



# KOHTUOTSUS

## EESTI VABARIIGI NIMEL

<b>Kohus</b>	Harju Maakohus
<b>Otsuse tegemise aeg ja koht</b>	16.mail 2017, Tallinn
<b>Kriminaalasja number</b>	1-15-11024 (14230113326)
<b>Kohtunik</b>	Leo Kunman
<b>Kohtuistungi sekretär</b>	Katrin Lopsik, Jelena Smirnova
<b>Prokurör</b>	Lea Pähkel
<b>Kriminaalasi</b>	<b>Kaur Kender´i süüdistuses KarS § 178 lg 1 järgi</b>
<b>Süüdistatav</b>	<b>Kaur Kender</b> (isikukood <b>37105275221</b> , elukoht: Xxxx, Eesti Vabariigi kodanik, keskharidusega, emakeel: eesti keel, kirjanik, karistatus: karistamata, <u>tökend puudub</u> )
<b>Kaitsja</b>	Paul Keres
<b>RESOLUTSIOON</b>	Juhindudes KrMS § 306, § 309 lg 2, § 311, § 312, § 314, § 315, § 319, § 181 lg 1, SKHS § 7 lg 1, § 11 lg 2, VÕS § 1047 lg 2 kohus <b>otsustas</b>

1. Mõista Kaur Kender KarS § 178 lg 1 järgi õigeks.
2. KrMS § 181 lg 1 alusel hüvitada Kaur Kender´ile tema poolt kantud õigusabikulud summas 20028 eurot ja kulud, mis on tekkinud seoses kriminaalmenetlusega (USA asjatundja Amy Neuhardt´i hinnang ja Suurbritannia õiguseksperti Richard Samuel´i hinnang) kogusummas 35 666,90 eurot.
3. Mõista Eesti Vabariigilt Kaur Kender´i kasuks välja süüteomenetluses tekitatud mittevahaline kahju summas 500 eurot.
4. Ekspertiisitasud (kohtupsühhiaatria-psühholoogia komplekseksperitiisi maksumus summas 1140 eurot ja semiootika ekspertiisi maksumus summas 3840 eurot) tuleb jätta riigi kanda.

### Edasikaebamise kord

Kohtuotsuse peale saab kaevata. Apellatsioonioõiguse kasutamise soovist tuleb teatada Harju Maakohu Liivalaia kohtumajale seitsme päeva jooksul alates kohtuotsuse resolutiivosa kuulutamisest.

Apellatsioon esitatakse ringkonnakohtule kirjalikult 15 päeva jooksul alates otsuse avalikult teatavakstegemisest.

## SÜÜDISTUS

**Käesolevas kriminaalasjas on Kaur Kender'ile** esitatud süüdistus selles et tema, viibides Ameerika Ühendriikides, lõi 23.12.2014 eestikeelse pornograafilise kirjandusteose *UNTITLED 12*, milles on toonud labaselt ja pealetükkivalt esiplaanile seksuaalsed toimingud ning jätnud tagaplaanile teised inimlikud seosed; teose 1., 3., 5., 6., 7. osas /peatükk, allosa/ kirjeldab ta korduvalt detailselt alla neljateistaastaste laste julma seksuaalset väärkohtlemist – täiskasvanud mehe sadistlikku anaalset, vaginaalset ja oraalset suguühet 11- ja 13-aastase poisiga ning 12-aastase, 7-aastase, 8-aastase, 4-aastase tüdrukuga, sh kirjeldades nende laste tapmist seksuaalse väärkohtlemise käigus.

Viibides Ameerika Ühendriikides avaldas Kaur Kender 23.12.2014 eelnimetatud kirjandusteose internetilehel *nihilist.fm*, mis asub Ühendkuningriigis Gloucesteris registreeritud serveris, mille registreerijaks ja administraatoriks ta ise on, ja hoidis antud kirjandusteost antud veebilehel ajavahemikul 23.12-31.12.2014, tehes selle nii kättesaadavaks teistele isikutele. Seega pani Kaur Kender toime KarS § 178 lg 1 ettenähtud kuriteo, s.o. nooremalt kui neljateistaastast isikut pornograafilises ja erootilises situatsioonis kujutava kirjutise valmistamise, hoidmise ja teisele isikule muul viisil kättesaadavaks tegemise.

**02.05.2016 kohtuistungil** kinnitas **Kaur Kender**, et on süüdistusakti koopia kätte saanud, õigused ja kohustused on arusaadavad, saab aru, mida süüdistuses väidetakse, end süüdi ei tunnista (kd 2 tl 85,88).

Viimases sõnas selgitas Kaur Kender (kd 5 tl 144-147), et *Untitled12 on müügil täiesti tavalise ja mitte nii väga enneolematu teosena kogu vabas maailmas, USA-s, Suurbritannias, Saksamaal, Soomes, Jaapanis nii eesti- kui ka ingliskeelsena juba aasta jagu. Tavaline ja normaalne transgressiivne kirjandus. See, et muudes keeltes tapetakse ja vägistatakse lapsi, see ei loe. See, et de Sade on 120 päeva Soodomas välja toonud kümnete seksuaalvägivalla kätte surevate ohvrite vanused, 11-15 eluaastat, kirjeldanud üksikasjalikult nende piinamist, sandistamist, mõrvamist - see ei loe; ja et see kõik on ilusti eesti keelde tõlgitud ja avaldatud - see ei loe.*

*Mis saab neist 47 ja rohkemast inimesest, kes samuti selle teksti netis avaldasid, teades, et terve mõistus ütleb igale inimesele - see ei ole lapsporno, see pole üldse porno, see on antiporno, see on kõike muud, kui porno. Mis saab temast, kui ta selle loo uuesti avaldab, või kui homme avaldab selle veel 100, või 1000, või 10 000 inimest. Kujutage ette mingit noort kirjaniku. Aga keda on lapsena seksuaalselt ärakasutatud. Ja kes kirjutab sellest eesti keeles novelli või raamatu.“*

**Süüdistatava kaitsja Paul Keres** palub mõista Kaur Kender KarS § 178 lg 1 järgi õigeks (kaitsekõne teesid kd 5 tl 84-110). Mõista Eesti Vabariigilt Kaur Kender'i kasuks välja kaitsjale makstud mõistlik tasu summas 20 028 eurot. Mõista Eesti Vabariigilt Kaur Kender'i kasuks kriminaalmenetlusega seoses tekkinud menetluskulud summas 35 666,90 eurot (kd 5 tl 111-141). Mõista Eesti Vabariigilt Kaur Kender'i kasuks välja süüteomenetluses tekitatud mittevaralise kahju hüvitamiseks õiglane hüvitis vastavalt kohtu siseveendumusele (kd 5 tl 39-43).

Kohtuistungil jäi **prokurör** esitatud süüdistuse juurde (süüdistuskõne kd 5 tl 74-81), leides, et Kaur Kender'i süü on tõendatud täies mahus. Prokurör taotles Kaur Kender'ile kergemat liiki karistust, s.o rahalist karistust 300 päevamäära ulatuses (2013.a oli Kaur Kenderi'i päevane sissetulek 13,13 eurot) ehk kokku 3939 eurot. Välja mõista sundraha ja semiootika ekspertiisi tasu.

Kohtule esitati järgmised, kirjalikud tõendid:

- Väljatrükk Amazon'i veebipoest [www.amazon.co.uk](http://www.amazon.co.uk), tõlge (kd 1 tl 118-123).
- 29.12.2014 koostatud vaatlusprotokoll lisadega (ekraanitõmmised 96 lehel) (kd 1 tl 124-220).

- Kultuuriministeeriumi pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni arvamus Kaur Kenderi teose *UNTITLED 12* sisu kohta ning lisad (kd 2 tl 1-17).
- 10.11.2015 koostatud sideettevõtjalt saadud andmete protokoll (kd 2 tl 18-19).
- Ameerika Ühendriikide justiitsministeeriumi vastus Eurojust Eesti esindaja päringule asjas nr ID2466 (e-kirja vahetus) ja 29.03.2013 Ameerika Ühendriikide Ringkonnakohtu Georgia Keskringkonna Albany jaoskonna otsus kohtuasjas nr L07-CR-18(WLS) (kd 2 tl 20-54,55-61).
- Elektroonilise päringu <http://whois.domaintool.com> vastus (e-kirja vahetus) internetilehe *nihilist.fm* kohta (kd 2 tl 62-67).
- Eurojusti Ühendkuningriigi esindaja vastus Eesti esindaja päringule asjas nr ID2466 (kd 2 tl 68-74, 105).
- 27.05.2015 koostatud MTÜ Lastekaitse Liidu seisukoht (kd 2 tl 75-76).
- Karistusregistri väljatrükk (kd 2 tl 77-81).
- 16.01.2015 SA PERH vastus 14.01.2015 Politsei- ja Piirivalveameti Põhja Prefektuuri Lastekaitseteenistuse järelepärimisele (kd 2 tl 82).
- Teatis kahtlustatava (Kaur Kender) keskmise päevasissetuleku, elatustaseme, maksustava tulu kohta (kd 2 tl 83-84).
- E-kirjad, Xxxxteade Politsei- ja Piirivalveametile, Riigiprokuratuurile, Põhja Ringkonnaprokuratuurile (kd 3 tl 55-56,57-63)
- 05.02.2016 koostatud Põhja Ringkonnaprokuratuuri teade kriminaalmenetluse nr 1673000053 alustamata jätmisest (kd 3 tl 64-66).
- 27.08.2015 koostatud Xxxx'i teade võimaliku kuriteo kohta (kd 3 tl 187-194).
- 04.09.2015 koostatud Politsei- ja Piirivalveameti teatis kriminaalmenetluse alustamata jätmises (kd 3 tl 195-196).
- Põhja Ringkonnaprokuratuuri prokurör Lea Pähkel 28.09.2015 kaebuse rahuldamata jätmise määrus (kd 3 tl 197-199).
- 17.08.2015 koostatud Xxxx'a teade võimaliku kuriteo kohta (kd 3 tl 200-204).
- 26.08.2015 koostatud Politsei- ja Piirivalveameti teatis kriminaalmenetluse alustamata jätmises (kd 3 tl 205-206).
- *Lolita*, Vladimir Nabokov, 1980, tõlge eesti keelde 1990, 2012, kokku 348 lk (kd 3 tl 110-196).
- *Päkapikk kirjutab*, Jüri Ehlvest, 1997, kokku 217 lk (kd 3 tl 1-54).
- Romaan *Sinine pekk*, Vladimir Sorokin, 1999, Moskva, tõlge eesti keelde 2002, kokku 311 lk (eraldi ümbrikus).
- Romaan *Alasti lõunasöök*, William Burroughs, 1959, inglise keelsest tõlkinud Olavi Teppan 2011, kokku 319 lk (eraldi ümbrikus).
- *Soodama 120 päeva*, Markii de Sade, AS Maarja väljaanne, kokku 174 lk (eraldi ümbrikus).
- *UNTITLED 12* eesti keeles, Kaur Kender 12.04.2016, USA Charleston, SC.
- *UNTITLED 12* inglise keeles, Kaur Kender 02.05.2016 USA San Bernardino, CA (eraldi ümbrikus).
- Kaur Kender'i avaldatud artiklid: <http://nihilist.fm/fentanuul-ja-sajad-miljonid-eurod/>; <http://www.postimees.ee/1463175/sonaseletusi-kultuuritegelaste-poordumisele/>; <http://nihilist.fm/milline-miin-saja-milline/>; <http://nihilist.fm/f-sona-ehk-repliik-hardo-ja-ahto-kirjavahetusele/>; <http://nihilist.fm/mikto-fasistliku-karske-estee-poole/>; <http://nihilist.fm/tervitusi-jurgenile/>; <http://majandus24.postimees.ee/3252683/varoufakis-saatis-kaur-kenderile-tanukirja/>; <http://ohtuleht.ee/694742/galerii-laske-elada-raisk-toompeal-nouti-narkopoliitika-leevendamist/>; <http://nihilist.fm/aus-vale-574939/>; <http://nihilist.fm/aus-vale-574939/> (kd 3 tl 67-74,75-88,89-94, 95-96, 185-186).
- Transgressiivse kirjanduse poetikast. Näiteid eesti nüüdiskirjandusest. Kirjandusteadlase xxxxarvamus (kd 3 tl 108-129). Professor Sirje Xxxx'i arvamus (kd 3 tl 130-131). Eesti Kirjanike Liidu liige, ajakirja Vikerkaar toimetaja arvamus (kd 3 tl 132-135).

- Humanismi tagapalged. xxxx arvustab Kaur Kenderi skandaalset teksti (<http://ekspress.delfi.ee/areen/humanismi-tagapalged-meelis-oidsalu-arvustab-kaur-kenderi-skandaalset-teksti?id=71367611>) kd 3 tl 136-141.
- PEN-klubi Eesti keskuse pöördumine Kaur Kenderi kaitseks (<http://arvamus.postimees.ee/3476019/pen-klubi-eesti-keskuse-poordumine-kaur-kender>) kd 3 tl 142.
- 24.08.2015 koostatud kaebuse rahuldamata jätmise määrus (kd 3 tl 148-151).
- 10.05.2016 koostatud Ameerika Ühendriikide asjatundja (Advokaadibüroo Boies Schiller & Flexner LLP) Amy L. Neuhardt'i õiguslik arvamus, 11.04.2016 koostatud kiri õiguslikule eksperdile, tõlge (kd 4 tl 1-40).
- Inglise advokaadi Ricahrd Graham Samuel'i ekspertarvamus ja kiri õiguslikule eksperdile koos tõlkega (kd 4 tl 41-102).
- 04.05.2016 koostatud Raivo Sepp'a (Eurojusti Eesti liige, riigiprokurör) vastus päringule kriminaalasjas nr 14230113326 (kd 4 tl 104).
- 10.05.2016 vastus päringule kriminaalasjas nr 14230113326 (kd 4 tl 103).
- E-kirjavahetus (Steve Grocki ja pr Lea Pähkel'i vahel) kd 4 tl 105.
- 27.04.2016 koostatud AB Glikman, Alvin & Partnerid OÜ päring Raivo Sepp'ale seoses 12.11.2015 ja 30.11.2015 arvamusega (kd 4 tl 106-116).
- E-kirjavahetus (Steve Grocki ja adv Paul Kerese vahel) kd 4 tl 117-122.
- 17.11.2011 koostatud asitõendi (CD-plaat) vaatlusprotokoll, protokolli lisad väljatrükk failist Mother3 ja Mona.pdf, tõlge inglise keelest (kd 4 tl 123-126).
- 20.05.2015 koostatud asitõendi vaatlusprotokoll, väljatrükk failist, tõlge vene keelest (kd 4 tl 127-138).
- 07.06.2016 kohtunõue, päringu täpsustus, 20.06.2016 koostatud Haigekassa vastus 07.06.2016 päringule (kd 4 tl 171-180).
- Kohtupsühhiaatria-psühholoogia komplekseksperdi akt nr 20/26, arved (kd 5 tl 8-15,18-19, 22-24).
- Semiootika ekspertiis (kd 5 tl 55-72).
- Menetluskulude nimekiri (kd 5 tl 111-141)

KrMS § 60 (Tõendatus ja üldtuntus) lg 1 kohaselt tugineb kohus kriminaalasja lahendamises asjaoludele, mis ta on tunnistanud tõendatuks või üldtuntuks. Tõendatus on kohtul tõendamise tulemusena kujunenud veendumus, et tõendamiseseme asjaolud on olemas või puuduvad (KrMS § 60 lg 2). Üldtuntuks võib kohus tunnistada asjaolu, mille kohta saab usaldusväärset teavet kriminaalmenetlusvälistest allikatest (KrMS § 60 lg 3). Tõendeid ja asjaolusid analüüsides juhindub kohus KrMS §-st 60.

KrMS § 63 lg 1 sätestab, et tõend on kahtlustatava, süüdistatava, kannatanu ja tunnistaja ütlus, eksperdiarvamus, eksperdi antud ütlus ekspertiisiakti selgitamisel, asitõend, uurimistoimingu, kohtuistungiga jälitustoimingu protokoll või muu dokument ning foto või film või muu teabesalvestis.

KrMS § 63 lg 1 mõttes on e-kirjad käsitletavad muude dokumentidena, mis võivad olla kriminaalmenetluses tõenditeks. Kohus on seisukohal, et e-kirjade kasutamine tõenditena on lubatav, sest need on saadud seaduslikul teel. KrMS § 123 lg 1 sätestab, et tõendamisel võib kasutada dokumenti, mis sisaldab teavet tõendamiseseme asjaolude kohta. Kohtule on esitatud üks USA kohtulahend. Kohus on seisukohal, et ainuüksi see fakt, et kohtuotsuse on teinud välisriigi õiguskaitseasutus, on piisav tagamaks selle dokumendi usaldusväärseuse ning kasutamise lubatava tõendina olukorras, kus dokumendi allika usaldusväärsest ei ole kahtluse alla seatud.

KrMS § 63 lg 1 mõttes on väljatrükkid internetist käsitletavad muude dokumentidena, mis võivad olla kriminaalmenetluses tõenditeks. KrMS § 123 lg 1 sätestab, et tõendamisel võib kasutada dokumenti, mis sisaldab teavet tõendamiseseme asjaolude kohta.

Kohtule on esitatud kirjalikud arvamus, kirjandusteosed (raamatud). Tegemist on vabatõenditega (KrMS § 63 lg 2) kriminaalmenetluses asjaolude kohta, seega on need lubatavad.

Kohtuekspertiis on KES § 2 kohaselt menetlusasjas eksperdikis määratud isiku erialane tegevus, mille eesmärk on uurida esitatud materjali ja anda ekspertiisiülesandest lähtudes teaduslikult põhjendatud eksperdiarvamus. KES § 4 lg 1 kohaselt ekspert on isik, kes kohtuekspertiisi tehes kasutab mitteõiguslikke eriteadmisi, seaduses sätestatud juhul ka õiguslikke eriteadmisi. KES § 4 lg 2 kohaselt eksperdikis võib olla kohtuekspert, riiklikult tunnustatud ekspert või menetleja määratud muu isik.

Harju Maakohtu 27.06.2016 määrusega määrati Kaur Kender'ile ambulatoorne kohtupsühhiaatria-psühholoogia kompleksekspertiis. Ekspertiisi teostamise ülesande määras kohus psühhiaater dr xxxx ja psühholoog xxxx. Kohus määras anda ekspertide käsutusse kriminaalasja toimik nr 1-15-11024 ning Eesti Haigekassa väljavõtte Kaur Kender'i kohta. Kohus märkis, et ekspertidel on õigus tutvuda andmevaldaja juures kõigi Kaur Kenderi ravi- ja sotsiaalteenuste osutamisega seotud dokumentidega. Kohus esitas ekspertidele järgmised küsimused: Milline oli Kaur Kenderi psüühiline seisund kuriteo toimepanemise ajal, kas ta oli võimeline mõistma talle inkrimineeritud kuriteo toimepanemise ajal teo olemust ja seda juhtima? Kas Kaur Kenderil esineb psüühikahäireid, mis piiravad tema võimet oma käitumisest aru saada ja seda juhtida? Kas Kaur Kenderil esineb isiksusehäireid, mis piiravad tema võimet oma käitumisest aru saada ja seda juhtida? Kas Kaur Kenderil esineb kognitiivseid defitsiite, mis piiravad tema võimet oma käitumisest aru saada ja seda juhtida? Kas Kaur Kender on võimeline kandma süüdimõistmisel karistust? Kas Kaur Kender vajab psühhiaatrilist ravi?

Harju Maakohtu 27.06.2016 määruse peale esitas kaebuse Kaur Kender'i kaitsja Paul Keres (kd 4 tl 192-197). Tallinna Ringkonnakohtu 17.08.2016 määrusega jäeti Kaur Kender'i kaitsja Paul Keres'e määruskaebus Harju Maakohtu 27.06.2016 määruse peale läbi vaatamata (kd 4 tl 206-209). Edasi esitas Kaur Kender'i kaitsja Paul Keres Tallinna Ringkonnakohtu 17.08.2016 määruse peale määruskaebuse (kd 5 tl 1-5). 03.10.2016 jättis Riigikohtu kriminaalkolleegium Kaur Kender'i kaitsja vandeadvokaat Paul Keres'e määruskaebuse menetlusse võtmata (kd 5 tl 6).

03.12.2016 koostasid eksperdid Katrin Eino ja Tiina Kompus kohtupsühhiaatria-psühholoogia kompleksekspertiisi akti nr 20/26 (kd 5 tl 8-15,18-19, 22-24).

Harju Maakohtu 08.02.2017 määrusega määras kohus semiootilise ekspertiisi teostele *Uued naabrid, Ema ja kolm tütart, Mona: kase ja voodi lugu* ning *Untitled 12*. Kohus tegi ekspertiisi teostamise ülesandeks semiootikaekspert xxxx. Kohus määras anda eksperdi käsutusse teosed *Uued naabrid, Ema ja kolm tütart, Mona: kase ja voodi lugu* ning *UNTITLED12*, asitõendi protokoll koos prokuröri poolt kohtule esitatud CD-ga. Kohus esitas ekspertidele järgmised küsimused: a) Kas ülalnimetatud teoste puhul on tegemist tarbekirjandusega (pornokirjandus) või kunstilise kirjandusega ning milliste tunnuste järgi tekstid selliselt liigituvad? b) PortS § 1 lg 2 p-s 3 toodud definitsioonist ja direktiivi artiklist 1 lähtudes palume hinnata kas teostes *Uued naabrid, Ema ja kolm tütart, Mona: kase ja voodi lugu* ja *UNTITLED12* 1., 3., 5., 6. ja 7. osas on kujutatud seksuaalseid toiminguid lastega labaselt ja pealetükkivalt. c) Palume välja tuua, milliste tekstis väljatoodud tunnuste või kirjelduste abil on võimalik aru saada, et teostes *Uued naabrid, Ema ja kolm tütart, Mona: kase ja voodi lugu* ja *UNTITLED12* 1., 3., 5., 6. ja 7. osas on kujutatud seksuaalseid toiminguid just lastega. Kohus leidis, et tekstide sarnasuse selgitamine liigi, žanri ja põhitunnuste järgi nõuab eriteadmisi ning eksperdi arvamus on kriminaalasja lahendamisel tähtis. 20.03.2017 esitas ekspert xxxx semiootika ekspertiisakti (kd 5 tl 55-72).

Kohus leiab, et 20.03.2017 koostatud semiootilise ekspertiisi aktis kd 5 tl 55-72 toodud ekspert xxxx uurimus sisaldab tekstide kvalitatiiivset ja kvantitatiivsed analüüsi, põhjalikult on välja toodud uuringute, meetodi ja analüüsi kirjeldus ning vastab KrMS § 107 nõuetele/tunnustele. Ekspertiisakt on lubatav ja usaldusväärne ning kohtus tugineb ekspertiisaktile, sh eksperdiarvamusele.

Kohtule on esitatud Kultuurministeeriumi 06.02.2015 vastus Politsei- ja Piirivalveameti Põhja Prefektuuri kriminaalbüroo lastekaitseteenistuse 13.01.2015 päringule, Kultuurministeeriumi 16.02.2015 vastus Põhja Prefektuuri Politsei- ja Piirivalveameti 10.02.2015 päringule ning lisad (kd 2 tl 1-15,17). Kohus ei nõustu kaitsja seisukohaga, et ühegi ekspertkomisjoni liikme puhul ei ole objektiivselt võimalik tuvastada tema erialast

pädevust anda adekvaatset hinnangut kirjandusteosele, tegemist ei ole tunnistajatega, ekspertkomisjoni raport ei saa olla ekspertiisiakt, seega on kaitsja arvates ekspertkomisjoni raport lubamatu tõend.

Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageeritavate teoste ekspertkomisjoni koosseis on kinnitatud kultuurministri käskkirjaga nr 245 23.08.2013 (muudetud 04.02.2014 käskkirjaga nr 52) Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageeritavate teoste leviku reguleerimise seaduse § 8 lg 2 alusel (kd 2 tl 15). Komisjoni esimees on Tõnu xxxx(Kultuuriministeerium), komisjoni liikmed: Hillar xxx (Kultuuriministeerium), Kristel xxxx (Haridus- ja Teadusministeerium), Tõnu xxxx(Sotsiaalministeerium), Kristiina Luht (Sotsiaalministeerium), Heiki xxxx (Eesti Kinoliit), Peeter xxxx (Eesti Kunstnike Liit), Malle xxxx (Eesti Kaitseliit), Pille xxxx (Politsei- ja Piirivalveamet), Erik xxxx (Eesti Autoriõiguse Kaitse Organisatsioon).

Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seaduse § 7 lg 1 kohaselt on teose sisu määratlemine käesoleva seaduse tähenduses otsustus, kas teos on või ei ole pornograafilise sisuga või vägivalda või julmust propageeriv, millest tulenevalt rakendatakse või ei rakendata käesoleva seaduse 1. peatükis sätestatud. Samas lg 2 kohaselt määratleb ettevõtja teose sisu enne levitamisele või demonstreerimisele asumist. Kui teose sisu ei ole üheselt määratletav, on ettevõtjal õigus taotleda teose läbivaatamist ja sisu määratlemist teoste ekspertkomisjonis (edaspidi ekspertkomisjon). Samas lg 3 kohaselt tuleb ekspertkomisjonis läbivaatamisel oleva teose levitamisel ja demonstreerimisel lähtuda eeldusest, et teos on pornograafilise sisuga või vägivalda või julmust propageeriv ning lg 4 kohaselt kui teos on läbi vaadatud ekspertkomisjonis, loetakse teose sisu kõikidel juhtudel määratletuks ekspertkomisjoni otsusega, välja arvatud juhul, kui ekspertkomisjoni otsuse on muutnud valdkonna eest vastutav minister vastavalt käesoleva seaduse §-le 11.

Teose sisu määratlev ekspertkomisjon tegutseb Kultuuriministeeriumi juures (Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seadus § 8).

Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni ülesanne on teoste läbivaatamine nende sisu määratlemiseks vastavalt PorTS'ile. Teose läbivaatamine ja sisu määratlemine fikseeritakse komisjoni otsusega. Taotlusi sisu määratlemiseks esitavad teoste levitamise või demonstreerimisega tegelevad ettevõtjad ja järelevalveametnikud. Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni vastused lisadega on käsitletavad muude dokumentidena (KrMS § 63 lg 1), mis võivad olla kriminaalmenetluses tõenditeks.

KrMS § 63 lg 1 kohaselt on tõendiks mh asjatundjate ütlused. Vastavalt KrMS § 109<sup>1</sup> lõigus 1 sätestatule on asjatundja füüsiline isik, kellel on eriteadmised, mida ta rakendab kriminaalmenetluse seadustikus sätestatud juhtudel ja korras, kuid keda ei ole kaasatud kriminaalmenetlusesse eksperdina. Menetlustoimingutes võib asjatundjat üle kuulata asjaolude kohta, millest asjatundja oskab anda selgitusi oma eriteadmistest lähtudes, kui see on vajalik tõendamiseseme asjaolude paremaks mõistmiseks (KrMS § 109<sup>1</sup> lg 3 p 1,2). Asjatundja ütluste usaldusvärsuse hindamisel on oluline täheldada ka asjatundja erapooletust antud kohtumenetluses. Kohtul ei ole tekkinud kahtlusi selles, et asjatundjad ei oleks erapooletud. Kohus on seisukohal, et kõikide asjatundjate ütlused on usaldusväärsed ning seetõttu ka lubatavad tõendid, millele saab tugineda kohtuotsuse tegemisel.

03.05.2016 kohtuistungil andis ütlusi **IT-asjatundja xxxx**(kd 2 tl 100). 04.05.2016 kohtuistungil andis **asjatundjana** ütlusi psühhiaater-seksuoloog kd 2 tl 106-109. 09.05.2016 kohtistungil andsid **asjatundjatena** ütlusi xxxx (Helsingi Ülikooli Jaapani keele- ja kultuuri professor ja Tallinna Ülikooli kultuuriteooria vanemteadur), xxxx (Eesti teatrikriitik, teatrijuht, hariduselt ajaloolane-sotsioloog, aastatel 1995–1999 kultuuriminister), xxxx (kirjanduskriitik, eesti keele filoloog, Kunstiakadeemia lektor) kd 3 tl 152-163. 11.05.2016 kohtuistungil andsid **asjatundjatena** ütlusi xxxx (Tallinna Ülikooli kultuuriuuringute doktorant, õpetab filosoofiat, antropoloogiat, kultuuriteooriat), xxxx (Tartu Ülikooli eesti kirjanduse lektor), xxxx (kultuuri- ja kirjanduse ajakirja *Vikerkaar* toimetaja), xxxx(Eesti Kirjanike Liidu liige, kultuurikriitik) kd 3 tl 169-182. Tulenevalt asjatundjate elukutsest, haridusest ning pikaajalisest kogemusest ei kahtle kohus kutsutud asjatundjate pädevuses.

KrMS § 63 lg 1 kohaselt on tõendiks tunnistaja ütlused. 10.05.2016 kohtuistungil andis ütlusi **tunnistaja xxxx** (kd 3 tl 165-166).

KrMS § 63 lg 1 kohaselt on tõendiks mh süüdistatava ütlused. 13.05.2016 kohtuistungil andis ütlusi **süüdistatav Kaur Kender**.

KrMS § 312 p 2 kohaselt esitatakse kohtuotsuse põhiosas tõendid, mida kohus ei pea usaldusväärseks ja põhjendus, miks ta neid usaldusväärseks ei pea.

Seadus näeb ette menetleja kohustuse selgitada tunnistajale tema õigusi ja kohustusi (KrMS § 68 lg 1,2) ning võtta tunnistajalt ka sellekohane allkiri. Alles seejärel, kui tunnistajale on eelnimetatud asjaolud teatavaks tehtud ja sellesisuline allkiri võetud, on ta menetluse osaleja. 09.05.2016 asjatundjana ülekuulatud Rein Raud'a hoiatas kohus ütluste andmisest keeldumise või teadvalt vale ütluse andmise eest hiljem, 13.05.2016 (kd 3 tl 183). Seega ei saa kohus otsuse tegemisel arvestada ülekuulatud asjatundja Rein Rauda ütlustega.

Kohtule on esitatud Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teose ekspertkomisjon otsuse teose UNTITLED 12 sisu kohta (kd 2 tl 16-17). 09.03.2015 pöördus OÜ NIHILIST.FM Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate ekspertkomisjoni poole taotlusega määrata teose *UNTITLED 12* sisu tulenevalt PorTS § 7 lg 1. Komisjon arutas laekunud taotlust elektroonilisel koosolekul, mis toimus 11.-30.03.2015. Koosolekul osalesid xxxx (komisjoni esimees), xxxx, xxxx, xxxx, xxxx, xxxx, xxxx ja xxxx. Oma arvavust ei ole esitanud komisjoni liige xxxx. Lähtudes 05.04.2015 protokollis nr 5 toodud põhjendustest ja juhindudes PorTS § 10, koostas 07.04.2015 Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teose ekspertkomisjon otsuse teose UNTITLED 12 sisu kohta (kd 2 tl 16-17):

*1. Teos UNTITLED 12 on pornograafilise sisuga teos PorTS § 1 lg 2 p 3 mõistes, sest teoses kujutakse alaealisi pornograafilistes, rõvedates ja vägivaldsetes situatsioonides. Tekstis leidub piisavalt viiteid nii laste vanusele, kelle puhul seksuaalset vägivalda kasutakse, kui detailseid kirjeldusi, kuidas seda tehakse. Seksuaalsed tegevused on kirjutises esiplaanil, kuna tekst sisaldab peaaegu valdavalt detailseid kirjeldusi seksuaaltoimingutest. Seksuaaltoimingute kirjeldamisel kasutatakse labast sõnastust ning selline labane kirjeldamine on teoses läbiv ja moodustab antud kirjutise põhimahu. Muud inimlikud seosed on kirjutises jäetud tahaplaanile. Teose alguses on näiteks väga detailselt kirjeldatud, kuidas 13-aastase poisiga seksuaalkontakti astutakse. Sellist kirjeldusviisi võib pidada labaseks, pealetükkivaks ja väljakutsuvaks. Siinkohal ei ole oluline, kas kirjeldus käib reaalse inimese (lapse) kohta või on tegelane väljamõeldud. Kirjutisega antakse signaal, et lapsi ja naisi võib kasutada vägivaldsetes seksuaalfantaasiates.*

*2. Kuna teoses UNTITLED 12 on detailselt ja labaselt kirjeldatud seksuaaltoiminguid alaealistega, siis juhib komisjon OÜ Nihilism.fm tähelepanu, et teose avaldamisel tuleb lähtuda Eesti Vabariigis kehtivates õigusaktidest, sealhulgas KarS § 178.*

*3. Teha käesolev otsus kolme tööpäeva jooksul teatavaks OÜ'le Nihilist.fm ja avalikult teatavaks üleriigilise levikuga ajalehe kaudu.*

Taotlus oli esitatud seoses sama teosega *UNTITLED 12*, kuid kirillitsas. Kohtule ei ole selle kohta tõendeid (komisjoni poolt analüüsitud teksti) esitatud. Seega kohus ei saa tõendina kasutada.

Ülejäänud esitatud tõendid on asjakohased ning neid võib kriminaalasja lahendamisel kasutada.

Käesolevas kriminaalasjas kaitsja Paul Keres juhtis tähelepanu kohtumenetluse käigus (03.05.2016, 04.05.2016 kohtuistungid) tõlkevigadele (inglise-eesti) prokuröri poolt esitatud Eurojusti Ühendkuningriigi esindaja vastuses Eesti esindaja päringule asjas nr ID2466 (tõlgitud). KrMS § 161 lg 2 kohaselt tõlk on erialakeelt oskav isik ning tõlgi ülesannet ei või täita kriminaalmenetluses muu subjekt. 04.05.2016 kohtuistungil esitas prokurör parandatud tõlge (kd 2 tl 105).

**03.05.2016 kohtuistungil andis IT-asjatundjatundjana Andrei Semenjutin**, et IP-aadress on füüsiline tunnus, ehk tehniline parameeter, mis näitab serveri asukohta. Veebikeskkond <http://whois.domaintool.com> on

avalik internetiteenus. Veebilehe *nihilist.fm* server asub Suurbritannias Gloucesteris. Veebileht on loodud 17.06.2014, tehniline kontakt on Kaur Kender, Xxxx.

**04.05.2016 kohtuistungil andis asjatundjana ütlusi Imre Rammul**, Põhjamaade kliinilise Seksuoloogia Seltsi poolt atesteeritud 2000.a kui kliiniline seksuoloog, töötab seksuoloogina 1987 aastast, hetkel psühhiaater-seksuoloog Arstlikus Perenõuandlas. Imre Rammul selgitas, et pedofiilia on seksuaalsuundumuse häire, mis on suunatud eelkõige varapuberteedi- ja eelpuberteetialistele lastele. Pedofiilide tavapäraseks seksuaalobjektiks on alla 10-aastased lapsed. Pedofiilia ja üldse kõik seksuaalkuriteod võivad olla *hands on, hands off*, mis tähendab, et kas selle puhul on vahetut kontakti või ei ole. *Hands off* tüüpiline kuritegu on lapsporno regulaarne tarvitamine seksuaalse erutuse saamise eesmärgil. *Hands on* kuritegu on vahetu kontakt ohvri ja pedofiili vahel. Pedofiilid ei eristu keskmisest kodanikust. Täpselt nagu tavaseksuaalse inimese juurest võib leida täiskasvanute pornot, võib pedofiili juurest leida samasuguseid asju. See on inimesele omane, et otsid mingeid surrogaate, et kui konkreetse objekti ei ole, siis aitavad fantaasiad. Inimeste seksuaaleelistused ja seksuaalstsenaariumid on erinevad. Mõnele on tähtis näoilme, teisele rinnad. Sageli on ka personaalseid eelistusi. Et korduvaid seksuaalkuritegusid ei oleks, madaltakse pedofiili seksuaaltungi, muidu ei saa välistada igasuguseid pedofiilseid impulsse. Siis oskab pedofiil neid paremini kontrollida, ta oskab õigel ajal pöörduda spetsialisti poole ehk pidurid töötavad paremini. Pedofiili võib erutada nt ihunuhtlus ning muud seksuaalse alatooniga tegevused. Mõnel juhul piirdub pedofiil lapse tagasihoidliku puudutamisega. Sadism on rahvusvaheliste haiguste klassifikatsiooni taksonoomilises üksuses sadomasohhistlik seksuaalkäitumine. Seksuaalne sadism kitsamas tähenduses on valu ja kannatuste tekitamine selge erootilise eesmärgiga kas seksuaalakti käigus või väljaspool seda. Fetišism on konkreetse seksuaalsuunitluse suunatus mingisugusele konkreetsele objektile, mis esmaselt ei pruugi olla seksuaalse tähendusega. Nii anaalse, vaginaalse kui ka oraalne sadistliku seksuaalakti toimepanemisel võib tekkida tervisekahjustusi ja vigastusi. Imre Rammul arvamusel on Kaur Kenderi teos tülgastav.

**09.05.2016 kohtuistungil andis asjatundjana ütlusi xxxx**, hariduselt ajaloolane-sotsioloog, kahel korral Eesti kultuurminister aastatel 1989 ja 1995-1999. Selgitas, et jaanuaris 1996 tegi Kriminaalpreventatsiooni Nõukogu rea soovitusi Vabariigi Valitsusele seoses kriminaalpreventatsioonialase tegevusega ja üheks soovitusena oli aktiveerida võitlus pornograafia leviku osas Eesti Vabariigis. Paar nädalat hiljem võttis Vabariigi Valitsus vastu vastava korralduse nende soovitusete täitmiseks ning Kultuurministeeriumile tehti ülesandeks just see punkt. Otsustati kutsuda kokku selle soovitusete realiseerimiseks valdkondadevaheline spetsialistide komisjon. Ministriametis moodustas ta komisjoni, kus oli esindajaid nii sise-, justiits- kui ka haridusministeeriumist. Kogu koosseisu ei mäleta. Komisjoni töö tulemusena valmis Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seadus, mis kehtib Eesti Vabariigis siiani. Tol ajal kehtinud kriminaalkodeksi järgi oli karistatav selliste materjalide valmistamine, omamine, levitamine, ja paljundamine, kus alaealisi kujutatakse pornograafilises situatsioonis. Oli keelustatud alaealistele julmust ja vägivalda propageerivate teoste kättesaadavaks tegemine. Reguleerimata oli tavaline pornograafia, kus ei olnud kujutatud alaealist. Selles osas oli seaduses lünk. Teine lünk, mida spetsialistide komisjon tuvastas, oli see, puudus igasugune kontroll ja menetlusmehhanism julmust ja vägivalda propageerivate materjalide alaealistele kättesaadavuse üle. Uus seadus pidigi need lüngad täitma. xxxxmainis, et antud juhul on autor PEN klubi liige, on avaldanud üsna suure hulga teoseid ning üks Eesti Vabariigi kultuuriminister pidas vääriliseks olema Eesti kultuuriajalehe Sirp peatoimetaja. Kui rääkida kujutavast kunstist, siis käibefraas on see, et kunst on see, mida kunstnik loob. Kirjanik eristub grafomaanist selle poolest, et mõtleb kujundites ja selles, mis ta paberile paneb, on kujundlik sisu. Iga seda ala tundev inimene saab aru, kas see on kunstiline tekst või on see grafomaanlik tekst. Keegi ei pea kirjanduseks pornoajakirjades olevaid tekste. Need ei ole kunstilised tekstid. Kelle jaoks *UNTITLED12* kirjutatud on? Seda peaks küsima autorilt. xxxxon selle läbi lugenud. Riigikogus *Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seaduse* arutelul tõstatas Paul-Erik Rummo küsimuse, et on olemas selline žanr nagu õudukad. xxxxu meelest võiks just seda teost kogu selle rõveduses ja kõiges detailides ning muid taolisi teoseid kasutada seksuaalkasvatases. Kui võtta definitsiooni aluseks selle, et teos peaks tekitama seksuaalset erutust või iha, siis loomulikult on inimesi erisuguseid. Teos tekitab võikust, õõva ja paanilist hirmu kogu selle sfääri vastu ning näitas, mis võib juhtuda ükskõik mis eas inimesega, kui seksuaalse rahulduse otsimine lahutatakse igasugustest muudest hingelistest ja



psüühilistest vajadustest ning kuidas see viib isiksuse degenerereerumiseni ja degradeerumiseni. xxxx jaoks on see hoiatus ja õudukas. Ta ei kujuta ette, et mingi pornograafiline ajakiri oleks selle teose avaldanud.

**09.05.2016 kohtuistungil andis asjatundjana ütlusi xxxx**(kirjanduskriitik, eesti keele filoloog, Kunstiakadeemia lektor, kirjanduskriitik aastast 1995). xxxsselgitas, et pornograafia on kirjaliku tekstina tarbekunst. Tema sõnul seisneb pornograafia otstarve teatud tunnete, ihade, soovide tekitamises. Pornograafia jaguneb teadupärast kaheks - *hardcore* ja *softcore porno*. Eristus on üsna lihtne. *Soft porno* on erootika, seksuaalseid tegevusi ei näidata otseselt. *Hardcore porno* näitab aga seksuaalakti ekspressiivselt. Seega peaks iga inimene aru saama, kas erootiline tekst on *soft* või *hardcore porno*. Tarbetekstide keele, toime ja mõju eesmärk on selge. Kirjandusliku teksti puhul ei ole see kunagi üheselt selge. Pedofiilid ei pruugi külastada *nihilisti*, neil on mujaltki saada, meediat on ka piisavalt. Seda lugu oleks vaadanud 10 inimest ja tülgaastusega ära pöördunud, aga praegu on paljud lausa sunnitud tänu meedia huvile seda lugema. ....*Nihilistid ei ole midagi erutavat. Ma ei ole küll kohanud mitte midagi seksuaalset erutavat. Vastupidi - seal räägitakse kannatustest, vaevustest, hädadest, probleemidest. Mingisugune seksuaalne maailm on seal ikka väga kaugel.* xxxsarvab, et *UNTITLED12* liigitub kirjanduse hulka ehk kirjandustekstiks. See on üliküllastatud tekst. Eesti kirjanduses on väga vähe selliseid tekste. seda võib nimetada poeetiliseks keeleks. Tähtis ei ole see, mida öeldakse, vaid kuidas öeldakse. See on kõrgstiil. Isegi roppused võivad olla kirjanduses poeetilised. Tavamõistes tähendab poeetilisus kõrgluulet. Tehniliselt võttes on poeetiline keel võrdluste keel, sisu ei ole oluline. On olemas rituaalne ropendamine. See võib teatud kontekstis täita ühiskondlike funktsioone või rituaale. *UNTITLED12* on leidlik keekekasutus. Üldiselt kirjanikud enam ei viitsi, ei taha ja ei näe vaeva, et oma teksti küllastada sellise poeetilise keele kasutusega. Tekst kajastab esimestest ridadest peale vastumeelsust ja jälkust. See on nagu kujutelm. Adamsoni sõnul on sellel teosel Eesti kirjandusväljal kindlasti oma kunstiline väärtus. See on kindlasti märgiline teos. Kui kirjandus nihutab piire, ei pea me Eesti kirjandusest rääkima väga kinni hoides, et just Eesti oma. Ega Eesti kirjandust enam ei ole. Eesti kirjanikud kuuluvad juba maailmakirjandusse ja käivad seal ja nad võtavad mõõtu Euroopa kirjanikest. Ega sa ei lähe sinna, et tere, mina olen Eesti kirjanik ja ma kirjutan eesti keeles. See peab kõlama ka seal.

**11.05.2016 kohtuistungil andis asjatundjana ütlusi xxxx**(Tallinna Ülikooli kultuuriuuringute doktorant, õpetab filosoofiat, antropoloogiat ja kultuuriteooriat). Selgitas, et transgressiivne kunst on lai pika ajalooga ala. Transgressiivsuse juures on olemuslik joon piiride ja normide ületamine. Eristatakse kolme liiki transgressiooni – esteetiline, eetiline ja legaalne ehk ühiskondlike kokkulepe normide ületamine. Definiitsioone on erinevaid ja palju. Üks üldisemaid, mis ei ole definiitsioon, vaid kokkuvõtte transgressioonist – normide rikkumine kunsti alibi all. Igas ühiskonnas on omad normid, mis muutuvad nii ajas kui ruumis. Muutuvad ühiskondade vahel ja ühe ühikonna sees. Transgressiivne kunst, sealhulgas kirjandus, performatiivne kunst ja kujutav kunst kompavadki tavaliselt neid piire. Nad ei eita piiride olemasolu, vaid eeldavad neid ning rikuvad ja astuvad neist üle teadlikult. Kunsti alibi on see, kui neid piire rikutakse, siis kunst on see, mis sellisel juhul pakub vabanduse, õigustuse miks ja kuidas seda tehakse. See on levinud transgressioon. Kui minna *UNTITLED12* juurde, siis huvitav asi, mida Kaur Kender on teinud – ta on sellest alibist ise suuresti loobunud. Võrdlus tuleb väga hästi välja siis, kui võtta kõrvale *Lolita*, kus Nabokov kasutab väga selgelt kunsti viigilehte selleks, et rikkuda seda sama konkreetset normi alaealise seksuaalse kujutamise ja alaealisega seksinormi, ent see on tehtud nii kaunil kunstilisel kujul ja vormis, et seda saab igatüüpi välja lugeda ka ise selle viigilehe tagant. Küsimus ainult selles, et kirjanik kasutas seda alibit kirjutamiseks, vaid see alibi töötab siis ka lugemise poole peal. Nabokovi romaan lubab sellist piilumist, kogemust ja rõõmu ilma et peaksid ise olema vastamisi selle transgressiooniaktiga. *UNTITLED12* ei võimalda sellist lugemist, et kuskil oleks võimalik peitu pugeda. See on üks transgressiooni olemuslikke jooni, et võetakse lugejana, vaatajana, osalejana ära positsioon, kus sa võiksid lugeda seda kunstiteost ükskõiksest, distantseerunud positsioonilt. Transgressiivne kunst põhineb afektil. Olemuslikult tühistab transgressiivsus pornograafia ära ...../.../...See tühistab erutuse võimalust. Hea näide on Herman Welsh'i *Trainspotting*, millest on ka film tehtud. Filmist on see konkreetne stseen välja jäetud, mis raamatus, kus tegelane ärkab üles selle peale, et ta on narkomaan. Keegi korjab ta tänavalt üles ja annab talle öömaja, ent ta ärkab öösel selle peale, et talle onaneeritakse näkku. Selle inimese reaktsioon on, et kurat jälle see jama. Pühib ära ja läheb minema. Kogu olukorra jaburus ja tühisus tuleb sealt välja, mis minu arust on ka *UNTITLED12* puhul on sama tühisus hästi selgelt väljas. Transgressiivsuse raam ja register on nii tugev, et see tühistab

pornograafia. Kui vaadata teatris, siis nii NO99 kui Von Krahl on ajalooliselt olnud väga selgelt tegelenud transgressiooniga. Muuhulgas üks NO99 esimesi lavastusi, millega nad kuulsaks said, oli Kuningas Ubu, kus lava peal väga liberaalselt ropendatakse ning mille esietendus lõppes 1896.a suure skandaaliga. Igasugune ropendamine ja ämbrisse oksendamine pole enam lavalaudadel mingi uudis. Öögib ämbrisse ja kõik saavad aru, et näitleja tuli lavale, karakter tuli lavale. See ei ole ebameeldivuse või jäleduse representatsioon. See on see akt ise. See on üks transgressiivsuse fundamentaalne mehhanism. Üks teine lavastus, kus Taavi Eelma võttis lava peal päarakust Eesti lipu välja, mis on viimane legaalne transgressioon, mis violeerib muuhulgas ka selliseid reegleid ja norme, mis on seadustega kaitstud lipu rüvetamine.

**11.05.2016 kohtuistungil andis asjatundjana ütlusi xxxx**(Tartu Ülikooli eesti kirjanduse lektor). Seletas, et transgressiivne kirjandus on seda tüüpi kirjandus, mis käsitleb normiväliseid teemasid. Koode rikkudes valib autor sellised teemad, mis ei pruugi olla ühiskonnas eriti soositud. Kõik need teemad eksisteerivad selles ühiskonnas teatud kokkuleppetega, mille järgi neid teemasid kas ei käsitleta või käsitletakse vaid teatud viisil. Transgressiivse kirjanduse põhimõiste on üleastumine ehk transgressioon. xxxx leiab, et pornograafilise kirjanduse definitsiooni puhul tuleb kasutada Inglise kirjandusteadlase xxxx' määratlust William Burroughs'i raamatu *Alasti lõunasöök* kommentaaris. Seal on pornograafia väljendusviis, mis on loodud erootilise naudingu asendamiseks või stimuleerimiseks ning pornograafiline kirjutus on oma olemuselt äärmiselt ebarealistlik. Pornograafilise narratiivi üheks elemendiks on mehed, kelle seksuaalne võimekus on äärmiselt suur või teiseks elemendiks on naised, kes paistavad nendes lugudes äärmiselt himurate subjektidena, kellel seksist mitte kunagi küllalt ei saa. xxxx' rõhutab sellist nüansi, et lugeja kujutlusvõime kuidagi tööle hakkaks. Ükski lugeja ei tule sellise seksuaalse eneseväljendusega toime ning et lugeja kujutlusvõime selle pornograafilise funktsionaalse tekstiga tööle hakkaks, peab olema teatav realistlik moment. Kui Kenderi *UNTITLED12* ilmus esimest korda *nihilist.fm* leheküljel, siis oli seal pealkirja taga teatav visuaal, so Anton Villa maal Sünnitav mees. Mitte väga realistlik figuur. Pornograafiast eristab seda lugu kindlasti ka see, et siin on olemas teatud refleksioon ehk siis tegelase puhul kasutatakse selliseid võtteid, mida üldjuhul ikkagi pornograafias ei kasutata.

**11.05.2016 kohtuistungil andis asjatundjana ütlusi xxxx**(kultuuri- ja kirjanduse ajakirja *Vikerkaar* toimetaja). Seletas, et *Vikerkaare* toimetajana peab langetama kogu aeg otsuseid, mida avaldada ja mida mitte. Arvab, et Kaur Kender on väga hea Eesti kirjanik. Nagu enamikel headest kirjanikest, on tal väga häid ja lihtsalt häid või pisut vähem häid tekste ja teoseid. Kõnealune *UNTITLED12* tema parimate tekstide hulka ei kuulu. xxxx ei tea, kellele see lugu võiks erutavat mõjuda. Ilukirjanduse jaoks võib olla peategelase kuju ummikusse jooksmine. Labasuse mõistet käsitledes asus xxxx järgmisele seisukohale: ..... *Kui ma lugesin seaduse pügalat, on pornograafia selline kujutamisiis, mis teisi inimlikke seoseid kõrvale või tahaplaanile jättes seksuaalselt toimingut labaselt ja pealtükkivalt esiplaanile toob, tekkis mul õõnes tunne* ..... Tänapäeva proosa on selline, et ma hakkasin mõtlema, et üle ühe-kahe numbri on meil äkki ilmunud mõni tekst, kui seda teksti täht- tähelt võtta, on pornograafiline, mitte lapspornograafia mõttes. Ilukirjanduse puhul puudub igasugune sisu sellistel mõistetel nagu labasus ja pealetükkivus.

**11.05.2016 kohtuistungil andis asjatundjana ütlusi kultuurkriitik Meelis Oidsalu.** Leiab, et pornograafia on väga selgelt selline funktsionaalne toode või asi, mis on loodud ühel kindlal eesmärgil, mida levitatakse ja turustatakse kasumi eesmärgil väga selgetes kanalites, väga määratletud sihtgruppidele. See on pigem majanduslik või füsioloogiline nähtus, millel kirjandusega tegeleva kultuurikriitikul kokkupuudet ei ole. Kui küsida, mis on transgressiivse kunsti eesmärk kui selline, siis sageli on küsimus ise on vildakas. Kunstiteosel ei olegi sageli eesmärki. On esteetika koolkondi, kes väidavad, et kui teosel on mingi eesmärk, siis ei ole definitsiooni järgi kunst. Teose selline hääbeline akt võib olla täiesti eesmärgitu. Teine asi on funktsionaalsuse küsimus, kas see on allutatud mingisuguse konkreetse funktsiooni teenimisele või mitte. Kolmas on see, et kunst võimaldab alati metafoorsust, mingisuguste kujundite tekkimist kunstiteose retseptiooni korral.

**10.05.2016 kohtuistungil andis ütlusi tunnistaja xxxx.** Tunneb süüdistatavat 1998.a. Lähim suhtlus algas 3 aastat tagasi. Kaur Kender mainis enne USAsse minekut, et tal on kavas teos, milles ta tutvustab lapsepilastaja sisemaailma. Tunnistaja arvab, et Kenderi kirjandus kriibib valukohti. Tunnistaja ei ole suur kirjandusteadlane. Põhiargumendiks on see, et tunnistaja teab, mismoodi Kender suhtleb oma lastega. Pajula arvates kui keegi leiab *UNTITLED12* märke pornograafiast, siis seda inimest tuleks uurida.

**13.05.2016 kohtuistungil andis ütlusi süüdistatav Kaur Kender.** Ta kinnitas, et *UNTITLED 12* viimase versiooni tegi Ameerikas, Detroit'is, kuupäevi ei mäleta, detsembris 2014. Kui ta selle loo valmis sai, pani veebilehele üles. Öösel u 04 paiku helistas talle keegi ning teatas, et ta olevat rikkunud mingit seadust ning siis ta võttis kohe selle loo maha. Oma sõnul tahtis ta kirjutada ühte õõvastavat lugu, kus oleks näidatud meie maailma roppust. Leiab, et kriminaalasi on tema vastu algatatud, kuna ta on poliitiliselt kõige ebamugavam kirjanik Eesti võimudele, ent kodanikuna on ta ikka Eesti riigi suhtes igati lojaalne.

Leiab, et kõige olulisem asi, mis elus inimene teha saab, on kunst. Ta ei kirjuta dokumentalistikat, vaid ilukirjandust. Ta on Eesti üks feministlikumaid kirjanikke. Tahab hävitada narkoäri. Narkoäri hävitab meie ühiskonda. Viljeleb gonzo-ajakirjandust, mille eredam näide on nihlist.fm. Seal on olnud palju ilukirjandust, luulet, ajakirjandust, noorte kogemusi politseiga, narkopoliitikast, xxxx ja xxxx sõnaline kaklus kooseluseaduse teemal. Keegi ei tule selle peale, et nihilisti portaalist pornot otsida. Tema sõnul võib prokuratuur käia seal pornot otsimas, aga ta ei kujuta ette, et keegi arukas inimene võiks seda teha. Nihilist.fm on kõigile avatud, registreerid sinna kasutajaks, avaldad ja siis vastutad ka ise.

Teda huvitavad kõik need inimesed, keda huvitab kirjandus, need, kes armastavad kirjandust. *UNTITLED 12* tekst on täis metafoore. On enda arvates sõnažonglööri, sõnad on tema jaoks mängukannid, sõnad ei tähenda midagi, sõnade tähendus on kokkulepe ning see lugu on üks keerulisemaid eesti keeles kirjutatud novelle. Kirjandus annab meile vahendid, keele ja sõnad, näitab olukordi, mis on meie tavaelust palju kohutavamad.

*UNTITLED 12* on kolmeosalise teose teine osa. Esimene osa *Inim-inetus* ilmus 2014 suvel. *Untitled 12-s* tegutseb Saatan, teda ei saa karistada, teda ei saa segada, tal on lõpmatult raha, ta ei jää kunagi vahele. Kolmandas osas on teemaks pere, võla ja kiima suhetest, kus kuritarvitatakse pere usaldust, peresisest usaldust, kus inimest keerab läbi võimusuhte täiesti uue lehekülje.

Kirjeldab lugu järgmiselt: *“Peategelasel on kustutamatu kiim ja ta on kõigist teistest tegelastest määratult rikkam ning orjastab kõiki. See on selline groteskne satiiriline pilt ühiskonnast ning kuidas /Eesti/ ühiskond toimib. Kõik tegelased sõltuvad temast, kõik on tema orjad, objektid. Keegi ei ole seal inimene, kõik on ainult selleks, et rahuldada tema vajadusi, sellised inimmonstreid me teame. See on selle süsteemi kriitika, kus lapsed kaovad ära ja kriminaalasu ei algatata, varvarad vägistatakse ära ja kurjategijaid ei leita, jõhkarditel on palju raha ja nad nikuvad keda tahavad ja kedagi see ei huvita. See on kogu selle süsteemi kriitika, mida ma igal pool enda ümber näen. Narkootikumid on sinna pandud lihtsalt nagu lollitamiseks või maitseks. Tekst räägib seksisõltuvusest, pornosõltuvusest.”*

Tema sõnul pead sa õudust ja õõva kirjeldades tundma seda õudust ja õõva. Sa ei taha tegelikult lugejat üksinda jätta sinna õuduse sisse. Tahad inimesele mingisuguse tee juhatada. Ta oli akuutselt teadlik sellest, et teeb mittepornograafilise teksti. Tal oli kaks eeskju: *Lolita* ja *120 päeva Soodomat*. Kirjutas kolmandas isikus. Võttis ära lugejalt selle mugava koha, kus sellest tekstist erutada. Pani teksti lugejale täiesti silme ette, et seal pole ühtegi peidukohta. Tekst ei anna mitte ühtegi hingetõmbepausi. Tohtu aeg läks selleks, et korjata välja kõik sellised lausejupid, mis võiksid tähelepanu õuduselt kõrvale ajada. See õudus oli vaja nii tihedaks saada, et ta oleks kompaktne, sest muidu ta ei löö, muidu tekib see, et hakkad ilutsema.

Küsimustele teose lugejate kohta vastas Kender: *„Tavaline inimene ei peaks seda lugema. ... Palju sõltub lugemusest. Nt kui esimest korda loed, siis on tohutult õudne stseen, kuidas tegelane tapab seal mingeid väikseid lapsi ja ütleb sure ära igav pask. Tüübid, kes on seda mitu korda lugenud, kes on kirjandussõbrad, ütlesid, et said aru, et autori hääli ütleb sellele tekstile, et kuule lõppe ära juba, et see on juba nii jama, et see on juba nii igav. Selliseid kirjandustrikke on see tekst täis.”*

Küsimusele *„Äkki seda raamatut võib käsitleda nagu mingi perverdi käsiraamatut,”* vastas Kender: *Kunstnik ei pea ja ei saa mõelda, kuidas mingi pervert reageerib. Aga samas pean ära märkima, et ma usun, et need perverdid ja pedofiilid on sama tüüpi nagu teised inimesed, neid erutab mingi lihtne primitiivne porno nii nagu erutab igat inimest. Porno on primitiivne ja muud vastutust kunstnikul ei ole. .... Kui ei oleks kõiki neid autoreid, kellest räägime, siis saaksin Nobeli, kui see oleks nii originaalne nagu prokuratuur väidab, et enneolematu teos.*

*Kirjanduse puhul on naljakas asi, et kõigi peas on erinev tegelane. Peategelast kirjeldab hiiglaslik peenis paremini, kui miski muu ja peale selle veel see, et ta on ikka räige vördjas.*“

Teose avaldamise mõtte peale tuli üks Kenderi sõber USA-s, kes tahtis seda paberkujul lugeda. Ta ütles, et proovi avada Amazonis. Amazon oli valmis *UNTITLED 12* trükkima ja müüma. Nüüd on see müügil Ühendriikides ja Suurbritannias. Kender: „*Kummaline kohtuasi, räägime, et see on Ameerikas keelatud, samas Ameerikas saavad inimesed seda osta. Räägime, et Ameerikas on karistatav, samal ajal Ameerikas on müügis.*“

Kohus, kuulanud ära süüdistatava, asjatundjaid ja tunnistaja ning kontrollinud poolte esitatud kirjalikke tõendeid, asub alljärgnevatele seisukohtadele:

KarS § 178 lg 1 näeb ette karistuse nooremalt kui kaheksateistaastast isikut pornograafilises või nooremalt kui neljateistaastast 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.

PS § 45 kohaselt igapähele on õigus vabalt levitada ideid, arvamusi, veendumusi ja muud informatsiooni sõnas, trükis, pildis või muul viisil. Seda õigust võib seadus piirata avaliku korra, kõlbluse, teiste inimeste õiguste ja vabaduste, tervise, au ning hea nime kaitseks. Seadus võib seda õigust piirata ka riigi ja kohalike omavalitsuste teenistujatel neile ameti tõttu teatavaks saanud riigi- või ärisaladuse või konfidentsiaalsena saadud informatsiooni ning teiste inimeste perekonna- ja eraelu kaitseks, samuti õigusemõistmise huvides.

Maakohus käsitleb esmalt ruumilist kehtivust (I), kas teosel on väärtust (II), levitamine ja lugejate sihtrühm (III) ning kas teoses *UNTITLED12* on last pornograafilistes olukordades kujutatud (IV).

## I.

10.11.2015 koostatud sideettevõtjalt saadud andmete protokollist (kd 2 tl 18-19) nähtub, et abonent Kaur Kender tel xxxxxxxx viibis ajavahemikul 22.12.2014 kl 17:18-03.01.2015 kl 17:45 kõnede ajal Ameerika Ühendriikide levis, 04.01.2015 kl 07:34-12:26 viibis Saksamaa levis. Enne ja pärast seda viibis abonent Eesti Vabariigis. Abonent Kaur Kender tel xxxxxxxx viibis ajavahemikul 22.12.2014 kl 15:08-03.01.2015 kl 13:46 Ameerika Ühendriikide levis, 04.01.2015 kl 11:11-12:26 Saksamaa levis. Enne ja pärast seda viibis abonent Eesti Vabariigis.

IT-asjatundja xxxkseletas 03.05.2016 kohtuistungil (kd 2 tl 100), et IP-aadress on füüsiline tunnus, ehk tehniline parameeter, mis näitab serveri asukohta. Veebikeskkond <http://whois.domaintool.com> on avalik internetiteenus. Veebilehe *nihilist.fm* server asub Suurbritannias Gloucesteris. Veebileht on loodud 17.06.2014, tehniline kontakt on Kaur Kender, Xxxx. Seda kinnitab ka elektroonilise päringu vastus <http://whois.domaintool.com>'ist (kd 2 tl 62-67).

29.12.2014 koostatud vaatlusprotokollist ja lisadest (ekraanitõmmised 96 lehel) (kd 1 tl 124-220) nähtub, et vaadeldud on 23.12.2014 kl 14:16 sotsiaalvõrgus Facebook kasutaja *Nihilist.fm* avaldatud kirjutis *UNTITLED 12*. Kirjutist on avaldanud ka Facebook'i kasutaja *Kaur Kender*. *UNTITLED 12* kirjutis on avaldatud internetileheküljel <http://nihilist.fm/must-nihilism-untitled-12/> Kaur Kender'i nime alt. Teosele järgnevad kommentaarid (6) ning seda on vaadatud 2156 korda. Kender rõhutas 13.05.2016 kohtuistungil, et *Nihilist.fm* on kõigile avalik keskkond. Kaur Kender kinnitas, et tegi *UNTITLED 12* viimase versiooni USA-s, Detroit'is, kuskil detsembris 2014. Kui ta selle loo valmis sai, pani veebilehele üles. Öösel u 04 paiku helistas talle keegi ning teatas, et ta olevat rikkunud mingit seadust ning Kender võttis kohe selle loo maha.

Autor on teose loonud füüsiline isik (AutÕS § 28 lg 2). Sama seaduse § 4 lg 1 kohaselt tekib autoriõigus kirjandus-, kunsti- ja teadusteostele. Teoseks käesoleva seaduse lg 2 tähenduses loetakse mistahes originaalset tulemust kirjanduse, kunsti või teaduse valdkonnas, mis on väljendatud mingisuguses objektiivses vormis ja on selle vormi kaudu tajutav ning reprodutseeritav kas vahetult või mingi tehnilise vahendi abil. Teos on originaalne, kui see on autori enda intellektuaalse loominguga tulemus. AutÕS § 7 lg 1 järgi tekib teosele

autoriõigus teose loomisega. AutÕS § 9 lg 1 järgi loetakse teos avaldatuks, kui see on salvestatud arvutisüsteemi, mis on üldsusele avatud.

10.11.2015 koostatud sideettevõtjalt saadud andmete protokolliga, IT-asjatundja Andrei Semenjutin'i ütlustega, 29.12.2014 koostatud vaatlusprotokoll ja lisadega, elektroonilise päringu vastusega <http://whois.domaintool.com>'ist ning süüdistatava Kaur Kender'i ütlustega **on tõendamist leidnud, et autor Kaur Kender lõi eesti keeles kirjandusteose UNTITLED12 viibides Ameerika Ühendriikides, Detroit'is ning avaldas selle 23.12.2014 internetilehel nihilist.fm, mille server asub Ühendkuningriigis Gloucesteris ning mille registreerijaks ja administraatoriks on Kaur Kender ise.**

KarS § 7 lg 1 p 1 kohaselt kehtib eesti karistusseadus väljaspool Eestit toimepandud teo kohta, mis on Eestis karistusseaduse järgi kuritegu, vaid siis kui teo toimepanemise kohas on selline tegu karistatav või seal ei kehti ükski karistusõigus ning tegu on toime pandud Eesti kodaniku või Eestis registreeritud juriidilise isiku vastu või sama seaduse p 2 kohaselt teo toimepanija oli teo toimepanemise ajal Eesti kodanik või sai selleks pärast teo toimepanemist või välismaalane, kes on Eestis kinni peetud ja keda ei anta välja.

Eesti karistusvõim laieneb välisriigis toimepandud teole üksnes siis, kui selles riigis kehtib identne karistusõigusnorm (Riigikohtu kriminaalkolleegiumi 10.09.2007 otsus asjas nr 3-1-1-35-07 p 9).

Seega tuleb vaadata teo vastavust Ameerika Ühendriikide Michigani osariigi karistusõigusnormidele ja Suurbritannia karistusõigusnormidele, st hinnata, kas KarS § 178 lg 1 järgi kvalifitseeritav kuritegu on kvalifitseeritav kuriteona ka Ameerika Ühendriikides Michigani osariigis ja Suurbritannias.

Kohtule on esitatud elektrooniline kirjavahetus (17.08.2015, 18.08.2015, 12.11.2015, 30.11.2015, 01.12.2015 kd 2 tl 20-25), kust nähtub, et Riigiprokuratuur pöördus Eurojust Eesti esindaja poole kontrollimaks Eesti karistusseadustiku (KarS § 178 lg 1) kohaldatavust Ameerika Ühendriikides toimepandud kuriteo suhtes.

17.08.2015 abiprokurör Robert Laid kirjeldab oma kirjas Eurojust Eesti liikmele Raivo Sepp'ale kuriteo asjaolusid ja kvalifikatsiooni ning palub tuvastada, kas eelnimetatud teod on kuriteod ka Ameerika Ühendriikides, Saksamaa Liitvabariigis ja Ühendkuningriigis.

Eurojust Eesti liikmele Raivo Sepp'ale kirjutab vastuseks Steven Grocki *laste ekspuuteerimise ja nilbusega tegelevast osakonnast* USA Justiitsministeeriumi juures (kd 4 tl 103,105) 12.11.2015 e-kirjas järgmist /...../ *See tegu ilmselt langeks nilbe materjali transportimise alla. Vt. <http://www.justice.gov/criminal-ceos/citizens-guide-us-federal-law-obscenity>. Varem on meie osakond edukalt võtnud kohtulikule vastutusele alaealisi puudutavate tekstilugude eest, kasutades neid nilbust käsitletavaid paragrahve. Vt 2013.a. Frank McCoy süüdimõistvat otsust [https://archive.org/stream/696144-us-v-mccoy/696144-us-v-mccoy\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/696144-us-v-mccoy/696144-us-v-mccoy_djvu.txt). McCoy mõistetakse süüdi nilbe materjali transportimises. Ta saatis salaagendile 3 linki internetilehekülgedele, kus on lood, mis selgesõnaliselt ja üksikasjalikult kirjeldavad laste seksuaalset kuritarvitamist, vägistamist, piinamist ja mõrva. Süüdistatav kinnitab, et on nende lugude autor (mõnikord toimetaja). Menetluses kasutati Miller testi, uurimaks, kas lood kannavad kirjanduslikku väärtust. Kohus leidis, et lood kirjanduslikku väärtust ei kannu, nimetatud materjal on tunnistatud nilbena. P.S. Ma ei loe kohtuotsusest välja, et teda süüdistatakse ka nilbe materjalid kasutamises ainult transportimises/üle andmises läbi interneti võrgu)*

30.11.2015 kirjutab Steven Grocki Raivo Sepp'ale *.../.../Tõepoolest on allpool kirjeldatud kuritegu karistatav Ameerika Ühendriikide seaduste järgi. Vastavalt Ameerika Ühendriikide karistusseadustiku 18U.S.C §-le 1462: nilbe materjali importimise või transportimise eest karistatakse rahalise karistuse või kuni 5-aastase vangistusega, või mõlemaga. Seaduse järgi karistatakse igäihte, kes toob Ameerika Ühendriikidesse või mis tahes kohta selle jurisdiktsiooni piires või teadvalt kasutab kiirposti firmat või teist veondusettevõtet või interaktiivset interneti teenust nilbe, rõveda, himura või ropu raamatu, pamfleti...või muu kõlbmatu iseloomuga materjali veoks riikidevahelises või väliskaubanduses.*

Kohtule on esitatud Ameerika Ühendriikide Ringkonnakohtu Georgia osariigi Keskringkonna Albany jaoskonna kohtuotsus kohtuasjas nr L07-CR-18(WLS) (kd 2 tl 26-54, parandatud tõlge tl 55-61) millest nähtub, et 13.06.2007 esitati vandemeeste kogule Albany jaoskonnas Georgia osariigi keskringkonnas ühekordse

süüdistusakti, süüdistades Frank Russel McCoy'd United States Code (U.S.C) jaotise 18 § 2 ja § 1462 järgi ühekordses rikkumises. Kohtuistungid toimusid 12.01.2010 ja 13.01.2010 ning kohtuotsuse lõpus oli märges, et karistuse osas tehakse määrus 29.03.2013. Süüdistuse sisu: *Vandemeeste kogu süüdistas Frank Russel McCoy'd ühe juhtumiga süüdsusetute materjalide transpordis rikkumise U.S.C. jaotise 18 § 1462 /...../ süüdistatav kasutas teadlikult interaktiivset IT-teenust materjali osariikidevahelises või väliskaubanduse veos ja edendas ja kihutas tagant isikuid, kes on vandemeeste kogule teada ja teadmata, süüdsusetu materjali osariikidevahelises või väliskaubanduse veos IT-teenuse kasutamisel (ld.1). Esitades väidetavaid faktilisi asjaolusid süüdistuse toetuseks, väidetakse süüdistusaktis, et süüdistatav kasutas interaktiivset IT-teenust, et edastada Georgia keskringkonda ja mujale, linke kolmele veebilehele: [www.young-stuff.com/frankftp.asstr.org/pub/Authors/Frank\\_McCoy/index.htm](http://www.young-stuff.com/frankftp.asstr.org/pub/Authors/Frank_McCoy/index.htm); ja [www.mrdoubleena.com/frank/index.htm](http://www.mrdoubleena.com/frank/index.htm); ...millelt laaditi ebasüüdsaid lugusid Georgia Keskringkonda ja mujale.*

27.04.2016 esitas AB Glikman, Alvin & Partnerid OÜ päringu Raivo Sepp'ale seoses viimase ja Steve Grocki kirjavahetusega 12.11.2015 ja 30.11.2015 Kaur Kender'i teose analüüsimise kohta (kd 4 tl 106-116, tl 117-122), kus advokaat Paul Keres esitas järgmised küsimused: 1) Olete viidanud ainult 2013.a US vs McCoy, kus näete edukat süüdistust 18U.S.C § 1462 alusel. Mille alusel pidasite seda asja võrreldavaks Kaur Kender'i süüdistusega Eesti Vabariigis? 2) Te ei ole nimetatud näiteid asjadest, milles süüdistus sama 18 U.S.C § 1462 alusel ei ole olnud edukas. Kas selliseid asju on olnud ja kui jah, siis mis oli nende mittenimetamise põhjuseks. 3) Millistel kaalutlustel olete jõudnud järeldusele, et hr Kender'i teos on karistatav 18U.S.C § 1462 alusel? *Milleri testi* kohaselt võidakse seksuaalse kuritarvitamise üksikasjalikke kirjeldusi lugeda õigusvastaseiks, kui tervikuna hinnates puudub neil tõsiseltvõetav kunstiline, kirjanduslik, poliitiline või teaduslik väärtus. Mitmed transgressiivse kirjanduse näited, mis sisaldavad laste kuritarvitamise *prima facie* pornograafilist kujutamist, on Ameerika Ühendriikides vabalt saadaval. Steve Grocki lubas küll vastata (e-kirjad 30.04.2016, 04.05.2016), ent vastus puudub.

**Töendamist on leidnud, et süüdistatav Kaur Kender viibis teose *UNTITLED 12* avaldamise ajal Michigani osariigis Detroit'is. Seejuures kinnitab kohtule esitatud Ameerika Ühendriikide Advokaadibüroo Boies Schiller & Flexner LLP partner Amy L. Neuhardt'i 10.05.2016 õiguslik arvamus (kd 4 tl 35 punktid 38-39)....!./ p 38 märgib Amy L. Neuhardt ... mis on tähtis Hr. Kenderi jaoks on see, et McCoy on seaduseks üksnes üheteistkümnenda ringkonna föderaalkohtutes (mis hõlmab endas Georgiat, kus McCoy asus). See ei ole rakendatavaks seaduseks kuuenda ringkonna föderaalkohtutes (mis hõlmab Michigani) või Michigani osariigi kohtutes. p 39 märgib enamgi veel, isegi kui McCoy oleks rakendatavaks seaduseks Michiganis, oleks see kaasus mitmes osas faktoogiliselt eristatav Hr. Kenderi kaasusest.**

Amy L. Neuhardt'i arvamusel (kd 4 tl 23-24) selgub, et USA õigus ei tunne mõistet kirjanduslik lapsporno ning selleks, et kedagi saaks võtta kriminaalvastutusele selliste tekstide loomise eest, peab teos vastama kolmele kriteeriumile, so *Milleri testile*: 1. tavainimene, rakendades kaasaegse ühiskonna standardeid, peaks leidma, et see on suunatud ihara huvi tekitamisele. 2. teos kujutab või kirjeldab seksuaalkäitumist ilmselgelt kõlblustunnet riivaval viisil. 3. teosel tervikuna võttes puudub mõistliku inimese arvates igasugune kirjanduslik, poliitiline, kunstiline või teaduslik väärtus.

Antud testi kohta ka mainib e-kirjas 12.11.2015 Steven Grocki *laste ekspluateerimise ja nilbusega tegelevast osakonnast* USA Justiitsministeeriumi juures (kd 4 tl 103) Eurojust Eesti liikmele Raivo Sepp'ale, et *Frank McCoy* kriminaalasja menetluses kasutati *Milleri testi* (Ameerika Ühendriikide Ringkonnakohtu Georgia osariigi Keskringkonna Albany jaoskonna kohtuotsus kohtuasjas nr L07-CR-18(WLS) (kd 2 tl 26-54, tl 55-61).

Amy L. Neuhardt märgib arvamusel p 21-24 kd 4 tl 30-31, et USA karistusõiguse järgi ei pea teose kunstilise väärtuse olemasolu kindlakstegemiseks seda tunnustama mitte enamik või isegi suur osa mõistlikest inimestest, piisab sellest, kui kes iganes mõistlik inimene seda tunnustab. Ehk selleks, et teos ei oleks nilbe USA karistusõiguse tähenduses ning et oleks välistatud kriminaalvastutus, piisab vaid ühest mõistliku isiku arvamusel, et teo loomist või levitamist ei saaks üldse käsitleda kuriteona. Punktis 27 (kd 4 tl 32) märgib, et *tõsine kirjanduslik või kunstiline väärtus eksisteerib iga kord kui teos kas esitab ideid või ka proovib teha seda kunstiliselt.*

Kohtule esitatud Ameerika Ühendriikide Ringkonnakohtu Georgia osariigi Keskringkonna Albany jaoskonna kohtuotsusest kohtuasjas nr L07-CR-18(WLS) (kd 2 tl 26-54, 55-61) on näha, et oma kaitses toetus *Frank McCoy* eksperttunnistaja professor Gary Richardsoni tunnistusele, et näidata kohtule, et tema töö on tõsine kirjanduslik, poliitiline ja kunstiline väärtus. Professor Richardson järeldas, et tema eksperthinnangul oli süüdistatava töö olemas kirjanduslik, poliitiline ja kunstiline väärtus. Professor Richardson kirjeldas *Frank McCoy* lugusid armastuslugudena, „tavalised armastussüžeed“ ja „ulme“. Professor tunnistab, et need kajastavad süüdistatava suuremat pingutust „võtta ette kunstiline tõlgendus“. McCoy asjas küsiti kohtus prof Richardson'ilt, et kas ta õpetaks tundides mistahes lugusid kirjandusvõtete kasutamise näitena, vastas prof Richardson *ei*. Kohus leidis, et McCoy lood ei kanna kirjanduslikku väärtust. Seda teatab ka Steven Grocki *laste ekspluateerimise ja nilbusega tegelevast osakonnast USA Justiitsministeeriumi juures Eurojust Eesti liikmele Raivo Sepp'ale* (kd 4 tl 103) 12.11.2015 e-kirjas: *Kohus leidis, et lood kirjanduslikku väärtust ei kanna, nimetatud materjal on tunnistatud nilbena.*

Amy L. Neuhardt märgib p 40-42, et *Frank McCoy* teosed kirjeldasid üksikasjalikult, ühemõtteliselt ja detailselt väikeste laste seksuaalset väärkohtlemist ning teoste kogum koosnes 200 loost, mis olid avaldatud pornosaidil [www.yongstuff.com](http://www.yongstuff.com). Võrreldes *Frank McCoy* kriminaalasjaga Kaur Kender avaldas oma kirjandusteose *UNTITLED12* võrgukeskkonnas *nihilist.fm*. *McCoy* asi on seaduseks üksnes üheteistkümnenda ringkonna föderaalkohtutes, mis hõlmab Georgiat, kus *McCoy* asus, ent mis ei ole rakendatavaks seaduseks kuuenda ringkonna föderaalkohtutes, mis hõlmab Michigani osariiki.

Riigiprokuratuur on taotlenud Eurojusti abi kontrollimaks eesti karistusseadustiku (KarS § 178 lg 1) kohaldatavust väljaspool Eestit Suurbritannias (18.08.2015, 16.09.2015, 04.12.2015 e-kirjad kd 2 tl 68-74, 105, kd 4 tl 104). Õigusnõustaja, prokurör ning 2012 juulist Ühendkuningriigi liikme asetäitja Eurojusti Dominic Barry hinnangul on Kenderi tegu karistatav Ühendkuningriigis 1959.a nilbete väljaannete seaduse (Obscene Publication Act) alusel, mis määratleb nilbe artikli avaldamise kui kuriteo, mille eest on ette nähtud karistus kuni kolm aastat vangistust. Artikkel on nilbe, kui selle tervikmõju on kõlblustunnet rikkuv. Kaitsja peab tõestama, et kõnealune artikkel on avaldatud rahva heaks, näiteks teaduse, kirjanduse, kunsti või õppimise või muude üldiste probleemide huvides. 1978.a lastekaitse seadus (protection of Children Act) sätestab, et alla 18-aastaste laste kõlblusvastaste piltide või pseudo-piltide tegemise, võtmise, levitamise ja näitamise eest karistatakse kuni kümneaastase vangistusega. 1988.a kriminaalõiguse seaduse (Criminal Justice Act) § 160 sätestatud kuriteo eest, ehk kõlblusvastase lapsepildi omamise eest, karistatakse kuni viieaastase vangistusega. 2009.a koroneri ja õigusmõistmise seaduse (Coroners and Justice Act) § 62 sätestatud kuriteo, ehk keelatud lapsekujutise omamise eest karistatakse kuni kolmeaastase vangistusega. Antud vastusest võib välja lugeda, et Dominic Barry viitab seadustele, mis käsitlevad pildipornograafiat.

Inglise advokaadi Richard Graham Samuel'i (kd 4 tl 41-102) arvamuse kohaselt võib laste seksuaalse väärkohtlemise üksikasjalik kirjeldamine kirjandusteostes olla kuritegu ainult väga piiratud juhtumitel (p 90-97, 101-102) ning süüdistaja peab tõendama, et teos võib kõlbliselt laostada ja rikkuda enam kui vaid tühist osa selle tõendatud lugejatest. **Seega tuleb välja selgitada, kas 23.12.2014 Kaur Kender'i veebilehel *nihilist.fm* eesti keeles avaldatud kirjandusteos *UNTITLED 12* võis meelitada kedagi laste seksuaalsele väärkohtlemisele. Antud juhul puuduvad kohtul sellekohased tõendid.**

Järgmisena märgib Richard Graham Samuel, et süüdistaja peab tõendama, et materjal tervikuna oli nilbe, nagu see on seaduses määratletud, st võib kõlbliselt laostada ja rikkuda rohkem kui vaid tühist osa tõendatud lugejatest. *Kui teose mõju on tülgastav, ei riku ega laosta see kõlbliselt ega vasta seega nilbe materjali määratlusele. „Tülgastav mõju“ ei ole tõenäoliselt kõik- või mitte midagi küsimus. Kahtlemata on teos tõendatud lugejate jaoks šokeeriv ja tülgastav, kui see kutsub esile mitmesuguseid emotsioone, näiteks põnevust ja õõvastust. Kui teos ei laosta ega riku kõlbliselt rohkem kui vaid tühist arvu lugejaid, siis ei vasta see nilbe materjali määratlusele. .... Teose kirjandusliku väärtuse üle ei otsustata enam selle alusel, milline on teose mõju lugejatele, nagu seda tehakse nilbuse üle otsustamisel. Seda tehakse abstraktselt, tuginedes ekspertarvamusele.*

## II.

xxxxarvab, et just seda teost kogu selle rõveduses ja kõiges detailides ning muid taolisi teoseid kasutada seksuaalkasvatades. Kui võtta definitsiooni aluseks selle, et teos peaks tekitama seksuaalset erutust või iha, siis loomulikult on inimesi erisuguseid. Teos tekitab võikust, õdva ja paanilist hirmu kogu selle sfääri vastu ning näitas, mis võib juhtuda ükskõik mis eas inimesega, kui seksuaalse rahulduse otsimine lahutatakse igasugustest muudest hingelistest ja psüühilistest vajadustest ning kuidas see viib isiksuse degenererumiseni ja degradeerumiseni. xxxx'u jaoks on see hoiatus ja õudukas. Ta ei kujuta ette, et mingi pornograafiline ajakiri oleks selle teose avaldanud (kd 3 tl 157-159).

xxxxarvab, et *UNTITLED12* liigitub kirjanduse hulka ehk kirjandustekstiks. Prokurör luges istungil ette *UNTITLED12* lk 78-80. xxxxkommenteeris: *Aitäh, et sa mind oma sisemusse lased* - on tavaline lause. *Nüüd hakkab pihta imetilluke pepu* - see on epiteet. *Avanes ta käte vahel venitusest, pitsist korsett taljel pingul ja türapea punnitas lapse vituarmikesest* - kas sellest lausest on võimalik kohe aru saada. Kui see on tarbetekst, siis ma saan aru. Kellel see on, mis see korsett on. Ma ei suuda seda kohe ette kujutada. Kui ma ilmselt loeksin rütimis, siis tekiks mingisugune lauserütm. *Ta keppis kõvasti ja võimsalt, see oli maailma kõikide aegade parim tunne, kui tihke ja vägivaldne ja ilus, türapea punnitas kõhukesel kui ta nuku selili keeras*. Siin on kokku viidud kaks erinevat - üks on ropp keelekasutus ja *punnitas kõhukesel* on laste keeles. Need on erinevad stiiliregistrid. Kes kujutab keda nukuna ette? *Tissidega mees* - kes see on, kuidas ma selle ette kujutan, milliste tissidega meest ma ette kujutan, kelle tissid? Kas ta on karvase rinnaga, ma ei tea... Ma pean seda kuju looma ning see on ilmselt üsna rasvunud paks mees. *Pika luigelaadse kaelaga* - palun väga, kas peab ütleva *luigelaadne kael* selleks, et kedagi erutada. *Sisestas sinna söögitorru oma riista* - siin on kordus, see ei ole juhuslikult öeldud. Mis see söögitoru on, kas suu? Sa võid öelda *pani suhu*. See on poeetilise keelekasutuse hästi klassikaline näide. Tavanimene ei loegi seda välja.

Kaitsja luges istungil ette *UNTITLED12* lk 77. xxxx kommenteeris: kõigepealt tekib raskusi lugemisega. Esimene lause jääb ise õhku. Miks ta ütleb kolm korda *kaunima, sihvakama, painduvalt*. .... *Punetasid nagu kilejad herilasehammustused* - see on sürrealistlik tekst. See tekst on aetud nii pingule, et muutub naeruväärseks.

Kaitsja luges istungil ette ka *UNTITLED12* lk 1. xxxx kommentaar: .... See on juba klassikaks saanud tänu meedia tähelepanule. Mina lugesin kaks lehekülge. Peale minu veel 15 oleks lugenud. See on juba Eesti klassika - *ta on oma munnipulga ori*. Seda korratakse ja varieeritakse igal pool. Paljude noorte keel on palju vabam. Ma arvan, et see ei riku küll mitte kedagi ära. Adamsoni sõnul on sellel teosel Eesti kirjandusväljal kindlasti oma kunstiline väärtus. See on kindlasti märgiline teos (kd 3 tl 159 pöördel-162).

xxxxsõnul võib *UNTITLED12* olla erinevate lugejate jaoks erinev. Ei ole kuigi raske leida sealt nagu xxxx, kultuuri või siis ühiskonnakriitilisi jooni. Nt kui panna tähele, kui paljud ohvritest on venekeelsete nimedega, mismoodi lugu algab mustlaspoisist. Ohvrid on seal ühiskonna äärealadelt. Nad on naised, nad on venelased. Nad on narkomaanid. Nad on eemal tavalistest ühiskondlike suhete võrgustikust. See on sarnasus *Ameerika psühhopaadiga*. Kas keegi tahab seda lugeda ühiskonnakriitilisena või mitte, see on lugeja küsimus. *UNTITLED12* puhul on keelekasutus omaette huvitav ja tähelepanuväärne asi. "Keele ja Kirjanduse" artikli lõpus on eraldi paar lehekülge just *UNTITLED12* keelekasutuse kohta. Seal on terve hulk uudissõnu. Transgressioon mutileerib ja moonutab keelt. Kunsti ja kultuuri ei tohi kunagi taandada funktsionaalsele printsiiobile. *UNTITLED12* ei olegi tavalugejale. *UNTITLED12* on kindlasti transgressiivne kirjandus, iseloomustab primitiivne faabula, stiililt rõve (kd 3 169-174).

xxxx arvates on *UNTITLED12* kindlasti transgressiivne kirjandus. xxxx kasutab Kenderi teost oma kursusel õppematerjalina. Teosel on väga tugevad viited Markii de Sade'le. De Sade'le on teinud viiteid ka prantsuse ja ameerika kirjanikud. Kenderi teose üheks põhiteemaks on sõltuvus - seksuaalne sõltuvus või sõltuvus seksi järele. Seda teemat ei ole kirjanduses palju käsitletud. See lugu laenab oma keelekasutust pornograafia keelest ehk siis kohtame pornograafilist kirjandust lugedes sarnast imagoloogiat ja sarnast sõnavara või ka sarnaseid situatsioone. Kender kasutab tõepoolest pornograafilist imagoloogiat või pornograafilist sõnavara, aga ta kasutab seda liialdusvõtte raames. See on puhtalt esteetikasse kuuluv võtte. Liialduse motiiv tuleb esile kohe loo alguses seoses sõltuvuse teemaga. Esimeses lauses öeldakse *sõltuvuse ori*. Selle sõltuvuse väljendamiseks



kasutakse väga tugevaid väljendeid ja sõnu. Loo viimases osas neljandas osas kaob igasugune realistlikkus. Ränk haige sõltuvus jõuab lahenduseni. Seda tehakse seksuaalsust ja vägivalda võimendades. Seksuaalsuse võimenduseks tuuakse sisse lapsed ja rakendatakse ka laste suhtes vägivalda. Liialdus tuleb esile neljanda osa alguses, kui kirjeldatakse Larissa tegelaskuju, kes laseb teha ennast ümber löigata, kes laseb endale teha ligemale 20 operatsiooni. Selline asi ei ole füüsiliselt võimalik. Nt religioosne metafoorika algab seal esimestest lõikudest. Seda ei kasutata selleks, et öelda, et *jumal on surnud või ei ma ei ole kristlane*. See ei ole religiooni kriitika. Kenderi tegelane kasutab oma sisekõnes neid termineid ja selle kaudu näitab veelgi võimsamalt välja oma sõltuvust, xxxxdumust, maniakaalset huvi. Miks on ühe tegelase nimeks nt Maria? Kui sellist nime kirjanduslikus tekstis kasutatakse, siis see on automaatne viide religioossele temaatikale või selle kaudu annab autor märku religioossest märgisüsteemist. Nimi Maria ning hiljem selle nimega seonduv sümboolika, nt punane värv, näitavad selle pornograafilise loo all või kõrval olevat virtuaalselt eksisteerivat kunstilist võtet. Lääne ühiskond ja massikultuur on üleseksualiseeritud. See on kindlasti teema, millest peaksid kirjanikud rääkima. See on omamoodi hoiatus, kuhu see pidev kehalisuse kultus võib viia (kd 3 tl 174 pöördel-178).

Kajar Pruulile hakkas kohe silma, et seal puudub pornograafiale omaseks peetav kõige kesksam tunnus – naudingut tekitada ning seksuaalset erutust esile kutsuda. Teksti eesmärk oli näidata õudust. Loosse on kuhjatud eemaletõukavad ja vastikust tekitavad detailid. Kenderi tekstis on stseene, mis viivad mõte mujale – narkomaania, AIDS, vähemuste elujärg Eestis, ärakasutatud lapsed, mustlaspoiss (kd 3 tl 178-180).

xxxxUNTITLED12 kohta seletas ..... *Tegemist on teosega, mida on kirjutanud tunnustatud kirjanik. See on number üks tunnustatud kirjanik, kes on väljendanud selgelt kunstilist taotlust. Teiseks on kriitiline mass. Ma julgen väita, et on selge retseptiooni erinevates erialaliitustes, nii Kirjanike Liidu avaldus kui PEN- klubi avaldus. Tekst ei ole pornograafiline minu arust peamiselt seetõttu, et minu jaoks žanriliselt lisaks hälbekirjandusele või stiililiselt läheb musta huumori valdkonda. Seal keeratakse vint nii üle kõikides nendes situatsioonides. Ma lihtsalt ei kujuta ette, kuidas seda saab tarbida mingisugusegi pornograafilise tootena ja teine asi huumor on miski, mis nt pornos täiesti puudub. Kui ma seda lugesin, siis mulle oli see üllatuseks, et ta väga üheselt distantseerib iseennast autorina kogu sellest jamast (kd 3 tl 180-182).*

Kohtus luges prokurör ette UNTITLED 12 ning selle käigus kommenteeris Kaur Kender (kd 2 tl 102-103) ...*kirjandus kui selline nagu kõik kunstid toimivad niimoodi nagu ütles Picasso - Head kunstnikud laenavad, suured kunstnikud varastavad. Ma olen suur kunstnik. Kui suur kunstnik varastab midagi võõrast loomingust, nimetatakse seda allusiooniks. .... Võtsin American Psycho'st inimeste tapmise detailse kirjelduse ning teha sellist nägu, et eesti keeles on enneolematu, millise üksikasjalikkusega kirjeldatakse UNTITLED12-s tapmist, on naeruväärne. Kuriteod, mida kirjeldatakse, peavad minema üha rügemaks. Markii de Sade jagas patud neljaks. Mul on seal samamoodi. Ma olen alustanud homoseksuaalsusest, siis pärast heteroseksuaalsus koos kõikide perversioonide ja kõikide asjadega ja lõpuks finaalsiks, kus de Sade'l on mõrvalikud patud, seal on ka minul täiesti totaalsed mõrvarlikud patud. Miks on minu raamatus nende tegelaste vanused antud? Ma tegin täpselt samuti nagu Markii de Sade, kes annab kõikidele tegelastele vanused. Seal on senaator, kohtunik, piiskop ja veel tüübid, kes on hästi rikkad, kellel on hästi palju raha ja võimu nagu minu tegelasel ja nad varastavad lapsi, kes on 12-16 aastased ja hakkavad neid vägistama. Neid vägistatakse sadu lehekülgi. Neid tapetakse, neil löigatakse sõrm ära. Neil löigatakse kõht lõhki ja kõik ja puha. Kirjandussõbrale, kellele ma kirjutasin tegelikult selle raamatu, ma ei kirjutanud seda 100 000 Eesti inimesele, kes seda loevad. Ma ei kirjutanud seda sellepärast, et prokuratuur saaks rääkida, et ma olen psühhopaat. Ma ei kirjutanud seda sellepärast, et kõik ajalehed saaksid kirjutada, et ma olen pedofiil või lapsporno tegija. Ma kirjutasin selle kirjandussõpradele. See raamat lõpeb niimoodi, et võtab ühe järjekordse lapse kaheteistkümnest, mis on ka pealkirjas „UNTITLED12“ kuna lõpustseenis on 12 last. Mees töötas ta avause täiest lahti käega ja surus sinna vagiinakoopasse kümnesentimeetrise laiuse ilutulestiku-patarei punnitama ots sissepoole. Nad sidusid ta käd kinni ja süütasid patarei putsis. Süütenöör põles ning sukkades plika kiljus ja jooksis mööda tuba ringi, looriga müts ikka veel lõua all seotud. Ta nägi rõve välja, üldse mitte seksikas enam. Kui esimene rakett lendas talle putsi, hüppas lelu õhku, röökis, rakette lendas vilinal, plika helevalge keha paistis plahvatuses läbi kui ta põrandale lendas. Need olid ka sisikonnas värviliselt, plahvatasid lõpuks ta kõhuga koos. .... Kui see inimene*

ei ole lugenud Markii de Sade 120 päeva Soodomas, siis see inimene ei saa aru, et see on Markii de Sade neljakümne kuriteo 9. päev. See on üks lause, ilma milleta ei ole võimalik sellest raamatust aru saada.

Kohe alguses esimeses lõigus öeldakse ära, kes on tegelane. Tegelane on seksuaalmaniakk, porno- ja seksisõltlane. Edasi järgnevad kõik need stseenid, mis inimesele, kellel on elementaarne kirjanduslik lugemus olemas, tsitaadid või pastiche'd teistest analoogsetest kirjandusteostest. Esimene stseen kohe, kus on kohtumine Daniliga ja teiste poistega, on viide eesti keeles aastal 2012 ilmunud. Ma lugesin seda 25 aastat tagasi inglise keeles William Burroughsi raamatule „Alasti lõunasöök“, kus 9.peatükis koheselt toimub poistega väga analoogne asi. Ma olen püüdnud isegi seda stiili järele aimata kd 2 tl 101.

Amy L. Neuhardt'i arvamusest (kd 4 tl 23-24 punktid a-d) selgub, et USA õigus ei tunne mõistet kirjanduslik lapsporno ning selleks, et kedagi saaks võtta kriminaalvastutusele selliste tekstide loomise eest, peab teos vastama kolmele kriteeriumile, so *Milleri testi*: 1. tavainimene, rakendades kaasaegse ühiskonna standardeid, peaks leidma, et see on suunatud ihara huvi tekitamisele. 2. teos kujutab või kirjeldab seksuaalkäitumist ilmselgelt kõlblustunnet riivaval viisil. 3. teosel tervikuna võttes puudub mõistliku inimese arvates igasugune kirjanduslik, poliitiline, kunstiline või teaduslik väärtus.

**Asjatundjate ütluste ja kirjalike arvamustega** (kd 3 tl 108-129, 132-135, 130-131, 136-141, kd 3 tl 157-159, tl 159 pöördel-162, 169-174, tl 174 pöördel-178, 178-180, tl 180-182) **on tõendatud, et tegemist on transgressiivse kirjandusega ning teose UNTITLED12 eesmärk oli esile kutsuda vastikustunnet ja tülgastust. Transgressiivne kirjandus on piiride ja normide ületamine ning rikkumine, põhineb suuresti afektil ning tühistab pornograafilist mõju. Asjatundjad on arvamusel, et teosel on kindlapeale kunstilist väärtust, keelekasutus on huvitav ja leidlik.** Teos ei vasta *Milleri testi* kolmandale kriteeriumile (Amy L. Neuhardt, kd 4 tl 23-24 punktid a-c), mida kasutati *Frank McCoy* kohtuasjas nr L07-CR-18(WLS) Ameerika Ühendriikide Ringkonnakohtu Georgia osariigi Keskringkonna Albany jaoskonna kohtuotsuses kd 2 tl 26-54, 55-61 ning mille kohta selgitab Steven Grocki *laste ekspluateerimise ja nilbusega tegelevast osakonnast USA Justiitsministeeriumi juures* (kd 4 tl 103) oma vastuses Eurojust Eesti liikmele Raivo Sepp'ale, et *Frank McCoy* kriminaalasja menetluses kasutati *Milleri testi* uurimaks, kas lood kannavad kirjanduslikku väärtust. Seal leidis kohus, et *McCoy* lood ei kannu kirjanduslikku väärtust (kd 4 tl 103).

### III.

On tõendamist leidnud, et viibides Ameerika Ühendriikides Detroit'is avaldas Kaur Kender 23.12.2014 oma kirjandusteose *UNTITLED12* võrgukeskkonnas nihilist.fm, mille server asub Ühendkuningriigis Gloucesteris ning mille registreerijaks ja administraatoriks on Kaur Kender ise.

Teose loomine ja levitamine saab USA karistusõiguse järgi olla karistatav, kui selle eesmärgiks on tekitada huvi seksi vastu (Amy L. Neuhardt'i arvamus kd 4 tl 24 punkt a) *Milleri testi* esimene kriteerium: tavainimene, rakendades kaasaegse ühiskonna standardeid, peaks leidma, et see on suunatud ihara huvi tekitamisele.

Briti advokaadi Richard Graham Samuel'i (kd 4 tl 41-102) arvamuse kohaselt võib laste seksuaalse väärkohtlemise üksikasjalik kirjeldamine kirjandusteostes olla kuritegu ainult väga piiratud juhtumitel (p 68-73, 90-97, 101-102) on vaja tõendada, et teos võib kõlbliselt laostada ja rikkuda enam kui vaid tühist osa selle tõendatud lugejatest. Seega tuleb välja selgitada, kas *UNTITLED12* avaldamine internetilehel *nihilist.fm* võib mõjutada laste seksuaalset väärkohtlemist omaks võtma enam kui tühist arvu isikuid. Kohus märgib veel kord, et antud juhul puuduvad kohtul sellekohased tõendid. Ühendkuningriigi õiguse järgi on karistus välistatav, kui teos omab kirjanduslikku väärtust.

Nagu nähtub, on nii USAs kui Ühendkuningriigis kriminaaliseeritud tekstid, kus eesmärk on lugejaid moraalselt laostada (Inglismaa ja Wales) ja tekitada iharat huvi (USA). Mõlemas riigis on teose loomine ja levitamine karistatav siis, kui teosel puudub teaduslik, kirjanduslik, poliitiline või kunstiline väärtus.

**Antud juhul on juba tõendamist leidnud, et teosel UNTITLED12 on kirjanduslik ja kunstiline väärtus olemas. Seega seisneb Eesti, USA ja Suurbritannia karistusnormide erinevus selles, et kui teatavat kirjanduslikku või ühiskondlikku väärtust omavate teoste valmistamine ja levitamine ei ole seal**

**karistatav, kuid on karistatav Eesti Vabariigis, siis puudub identne karistusõigusnorm ning Eesti Vabariigi karistusvõim seal toimepandud tegudele ei laiene.**

*UNTITLED12* lugejate sihtrühm, st lugejate õigused ei ole ega saagi olla ühelgi demokraatlikul maal ühegi seadusega piiratud.

Asjatundjad kinnitasid kohtuistungil, et teosel *UNTITLED 12* on olemas kirjanduslik ja kunstiline väärtus, samas märkisid, et see ei ole ehk tavalugeja jaoks, pigem kirjandusklikult haritud lugeja jaoks. Kaur Kender ise seletas, et kirjutas *UNTITLED12* igale kirjandussõbrale ning on alati kommentaaridele avatud.

Eesti Vabariigi Põhiseaduse § 45 kohaselt on igalühel õigus vabalt levitada ideid, arvamusi, veendumusi ja muud informatsiooni sõnas, trükis, pildis või muul viisil. Seda õigust võib seadus piirata vaid avaliku korra, kõlbluse, teiste inimeste õiguste ja vabaduste, tervise, au ning hea nime kaitseks, ent antud teoses pole neid riivatud. Tsensuuri meil teadupärast ei ole ega loodetavasti ka tule.

Väljatrükk Amazon'i veebipoest [www.amazon.co.uk](http://www.amazon.co.uk) ja tõlge (kd 1 tl 118-123) näitavad, et teos *UNTITLED12* on internetis vabas müügis, teose saab tellida veebipoest [www.amazon.co.uk](http://www.amazon.co.uk) paberkujul 5,99 naelaga ja e-raamatu kujul 3,51 naelaga.

Xxxsesitas Politsei- ja Piirivalveametile, Riigiprokuratuurile ja Põhja Ringkonnaprokuratuurile (kd 3 tl 55-56,57-63) teate, et tema teada koosneb de Sade kirjutatud teos *Soodoma 120 päeva ehk kõlvatuse kool* praktiliselt kogu ulatuses sadistlikust lapspornograafiast, kus neli täiskasvanud isikud vangistavad kuusteist last vanuses 12-15 aastat ning asuvad neid nelja järgneva kuu jooksul üha suurema jõhkruusega vägistama. Täiskasvanud isikud pilastavad, vägistavad, sandistavad ja tapavad teoses ka enda bioloogilisi lapsi ning lisaks neile ohvritele mõrvatakse seksuaalpersuustele käigus veel sadu isikuid, kõige nooremad alles emaisas sündimata imikud. 05.02.2016 koostas Põhja Ringkonnaprokuratuuri teate kriminaalmenetluse nr 1673000053 alustamata jätmise kohta (kd 3 tl 64-66), kuna selleks puudub alus ning avaldus väljendab esitaja isiklikku arvamust. koostas Põhja Ringkonnaprokuratuuri teate kohaselt: Avaldusele lisatud kirjandusteoses üksikutest katkenditest aga ei nähtu kuriteo asjaolusid ja kuriteotunnuseid pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seaduse § 1 lg 2 p 3 mõistes. Antud kirjandusteos on ilmunud erootikaajakirjas Maaja ja esitatud katkendit võib vaadelda kui erootilist. Võttes arvesse, et keegi varasematest ettevõtjatest/levitajatest ei ole leidnud, et tegemist oleks pornograafilise teosega ja KarS § 178 lg 1 koosseisu tunnuseks on tahtlus levitada pornograafilist sisu, siis antud juhul ei saanud ega pidanudki teose levitajad mõistma ja aru saama, et tegemist võiks olla pornograafilise sisu sisaldava teosega. Seega puudub alus ja ajend kriminaalmenetluse alustamiseks KarS § 178 lg 2 järgi, mis on vastavalt KrMS § 199 lg 1 p 1 kriminaalmenetlust välistavaks asjaoluks.

27.08.2015 esitas Xxxx Politsei- ja Piirivalveametile (kd 3 tl 187-194) teate, kus avaldab arvamust, et Vladimir Nabokovi 1955.a kirjutatud *Lolita* koosneb detailsetest pornograafilistest ja erootilistest situatsioonidest täisealise mehe ning alaealise lapse vahel, kusjuures romaan on kergesti kättesaadav nii raamatukogudes kui ka raamatupoodides. 04.09.2015 koostas Politsei- ja Piirivalveameti teatise kriminaalmenetluse alustamata jätmise kohta (kd 3 tl 195-196), kus mainib: *Lolita* on kirjandusklassikana korduvalt välja antud. Suguakt peategelaste vahel ei ole kirjeldatud detailselt ning ei ole pealetükkiv, vaid on üldise kirjeldusega. Tegemist on mahuka teosega, milles on suguakti kirjeldatud väga üldiselt ja pealiskaudselt. Antud teos lasti välja ka NSV Liidu ajal, ning tollased kriitikud ja tsensorid ei leidnud, et teose sisu võiks olla moraalnormide vastane. Vastupidi antud teos valiti 100 parima raamatu hulka. Antud juhul ei ole tegemist KarS § 178 kvalifitseeritava kuriteoga ning juhindudes KrMS § 199 lg 1 p 1 alusel jäeti kriminaalmenetlus nr 15230104810 alustamata.

14.09.2015 saabus Põhja Ringkonnaprokuratuuri Xxxxi kaebus ülalmainitud kriminaalmenetluse alustamata jätmise peale. KrMS § 207 lg 4,5 jäeti rahuldamata Xxxxi kaebus kriminaalmenetluse nr 15230104810 alustamata jätmise peale (Põhja Ringkonnaprokuratuuri 28.09.2015 kaebuse rahuldamata jätmise määrus kd 3 tl 197-199).

17.08.2015 esitas Xxxx Politsei- ja Piirivalveametile teate võimaliku kuriteo kohta (kd 3 tl 200-204), kuna on veendunud, et Jüri Ehlvest'i teoses *Päkapikk kirjutab* ja Vladimir Sorokin'i teoses *Sinine Pekk* kujutatakse nooremaid kui neljateistaastaseid isikuid pornograafilises ja erootilises situatsioonis ning tehakse seda perekondlikke traditsioone ja inimlikke väärtusi devalveerivalt. 26.08.2015 koostas Politsei- ja Piirivalveameti teatise kriminaalmenetluse alustamata jätmise kohta (kd 3 tl 205-206), kus on kirjas, et Jüri Ehlvest'i teoses *Päkapikk kirjutab* ja Vladimir Sorokin'i teoses *Sinine Pekk* puudub sõnaselgelt väljendus sellele, et tegemist on noorema kui neljateistaastaste isikutega, seega puudub KarS § 178 lg 1 koosseis ja kriminaalmenetlust ei alustata. Lisaks on teoste loomise aastad 1997 ja 1999, mistõttu on need aegunud. KrMS § 83 lg 1 kohaselt ei tohi kedagi kuriteos süüdi mõista ega karistada, kui kuriteo lõpule viimisest kuni selle kohta tehtud kohtuotsuse jõustumiseni on möödunud viis aastat teise astme kuriteo korral.

29.12.2014 alustati KarS § 178 lg 1 tunnustel kriminaalasi nr 142301103326. 08.01.2015 esitati Kaur Kender'ile kahtlustus KarS § 178 lg 1 järgi. 21.08.2015 registreeriti Riigiprokuratuuris Kaur Kender'i kaitsja Paul Keres'e taotlus kriminaalasi menetlust juhtiva vanemprokurör Lea Pähkel'i taandamiseks. KrMS 229 lg 2 p 1 alusel jäeti rahuldamata Kaur Kender'i kaitsja Paul Keres'e taotlus (24.08.2015 koostatud kaebuse rahuldamata jätmise määrus kd 3 tl 148-151).

Kohtus uuriti järgmised teosed: *Lolita*, Vladimir Nabokov (kd 3 tl 110-196), *Päkapikk kirjutab*, Jüri Ehlvest, (kd 3 tl 1-54), *Sinine pekk*, Vladimir Sorokin (eraldi ümbrikus), *Alasti lõunasöök*, William Burroughs, (eraldi ümbrikus), *Soodoma 120 päeva*, Markii de Sade, (eraldi ümbrikus). Eelmainitud teosed on lugejatele vabalt kättesaadavad.

#### IV.

Eestis on pornograafia juriidiline definitsioon sõnastatud lähtudes seksuaalsete toimingute kujutamiseviisist, labasusest ja pealetükkivusest. Pornograafia mõiste on määratletud *Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seaduses* (PorTS § 1 lg 2 p 3).

Kultuurministeeriumi 06.02.2015 vastus Politsei- ja Piirivalveameti Põhja Prefektuuri kriminaalbüroo lastekaitseteenistuse 13.01.2015 päringule, Kultuurministeeriumi 16.02.2015 vastus Põhja Prefektuuri Politsei- ja Piirivalveameti 10.02.2015 päringule ning lisatud *Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni* 04.02.2015 protokoll nr 4, arvamused näitavad (kd 2 tl 1-17), et ajavahemikul 15-29.01.2015 toimus e-posti teel *Kultuurministeeriumi pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni* koosolek. Komisjoni esimees xxxx, protokoll koostaja xxxx, protokoll koostamise kuupäev 04.02.2015, komisjoni liikmetest osalesid xxxx, xxxx, xxxx, xxxx, xxxx, xxxx, xxxx, xxxx ja xxxx. Komisjoni liikmetest puudusid xxxxx. Päevakorraks on märgitud *Politsei- ja Piirivalveameti Põhja Prefektuuri kriminaalbüroo lastekaitseteenistuse* taotlus Kaur Kender'i *UNTITLED 12* sisu määratlemiseks.

Ekspertkomisjon lähtus oma arvamuse kujundamisel pornograafia definitsioonist. PorTS § 1 lg 2 p 3 kohaselt on pornograafia selline kujutamiseviis, mis toob labaselt ja pealetükkivalt esiplaanile seksuaalsed toimingud teisi inimlikke seoseid kõrvale või tahaplaanile jättes. *Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni* liikmetelt laekusid arvamused ajavahemikul 19-29.01.2015. Kaheksa ekspertkomisjoni liikme hinnangul on tegemist pornograafilise sisuga teosega, sest tekst toob seksuaalsed toimingud labaselt ja pealetükkivalt esiplaanile ning jätab teised inimlikud seosed kõrvale.

*Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste ekspertkomisjoni* esimees xxxxpalus ka Eesti Kirjanike Liidu esindaja arvamust teose kohta, ning EKL juhatuse poolt volitatud isiku Aare Pilv'e arvamus laekus 30.01.2015 (e-kiri kd 2 tl 13).

Aare Pilv kirjutab järgmist: *Seaduses antud määratlus kõneleb ainult kujutamiseviisist, kuid pelgalt kujutamiseviisi põhjal ei saa tekstile kui kirjandusteosele (mida K.Kender'i UNTITLED 12 kahtlemata on) täit tõlgendust ega hinnangut anda. Tuleks arvestada lisaks ka autori intentsiooni (st millena on tekst kavatsatud), teksti funktsiooni (mis on teksti eesmärk, millist vastuvõtturegistrit ta eeldab, milliste kirjanduslike ja tekstiliste*

konventsioonidega suhestub jne) ning muud konteksti (nt teksti suhe autori muude loomeaktidega, aga ka üldisem taustaraamistik: kunstilise ja funktsionaalse teksti eripära nüüdisaegse kultuuri tekstitüüpide hulgas). Kõik need aspektid on kunstilise teksti puhul omavahelises sõltuvusseoses ning ühe aspekti esile tõstmine teiste arvelt moonutaks adekvaatset analüüsi. Seaduses antud pornograafia definitsiooni ning pornograafia-mittepornograafia tekstiteoreetilise kompleksse eristamise vaheline ühiselus on lünklik ja ebapiisav. See tähendab, et seaduses sõnastatud pornograafia määratluse alusel ei ole võimalik anda eksperthinnangut kõnealusele tekstile kui kirjandusteosele.

xxxxkirjutab oma arvamuses (19.01.2015 e-kiri, kd 2 tl 8) järgmist *Olen seisukohal, et tegemist on pornograafiaga ja julmust propageeriva teosega. Põhjenduseks oskan ja saan tuua just selle, mida pornograafiana seaduse kohaselt ette nähakse.*

xxxxkirjutab oma arvamuses (21.01.2015 e-kiri, kd 2 tl 8) ...../.../Teos üldiselt on lubatud (tavalisel) määral pornograafiline kuid sisaldab kahte lõiku kus kirjeldatakse väga tõetruult suguihet alaealistega...../.../

Hillar Sein kirjutab oma arvamuses (22.01.2015 e-kiri, kd 2 tl 8)...Arvestades asjaolu, et kirjanik on oma loometegevuses vaba ning „ainult lugejad saavad otsustada mis on pornograafia või mis mitte“ saan teose läbi lugenud väita, et minu hinnangul on tegemist pornograafilise teosega...../.../

xxxxkirjutab oma arvamuses (22.01.2015 e-kiri, kd 2 tl 9).../.../olles tutvunud Kaur Kender'i kirjutisega UNTITLED 12...../.../ leian, et tegemist on pornograafilise sisuga teosega ning seda alljärgnevatel põhjustel: 1. teos toob esiplaanile detailset ja pealetükkivalt seksuaalsete toimingute kirjeldamise, 2. seksuaalse toimingute kirjeldamisel kasutatakse labast sõnastust, 3. seksuaalsete toimingute labane kirjeldamine on teoses läbiv ja minu hinnangul moodustab antud põhimahu (muud inimlikud seosed on kirjutises jäetud tahaplaanile).

xxxxkirjutab (22.01.2015 e-kiri, kd 2 tl 9-10) ...../.../olen seisukohal, et antud teksti ei saa pidada pornograafiliseks pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seaduse § 1 lg 1 p 3 mõttes. UNTITLED 12 toob esiplaanile mitmesuguseid, sealhulgas seksuaalseid toiminguid, kuid ei tee seda mitte labaselt, vaid groteskselt...../.../tegemist on ilmselgelt kirjandusteosega, mis käsitleb jälestusväärset väärdunud psüühikaga indiviidi luhtunud katseid mõtestada seksuaalset erutust. B) Pornograafia rubriiki ei mahu UNTITLED 12 ka seetõttu, et mitte ei tekita, vaid pärsib seksuaalset erutust c) Pornograafia rubriiki ei mahu UNTITLED 12 ka autori intentsiooni tõttu, nimelt ei ilmunud novell mitte pornograafiat, vaid kirjandust ning esseistikat avaldavas väljaandes. ....

xxxxkirjutab (29.01.2015 e-kiri, kd 2 tl 10)...../.../... on minu hinnangul tegemist pornograafilise sisuga ja vägivalda ning julmust sisaldava kirjutisega. Tekstis kirjeldatakse häirival, julmal ja vägivaldsel viisil detailselt seksuaalseid toiminguid alaealiste lastega.

xxxx ja xxxx arvamuse kohaselt (kd 2 tl 11) ...../.../on antud kirjutise puhul tegemist pornograafilise sisuga või vägivalda või julmust propageeriva teosega pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seaduse (PorTS) § 1 § 1 mõistes...../.../ Kirjutises kujutatakse alaealisi pornograafilistes, rõvedates ja vägivaldsetes situatsioonides. Samuti alavääristatakse artiklis naisi...../.../ Artiklis puudub selgitus, et kirjutises toodud tegelased on väljamõeldud.

xxxx on andnud hinnangu (kd 2 tl 12)...../.../Kirjutises on peamiseks tegevusliiniks seksuaalsed toimingud, muud tegevused on kirjeldatud kas seoses seksuaaltoimingutega, ette valmistamiseks seksuaaltegevusi või tegelemaks nendest johtuvate tagajärgedega...../.../ UNTITLED 12 on pornograafilise sisuga teos, kuna kirjutises kirjeldatakse seksuaalseid toiminguid ühekülgselt, ehk labaselt ja esitletakse järjepanu (seega pealetükkivalt esiplaanil) peamiselt ainult seksuaalseid toiminguid ning minimaalselt on võimalik eritleda teisi inimlikke seoseid.

Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageeritavate teoste ekspertkomisjoni koosseis on kinnitatud kultuurministri käskkirjaga nr 245 23.08.2013 (muudetud 04.02.2014 käskkirjaga nr 52) Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageeritavate teoste leviku reguleerimise seaduse § 8 lg 2 alusel(kd 2 tl 15). Komisjoni esimees on xxxx(Kultuuriministeerium), komisjoni liikmed: Hillar Sein (Kultuuriministeerium),

xxxx(Haridus- ja Teadusministeerium), xxxx (Sotsiaalministeerium), xxxx (Sotsiaalministeerium), xxxx(Eesti Kinoliit), xxxx(Eesti Kunstnike Liit), xxxx (Eesti Kaitseliit), xxxx (Politsei- ja Piirivalveamet), xxxx(Eesti Autoriõiguse Kaitse Organisatsioon).

MTÜ Lastekaitse Liit 27.05.2015 koostatud hinnangu (kd 2 tl 75-76) kohaselt on *UNTITLED 12* pornograafilise sisuga teos, kuna teoses kirjeldatakse seksuaalsed toiminguid ühekülgsest, ehk labaselt ja esitletakse järjepanu (seega pealetükkivalt esiplaanil) peamiselt ainult seksuaalseid toiminguid ning minimaalselt on võimalik eritleda teisi inimlikke seoseid. Mis puudutab autori selgitusse, et tekstis kirjeldatud lastega toimuvate seksuaaltoimingute puhul ei ole tegemist reaalseste laste, vaid väljamõeldud lastega, siis tõstatatud eetilise küsimus, kas täiskasvanul on õigus taolisi fantaasiaid kirja panduna levitada. Inimese seksuaalsus on üks osa tema identiteedist, seksuaalsuse arenemine on loomulik osa lapsest täiskasvanuks saamisel, kuid seks ei puutu lapsepõlve. Seega ei ole vahet, kas kirjutises seksuaaltoimingud lastega toimuvad või on esitatud tegelaste fantaasiatena.

04.05.2016 kohtuistungil kinnitas asjatundjana Imre Rammul, et pedofiilia ja üldse kõik seksuaalkuriteod võivad olla *hands on, hands off*, mis tähendab, et kas selle puhul on vahetut kontakti või ei ole. *Hands off* tüüpiline kuritegu on lapsporno regulaarne tarvitamine seksuaalse erutuse saamise eesmärgil. *Hands on* kuritegu on vahetu kontakt ohvri ja pedofiili vahel. Asjatundja kinnitas, et antud juhul puudub reaalne kontakt ning teoses puuduvad põhilised pornograafia tunnused. Asjatundjana esinenud xxxx seletas, et seksuaalsete toimingute detailne kirjeldamine ja nende kuhjamine on tänapäeva kirjanduses väga sage nähtus, ta ei tea kellele see lugu võiks erutavat mõjuda. xxxx seletas, kui keegi leiab *UNTITLED12* märke pornograafiast, siis seda inimest tuleks uurida.

Kõik ülekuulatud ning ka kirjaliku arvamuse andnud asjatundjad on ühel nõul selles, et *UNTITLED12* ei ole pornograafiline teos, kuna tal puuduvad pornograafia tunnused, teose teksti lugedes pole võimalik erutada, see on antiporno, kogu teose idee on suunatud vastikustunde tekitamisele.

Amy L. Neuhardt märgib p 40-42, et Frank *McCoy* teosed kirjeldasid üksikasjalikult, ühemõtteliselt ja detailselt väikeste laste seksuaalset väärkohtlemist ning teoste kogum koosnes 200 loost, mis olid avaldatud pornosaidil [www.yongstuff.com](http://www.yongstuff.com). *././.* Hr. *McCoy* tegi oma teosed kättesaadavaks üksnes läbi veebilehe, millel oli sugestiivne pealkiri [youngstuff.com](http://youngstuff.com). See asjaolu koosmõjus veebilehe sisuga viitab sellele, et peamine põhjus oli avaldata pornograafiat, mis kujutab seksuaalakte alaealistega. Seejuures koosneb Kenderi teoste kogum enam kui 11 raamatust/teosest ning tervikuna võib tema loomingut iseloomustada kui nihilistlikku ja transgressiivset kirjandust, mitte aga kui pornograafiat.

Harju Maakohtu 08.02.2017 määrusega (kd 5 tl 51-52) määras kohus semiootilise ekspertiisi teostele *Uued naabrid, Ema ja kolm tüdruku, Mona: kase ja voodi lugu* ning *UNTITLED12*. Kohus tegi ekspertiisi teostamise ülesandeks semiootikaekspert xxxx'le. Kohus määras anda eksperdi käsutusse: 17.11.2011 koostatud asitõendi vaatlusprotokoll kriminaalasjas nr 11230105033, 20.05.2015 koostatud asitõendi vaatlusprotokoll kriminaalasjas nr 14230112680 ning dokumentaalsed tõendid, s.o ärakirjad teostest *Uued naabrid, Ema ja kolm tüdruku, Mona: kase ja voodi lugu*, CD (kd 4 tl 123-138). Kohus esitas eksperdile järgmised küsimused: a) Kas ülalnimetatud teoste puhul on tegemist tarbekirjandusega (pornokirjandus) või kunstilise kirjandusega ning milliste tunnuste järgi tekstid selliselt liigituvad? b) PortS § 1 lg 2 p-s 3 toodud definitsioonist ja direktiivi artiklist 1 lähtudes palume hinnata kas teostes *Uued naabrid, Ema ja kolm tüdruku, Mona: kase ja voodi lugu* ja *UNTITLED12* 1., 3., 5., 6. ja 7. osas on kujutatud seksuaalseid toiminguid lastega labaselt ja pealetükkivalt. c) Palume välja tuua, milliste tekstis väljatoodud tunnuste või kirjelduste abil on võimalik aru saada, et teostes *Uued naabrid, Ema ja kolm tüdruku, Mona: kase ja voodi lugu* ja *UNTITLED12* 1., 3., 5., 6. ja 7. osas on kujutatud seksuaalseid toiminguid just lastega. Kohus leidis, et tekstide sarnasuse selgitamine liigi, žanri ja põhitunnuste järgi nõuab eriteadmisi ning eksperdi arvamus on kriminaalasja lahendamisel tähtis.

20.03.2017 esitas ekspert xxxx kohtule semiootika ekspertiisakti (kd 5 tl 55-72), kus analüüsib punktis 4.3 teiste autorite tekste *Ema kolm tüdruku, Mona: voodi ja kase lugu, Uued naabrid* (kd 4 tl 123-126, 127-138) ja Kaur Kenderi *UNTITLED12* ning väidab, et neis võib leida faabula ja süžee osas nii erinevusi kui sarnasusi.

Sarnasuseks võib pidada seda, et kõikide tekstide läbivaks teemaks on tegelaste seksuaalsus ning seksuaalsed suhted. Samuti on kõigis tekstides käsitletud seksuaalsuhteid alaealistega. Tekstide erinevused tulenevad sellest, et kui teostes *Emma kolm tütar*, *Mona: voodi ja kase lugu* ning *Uued naabrid* on seksuaalsuhted alaealistega peateemaks, siis Kaur Kenderi *UNTITLED12* käsitleb seksuaalsuhteid laiemalt, sh eneserahuldamist, seksuaalsuhteid täiskasvanute vahel ning homo- kui ka heteroseksuaalseid suhteid. Tekstis *UNTITLED12* on lisaks seksuaalsuhetele toodud sisse ka muud teemad — narkootikumid, alkohol ja sotsiaalne stratifikatsioon, mida kolmes ülejäänud tekstis täielikult välditakse. Kui kolme esimese teksti süžee puudutab ühe piiratud komplekti tegelaste omavahelisi seksuaalsuhteid, siis viimases tekstis on süžee keskmes peategelase seksuaalsus kui selline ning tema suhted suure hulga teiste inimestega.

Ekspertiisiakti punkti 4.4 (tegelased, vaatepunkt ja kronotoop) kohaselt erineb *UNTITLED12* teistest tekstinäidetest selle poolest, et peategelasi on kõige vähem ning kõrval tegelasi kõige rohkem. Kui ülalmainitud kolmes teoses tegutsevad peategelased paljuski pariteetsetel alustel, siis teoses *UNTITLED12* on suhtumine teistesse tegelastesse konstrueeritud peategelase väärtushinnangutest lähtuvalt.

Teoste raami analüüs (punkt 4.5) näitab, et tekstide *Emma kolm tütar*, *Mona: voodi ja kase lugu* ning *Uued naabrid* raamid sarnanevad teineteisega. Isegi kui algne osapoolte kohtumine on konfliktne, lahendatakse see seksuaalselt positiivse orgastilise tulemusega. Lähtudes sellest, et teksti lõpp aktiveerib eesmärgi tunnuse, siis võib sedastada, et nende tekstide eesmärgiks on näidata orgastiliste kogemuste võimalikkust, nende kulgu ja tulemusi. Kaur Kenderi *UNTITLED12* raam erineb sellest. Siin on kohe teksti alguses näidatud sõltuvuslik suhe oma suguelundiga, mis viib tõsiste negatiivsete tagajärgedeni. Lähtudes mainitud lõputunnusest võib nentida, et teksti eesmärgiks on näidata sõltuvuslike suhete pahelisust ning nende hävituslikke tulemusi.

Ekspertiisi kvalitatiivne osa (punkt 4.6) näitab, et uurimiseks esitatud tekstidest on representatiivseid tekste kaks: *Uued naabrid* ja Kenderi *UNTITLED12*. Ekspertiisi autor leiab, et kõik esitatud tekstid on kunstiliselt fiktiivsed. Kenderi *UNTITLED12* erineb neist kolmest faabula, süžee, tegelaste, kronotoobi, raami ning vaatepunkti osas. Seega kuuluvad ülalmainitud 3 lugu ühte žanri, Kenderi teos *UNTITLED12* kuulub aga uuritud tunnuste alusel hoopis teise žanri.

Punktis 5.3 märgib ekspert järgmist: **Rea definitsiooni järgi tuleb arvestada isikuid, kes mingeid materjale pornograafilistena käsitlevad. Seejuures peab vaadeldav materjal olema pornograafiline suurema osa selliste adressaatide jaoks. Kuigi pädevate uurimisasutuste käes (Eestis) võib olla või ei pruugi olla suur hulk erinevaid materjale, mis kriminaalmenetluste käigus on pedofiilide käest ära võetud, siis teaduslikus ekspertiisis saab aluseks võtta vaid neid järeldusi, milleni on teadusliku meetodika abil valminud uurimistöö käigus jõutud. Sellise erandliku uurimise on koostanud xxxx, kes sedastab oma uurimistöös, et pedofiile erutab softcore ehk pigem erootiline materjal (laste pildid ajalehtedest, lapsed erinevates tegevustes kas riides või pesuväel, pornoajakirjades täiskasvanute nägude asendamine laste nägudega). Emma kolm tütar, Mona: voodi ja kase lugu, Uued naabrid on selles suhtes piiripealsed tekstid, milles kirjeldatakse detailselt, kuid nagu kvantitatiivne osa seda näitas, valdavalt positiivsetes ilmnunud tõsiasjaga, et pedofiilid kasutavad täiskasvanutele mõeldud pornograafilisi ajakirju nende omaloominguliseks adapteerimiseks lastega seotud konteksti. UNTITLED12 seevastu kujutab mitte üksnes laste tapmist, vaid ka nende piinamist ning lastena esinenud seksuaalpartnerite, täpsemalt vägistatute söömist. Selliste tähistajate kasutamine on seotud oluliselt teistsuguste tähistatavatega kui Howitti poolt uuritud pedofiilide seksuaalselt erutava informatsiooni skoop seda lubaks. Uidhir'i definitsioon võimaldab keskenduda vaadeldavatele tekstidele kui sellistele (immanentne analüüs). Sellises vaatluses ilmneb ühemõtteliselt, et lood Emma kolm tütar, Mona: voodi ja kase lugu, Uued naabrid on viisikindlusetud. Need ei vaja mõistmiseks midagi muud kui seda, mida need kirjeldavad (seksuaalakte). UNTITLED12 on seevastu viisikindel ning see viis seisneb peamiselt selles, et kujutatud on seksuaalmaniaki maailmapilti (vt kvalitatiivset analüüsi). Teoses kirjeldatavad seksuaalaktid ei ole mõistetavad ainult seksuaalaktidena, vaid peamiselt ja eelkõige kujutusliku seksuaalmaniaki kujutusliku maniakaalsuse väljendusena. Tekstid Emma kolm tütar, Mona: voodi ja kase lugu, Uued naabrid ei ole kunstilised, vaid pornograafilised.**

Punktis 5.4 on seega kokkuvõtlik vastus esimesele uurimisküsimusele järgmine: Rea ja Uidhir'i pornograafia definitsioonide alusel võib sedastada, et tekstid *Emma kolm tütar*, *Mona: voodi ja kase lugu* ning *Uued naabrid*

on pedofiilidele tõenäoliselt seksuaalselt erutavad ning viisikindlusetud, mistõttu on tegemist pornograafiaga. Kaur Kenderi teos *UNTITLED12* on pedofiilidele tõenäoliselt seksuaalselt mitteerutav ning viisikindel, mistõttu võib nentida, et tegemist on kunstilise tekstiga.

Punkt 6 kohaselt kujutatakse tekstides *Uued naabrid, Ema ja kolm tüdart, Mona: kase ja voodi* lugu seksuaalakte või erootilisi stseene ning peamises osas tehakse seda sarnaselt: täiskasvanud ja lapsed on suguuhtes, mida mõlemad osapooled naudivad. Ainult ühes tekstis (*Mona: voodi ja kase lugu*), mis koosneb katkenditest, leidub alguses stseen, kus üks osapooltest (laps) seksuaalset kontakti ei naudi ning selle vastu protesteerib. Olukorrad on lihtsad ega nõua eriti palju teadmisi: kirjeldatakse meeste ja naiste suguelundeid, nende funktsioneerimist ning tegelaste positiivseid emotsioone sellega seoses. Kuivõrd tekstid millestki muust kui seksist ei räägi, siis võib neid pidada pealetükkivateks. *UNTITLED 12* osades 1., 3., 5., 6. ja 7. on seksuaalseid toiminguid lastega kujutatud seevastu keerulisemalt ning ebaharilikult. Esiteks lapsi ja täiskasvanuid ei kujutata ainult seksuaalaktides või erootilistes stseenides, vaid nad on ka mõrvarid või mõrvatud. Sellele lisaks tuuakse ära ka nende sotsiaalne taust (lapsprostituut, mustlaspoiss, baleriin) ning ühe või teise tegelase, kuigi peamiselt peategelase psühholoogilised erijooned (ta on oma munnipulga ori; talle meeldivad naiste persed, nende kuju ja sitaagud nende keskel). Samuti antakse üsna vastakaid hinnanguid täiskasvanute ja laste seksuaalsetele läbikäimistele (ta tahab näha ta seemnesööstu agooniat, kõigil oli hiljem häbi ja nad läksid kiiresti ära ja ei öelnud enam midagi, ta ise oli saanud neli erinevat suguhaigust, õnneks mitte AIDSi). Seksuaalsuhetes kohtuvad osapooled tihtipeale ei naudi oma tegevust (mustlane rääkis, et ta oli poisiga enne keppinud, siis noaga lõhki lõiganud Danili valge kõri ja vere välja lasnud nagu ohvritaldest, siis õpetasid nad nutvale tüdrukule peegli ees suuseksi ja lubasid, et kui nad on viis korda suhu pursanud, lasevad ema juurde tagasi, ta andis endast allpool parimat, et laps suguvõime kaotaks enne lõpule minemist ja niimoodi rütmis vägistasid nad inglise mõlemat otsa ja kuulasid last valust ulgamas, õed kriiskasid hirmust). Seksuaalaktide finaalsaks saab seeria mõrvu (sel nädalavahetusel tappis ta veel kaksteist last). Sellist lähenemist seksuaalaktidele ei saa kuidagi pidada lihtsaks ega äraleierdatuks. Laste seksuaalaktide kujutamine teoses *UNTITLED 12* pole labane, vaid kätkeb eneses teistegi kirjanike poolt kasutatud kunstilisi võtteid.

Punktis 6.1 on teise uurimisküsimuse kokkuvõtlik eksperdi vastus järgmine: teoses *Uued naabrid, Ema ja kolm tüdart, Mona: kase ja voodi lugu* kujutatakse seksuaalseid toiminguid lastega labaselt ja pealetükkivalt. Teoses *UNTITLED 12* kujutatakse seksuaalseid toiminguid lastega pealetükkivalt, kuid neid ei kujutata labaselt. Pigem on tegemist seda tüüpi tekstide pilkamise ja paroodiaga, kus lapsi kujutatakse seksuaalaktides labaselt ehk sisuliselt lapsporno kunstilise kriitikaga.

Punktis 7.1 vastuses kolmandale küsimusele on ekspert rõhutanud järgmist: *Ema kolm tüdart* „Ma olen neliteist ja pool“. *Mona: voodi ja kase lugu* „kes pidi täna Eastbourne’is tähistama oma neljateistkümnendat sünnipäeva“. *Uued naabrid* Melanie vastas, et ta on üheteistkümnendaastane. „Ennäe kus lugu, minu tütar Gloria on täpselt sama vana. *UNTITLED 12* „Mustlane oli 15“, „poisike, 13-aastane“, „12-aastase plika“, „lapsuke“, „11-aastaselt poisil“, „8-aastase Tiina“, „need olid õed, üks seitsmene ja teine kaheteistkümnene“.

**Asjatundjate ütluste ja arvamustega** (kd 3 tl 108-129, 132-135, 130-131, 136-141, kd 3 tl 157-159, tl 159 pöördel-162, 169-174, tl 174 pöördel-178, 178-180, tl 180-182), **semiootika ekspertiisaktiga** (kd 5 tl 55-72) on tõendatud, et Kenderi teosel puuduvad pornograafia tunnused, tegemist on transgressiivse kirjandusega, laste seksuaalaktide kujutamine teoses *UNTITLED 12* pole labane, vaid kätkeb endas teistegi tuntud kunstilisi võtteid, *UNTITLED12* on pedofiilidele seksuaalselt mitteerutav ning tegemist on kindlasti kunstilise tekstiga. Seega puudub teoses *UNTITLED12* PorTS § 1 lg 2 p 3 toodud pornograafia tunnus – selline kujutamiseviis, mis teisi inimlikke seoseid kõrvale või tahaplaanile jättes toob labaselt ja pealetükkivalt esile seksuaalseid toiminguid. Seega puudub KarS § 178 lg 1 objektiivne teokoosseisu element.

16.01.2015 SA Põhja-Eesti Regionaalhaigla vastus 14.01.2015 Politsei- ja Piirivalveameti Põhja Prefektuuri Lastekaitseteenistuse järelepärimisele (kd 2 tl 82) näitab, et 31.10-10.11.1989 on Kaur Kender viibinud Psühhiaatriakliinikus statsionaarsel ravil (diagnoos traumajärgne ajukahjustus isiksuse püsimatul psühhopatisatsiooniga). Ambulatoorselt ei ole pöördunud.



Harju Maakohtu 27.06.2016 määrusega määrati Kaur Kender'ile ambulatoorne kohtupsühhiaatria-psühholoogia kompleksekspertiis. Ekspertiisi teostamise ülesande määras kohus psühhiaater dr xxxxja psühholoog xxxx. Kohus määras anda ekspertide käsutusse kriminaalasja toimik nr 1-15-11024 ning Eesti Haigekassa väljavõtte Kaur Kender'i kohta. Kohus märkis, et ekspertidel on õigus tutvuda andmevaldaja juures kõigi Kaur Kenderi ravi- ja sotsiaalteenuste osutamiseiga seotud dokumentidega. Kohus esitas ekspertidele järgmised küsimused: Milline oli Kaur Kenderi psüühiline seisund kuriteo toimepanemise ajal, kas ta oli võimeline mõistma talle inkrimineeritud kuriteo toimepanemise ajal teo olemust ja seda juhtima? Kas Kaur Kender'il esineb psüühikahäireid, mis piiravad tema võimet oma käitumisest aru saada ja seda juhtida? Kas Kaur Kender'il esineb isiksusehäireid, mis piiravad tema võimet oma käitumisest aru saada ja seda juhtida? Kas Kaur Kender'il esineb kognitiivseid defitsiite, mis piiravad tema võimet oma käitumisest aru saada ja seda juhtida? Kas Kaur Kender on võimeline kandma süüdimõistmisel karistust? Kas Kaur Kender vajab psühhiaatrilist ravi?

03.12.2016 koostasid psühhiaater dr Katrin Eino ja psühholoog Tiina Kompus kohtupsühhiaatria-psühholoogia kompleksekspertiisi akti nr 20/26 (kd 5 tl 8-15,18-19, 22-24).

Ekspertiisis on kasutatud kriminaalasja nr 1-15-11024 toimikuid, Eesti Haigekassa andmeid Kaur Kender'ile osutatud tervishoiuteenuste, soodusravimite ja tervisekindlustuse kohta (andmed väljastati Eesti Haigekassast eksperdi taotlusel 29.07.2016 ja kohtu taotlusel juunis 2016 kd 4 tl 171-180), SA Põhja-Eesti Regionaalhaigla Kaur Kender'i tervisekaarti ja sama haigla Psühhiaatrikliiniku statsionaarse haige kaarti nr 186737 (ekspert tutvus dokumentidega Psühhiaatrikliinikus 28.07.2016 ja PERH's 12.09.2016), AS Ida-Tallinna Keskhaigla K.Kender'i tervisekaarti (ekspert tutvus dokumendiga ITKH-s 06.09.2016), AS Lääne-Tallinna Keskhaigla K.Kender'i tervisekaarti (andmed väljastas eksperdi taotlusel LTKH 14.09.2016), Arstlik Perenõuandla OÜ K.Kender'i tervisekaarti (dokumendi koopia väljastas andmevaldaja kohtu taotlusel 09.08.2016, AS Medicum Tervisekeskus K.Kender'i tervisekaarti (ekspert tutvus dokumendiga AS's Medicum 31.08.2016), perearst xxxx K.Kender'i tervisekaarti (ekspert tutvus dokumendiga Meditiim OÜ-s 31.08.2016), perearst xxxx K.Kender'i tervisekaarti (ekspert tutvus dokumendiga Tõnismäe Peremeditsiini Kolleegium OÜ's 11.10.2016.), Wismari Haigla vastust eksperdi päringule 13.07.2016, AS Rakvere Haigla vastust eksperdi päringule 23.08.2016, 29.11.2016 Harju Maakohtu Liivalaia kohtumaja ruumes läbi viidud psühholoogilise ja psühhiaatrilise intervjuu ning uuringute käigus kogutud andmeid.

Ekspertid (psühhiaater dr xxxx ja psühholoog xxxx) jõudsid arvamusele, et inkrimineeritava teo toimepanemise ajal 24.12.2014 ei esinenud Kaur Kender'il psüühilise seisundi ja kognitiivsete funktsioonide poolt takistusi ega piiranguid ümbrusest, oma tegude iseloomust ja sotsiaalsest tähendusest arusaamiseks. Kaur Kender'il ei esine psüühikahäireid ega kognitiivseid defitsiite. Kaur Kender on suuteline täiel määral aru saada ümbrusest ning ta on suuteline sihipäraseks arutlemiseks ja käitumiseks. Kaur Kender'il ei esine isiksushäiret ega takistusi ja piiranguid ümbrusest arusaamiseks ning sihipäraseks arutlemiseks ja käitumiseks, sh karistuse kandmiseks. Psühhiaatrilise ravi kohaldamiseks Kaur Kender'i suhtes puudub meditsiiniline näidustus.

Karistusregistri väljatrükk (kd 2 tl 77-81) näitab, et Kaur Kender on kriminaalkorras karistamata. Maksu- ja Tolliandmetel oli Kaur Kender'il 2013.a tulu 8255 eurot (kd 2 tl 83-84).

Kaur Kender'i artiklid (kd 3 tl 67-74,75-88,89-94, 95-96,185-186):

<http://nihilist.fm/fentanuul-ja-sajad-miljonid-eurod/>

<http://www.postimees.ee/1463175/sonaseletusi-kultuuritegelaste-poordumisele>

<http://nihilist.fm/milline-miin-saja-milline/>

[http://nihilist.fm/f-sona-ehk-repliik-hardo-ja-ahto-kirjavahetusele/;](http://nihilist.fm/f-sona-ehk-repliik-hardo-ja-ahto-kirjavahetusele/)

[http://nihilist.fm/mikto-fasistliku-karske-eesti-poole/;](http://nihilist.fm/mikto-fasistliku-karske-eesti-poole/)

[http://nihilist.fm/tervitusi-jurgenile/;](http://nihilist.fm/tervitusi-jurgenile/)

[http://majandus24.postimees.ee/3252683/varoufakis-saatis-kaur-kenderile-tanukirja/;](http://majandus24.postimees.ee/3252683/varoufakis-saatis-kaur-kenderile-tanukirja/)

<http://ohtuleht.ee/694742/galerii-laske-elada-raisk-toompeal-nouti-narkopoliitika-leevendamist>

<http://nihilist.fm/aus-vale-574939/>

Mainitud artiklid näitavad, et Kender'i on ühiskondlikult aktiivne ning on alati valmis oma arvamust avaldama.

Süüdistusaktis on kirjas, et 23.12.2014 lõi Kaur Kender Ameerika Ühendriikides viibides eestikeelse pornograafilise kirjandusteose *UNTITLED12*, milles on toonud labaselt ja pealetükkivalt esiplaanile seksuaalsed toimingud ning jätnud tagaplaanile teised inimlikud seosed; teose 1., 3., 5., 6., 7. osas /peatükk, *allosa/ kirjeldab ta korduvalt detailselt alla neljateistaastaste laste julma seksuaalset väärkohtlemist – täiskasvanud mehe sadistlikku anaalset, vaginaalset ja oraalset suguühet 11- ja 13-aastase poisiga ning 12-aastase, 7-aastase, 8-aastase, 4-aastase tüdrukuga, sh kirjeldades nende laste tapmist seksuaalse väärkohtlemise käigus.*

KarS § 178 lg 1 on objektiivsed koosseisutunnused järgmised: pildil, kirjutisel või muul teosel on pornograafilises situatsioonis kujutatud alaealisi isikud. Pornograafia mõiste on määratletud Pornograafilise sisuga ja vägivalda või julmust propageerivate teoste leviku reguleerimise seaduses (PorTS § 1 lg 2 p 3): pornograafia on selline kujutamiskiis, mis teisi inimlikke seoseid kõrvale või tahaplaanile jättes seksuaalsed toimingud labaselt ja pealetükkivalt esiplaanile toob.

Kõik ülekuulatud ning ka kirjaliku arvamuse andnud asjatundjad on ühel nõul selles, et *UNTITLED12* ei ole pornograafiline teos, kuna tal puuduvad pornograafia tunnused. Tegemist on transgressiivse kirjandusega ning teos *UNTITLED12* omab kirjanduslikku ja kunstilist väärtust. Seega ei ole tõendamist leidnud süüdistusakti väide, et *UNTITLED12* on pornograafiline kirjandusteos. Samuti kinnitavad ülekuulatud ja kirjaliku arvamuse andnud asjatundjad ning semiootikaekspertiis, et laste seksuaalaktide kujutamine teoses *UNTITLED 12* kätkeb endas paljusid tuntud kunstilisi võtteid.

TsÜS § 7 lg 1 kohaselt on füüsilise isiku õigusvõimeks võime omada tsiviilõigusi ja kanda tsiviilkohustusi. Igal füüsilisel isikul on ühetaoline ja piiramatu õigusvõime. Sama seaduse lg 2 kohaselt algab õigusvõime inimese elusalt sündimisega ja lõpeb surmaga. TsÜS § 24 kohaselt on juriidiline isik aga seaduse alusel loodud kas eraõiguslik või avalik-õiguslik õigussubjekt.

KarS § 178 lg 1 järgi on karistatav alla 14-aastase isiku reaalse inimese kujutamine.

Autori teoses *UNTITLED 12* on väljamõeldud tegelased, sest see on kunst, kirjandus. Väljamõeldud tegelasel ei ole põhiõigusi ning ei saa käsitleda õigusvõimet omava isikuna. PS § 38 kohaselt on teadus ja kunst ning nende õpetused vabad. PS § 11 kohaselt tohib õigusi ja vabadusi piirata ainult kooskõlas põhiseadusega. Need piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud ega tohi moonutada piiratavate õiguste ja vabaduste olemust. KarS § 178 lg 1 riivab seadusereservatsioonita põhiõigust PS § 38 sätestatud kunsti- ja teadusvabadust. Riive saab olla põhiseaduspärane ainult siis, kui see on mõeldud mõne teise isiku põhiõiguse kaitseks. Antud juhul ei ole sellist isikut olemas. PS § 38 tulenevat ei tohi kunstivabadust kui seadusereservatsiooni järgi põhiõigust piirata oletatava ja tõendamata ohu tõrjumiseks. Kunstivabadust saab piirata vaid realselt eksisteeriva ja teiste isikute põhiõigusi rikkuva ohu tõrjumiseks. KarS § 178 lg 1 riivab PS § 38 sätestatud kunsti- ja teadusvabadust disproportsionaalselt ning on selles osas vastuolus põhiseadusega. KrMS § 309 lg 2 kohaselt tehakse õigegsmõistev kohtuotsus siis, kui kohtulikult arutamisel ei ole tuvastatud kuriteosündmust ega kuritegu või kui ei ole tõendatud, et süüdistatav oleks kuriteo toime pannud. Seega, kuna kohtumenetluse käigus ei ole Kaur Kender'i süüd tõendatud, leiab kohus, et Kaur Kender tuleb õigeks mõista.

### **Taotlus süüteomenetluses tekitatud mittevaralise kahju hüvitamiseks**

31.01.2017 esitas Kaur Kender'i kaitsja vandeadvokaat Paul Keres kohtule taotluse süüteomenetluses tekitatud mittevaralise kahju hüvitamiseks (kd 5 tl 39-43). Kaitsja taotleb mõista Eesti Vabariigilt Kaur Kender'i kasuks välja süüteomenetluses tekitatud mittevaralise kahju hüvitamiseks õiglase hüvitis vastavalt kohtu siseveendumusele. Taotluse kohaselt 02.05.2016 toimunud avalikul kohtuistungil esitas prokurör ülevaate Kaur Kender'ile esitatud süüdistusest ning seda kinnitavatest tõenditest. Tõendite ülevaadet tehes avaldas prokurör järgmist ....//....*Sihtasutuse Põhja Regionaalhaigla päringu vastus, millest nähtub, et Kaur Kenderil on diagnoositud isiksuse püsimatu psühhopatisatsioon, mis peaks tähistama täna düssotsiaalsele isiksuse*

*häirele. Isiksuse häire ei ole süüst vabastav asjaolu. Isiksuse häire on, mida isik – kuidas öelda – terve elu ei põe seda, ravida seda ei ole võimalik, see diagnoos on tal olemas. Isiksuse häire isikule endale mingeid probleeme ei tekita. Võib tekitada probleeme teda ümbritsevatele isikutele. Teave Kender'i väidetava isiksusehäire kohta avaldati samal päeval uudisteportaalis: Samuti esitatakse Kenderit iseloomustavad materjalid, ja PERHi vastus, millest nähtub, et Kenderil on düssotsiaalne isiksushäire. Sellise diagnoosi teatamine ajas Kenderi naerma. Prokurör jätkas, et sellist häiret põeb inimene terve elu, seda ravida pole võimalik ja see inimesele endale probleeme ei tekita, küll aga võib see probleeme tekitada teda ümbritsevatele inimestele.* Eelnevaga ei avaldanud prokurör mitte ainult süüdistatava eriti delikaatseid isikuandmeid tervisliku seisundi kohta kohtusaalis viibijatele (keda sellel konkreetsel istungil oli märkimisväärselt palju), vaid ka andis omapoolse hinnangu süüdistatava vaimsele tervislikule seisundile. Kaitsja leiab, et eeltoodud andmete avaldamisega on prokuratuur rikkunud KrMS § 9 lg 3, 4 ning seega tekitanud süüdistatavale pöördumatut kahju, teotades Kaur Kender'i au ning alandades tema inimväärikust. Süüteomenetluses tekitatud kahju hüvitamise seaduse (SKHS) § 7 lg 1 kohaselt on isikul õigus nõuda kahju hüvitamist juhul, kui menetleja rikub süüliselt menetlusõigust ja põhjustab seeläbi isikule kahju. KrMS § 9 lg 3 kohustab uurimisasutust, prokuratuuri ja kohut kohtlema menetlusosalist tema au teotamata ja tema inimväärikust alandamata. KrMS § 9 lg 4 sätestab, et kriminaalmenetluses on isiku perekonna- või eraellu lubatud sekkuda vaid kriminaalmenetluse seadustikus ettenähtud juhtudel ja korras vaid kuriteo tõkestamiseks, kurjategija tabamiseks, kriminaalasjas tõe tuvastamiseks ja kohtuotsuse täitmise tagamiseks.

SKHS § 7 lg 1 kohaselt kui menetleja rikub süüliselt menetlusõigust ja põhjustab seeläbi isikule kahju, on isikul õigus nõuda sellise kahju hüvitamist sõltumata sellest, milline on selle süüasja lõpptulemus, mille raames isikule kahju tekitati.

SKHS § 11 lg 2 kohaselt hüvitatakse füüsilisele isikule mittevaraline kahju üksnes juhul, kui isikult on süüteomenetluses võetud vabadus; teda on piinatud või ebainimlikult või alandavalt koheldud; kahjustatud tema tervist, kodu või eraelu puutumatus; rikutud tema sõnumi saladust või teotatud tema au või head nime. Menetleja süü ei ole mittevaralise kahju hüvitamise eelduseks, kui menetlusõiguse rikkumisega on isikut piinatud või teda on ebainimlikult või alandavalt koheldud.

Riigikohtu halduskollegium on kinnitatud, et isikuandmete kogumine, säilitamine, kasutamine ja avalikustamine on käsitletavad eraelu puutumatusena (lahend asjas nr 3-3-1-3-12, p 19).

Võlaõigusseaduse (VÕS) § 1047 lg 2 mõistes on au teotavateks andmeteks mistahes faktiväited, mis kutsuvad tavapäraselt esile avalikkuse negatiivse suhtumise isikusse. Riigikohus on märkinud, et au ja head nime kahjustab mistahes viisil ja vormis levitav teave, mis sisaldab või mis võimaldab halvustava tähendusega hinnanguid (lahend asjas nr 3-2-1-83-10, p 12).

Riigikohus on kinnitanud, et isegi õige faktiväite (rääkimata ebaõigest) esitamise viisist ja kontekstist tulenevalt võib selle avaldamine kujutada isiku mainet kahjustavat väärtushinnangut ja VÕS § 1046 kohaselt rikkuda isikuõigusi (Riigikohtu lahendid nr 3-2-1-80-13, p 36 ja nr 3-2-1-161-05, p 12). Antud juhul ei olnud avaldatud mitte ainult Kaur Kender'i delikaatsed isikuandmed tema tervisliku seisundi kohta kohtusaalis viibijatele, vaid anti ka hinnangut süüdistatava vaimsele tervislikule seisundile. Iga mõistlik inimene tajub, et kohtusaalis kõlab iga väljaõeldud negatiivne hinnang süüdistusena.

VÕS § 1047 ei reguleeri, kui suur peab olema andmete avaldamisel auditorium selleks, et tegemist oleks avaliku avaldamisega. VÕS § 1047 ei näe ette, et ebaõigete andmete avaldamisele järgneb vastutus vaid siis, kui tegemist on laiemale üldsusele teatavaks tegemisega. Avaldamisega on VÕS § 1047 mõistes tegemist siis, kui andmed on mistahes kolmandatele isikutele teatavaks tehtud. VÕS § 134 lg 2 sätestab, et isikuõiguse rikkumisest, sealhulgas isiku au teotamisest tekkinud kahju hüvitamise kohustuse olemasolu korral tuleb kahjustatud isikule mittevaralise kahju hüvitiseks maksta mõistlik rahasumma.

Antud juhul on tekkinud olukord, kus on isiku inimväärikust alandatud. Arvestades kohtupraktikat ning võttes arvesse kõiki ülal märgitud asjaolusid, leiab kohus, et põhjendatud mittevaralise kahju hüvitiseks tuleb Eesti Vabariigilt Kaur Kender'i kasuks välja mõista 500 eurot.

## Menetluskulud

KrMS § 175 lg 1 p 1 kohaselt tähendab menetluskulu valitud kaitsjale või esindajale makstud mõistliku suurusega tasu ja muid menetlusosalise vajalikke kulusid, mis on tekkinud seoses kriminaalmenetlusega.

Kaur Kender'i kaitsja vandeadvokaat Paul Keres esitas kohtule taotluse kriminaalkulude hüvitamiseks, st mõista Eesti Vabariigilt Kaur Kender'i kasuks välja kaitsjale makstud tasu summas 20 028 eurot (kd 5 tl 111-133). Esitatud on järgmised arved: **31.01.2016 arve nr 1600039** summas 3 876 eurot, 15.01.2016 kaitseakti koostamine 3h, 17.01.2016 kaitseakti koostamine 9h, 18.01.2016 töö kaitseaktiga 1h, 18.01.2016 töö õigusliku positsiooniga 0,2h, 18.01.2016 töö kaitseakti täienduste ja Euroopa Inimõiguste Kohtu lahendite otsinuga 2h, 28.01.2016 töö kaitseaktiga 3,8h, **29.02.2016 arve nr 1600082** summas 775,20 eurot, 02.02.2016 ettevalmistus eelistungiks 0,6h, 03.02.2016 eelistung 0,3h, 03.02.2016 vastuväite koostamine kohtumenetluse avalikkuse piiramise taotlusele 1,9h, 04.02.2016 kliendi esindus istungil 1h, **30.04.2016 arve nr 1600308** summas 897,60 eurot, 11.04.2016 päringu koostamine Inglise ja USA advokaadile õigusliku arvamuse saamiseks, suhtlus advokaatidega 3,5h, 22.04.2016 kirja koostamine Grocki'le 0,4h, 25.04.2016 töö eksperdiga 0,5h, **31.05.2016 arve nr 1600431** summas 7093,20 eurot, 02.05.2016 kliendi kaitse istungil 4,5h, 03.05.2016 kaitse istungil 1h, 04.05.2016 ettevalmistus 05.05.2016 istungiks 1,3h, 04.05.2016 kliendi kaitse istungil 0,9h, 05.05.2016 kliendi kaitse istungil 2,4h, 06.05.2016 ettevalmistus 09.05.2016 istungiks 0,6h, 06.05.2016 kliendi kaitse istungil 0,6h, 09.05.2016 kliendi kaitse istungil 3,1h, 09.05.2016 ettevalmistus istungiks 0,5h, 10.05.2016 kliendi kaitse istungil 0,6h, 10.05.2016 ettevalmistus istungiks 1,5h, 11.05.2016 kliendi kaitse istungil 3,8h, 12.05.2016 tõendite tõlkimine inglise keelest eesti keelde 2h, 12.05.2016 tõendi tõlkimine inglise keelest eesti keelde 12h, 13.05.2016 kliendi kaitse istungil 5,2h, 24.05.2016 seisukoha koostamine ekspertiisi osas 0,7h, 27.05.2016 kiri kohtule ekspertiisi teemal 0,1h, **31.07.2016 arve nr 1600553** summas 938,40 eurot, 12.07.2016 määruskaebuse koostamine/27.06.2016 ekspertiisimäärus/ 2h, 12.07.2016 määruskaebuse koostamine 2,6h, **30.09.2016 arve nr 1600730** summas 775,20 eurot, 01.09.2016 määruskaebuse koostamine /kaebeõiguse PSJV/ 3,8h, **31.10.2016 arve nr 1600867** summas 858 eurot, 14.10.2016 taotluse koostamine kohtule süüteo menetluses tekitatud kahju hüvitamiseks 3,5h, 17.10.2016 taotluse koostamine kohtule süüteo menetluses tekitatud kahju hüvitamiseks 3h, **31.01.2017 arve nr 1700058** summas 142,80 eurot, 31.01.2017 kahjunõude ja taotluse koostamine 0,7h, **28.02.2017 arve nr 1700103** summas 1611,60 eurot, 05.02.2017 kaitsekõne koostamine 4,4h, 05.02.2017 kaitsekõne koostamine 2h, 06.02.2017 kliendi kaitse istungil 1,5h, **22.03.2017 arve nr 1700182** summas 3060 eurot, 01.03.2017 kohtumine 1,5h, 14.03.2017 materjalide analüüs, kaitsekõne viimistlemine 7h, 20.03.2017 tutvumine ekspertiisiga 1,9h, 22.03.2017 kaitse istungil 1,6h, 23.03.2017 kaitse istungil 3h.

Kokku on Kaur Kander'ile osutanud õigusteenust 106,5 tunni ulatuses keskmise tunnitasuga 188,05 eurot koos käibemaksuga, seega kokku summas 20 028 eurot.

Riigikohtu kriminaalkollegium on otsuse nr [3-1-1-108-12](#) punktis 29 leidnud, et *KrMS § 175 lg 1 p 1 kohaselt on valitud kaitsjale makstav tasu käsitatav menetluskuluna üksnes osas, milles see tasu on mõistliku suurusega. Mõistlikku suurust ületavat kaitsjatasu menetluskulu hulka ei arvata ja järelikult ei saa kriminaalasja menetleja otsustada ka selle hüvitamist.*

Riigikohtu kriminaalkollegium on leidnud lahendite nr [3-1-1-99-11](#) p-s 9 ja [3-1-1-39-13](#) p-s 9, et *kaitsjatasu suuruse mõistlikkuse otsustamise juures tuleb silmas pidada nii kaitsja ühe tööühiku hinda (nt õigusabi tunnihind) kui ka osutatud õigusteenuse vajalikkust.*

KrMS § 181 lg 1 kohaselt hüvitab õigeksmõistva kohtuotsuse korral menetluskulud riik. Kohus leiab, et on põhjendatud kaitsja tasu hüvitamine kogu taotletud määras.

Seoses antud kriminaalasjaga kandis Kaur Kender kulutusi USA ja Suurbritannia õiguseksperдите hinnangule kogusummas 35 666,90 eurot, sh kulu USA õiguseksperdi Amy Neuhardti osas 20 000 USD ehk 18921,48 eurot (arvestatud Swedbank kursiga 1,0570 EUR/USD), kulu Suurbritannia õiguseksperdi Richard Samuel'i osas 14175 inglise naela ehk 16745,42 eurot (arvestatud Swedbank kursiga 0,8465 GBP/EUR), millest Kender on tasunud 9400 eurot (kd 5 tl 137-140). Kohus leiab, et kriminaalmenetlusega tekkinud kulud summas 35666,90 eurot on põhjendatud ning need tuleb välja mõista Eesti Vabariigilt Kaur Kender'i kasuks.

Harju Maakohtu 27.06.2016 määrusega määrati Kaur Kender'ile ambulatoorne kohtupsühhiaatria- psühholoogia kompleksexpertiis. 03.12.2016 esitasid eksperdid Katrin Eino ja Tiina Kompus kohtupsühhiaatria- psühholoogia kompleksexpertiisi akti nr 20/26 (kd 5 tl 8-15,18-19, 22-24). Seega on eksperdid neile määratud kohustused täitnud. Eksperdiarvamusele on lisatud õiendid ekspertiisi maksumuse kohta: arve nr 25/16 summas 570 eurot ning arve nr 48/16 summas 570 eurot.

Harju Maakohtu 08.02.2017 määrusega määras kohus semiootilise ekspertiisi teostele *Uued naabrid, Ema ja kolm tütart, Mona: kase ja voodi lugu ning Untitled 12*. Kohus tegi ekspertiisi teostamise ülesandeks semiootikaekspert xxxx'le. 20.03.2017 koostas ekspert xxxx semiootika ekspertiisakti (kd 5 tl 55-72). Ekspert on määratud kohustuse täitnud. Eksperdiarvamusele on lisatud õiend semiootika ekspertiisi maksumuse kohta summas 3840 eurot. Kohus leiab, et nimetatud ekspertiisitasud tuleb jätta riigi kanda.

Kohtunik

Leo Kunman