

Virtuaalse isiku kujutamise probleemid karistusseadustiku § 178 kontekstis

Eesti karistusseadustik¹ näeb ette karistuse nooremalt kui 18-aastast isikut pornograafilises või nooremalt kui 14-aastast isikut pornograafilises või erootilises situatsioonis kujutava pildi, kirjutise või muu teose või selle reproduktsiooni valmistamise, omandamise või hoidmise, teisele isikule üleandmise, näitamise või muul viisil kättesaadavaks tegemise eest (KarS § 178). Lapsporno valmistamine ja selle võimaldamine on karistatava teona sätestatud juba karistusseadustiku vastuvõtmisest alates. Küll aga oli siis karistatav vaid nooremalt kui 14-aastast isikut pornograafilises või erootilises situatsioonis kujutava materjali valmistamine ja võimaldamine. Alates 14. juunist 2006 on karistatav ka nooremalt kui 18-aastast isikut pornograafilises situatsioonis kujutava materjali valmistamine ja võimaldamine. Ajaliselt viimane muudatus kõnealusesse paragrahvi tehti 23. detsembril 2013 jõustunud seadusega, millega viidi mitmed seadused kooskõlla Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiviga 2011/93/EL², mis käsitleb laste seksuaalse kuritarvitamise ja ärakasutamise ning lasteporno vastast võitlust (edaspidi laste seksuaalse väärkohtlemise vastane direktiiv).³ Eesti seaduses on seega olnud nimetatud säte karistusseadustiku kehtivusaja jooksul sisuliselt muutumatu. Samal ajal on aga nii Euroopas kui ka Ameerikas lapspornograafia süüdistustega järjest enam koosseisulistele elementidele ning neis tõusvatele vaidlustele tähelepanu pööratud. Erilisi probleeme tekitab asjaolu, et seda kuritegu on võimalik kas täiel määral, suures osas või väiksemas osas toime panna infotehnoloogiavahendeid kasutades. Seetõttu on näiteks Eesti kontekstis olulised küsimused, mis on tahtlik hoidmine – kas Internetis keelatud sisuga pildi vaatamine, millest tekib automaatselt koopia ka vaataja andmekandjale, on tahtlik hoidmine; mis on levitamine – kas failivahetusprogrammi automaatselt avalikuna loodud kaustas faili hoidmine on tahtlik levitamine või mitte. Kas tahtluse hindamiseks on vaja iga kord teha kindlaks ka kahtlustatava isiku teadmised infotehnoloogiast? Jne.

Käesolevas artiklis aga keskendutakse virtuaalsest lapspornograafiast tõusvatele küsimustele. Peamine küsimus tõuseb õigushüvest ja sellest, kas sellisel kujul kõnealune säte ka õigushüve kaitse eesmärki täidab. Käesolevat artiklit motiveeris autorit kirjutama küsimus, kas KarS § 178 sõnastus pole lubamatult lai, võimaldades riigi karistusvõimu kohaldada sellistes olukordades, kus see läheb vastuollu õiguse üldpõhimõtetega, eelkõige aga karistusõiguse *ultima ratio* põhimõttega.

1. Lapspornograafia mõiste

Lapspornograafia ühtset mõistet on väga keeruline leida. Riigid defineerivad seda erinevalt ning näiteks USA-s võib definitsioon osariigiti erineda. Käesolevas artiklis lähtutakse lapspornograafia mõistest, nagu ta on esitatud karistusseadustikus. Karistusseadustikus sätestatud kuriteokoosseisu kohta on selgitus antud ka viimases karistusseadustiku muutmise

¹ RT I 2001, 61, 364; RT I, 26.02.2014, 6.

² Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2011/93/EL, 13. detsember 2011, mis käsitleb laste seksuaalse kuritarvitamise ja ärakasutamise ning lasteporno vastast võitlust ja mis asendab nõukogu raamotsuse 2004/68/JSK. – ELT L 335, 17.12.2011, lk 7. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:335:0001:0014:ET:PDF> (16.06.2014)

³ Karistusseadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus 469 SE ja seletuskiri, lk 1. Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/?op=ems&page=eelnou&eid=a8261a8f-3708-45bf-bafc-2234bbbf3aa2&> (16.06.2014).

eelnõu seletuskirjas. Seletuskirjas pakutud tõlgendus tuleneb otseselt Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2011/93/EL artiklist 2, kus on defineeritud lapsporno. Selle artikli kohaselt on „,lasteporno“:

- i) materjal, milles visuaalselt kujutatakse last, kes on kaasatud tegelikku või jälgendatud ühemõtteliselt seksuaalsesse tegevusse;
- ii) lapse suguelundite kujutamine eelkõige seksuaalsel eesmärgil;
- iii) materjal, milles visuaalselt kujutatakse lapsena näivat isikut, kes on kaasatud tegelikku või jälgendatud ühemõtteliselt seksuaalsesse tegevusse, või lapsena näiva isiku suguelundite kujutamine eelkõige seksuaalsel eesmärgil, või
- iv) realistlik kujutis lapsest, kes on kaasatud ühemõtteliselt seksuaalsesse tegevusse, või lapse suguelundite realistlik kujutamine eelkõige seksuaalsel eesmärgil.⁴

KarS §-s 178 kirjeldatud kuriteokoosseisu täpsustused, mis viimati seadusesse tehti, ei ole käesoleva artikli eesmärgist lähtuvalt olulised. Küll aga on oluline seadusandja tahte selge väljendus seletuskirja täiendava selgituse näol. Nimelt käsitleti 11. novembri 2013. a õiguskomisjoni istungil ka kõnealuse eelnõu § 1 punkti 16 (KarS § 178 muudatus) ning lisati seletuskirja täiendav selgitus KarS § 178 kohaldamise kohta: „Kuigi see on nii ka kehtiva õiguse kohaselt, on siinkohal oluline rõhutada, et noorem kui kaheksateistaastast isikut pornograafilises või noorem kui neljateistaastast isikut pornograafilises või erootilises situatsioonis kujutav pilt või muu teos või selle reproduktsioon ei pea kujutama reaalselt eksisteerivat last, vaid võib hõlmata ka kujutisi lapsest, kes on kaasatud, või on kujutatud kaasatuna, ühemõtteliselt seksuaalsesse tegevusse seksuaalsel eesmärgil. Näiteks laps, keda on (joonistatuna) kujutatud kaasatuna vägistamist kajastavas joonisfilmis. Samuti ei pea lapse suguelundeid kujutavad teosed kujutama reaalselt eksisteeriva lapse suguelundeid, kui selliseid teoseid toodetakse või kasutatakse eelkõige seksuaalsel eesmärgil.“⁵

Nii on ka direktiivi sissejuhatavas osas sätestatud, et „[l]asteporno, mis tähendab laste seksuaalset kuritarvitamist kujutavat visuaalset materjali, on teatava sisuga materjal, mida ei saa pidada arvamuse avaldamiseks. Lasteporno vastu võitlemiseks on vaja vähendada lapse seksuaalset kuritarvitamist kujutava materjali levikut, muutes õigusrikkujate jaoks sellise sisuga materjali üleslaadimise veebi senisest keerulisemaks. Seega on vaja võtta meetmeid, et eemaldada asjaomase sisuga materjal ja pidada kinni isikud, kes on süüdi laste seksuaalset kuritarvitamist kujutava visuaalse materjali levitamises või allalaadimises“⁶. Ehk siis tegelikkuses on ilmselgelt üritatud kehtestada olukorda, kus lapsporno puhul ei oleks süüdistataval/kahtlustataval võimalik kaitseversioonina kasutada õigustusena põhiseaduse §-s 45 sätestatud väljendusvabadust.

Direktiivi mõttes on seega lapspornona käsitatav materjal, milles visuaalselt kujutatakse lapsena näivat isikut, kes on kaasatud tegelikku või jälgendatud ühemõtteliselt seksuaalsesse tegevusse, või lapsena näiva isiku suguelundite kujutamine ning realistlik kujutis lapsest, kes on kaasatud ühemõtteliselt seksuaalsesse tegevusse, või lapse suguelundite realistlik kujutamine eelkõige seksuaalsel eesmärgil. Eesti seadusandja ei ole pidanud vajalikuks täpsustada materjali kasutamise eesmärki. Eesmärgist sõltumatult on tegemist siiski kuriteoga, kui on valmistatud või võimaldatud vastavaid materjale. Nii näiteks ei oma tähendust ka see,

⁴ Laste seksuaalse väärkohtlemise vastane direktiiv, art 2 p c.

⁵ Seletuskirja karistusseadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu teise lugemise juurde, lk 2. Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/?op=ems&page=eelnou&eid=3e5c7425-227c-4666-abe7-5563d84a7b15&> (16.06.2014).

⁶ Laste seksuaalse väärkohtlemise vastane direktiiv, preambuli p 46.

kui kahtlustatav selgitab, et hoidis nimetatud materjali ajakirjandusliku eksperimendi raames; kui näiteks graafiliselt kujutatud materjal oli puhtkunstiliselt huvipakkuv või kui koguti fotokujutusi laste anatoomilistest eripäradest. Vajalik ei ole, et süüdistus näitaks ära, et isik on valmistanud või võimaldanud seda materjali (mis iganes materjali sealjuures – kas reaalseid lapsi kujutavat, virtuaalseid lapsi kujutavat või joonistuste, maalide ja animatsioonidena lapsi kujutavat) just nimelt kas enda seksuaalse rahuldamise või kellegi teise seksuaalse rahuldamise eesmärgil (või mingil muul kui seksuaalsel eesmärgil). Sellisele seisukohale on viidanud ka Riigikohtu kriminaalkolleegium 16. märtsi 2006. a lahendis asjas 3-1-1-146-05.⁷ Selles kriminaalasjas oli küsimus tollal kehtinud KarS § 177 kohaldamises ning kaitsja väide oli, et kuivõrd erootiline teos alaealisest tehti vaid enda tarbeks ja seda kellelegi ei levitatud, siis pole süüteo koosseis täidetud. Riigikohus kaitsja sellise seisukohaga ei nõustunud ning selgitas, et kuna KarS § 177 lõikes 1 sisalduv süüteo koosseis on täidetud ainuüksi alaealise kasutamisega sellise teose valmistamisel, ei ole süüteo koosseisu täitmise aspektist oluline ei teose enese valmimine ega selle järgnev võimalik kasutamine. See seisukoht kehtib ka KarS § 178 puhul: kui on tuvastatud keelatud sisuga materjali hoidmine, valmistamine vmt, siis asjaolu, mis eesmärgil seda kõike on tehtud, ei oma süüteo koosseisu realiseerumise aspektist mingit tähendust.

Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seaduse⁸ § 1 lõike 2 punkti 3 kohaselt on pornograafia selline kujutamiseviis, mis teisi inimlikke seoseid kõrvale või tagaplaanile jättes seksuaalsed toimingud labaselt ja pealetükkivalt esiplaanile toob. Erotika on kujutamiseviis, mille eesmärk ei ole sugulise erutuse tekitamine, vaid kehalise või vaimse seksuaalelamuse esilekutsumine kunstilise kujundi kaudu. Erotiline teos ei pea tingimata sisaldama vihjet seksuaalsele toimingule.⁹ Nii on ka kriminaalkolleegium ülalviidatud lahendis asunud seisukohale, et erootikale võivad viidata kujutatud isiku poosid, taustsüsteem ning riietus.¹⁰ Kogumis iseloomustavate asjaolude hindamisega võibki jõuda järeldusele, kas tegemist on lihtsalt alasti inimesega või modelliga erootilises teoses, mille eesmärk on seksuaalse elamuse tekitamine. Nii tuleks erootilise pildiseeria näiteks 20 fotost koosnevat kogumit, milles laps ennast järk-järgult lahti riietab. Samuti on oluline hinnata, millises poosis on laps pildil kujutatud – väljakutsuvad, seksuaaltoiminguid imiteerivad jmt poosid viitavad teose erootilisele sisule. Ka omavad tähtsust asjaolud, kas laps on eakohatult riietatud ja meigitud, kas on kasutatud aksessuaare, mis ei ole kohased (nt täiskasvanutele mõeldud seksimänguasju). Hinnata tuleks ka seda, kuivõrd on teose puhul keskendutud lapse suguelundite kajastamisele: kui näiteks foto keskmeks on just nimelt suguelundite kajastamine, mis siis, et laps viibib temale omases keskkonnas (vannis pesemas/mängimas), siis on ikkagi võimalik asuda seisukohale, et teos on erootilise sisuga. Küll aga ilmselt ei ole erootilise teosega tegemist juhul, kui on pildistatud näiteks kaheaastast last alasti rannas liivalosse ehitamas. Lõppastmes on teose erootilise või pornograafilise sisu hindamine kohtu pädevuses.¹¹

⁷ RT III 2006, 10, 92.

⁸ RT I 1998, 2, 42; RT I, 23.02.2011, 3.

⁹ Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. J. Sootak, P. Pikamäe (koost.). 3. tr. Tallinn 2009, § 177 komm. 3.1 (J. Sootak).

¹⁰ RKKKo 3-1-1-146-05, p 8.

¹¹ Samas.

2. Virtuaalse lapsporno määratlus

Lapspornograafilise materjali sisu mõistmisel reeglina ei teki probleeme: see on materjal, kus on kujutatud kõige raskemaid seksuaalkuritegusid, mis on toime pandud laste vastu. Need on kajastused kuritegudest. Sellise materjali valmistamise ja võimaldamise eest karistamise eesmärk on arusaadav. Lapspornograafiline materjal on võimalik jagada kahte gruppi:¹²

- a) reaalne lapspornograafia – objektiks on tegelik laps, kes koosneb lihast ja luust;
- b) virtuaalne lapspornograafia – see jaguneb omakorda kaheks alagrupiks:
 - laiemas mõttes situatsioon, kus lapspornograafiline teos luuakse kübermaailmas, objektiks võib olla nii päris laps kui ka kujutis lapsest (olukord, kus lapspornograafilist materjali luuakse virtuaalses keskkonnas);
 - kitsamas mõttes pornograafilised teosed, kus kujutatakse realselt mitte-eksisteerivaid lapsi, animatsioon.

2.1. Virtuaalsed realistlikud kujutised lastest

Käesolevas artiklis käsitletakse virtuaalset lapspornograafiat just nimelt kitsamas võtmes, s.t nii joonistused, animatsioon kui ka puhtalt infotehnoloogiavahendeid kasutades loodud kujutised lastest. Kõikidel puhkudel käsitletakse neid objekte selgelt pornograafilistes situatsioonides. Põhimõtteline erinevus reaalsel ja virtuaalsel vahel on asjaolu, et viimase puhul ei kajastata kujutistel realselt eksisteerivaid lapsi. Tegemist on inimeste fantaasiaga.

Virtuaalset lapspornot on võimalik vaadelda mitmeti. Mõtte lihtsustamise vajaduse tõttu käsitletakse antud juhul pilte, milles on kujutatud lapspornograafiat (jättes kõrvale erootilise sisuga teosed alla 14-aastaste isikute osalusel). Mõningatel juhtumitel on infotehnoloogilisi vahendeid kasutades muudetud esialgu täiskasvanut kujutav materjal selliseks, millel on kujutatud justnagu last (ingl k *morphing*). Nii on võimalik täiskasvanud naise puusad fototöötuse abil kitsendada, suguelundite piirkonnast eemaldada karvkate, rindade suurust muuta. Ka on võimalik fototöötuse abil kleepida kokku eri kujutisi – teatavad kehaosad, mis on võetud last kujutavalt pildilt, ning teatavad kehaosad täiskasvanut kujutavalt pildilt. Nii muudetakse pildil kujutatud täiskasvanud isik visuaalselt lapseks. Sellisel juhul on siiski nii direktiivi kui ka karistusseadustiku mõttes võimalik rääkida alla 18-aastasest isikust, keda kujutatakse teosel. Ehk siis tegemist on realistliku kujutisega lapsest, mis siis, et tegelikult on fotol kujutatud muudetud kujul täiskasvanut. Sama kehtib ka selliste materjalide kohta, kus täiskasvanud isik, ilma fototöötusega, on näidanud ennast või lasknud endal näida kui alaealine (eriti aktuaalne on see idamaades, kus naised kasutavad mulje tugevdamiseks ka erilist lapselikke soenguid ning koolivorme).

Teisalt on võimalik ka arvutigraafika abil luua täiesti iseseisvalt lapse kujutis. Nii näiteks loodi virtuaalne kümneaastane Filipiini päritolu tütarlaps Sweetie, kelle abil Internetis püüti kahe nädala jooksul enam kui 1000 pedofiili, kes üritasid last kaasata ühemõtteliselt seksuaalsesse tegevusse.¹³

¹² M. Poborilova. Virtual Child Pornography. – Masaryk University Journal of Law and Technology 2011/2, lk 242. Arvutivõrgus: http://muji.lt.law.muni.cz/storage/1327961173_sb_07-poborilova.pdf (16.06.2014).

¹³ Terre Des Hommes. International Federation. Arvutivõrgus: <http://www.terredeshommes.org/webcam-child-sex-tourism/> (16.06.2014).



See tütarlaps on täielikult loodud arvutigraafika abil, kuigi liigutuste täpsuse huvides kasutati elusmodelli (teda kasutati ka veebikaamera taga). Selliselt loodud failide puhul on sisuliselt võimatu eristada, kas tegemist on päris või virtuaalse lapsega. Samas on kahtlusi välistavalt selge, et tegemist on kujutisega lapsest. Juba ainuüksi see on kõnekas fakt, et kahe nädala jooksul niivõrd suur hulk inimesi pidas seda fiktsiooni päris elus eksisteerivaks lapseks ning alustas temaga seksuaalse sisuga vestlusi.¹⁴

Seega on arvutigraafika abil võimalik luua lastest väga realistlikke kujutisi, mille puhul on sisuliselt võimatu eristada, kas tegemist on reaalselt eksisteeriva lapsega või virtuaalse lapsega ehk fantaasiaga. Samas on lapse virtuaalselt loodud kujutise puhul võimalik kasutada ka kujutist päris lapsest (küll sellist, keda näiteks ei väärkohelda) ning muuta pilti selliselt, et tekiks keelatud sisuga pilt. Juhul kui normi kaitsealasse langeksid vaid reaalse lapse seksuaalset väärkohtlemist kajastavad kujutised, siis peaks süüdistus iga kord ära näitama, et tegemist on tõepoolest reaalselt eksisteeriva lapsega, ning süüdistuste esitamine oleks niigi väga peidetud kuriteo puhul veelgi keerukam. Sisuliselt viiks see olukorrani, kus süüdistust oleks võimalik vaid sel juhul esitada, kui teoses kujutatud isiku identiteet oleks kindlaks tehtud. Kuigi ohvrite identifitseerimine on ka üks lapspornograafia vastase võitluse eesmärke, siis on ilmselge, millised on selle tegevuse takistused. Fakt on see, et teostel kujutatud isikud on ja jäävad enamasti anonüümseteks. Nii on näiteks ka USA Senati aruandes *Protect Act*'i kohta välja toodud, et reeglina on menetluse käigus võimatu tuvastada teostel kajastatud isikute identiteeti. Fotodel kujutatud lapsi väärkoheldakse ja kahjustatakse anonüümsetl. Seetõttu tuginevadki süüdistused vaid kajastustele lastest ning vandekohtunikud peaksid

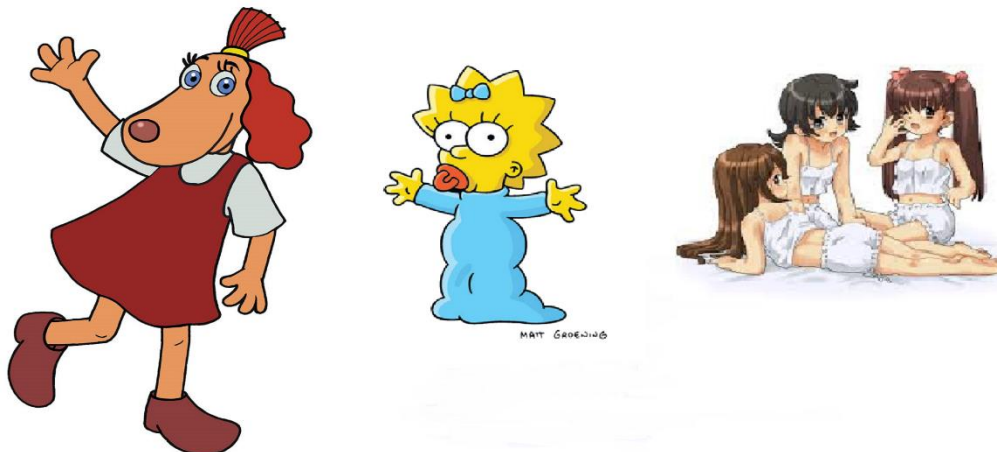
¹⁴ Tens of thousands of child victims in international online sex crime; cases disclosed by Terre des Hommes. 04.11.2013. Arvutivõrgus: <http://www.terredeshommes.org/webcam-child-sex-tourism/> (16.06.2014).

tegema oma otsused laste vanuse ja olemasolu kohta lähtuvalt materjalis kajastatud kujutistest.¹⁵

2.2. Joonistused, kirjutised ja multifilmid KarS § 178 koosseisuelemendina

Teisest küljest aga käsitatakse virtuaalse lapspornona ka selliseid teoseid, kus ei teki küsimust, kas teoses kajastatud isik on suurepärane arvutigraafika või reaalne laps. Need on joonistused, skulptuurid, animatsioonid, raamatud. Direktiivi töödokumentidest võib lugeda, et ka direktiivi väljatöötamisel tekkis küsimus olematute tegelaskujude (kujutiste, joonistuste jne) hõlmamise kohta lapsporno kontseptsiooniga. Sellega seoses märkis komisjon, et eesmärk on kriminaliseerida kujutised, mis jäljendavad tegelikkust.¹⁶ Siinkohal tekib tegelikult rida küsimusi, mis lõppastmes on ilmselt kohtu sisustada. Millised väljamõeldud kujutised jäljendavad tegelikkust ja millist tegelikkust? Kas ja mil määral on vajalik tuvastada nende „isikute“ vanust – teeb ju meie karistusseadustik vahet alla 14-aastaste ja alla 18-aastaste suhtes toime pandud tegudel? Milline on üldiselt seaduse mõttes isik või kujutis isikust?

Võtaksin siinkohal näite Eesti oma kultuurist – Lotte. Kas populaarne tegelane Lotte on koer või laps? Kui Lotte kujutada pornograafilisse situatsiooni, kas siis võiks jõuda järelaluseni, et meie seaduse mõttes on tegemist lapspornograafilise materjaliga?



17

Käesoleva artikli kontekstis on huvitav New South Walesi Ülemkohtu 8. detsembri 2008. a otsus kriminaalasjas *McEwen vs. Simmons & Anor*.¹⁸ Selles kriminaalasjas oli esitatud

¹⁵ Senate Report no 108-2 on THE PROTECT ACT OF 2003. Arvutivõrgus: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/cpquery/T?&report=sr002&dbname=108&> (16.06.2014).

¹⁶ Euroopa Liidu Nõukogu. Institutsioonidevaheline dokument: 2010/0064 (COD). Brüssel 02.06.2010, lk 4. Arvutivõrgus: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ET&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%2010335%202010%20REV%201> (16.06.2014).

¹⁷ Pildil esimene kujutis on Lotte. Arvutivõrgus: <http://lasteaed.sau.ee/ruhmad/trollid-2/>. Teine kujutis on Maggie Simpson teleseriaalist „The Simpsons“. Arvutivõrgus: http://en.wikipedia.org/wiki/Maggie_Simpson. Kolm tütarlast on Jaapani koomiksist. Arvutivõrgus: http://vi.wikipedia.org/wiki/Th%E1%BA%A3o_lu%E1%BA%ADn_Th%C3%A0nh_vi%C3%AAn:Tr%E1%BA%A7n_Nguy%E1%BB%85n_Minh_Huy/L%C6%B0u5 (16.06.2014).

¹⁸ McEWEN v SIMMONS & ANOR [2008] NSWSC 1292, 08.12.2008. Arvutivõrgus: <http://www.lawlink.nsw.gov.au/scjudgments/2008nswsc.nsf/00000000000000000000000000000000/ef4625a9db3003f1ca25751500066d48?OpenDocument> (16.06.2014).

süüdistus selle kohta, et süüdistatav hoidis lapspornot ning kasutas enda valduses olevat arvutit Internetis olevale lapspornole ligipääsemiseks. Väidetav keelatud materjal koosnes animeeritud materjalist (multifilmid), milles kujutati populaarse teleseriaali „Simpsonid“ („The Simpsons“) tegelasi. Seksuaalühtes oli eelkõige kujutatud nimetatud seriaalis lastena kujutatud tegelaskujusid. Sealjuures oli tegelaskujudele lisatud inimestele omased suguelundid. Nimetatud kohtulahendist nähtub ka kohtu püüdlus panna paika isikute vanus. Nii võib kohtuotsusest lugeda, et lähtuvalt teleseriaalis kujutatust on üks tegelaskuju umbes kümneaastane poiss (Bart), naissoost lapsena kujutatud tegelaskuju on umbes kaheksa-aastane (Lisa) ning üks kujutatud isikutest on väikelaps (Maggie). Kui jätta kontekst kõrvale, siis oleks Lisa ja Barti vanuse kindlakstegemine keerukam ning seetõttu lähtus kohus, et poiss on ilmselt alla 18-aastane ja tüdruk eelpuberteedieas. Seega lähtus kohus ilmsest vanusest (ingl k *apparent age*) ning järeldas, et vanuse raamid on kehtiva seaduse mõttes kohased. Samas ei olnud kohtus ka kordagi vaidlust tegelaskujude vanuse või oletatava vanuse üle. Küsimus oli hoopis selles, kas need tegelaskujud on vaadeldavad kujutistena isikust. Tõepoolest, need tegelaskujud ei kujuta endast ega pole ka mõeldud kujutama isikuid: neil on neli sõrme ning nende silmad, nina ja suu on märgatavalt erinevad sellest, mis oleks reaalsel isikul. Seega oleks kohtu arvates õigem käsitada neid kui metafoore või päris isiku analooge.

Kohus leidis, et on oluline teha vahet päris inimese kujutamisel ja kujutletava isiku kujutamisel. Mõtte selgitamisel viitas kohus videomängudele ja koomiksitele, kus kujutatakse kujutletavaid isikuid kohutava vägivalda ohvritena, millega kaasneb nii piinamine kui ka surm. Kui nimetatud juhtudel oleks tegemist reaalseid isikuid kujutava materjaliga, siis ei oleks kohtu hinnangul need lubatavad, samas kui kujutletavate isikute puhul sellist küsimust ei tõuse. Sellise sisuga videomängud ja koomiksid on lubatavad just seetõttu, et nad on fiktsioon, väljamõeldis.

Käesoleval juhul on multifilmitegelased joonistatud selliselt, et on selge, et nad pole inimesed. Samas oli kohtu arvates ilmne, et nad olid justkui inimese analoogid, inimese metafoorid. Kohus leidis, et nende kujutiste pidamisel kujutisteks isikutest oli mõneti määrav asjaolu, et neil oli kujutatud päris inimese suguelundeid. Samas, kui kujutis on selgelt eemaldunud sellisest kujutisest, mida võiks pidada inimese analoogiks, siis ei pruugi lahenduskäik sama olla, isegi kui sellele kujutisele antakse mõni inimesele omane joon. Nii näiteks jääb jänes või part ikkagi selleks, kes ta on, isegi kui talle anda mõni inimesele iseloomulik tunnus. Sealjuures on väga paljud multifilmitegelased joonistatud selliselt, et nad oleksid inimestega väga sarnased.

Kohus leidis, et seaduse mõttes pole „isiku“ puhul vahet, kas tegemist on reaalse või fiktiivse isikuga, ning asjaolu, et isiku kujutis ei langenud täiel määral kokku sellise isiku kujutisega, kes oleks reaalne, ei tähenda, et ta poleks „isik“. Kujutised, keda multifilmides kajastati, olid kujutised isikutest.

Kui nüüd selle kohtu arutluskäik sobitada Eesti enda multifilmikangelaste konteksti ning võtta näitena juba ülalpool viidatud laste seas populaarne tegelaskuju Lotte, siis tekitab see rea küsimusi. Kui kujutada ette, et isiku andmekandjalt leitaks multifilm, mis on 10 minutit pikk ning kujutab endast pornograafilist teost Lottest. Selles oleks kujutatud nii oraal-, vaginaal- kui ka analvahekord Lotte ja mõne sellise multifilmitegelase vahel, keda on kujutatud täisealisena. Esmalt, meie karistusseadustik kriminaliseerib alla 18-aastaste isikute kujutamise pornograafilistes situatsioonides. Kui vana on Lotte? Lotte on kooliealine¹⁹ ehk siis üsna usaldusväärselt võiks järeldada, et tegemist on alla 18-aastasega. Nüüd, kui selgitatud on, et

¹⁹ R. Laurisaar. Leiutajateküla Lotte: hea südamega multitäht. – Eesti Päevaleht, 30.05.2009. Arvutivõrgus: <http://epl.delfi.ee/news/kultuur/leiutajatekula-lotte-hea-sudamega-multitaht.d?id=51169920> (16.06.2014).

tegemist on alla 18-aastasega ning ta on kujutatud pornograafilises situatsioonis, jääb lahendada veel küsimus, kas tegemist on isikuga, keda on kujutatud. Ühest küljest ei saaks multifilmitegelase huvid olla seadusega kaitstud, sest see viiks vastuollu karistusõiguse *ultima ratio* põhimõttega. Teisest küljest jällegi, arvestades kui populaarsed on Lotte seiklused laste seas, siis on arusaadav ühiskonna hirm, et kui lapsed sellist materjali näeksid ja vabalt kätte saaksid, võiks see viia hoiakute muutumiseni. Kuid kas see on piisav, et pidada sellist tegu karistatavaks? Või piisaks siiski, kui oleks tuvastatud, et sellist videofaili on konkreetse lapse ahvatlemisel kasutatud? Samas peaks seadus olema mingil määral paindlik ning tänapäeva digitaalsel ajastul oleks kummaline, kui isikuks peetaks ainult füüsilisi ja juriidilisi isikuid. Seda eriti seetõttu, et nimetatud sätte, s.o KarS § 178 sõnastus viitab selgelt kujutisele ehk siis ei peaks olema tegemist reaalse isikuga. Kuigi Lotte on algselt kujundatud kui koeratüdruk, siis võib täheldada, et teda on ikkagi pigem üritatud kujutada kui mingis mõttes isikut, sest tal on väga palju inimesele iseloomulikke jooni (ta räägib selgelt artikuleeritud eesti keeles, kõnnib kahel jalal, kannab kleiti, sööb laua taga istudes, loeb raamatut, elab inimestele omases perekonnas jne). Samas tõepoolest, vastuargumendina on tal ka selliseid jooni, mis ei ole iseloomulikud inimesele (koerakoon).

3. Mis on kaitstav õigushüve?

Lapspornograafiavastane võitlus on olnud kannustatud eelkõige laste kaitsmise huvist. Karistusseadustiku muutmise seletuskirjas on märgitud, et „[r]asked kuriteod, nagu laste seksuaalne ärakasutamine ja lasteporno, nõuavad terviklikku lähenemisviisi, mis hõlmab teo toimepanijate suhtes kriminaalmenetluse läbiviimist, lapsohvrite kaitset ja kõnealuste kuritegude tõkestamist. Nimetatud süütegude vastase võitlusega seotud meetmete rakendamisel tuleb esikohale seada lapse huvid, nagu see on sätestatud Euroopa Liidu põhiõiguste hartas ja ÜRO lapse õiguste konventsioonis. Laste seksuaalse väärkohtlemise vastane direktiiv pakub tervikliku õigusliku raamistiku selle eesmärgi saavutamiseks”²⁰. Sealjuures on ajalooliselt olnud põhiohk just nimelt teosel kujutatud lapse õiguste kaitsmisel. Ka meie karistusseadustiku kommentaaridest võib lugeda, et kaitstakse just nimelt kujutatud last ning selle lapse normaalset vaimset ja seksuaalset arengut, mitte ei reguleerita ühiskonna üldist kõlblust.²¹ Siinkohal ongi asjakohane küsida, kuidas on sellega seotud virtuaalne lapspornograafia, mille puhul on ilmselge, et päris last, keda kaitsta, ei eksisteeri.

KarS § 178 puhul on tegemist abstraktse ohudeliktiga. Abstraktsed ohudeliktid on deliktid, mille korral ei eeldata üldse mingit ohtu. Ehk siis esiplaanil on teguviis, mis üksnes võiks ohustada mingit hüve. Ohudeliktid seisnevad üksnes ohu loomises, ilma et objekti reaalselt kahjustataks. Oht tähendab seega reaalse kahjustamise võimalikkust, konkreetsetel asjaoludel kahju saabumise võimaluse tõenäosust. Abstraktse ohudelikti puhul on kriminaliseeritud tegu, mille karistusväärsus põhineb teo üldisel ohtlikkusel, koosseisus ettenähtud tegu juba iseenesest asetab õigushüve ohtu. Ohu saabumine, ohtliku olukorra tekkimine ei ole süüteo-koosseisu jaoks oluline ja seda ei ole vaja tõendada. Isiku käitumisele on ohu tekitamine tüüpiliselt omane.²² KarS § 178 kirjeldatud teo eest karistataksegi eelkõige põhjusel, et see on mõeldud kaitsma lapsi, s.t reaalselt eksisteerivaid lapsi. Tõepoolest on ka KarS § 178 sanktsioonipiirid võrdlemisi laiad ning kohtul on võimalik iga kord hinnata teo sisu ning selle seotust võimaliku ohuga. Nii ilmselt oleks virtuaalse lapspornograafilise teose valmistamine

²⁰ Karistusseadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri, lk 2. Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/?op=ems&page=eelnou&eid=a8261a8f-3708-45bf-bafc-2234bbbf3aa2&>.

¹⁹ Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne (viide 9), 11. ptk komm. 4.2 ja § 175 komm. 1 (J. Sootak).

²⁰ J. Sootak. Süüteo-koosseis: mõiste ja objektiivne koosseis. Tallinn 2003, lk 13.

märk isiku süü väikseimast määrast, samas kui samasisulise teose võimaldamine on olemuselt raskem ja viitaks suuremale süüle. Sealt edasi reaalseid lapsi kajastava materjali võimaldamine ja valmistamine annaks märku veelgi suuremast teosüüst.

KarS § 178 puhul on kahjustatav õigushüve lapse normaalne seksuaalne ja vaime areng. Laia õigushüve teooria kohaselt tuleb tänapäeva karistusõiguse juures arvestada veel asjaolu, et tehnika areng ning sotsiaalse integratsiooni süvenemine on teinud vajalikuks kriminaliseerida mitte ainult õigushüve tegelik kahjustamine, vaid teatavatel juhtudel ka selle ohustamine (ohudeliikt).²³ Sellele lapsele, kes on kujutatud pornograafilisel materjalil, on kahju ilmselge. Esmalt on tema suhtes toime pandud seksuaalse enesemääramise vastane kuritegu ning teiseks kestab tema väärkohtlemine selliselt, et see materjal ringleb määramatu aja jooksul Internetis ning seda võidakse kopeerida ja levitada määramatul hulgal. Selliselt kahjustab kogumis lapspornograafilise materjali valmistamine ja võimaldamine konkreetset last psühholoogiliselt, emotsionaalselt ja vaimselt ning see kahju ulatub selgelt kaugemale kui vaid pelgalt seksuaalse enesemääramise vastase kuriteo toimepanemine tema suhtes. Lisaks tuleb arvestada, et teatavatel juhtudel, näiteks üle 14-aastaste isikute puhul (Eestis) on seksuaalsuhted lubatud ning sellisel juhul on kahju saabunud just nimelt sellise tegevuse salvestamisel ja hilisemal levitamisel. Kuigi isik võib olla juba sellises eas, kus vabatahtlikku seksuaalsuhtesse astumine ei ole keelatud, siis on tegemist siiski lapsega, kes ei pruugi ette näha neid tagajärgi, mis võiks olla selliste tegude filmimisel ja muul salvestamisel ning selle materjali hilisemal levitamisel.

Teisalt väidetakse, et lapspornograafilisi teoseid kasutavad pedofiilid ka sel eesmärgil, et murda laste eeldatavat ja oletatavat vastuseisu astuda seksuaalsuhtesse või alluda muul viisil täiskasvanud isiku sugulise kire rahuldamisele. Nii näiteks on USA ülemkohus *Osborne vs. Ohio* kohtulahendis toonud selgelt välja asjaolu, et pedofiilid tõepoolest kasutavad lapspornograafilisi materjale üldnimetatud eesmärgil.²⁴ Sellisel viisil tahetakse lapsele, kellele esitatakse lapspornograafilist materjali, jätta sellist muljet, et tegevus, mida on kajastatud, on igati aktsepteeritav ning eakohane. Sellistel failidel kujutatakse rõõmsate nägudega ja koostöövalmis lapsi seksuaalsetes situatsioonides. Lapsed aga on äärmiselt kergesti mõjutatavad ning sellisel viisil on tegelikult tõhusalt võimalik ka last manipuleerida ja allutada pedofiili tahtele.

Arutletud on selle üle, kas on ikka õigustatud sel eesmärgil kriminaliseerida virtuaalset isikut kujutavate failide **hoidmine**, kas poleks õigem kriminaliseerida selliste failide **kasutamine**.²⁵ Küsitav on, kuivõrd on ikkagi karistusõiguse *ultima ratio* põhimõttega kooskõlas asjaolu, et karistatakse pelgalt seetõttu, et mingeid materjale on võimalik kasutada kuriteo toimepanemisel. Ilmselt peaks siiski olema mingi alus arvamiseks, et selline oht on vahetu. Selle medali kaks külge on, et ühest küljest on keerukas õigustada selliste failide hoidmise kriminaliseerimist pelgalt seetõttu, et neid võidakse kasutada. Teisest küljest leitakse, et selliste failide kasutamine lapse ahvatlemisel on tõenduslikult niivõrd keerukas kuritegu, et kui vähemasti hoidmine oleks keelatud, siis tekiks riigil võimalus need failid ringlusest eemaldada.²⁶

²³ J. Sootak. Karistusõiguse alused. Tallinn 2003, lk 73.

²⁴ OSBORNE v. OHIO, 495 U.S. 103 (1990). Arvutivõrgus: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=495&invol=103> (16.06.2014).

²⁵ Sealjuures on ju ka Eesti karistusseadustikus säte, mis sellisel viisil lapspornograafilise materjali kasutamise kriminaliseerib (seksuaalne ahvatlemine, KarS § 179).

²⁶ M. Eneman, A. A. Gillespie, B. C. Stahl. Criminalising Fantasies: The Regulation of Virtual Child Pornography. 2009, lk 6. Arvutivõrgus: http://www.cse.dmu.ac.uk/~bstahl/publications/2009_Criminalising_Fantasies_ECIS.pdf (16.06.2014).

Samuti on leitud, et lapspornograafilistest materjalidest tulenev kahju võib olla ka niivõrd kaudne, nagu seda on ühiskonna võimalik suhtumise muutumine. Nii näiteks, kui selline materjal oleks lubatav, võiks ühiskond muuta oma siiani jäika suhtumist laste seksuaalsesse ärakasutamisse märgatavalt leebemaks ning mingitel tingimustel seda isegi taluda. Sellisel juhul oleks aga selgelt tuvastatav lastele põhjustatud kaudne kahju ühiskonna väärtuste muutmise kaudu.²⁷ See arutelu aga puudutab selliseid faile, kus vaatajale pole arusaadav, kas kujutatud on laps või virtuaalne laps, sest kujutis võiks igal juhul olla samahästi ka reaalne laps. Seega, kui lähtuda käsitusest, et lapspornograafiliste teoste põhjustatav kahju on ka see, et neid kasutatakse laste seksuaalkäitumise muutmiseks, siis ei ole sisuliselt vahet, kas kujutatud on päris last või väga realistlikku kujutist lapsest. Samas ei kahjusta lapsi ju suhtumise muutumine, kui seda suhtumise muutumist realselt ellu ei rakendata. Kui vaadelda lapsi kui seksuaalseid objekte ning mõelda, et seksuaalsuhted lastega ei ole iseenesest midagi halba, siis oleks taoliste pornograafiliste materjalide keelamine põhjusel, et see võiks kellegi suhtumist muuta, pigem katse kontrollida inimese mõtteid, kui üritada ära hoida võimalikku tekkivat kahju. Näiteks võib leida isikuid, kes muidu ei oleks astunud seksuaalsuhtesse lapsega, kuid nüüd, pärast seda, kui on vaadanud lapspornograafilisi materjale, tunnevad, et see on ühiskondlikult aktsepteeritav käitumine ning astuvad lapsega seksuaalsuhtesse. Samas võib leida ka inimesi, kes pärast lapspornograafiliste materjalide vaatamist kas muutsid või ei muutnud oma suhtumist lastesse kui seksuaalsetesse objektidesse, kuid sellest hoolimata ei astu lapsega seksuaalsuhtesse. Seega tundub, et võimalik kahju, mida põhjustab suhtumise muutumine, põhineb eeldusel, et see põhjustab antisotsiaalset käitumist. See võib, aga ei pruugi osutada tõeks konkreetset juhul. Vajalik on teha vahet konkreetset ja üldisel kahjul. Seega, kuigi pornograafias nähakse üldist kahju ühiskonnale, siis lapspornograafiast tulenev konkreetne kahju erineb iga kord. Seega oleks siiski üldisele kahjule viidates virtuaalse lapspornograafia keelamine sarnane pigem mõtete ja ideede kontrollimisega, mitte tegevuse kontrollimisega.²⁸ Karistusõigus ei tohi aga endale võtta ülesandeid, mis ei ole talle omased ja millega ta ei tule toime, s.t õpetada inimesi käituma, tagada kogu ühiskonna moraali ja hoida karistusühikute abil ühiskonda hirmu all. *Ultima ratio* põhimõttel tegutsev karistusõigus sekkub ainult siis ja ainult sel määral, mis on vajalik kõige olulisemate õigushüvede kaitseks kõige raskemate rikkumiste eest. Karistusõiguses ei tohi näha alati käepärast olevat vahendit mistahes sotsiaalsete probleemide lahendamisel. On probleeme, mida karistusõigus ei suuda ega tohi lahendada.²⁹

Karistusõiguse ülesannete määratlemisel on õigushüve teooria abil võimalik piiritleda karistusõigusnormidega kaitstavad valdkonnad. Nii ei kuulu selle kaitse alla moraalivastased teod, mis küll võivad pälvida üldsuse hukkamõistu, kuid mille õiguslikul hindamisel puudub materiaalne alus – kahjustatav hüve.³⁰

Ilmselt enamik inimesi peab lapspornograafiat eemaletõukavaks, tegemata sisulist vahet sellel, kas kujutatud on päris või virtuaalseid lapsi. Virtuaalseid lapsi kujutava materjali kriminaliseerimine sellisel alusel (et see on enamikule ühiskonnaliikmetele eemaletõukav), näikse justkui seadusandja soovina kirjutada seadusesse ühiskonna hetkel asjakohast eetilist või moraalset otsustust. Selle lähenemise veaohlikkust on kerge märgata: ühiskonna

²⁷ J. Woo. The Concept of „Harm“ in Computer-Generated Images of Child Pornography. – Journal of Computer & Information Law 2004 (22) 4, lk 724. Arvutivõrgus: <http://repository.jmls.edu/jitpl/vol22/iss4/3> (16.06.2014).

²⁸ Samas, lk 728.

²⁹ J. Sootak. Eetilised valikud ja karistusõigus, lk 7. Arvutivõrgus: <http://www.eetika.ee/sites/default/files/eetika/files/Eetilised%20valikud%20ja%20karistus%C3%B5igus.pdf> (16.06.2014).

³⁰ J. Sootak (viide 23), lk 70.

otsustused eetika ja moraali suhtes muutuvad ajas ning selle kohta, kuidas ühiskonna arvamus on muutunud seksuaalkuritegude suhtes, on lõputu arv näiteid.³¹ Lapspornograafiliste materjalide võimaldamise eest karistades karistatakse eelkõige moraalse üleastumise ehk patu eest, mitte eesmärgiga ära hoida kahju. Samas aga räägitakse eelkõige just karistamisvajadustest lähtuvalt kahjust lapsele. Lapspornograafia kriminaalasjade puhul näikse olevat kohtu sooviks karistada ja tuvastada moraalselt korruptsiooni, mitte niivõrd kaitsta lapsi.³²

Kurt Schmoller on toonud välja, et „karistusõiguse piiratud kasutusulatus on seotud sellega, et karistus omalt poolt – eraldiseisvana vaadates – eeldab kuritegu, mis olulisel määral rikub kannatanu õigusi“³³. Seega kui tegelikkuses on eesmärgiks ka kaitsta üldiselt näiteks laste normaalset seksuaalset arengut, ilma et tekiks võimalus mõjutada neid ebakohase hinnanguga, mis võiks muuta laste suhtumist seksuaalesusse, siis võiks siiski tekkida küsimus, kas karistusõiguslikud vahendid on selleks kohaseimad. Kurt Schmoller toob välja, et karistusõigus pole põhimõtteliselt sobiv vahend eetiliste konfliktide lahendamiseks, vaid peaks piirduma eriti oluliste ning eetiliselt ühemõtteliselt hinnatud käitumisviiside stabiliseerimisega.³⁴ Leian, et lapsporno käsitlus, mis keelustab selliste failide omamise, jagamise ja valmistamise, kus on kujutatud reaalseid lapsi või väga realistlikke kujutisi lastest, on ühemõtteliselt nii eetiliselt kui ka karistusõiguslikult taunitav, samas kui selliste teoste puhul, mis kajastavad fantaasiaid ning mille otsene seos kahjustatava õigushüvega on liialt kauge, tuleks siiski lahendada küsimus, kas tegemist on ikka eetiliselt ühemõtteliselt taunitava käitumisega. Võiks nentida, et tegelikult on küsimus selles, kust algab vaba eneseväljendusõigus ja kust lapse huvide kaitse. Samas on direktiivi selgitavas osas selgelt välja toodud, et lasteporno tähendab laste seksuaalset kuritarvitamist kujutavat visuaalset materjali, see on teatava sisuga materjal, mida ei saa pidada arvamus avaldamiseks. Kuid kas see on alati nii?

4. Väljendusvabadus ja lapspornograafia

Põhiseaduse § 45 sätestab igaühe õiguse vabalt levitada ideid, arvamusi, veendumusi ja muud informatsiooni. Selleks et väljendusvabaduse riive oleks õigustatud, peab sekkumiseks olema³⁵:

- tungiv sotsiaalne vajadus;
- proportsionaalsuse ja tõendamiskoormise arvestamine;
- suvamäär ehk kaalutusulatuse hindamine.

4.1. Tungiv sotsiaalne vajadus

Selleks et sekkumine väljendusvabadusse oleks õigustatud, peab sekkumiseks olema tungiv sotsiaalne vajadus, mis seondub sekkumise ühe või mitme seadusliku aluse ja eesmärgiga.

³¹ M. Eneman jt (viide 26), lk 6.

³² B. Kim-Butler. Fiction, Culture and Pedophilia: Fantasy and the First Amendment after United States v. Whorley. – Columbia Journal of Law & the Arts 2011 (34) 3, lk 562. Arvutivõrgus: <http://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac:149035> (16.06.2014).

³³ K. Schmoller. Karistusõiguse roll eetiliselt vaieldavates valdkondades. – Akadeemia 2011/6, lk 1103.

³⁴ Samas, lk 1105.

³⁵ Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. E.-J. Truuväli jt (toim.). Tallinn 2002, § 45 komm. 17 (R. Maruste).

Tungiva sotsiaalse vajaduse kvalifitseerimine on fakti ja asjaolude küsimus. Mida olulisem ühiskonnale ja mida suuremat hulka inimesi puudutav on probleem ja mida akuutsem diskussioon selle ümber, seda avaram on väljendusvabadus ning kõrgem lävi sellesse sekkumisel.³⁶ Nimetatud küsimuse lahendamine ei olegi nii lihtne. Esiteks pole virtuaalse lapspornograafia teemal ühtki avalikku arvestatavat debatti olnud. Ka pole Eestis autorile teadaolevalt olnud ühtki kohtulahendit, mis nimetatud vaidlusküsimust puudutaks. Samas näiteks oli Rootsis täiesti arvestatav avalik arutelu selle üle, kas Simon Lundström, kellele heideti ette 38 laste seksuaalset väärkohtlemist kujutava faili hoidmist, mis oma olemuselt olid Jaapanis (ja ka Rootsis) äärmiselt populaarsed koomiksid (manga³⁷), oli ikka kurjategija või mitte. Rootsi Ülemkohus mõistis Simon Lundströmi õigeks, viidates just vabale eneseväljendusele.³⁸ Nimelt on koomiksikultuur Jaapanis äärmiselt arenenud ning ka Rootsi kohus leidis, et antud juhul jäävad need failid, mille hoidmist süüdistus ette heitis (joonistused), siiski vaba eneseväljenduse kaitse alla. Samaselt Eesti õigusega ei tee ka Rootsi seadus vahet, kas kujutatud on reaalseid või fantaasiakujutisi. Samas nimetatud kohtuasjas leidis kohus, et kuigi kujutatud oli lapsi pornograafilistes situatsioonides, siis asjaolu, et need olid koomiksid, oli määrav. Kohus mõistis Simon Lundströmi õigeks viitega just nimelt väljendusvabadusele: selliste joonistuste omamise eest karistamine oleks ülekriminaliseerimine. Samas ei ole Rootsis populaarne manga suunatud ainult lastele, erinevalt Lottest, seega antud juhul ma arvan, et paralleeli tõmbamine ei ole nii lihtne. Manga on eelkõige populaarne just hilises teismeeas isikute ning täiskasvanute seas. Samas ei olegi küsimus niivõrd selles, kellele on materjal suunatud – küsimus on selles, kas virtuaalsed kujutised lastest peaksid olema keelatud. Kuigi ühiskonna seisukohta reaalseid lapsi kujutava materjali suhtes on võimalik usaldusväärselt ennustada, siis virtuaalse materjali suhtes mitte (lihtsamad näited siin oleksid tõepoolest koomiksid ja multifilmid).

4.2. Sekkumise proportsionaalsus

Lisaks tungivale sotsiaalsele vajadusele peab sekkumine väljendusvabadusse olema proportsionaalne taotletava seadusliku eesmärgiga. Ei Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon (EIÕK) ega selle kohaldamispraktika ei anna otse juhiseid, milline sekkumine ja rakendatud abinõu on proportsionaalne, kuid erilist ettevaatlikkust ja põhjendatust nõuab kriminaalõiguslike mõjutusvahendite rakendamine sõnavabadusse sekkumisel.³⁹ Siinkohal tekibki küsimus, kas niivõrd laialt sõnastatud KarS § 178 on ikkagi põhjendatud. Sisuliselt on võimalik selle sätte alusel karistada ükskõik milliste teoste valmistamise ja võimaldamise eest ning väita, et need kujutavad isikut. Nii näiteks räägib tegelikult ka fiktiivsete isikute kaitse huvist sõnastuse osa, mis viitab kirjutisele või muule teosele. Ehk siis tegelikkuses, kui on raamat, millel on 300 leheküljel kirjeldatud väikelaste vägistamisi, siis on tegemist siiski ju fiktiivse isikuga. Kuidas olekski adekvaatselt võimalik hinnata, kas on tegemist realistliku kujutamise või mitte? Näiteks eeldusel, et on ära mainitud vaid laste vanus. Seadusandja mõtte selgitamisel ei ole suurt abi ka karistus-seadustiku seletuskirjast, mis piirdub direktiivi sätete kordamisega. Mis on realistlikud kujutised lastest? Küsimus on, kas selliste teoste, kus on kujutatud fiktiivseid isikuid, kes on

³⁶ Samas, § 45 komm. 17.1.

³⁷ Vt käesoleva artikli viidet 17, kus on toodud üks pilt koomiksist.

³⁸ Högsta Domstolens dom B 990-11 (15.06.2012). Arvutivõrgus: <http://www.hogstodomstolen.se/Domstolar/hogstodomstolen/Avgoranden/2012/2012-06-15%20B%20990-11%20Dom.pdf> (16.06.2014).

³⁹ Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne (viide 35), § 45 komm. 17.2 (R. Maruste).

kas pornograafilistes või erootilistes situatsioonides, valmistamine ja võimaldamine peaks olema igal juhul kuritegu, olenemata teose kasutamise eesmärgist? Nii näiteks ei ole meie karistusseadustiku kohaselt võimalik arvestada teose kultuurilist, ajaloolist, teaduslikku vmt väärtust. Siinjuures on oluline viidata USA *Protect Act*'ile aastast 2003.⁴⁰ See seadus võeti vastu reaktsioonina ülemkohtu otsusele asjas *Ashcroft vs. Free Speech Coalition*⁴¹, milles ülemkohus tunnistas osa lapspornograafiat kujutavast seadusest põhiseadusega vastuolus olevaks. Uus seadus kriminaliseeris materjali, milles on kujutatud kõikvõimalikel visuaalsetel viisidel, sealhulgas joonistustel, multifilmides, skulptuuridena või maalidel, alaealist, keda on kujutatud seksuaalsuhtes ja kes on oma olemuselt sündsusetu (ingl k *obscene*), või millel on kujutatud alaealist või alaealisena näivat isikut seksuaalsuhtes ja millel pole tõsist kirjanduslikku, kunstilist, poliitilist või teaduslikku väärtust. Seega seadus ei muuda virtuaalset lapspornograafiat keelatuks alati ja igal juhul, vaid ainult sellisel juhul, kui see on sündsusetu ning kui sellel puudub väärtus. Sellisel juhul on siiski võimalus kaitsta teoseid, mis küll võiksid oma olemuselt olla lapspornograafilised, kuid millel on tuvastatud mingigi väärtus. Küsimus on siiski selles, kas ka ülaltoodud Eesti konteksti sobitatud Lotte näite puhul oleks võimalik mingitki väärtust sellisele teosele omistada? Ilmselt siiski mitte. Sealjuures on ka Ameerika kohus pärast *Protect Act*'i vastuvõtmist vaagunud populaarse teleseriaali „The Simpsons“ ainetel loodud lapspornograafiliste materjalide sisustamist ning kaalunud ka igakülgset asjaolusid, mis lubaks või välistaks kahtlustatava valduses olnud andmekandjalt leitud teoste lugemist vaba eneseväljendusõigusega kaetuks. Tegemist on Steven Kutzneri kohtuasjaga nr CR-10-0252-S-EJL⁴², milles kaasuse asjaolud olid lühidalt järgmised. Vaid mõni päev enne läbiotsimist oli kahtlustatav kustutanud oma andmekandjalt kõik päris lastega seotud lapspornograafilise materjali ning alles olid jäänud failid, millel oli kujutatud juba eespool kirjeldatud teleseriaali „Simpsonid“ noorliikmeid Lisat ja Barti. Kokku oli seda 70 faili. Kohus oli tuvastanud nende failide ilmselge pornograafilise sisu ning sisule vastav oli ka faili pealkiri. Failid asusid süüdistatava kasutuses oleval andmekandjal kaustas „Porn“ (eesti k „Porno“). Nende failide suhtes asus kohus seisukohale, et nende sisu on sündsusetu, neil puudub igasugune kirjanduslik, kunstiline, poliitiline või teaduslik väärtus ning need failid ei ole kaitstud vaba eneseväljenduse õigusega.

Üldpõhimõte on, et inimest tuleb kaitsta avaliku võimu poolsete tarbetute riivete eest.⁴³ Kuivõrd küsimus võib tekkida KarS § 178 liiga laia sõnastuse õiguspärasuse kohta, siis on minu arvates ka Eestis üsna soodus pinnas debatiks, kas see säte üldse sellisel kujul on põhiseadusega kooskõlas või on igasugune, ükskõik milline lapse moodi isiku kujutamine pornograafilises situatsioonis kuritegu ning see säte on proportsionaalne väljendusvabaduse riive.

4.3. Kaalutlusulatuse hindamine

Kolmandaks vastavuse hindamise aspektiks on suvamäär ehk kaalutlusulatuse hindamine. Suvamäär üldiselt on võimu otsustamis- ja tegutsemisvabadus selles, milliste abinõudega

⁴⁰ An Act to prevent child abduction and the sexual exploitation of children, and for other purposes. (PROTECT ACT 2003). Arvutivõrgus: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-108s151enr/pdf/BILLS-108s151enr.pdf>. (16.06.2014).

⁴¹ *Ashcroft v. Free Speech Coalition* (00-795) 535 U.S. 234 (2002) 198 F.3d 1083. Arvutivõrgus: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZS.html> (16.06.2014).

⁴² USA vs Steven Kutzner, Case No. CR-10-0252-S-EJL. Arvutivõrgus: <http://reason.com/assets/db/12955634459236.pdf> (16.06.2014).

⁴³ Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne (viide 35), § 45 komm. 17.2 (R. Maruste).

peab ta kõige õigemaks põhiseaduses ja EIÕK-s toodud põhimõtteid ning õigusi ja vabadusi tagada ning tarvidusel õigusi ja vabadusi piirata. Suvamäär väljendusvabaduse suhtes seonduv otseselt nende eranditega, mis on antud EIÕK artikli 10 lõikes 2 ning jagunevad kolmeks:

- a) piirangud, mis on seatud avalike huvide kaitseks (sealjuures ka kõlbluse kaitsmine);
- b) piirangud, mis on seatud (teiste) individuaalsete (era)õiguste kaitseks;
- c) piirangud, mis on vajalikud õigusemõistmise autoriteedi ja erapooletuse kaitseks.⁴⁴

Siinkohal on oluline küsida, mida siis konkreetselt kaitstakse, kui keelustatakse fantaasiate kujutamine. Teoreetiliselt on karistusseadustiku sätte sõnastuse järgi võimalik karistada ka sel juhul, kui kaks täiskasvanud inimest vahetavad omavahel e-kirju, mille sisuks on fantaasiad, kuidas näiteks üht kümneaastast last seksuaalselt väärkoheldakse. Sealjuures oletagem, et last on eriliselt realistlikult ka kujutatud (s.t et ei tekiks vaidlust selle üle, kas on tegemist kujutisega isikust või mitte). Kas riik kaitseb sellise kahe täiskasvanu fantaasiate vahetamise karistamisega avalikke huvisid, sealjuures kõlblust? Kellegi teise isiku erahuvisid? Vastused neile küsimustele on kahtlemata eitavad. Kuigi alati on võimalik nentida, et küllap kohtupraktika paneb paika, kui kõver see paragrahv on, siis tegelikkuses ei saa sellise määramatu olukorraga üks õigusriik rahulduda.

5. Kokkuvõte

Kas KarS § 178 sõnastus võimaldab karistada mis iganes lapspornograafilise materjali valmistamise ja võimaldamise eest? Ilmselt küll. Selle sätte sõnastus on äärmiselt lai, sisaldades isegi väljendit „või muu teose“. Seega kõik, mida seadusandja ei suutnud ette näha, on võimalik sättida nimetatud väljendi alla. Küsimus on, kuidas sisustada sõnapaari „isikut kujutav“. Ilmselge, et antud juhul pole silmas peetud ainult reaalselt isikut, sest sõna „kujutav“ viitab ka fiktsioonile. Nii on seadusandja selgitanud, et normi karistusallasse jäävad ka teosed, millel on kujutatud realistlikke kujutisi lapsest. See vabastab õiguskaitseasutused teostel kujutatud isikute identifitseerimise kohustusest. Kohtu sisustada jääb see, kui kaugele on võimalik minna isiku kujutisega: milline veel on isikut kujutav teos ja milline mitte (kas sinna alla liigitub ka näiteks ülaltoodud Lotte näide) ning millised kriteeriumid seada sõnapaarile „realistlik kujutis“. Arvan, et Lotte näite puhul on arusaadav, et see on utreeritud äärmuseni Eesti õigusruumi ja kultuuriruumi kontekstis, siis sama ilmselge ei ole see multifilmide ja koomiksiste puhul, kus ilmselgelt on kujutatud lapsi, kuid küsimus on selles, kas need on realistlikud kujutised või on need fantaasiakujutised.

Väga realistlike, s.o päris laste kujutistega äravahetamiseni sarnaste kujutiste puhul on võimalik põhjendada karistamisvajadust, samas kui koomiksiste-multifilmide puhul kerkib väga teravalt esile küsimus, mida selle teo eest karistamisega kaitstakse. On see kuriteoennetus? Virtuaalse lapsporno keelustamine vajaks tegelikult ühiskondlikku debatti. Kas ka pelgalt enda tarbeks sellise materjali hoidmine peaks siiski olema keelatud (eriti arvestades, et antud juhul puudub õigushüve mõttes väga konkreetne kahju). Ilmselgelt on võimalik kahju esinemist argumenteerida, kui selliseid faile toodetak ja levitatakse, veelgi hullem, kasutatakse laste seksuaalsel ahvatlemisel. Ka direktiivis on siiski jäetud võimalus, et virtuaalse lapsporno puhul võib liikmesriik sellise materjali vaid oma isiklikuks tarbeks hoidmise jätta karistusalaast väljapoole.

⁴⁴ Samas, § 45 komm. 17.3.

Olen seisukohal, et käesoleval juhul valgub KarS § 178 sõnastus lubamatult laiali ning võimaldab riigi karistusvõimu teostada valdkonnas, kus see ilmselt pole põhjendatud. Nii oleks mõistlik eeskju võtta riikidelt, kes on karistusulatuses väljapoole jätnud sellised teosed, mille puhul on võimalik täheldada kultuurilist, ajaloolist või teaduslikku väärtust. Samuti vääraks arutelu selline lähenemine, mille korral kuriteona poleks käsitletav juht, mil isik hoiab enda tarbeks (s.t mitte levitamiseks) materjale, kus kujutatakse erootilises või pornograafilises situatsioonis virtuaalseid isikuid, fantaasiaid ja mõtteavaldusi ning reaalselt last, keda kahjustatakse, ei ole olemas. KarS § 178 koosseisu üle ei ole Eestis avalikku arutelu toimunud, kuid ilmselt see vääraks seda. Riigil on piisavalt oskusi ja võimekust, et lapspornograafiliste materjalidega seonduvaid kuritegusid avastada ja menetleda ning sealjuures on oluline, et keelatud tegu oleks selgelt ja üheselt sätestatud.