisestä: vallankäytön päämääräksi on modernina aikana muodostunut yhteiskunnan elinolomahdollisuuksien säilyttäminen ja samalla ihmislajin (tai ”kansan”) biologisen olemassaolon turvaaminen. Samalla ihmisten elämä ikään kuin laskennallistettiin – kansan tai ihmislajin säilymisestä ja biologisesta olemassaolosta tuli poliittinen kysymys. Tämä ajattelutapa voimistui kansallisvaltion periaatteen nousun myötä, jolloin kansa alettiin nähdä myös biologisena ryhmänä, jonka yhtenäisyys (ja oikeudet) perustuivat geneettisesti yhtenäiseen perimään.⁷

4 “In a society such as ours, but basically in any society, there are manifold relations of power which permeate, characterise and constitute the social body, and these relations of power cannot themselves be established, consolidated, nor implemented without the production, accumulation, circulation and functioning of a discourse.” Foucault, teoksessa T. Kelly 1994: *Critique and Power: Recasting the Foucault/Habermas Debate*, s. 31. Cambridge, MA, MIT Press; Munro 2003, s. 84.

5 Foucault 1990, 136.

6 Foucault, 1990, teoksessa Gledhill 2005, 353; Foucault 1976, teoksessa Hänninen & Karjalainen 1997, s. 12.

7 Gledhill 2005, s. 358; Munro 2003, s. 85, 84; Hänninen & Karjalainen 1997, s. 13.

2.2 Biovalta ja oikeus

Biovaltaa voidaan tarkastella myös oikeuden ja oikeudenkäytön kannalta. Yhteiskunnassa on monia erilaisia normeja ja normijärjestelmiä. Yksi esimerkki tästä on erilaiset yhteiskunnissa vaikuttavat sosiaaliset normit ja käyttäytymissäännöt (kuten tapa ja kulttuuri), jotka pyrkivät määrittelemään ”oikean” käyttäytymisen rajat. Myös laki toimii yhteiskunnassa vahvana normalisoivana instanssina: se kertoo konkreettisesti minkälainen toiminta on sallittua ja kiellettyä yhteiskunnassa. Oikeudelliseen instanssiin on moderneissa yhteiskunnissa liittynyt myös monia sivuinstansseja kuten terveydenhuolto ja hallinto, ja näiden kanssa se ikään kuin luo yhteiskunnan jäsenten toimintaa sääntelevän verkoston. Myös teknologia ja tieteellinen diskurssi ovat läsnä oikeuden instituution toiminnassa.⁸

Oikeudella onkin tavallaan kaksi erilaista roolia yhteiskunnassa: toisaalta laki määrittää konkreettisesti sallitun toiminnan ja määrää rangaistuksen lainvastaisista teoista, mutta toisaalta laki toimii samaan aikaan normin tavoin, pyrkien ehkäisemään ei-haluttua käytöstä ja poistamaan sosiaalisia uhkia yhteiskunnasta. Tämä kaksinaisrooli luo konfliktin näiden eri päämäärien välille oikeudenkäytön pyrkiessä samalla sekä eristämään että palauttamaan yhteiskuntaan sen luomista normeista poikkeavat yksilöt.⁹ Voidaan sanoa, että oikeus ikään kuin pyrkii siis sekä määrittämään normit että toimimaan itse normin tavoin. Nyky-yhteiskunnassa oikeus on siirtynyt yhä enemmän kohti jälkimmäistä tehtävää rikollisten sopeuttamis- ja kuntouttamisaspektin sekä vaarojen ennaltaehkäisevän torjunnan saatua yhä enemmän jalansijaa: esimerkiksi Suomessa oikeusjärjestelmän tarkoituksena on rikollisten ”parantaminen” ja sopeuttaminen yhteiskuntaan, ei niinkään rankaisu tehdyistä teoista.¹⁰

Edellä esitetty oikeuden merkitys ja biovallan rooli yhteiskunnallisen normiston luomisessa ja ylläpidossa on hyvä pitää mielessä tarkasteltaessa verenluovutuskieillon oikeudellisia аспекteja. Käsittelem luovutuskieiltoa seuraavissa kappaleissa oikeudellisesta näkökulmasta: esittelen ensin luovutuskieillon taustaa ja lainsäädännöllistä perustaa ja sen jälkeen tarkastelen sen

8 Hänninen 1997, s. 162.

9 Hänninen 1997, s. 162.

10 Hänninen 1997, s. 162, 163.

oikeutusta syrjimättömyysperiaatteen kannalta. Lopuksi palaan tarkastelemaan luovutuskieltoa biovallan käsitteen näkökulmasta.

3. HIV ja luovutuskiellon tausta

HIV (human immunodeficiency virus) paikannettiin ensimmäisen kerran Yhdysvalloissa vuonna 1981. HIV aiheutti immuunijärjestelmän heikentymisen oireita erityisesti paikallisen homoväestön keskuudessa. HIV voi tarttua periaatteessa minkä tahansa ihmiselimestön nesteeseen tai eritteeseen kautta, mutta käytännössä virus tarttuu lähinnä seksikontaktissa ja erityisesti anaalisyhdyntä kohottaa vastaanottavan osapuolen tartuntariskiä. Tämän (ja kenties myös sattuman) takia HIV-tartuntoja esiintyi alkuaikoina runsaasti homoväestön keskuudessa, ja pian tauti miellettiin vahvasti erityisesti homojen taudiksi. Virus levisi 80-luvun aikana ympäri maailmaa ja aiheuttaa edelleen suuria ongelmia erityisesti Saharan eteläpuolisessa Afrikassa. Tällä hetkellä arviolta noin 30–40 miljoonalla ihmisellä on HIV-tartunta.¹¹

1980-luvulla HIV levisi myös verenluovutusten välityksellä ja jo 1980-luvun alussa eri maat alkoivat asettaa erilaisia verenluovutuskieltoja homoseksuaaleille estääkseen tartuntojen leviämisen väestössä. Vuonna 1984 HIV-virus identifioitiin ja sen toteamiseksi kehitettiin myös testi. Pian tämän jälkeen luovutettua verta alettiin testata maailmanlaajuisesti HIV-tartuntojen estämiseksi. Homojen verenluovutuskielloista ei kuitenkaan useimmissa maissa luovuttu ja ne ovat yhä voimassa monessa länsimaassa.¹² Euroopassa 20 maata kieltää edelleen kaikilta miesten kanssa joskus seksiä harrastaneilta miehiltä verenluovutuksen pysyvästi ja kolmessa maassa (Espanja, Latvia ja Italia) kieltä on väliaikainen. Pysyvä kieltä on voimassa myös Yhdysvalloissa ja Kanadassa.¹³

Myös Suomessa miehet, jotka ovat harrastaneet seksiä toisen miehen kanssa, ovat pysyvissä verenluovutuskielloissa. Myös muita seksiin liittyviä luovutuskieltoja – tosin tilapäisiä – on voimassa: esimerkiksi seksi uuden tai

11 Terveyskirjasto 2012; SaBTO 2011, s. 18.

12 SaBTO 2011, s. 18; Wainberg et al. 2010, s. 1.

13 SaBTO 2011, s. 32.

HIV-positiivisen kumppanin kanssa aiheuttaa verenluovutuskieillon neljäksi kuukaudeksi.¹⁴

4. Lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö

Tarkastelen tässä kappaleessa ensimmäiseksi luovutuskiellon kotimaista ja kansainvälistä oikeudellista perustaa. Tämän jälkeen tarkastelen luovutuskieltoa perusoikeusnäkökulmasta: Verenluovutuskielto voidaan katsoa olevan konfliktissa eri perusoikeuksien, kuten oikeuden yhdenvertaiseen kohteluun¹⁵ ja oikeuden yksityisyyden suojaan ja perhe-elämään,¹⁶ kanssa. Tarkastelen kuitenkin etupäässä oikeutta yhdenvertaiseen kohteluun, eli syrjinnän kieltoa, sillä se on eräs keskeisistä perusoikeuksista¹⁷, ja verenluovutuskiellon voidaan katsoa kohdistuvan erityisesti tähän oikeuteen, sillä se asettaa ihmiset eriarvoiseen asemaan seksuaalisen käyttäytymisen perusteella. Myös perusoikeutena tunnettu oikeus elämään¹⁸ on luovutuskiellon kannalta merkityksellinen, sillä sitä voidaan käyttää argumenttina luovutuskiellon puolesta (palaan tähän kysymykseen kappaleessa 5.2.1). Lopuksi esittelen luovutuskieltoa koskevaa oikeuskäytäntöä.

4.1 Luovutuskiellon lainsäädännöllinen perusta

Verenluovutuksen ehtoja on säännelty sekä kansallisella että EU:n tasolla. Suomessa verenluovutuksen kelpoisuuskriteereistä on säädetty veripalvelulaissa (197/2005). Laissa säädetään etupäässä verenluovutuksen järjestämisen edellytyksistä: esimerkiksi lain 13 § mukaan veripalvelulaitoksen on testattava jokainen verierä sen turvallisuuden varmistamiseksi.¹⁹ Verenluovutuksen kriteereistä laissa on säännöksiä vain hyvin yleisellä tasolla²⁰ ja valta

14 SPR Veripalvelu 2012 (1): seksi ja sukupuolitaudit.

15 Mm. Perustuslaki (PL) 6 §; Kansalaisyhteiskunta- ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus SopS 8/1976 (KP-sopimus) 2 artikla, Euroopan ihmisoikeussopimus SopS 63/1999 (EIS) 14 artikla; Euroopan unionin perusoikeuskirja 21 artikla.

16 PL 10 §; EIS 8 artikla; KP-sopimus 17 artikla.

17 ”Yhdenvertaisuutta ja tasa-arvoa koskevilla säännöksillä on ollut perinteisesti keskeinen asema perusoikeusjärjestelmässä. Myös kansainvälisessä ihmisoikeussääntelyssä yhdenvertaisuudella ja erityisesti syrjinnän kielloilla on tärkeä merkitys. Yhdenvertaisuuden ajatus sisältyy jo perusoikeuden käsitteeseen.” HE 309/1993, vp s. 22.

18 Mm. KP-sopimus 6 artikla; EIS 2 artikla.

19 Veripalvelulaki 13 §.

20 ”luovutuskelpoisuus edellyttää, että luovuttajan sairaus, lääkitys tai sairauden riski ei vaaranna luovuttajan terveyttä eikä luovutettavan veren – – turvallisuutta”. Veripalvelulaki 12 §.

määrätä tarkemmin luovutuskelpoisuuden selvittämisestä ja perusteista, joilla henkilö voidaan määrätä pysyvään tai tilapäiseen verenluovutuskieltoon, on delegoitu lääkealan turvallisuus ja kehittämiskeskukselle (Fimea).²¹ Fimea onkin antanut laissa tarkoitetun tarkemman määräyksen luovutuskelpoisuuden kriteereistä. Seksuaalisen käyttäytymisen osalta määräyksessä asetetaan pysyvään verenluovutuskieltoon henkilöt, ” jotka sukupuolikäyttäytymisensä vuoksi ovat suuressa vaarassa saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä.”²² Lisäksi määräyksessä mainitaan, että

”(s)ukupuolikäyttäytymiseen liittyviä riskejä tulee arvioida kokonaisuutena kansallinen epidemiologinen tilanne huomioon ottaen. Kansallisesta epidemiologisesta tilanteesta johtuen miesten välinen seksi on toistaiseksi luovutuskieillon perusteena. Sukupuolikäyttäytymiseen liittyviä riskejä arvioitaessa tulee ottaa huomioon myös muut tiedossa olevat sukupuolikäyttäytymiseen liittyvät riskitekijät, mm. seksikumppanien vaihtuvuus sekä heidän mahdolliset tartuntatautinsa.”²³

Määräyksessä tilapäiseen verenluovutuskieltoon voidaan määrätä myös henkilöt, ” jotka ovat käyttäytymisensä tai toimintansa vuoksi vaarassa saada tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä. Riskiä lisääviä tekijöitä ovat mm. seksipalveluiden ostaminen tai myyminen sekä seksi uuden kumppanin kanssa”.²⁴ Luovutuskielto määrätään tällöin ajanjaksoksi, ”jonka pituus määräytyy kyseisen taudin sekä sopivien testien saatavuuden mukaan”²⁵. Käytännössä verenluovutuksesta vastaa Suomen Punaisen Ristin Veripalvelu, joka on velvollinen noudattamaan toiminnassaan näitä säännöksiä ja määräyksiä.

Verenluovutusta on säännelty myös Euroopan unionissa. Jäsenmaiden verenluovutuskäytäntöjä on pyritty yhtenäistämään Euroopan unionin neuvoston suosituksen²⁶ sekä myöhemmin myös komission direktiivin²⁷ avulla.

21 Veripalvelulaki 12 §.

22 Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskuksen määräys 1/2008: Veren ja sen osien tekniset laatu- ja turvallisuusvaatimukset, kohta 2.4.2.1.

23 Mt., kohta 2.4.2.1.

24 Mt., kohta 2.4.2.2.2.

25 Mt., kohta 2.4.2.2.2.

26 Euroopan unionin neuvoston suositus veren ja veriplasman luovuttajien sopivuudesta sekä luovutetun veren seulonnasta Euroopan yhteisössä, EYVL L 203, 21.7.1998.

27 Euroopan komission direktiivi 2004/33/EY.

Direktiivi on ns. pakottavaa oikeutta, sillä kaikkien EU:n jäsenmaiden on pantava se täytäntöön omassa lainsäädännössään. Direktiivissä luetellaan erilaisia kriteereitä (kuten fyysiseen kuntoon ja sairaushistoriaan liittyviä raja-arvoja), joita verenluovuttajan on täytettävä voidakseen luovuttaa verta niin, että se on turvallista sekä luovuttajalle että vastaanottajalle. Sukupuolisen käyttäytymisen osalta direktiivissä todetaan, että pysyvä luovutuskielto voidaan asettaa henkilöille, jotka ”sukupuolikäyttäytymisensä vuoksi ovat suuressa vaarassa saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä”.²⁸ Jäsenvaltioille jätetään siis melko suuri harkinnanvara määrittää, millainen sukupuolikäyttäytyminen aiheuttaa ”suuren vaaran saada vakavia tartuntatauteja”. Lisäksi direktiivi asettaa vain vähimmäisstandardit, joten jäsenvaltiot voivat omassa lainsäädännössään säätää direktiiviä tiukempia kriteereitä.²⁹ Suomi on implementoinut verenluovutusta koskevan direktiivin osaksi lainsäädäntöään ja myös Fimean määräys noudattaa tätä direktiiviä antaen myös yksityiskohtaisempia määräyksiä verenluovutuksen kriteereitä.

Verenluovutusta koskevassa kansallisessa ja Euroopan unionin lainsäädännössä ei säännellä kovin tarkasti käytännön tasolla verenluovutuksen kriteereitä. Fimean määräys ei erittele enempää syitä, joiden perusteella Suomen ”epidemiologinen tilanne” vaatii miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten asettamista pysyvään luovutuskieltoon. Kaiken kaikkiaan tutkimusta HIV:n levinneisyydestä eri sukupuolten kanssa seksiä harrastavien ihmisten kesken on saatavilla erittäin vähän. Suomen Punaisen Ristin Veripalvelun sivuilla viitataan kuitenkin kahteen eri lähteeseen: Kansanterveyslaitoksen (KTL) julkistamaan miesten väliseen seksiin liittyvään kyselytutkimukseen ja hiv-esiintymiskartoitukseen, sekä terveyden ja hyvinvoinnin laitoksen (THL) julkaisemaan tartuntatautitilastoon ”HIV Suomessa”, johon on listattu vuosittain HIV-tartuntojen määrä ja tartunnan lähde.³⁰ Analysoin myöhemmin verenluovutuskieltoa etupäässä näiden aineistojen pohjalta.

28 Mt., liite III, kohta 2.1.

29 Mt.

30 THL 2012: HIV Suomessa; KTL 2006: Miesten väliseen seksiin liittyvä kyselytutkimus ja hiv-esiintyvyykartoitus.

4.2 Syrjinnän kieltö ja yhdenvertaisuus perusoikeutena

4.2.1 Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö perustuslaissa

Yhdenvertaisuus ja syrjimiskieltö on kirjattu Suomen perustuslakiin.³¹ Perusoikeusuudistusta koskevan hallituksen esityksen mukaan yhdenvertaisuusperiaatteen tarkoitus on turvata ”..paitsi perinteistä oikeudellista yhdenvertaisuutta myös tosiasiallisen tasa-arvon toteutumista yhteiskunnassa”.³² Tämän perusteella syrjintäkieltö kattavaa laajasti kaikki syrjinnän muodot, kuten piilotetun syrjinnän: Säännös siis kieltää myös ulkoisesti yhdenvertaisuusperiaatteen mukaisen toiminnan, joka tosiasiasa kuitenkin asettaa ihmiset eriarvoiseen asemaan syrjintäkiellön vastaisesti.

Vaikka perusoikeudet ovat oikeusjärjestelmämme ydinaluetta, voidaan niitäkin tietyin edellytyksin rajoittaa. Koska perusoikeudet ovat kuitenkin niin olennainen osa oikeusjärjestelmää, on niiden rajoittamiseen oltava tarkasti määritellyt perusteet. Perustuslaki ei sisällä yleistä perusoikeuksien rajoittamista ohjaavaa säännöstä, mutta lain esitöistä ja perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännöstä sekä oikeuskäytännöstä on johdettavissa yleisesti hyväksytyt perusoikeuksien rajoittamisperiaatteet.³³ Yleiset periaatteet perusoikeuksien rajoittamiselle ovat perustuslakivaliokunnan mukaan seuraavat: rajoitusten on perustuttava lakiin, rajoitusten on oltava riittävän tarkkarajaisia (rajoitukset eivät saa koskea perusoikeuksien ydinaluetta, mikäli rajoituksesta on säädetty tavallisella lailla), riittävästä oikeusturvasta on huolehdittava, rajoitusperusteiden tulee olla hyväksyttäviiä ja suhteellisuusvaatimuksen mukaisia ja rajoitukset eivät saa olla ristiriidassa Suomea sitovien ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa.³⁴ Tarkastelen näistä erityisesti lailla säätämisen vaatimusta sekä suhteellisuus- ja hyväksyttävyyysvaatimusta yhdenvertaisuusperiaatteen ja luovutuksiellön kannalta.

Lailla säätämisen vaatimus edellyttää, että perusoikeuksien suojelemisen tärkeydestä johtuen rajoitusten säätämistä ei saa delegoida alemmalle sää-

31 ”Ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan sukupuolen, iän, alkuperän, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella.” Perustuslaki, 6 §.

32 HE 309/1993 vp.

33 Viljanen 2011.

34 PeVM 25/1994 vp.

döstasolle. Perustuslain esitöiden mukaan asetuksen antaja voidaan kuitenkin lailla valtuuttaa antamaan tarkempia säännöksiä yksilön oikeuksiin ja velvollisuuksiin liittyvistä vähäisistä yksityiskohdista.³⁵ Perusoikeuksien rajoitusta koskeva suhteellisuusvaatimus³⁶ taas edellyttää jo itsessään hyväksyttävän perusteen olemassaoloa. Lisäksi perusoikeuksien rajoitukset on aina pyrittävä pitämään mahdollisimman suppeina ja rajoittamista harkittaessa on aina tehtävä tarkkaa intressipunnintaa suojeltavien etujen ja rajoitettavien oikeuksien välillä.³⁷ Olennaisimpien perusoikeuksien rajoitus vaatii siis painavan yhteiskunnallisen intressin suojelun tarpeen, ja tällöinkin on etsittävä keinot, jotka loukkaavat perusoikeuksia mahdollisimman vähän. Perusoikeussäännöksiin on voitu tämän lisäksi sisällyttää erityisiä, eli kvalifioituja rajoitusperusteita, kuten yhdenvertaisuutta koskevan pykälän vaatimus hyväksyttävästä perusteesta.³⁸ Perustuslakivaliokunnan mukaan kvalifioitujen lakivarausten tarkoitus on ”määrittää tavallisen lain säätäjän rajoitusmahdollisuus mahdollisimman täsmällisesti ja tiukasti siten, ettei perustuslain tekstissä anneta avoimempaa perusoikeuden rajoitusvaltuutta kuin välttämättä on tarpeen.”³⁹ Rajoituslausekkeita tulisi siis tulkita mahdollisimman suppeasti ottaen lisäksi huomioon muut yleiset perusoikeuksien rajoitusperusteet.

4.2.2. Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö EU-oikeudessa ja kansainvälisissä sopimuksissa

Kansainvälisistä velvoitteista Suomea velvoittavat muun muassa YK:n ihmisoikeussopimukset sekä Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus sekä EU-oikeus. Merkittävimpiä eurooppalaisia ihmisoikeusvelvoitteita Suomelle ovat Euroopan ihmisoikeussopimus (EIS, johon kuuluu myös yksilön valitusoikeus Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen) sekä Euroopan unionin perusoikeuskirja, joka on myös EU-jäsenvaltiota sitovaa oikeutta.

35 HE 1/1998 vp, s.131–132

36 ”Rajoitusten tulee olla välttämättömiä hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi. Jokin perusoikeuden rajoitus on sallittu ainoastaan, jos tavoite ei ole saavutettavissa perusoikeuteen vähemmän puuttuvin keinoin. Rajoitus ei saa mennä pidemmälle kuin on perusteltua ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään” (PeVM 25/1994 vp.).

37 Arvioinnissa merkitystä voi olla lisäksi kansainvälisten ihmisoikeussopimusten hyväksyttävillä rajoitusperusteilla (PeVM 25/1994 vp.).

38 PL 6 §.

39 PeVM 25/1994 vp.

Oikeus yhdenvertaisuuteen ja syrjinnän kieltö on määritelty perusoikeutena useissa näistä kansainvälisistä sopimuksista. YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevassa sopimuksessa (KP-sopimus) ja EIS:ssa turvataan kaikista sopimuksen perusoikeuksista nauttiminen ilman syrjintää⁴⁰. Tämä käy ilmi myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä.⁴¹ Kaikkein pisimmille menevin syrjintäkieltö on Euroopan unionin perusoikeuskirjassa, jossa kaikenlainen syrjintä itsessään on kategorisesti kielletty.⁴² Perusoikeuskirjan luettelo syrjinnän perusteista sisältää lisäksi erikseen maininnan sukupuolisen suuntautumisen kiellettynä syrjintäperusteena⁴³, minkä voidaan katsoa asettavan korkeat vaatimukset tästä nimenomaisesta kiellosta poikkeamiselle.

Niin Euroopan unionin perusoikeuskirja, EIS kuin KP-oikeuksien sopimuskin mahdollistavat oikeuksista poikkeamisen tarkoin rajatuin ehdoin. Euroopan unionin perusoikeuskirja mahdollistaa oikeuksien rajoittamisen lailla oikeuksien olennaista sisältöä ja suhteellisuusperiaatetta noudatta-

40 KP-sopimus 2 artikla. ”Jokainen sopimusvaltio sitoutuu kunnioittamaan ja takaamaan jokaiselle alueellaan olevalle ja oikeuspiiriinsä kuuluvalla yksilöllä tässä yleissopimuksessa tunnustetut oikeudet ilman minkäänlaista rotuun, ihonväriin, sukupuoleen, kieleen, uskontoon, poliittiseen tai muuhun mielipiteeseen, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, omaisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää.”; 26 artikla ”Kaikki ihmiset ovat oikeudellisesti yhdenvertaisia ja oikeutettuja ilman minkäänlaista syrjintää yhtäläiseen lain suojaan. Tässä suhteessa lain tulee kieltää kaikki syrjintä ja taata kaikille henkilöille yhtäläinen ja tehokas suojelu rotuun, ihonväriin, sukupuoleen, kieleen, uskontoon, poliittiseen tai muuhun mielipiteeseen, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, omaisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää vastaan.” EIS 14 artikla: ”Tässä yleissopimuksessa tunnustetuista oikeuksista ja vapauksista nauttiminen taataan ilman minkäänlaista sukupuoleen, rotuun, ihonväriin, kieleen, uskontoon, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää.”; Euroopan unionin perusoikeuskirja (2000/C 364/01), 21 artikla: ”Kielletään kaikenlainen syrjintä, joka perustuu sukupuoleen, rotuun, ihonväriin tai etniseen taikka yhteiskunnalliseen alkuperään, geneettisiin ominaisuuksiin, kieleen, uskontoon tai vakaumukseen, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen tai muuhun sellaiseen seikkaan.”

41 Ks. Abdulaziz, Cabales ja Balkandali v. Iso-Britannia, 28.5.1985 teoksessa Ojanen & Scheinin 2011.

42 Euroopan unionin perusoikeuskirja (2000/C 364/01), 21 artikla: ”Kielletään kaikenlainen syrjintä, joka perustuu sukupuoleen, rotuun, ihonväriin tai etniseen taikka yhteiskunnalliseen alkuperään, geneettisiin ominaisuuksiin, kieleen, uskontoon tai vakaumukseen, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen tai muuhun sellaiseen seikkaan.”

43 Euroopan unionin perusoikeuskirja, 21 artikla.

en⁴⁴, sen sijaan EIS:n syrjintäkielto ei mahdollista kiellosta poikkeamista minkään muun kuin yleisen kansallisen hätätilan perusteella.⁴⁵ KP-sopimuksessa poikkeaminen taas sallitaan yleisen hätätilan aikana, mutta tällöinkin syrjintä on kiellettyä mm. rodun tai sukupuolen perusteella⁴⁶, eli sen voidaan katsoa asettavan suomalaista lainsäädäntöä tiukemmat kriteerit syrjintäkiellosta poikkeamiselle. Nämä erilaiset poikkeamisen rajoitukset ovat olennaisia myös suomalaisen lainsäädännön näkökulmasta.⁴⁷ Lisäksi täyttääkseen kansainväliset velvoitteensa, voidaan katsoa että Suomen tulisi täyttää tiukimmat kriteerit, jotta yhdenvertaisuusperiaatteesta poikkeaminen olisi hyväksyttävää.

4.3. Luovutuskielto oikeuskäytännössä

Miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskielto ei ole täysin ongelmaton syrjintäkiellon kannalta: verenluovutuksen kieltäminen kaikilta miehiltä, jotka ovat koskaan harrastaneet seksiä miesten kanssa, voi vaikuttaa kiellosta, jonka ensisijainen tarkoitus on estää homoseksuaaleja miehiä luovuttamasta verta. Tämä näkyy myös kiellon muodostumisen historiassa - esimerkiksi Suomessa vuoteen 2008 asti verenluovutus oli kielletty nimenomaan homoseksuaaleilta. Tätä ongelmaa onkin puitu myös oikeuskäytännössä: eduskunnan oikeusasiamies on tarkastellut tätä käytäntöä pe-

44 Euroopan unionin perusoikeuskirja, artikla 52: ”Tässä perusoikeuskirjassa tunnustettujen oikeuksien ja vapauksien käyttämistä voidaan rajoittaa ainoastaan lailla, ja kyseisten oikeuksien ja vapauksien olennaista sisältöä noudattaen. Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti rajoituksia voidaan tehdä ainoastaan, jos ne ovat välttämättömiä ja vastaavat tosiasiallisesti unionin tunnustamia yleisen edun mukaisia tavoitteita tai tarvetta suojella muiden henkilöiden oikeuksia ja vapauksia.”

45 Euroopan ihmisoikeussopimus, 15 artikla.

46 KP-sopimus, 4 artikla. 1. Yleisen hätätilan aikana, joka uhkaa kansakunnan olemassaoloa ja joka on virallisesti sellaiseksi julistettu, sopimusvaltiot voivat ryhtyä toimenpiteisiin, jotka merkitsevät poikkeamista niille tämän yleissopimuksen mukaan kuuluvista velvoituksista siinä laajuudessa kuin tilanne välttämättä vaatii, edellyttäen, että tällaiset toimenpiteet eivät ole ristiriidassa valtion muiden kansainvälisen oikeuden mukaisten velvoitusten kanssa eivätkä merkitse pelkästään rotuun, ihonväriin, sukupuoleen, kieleen, uskoon tai yhteiskunnalliseen syntyperään perustuvaa syrjintää.

47 Esimerkiksi perusoikeuksien rajoitusta koskevassa mietinnössään valiokunta viittasi suoraan Euroopan ihmisoikeussopimuksen rajoitusperusteisiin pohjana perusoikeuksien rajoittamisperusteille: ”Hyväksyttävyyden arvioinnissa merkitystä voi olla esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen vastaavanlaista oikeutta koskevilla määräyksillä, ainakin siltä osin kuin niihin sisältyy tyhjentävä luettelo ihmisoikeuksien hyväksyttävistä rajoitusperusteista. Perusoikeussäännöksiä on perusteltua tulkita yhdenmukaisesti ihmisoikeuksien kanssa niin, että vain ihmisoikeussopimuksen asianomaisen sopimusmääräyksen mukaan hyväksyttävät rajoitusperusteet voivat olla vastaavan perusoikeussäännöksen sallittuja rajoitusperusteita.” PeVM 25/1994.

rusoikeuksien kannalta ja muun muassa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien on käsitellyt samankaltaisen luovutuskieillon hyväksyttävyyttä Euroopan ihmisoikeussopimuksen kannalta.

4.3.1. Eduskunnan oikeusasiamies

Sekä homoja että miesten kanssa seksiä harrastaneita miehiä koskevaa verenluovutuskieitoa on arvosteltu Suomessa syrjintäkiellon vastaiseksi. Aiheesta on muun muassa tehty kantelu eduskunnan oikeusasiamiehelle vuonna 2008, jolloin luovutuskieito koski nimenomaan homomiehiä.⁴⁸

Oikeusasiamies katsoo lausunnossaan, että kyseinen luovutuskieito ei ole syrjivä, sillä kiellolle on olemassa perustuslain tarkoittama hyväksyttävä peruste. Oikeusasiamies perustelee homomiesten verenluovutuskieillon tarpeellisuutta viittaamalla saamiinsa asiantuntijalausuntoihin⁴⁹, joiden perusteella miesten välisessä seksissä infektioautien (kuten HIV) leviämrisiki on suurempi kuin heterojen välisessä seksissä. Oikeusasiamies ottaa epäsuorasti kantaa myös kiellon suhteellisuuteen toteamalla, että ”nykytietämyksen mukaan myös verivalmisteiden HIV-turvallisuutta heikentäisi selvästi se, että verenluovutus sallittaisiin tässä ryhmässä väliaikaisen karanteenin jälkeen”.⁵⁰ Oikeusasiamies nostaa lausunnossaan esille myös muita riskiryhmiä, joilta verenluovutus on evätty (kuten yli 65-vuotiaat ja Britanniassa hullun lehmän taudin aikaan oleskelleet).⁵¹

Oikeusasiamies esittää lausunnossaan myös kritiikkiä Veripalvelun toimintaa kohtaan. Hän tuo esille sen seikan, että senhetkisissä ohjeissa luovutus oli nimenomaan kielletty homomiehiltä, mikä viittaa kieltoon seksuaalisen suuntautumisen, ei riskialttiin käytöksen perusteella. Lisäksi oikeusasiamies nostaa esiin sen ongelmallisen seikan, ettei luovutusrajoituksia ollut tuolloin kirjattu lain tai asetuksen tasolle, jolloin ”harkintavaltaa luovutuskieillon perusteiden määrittelyssä käyttää nykytilanteessa tosiasiaassa SPR:n veripalvelu”, vaikka lainsäädäntövaltaa ei perustuslain mukaan tule osoittaa muille

48 Eduskunnan oikeusasiamies 2008: Miesten välinen seksi on pysyvä este verenluovutukselle (30.6.2008).

49 Lausunnossa kerrotaan oikeusasiamiehen saaneen asiantuntijalausunnot sosiaali- ja terveysministeriöltä, Kansanterveyslaitokselta, Lääkelaitokselta ja Veripalvelulta (Oikeusasiamies 2008, s. 1).

50 Oikeusasiamies 2008, s. 1.

51 Mt, 1.

kuin viranomaisille.⁵² Oikeusasiamiehen esittämä kritiikki johtikin pian muutoksiin ja Veripalvelu asetti luovutuskieltoon homomiesten sijaan seksiä miesten kanssa koskaan harrastaneet miehet. Lisäksi edellä mainittuun Fimean määräykseen lisättiin Veripalvelun käytössä olleet kriteerit verenluovuttamiselle.⁵³

4.3.2. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on käsitellyt homojen verenluovutuskieltoa Euroopan ihmisoikeussopimuksen kannalta kolmessa tapauksessa.⁵⁴ Kaikki tapaukset on nostettu vuonna 1999, ja tapauksissa kantaja on italialainen homoseksuaali, jolta on evätty oikeus luovuttaa verta sukupuolisen suuntautumisen vuoksi.⁵⁵ Päätökset on annettu vuonna 2002 ja ne ovat keskenään lähes identtisiä.

Kantajat syyttävät tapauksissa Italian valtiota Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 ja 14 artiklojen rikkomisesta.⁵⁶ Vastaaja taas esittää, että vaikka homoseksuaalisuus verenluovutuksen esteperusteena voi *prima facie* vaikuttaa syrjivältä, ei tämä kuitenkaan ole sitä, koska kiellon tarkoitus on suojella tulevan verensaajan turvallisuutta. Tuomioistuin tuo esille sen, että kanteet ovat nostettu vuonna 1999, jolloin Italian lainsäädäntö kielsi verenluovutuksen nimenomaan homoseksuaaleilta (niin miehiltä kuin naisilta). Lainsäädäntöä muutettiin vuonna 2001 Euroopan neuvoston suosituksen mukaiseksi ennen tuomioistuimen päätöstä, jolloin kielto ulotettiin koskemaan pelkästään miesten kanssa seksiä harrastaneita miehiä. EIT ei tuomiossaan

52 Mt, 2.

53 Ks. kpl 4.1.

54 Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen päätökset: TOSTO contre l'Italie 2002 (49821/99); CRESCIMONE contre l'Italie 2002 (49824/99); FARANDA contre l'Italie 2002 (51467/99).

55 Vuoteen 2001 asti homoseksuaaliset suhteet olivat Italiassa pysyvä este verenluovutukselle niin miesten kuin naistenkin kohdalla. (TOSTO 2002,2).

56 Euroopan ihmisoikeussopimus, 8 artikla: 1. Jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta. 2. Viranomaiset eivät saa puuttua tämän oikeuden käyttämiseen, paitsi kun laki sen sallii ja se on välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen ja yleisen turvallisuuden tai maan taloudellisen hyvinvoinnin vuoksi, tai epäjärjestyksen tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalin suojaamiseksi, tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi. Artikla 14: Tässä yleissopimuksessa tunnustetuista oikeuksista ja vapauksista nauttiminen taataan ilman minkäänlaista sukupuoleen, rotuun, ihonväriin, kieleen, uskontoon, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää.

juurikaan ota kantaa siihen, tarkoittaako verenluovutuksen kieltäminen miesten kanssa seksiä harrastaneilta miehiltä (tai homoilta) käytännössä homojen syrjimistä, vaan tyytyy vain viittaamaan uuteen muuttuneeseen oikeustilaan, joka ei sananmukaisesti kiellä verenluovutusta seksuaalisen suuntautumisen perusteella. Tuomioistuimien ei myöskään ota kantaa kantajien väitteisiin siitä, kuinka HIV-tartunnat ovat vähentyneet homojen ja lisääntyneet heterojen keskuudessa, vaan ilmaisee, että nykyisen lainsäädännön myötä kantajalla olisi mahdollisuus luovuttaa verta, ja lopulta päättää poistaa valituksen asialistalta EIS:n 37 artiklan⁵⁷ perusteella.⁵⁸

Tapausten merkitystä ennakkotapausten luonteisina päätöksinä on vaikea arvioida, sillä EIT ei antanut tapauksesta varsinaista tuomiota, jossa se olisi ottanut kantaa verenluovutuskiellon syrjivyyteen EIS:n kannalta, vaan tyytyi viittaamaan melko yleisellä tasolla oikeustilan muutokseen ja poistamaan jutun asialistaltaan tällä perusteella. Varovaisena arviona voitaisiin esittää, että EIT ei nähnyt miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskiellon rikkovan ainakaan räikeästi EIS:n turvaamia ihmisoikeuksia, sillä EIS 37 artikla mahdollistaa jutun poiston asialistalta vain, jos ihmisoikeuksien kunnioittaminen ei vaadi käsittelyn jatkamista. Tällaista suhtautumista voidaan kuitenkin kritisoida sen takia, että vaikka lainsäädäntö vaikuttaa teoriassa sallivan verenluovutuksen myös homomiehiltä, rajaa se rajaa kuitenkin käytännössä tämän mahdollisuuden vain sille pienelle joukolle homoja, jotka eivät ole koskaan harrastaneet seksiä miehen kanssa. Tämän vuoksi on kyseenalaista, onko oikeustila todella muuttunut niin ratkaisevasti, ettei tapausta tarvinnut enää lainkaan käsitellä, vai onko syrjintä pyritty vain piilottamaan laajemman käsitteenmäärittelyn taakse.⁵⁹ Tapaukset eivät ole näistä ongelmista huolimatta saaneet juurikaan huomiota akateemisissa keskusteluissa tai mediassa⁶⁰ ja niiden painoarvo on myös

57 Euroopan ihmisoikeussopimus, 37 artikla: 1. Tuomioistuimien voi käsittelyssä missä hyvänsä vaiheessa päättää poistaa valituksen asialistaltaan, mikäli tilanteen perusteella on pääteltävissä, että: a) valituksen tekijä ei aio viedä valitustaan pidemmälle tai b) asia on ratkaistu tai c) jostain muusta tuomioistuimen toteamasta syystä ei ole perusteltua jatkaa valituksen tutkimista. Tuomioistuimien kuitenkin jatkavat valituksen tutkimista, jos yleissopimuksessa ja sen pöytäkirjoissa tunnustettujen ihmisoikeuksien kunnioittaminen sitä vaatii.

58 TOSTO 2002; FARANDA 2002; CRESCIMONE 2002.

59 Lisää aiheesta, ks. kpl 5 Analyysi – luovutuskielto ja yhdenvertaisuus.

60 Tapauksesta ei ole olemassa juurikaan akateemisia tapaustutkimuksia eikä niistä ole laadittu virallisia lehdistötiedotteita. Päätökset ovat myös saatavilla vain ranskankielisinä.

nykyaikana entisestään vähentynyt muun muassa testausteknologian kehityksen vuoksi.⁶¹

5. Analyysi – luovutuskielto perusoikeusnäkökulmasta

Käsittelen tässä kappaleessa luovutuskiellon ongelmallisuutta perusoikeuksien kannalta. Kiinnitän ensimmäiseksi huomiota tilastollisiin ja käsitteellisiin ongelmiin ja pyrin selvittämään, onko luovutuskielto piilotettua syrjintää. Seuraavaksi tarkastelen kriittisesti luovutuskiellon oikeutusta edellisessä kappaleessa esitettyjen perusoikeuksien rajoituskriteerien kannalta.

5.1 Luovutuskielto piilotettuna syrjintänä

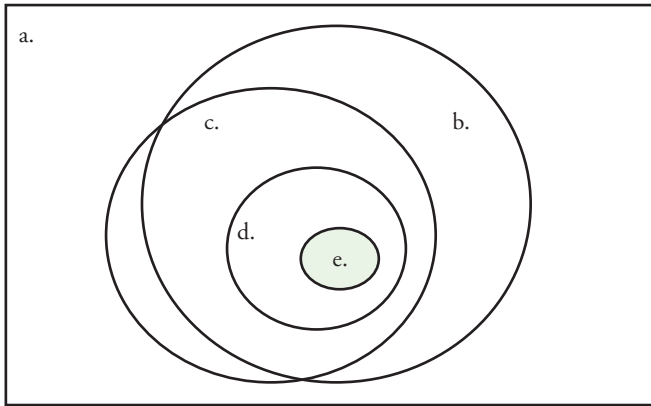
Verenluovutuskieltoa tutkittaessa kiinnitän huomion ensiksi tilastojen ja käsitteiden käyttöön. Tilastoja ja tutkimustietoa homojen seksikäyttäytymisestä ja riskistä saada HIV on olemassa Suomessa todella vähän.⁶² Kansainvälisesti tutkimusta on tehty joissain maissa enemmän, mutta näiden tulosten soveltaminen Suomen oloihin voi olla hankalaa - tosin viitteitä ne varmasti antavat yleisistä trendeistä. Ensimmäinen kritiikin kohde onkin tilastojen ja asiantuntijalausuntojen vaikea saatavuus: esimerkiksi oikeusasiamiehen lausunnossa päätöstä perustellaan oikeusasiamiehen saamalla asiantuntijalausunnoilla, joita on kuitenkin ulkopuolisten hankala saada käsiinsä. Veripalvelu viittaa perusteluissaan verenluovutuskiellolle saatavilla olevaan kansanterveyslaitoksen kartoitukseen miesten välisestä seksistä ja HIV:n esiintyvyydestä sekä terveyden ja hyvinvoinnin laitoksen julkaisemiin tilastoihin, joihin on taulukoitu HIV-tartuntojen toteamiset Suomessa eri vuosina. Käytän tässä kappaleessa erityisesti näitä kahta lähdettä.

Yksi ongelma, joka nousee esiin puhuttaessa homojen tai miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskiellosta, on käsitteiden käyttö. Miehet voidaan jakaa lukuisiin alaryhmiin seksuaalisen käyttäytymisen mukaan, ja näistä ryhmistä eräitä esimerkkejä ovat miehet, jotka ovat joskus harrastaneet seksiä miehen kanssa, homoseksuaalit, seksuaalisesti aktiiviset homoseksuaalit ja ns. seksuaalisesti ”riskikäyttäytyvät” homoseksuaalit.

61 Ks. kpl 5.3.2.

62 KTL 2006, s. 3.

Oheisessa kaaviossa nämä ryhmät on esitetty graafisesti hahmotuksen helpottamiseksi.



Kaavio: Ryhmä a: miehet, b: seksiä joskus miehen kanssa harrastaneet miehet, c: homoseksuaalit d: seksuaalisesti aktiiviset homoseksuaalit, e: ”riskikäyttäytyjät”⁶³ homoseksuaalit.⁶⁴

Tutkimuksissa ja homojen verenluovutuskieltoa koskevissa keskusteluissa tai oikeuskäytännössä näitä ryhmiä ei juurikaan erotella, vaan näiden ryhmien nimityksiä käytetään usein ristiin: perusteluissa puhutaan näennäisen neutraalisti seksiä miesten kanssa harrastaneista miehistä (a), kun tosiasias-
assa halutaan viitata homomiehiin (c), ja näiden verenluovutuskieltoa taas perustellaan tilastotiedoilla, jotka koskevat pääosin seksuaalisesti aktiivisia homomiehiä (d).

Eri käsitteiden määrittelemisen ongelmat näkyvät myös hyvin oikeuskäytännössä ja verenluovutuskiellosta käydyssä keskustelussa. Yksi ongelma käsitteiden määrittelyssä on se, että niin monissa luovutuskiellon perusteluissa viitataan preesens-muodossa miehiin jotka *harrastavat* seksiä miesten kanssa. Esimerkiksi eduskunnan oikeusasiamies toteaa lausunnossa: ”lukuisissa – – tutkimuksissa on todettu, että miehillä, joilla *on* seksiä miesten kanssa, esiintyy ja ilmaantuu muuta väestöä enemmän – – tartuntatauteja” sekä ” miesten välinen seksi edustaa seksuaalikäyttäytymistä, joka *altistaa* vaka-

63 Riskikäyttäytyjillä tarkoitetaan seksuaalisesti HIV-riskin kannalta riskialttiisti käyttäytyviä. Riskialttiiksi käytöksi tämän riskin kannalta voidaan katsoa esimerkiksi suojaamattomat yhdynnät sekä useat kumppanit.

64 Ryhmien koot eivät ole kuvassa merkittävässä suhteessa toisiinsa.

ville infektio tartunnoille”.⁶⁵ Myös veripalvelu perustelee verenluovutuskieltoa sillä, että ”*tuoreen* hiv-tartunnan riski miesten välisessä seksissä on noin 25-kertainen miesten tartuntariskiin heteroseksissä”.⁶⁶ Näistä esimerkeistä on helppo havaita, kuinka luovutuskiellon perustelut koskevat itse asiassa seksuaalisesti aktiivisia homomiehiä (ryhmä d), kun taas verenluovutuskielto koskee kaikkia joskus seksiä miehen kanssa harrastaneita miehiä (ryhmä b). Käytännössä tämä on johtanut absurdiin tilanteeseen, jossa verenluovutus on haluttu kieltää homoilta (ryhmä c), kieltoa perustellaan tiedoilla, jotka perustuvat seksuaalisesti aktiivisten homojen käytökseen (ryhmä d), mutta kielto koskee kaikkia miesten kanssa seksiä koskaan harrastaneita miehiä (ryhmä b).

Luovutuskiellon ongelmallisuutta syrjimättömyysperiaatteen kannalta korostaa myös luovutuskiellon historia, sillä alussa kielto koski nimenomaan homoseksuaaleja. Testimenetelmien kehittyessä kieltoa – ilman suurempaa tutkimusta kiellon todellisista konkreettisista vaikutuksista verivalmisteiden turvallisuuteen – laajennettiin koskemaan kaikkia miesten kanssa seksiä harrastaneita miehiä, koska alkuperäistä, kaikkia homoseksuaaleja koskevaa kieltoa syytettiin syrjiväksi. Kuten edellä esitetystä käsitteiden erittelystä käy ilmi, sen sijaan, että kielto olisi kavennettu koskemaan aidosti vain käytöksen perusteella tutkimusten mukaan korkeampaan HIV riskiin kuuluvaa ryhmää (aktiiviset homomiehet tai ”riskikäyttäytyjät”), kiellon kohdetta päinvastoin laajennettiin koskemaan myös ryhmiä, joiden HIV-riskin suuruudesta ei ole mitään tietoa (ei-seksuaalisesti aktiiviset homot, sekä joskus miesten kanssa seksiä harrastaneet miehet). Luovutuskiellon syrjivää vaikutusta homoseksuaaleja kohtaan on siis ikään kuin yritetty peittää ulottamalla syrjivä vaikutus myös muihin kuin vain homoseksuaaleihin sen sijaan, että syrjintää olisi pyritty aidosti poistamaan kohdentamalla kielto aidosti käytöksen perusteella korkeamman HIV-riskiin kuuluvien ryhmään. Näin selkeästi yhdenvertaisuusperiaatteen vastaiselta näyttävä kielto on saatu sanamuodon tasolla vaikuttamaan syrjimättömältä, tieteelliseltä ja objektiiviselta. On myös tärkeä muistaa, että perustuslaki edellyttää, että perusoikeuksia tulkitaan laajentavasti niin, että myös käytännössä niiden sisältö toteutuu. Toisin sanoen ei riitä, että tapa vain päällisin puolin vaikuttaa

65 Oikeusasiamies 2008, s. 1 (korostukset lisätty).

66 SPR Veripalvelu (2): Miksi miesten välinen seksi estää verenluovutuksen.

syrijmättömältä, jos sen käytännön vaikutus kuitenkin aiheuttaa syrjintää. Näiden kohtien valossa olen tullut siihen johtopäätökseen, että nykyinen miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskielto on tosiasiassa piilotettua syrjintää ja on näin ollen ristiriidassa perusoikeutena tunnetun syrjintäkiellon kanssa.

5.2 Oikeutettu syrjintä?

Kuten edellisessä kappaleessa toin esille, miesten välistä seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskieltoa voidaan pitää peiteltyä seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvana syrjintänä. Tässä kappaleessa siirryn käsittelemään kysymystä siitä, voitaisiinko tällainen syrjintä oikeuttaa perusoikeuksien rajoitusten sallivien rajoitusperiaatteiden täytyessä.

5.2.1 Hyväksyttävä peruste

Kuten aiemmin toin esille, jotta perusoikeuksia voitaisiin rajoittaa, on sekä yleisten että erityisten⁶⁷ rajoitusedellytysten täytyttävä sekä kansallisen lainsäädännön että kansainvälisten sopimusten osalta. Tarkastelen ensimmäiseksi perustuslakiin kirjoitettua vaatimusta hyväksyttävästä syystä: Vaikka syrjintäkielto on eräs keskeisimpiä perusoikeuksista, perustuslaki mahdollistaa kuitenkin ihmisten asettamisen erilaiseen asemaan hyväksyttävän syyn perusteella.⁶⁸ Näihin erilaisiin hyväksyttävyyserusteisiin on myös viitattu oikeuskäytännössä ja verenluovutuskiellon perusteluissa.⁶⁹

Hyväksyttävistä perusteista vahvin lienee vetoaminen luovutetun veren saajien terveyden edistämiseen ja elämän suojeluun, sillä myös oikeus elämään ja terveyden suojelu ovat vahvasti suojattuja perusoikeuksia⁷⁰ Nykyinen luovutuskielto ei kuitenkaan välttämättä johda näiden oikeuksien edistämiseen, vaan se voi jopa heikentää verivalmisteiden turvallisuutta ja vaarantaa niiden riittävän saatavuuden, mikä itsessään loukkaa tätä suojeltavaa oikeutta. Vaikka verenluovutuksen kieltojen perusteluissa painoarvo anne-

67 Kuten PL 6 §:n nimenomainen vaatimus hyväksyttävästä syystä. Rajoitusedellytyksistä ks. kpl. 4.2.

68 Perustuslaki 6 §.

69 Esimerkiksi oikeusasiamies toteaa lausunnossaan, että ”verenluovutuskiellolle on olemassa perustuslaissa tarkoitettu hyväksyttävä peruste” (Oikeusasiamies 2008, s. 1).

70 Mm. KP-sopimus 6. artikla; EIS 2. artikla.

taan nimenomaan riskien minimoinnille, on verenluovutus silti eräänlaista nollasummapeliiä riskien minimoinnin ja luovuttajien määrän maksimoimisen välillä. Vaikka ihmisten terveyden suojeleminen on ensisijainen päämäärä, ei pelkkä sataprosenttinen varmasti puhdas veri auta, mikäli sitä on tarpeeseen nähden liian vähän. Suomessa verivalmisteista on usein pulaa.⁷¹ Toiseksi nykyinen syrjiväksi kritisoitu verenluovutuskäytäntö voi myös todellisuudessa lisätä HIV-positiivisen veren luovutuksen riskiä, sillä luovuttajien kokiessa luovutusrajoitukset syrjiviksi tai ”varotoimenpiteiksi”, he eivät välttämättä noudata niitä niin todennäköisesti kuin kokiessaan rajoitukset mielekkäiksi ja oikeutetuiksi. Esimerkiksi Britanniassa tehty tutkimus osoitti, että myös paikalliset homomiehet olivat luovuttaneet verta, koska he kokivat miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskäytön vailla todellisuuspohjaa olevaksi syrjinnäksi ja eivät uskoneet itse olevansa HIV-positiivisia (mahdollisesta riskikäyttäytymisestäään huolimatta). Haastatteluihin nämä miehet ilmoittivat kuitenkin, että he noudattaisivat syrjivän täyskiellon sijaan perusteltua määräaikaista, aidosti henkilökohtaiseen käytökseen (esimerkiksi uuteen kumppaniin) perustuvaa kieltoa.⁷²

Onkin erittäin kyseenalaista täytyykö esimerkiksi perustuslain rajoitusperusteena oleva vaatimus ”hyväksyttävästä syystä” luovutuskäytön tapauksessa. Ongelmallista tähän perusteeseen vetoamisessa on myös se, etteivät esimerkiksi KP-sopimus tai EIS tunnista muuta poikkeamiseen oikeuttavaa hyväksyttävää perustetta kuin kansallisen hätätilan, joka ei taas näissä olosuhteissa täyty. Lisäksi on huomattava, että vaikka hyväksyttävän syyn edellytyksen katsottaisiinkin täyttyvän, perusoikeuksien rajoittamiselle on oltava perustuslain mukaan muita perusteluja hyväksyttävän syyn lisäksi, koska rajoitusten on oltava välttämättömiä, lakiin perustuvia ja suhteellisuusperiaatteen mukaisia.⁷³ Tarkastelen luovutuskäytön näiden vaatimusten osalta seuraavissa kappaleissa.

71 Helsingin Sanomat: SPR kaipaa lisää säännöllisiä verenluovuttajia. <http://www.hs.fi/kotimaa/SPR+kaipaa+lis%C3%A4%C3%A4s%C3%A4%C3%A4nn%C3%B6llisi%C3%A4+verenluovuttajia/a130556552510>. Vierailupäivä 15.5.2012. Ajantasainen veritilanne on nähtävillä osoitteesta <http://www.veripalvelu.fi/>.

72 SaBTO 2011, s. 50, 51.

73 Perusoikeuksien rajoitusperusteista, ks. kpl. 4.2.

5.2.2 *Lailla säätämisen vaatimus*

Yksi perustuslain ja myös EIS:n vaatima poikkeamisperuste on lailla säätämisen vaatimus. Suomessa verenluovutuksen yleisistä perusteista säädetään veripalvelulaissa, mutta varsinainen miesten välistä seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskielto on nähtävissä vasta Fimean määräyksestä, joka sekkin on kehittynyt SPR:n Veripalvelun käytännön jälkeen. Demokratiaperiaatteen kannalta on arveluttavaa, että tämänkaltainen kielto on kehittynyt lainsäädännön ohjeiden sijaan yksityisoikeudellisen yhteisön – Suomen Punaisen Ristin Veripalvelun – oman käytännön pohjalta, josta se on eduskunnan oikeusasiamiehen huomautuksen jälkeen lisätty Fimean määräykseen.⁷⁴ Kieltoa ei ole kuitenkaan siis vielä kirjattu lain tai asetuksen tasolle. Tämän perusteella vaikuttaa siltä että ainakaan lain hengen mukainen idea siitä, kuinka perusoikeuksien rajoitukset kävisivät läpi lainsäädäntöprosessin (jolloin mm. perustuslakivaliokunnalla on mahdollisuus tarkastella lakia perusoikeusnäkökulmasta) ei nykytilanteessa toteudu.

5.2.3 *Luovutuskielto ja suhteellisuusperiaate*

Kaikista rajoitusperusteista ehkä ongelmallisimmalta vaikuttaa kuitenkin suhteellisuusperiaatteen toteutuminen: Homoilta (ainakin käytännössä) verenluovutuksen estävä kielto on voinut olla perusteltavissa suhteellisuusperiaatteen kannalta HIV:n leviämisen alkuaikoina, jolloin tieteellistä tapaa testata veri infektion varalta ei ollut vielä kehitetty.⁷⁵ Tällä hetkellä tiedossa on kuitenkin useita tapoja, joilla HIV-infektion leviämistä verenluovutuksen välityksellä voidaan tehokkaasti ehkäistä yhdenvertaisuusperiaatetta loukkaamatta – tai ainakin loukaten sitä vähemmän. Käsittelen seuraavaksi kahta tällaista tapaa: kiellon kohdistamista todellisiin riskikäyttäytyjiin sekä teknologisia keinoja testata veri tartunnan varalta.

Ensinnäkin riskiä sille, että verenluovuttaja on HIV-positiivinen, voidaan laskea huomattavasti kohdistamalla verenluovutuksen estävät kiellot tarkoin juuri suurimpaan riskiryhmään. Palatkaamme tämän vuoksi vielä hieman edelliseen kappaleeseen ja sen eri seksuaalisia käyttäytymismalleja erittelevään taulukkokuvaan. Kritisoin jo edellisessä kappaleessa sitä, kuinka

⁷⁴ Ks kpl 4.3.

⁷⁵ Ks. kpl. 3.

miesten välinen seksi aiheuttaa aina pysyvän verenluovutuskiekkon, vaikka tilastotietoa ei ole juurikaan saatavilla siitä, kuinka suuri ei-seksuaalisesti aktiivisista, joskus seksiä miehen kanssa harrastaneista miehistä tai homoista on todennäköisesti HIV-viruksen kantaja. Toinen tilastoista esiin nouseva kritiikin kohde on se, että vaikka tutkimusta on tehty jonkin verran seksuaalisesti aktiivisista homomiehistä, ei tämän ryhmän sisäisiä eroja haluta ottaa verenluovutuskiekkossa huomioon.

Useissa tutkimuksissa niin Suomessa kuin ulkomailla on huomattu seksuaalisesti aktiivisten homomiesten ryhmän suuri sisäinen eroavuus: esimerkiksi veripalvelun itse perusteissaan käyttämässä KTL:n tutkimuksessa on selkeästi mainittu, että vaikka HIV -tartuntojen määrä on seksuaalisesti aktiivisten homo (ja bi-)seksuaalisten miesten keskuudessa korkeampi kuin keskimääräisväestössä, ”[v]altaosa [tutkimukseen osallistuneesta] ryhmästä huolehtii turvaseksistä kiitettävällä tavalla, ja suuri osa elää vakituisessa parisuhteessa. Näiden kohdalla hiv-tartunnan riski on matala.”⁷⁶ Britanniassa vuonna 2011 julkaistussa tutkimuksessa verenluovuttajien valinnan kriteereistä on myös todettu, kuinka vuonna 2000 11 161 tutkimukseen osallistuneesta henkilöstä 5,4 % miehistä oli joskus harrastanut seksiä miehen kanssa, ja näistä lähes puolet (44,7 %) oli harrastanut seksiä vain yhden kumppanin kanssa. Tästä ryhmästä taas 52,6 % ei ollut harrastanut seksiä miehen kanssa viimeisen 5 vuoden aikana. Lisäksi 40,1 % miehen kanssa seksiä viimeisten vuoden aikana harrastaneista oli ollut tuona aikana vain yksi kumppani.⁷⁷

Vaikka suoria yleistyksiä ei kotimaisen laajamittaisen tutkimusaineistoin puuttuessa voida tehdä, antavat edellä esitetyt tutkimukset kuitenkin vahvoja viitteitä siitä, että homomiesten sekä seksiä joskus harrastaneiden miesten seksikäyttytymisessä (ja samalla HIV-riskissä) on ryhmän sisällä suuria eroavaisuuksia. Huomattava osa tähän ryhmään kuuluvista elää vakituisissa parisuhteissa, harrastaa seksiä vain harvojen kumppaneiden kanssa (tai on saattanut lopettaa miesten kanssa seksin harrastamisen jo pitkän aikaa sitten) ja huolehtii turvaseksistä. Koska HIV-tartunnan riskiä nostavat sekä suojaamaton seksi että useat partnerit, on näiden henkilöiden riski olla

⁷⁶ KTL 2006, s. 2.

⁷⁷ SaBTO 2011, s. 29.

HIV:n kantajia tai saada tartunta seksin välityksellä matala. Toisaalta tähän ryhmään kuuluu myös miehiä, joiden seksikäyttäytyminen on muun muassa HIV -tartunnan kannalta riskialtista, sillä tartunnan todennäköisyyttä lisäävät suojaamaton anaalivydyntä ja useat vaihtuvat partnerit.⁷⁸ Suhteellisuusperiaatteen kannalta olisikin tärkeää kohdistaa mahdolliset luovutusrajoitukset juuri tähän kaikkein riskiläisimpään ryhmään, esimerkiksi kieltämällä verenluovutus esimerkiksi määräajaksi niiltä, joilla on useita miespuolisia seksikumppaneita tai jotka harrastavat usein suojaamatonta seksiä miesten kanssa.⁷⁹

Suhteellisuusperiaatteen kannalta koko riskiryhmiin perustuva verenluovutuskielto voidaan kyseenalaistaa myös teknologian kehityksen vuoksi. Kuten olen jo aiemmin tuonut esille, ennen tehokkaita HIV:n testausmenetelmiä seksuaaliseen suuntautumiseen perustuva luovutuskielto saattoi olla perusteltavissa. Nykyään kaikki luovutettava veri on kuitenkin aina testattava muun muassa HIV:n varalta. Testit ovat todella luotettavia: käytännössä HIV-infektio ei näy testissä ainoastaan, mikäli näyte on annettu niin sanotun ikkuna-ajan (window period) aikana. Tällöin infektio on vielä niin tuore, ettei sitä voida havaita.⁸⁰ Muun muassa veripalvelun sekä oikeusasiamiehen perusteluissa on viitattu tähän ajanjaksoon perusteena miesten välisen seksin aiheuttamalle luovutuskiehellolle.⁸¹ Näissä perusteluissa ei kuitenkaan mainita on sitä, että tämänhetkisellä testausteknologialla kyseinen ikkuna-aika on noin 9–15 vuorokautta.⁸² Olipa luovuttajan todennäköisyys olla HIV:n kantaja kuinka korkea tahansa, testi pystyy siis kertomaan käytännössä varmasti, onko henkilöllä HIV-tartuntaa, mikäli tartunnasta on kulu-
nut yli 15 vuorokautta.⁸³ Sekä teknologian kehityksen, että riskiryhmän paremmat rajaamismahdollisuudet huomioon ottaen vaikuttaa siis siltä, että

78 KTL 2006, s. 1.

79 Ks. kpl 7.

80 Wainberg et al. 2010, s. 1322; SaBTO 2011, s. 35.

81 Oikeusasiamies 2008, 1: ”ongelmana on erityisesti se, että hyvin tuoreita infektio-
tartuntoja ei ole mahdollista todeta laboratoriotutkimuksilla.”; Veripalvelu -nettisivusto:
”Verenluovuttajien valinnalla on edelleen tärkeä merkitys, koska herkinäkään testi ei
tunnista aivan tuoreita tartuntoja”.

82 SaBTO 2011, s. 235, 36; Wainberg et al. 2010, s.1322.

83 Ks. esim. SaBTO 2011, s. 37: riskiarviossa, jossa on otettu huomioon ikkuna-ajan ai-
kana tehdyt luovutukset sekä myös inhimilliset virheet (kuten verivalmisteiden väärin
merkitseminen), Britanniassa 2,5 miljoona luovutusta kohden HIV-positiivisia verival-
misteita pääsisi jakeluun yksi kappale kerran kahdessa vuodessa. Suurin riskitekijä ovat
juuri ikkuna-aikana tehdyt luovutukset.

HIV-riskin rajoittaminen verenluovutuksen yhteydessä olisi selkeästi mahdollista (ja luultavasti myös tehokkaampaa) käyttäen muita keinoja, jotka puuttuvat yksilön perusoikeuksiin vähemmän.⁸⁴

5.3 Johtopäätökset: luovutuskielto syrjimättömyysperiaatteen loukkauksena

Olen tässä kappaleessa käsitellyt miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten pysyvää verenluovutuskieltoa syrjimättömyysperiaatteen kannalta ja tullut siihen tulokseen, että kielto on tosiasiaa piilotettua syrjintää sukupuolisen suuntautumisen perusteella ja näin ristiriidassa muun muassa perustuslain takaaman yhdenvertaisuusperiaatteen kanssa. Mielestäni tätä perusoikeuden loukkausta ei voida oikeuttaa, sillä tämän oikeuden rajoituksella ei ole hyväksyttävää perustetta, sitä ei ole kirjoitettu lakiin, eikä se myöskään ole suhteellisuusperiaatteen mukainen. Pelkästään luovuttajien mahdollisesti korkeampaan HIV-riskiin vetoaminen ei siis oikeuta pysyvän kiellon asettamista kaikille miehille, jotka ovat joskus harrastaneet seksiä miehen kanssa, sillä kehittyneet testimenetelmät ja kiellon rajaaminen koskemaan todellisesti korkeamman HIV-riskin omaavien ryhmässä olevia ihmisiä mahdollistavat luovutetun veren HIV-positiivisuusriskin minimoimisen keinoin, jotka eivät olisi syrjiviä. Nykyinen käytäntö voi sen sijaan jopa lisätä riskiä HIV-positiivisen veren joutumisesta vastaanottajalle, koska se voi madaltaa halua noudattaa myös muita luovutusrajoituksia. Testien luotettavuudesta ja riskiarvion tarpeellisuudesta yleisestikin kertoo paljon myös se, että seksi HIV-positiiviseksi todetun henkilön kanssa aiheuttaa luovutuskiellon vain neljäksi kuukaudeksi⁸⁵, kun taas miesten välinen seksi osapuolten HIV-positiivisuudesta riippumatta aiheuttaa aina pysyvän luovutuskiellon. Onkin vaikeaa kuvitella, miksi edes ”riskikäyttäytyvät” homoseksuaalit tulisi asettaa neljää kuukautta pidempään luovutuskieltoon heidän korkeamman HIV-riskinsä takia – kaikista miehen kanssa koskaan seksiä harrastaneista puhumattakaan. Kaiken edellä esitetyn perusteella mielestäni koko miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten luovutuskielto tulisi poistaa, tai vähintään muuttaa määräaikaiseksi (esimerkiksi 4 kuukautta), ja kohdistaa suurimmas-

84 Esimerksi aiemmin esitetty keino rajata luovutuskiellon piiriä koskemaan seksuaalisesti ”riskikäyttäytyviä” (kuten suojaamatonta seksiä useiden kumppaneiden kanssa harrastavia) kumppanin sukupuolesta riippumatta.

85 SPR Veripalvelu 2012 (1): seksi ja sukupuolitaudit.

sa HIV-riskissä oleviin (esimerkiksi suojaamatonta seksiä useiden kumppanien kanssa harrastavat).

6. Luovutuskielto ja biovalta

Olen aiemmissa jaksoissa kritisoinut miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskieltoa yhdenvertaisuusperiaatteen vastaiseksi. Tässä kappaleessa pyrin vastaamaan kysymykseen, miksi tämänkaltainen kielto on silti yhä voimassa. Tarjoan yhden mahdollisen vastauksen tähän kysymykseen tarkastelemalla sitä yhteiskuntateoreettisesti Foucault'n biovallan käsitteen kautta.

6.1. Biovalta ja homot

Kuten tämän artikkelin alussa toin esille, biovallalla tarkoitetaan vallankäytön keinoa, jolla ihmisiä pyritään hallitsemaan ja samaan heidät sisäistämään annetut normit käyttämällä hyväksi tieteellistä argumentointia ja diskurssia. Vallan käyttö ikään kuin naamioidaan tässä prosessissa ”objektiivisen” tieteellisen tiedon taakse, ja sen noudattamista perustellaan mm. yhteisön tai yksilöiden omalla hyvinvoinnilla.⁸⁶

Aloitin tarkastelun arvioimalla biovallan suhdetta homoihin. Kuten jo aiemmassa kappaleessa toin esille, biovalta pyrkii tekemään yhteiskunnan biologisesta säilymisestä poliittisen kysymyksen. Lisäksi biovalta pyrkii saamaan yhteiskunnan jäsenet sisäistämään annetut yhteiset normit omiksi sisäisiksi normeikseen.⁸⁷ Homoseksuaalien voidaan katsoa näyttäytyvän tältä kannalta katsottuna uhkana: homoseksuaalit eivät ensinnäkään pysty lisääntymään keskenään, joten he uhkaavat yhteiskunnan biologista jatkuvuutta ja tuottavuutta. Toisaalta homot myös haastavat yhteiskunnan yleisesti hyväksytyt normit muun muassa parisuhteesta, perheestä ja avioliitosta. Koska vallankäyttäjien intressissä on pyrkiä poistamaan tai eristämään yhteiskunnasta yhteiskunnallisina anomaliaina näyttäytyvät yksilöt, voidaan homojen syrjintä nähdä tässä tapauksessa vallankäyttäjien intressien mukaisena.

86 Ks. kpl. 2.

87 Ks. kpl. 2.

6.2. Diskurssi vallankäytön välineenä

Yritys legitimoida biovallan avulla homojen oikeuksien kaventaminen voidaan nähdä aiheesta käydyissä diskursseissa, sillä homojen luovutuskiellon syrjivyyttä pyritään perustelemaan ”objektiivisilla” tilastoilla ja vetoamalla ”asiantuntijoiden” mielipiteisiin sekä erilaisiin tutkimuksiin, joita käytetään valikoiden tukemaan haluttua päätelmää.

Tieteellisen tiedon lisäksi syrjintää pyritään oikeuttamaan myös vetoamalla ihmisoikeusdiskurssiin eli verenluovutuskieltoa perustellaan vetoamalla erityisesti verensaajien oikeuteen saada puhdasta verta. Tämä ja samanaikainen kansanterveyden suojeleminen nostetaan ylimmäksi suojeltavaksi hyväksi, jota uhkaavat homojen oikeudet tasa-arvoiseen kohteluun.⁸⁸ Mielenkiintoista tässä on se, kuinka kiellon kannattajissa keskitytään nostamaan esille veren *puhtaus* sen sijaan että huomioon otettaisiin myös verensaajien oikeus saada *riittävä määrä* verta, jota epätasa-arvoinen verenluovutuskielto uhkaa pienentämällä potentiaalisten luovuttajien määrää. Lisäksi, kuten jo aiemmin toin esille, nykyinen luovutuskielto voi myös vaarantaa itse veren puhtauden. Tätä diskurssia vahvistaa vielä se, kuinka luovutuskiellon perusteissa vedotaan näennäisesti homojen ”riskikäyttäytymiseen”, eikä seksuaaliseen suuntautumiseen – miesten kanssa seksiä harrastaneet miehet ovat ikään kuin omilla tahallisilla teoillaan vaarantaneet terveytensä ja heidän yhdenvertainen kohtelunsa saattaisi myös kaikki muut yhteiskunnan jäsenet vaaraan. Näin homot joutuvat ikään kuin kahtaalta tulevan alistavan diskurssin kohteeksi: homot halutaan sulkea pois heidän homoutensa perusteella⁸⁹ ja tätä perustellaan heidän tietoisesti valitulla käyttäytymisellään.

Tämä näkyy hyvin myös siinä, kuinka homojen ja seksiä joskus miehen kanssa harrastaneiden miesten ryhmien sisäisiä ryhmiä, joilla on erilainen seksikäyttäytyminen, ei haluta erotella. Lopputuloksena joudutaan ikään kuin kehäpäätelmään, jossa riippumatta yksilön omasta henkilökohtaisesta käytöksestä, seksiä miehen kanssa harrastanut mies ensin niputetaan korke-

88 Esimerkiksi eduskunnan oikeusasiamies ja SRP vetoavat kansanterveyden suojeleluun perustellessaan luovutuskieltoa.

89 Kuten toin aiemmassa kappaleessa esille, homot ryhmänä ovat verenluovutuskiellon ensisijainen kohde, joihin kohdistuvaa syrjintää on pyritään naamioimaan ulottamalla kielto myös muihin ryhmiin.

an HIV-riskin ”riskikäyttäytyjien” kanssa samaan ryhmään, ja tämän jälkeen hänen asettamistaan eriarvoiseen asemaan voidaan perustella hänen omalla riskikäyttäytymisellään. Ihmisiä siis siirretään diskurssin avulla hänen heteronormin vastaisen käyttäytymisensä takia ”turvallisen seksuaalikäyttäytymisen ja matalan HIV-riskin” ryhmästä ”moitittavan seksuaalikäyttäytymisensä takia korkean HIV-riskin” ryhmään. Normista poikkeava käytös (miesten välinen seksi) siis ikään kuin ”merkitsee” ihmisen diskursiivisella tasolla ja tämä merkintä toimii puolestaan oikeutuksena eriarvoiselle kohTELulle ja oikeuksien loukkaamiselle. Tämä tuo mielestäni esiin hyvin biovallan ja diskurssin merkityksellisen yhteyden: diskurssi merkitsee ihmiset, joihin biovalta ”tarttuu” ja mahdollistaa tieteellisiin keinojen avulla näiden ihmisten alistamisen vallankäytön normeihin.

7. Yhteenveto

Olen tässä artikkelissa tarkastellut miesten välistä seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskieltoa oikeudellisesta ja yhteiskunnallisesta näkökulmasta. Oikeudelliselta kanalta olen analysoinut kieltoa etupäässä Suomen perustuslain, mutta myös EU-oikeuden ja kansainvälisten sopimusten valossa ja päätyntä pitämään luovutuskieltoa piilotettuna syrjintänä sukupuolisen suuntautumisen perusteella, eikä sitä voida oikeuttaa, sillä perusoikeuksien rajoittamiseen oikeuttavat rajoitusperiaatteet eivät tapauksessa täyty. Yhteiskunnallisten teorioiden kannalta tarkastelin asiaa biovallan avulla ja tutkin sitä, kuinka terveyteen vetoavalla tieteellisellä diskurssilla on tässä tapauksessa ollut mahdollista syrjiä yhteiskunnan normit haastavia yksilöitä (homoseksuaaleja) ja vaikuttaa käsityksiin homojen käyttäytymisestä ja yhteiskunnallisesta asemasta. Tässä kappaleessa käsittelem lopuksi hieman verenluovutuskiellon mahdollisia vaikutuksia sekä tulevaisuuden näkymiä.

Syrjivän luovutuskiellon poistolla voi olla monia positiivisia vaikutuksia: Verenluovutuskiellon poistaminen auttaisi turvaamaan riittävän ja turvallisen veren saannin, sillä se laajentaisi mahdollisten luovuttajien joukkoa ja auttaisi näin takaamaan riittävän luovutetun veren saannin. Verenluovuttajien määrä voisi lisääntyä myös tähän ryhmään kuulumattomien keskuudessa, sillä muutos voisi parantaa veripalvelun imagoa, jolloin sitä ei enää syytettäisi syrjinnästä tai homovastaisuudesta. Myös luovutetun veren riskit

on mahdollista pitää alhaalla kieltoa muuttamalla. Vaikka riski siitä, että HIV -positiivista verta joutuisi vastaanottajille on jo nyt kehittyneiden testien vuoksi todella pieni, voitaisiin riskiä vieläkin pienentää kohdentamalla kiello todellisiin riskikäyttäytyjiin sekä niin sanottuna ikkuna-ajan aikana seksiä harrastaneisiin. Kuten jo aiemmin esitin, voi tämä myös itsessään lisätä verivalmisteiden turvallisuutta. Kiellon poistolla olisi myös positiivisia yhteiskunnallisia vaikutuksia homo- ja bi-miesten oikeuksiin, sillä se lähettäisi positiivisen signaalin poliittisesta tahdosta edistää yhdenvertaisuutta seksuaalisesta suuntautumisesta riippumatta. Kiellon poisto voisi myös vaikuttaa positiivisesti muun muassa turvaseksin tärkeyden korostamiseen, sillä se edustaisi ajatusta, jonka mukaan esimerkiksi HIV-tartunnoilta voi suojautua tehokkaasti myös homoseksuaalisissa suhteissa.⁹⁰

Vaikka luovutuskieltoja on ollut vuosikymmeniä voimassa monissa länsimaissa, on jotain toiveita mahdollisista muutoksista kuitenkin ilmassa. Miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskiellot kohtaavat nykyajan ihmis- ja perusoikeuspainotteisissa diskursseissa yhä enemmän vastarintaa. Vaikka monin paikoin kritiikkiä ei ole otettu huomioon, on myös muutoksia nähty: askel perusoikeusmyönteisempään suuntaan tapahtui vuoden 2011 elokuussa, kun Euroopan komissio vastauksessaan erään EU-parlamentaarikon kysymykseen miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskiellosta muistutti jäsenmaita siitä, että EU:n verenluovutusdirektiivin mainitsema seksuaalinen käyttäytyminen on käsitteenä erotettava seksuaalisesta suuntautumisesta. Samalla komissio muistutti jäsenmaita myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan ja erityisesti sen 21 artiklan syrjintäkiellon velvoittavuudesta.⁹¹ Tämä aiheutti muutoksen Britanniassa, missä vuoden 2011 syksyllä – kattavan seksuaalista käyttäytymistä koskevien verenluovutuskriteerejä koskevan selvityksen julkaisun jälkeen – seksiä miesten kanssa harrastaneiden miesten luovutuskielto muutettiin 12 kuukauden väliaikaiseksi kielloksi viimeisimmästä seksikontaktista.⁹² Lisäksi komissio on asettanut työryhmän selvittämään eurooppalaisia verenluovutuskäytäntöjä ja niiden mahdollista muuttamista muun muassa miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskiellon osalta⁹³, joten on mahdollista että kieltoa tullaan arvioimaan uudelleen muuallakin Euroopassa.

90 SaBTO 2011, s. 43.

91 Euroopan komissio: Vastaus parlamentaarikon kysymykseen, 2011.

92 Give blood - England and North Wales -nettisivusto.

93 SPR Veripalvelu (2): Miksi miesten välinen seksi estää verenluovuttamisen?

Lähteet

Elektroniset lähteet

Terveyskirjasto: HIV-tartunta – nettisivusto, http://www.terveyskirjasto.fi/terveyskirjasto/tk.koti?p_artikkeli=tes00009, vierailupäivä 16.5.2012.

Give blood England and North Wales- nettisivusto: Why men who have sex with men are deferred from blood donation for 12 months, <http://www.blood.co.uk/can-i-give-blood/exclusion/>, vierailupäivä 16.5.2012.

Ojanen & Scheinin 2011: Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltä PL 6 §, teoksessa Hallberg et al 2011: Perusoikeudet kpl. III 2. Syrjinnän kieltä PL 6§, <http://onlinepalvelu.sanomapro.fi/libproxy.helsinki.fi/?prevpos=pe111.9484&page=selain&ts=jo&pos=pe111.9880&offset=0.0>, vierailupäivä 1.10.2012.

Suomen Punainen Risti (SPR) Veripalvelu (1) : Seksi ja sukupuolitaudit, <http://www.veripalvelu.fi/www/1033>. vierailupäivä 15.5.2012.

Suomen Punainen Risti (SPR) Veripalvelu (2): Miksi miesten välinen seksi estää verenluovutuksen, <http://www.veripalvelu.fi/www/2051>. vierailupäivä 1.5.2012.

Viljanen 2011: Perusoikeuksien rajoittaminen, teoksessa Hallberg et al 2011: Perusoikeudet, kpl. II 3. Perusoikeuksien rajoittaminen, <http://onlinepalvelu.sanomapro.fi/libproxy.helsinki.fi/?prevpos=pe111.9484&page=selain&ts=jo&pos=pe111.9880&offset=0.0>, vierailupäivä 1.10.2012.

Kirjalliset lähteet

Advisory Committee on the Safety of Blood, Tissue and Organs (SaBTO) 2011: Donor Selection Criteria Review (April 2011).

Foucault 1978 a: The history of sexuality. An introduction. Volume 1. New York: Vintage Books. Teoksessa *Hänninen & Karjalainen 1997*: Biovallon kysymyksiä, kirjoituksia köyhyyden ja sosiaalisten uhkien hallinnoimisesta. Gaudeamus, Tampere.

Foucault 1978 b: Precitazioni sul potere. Risposta ad alcuni critici. P. Paquinon tekemä haastattelu. Aut aut 167–168. Teoksessa *Hänninen & Karjalainen 1997*: Biovallon kysymyksiä, kirjoituksia köyhyyden ja sosiaalisten uhkien hallinnoimisesta. Gaudeamus, Tampere.

Foucault 1975: Surveiller et punir, naissance de la prison. Paris, Gallimard.

Foucault 1976: *The History of Sexuality, vol. 1. London, Penguin*. Teoksessa *Munro 2003*: On power and domination, Feminish and the final Foucault. European journal of political theory, 2:79.

Foucault, 1994, lainattu teoksessa T. Kelly 1994: Critique and Power: Recasting the Foucault/Habermas Debate, s. 31. Cambridge, MA, MIT Press.

Foucault, 1990: The history of sexuality, Volume 1. New York: Vintage Books.

Gledhill 2005: The Power Of Ethnic Nationalism: Foucault 'S Bio-Power and the Development of Ethnic Nationalism in Eastern Europe. Julkaistu: National Identities vol. 7 No.4., 12/2005, 347–368.

Hänninen & Karjalainen 1997: Biovallan kysymyksiä, kirjoituksia köyhyyden ja sosiaalisten uhkien hallinnoimisesta. Gaudeamus, Tampere.

Keogh 2008: How to be a healthy homosexual: HIV health promotion and the social regulation of gay men in the United Kingdom. Journal of Homosexuality, 55:4, 581–605.

Munro 2003: On power and domination, Feminish and the final Foucault. European journal of political theory, 2:79.

Wainberg, Shouldiner, Dahl & Gilmore 2010: Reconsidering the lifetime deferral of blood donation by men who have sex with men. Julkaistu: CMAJ (Canadian Medical Association or it's licensors) 7.9.2011, 182(12). 1321–1324.

Lait ja viranomaislähteet

Kotimaiset

Eduskunnan oikeusasiamies 2008: Miesten välinen seksi on pysyvä este verenluovutukselle. 30.6.2008.

Lääkelaitos (Fimea) 2008: Veren ja sen osien tekniset laatu- ja turvallisuusvaatimukset. Määräys 1/2008 (LL Dnro 7097/0.6.1./2008. 31.12.2008.

Kansanterveyslaitos 2006: Miesten väliseen seksiin liittyvä kyselytutkimus ja hiv-esiintyvyyss-kartoitus. 20.6.2006.

Terveyden ja Hyvinvoinnin laitos, 2012: HIV Suomessa - HIV i Finland.

Ulkomaiset

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin, CRESCIMONE 2002: Cour Européenne des droits de l'homme quatrième section decision finale sur la recevabilité de la requête n.49824/99 présentée par Rosaria Crescimone contre l'Italie.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin FARANDA 2002: Cour Européenne des droits de l'homme quatrième section decision finale sur la recevabilité de la requête n.49824/99 présentée par Guglielmo Faranda contre l'Italie.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin TOSTO 2002: Cour Européenne des droits de l'homme quatrième section decision finale sur la recevabilité de la requête n.49824/99 présentée par Francesco Tosto contre l'Italie.

Euroopan komission direktiivi 2004: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2002/98/EY täytäntöönpanosta veren ja sen komponenttien tiettyjen teknisten vaatimusten osalta.

Euroopan komissio 2011: Vastaus EU-parlamentaarikon kysymyksiin 17.4.2011. E-006484/2011.

Euroopan neuvosto 1998: Neuvoston suositus veren ja veriplasman luovuttajien soveltuvuudesta sekä luovutetun veren seulonnasta Euroopan yhteisössä (98/463/EY, EYVL L 203, 21.7.1998).