

Riigikohus

e-toimik

30.10.2024.a

**Kriminaalasi 1-23-681**

**KASSAATOR:**

**JÜRI KIVIT**

Isikukood 36804020258

**KAITSJA:**

**ANU TOOMEMÄGI-KIVISTIK**

Vandeadvokaat, Advokaadibüroo LOJAL

Tel 5887 4455

e-post: [lojal@lojal.ee](mailto:lojal@lojal.ee)

**PROKURÖR:**

**TOOMAS TOMBERG**

Ringkonnaprokurör, Põhja Ringkonnaprokuratuur

e-post: [toomas.tomberg@prokuratuur.ee](mailto:toomas.tomberg@prokuratuur.ee)

**KASSATSIOON**

Tallinna Ringkonnakohtu 30.septembri 2024. a kohtuotsusele

**I TAOTLUSED**

Tuginedes KrMS § 349 lg 3 p 1 ja 2, § 346 p 1 ja 2, § 339 lg 1 p 7, § 339 lg 2, § 361 lg 1 p 7, kaitsja p a l u b:

1. Võtta Jüri Kiviti kassatsioon menetlusse.
2. Rahuldada Jüri Kiviti kassatsioon.
3. Tühistada Tallinna Ringkonnakohtu 30.09.2024. a kohtuotsus osaliselt, s.o osas, milles Tallinna Ringkonnakohtu jättis muutmata Harju Maakohtu 02.04.2024 kohtuotsuse ehk Jüri Kiviti süüdi tunnistamises KarS § 245 lg 1 järgi ning tema karistamises 250 päevamäär suurusel rahalise karistusega summas 2500 eurot ning millega Jüri Kiviti kohustati tasuma kriminaalmenetluse kulud summas 3362, 81 eurot (määratud kaitsja tasu kohtueelses menetluses

summas 222 eurot ja kohtumenetluses 1804,98 eurot, teise astme kuriteos süüdimõistmisega kaasnev sundraha 1230 eurot ning eksperdile KrMS § 178 kohaselt makstud 105,83 eurot) ja tühistada ka Harju Maakohtu 02.04.2024 kohtuotsus.

**4. Teha tühistatud osas uus otsus, millega mõista Jüri Kiviti temale esitatud süüdistuses KarS § 245 lg 1 järgi õigeks ja jätta kõik asjaga seotud menetluskulud Eesti Vabariigi kanda**

Alternatiivselt

**5. Alustada KarS § 245 lõike 1 lause teine osa sõnastuses *samuti riigihümni teotamise eest – karistatakse rahalise karistuse või kuni üheaastase vangistusega põhiseaduspärasuse kontrolli ja tunnistada see vastuolus olevaks PS §-i 3 esimese lause, samuti PS § 23-i esimese lause ning PS §-i 11 esimeses lauses tooduga ja samuti ka PS §-dega 38 lg-ga 1 ja § 45 lg-ga 1 ja PS § 13 lg -ga 1 ja jätta KarS § 245 lg 1 antud juhtumil kohaldamata.***

**6. Jätta kassatsioonimenetluse kulud täies ulatuses Eesti Vabariigi kanda.**

## II Asjaolud

1. Harju Maakohus tunnistas 02. aprilli 2024 otsusega J. Kiviti KarS § 245 lg 1 järgi süüdi riigihümni teotamises ja karistas teda 250 päevamäära suuruse rahalise karistusega ehk rahalise karistuse suuruseks oli 2500 eurot. KarS § 66 lg-te 1 ja 3 alusel määras kohus, et rahaline karistus tuleb tasuda ositi 12 kuu jooksul alates kohtuotsuse jõustumisest. Lisaks mõistis maakohus J. Kivitilt välja ka menetluskulud kokku 12 962,81 eurot, mille hulka kuulus määratud kaitsja tasu kohtueelses menetluses summas 222 eurot ja samuti kohtumenetluses summas 1804,98 eurot, teise astme kuriteos süüdimõistva kohtuotsusega kaasnev sundraha 1230 eurot ning ekspertiisikulu summas 9600 eurot ja eksperdile KrMS § 178 alusel makstud 105,83 eurot.

2. Kaitsja esitas apellatsiooni, milles taotles maakohtu otsuse tühistamist täies ulatuses ja uue otsusega Jüri Kiviti KarS § 245 lg 1 alusel õigeks mõistmist ning juhul kui apellatsioonimenetluses ei ole võimalik uut kohtuotsust teha, taotles kaitsja kriminaalasja maakohtule uueks arutamiseks saatmist. Lisaks juhul kui ringkonnakohus peaks leidma, et KarS § 245 lg 1 võimaldab siiski J. Kiviti süüdi tunnistamist, siis taotles kaitsja KarS § 245 lg 1 põhiseadusega vastuolus olevaks tunnistamist osas, mis võimaldab karistada riigihümni teotamise eest, ning selle kohaldamata jätmist.

3. Tallinna Ringkonnakohtu 30.09.2024 otsusega jäeti Harju Maakohtu otsus Jüri Kiviti süüdimõistvas osas muutmata. Samas arvati tõendikogumist välja ekspertiisakt koos eksperdi ütlustega ning vähendati sellega seoses ekspertiisikulu ehk 9600 euro võrra Jüri Kiviti menetluskulusid. Samas eksperdile KrMS § 178 alusel

makstud 105,83 euro osas menetluskulusid kohus ei tühistanud. Seega menetluskulude suuruseks, mis kohtuotsusega J. Kiviti kanda jäeti, jäi kokku 3362, 81 eurot.

4. Kaitsja esitab kassatsiooni 30.09.2024 Tallinna Ringkonnakohtu otsusele, milles vaidlustab selle osaliselt, s.o Jüri Kiviti süüditunnistamises ja menetluskulude tema kanda jätmises. Kaitsja on seisukohal, et kasseeritava kohtuotsuse tegemisel on rikutud menetlusnorme ning kohaldatud ebaõigesti ka materiaaõigusnormi.

### III Kassatsioonkaebuse põhjendused

#### KrMS 268 lg 1 ja 5 rikkumine

5. Süüdistusaktis, mille alusel Jüri Kivit kohtu alla anti, süüdistati J. Kiviti selles, et tema ettekavatsetult ja tahtlikult teotas Eesti Vabariigi ametlikku sümbolit - riigihümni, valmistades eeluurimisel tuvastamata ajal ja kohas, kuid hiljemalt 09.10.2022 ette teotavalt moonutatud Eesti Vabariigi riigihümni teksti, asendades riigihümni Johann Voldemar Jannsen'i poolt kirjutatud sõnad Eesti Vabariiki teotavate sõnadega ning esitas omaloominguliste sõnadega riigihümni ennast süntesaatoril saates, videosalvestas enda poolt selliselt töödeldud riigihümni esitamise koos riigihümni muusikalist taset mõnitavate kommentaaridega, lisades videosalvestusele teksti ja Eesti poliitikuid kujutavad fotod ning avalikustas selliselt ettevalmistatud videosalvestuse 09.10.2022 oma Youtube'i kanalil kasutaja „Juri Kivit“ kontol (süüdistusakti p 18).

6. Seega saab eelviidatud süüdistusest teha selge järelduse, et Jüri Kivitile heideti ette omaloomingulise teksti koostamist ja selle esitamist riigihümni meloodia saatel, mida J. Kivit mängis süntesaatoril ning Eesti Vabariigis kasutusel oleva hümnini muusikalise taseme kohta mõnitavate kommentaaride esitamist. Järelikult pidid kohtud süüdistuses toodu alusel otsustama, kas süüdistuses etteheidetud tegu on toime pandud ning karistatav KarS § 245 lg 1 järgi.

7. Ringkonnakohus on kasseeritavas otsuse KrMS § 268 lg 1 ja lg 5 tulenevat piirangut tugineda otsuse tegemisel vaid süüdistusaktis märgitud asjaoludele, kaitsja hinnangul rikkunud (selliseks käsitluseks annab aluse ka RKKKo nr 1-17-3371/311, p 66). Kaitsja on oma kaitsekõnes (sh J. Kivit oma kohtule antud ütlustes) menetlust läbivalt olnud seisukohal, et J. Kivit ei esitanud süüdistusaktis märgitu näol Eesti Vabariigi hümnini (see on ka ringkonnakohtu jaoks olnud arusaadav kuna on ära märgitud kasseeritava otsuse lk 4, lõigud 3 ja 4). Ringkonnakohus ei ole kaitsevaidet, et Jüri Kivit ei esitanud hiljemalt 09.10.2022 Youtub'i kanalil kasutaja “Juri Kivit” kontol Eesti Vabariigi hümnini, ümber lükanud. Vaatamata eeltoodule, on kasseeritava otsuse tegemisel siiski toime pandud KrMS § 268 lg 1 ja 5 rikkumine, milliseks väiteks annab aluse kasseeritavas kohtuotsuses toodu:

J. Kiviti heidetakse süüdistuses ette, et ta avalikustas oma Youtube'i kanalil videosalvestise, kus esitas end süntesaatoril saates riigihümni, millel olid J. V. Jannseni kirjutatud sõnad asendatud tema loodud Eesti Vabariiki teotavate sõnadega, ning tegi mõnitavaid märkusi Eesti riigihümni muusikalise taseme kohta. Veel on süüdistuses toodud välja, et videosalvestusele oli lisatud tekst ja Eesti poliitikute fotod. Kaitsja on apellatsioonis korduvalt rõhutanud, et J. Kiviti ei esita videosalvestisel Eesti Vabariigi hümnit. Ringkonnakohus tõdeb, et süüdistuses on tõepoolest öeldud, et J. Kiviti „esitas omaloominguliste sõnadega riigihümni“. Juba sellest fraasist endast kei on aga üheselt aru saada, et J. Kiviti ei heideta ette riigihümni, vaid selle põhjal loodud oma sõnadega muusikapala esitamist, kusjuures kasutatud sõnad olid Eesti Vabariiki teotavad. Sellega seoses osutab kohtukollegium eespool öeldule, et KarS § 245 lg 1 näeb ette vastutuse hümnit teotamise eest ning teotamine on igasugune käitumine, mis alandab tõsiselt hümnit väärikust. Seega ei sõltu see, kas isik on pannud toime KarS § 245 lg-le 1 vastava teo, sellest, kas isik esitas hümnit, vaid sellest, kas ta käitus mingil moel hümnit väärikust alandavalt. Hümnit väärikust võib alandada ka selle põhjal sellise teose<sup>1</sup> loomisega, mis hümnit naeruvääristab ja selle pühalikkust lõhub. Seejuures tuleb pöörata tähelepanu, et süüdistuse kontekstis tuleb teosena, mille loomisega hümnit teotati, käsitada mitte ainult J. Kiviti esitatud F. Paciuse viisi ja J. Kiviti sõnadega muusikapala, vaid Youtube'i kanalile üles pandud videosalvestist tervikuna. Süüdistus ei piirdu etteheitel, et J. Kiviti lõi ja esitas hümnit teotavat muusikateost, vaid kirjeldatud on seda, et ta pani Youtube'i kanalile üles videosalvestise. Lisaks sellele, et sellel videosalvestisel esitas J. Kiviti oma muusikapala, on süüdistuses välja toodud, et J. Kiviti kommenteeris Eesti hümnit, samuti see, et videosalvestisele oli lisatud tekste ja fotosid. Seega tuleb selle üle otsustamisel, kas J. Kiviti teotas riigihümni, anda hinnang mitte ainult videoklipis esitatud muusikateosele, vaid videoklipile tervikuna. Kaitsja on osutanud sellele, et süüdistuse kohaselt heidetakse J. Kiviti ette hoopis seda, et tema kasutatud sõnad teotavad Eesti Vabariiki. Ringkonnakohtu hinnangul ei ole selles vastuolu. Hümnit väärikust alandab ka see, kui luuakse hümniga sarnasust taotleval muusikateos (milleks on kahtlemata hümnit viisil loodud teos), milles mõnitatakse tavapärast hümnit ülistatavaid objekte. Riigihümnit kui riigi pidulik esinduslaul peaks looma riigi kodanikes pidulikke emotsioone, ühtekuuluvustunnet. On selge, et kui lisada hümnit viisile riiki või rahvast pilkanvad ja häbistavad sõnad, on teose mõju vastupidine ja tegemist on hümnit naeruvääristava ja mõnitava teoga. (Kohtuotsuse p 7, lk 10 ülalt lõiked 1-3)

8. Kohtuotsuse eelviidatud refereeringust kaitsja poolt allajoonitu näitab seda, et ringkonnakohus pidas esitatud teost kui hümnit, mida see aga viite tõttu terminile *teos* ka ringkonnakohtu meelest ilmselgelt ei ole, samastatuks sisuliselt Eesti Vabariigiga ja muutis selliselt lõppkokkuvõttes ka süüdistuse sisu ja piire, kui asus hindama kogu videosalvestist, milleks KrMS § 268 lg 1 ja 5 õigust ei anna.

9. KrMS § 154 märgitud süüdistusakt on see menetluslik käsitlus, milles süüdistatavat ja kaitsjat teavitatakse süüdistuse õiguslikest ja faktilistest asjaoludest. Sellest peab üheselt tulenema süüdistatavale etteheidetav tegu ja selle alusel peab kohus tegema otsuse. Käesolevas asjas juhtus aga nii, et süüdistusaktist võis välja lugeda üht (s.o hümnit sõnade asendamist, sellise asendatud sõnadega riigihümni esitamist ja selle videosalvestamist ning sinnajuurde Eesti Vabariigi hümnit muusikalise taseme kohta mõnitavate märkuste tegemist), kuid kohtumenetluses J. Kiviti süüdistuse osa paisus prokuröri poolt osundatu näol järk-järgult laiemaks, ehkki prokurör süüdistusakti ega süüdistust ei muutnud ega täpsustanud. Sel põhjusel, et süüdistusakti ei

---

<sup>1</sup> Terminit *teos* kasutades lähtub ringkonnakohus autoriõiguse seaduse § 4 lg-s 2 antud teose määratlusest. Selle kohaselt on teos mis tahes originaalne tulemus 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.

muudetud, oli nii kaitsjal kui ka süüdistataval alus arvata, et tulevane kohtuotsuski rajaneb siiski vaid süüdistuses märgitule. Kaitsja on rõhutanud kohtumenetluses läbivalt, et J. Kivit ei esitanud 22.10.2022 üles laetud videos Eesti Vabariigi hümnini või siis riigihümni ning sedagi, et J. Kiviti poolt öeldud omadussõna „primitiivne“, kui ainus hinnang Eesti Vabariigi hümnina tuntud koorilaulu Friedrich Paciuse ”Mu isamaa, mu õnn ja rõõm” (sõnad Johann Voldemar Jannsen) muusikalisele partiile ehk melodiale ei ole solvav ega sealt edasi ammugi teotav, kuivõrd tähendab tõlkes lihtsat või lihtsakoelist (olgu öeldud, et vastupidist, s.o et tegemist oleks väga keeruka muusikalise partiiga ei ole prokuratuur väitnud ega tõendanud). Lisaks oli kaitseväide, et J.Kiviti poolt loodud laulutekst, mida ta esitas Eesti Vabariigi hümnini meloodia taustal, kattus Eesti Vabariigi hümnina tuntud ja käibel oleva Friedrich Paciuse ”Mu isamaa, mu õnn ja rõõm” (sõnad Johann Voldemar Jannsen) originaaltekstiga vaid ca 1,56 % ulatuses (s.o millist kaitsja poolt esiletoodud faktilist asjaolu ei ole kommenteerinud ega sellele vastu vaieldud ka ringkonnakohus).

**10.** Kummaski kohtuastmes aga nii, et J. Kiviti süüküsimust oleks arutatud pelgalt süüdistuse pinnalt (väidetav hümnini esitamine ja hümnini meloodia kohta öeldu), ei läinud. Maakohus leidis süüdistuse olevat keeruka, mistõttu määras kogu videole semiootika ekspertiisi ja rajas hilisemalt ka kohtuotsuse ekspertiisihinnangule, mis oli sisult laiem kui süüdistus ise ja milles oli lisandusi, mis ei puudutanud kummagi kohtumenetluse poole küsimusi ega ka süüdistust ja mis tekitas kahtluse erapooletusest, mistõttu taotles kaitsja ringkonnakohtus ekspertiisiakti kõrvale jätmist tõendikogumist. Ringkonnakohtus asja läbi vaadates leidis, et ekspertiisiakt tuleb tõendikogumist kõrvale jätta põhjusel, et see sisaldab õiguslikke hinnanguid, mistõttu asus ringkonnakohus ise J. Kiviti loodud teost hindama ja sisustama. Hinnangu andmiseks võimaliku KarS § 245 lg 1 süüteo toimepanemise kohta, hindas ringkonnakohus videoklipi tervikuna.

**11.** Kaitsja jääb selle juurde, et grammatilise tõlgenduse kohaselt siiski kohtule esitatud süüdistusaktis 22.10.2022 avaldatud videot tervikuna Eesti Vabariigi hümnina tuntud Friedrich Paciuse ”Mu isamaa, mu õnn ja rõõm” (sõnad Johann Voldemar Jannsen) teotavaks ei peetud. Süüdistusaktis leiti ainsana riigihümni puudutatavalt etteheidetavana olevat selle muusikalise taseme osas esitatud väidetavat mõnitust. Järelikult olukorras, kus ringkonnakohtus leidis, et selleks et *otsustada, kas J. Kivit teotas riigihümni, tuleb anda hinnang mitte ainult videoklipis esitatud muusikateosele, vaid videoklipile tervikuna*, on ringkonnakohtus süüdistusest väljunud seda laiendades ning seeläbi rikkunud ka KrMS § 268 lg 1 ja 5. Sealjuures lugedes kohtu põhjendusi kasseeritava otsuse p-des 6-12 (kaasa arvatud), puudub kaitsjal veendumus, et ilma ülalviidatud rikkumiseta oleks saanud sündida J. Kiviti süüdimõistev kohtuotsus.

## Kriminaalmenetlusõiguse oluline rikkumine, materiaalõiguse ebaõige kohaldamine ja KarS § 245 lg 1 võimalik vastuolo Eesti Vabariigi põhiseadusega

12. Kaitsja on menetluses olnud läbivalt seisukohal, et pelgalt KarS § 245 lg 1 sätestatu ei võimalda Jüri Kiviti karistada hümni teotamise eest, kuna Eesti Vabariigis ei ole seadustatud riigihümni. Kaitsja tõi ka apellatsioonis esile, et kaitsja ei pea eelviidatu osas silmas seda, et Eesti Vabariigil poleks hümni kui sellist üldse olemas või kasutusel, vaid et puuduvad õigusnormid, mis sätestaks piirangud selle esitamisel sh sõnade ja/või meloodia kasutamiseks loominguilistel kaalutlustel. Kaitsja väide oli, et PS § 7 sätestatud riigi sümbolite hulgas, ei ole ära nimetatud (riigi)hümni. Kuivõrd Eesti Vabariigi hümniks on ühiskondliku kokkuleppe ehk tavaõiguse alusel hümniks kujunenud teos "Mu isamaa, mu õnn ja rõõm", siis esitas kaitsja ühtlasi küsimuse, et kui hümn on meil väljakujunenud tavaõiguse alusel, siis kuidas on võimalik KarS § 245 lg 1 koosseisus nimetatud ametlike sümbolite (s.o PS § 7 välja toodud riigilipu ja riigivapi) järel eraldi nimetatud *riigihümni* (s.o mis siis sätte sõnastusest tulenevalt siiski ei ole ametlik sümbol, kuivõrd sõna "riigihümn" on eraldatud ametlike sümbolite nimistust komaga), kui tavaõiguse ehk kirjutamata kombeõiguse võimaliku rikkumise eest karistada. Kaitsja tõi esile, et maakohtu kohtuotsusest sellele küsimusele vastust ei leia, sest maakohtu otsuses toodud viited Eesti Vabariigi Presidendikantselei kodulehel ning ka Riigikantselei kodulehel avaldatule, ei anna alust väiteks, et Eesti lipu seaduse § 3 lg-s 2 märgitud Friedrich Paciuse "Mu isamaa, mu õnn ja rõõm" (sõnad Johann Voldemar Jannsen) on Eesti Vabariigi ametlikuks sümboliks KarS § 245 lg 1 mõistes. Kaitsja juhtis ringkonnakohtu tähelepanu ka sellele, et kaitsja läbiv seisukoht maakohtus oli, et Eesti lipu seaduse § 3, sh lg-s 2 sätestatu, kui vaadata selle sõnastust, reglementeerib üksnes seda, millal toimub Eesti lipu heiskamine Pika Hermannini torni, sh kuidas ehk millist muusikalist signatuuri või fraasi selle toiminguga taustal kasutama peaks. Sealjuures kui selle ELS § 3 lg 2 täpset sõnastust vaadata, siis on selles kirjas, et Eesti lipu heiskamisel Pika Hermannini torni kasutatakse muusikalise signatuurina Eesti Vabariigi hümn, Friedrich Paciuse "Mu isamaa, mu õnn ja rõõm" (sõnad Johann Voldemar Jannsen) algusfraase ning langetamisel Gustav Ernesaksa "Mu isamaa on minu arm" (sõnad Lydia Koidula) fragmendi baasil loodud signatuuri. Süüdistuses ning ka alama astme kohtuotsustes nimetatud ELS § 3 lg 2 ei sätesta hümni või selle meloodia kasutamisel minged kindlaid käitumisakte ega piiranguid selle kohta, kes, kus või kuidas võiks Friedrich Paciuse "Mu isamaa, mu õnn ja rõõm" (sõnad Johann Voldemar Jannsen) muusikalist ja/või sõnalist osa sh kas koos või eraldi, esitada või siis peaks esitama.

13. Ringkonnakohus on eelviidatu osas märkinud järgmist:

See, et erinevalt riigilipust ja -vapist ei ole riigihümni nimetatud PS §-s 7 ning hümni kohta pole oma seadust, ei tähenda, et riigihümn ei saaks olla Eesti Vabariigi ametlik sümbol. See, et PS § 7 nimetab riigi sümbolitest vaid riigivärve, riigilippu ja riigivappi, ei tähenda, et põhiseadus keelaks riigil omada ja kasutada muid ametlikke sümboleid. Seejuures ei tulene kuskilt nõuet, et riigihümn peaks olema kehtestatud seadusega. Hümn võibki olla nii

riiklikult kehtestatud kui ka tavaõiguse alusel kujunenud (vt nt Encyclopedia Britannica, märksõna *national anthem*). See, et tegemist on ametliku sümboliga, tuleneb hümn olemusest ja selle kasutusest – hümn on pidulik esinduslaul (vt märksõna „hümn“ Eesti keele seletavas sõnaraamatus (toimetanud M. Langemets jt. 2. trk; Tallinn: Eesti Keele Sihtasutus 2009)). Riigihümn on järelikult riigi pidulik esinduslaul, seega osa riigi sümboolikast. Riigihümni kasutatakse ametlikel ja/või pidulikel riiklikel sündmustel nii riigisiselt kui ka rahvusvaheliselt. (kohtuotsuse p 6, lk 8, 1. lõik)

**14.** Seega tugineb ringkonnakohtus oma otsuses välismaises entsüklopeedias ning ka Eesti keele sõnaraamatus olevale sõna *hümn* tähendusele, jättes kohtuotsust tehes kõrvale aga apellatsioonis toodu, mille kohaselt **Eestis ei olnud ei enne süüdistuses määratletud süüteo toimepanemise aega s.o 09.10.2022** (ega ka nüüd) **seadusega kehtestatud piiranguid hümnina tuntud Friedrich Paciuse** ”Mu isamaa, mu õnn ja rõõm” (sõnad Johann Voldemar Jannsen) **sõnade ja/või meloodia kasutusele ja esitusele**. Kaitsja entsüklopeedia(te)le tuginemist kohase õigusliku aluse puudumisel selleks, et kohaldada materiaalõigusnormina KarS § 245 lg 1, õigeks ei pea sest ülalviidatud entsüklopeediate näol ei ole tegemist õiguslike alustega.

**15.** Kaitsja leiab, et ringkonnakohtu poolt materiaalõiguse ebaõige tõlgendus väljendub ka kasseeritava otsuses sõnastuses:

See, et riigihümni reguleerivat seadust ei ole, ei tähenda, et riigihümnil poleks seadusega antud riigi ametliku sümboli staatust. See, et riigihümn on Eesti Vabariigi ametlik sümbol, tuleneb KarS §-st 245 endast. KarS § 245 pealkiri ütleb, et see säte näeb ette vastutuse Eesti Vabariigi ametliku sümboli teotamise eest. Seega on seadusandja lugenud ametlikeks sümboliteks kõik KarS § 245 lg-s 1 otsesõnu nimetatud riigi sümbolid – Eesti lipu, riigivapi ja riigihümni. Küsimus, kas tegemist on riigi ametliku sümboliga, saab ringkonnakohtu hinnangul tekkida vaid nende riigi sümbolite puhul, mida KarS § 245 lg 1, osutades võimalusele, et ametlikke sümboleid saab olla veel, ise ei nimeta. (kohtuotsuse p 6, lk 8, 5.lõik)

Nimelt ei saa karistusseadustik jõustada riiklikke sümboleid. Kaitsja kahtleb muuhulgas selleski, et kas ringkonnakohtu käsitus sünonüümidest, mille kohaselt sarnaselt *riigikohtu kohtuniku* kohta öeldakse *riigikohtunik*, on antud juhul siiski piisavad väitmaks, et ELS § 3 lg-s 2 märgitud *Eesti Vabariigi hümn* ja KarS § 245 lg 1 märgitud *riigihümn* on sünonüümid ning et selline ringkonnakohtupoolne teokoosseisu tõlgendamine ja süüdistuse sellesse sobitamine ilma selleks muud õiguslikku alust nimetamata, oli õiguspärane. Lisaks ei anna ka teiste kuriteokoosseisude (KarS § 157<sup>3</sup>, § 113, § 120) näited, alust *riigihümni teotamise*, mis ka ringkonnakohtu otsuse kohaselt tähendab kellegi (milline sõna tähendab elusolendit) ränka solvamist teo või sõnaga, au ja väarikuse alandamist, häbistamist või lugupidamatust (kohtuotsuse p 7, lk 9 ülalt 5.lõik) üle kanda eluta olendiks olevale hümniga juhtunuks juhul, kui mõnes eriseaduses ei ole sätestatud, millised on üldtuntud ja/või riigihümni kasutamispüüangud.

**16.** Kasseeritava kohtuotsuses on ringkonnakohtus asunud ilma kohaseid kaalutlusi omamata piirama nii J. Kiviti loome kui ka sõnavabadust, s.o millised õigused

tulenevad temale Eesti Vabariigi PS § 1 lg 1, § 38 ja § 45. Kaitsja selle väite kinnituseks võib kasseeritavast kohtuotsusest lugeda järgmist:

Videosalvestise algul kommenteerib J. Kivit Eesti Vabariigi hümn viisi, avaldades arvamust, et see on primitiivne: tegemist nii lihtsa meloodiaga, et piltlikult öeldes võiks seda mängida ühe kannaga. Viidates sellele, et tal on jalas paksud sokksussid, ütleb J. Kivit, et ta seda siiski proovima ei hakka, küll aga pole probleem mängida seda kõigest vasakuga, tõstes selgituseks vasaku käe. Just selle kommentaariga võib seostada maakohtu seisukohta, et hümn võib küll kritiseerida, aga õigus kritiseerida ei tähenda õigust hümn teotada ehk käituda jämedalt lugupidamatult. Ringkonnakohtu hinnangul sisaldab J. Kiviti öeldu selgelt halvustavat hinnangut. Küsimus ei olegi selles, kas hümn meloodia on lihtne või mitte. Kommenteerija saab oma sõnade ja käitumisega väljendada hinnangut ka sellele, kas see lihtsus on olemuselt positiivne, neutraalne või negatiivne. J. Kivit näitab selgelt välja üleolevat suhtumist. Esiteks ei räägi ta kõigest lihtsast, vaid primitiivsest viisist. Ei eesti ega vene keeles (<https://arhiiv.eki.ee/dict/ves/index.cgi?Q=примитивный>) ei tähenda *primitiivne* pelgalt lihtsat, vaid primitiivse esmane tähendus on siiski algeline, lihtsakoeline, st sellega viidatakse ka millelegi robustsele, madalal arengutasemel olevale. Sellist üleolevat hinnangut rõhutab veelgi kommentaar, et Eesti hümn on vabalt mängitav mitte lihtsalt ühe käega, vaid vasaku käega, st käega, mis üldjuhul on paremakäelisel inimesel kohmakam. (kohtuotsuse p-s 10, lk 13 5.lõik – lk 14 ,1.lõik).

Kaitsja juhib kohtu tähelepanu, et väljend *primitiivne* sõnaraamatu kohaselt midagi halba ega teotavat ei tähendanud, või vähemalt ei ole vastupidise kohta prokurör menetluse esitanud ainsatki tõendit. Seda, mida pidas *primitiivse* all silmas J. Kivit, on ta selgitanud kohtule antud ütlustes. Seda, kuidas mõistab antud sõna tähendust aga J. Kiviti auditoorium, ei ole aga kriminaalmenetluse käigus üritatudki välja selgitada. Lihtsa ja lihtsakoelise negatiivseks muutmine läbi vasaku käega selle meloodia süntesaatoril saatmise, ei saa olla aga konkreetsele sõnale *primitiivne* muud sisu andvaks. Samas on ringkonnakohus sõnale *primitiivne* omal algatusel kasseeritava kohtuotsuses halvustava tähenduse andnud. Siinkohal tekib küsimus, et kui sõnaraamatus tähendatu annab võimaluse ka muudeks lähenemisteks ja tõlgendusteks, siis kellele või milleks sõnaraamatu seletusi üldse koostatakse. Kaitsja leiab, et selle eelviidatud kohtupoolse tõlgenduse tulemusel ja tagajärjena on rikutud nii menetlusnormi ning kohaldatud ebaõigesti materiaaõigust.

**17.** Lisaks annavad kaitsja osundusele tema loome ja sõnavabaduse ebaproportsionaalsest piirangust aluse ringkonnakohtu otsuses J. Kiviti poolt loodud ja esitatud muusikapala sõnadest, loo esitamise ajal näidatud fotode ja teksti alusel ära märgitud kolm mõtteliini:

Esimene on riigi praegusi poliitikuid ja nende poliitikat kritiseeriv. Selle sõnumi kohaselt on praegune poliitika selline, et Eesti poliitika järgib suurriikide ja Euroopa Liidu, mitte aga siinsete inimeste huve. Seega puudub Eesti riigil justkui oma iseseisev poliitika, st Eesti ei toimi riigina. Laulusõnad ütlevad, et „Mu riik on hulluks läinud“. Viimase põhjus on laulu kohaselt omakorda see, et „selliseid debiilikuid tüüris“ ei leia kuskilt mujalt. Seda, et toimitakse suurriikide ja Euroopa Liidu soovide järgi ütlevad laulusõnad „Meid võtab vastu Washington / Ja Brüssel ja London“. Siinsete inimeste huvide tähelepanuta jätmisele viitavad laulusõnad „Me puruvaesed, kuid uhked selle üle / Et meist on saanud Nato



platsdarm / Meil pole varsti midagi süüa / See-eest on padruneid“. Selle sõnumi valguses on ilmselgelt alusetu kaitsja väide, et sõna *debiilik* ei olnud mõeldud solvavana. (kohtuotsuse p-s 10, lk 14 5.lõik).

Kaitsja juhib eelviidatu osas tähelepanu, et kuivõrd see nn esimene mõtteliin ja sõna *debiilik* on üks põhjendusi, mille alusel leiti õige olevat J. Kiviti süüdi mõista KarS § 245 lg 1 alusel, saab sellest teha järelduse, et valitusliikmete *debiiliku(te)ks* nimetamine, on Eesti Vabariigis karistusõiguslikult keelatud tegevus ja viib KarS § 245 lg 1 alusel süüdimõistmiseni.

Teiseks ilmneb laulutekstist ja laulule videos lisatud tekstist, et seisukoht, mille kohaselt Eesti riik ei väärigi riigi nimetust, ei tulene ainult praegusest poliitikast. Nimelt on J. Kiviti esitatud teose teine tees see, et Eesti Vabariigi teke on juhus, mis oleks võinud olemata olla ja mille võib tagasi pöörata, sest selle alus on õiguslikult küsitav, kui mitte kuritegelik. Eesti riigi olemasolu on väljastpoolt antud kingitus, kusjuures kinkijal ei olnud üldse pädevust selliseks kingituseks. Laulusõnad ütlevad: „Aitäh punabolševikele / Kes kinkisid meile iseseisvuse / Aitäh Leninile kõige eest / Me võitsime lotoga.“ Nende sõnade ajal on videos kuvatud fotod Eesti ja Venemaa rahulepingust, mille juures on venekeelne tekst, mis kuulutab, et Tartu rahuleping on „sõlmitud kahe tunnustamata kuritegeliku „riigi“ vahel“. Seega kingiti Eestile iseseisvus, see kingitus pole aga legitiimne, sest mõlemad Tartu rahulepingu sõlminud riigid olid tunnustamata. Seda, et tegemist polnud täisväärtuslike riikidega, rõhutab veelgi asjaolu, et sõna *riik* on pandud tekstis jutumärkidesse (samuti on hiljem pandud jutumärkidesse *vabadussõda*). Lisaks sellele, et lepingu sõlminud riigid polnud päris riigid, luuakse neist täiendavalt negatiivne mulje sellega, et mõlemat nimetatakse ühtlasi kuritegelikeks. Veel enne riigi tekke küsimust iseloomustab J. Kiviti ka maad: „Sa oled loodud sitast / Kividest, soost ja samblast.“ Seegi hinnang on halvustav. Arvestades laulusõnade üldist konteksti viitavad kivid ja soo maa väiksele kasutusväärtusele, viide väljaheidetele mõjub aga lausa vulgaarsena. Justkui sõnakasutuse õigustamiseks on nende sõnade ajal videos taustaks president Lennart Mere pilt tekstiga „Olukord on sitt, kuid see on meie tuleviku väetis“. Tegelikult seos lauluteksti ja Lennart Mere tsitaadi vahel puudub – kõnealune tsitaat ei puuduta Eesti alasid ega riiki, vaid olukorda konkreetsel ajahetkel (tsitaat pärineb avalike internetiandmete kohaselt aastast 1997, vt nt <https://arhiiv.err.ee/audio/vaata/intervjuud-lennart-meri-utles-olukord-on-sitt-kuid-see-on-meie-tuleviku-vaetis>). Seejuures on ka selge, et selles tsitaadis on kasutatud omadussõna *sitt* toonitamaks, kui halb olukord on (vt <https://sonaveeb.ee/search/unif/dlall/dsall/sitt/1/est>, selgitus 2.1). (kohtuotsuse p-s 10, lk 14 6.lõik-lk 15 1.lõik).

Kaitsja juhib eelviidatu taustal kohtu tähelepanu, et sellest nn mõtteliinist nagu ringkonnakohus seda grupeeris ja mille alusel leiti õige olevat J. Kivi süüdi mõista KarS § 245 lg 1 alusel, saab teha järelduse, et mingit oma või dokumentaalsetele tõenditele (nagu seda oli näiteks *Tartu rahuleping*) rajatud arvamust Eesti Vabariigis olla ei saa ja/või ei tohi seda avalikult esitada, sealjuures oli õigus sõna “sitt” kasutada vaid taasiseseisvunud Eesti Vabariigi president Lennart Meril. Sellise, kuid seadusest mittetuleneva piirangu ja ka vaheteoga isikute ringil, kes oma subjektiivseid hinnanguid maa ja riigi olukorrale annavad rikkumine, on Eesti Vabariigis karistusõiguslikult keelatud tegevus ja viib KarS § 245 lg 1 alusel süüdimõistmiseni.

Kolmas sõnum käib eestlaste kohta – eestlasi näidatakse teiste rahvaste tagakiusajana. Esimeseks ohvriks langesid sakslased (laulusõnad ütlevad „Me röövime sakslasi ja kõik / Läks eestlastele“). Videol näidatakse selle juurde teksti, mis viitab 1919. a maareformile. Maa saajatena on välja toodud vabadussõjas osalenud, kusjuures vabadussõda on jutumärkides. Kuna maareformile viidatakse kui röövimisele, antakse sellele ilmselgelt negatiivne tähendus – tähendab ju röövimine üldteadaolevalt kuritegu, vägivaldset tegu. Järgmisena langesid J. Kiviti väitel ohvriks juudid. Laulutekst ütleb: „Me tapsime siin juudid kõik / Ja selles oli meil suur edu.“ Samal ajal kuvatakse videoklipis fotot Klooga sunnitöölaagri väravast ning venekeelset teksti „Aktiivne osavõtt holokaustist 1941–1944. Juba 1942.a oli Eesti kuulutatud juutidest vabaks – JUDENFREI“. Sellele järgneb foto Eesti kaardist, millel kirjad „Judenfrei märke all“ ja „Holokaust natside okupeeritud Eesti territooriumil 1941–1944“. Kuigi viimane foto viitab sellele, et käsitletavad sündmused toimusid Saksa okupatsiooni ajal, viitavad laulusõnad eestlastele. Laulutekstis kasutatakse meie-vormi, sama vormi on kasutatud ka mujal laulutekstis. Sakslaste röövimisest rääkivad laulusõnad viitavad, kes need „meie“ on – sakslaste röövimise tulemusel läks kõik eestlastele. Seega omistatakse Saksa okupatsiooni ajal toime pandud repressioonid juutide vastu tervikuna eestlastele, kes laulusõnadest tulenevalt tunnevad saavutatu üle uhkust („Selles saatis meid suur edu“). Lõpuks jõuab laulutekst sõnumini, et ühel hetkel saavad tagakiusatavateks venelased: „Saabub päev, saabub tund / Ütleme kõigile venelastele: „Minge nah!“ Samal ajal on kuvatud ekraanil pilt tõrvikutega rahvamassist ja venekeelne tekst „Venelaste deporteerimine Eestist. Algas 2022, lõpp - ????“ St ekraanil oleva teksti kohaselt on venelaste tagakiusamiseni juba jõutud ning 2022. aastast toimub nende deporteerimine (selle väitega samal ajal kuvatud foto tõrvikutega inimestest loob seose, justkui tegeleks sellega tõrvikutega tänavale tulnud rahvamassid). (kohtuotsuse p-s 10, lk 15, 3.lõik-6.lõik).

Kaitsja juhib viimatinimetatu pinnalt kohtu tähelepanu, et sellest nn kolmandast mõtteliinist nagu ringkonnakohus seda grupeeris ja mille alusel kohus põhjendas J. Kiviti süüdimõistmist KarS § 245 lg 1 alusel, saab teha järelduse, et Eesti Vabariigi ja selle maa ajaloo käsitus peab Eesti Vabariigis olema tervikuna ühene ning mistahes arvamused ja kõrvalekalded ametlikult avaldamata nn õigest ajalookäsitlusest, sh selle kohta on keelatud ja viivad KarS § 245 lg 1 alusel süüdimõistmiseni.

**18.** Veel on oluline see tõik, et isiku loominguvabadust ja sõnavabadust on antud juhul peetud kohaseks piirata ja selle tõttu ka J. Kiviti KarS § 245 lg 1 alusel süüdi mõista olukorras, kus ühegi videos laulu taustal näidatud foto (olgu selleks ajalehe väljavõte Klooga koonduslaagri ajal trükitust, Eesti Rahulepingu koopia või siis Eesti Vabariigi esimese presidendi Lennart Meri sõnavõtu ja selle äratrükkimist just nii nagu see on fotomaterjalil videos esitatud) ei sisalda väljamõeldist, vaid ajaloos toimunut ja omal ajal ajakirjanduses avaldatut. Vähemalt ei ole vastupidise järelduse tegemiseks või kinnituseks prokurör menetluse esitanud tõendeid. Seda, et J. Kiviti poolt üldjoontes võimalik, et negatiivset infot edastavad materjalid fotodena konkreetses videos ei ole väljamõeldiseks, ei ole tuvastanud ka alama astme kohtud süüasja läbivaatamisel. Sellest tulenevalt tekib küsimus, et kui see, mida J. Kiviti esitas ja presenteeris, on tegelikkuses ka aset leidnud ja sedalaadi kuvatõmmised Tartu rahulepingust ja näiteks Kloogal asunud vangilaagrist internetis vabalt kättesaadavad, sh avaldab J. Kiviti nende najal mingit omapoolset kriitikat või nägemust/veendumust (sõnavabadust), siis

miks on just J. Kiviti poolt edastatuna see solvav ning lõppkokkuvõttes KarS § 245 lg 1 tulenevalt riigihümni teotamisena karistatav? Samuti on küsitav, et kas sellised piirangud, mille kohaselt on keelatud sõna võtta valitsuse, teiste riikide ja sõjalise ühenduse, rahva elatustaseme ja ajaloo kohta üldistavalt, ja/või esitada neid hümnid meloodia taustal näiteks kollases kostüümis nagu antud juhul heidab J. Kiviti ette ringkonnakohus, on KarS § 245 lg 1 konteksti sobivad ja isesesivas demokraatlikus õigusriigis, millisena Eesti Vabariik end PS kohaselt on deklareerinud, põhjendatud ja vajalikud.

**19.** EIÕK art 10 kaitseb väljendusvabadust „võimude sekkumise“ eest. Seega seavad need allikad võimudele, sh ka kohtutele, üldise negatiivse kohustuse mitte sekkuda väljendusvabaduse kasutamisse ehk hoiduda sellest. See nõue jääb jõusse ka erasüüdistusajades, sest kellegi õigus ja soov/taotlus algatada erasüüdistus sõnavabaduse väidetava kuritarvitaja (kaebaja, solvaja või laimaja) vastu ei too endaga kaasa veel võimude (kohtu) kohustust kedagi menetluse algataja soovi kohaselt karistada (vt PS § 17 komm-d). Võim (kohus) võib sekkuda ainult sekkumist võimaldavate aluste (PS § 45 teine lause, EIÕK art 10 lg 2) selgel ja põhjendatud olemasolul. Menetlus (piirang) peab olema demokraatlikus ühiskonnas vajalik, selle järele peab olema tungiv sotsiaalne vajadus ning meetmed peavad olema asjakohased ja piisavad ehk proportsionaalsed taotletava eesmärgiga. Kaitsja leiab, et eelviidatud põhimõtete vastu on käesolevas kriminaalasjas kasseeritava kohtuotsuse tegemisel eksitud.

**20.** Ringkonnakohus on otsuses leidnud vale olevat maakohtu järelduse sellest, et kui antud asjas leiab tuvastamist, et süüks pandav tegu kujutab endas kunstiloomingut PS § 38 sätestatud kunstivabaduse põhimõtte kohaselt), välistab see teo vastavuse kuriteokoosseisule. Kaitsja sellega nõustuda ei saa, sest erinevalt mistahes muude näidete puhul, mis on ära toodud kasseeritava kohtuotsuse (p-s 8, lk 11 ülalt 2.lõik), on just õiguskirjanduses selline välistus ära toodud (Karistusseadustiku kommentaaritud väljaanne lk 246 komm. 3.2.2.- viited PõhiSK § 38 komm 4; sõna- e väljendusvabaduse kohta § 45 komm 2 jj). Sealjuures on PS § 38 puudutavatest kommentaaridest lugeda, et ehkki PS ei näe ette seadusereservatsiooni kunstivabaduse piiramiseks, on piirangud võimalikud konkureerivate põhiseaduslike väärtuste, ennekõike teiste isikute põhiõiguste kaitseks, sealhulgas on EIK korduvalt rõhutanud igasuguse väljendusvabaduse tähtsust (EIÕK art 10 lg 2) demokraatlikus ühiskonnas ning aktsepteerinud selle kitsendamist vaid tungiva vajaduse korral. (<https://pohiseadus.ee/public/PSkomm2020.pdf>, lk 496, komm 29). PS § 45 sätestab aga, et 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. Muuhulgas sätestatakse selles, et tsensuuri ei ole. PS kommentaaridest tulenevalt on väljendusvabadus on üks kesksemaid vabadusõigusi ning selle sisustamine rajaneb PS preambulis sätestatud põhimõttel, et Eesti riik on „rajatud vabadusele, õiglusele ja

õigusele“, seega siis laias mõistes ka väljendusvabadusele kui üldise vabadusõiguse ühele alaliigile. Väljendusvabadus on ka vahetult seotud PS §-s 1 sätestatud demokraatia põhimõttega, olles viimase immanentseks osaks. Demokraatia põhimõte on üks Eesti ühiskonnakorralduse aluspõhimõtteid. Väljendusvabadus on väärtus iseenesest. See on tähtis eeldus ja tingimus paljude PS-ga tagatud õiguste ja vabaduste sisuliseks ja asjakohaseks toimimiseks ja kaitseks, näiteks valimisõiguse, mõtte-, südametunnistuse- ja ühinemisvabaduse, informatsioonilise enesemääramise ja privaatsuse, loomevabaduse jmt õiguste ning vabaduste kasutamisel. Ilma täiemahulise väljendusvabaduseta on teiste õiguste ja vabaduste vaba toimimine piiratud ning üksikisikul on raske vastu seista võimu omavolile või kuritarvitustele ning teha põhistatud valikuid eraelus. Ilma kohase väljendusvabaduseta on avaliku võimu ja selle kandjate hoidmine moraali ja seaduste raames raske kui mitte võimatu. Väljendusvabadus ei ole oluline ja möödapääsmatu mitte ainult võimu ohjamisel, vaid ka ühiskonnas aset leidva mõistmiseks, ühiskondlike kokkulepete ja ühiskonnale kõige enam sobivate lahenduste leidmiseks ning seeläbi igaühe ja kõigi üldiseks vabaks arenguks ja probleemide lahendamiseks. Väljendusvabaduse sellise fundamentaalse tähenduse tõttu võib õiguste ja vabaduste konflikti korral püüda eelistada väljendusvabadust arvestades samas, et PS-s sisalduvad põhiõigused on õigusnormi hierarhias samal tasandil teiste põhiõigustega. Väljendusvabadusega on puutes tsiviilühiskonna ja demokraatia toimimise eeldusena igaühe juurdepääs avalikule informatsioonile ehk meie elu ühisosale (vt PS § 44). (<https://pohiseadus.ee/public/PSkomm2020.pdf>, lk 542-543, 6.komm). Väljendusvabaduse esemeline kaitsealasse jäävad ideed, arvamused, veendumused ja muu informatsioon. Sealjuures väljendusvabaduse kaitse ei „laiene üksnes informatsioonile ja ideedele, mida võetakse vastu heasoovlikult või käsitletakse kui mitteründavat, vaid ka sellisele eneseväljendusele, mis ründab, šokeerib ja häirib“ (vt nt EIKo 5493/72, Handyside vs. Ühendkuningriik, 07.12.1976) (<https://pohiseadus.ee/public/PSkomm2020.pdf>, lk 544-545, 11.komm). Esemelist kaitseala hõlmavad ka väärtushinnangud ja faktiväited. PS teeb vahet informatsioonil ja ideedel, nii nagu seda teeb ka EIÕK art 10. Taoline eristamine tähendab, et väljendusvabadus ei piirne üksnes kontrollitava faktilise ehk tõese ja mõõdetava teabe esitamisega, vaid hõlmab ka arvamuste, ideede, veendumuste, kriitika, hinnangute, mõtete ja kujutluste väljendamist. Thorgeir Thorgeirsoni kohtuasjas rõhutati, et puudub alus arvata, nagu laieneks EIÕK art 10 ainult tõesele informatsioonile (vt EIKo 13778/88, Thorgeir Thorgeirson vs. Island, 25.06.1992; RKTko 21.12.2010, 3-2-1-67-10). Vastavalt laieneb PS ja EIÕK kaitse nii teabele, mis on objektiivselt tõene ja kontrollitav, kui ka eneseväljendusele ja teabele, mis objektiivselt tõene ei pruugi olla, kuid on tõene väljenduse autori arvates (vt ka PS § 17 komm 13). (<https://pohiseadus.ee/public/PSkomm2020.pdf>, lk 545, 13.komm)

**21.** Viidatud PS kommentaaridest on leitav seegi, et väljendusvabaduse piirangute võimalik seaduslik eesmärk seondub otseselt nende põhjustega, mis on loetletud seadusereservatsioonis §-s 45 ja EIÕK art 10 lg-s 2 ning need jagunevad kolme kategooriasse: 1) piirangud, mis on seatud avalike huvide kaitseks (nt avalik kord,

kõlblus); 2) piirangud, mis on seatud (teiste) individuaalsete (era)õiguste kaitseks (teiste inimeste au ja hea nime, õiguste ja vabaduste kaitse); 3) piirangud, mis on vajalikud õigusemõistmise autoriteedi ja erapooletuse kaitseks (PS §-s 45 küll piiratud riigi ja kohalike omavalitsuste teenistujate puhul). ...EIÕK art-s 10 on nimetatud samuti üheksa eesmärki, kuid need on paljuski erinevad PS-s nimetatutest (s.o formaalsused, tingimused, piirangud ja karistused võivad olla ette nähtud riigi julgeoleku, territoriaalse terviklikkuse või ühiskondliku turvalisuse huvides, korratuste või kuritegude ärahoidmiseks, tervise või kõlbluse või kaasinimeste maine või õiguste kaitseks, konfidentsiaalse teabe avalikustamise vältimiseks või õigusemõistmise autoriteedi ja erapooletuse säilitamiseks). (<https://pohiseadus.ee/public/PSkomm2020.pdf>, lk 551, 22.komm)

**22.** Kui PS tekst kasutab väljendit „igauks võib vabalt“, siis EIÕK art 10 kaitseb väljendusvabadust „võimude sekkumise“ eest. Seega seavad need allikad võimudele, sh ka kohtutele, üldise negatiivse kohustuse mitte sekkuda väljendusvabaduse kasutamisse ehk hoiduda sellest. Võim (kohus) võib sekkuda ainult sekkumist võimaldavate aluste (PS § 45 teine lause, EIÕK art 10 lg 2) selgel ja põhjendatud olemasolul. Menetlus (piirang) peab olema demokraatlikus ühiskonnas vajalik, selle järele peab olema tungiv sotsiaalne vajadus ning meetmed peavad olema asjakohased ja piisavad ehk proportsionaalsed taotletava eesmärgiga. (<https://pohiseadus.ee/public/PSkomm2020.pdf>, lk 543, 7.komm).

**23.** Käesoleval juhul on kaitsja hinnangul ülalsiteeritud põhimõtted kohaldavatavad ka antud asjas ning J. Kiviti teguviisi karistatavaks tunnistamisel tulnuks siiski alama astme kohtutel, sh ringkonnakohtul nimetatud põhiseaduslikke sätteid kohaselt analüüsida, mida aga tehtud ei ole ja millest tulenevalt saabki lõppkokkuvõttes asuda seisukohale, et kasseeritavas otsuses on rikutud oluliselt kriminaalmenetlusõigust KrMS § 339 lg 2 mõistes. Rikkumine tõi kaasa ka materiaaõigusnormi ebaõige kohaldamise.

**24.** Kasseeritava kohtuotsuse põhjendused sellest, miks J. Kiviti tegevus kvalifitseerub just KarS § 245 lg 1 koosseisu annab aluse rääkida ka määratluspõhimõtte rikkumisest. Nimelt määratluspõhimõttest tulenevalt on vajalik süüteokoosseisu tunnuste tõlgendamine viisil, mis võimaldab igaühel ette näha, milline käitumine on keelatud ja karistatav ning milline karistus selle eest ähvardab, et ta saaks oma käitumist vastavalt kujundada (vt RKKKo nr 3-1-1-5-16, p 7). Selle nõude kohaselt on keelatud arendada karistusseaduse regulatsiooni edasi väljapoole seaduses endas selgelt ette antud karistatavuspiire. Teisisõnu ei tohi karistusõigusnormi sisu avamine viia normi piiridest väljumiseni ega nende juhtumite hõlmamiseni karistusnormiga, mida seadusandja pole soovinud karistatavaks kuulutada (vt ka RKKKo nr 4-17-4621/22, p 14). (RKKKo nr 1-17-6580, p 12).

**25.** Olukorras, kus süüdistataval ei ole võimalik normi lugedes saada selgust, millised on need tegevused, mis konkreetse normi rikkumise alla mahuvad, sh on PS-s sätestatud õigus loominguks (PS § 38) ja eneseväljendusele (PS § 45), ei saa isik enda käitumist vastavas osas kujundada ning võimalikku kuriteo toimepanemist ette näha. KarS § 2 lg 2 sätestab, et karistatakse saab teo eest, kui see vastab süüteokoosseisule, on õigusvastane ja isik on selle toimepanemises süüdi. KarS § 3 lg 1 sätestab, et süütegu on käesolevas seadustikus või muus seaduses sätestatud karistatav tegu. Kaitsja on seisukohal, et teiste riikide karistusõigusest toodud näited ei õigusta mingilgi moel KarS § 245 lg 1 sätestatud kuriteokoosseisu ülemäära laia tõlgendamist, kuna see võib viia karistusõiguse kui ultima ratio- ehk viimase abinõu põhimõtte ja määratletuspõhimõtte kui õigusriikliku karistusõiguse ühtede kõige olulisemate põhimõtete rikkumiseni nagu see antud juhul ka aset on leidnud.

**26.** Kuna Eesti Vabariigis ei ole reglementeeritud, kus kuidas või millisel viisil võib või peab Eesti Vabariigi hümnina tuntud koorilaulu esitama, sh ei tulene seda ka ainsast Eesti Vabariigi hümnitunnuseid nimetavast ja tegelikult Eesti lipu heiskamist reguleerivast ELS § 3 lg 2), on siiski võimalik, et KarS § 245 lg 1 on riigihümni mõistet puudutavalt sisutühi või vastuolus Eesti Vabariigi põhiseaduse § 3 esimese lausega: *riigivõimu teostatakse üksnes põhiseaduse ja sellega kooskõlas olevate seaduste alusel* ja § 23 esimese lausega: *Kedagi ei tohi süüdi mõista teo eest, kui seda tegu ei tunnista kuriteoks seadus, mis oli jõus teo toimepanemise ajal* ja § 11 esimese lausega: *Õigusi ja vabadusi tohib piirata ainult kooskõlas põhiseadusega*. Võimaliku vastuolu esinemise tõttu palub kaitsja alustada kohtul põhiseaduspärasuse kontrolli ja võimalusel tunnistada KarS § 245 lg 1 sõnastuse selles osas, mil see võimaldab karistada isikuid riigihümni teotamise eest vastuolus olevaks PS §-i 3 esimese lause, samuti § 23-i esimese lause ning §-i 11 esimeses lauses tooduga ja jätta KarS § 245 lg 1 antud juhtumil kohaldamata.

**27.** Ringkonnakohtu otsuse põhjendustest tulenevalt on täiendavalt võimalik, et KarS § 245 lg 1 osas, mil see võimaldab karistada isikuid selles toodud sõnastuses *riigihümni teotamise eest*, on põhiseadusvastane, kuna see piirab ebaproportsionaalselt PS §-ga 38 tagatud kunstivabadust ja §-ga 45 tagatud sõnavabadust. Samuti on võimalik, et KarS § 245 lg 1 osas, mil see võimaldab karistada isikuid selles toodud sõnastuses *riigihümni teotamise eest* sellises tõlgenduses nagu sätte osas on andnud ringkonnakohus, ei ole kooskõlas PS § 13 lg-st 1 tuleneva määratletuse ehk õigusselguse põhimõttega. Isegi kui KarS § 245 lg 1 pealkirja alla mõiste *riigihümni teotamine* mahutamise annab Eesti Vabariigis hümnina tuntava koorilaulu (viis + sõnad) ametliku sümboli staatuse, s.o milles kaitsja eelviidatust tulenevalt kahtleb, siis ei ole ka see kaitsja hinnangul käesolevas asjas süüdistuse esitamiseks piisav. Piltlikult öeldes on KarS § 245 lg 1 kohaldamise otsustamiseks ühel pool kaalukausil võimaliku karistusnormi kohaldamine ja teisel pool PS-st tulenevad õigused, millega pörkumist on kirjeldatud ka KarS § 245 lg 1 juhul karistusseadustiku kommenteeritud väljaandes, ei saa rääkida karistuse kohaldamisest kui viimasest abinõust või seda eelistada. Vähemalt ei ole seda süüdistuses põhjendatud. Ainsa alusena, miks just J. Kiviti suhtes



kriminaalmenetlus, sh veel kohtumenetluses lõpuni läbi käia, on olnud süüdistust esindava prokuröri kohtus korduvalt öeldud sõnadel huvi KarS § 245 lg 1 riigihümni osas pretседendi loomise vastu. Kaitsja leiab, et nn pretседendi otsing ei saa olla aga PS § 38 ja § 45 sätestatud õiguste piiramiseks piisav, seda enam et Eesti Vabariigi õigussüsteemile ei ole omane pretседendiõiguse juurutamine. Kuna PS §-st 146 tuletatav põhimõte, mille kohaselt õigust mõistab ainult kohus kooskõlas põhiseaduse ja seadustega, palub kaitsja kohtul kontrollida ringkonnakohtu otsuse p-des 6-12 toodud põhjenduste valguses ka KarS § 245 lg 1 vastavust lisaks varasemalt toodule ka PS §-dega 38 ja 45 lg 1 ja § 13 lg 1 ning võimaliku vastuolu korral kuulutada KarS § 245 lg 1 osas, mil see võimaldab karistada riigihümni teotamise eest põhiseadusega vastuolus olevaks ning jätta antud juhul kohaldamata.

#### **IV Materiaalõiguse ebaõige kohaldamine ehk KarS § 39 lg 1 sätestatud keelueksimusega arvestamata jätmine**

**28.** Ehkki kaitsja on menetlust läbivalt tuginenud ka J. Kiviti võimalikule keelueksimusele, siis ei ole alama astme kohtud kaitsjaga selles osas päri olnud. Kui maakohus piirdus keelueksimuse osas ühe lausega siis ringkonnakohus on sellele kaitsja vastuargumendile põhendanud kasseeritava otsuse p 12. Selles toodu põhjal oli J. Kiviti tegutsemine keelueksimuses välistatud J. Kiviti enda ütlustest tulenevalt, kuivõrd ta tunnistas kohtus, et kontrollis, kas on õiguslikke piiranguid sellise muusikapala loomiseks ja leidis KarS § 245 lg 1 ehk vastutuse hümniteotamise eest. Seega on kohus leidnud, et pelgalt teadmine KarS § 245 lg 1 olemasolust välistab KarS § 39 lg 1 keelueksimuse. Kaitsja sellega nõustuda ei saa ning leiab, et ringkonnakohus võis ka selles osas materiaalõigusnormi ebaõigesti kohaldada ning palub kassatsioonimenetluses seda kontrollida.

**29.** KarS § 39 lg 1 kohaselt välistab keelueksimus süü, kui eksimus oli vältimatu. Õiguskirjanduse kohaselt deliktistruktuurist lähtudes välistab keelueksimus (küll üksnes välditavuse korral) isiku süü, seega eeldab antud küsimuse lahendamise positiivset tulemust kahel eelneval – koosseisu ja õigusvastasuse – tasandil. Kui isik eksib koosseisu asjaolus (§ 17), on tema vastutus tahtliku süüteo eest välistatud ning sama eksimust ei saa enam hakata kontrollima keelueksimuse süü tasandil (RKKK [3-1-1-22-04](#) p 15; [3-1-1-92-05](#) p 7); seetõttu on ka sisutu hakata kontrollima, kas isiku eksimus faktilistes asjaoludes oli välditav või mitte (RKKK [3-1-1-55-06](#) p 19). Tuvastanud isikul vältimatu keelueksimuse, tuleb ta õigeks mõista mitte süüteokoosseisu, vaid süü puudumise tõttu (RKKK [3-1-1-22-04](#) p 5.1). <https://karistusseadustik.juuraveeb.ee/sisu/43984/> 39 eksimus teo keelatuses, § 39 komm 2).

**30.** Õiguskirjanduse kohaselt eeldatakse, et isik teab ühiskonnas kehtivaid käitumiseeskirju, olgu need siis õigusnormid või muud inimeste käitumist reguleerivad sotsiaalsed normid. Norme teades teab inimene ka selles sisalduvat

keeldu – saab aru teo *materiaalsest õigusvastasusest*. Normi all ei tule seega sugugi mõista konkreetset seadusesätet või karistusnormi. Eksimus tähendab väärarusaama keelava õigusnormi sisuks olevas keelus (RKKK [3-1-1-95-05](#) p 8) kahel juhul: a) isik ei tea üldse vastava normi olemasolu, seega ka selles sisalduvat keeldu ja siit tulenevat karistatavust; b) teab küll normi olemasolu, kuid arvab ekslikult, et keelunorm ei kata tema tegu (ei tea seega ka teo õiguslikku keelatus ja selle rikkumisega kaasnevat vastutust).

(<https://karistuseseadustik.juuraveeb.ee/sisu/43984/> 39 eksimus teo keelatuses, komm 3)

**31.** On ilmne, et süütegude korral, mille ebaõigussisu (nt rasked isikuvastased kuriteod) on ilmne ja üldarusaadav, ei saa tekkida küsimust võimalikust keelueksimusest. Praegusel juhul see aga nii ei olnud, sest nähtuvalt kassatsioonis toodust, ei olnud üheski seadusesättes reglementeeritud seda, kuidas Eesti Vabariigi hümnina tuntud teost esitada, sh ei olnud keelatud kasutada selle meloodiat/ muusikat või sõnu eraldi oma mõtteväljendusteks. Samuti ei saanud eeldada, et maa või rahva, ajaloo või institutsioonide osas võimaliku kriitika esitamine mistahes vormis on Eesti Vabariigis karistatav, kuivõrd selliste piirangute seadmine ei ole demokraatlikus õigusriigis vajalik. Demonstratsioone jms on taasiseseisvunud Eesti ajaloos olnud erinevaid. Ka on tehtud nalja ja kriitikat, sh erinevate ametlike riigisümbolite kohta. Käesoleval juhul soovis J. Kivit ka nii nagu ta kohtus selgitas oma teo tagamaid- lihtsalt oma auru välja lasta. J. Kivit uuris enne, kas mõne eriseadusega on kehtestatud piirangud hümn meloodia kasutamiseks loominguks, seda põhjusel, et KarS § 245 lg 1 nägi ette karistuse riigihümni teotamise eest. Vastavat piirangut või hümniga seotud käitumisklauslit J. Kivit internetist ei leidnud ja sel põhjusel leidis ta, et hümn meloodiat, ehk F. Paciuse loodud konkreetset viisi või meloodiat saab ja võib kasutada mistahes mõttearendusteks. Nii sündis ka etteheidetav J. Kiviti teos, mis on kõigile huvilistele avalikult kättesaadav.

**32.** Kohtupraktika kohaselt peab üldjuhul oma teo keelatus ära tundma isik, kes tegutseb mingis kindlas valdkonnas (RKKKo 3-1-1-33-16, p21.) Riigikohtu lahendist 3-1-1-46-11 tulenevalt süü välistamine KarS § 39 lg 1 järgi nõuab seda, et täidetud oleks kaks eeldust. Esiteks peab teo toimepanija olema õiguslikus eksimuses. Teiseks peab eksimus olema vältimatu. Seda juhul, kui isikult saab nõuda, et ta oleks pidanud ise või nt asjatundjaga konsulteerides tulema selle peale, et tema tegu võib olla õigusvastane (vt nt RKKKo 3-1-131 14, p 25; 3-1-1-91-13, p 15.1 ja 3-1-1-92-13, p 17.2). Kaitsja leiab, et Jüri Kivit tegutses antud juhul eksimuses, millele viitab ka sõnalises osas vaid 1,56% sõnade kattuvusprotsent. J. Kivit ei taotlenud selle omaloomingulise teose uueks Eesti Vabariigi hümniks või siis riigihümniks pidamist või tunnistamist ega esitanud seda olukorras või kohas, kus eeldatakse ja oodatakse Eesti Vabariigi riigihümnina tuntud koorilaulu (viis + sõnad) esitamist. Kaitsja hinnangul tegutses J. Kivit piisava hoolsusega, et enda tegevust õiguspäraseks pidada. Puudub vaidlus selles, et J. Kiviti näol on tegemist hobikorras nn



luuletaja/laululoojaga ehk meelelahutajaga mitte aga õigusteadlasega. Kõik mida oli hümnid puudutavalt leida internetist, J. Kivit läbi vaatas ning sai aru, et Eestis teadaolevaks hümniks peetakse viis + sõnad variant (sh koorilaulu) kasutamiseks nõnda tarbeks, ei ole tegelikult seaduslikke piiranguid. Ainus, mille osas teadlik, oli ELS § 3 lg 2 sätestatud lipu heiskamisega seonduv ja ka KarS § 245 lg 1 karistus. Kuna J. Kivit ei soovinud lippu heisata ega pretendeerinud uue hümnid loomisele või esitamisele, siis oli ta ELS § 3 lg 2 sätestatud lipu heiskamisel kasutatava meloodia muudest piirangutest või võimalikest tõlgendustest mitteteadlik. Järelikult oli J. Kivit keelueksimuses ja see eksimuski oli vältimatu. Seda ei väärka J. Kiviti poolt nõ igaks juhuks ja soovimatute võimalike reageeringute (millest kõige ebatõenäolisemaks pidas just karistusõiguslikku vastutust KarS § 245 lg 1 alusel) eest enda säästmiseks muusikapala esitamisel eel ka vabandamine. Tulenevalt sellest, et J. Kivit on nn hobitegija, siis ei olnud tal kohustust ka täiendavaid normid tõlgenduse uuringuid läbi viia. Kokkuvõtvalt leiab kaitsja, et ka juhul, kui muude kassatsioonis toodud põhjenduste tõttu ei ole alust J. Kiviti õigeksmõistmiseks, siis annab aluse selleks KarS § 39 lg 1.

## V Muud küsimused

**33.** Kaitsja leiab, et ringkonnakohus on teinud ebaõige otsustuse ka menetluskulude küsimuses. Nimelt olukorras kus kohus leidis, et ekspertisiakt on lubamatuks tõendiks ning välistas sel põhjusel eksperdi ülekuulamisele saadud ütluste kasutamise, pidanuks kohus lisaks ekspertisikulule summas 9600 eurot ka eksperdile KrMS § 178 alusel makstud 105,83 eurot jätma riigi kanda, s.o mida kaitsja ka taotleb.

**34.** Kaitsja leiab, et kassatsiooni saab arutada kirjalikus menetluses ning palub nii nagu ka muud menetluskulud, ka sellega seotud menetluskulud jätta Eesti Vabariigi kanda.

Lugupidamisega

*(allkirjastatud digitaalselt)*

Anu Toomemägi-Kivistik