

**Εργασία με θέμα:**  
**«Η ελευθερία της Τέχνης»**

Μάθημα: Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου  
Διδάσκων Καθηγητής: Ανδρέας Δημητρόπουλος

του Τέλιου Θωμά

A.M. 1340200000806  
τηλ. 210-9419259  
693-2006802

# Διάγραμμα Ύλης

Κεφάλαιο	σελ.
A. Εισαγωγή.....	4
B. Ιστορική εξέλιξη κ' διεθνής κατοχύρωση του δικαιώματος.....	8
Γ. Μια προσπάθεια ορισμού της Τέχνης.....	12
Δ. Έκταση εφαρμογής του αρθ.16 παρ.1 Συντάγματος.....	16
1. <u>Οι προστατευόμενες πράξεις</u>	
i. Ελευθερία καλλιτεχνικής συνείδησης	
ii. Ελευθερία έκφρασης καλλιτεχνικής συνείδησης	
iii. Ελευθερία διάδοσης καλλιτεχνικών ιδεών	
2. <u>Το περιεχόμενο του δικαιώματος</u>	
i. Το αμυντικό περιεχόμενο του δικαιώματος	
ii. Το προστατευτικό περιεχόμενο του δικαιώματος	
iii. Το διασφαλιστικό περιεχόμενο του δικαιώματος	
E. Φορείς του δικαιώματος.....	24
1. <u>Φυσικά Πρόσωπα</u>	
i. Έλληνες κ' Αλλοδαποί	
ii. Ανήλικοι	
2. <u>Νομικά Πρόσωπα</u>	
ΣΤ. Οριοθέτηση του δικαιώματος.....	28
1. <u>Το Σύνταγμα</u>	
i. Η προστασία της ανήλικης νεότητας	
ii. Το ιδιαίτερο καθεστώς της κινηματογραφίας, φωνογραφίας και κάθε άλλου παρεμφερούς μέσου μετάδοσης λόγου ή παράστασης	
2. <u>Η απαγόρευση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος</u>	
3. <u>Τα χρηστά ήθη</u>	
4. <u>Τα δικαιώματα των τρίτων</u>	
i. Πραγματική σύγκρουση κ' δικαϊκή άρση	
ii. Σύγκρουση δικαιώματος της προσωπικότητας κ' δικαιώματος της ελευθερίας της Τέχνης	
iii. Θρησκευτική ελευθερία κ' ελευθερία της Τέχνης	
iv. Προστασία της ιδιοκτησίας κ' ελευθερία της Τέχνης	

Z.	Θεσμική εφαρμογή κ' περιορισμοί του δικαιώματος.....	55
	1. <u>Γενική επισκόπηση κ' εισαγωγικές παρατηρήσεις</u>	
	2. <u>Η άνευ επιφυλάξεων κατοχύρωση του δικαιώματος στο ισχύον Σύνταγμα</u>	
H.	Συμπέρασμα.....	60
Θ.	Παράρτημα Αποφάσεων.....	61
	1. <u>Απόφαση Mephisto</u>	
	i. Βασικές θέσεις του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου	
	ii. Συμπέρασμα	
	2. <u>Απόφαση Müller</u>	
	i. Βασικές θέσεις του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου	
	ii. Η μειοψηφούσα γνώμη (δικαστής Spielmann)	
I.	Νομολογία.....	132
K.	Βιβλιογραφία.....	133

## Εισαγωγή

Η θέαση του ωραίου, τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του κάλλους, η επίδραση που έχει ένα έργο Τέχνης πάνω στον ανθρώπινο ψυχισμό ή η σχέση που διέπει το τρίπτυχο άνθρωπος - Τέχνη - κοινωνία είναι λίγα μόνο από τα θέματα που απασχόλησαν τους φιλοσόφους ήδη από τα πρώτα στάδια της ανάπτυξης της φιλοσοφίας. Η κατωτέρω ιστορική αναδρομή των κυριότερων φιλοσοφικών θέσεων περί τέχνης σε αυτό αποσκοπεί, στο να καταδείξει αφ' ενός την κύρια θέση που κατέχει η Τέχνη στην κοινωνία και να εξηγήσει την πορεία της κατοχύρωσης του δικαιώματος στα διάφορα Συντάγματα και αφ' ετέρου να συνδέσει το σκεπτικό των διαφόρων δικαστικών αποφάσεων που θα αναφερθούν με κύριες φιλοσοφικές θέσεις προσδίδοντας έτσι μία θεωρητική ενότητα μεταξύ Φιλοσοφίας και Δικαίου.

Αν και ο όρος "Αισθητική" που υιοθετήθηκε για να συγκεφαλαιώσει εκείνο το τμήμα της φιλοσοφίας που ασχολείται με το ωραίο εισήχθη στη φιλοσοφία τον 18<sup>ο</sup> αιώνα απ' τον **A. G. Baumgarten (1714 - 1762)** το αντικείμενο αυτής της φιλοσοφικής επιστήμης είναι τόσο παλιό όσο και η ίδια η φιλοσοφία.

Η πρώτη συστηματική και ολοκληρωμένη εργασία περί Τέχνης γίνεται από τον **Πλάτωνα** στα έργα του "Πολιτεία" και "Νόμοι". Στην "Πολιτεία" βρίσκουμε επίσης παρατεθειμένη και την θεωρία του Πυθαγόρα περί "Μουσικής των Σφαιρών", την οποία αποδέχεται και ο Πλάτωνας όπου η μουσική ανάγεται σε χαρακτηριστικό του Σύμπαντος και έχει θεραπευτικές ιδιότητες. Οι μουσικοί ήχοι αποτελούν ουσιαστικό στοιχείο τόσο του ανθρώπινου όσο και του κοσμικού πνεύματος. Οι αρμονικές σχέσεις της μουσικής αναπαριστούν τις αναλογίες που διέπουν τη συμπεριφορά των πλανητών. Και αφού οι πλανήτες επηρεάζουν την ζωή των ανθρώπων έτσι και η μουσική μπορεί να καθορίζει την ζωή τους και συνεπακόλουθα να τους θεραπεύσει. Αυτήν την καταλυτική επίδραση της μουσικής είχε κατά νου και ο Πλάτωνας όταν αναγνώριζε την επικινδυνότητα της Μουσικής και της Τέχνης εν ευρεία εννοία στον ηθικό τρόπο διαβίωσης των ανθρώπων. Η μουσική και κυρίως ο λύδιος και ο ιωνικός τρόπος πρέπει να απαγορευθούν αφού καλλιεργούν τη θλίψη και τη μαλθακότητα, ενώ ανεκτοί είναι ο δώριος και ο φρύγιο τρόπος επειδή προάγουν την ανδρεία και την εγκράτεια. Το ίδιο και τα έπη με τις αφηγήσεις τους σχετικά με τις διαμάχες και τις έριδες των θεών κάθε άλλο παρά βοηθούν τη σωστή ηθική ανάπτυξη των παιδιών. Η ουσιαστικότερη συμβολή του Πλάτωνα όμως είναι η άποψή του για τη χαμηλή αξία του έργου τέχνης. Απ' τη διάκρισή του μεταξύ του κόσμου των ιδεών και του κόσμου των αισθητών πραγμάτων συνάγει το ακόλουθο συμπέρασμα: Τα έργα τέχνης είναι απομιμήσεις των πραγμάτων που συλλαμβάνουμε με τις αισθήσεις μας τα οποία με τη σειρά τους είναι είδωλα των αληθινών όντων που υπάρχουν στον κόσμο των ιδεών. Η τέχνη έτσι δεν είναι τίποτε άλλο παρά μίμηση της μίμησης και έτσι όχι δεν μας φέρνει κοντά στην αλήθεια παρά επαυξάνει και

αναπαράγει την απάτη και το ψεύδος του αισθητού κόσμου.

Στον αντίποδα του πλατωνικού Ιδεαλισμού βρίσκεται ο γερμανικός Ιδεαλισμός ξεκινώντας στον κάθετο άξονα Ιδέα - Αισθητό Αντικείμενο - Έργο Τέχνης όχι από πάνω προς τα κάτω αλλά από κάτω προς τα πάνω. Σύμφωνα με τον **Fr. W. Schelling (1775 - 1854)** η απόλυτη πραγματικότητα είναι η δημιουργική ενέργεια που εκλύεται κατά στάδια ως νους και ως ύλη και η οποία στο ύψιστο σημείο της γίνεται αυτοσυνειδησία. Η Τέχνη όχι μόνο δεν συνιστά απάτη αλλά το πνεύμα μέσω του έργου τέχνης φτάνει στην πλήρη αυτοθεώρησή του: Η Τέχνη είναι το ύψιστο σημείο ανάπτυξης και μιμείται ενσυνείδητα τη δημιουργική δραστηριότητα του Απολύτου. Ο **L. v. Beethoven (1770 - 1827)** γράφει σε ένα γράμμα του: "Αποστολή του καλλιτέχνη είναι να φτερουγίζει ως τη θεότητα και να κομίζει τις ακτίνες της στην ψυχή των ανθρώπων...». Ο ποιητής **J. Ch. Schiller (1759 - 1805)** επίσης αντικρούει και την περί βλαπτικότητας της τέχνης άποψη του Πλάτωνα θεωρώντας ότι η τέχνη εκλεπτύνει τον ανθρώπινο χαρακτήρα και αποτελεί μέσο και συγχρόνως σκοπό της Παιδείας δημιουργώντας ψυχές διαποτισμένες με την επιθυμία να εκπληρώσουν τον ηθικό νόμο.

Ένα άλλο στοιχείο που χαρακτηρίζει διαχρονικά την Τέχνη και τα δημιουργήματά της είναι αυτό της κάθαρσης. Η πρώτη αναφορά του όρου βρίσκεται στον γνωστό ορισμό της τραγωδίας του Αριστοτέλη στο έργο του "Περί Ποιητικής". Στόχος της τραγωδίας είναι να παρουσιάσει πρόσωπα με καθολική εμβέλεια ικανά να αποτελέσουν πρότυπα. Με τον όρο "κάθαρσις" εννοείται εκείνο το συναίσθημα της αναγέννησης και αισθητικής απόλαυσης που νιώθουμε μετά το τέλος μιας παράστασης. Τον όρο "κάθαρση" απαντάμε και στα έργα του **I. Kant (1724 - 1804)** εκεί όμως που αποκτά ξανά κεντρική θέση είναι στην αισθητική θεωρία του **A. Schopenhauer (1788 - 1860)**. Γνωστός ως θεμελιωτής του ευρωπαϊκού "Πεσσιμισμού" υποστήριξε ότι η ζωή είναι για τον άνθρωπο ένα πεδίο συμφορών, πόνου, θλίψης, ταλαιπωρίας και οδύνης. Ο θάνατος είναι η μόνη λύτρωση του ανθρώπου αφού νεκρώνει την βούλησή μας η οποία μας σπρώχνει πάντα σε μία ατέρμονη αναζήτηση νέων πραγμάτων αφήνοντάς μας όμως με τη γνώση του ανικανοποίητου. Πρόσκαιρη λύτρωση από τον πόνο της ζωής μας δίνει μόνο η Τέχνη. Κατά τον Schopenhauer, όπως και κατά τον Αριστοτέλη, η Τέχνη, απεικονίζοντας καθολικής σημασίας γεγονότα και πρόσωπα, μας αποσπά όταν ερχόμαστε σε επαφή μαζί της από την τρέχουσα πραγματικότητα. Καθώς προσλαμβάνουμε τις διαχρονικές ιδέες λησμονούμε έστω και προσωρινά τη δική μας οδυνηρή ύπαρξη και απελευθερωνόμαστε. Μετά το τέλος της παρακολούθησης μιας συναυλίας - αφού ο Schopenhauer θεωρούσε την μουσική την ύψιστη των τεχνών - βυθιζόμαστε ξανά στην απόγνωση που μας οδηγεί η βούλησή μας.

Δύο είναι εκείνες οι πιο σύγχρονες αντιλήψεις οι οποίες δεν βρίσκουν αντιστοιχία με αρχαιότερες αντιλήψεις περί Αισθητικής. Η μια είναι η αρχή "Η Τέχνη για την Τέχνη" και η άλλη είναι εκείνη που αντιλαμβάνεται την Τέχνη ως μέσο για κάτι άλλο, ως μέσο για την εξυπηρέτηση ενός ανώτερου σκοπού. Και οι δύο καθόρισαν την άποψη για την Τέχνη που επικρατεί στην κοινωνία σήμερα.

Σύμφωνα με την πρώτη την Τέχνη την διέπει πλήρης αυτοτέλεια *erga omnes*. Τίποτα δεν υπάρχει στον κόσμο πιο σπουδαίο απ' αυτήν, υποστήριξε ο κυριότερος εκφραστής της άποψης **O. Wilde (1854 - 1900)**. Ο καλλιτέχνης διέπεται από μια αίσθηση υπεροχής έναντι της υπόλοιπης κοινωνίας. Η αίσθηση υπεροχής του μαζί με την υψηλή ευαισθησία του και την αφοσίωση του στην Τέχνη, εξ' αιτίας των υπέρμετρων απαιτήσεων που συνεπάγεται η καλλιτεχνική δημιουργία, τον υποχρεώνει να ζει αποκομμένος από το κοινωνικό σύνολο. Αυτό όμως δεν αποτελεί παρά τίτλο τιμής για αυτόν τον υπηρέτη της Τέχνης αφού το μόνο που τον απασχολεί είναι να εξαντλήσει όλη τη δημιουργική του ικανότητα προκειμένου να κάνει όσο τελειότερο γίνεται το έργο του. Ειδικότερα θα πρέπει να αποδυθεί σε μια προσπάθεια τελειοποίησης της μορφής του καλλιτεχνικού έργου αφού κατά τους απολογητές της εν λόγω θεωρίας η Τέχνη δεν μπορεί να υπηρετεί κανέναν άλλο σκοπό εκτός από την ομορφιά.

Όσο αφορά τώρα στην δεύτερη άποψη, ψήγματα της, μπορούμε να βρούμε και σε άλλες θέσεις χωρίς όμως την ένταση και δραματικότητα που απέκτησε κατά τον 19<sup>ο</sup> και κυρίως τον 20<sup>ο</sup> αι. Ως εκπαιδευτικό μέσο άλλωστε την απέρριπτε και ο Πλάτωνας όταν αναγνώριζε την βλαπτικότητα της μουσικής στην ψυχοσύνθεση των εφήβων. Ο πρώτος ο οποίος διείδε έναν στόχο και μια διανυσματική δυναμική μέσα στην Τέχνη είναι ο **G. W. Fr. Hegel (1770 - 1831)**. Το κινούν στην Ιστορία, στη διαδρομή του ανθρώπου, είναι το Πνεύμα. Ενώ στην αρχή ήταν ελεύθερο εξέπεσε από τον εαυτό του στην κατάσταση της ύλης - και εδώ υπάρχει κάποια ταύτιση με τον πλατωνικό κόσμο των Ιδεών. Και σ' αυτό ακριβώς βοηθά η Τέχνη το Πνεύμα. Το Πνεύμα χρησιμοποιεί την Τέχνη ως μέσο, ως χρονική φάση για να πετύχει τη απελευθέρωσή του. Με αυτή τη βάση προβαίνει σε μια κατά στάδια χρονική διαίρεση της Τέχνης χωρίζοντας τη σε συμβολική, κλασική και ρομαντική και σε μια ιεράρχηση των διάφορων μορφών της τέχνης θέτοντας ως κορωνίδα την Ποίηση ακριβώς γιατί μπορεί να αποσπά το Πνεύμα απ' τον κόσμο της ύλης περισσότερο από οποιαδήποτε άλλη μορφή Τέχνης.

Μετά από λίγα χρόνια στην Τέχνη ανατέθηκε ένας πιο συγκεκριμένος στόχος και της αποδόθηκε μια τελείως νέα διάσταση. Η Τέχνη δεν μπορεί πια να είναι έκφραση του ψυχισμού του καλλιτέχνη, δεν μπορεί να είναι αυτοσκοπός, αλλά η σημασία της βρίσκεται στην συμβολή της για την πραγματοποίηση του οράματος προς μια μελλοντική κοινωνία απ' όπου θα έχουν εξαλειφθεί η βία και η εκμετάλλευση της μιας κοινωνικής τάξης απ' την άλλη (**A. Comte, 1798 - 1857**). Η Τέχνη έτσι έχει αξία εφ' όσον μπορεί να συνδυάσει την ομορφιά με τη χρησιμότητα. Απομακρυνόμαστε πλέον ριζικά απ' τα ιδεώδη περί "Κάλλους" του αρχαιοελληνικού και γερμανικού ιδεαλισμού και της θεάρεστης αποστολής του καλλιτέχνη.

Έτσι ο **L. Tolstoy (1828 - 1910)** διακήρυξε την κοινότητα συγκινήσεων και συναισθημάτων που μας καλεί να μοιραστούμε η Τέχνη και συνεκδοχικά το αίσθημα της αδελφικότητας που μας εμπνέει.

Εκείνοι όμως που προσέδωσαν το μέγιστο δυνατό βάθος στην ανάγκη ευθυγράμμισης της Τέχνης με τα κοινωνικά αιτήματα ήταν οι εφαρμοστές της μαρξιστικής φιλοσοφίας. Ο **B. I. Λένιν** διατύπωσε για πρώτη φορά σε ένα

άρθρο του σε μια εφημερίδα, ήδη από το 1905, αυτό που θα ονομαζόταν αργότερα "Σοσιαλιστικός Ρεαλισμός". Έτσι: "Η φιλολογική δουλειά", και σ' αυτό μπορούμε να εννοήσουμε κάθε μορφή Τέχνης, "δεν μπορεί να είναι ατομική υπόθεση ανεξάρτητη από την κοινή προλεταριακή υπόθεση... Η φιλολογική δουλειά πρέπει να γίνει ένα κομμάτι της γενικής προλεταριακής υπόθεσης "ροδίτσα και βιδίτσα" ενός ενιαίου μεγάλου σοσιαλδημοκρατικού μηχανισμού που τον βάζει σε κίνηση όλη η συνειδητή πρωτοπορία ολόκληρης της εργατικής τάξης. Η φιλολογική δουλειά πρέπει να γίνει συστατικό κομμάτι της οργανωμένης, σχεδιασμένης, ενιαίας σοσιαλδημοκρατικής κομματικής δουλειάς". Ο **An. Lunaçarski** πρώτος Λαϊκός Κομισάριος Διαφώτισης (Υπουργός Παιδείας κ' Πολιτισμού) αναφέρει στο κείμενό του "Τέχνη και Επανάσταση" (1917): "Αν η Επανάσταση μπορεί να δώσει στην Τέχνη την ψυχή της, τότε η Τέχνη μπορεί να γίνει η φωνή της Επανάστασης".

Μετά την πτώση του υπαρκτού Σοσιαλισμού η ενασχόληση της Φιλοσοφίας με την Τέχνη εν πολλοίς αμβλύθηκε, όπως αμβλύθηκε άλλωστε και η ίδια η δυναμική της Τέχνης στο κοινωνικό επίπεδο. Αυτό δεν σημαίνει όμως ότι έχασε τη δυνατότητα να επιδρά και να διαμορφώνει έστω και εν μέρει τον ανθρώπινο ψυχισμό είτε θετικά είτε αρνητικά. Παραμένει έτσι ακόμα μια κοινωνική συνιστώσα η οποία πρέπει να λαμβάνεται πάντα σοβαρά υπ' όψιν.

## Ιστορική εξέλιξη και διεθνής κατοχύρωση του δικαιώματος

Το δικαίωμα της ελευθερίας της Τέχνης αποτελεί ένα από τα τελευταία και πιο πρόσφατα κατοχυρωθέντα δικαιώματα. Ο Ν. Ι. Σαρίπολος στο έργο του «Πραγματεία του Συνταγματικού Δικαίου» θεωρεί ότι κατά το Σύνταγμα του 1864 η ελευθερία της Τέχνης προστατεύεται εμμέσως σε συνδυασμό των αρθ.3,4,17 όπου κατοχυρώνονται το απαραβίαστο της προσωπικής ελευθερίας, η ενώπιον του νόμου ισότητα και το «ιερόν» δικαίωμα της ιδιοκτησίας.

Η πρώτη κατοχύρωσή της γίνεται με το Σύνταγμα του 1927 μετά από πρωτοβουλία του Αλ. Παπαναστασίου ο οποίος υποστήριξε ότι «είναι σκόπιμο να αναγνωρισθεί δια γενικής διατάξεως κατηγορηματικότερα η ελευθερία της Τέχνης, σύμφωνα με τα νεότερα Συντάγματα προς αποσόβησιν ανελευθέρων καταχρήσεων που δεν έλειψαν δυστυχώς και εδώ κατά τους νεότερους χρόνους». Το Σύνταγμα του 1927 που ίδρυε την Α' Ελληνική Δημοκρατία ανέφερε στο αρθ.21 παρ.1:

«Η Τέχνη και η Επιστήμη και η διδασκαλία αυτών είναι ελεύθεροι, διατελούν δε υπό την προστασίαν του Κράτους, το οποίον συμμετέχει εις την επιμέλειαν και εξάπλωσιν αυτών».

Το Σύνταγμα του 1952 παρέλειψε κάθε σχετική αναφορά με την ελευθερία της Τέχνης και θεωρήθηκε ότι η Τέχνη προστατεύεται μέσω του αρθ.14 όπου κατοχυρώνεται η ελευθερία της γνώμης (αρθ.14 Συντάγματος 1952: «Έκαστος δύναται να δημοσιεύει προφορικώς και δια του Τύπου τους στοχασμούς του, τηρών τους νόμους του Κράτους»). Ο Μιχ. Στασινόπουλος στο άρθρο του περί της Ακαδημαϊκής ελευθερίας συγκρίνοντας τις διατάξεις του αρθ.21 του Συντάγματος 1927 και του αρθ.14 του Συντάγματος του 1952 έχει να παρατηρήσει τα ακόλουθα: «Το μεν αρθ.14 προστατεύει τον πολίτη μόνο έναντι της αστυνομίας ή της Εκτελεστικής Εξουσίας, ήτις δεν δύναται να ενοχλήση ή να περιορίση τον πολίτην κατά μέτρο υπερβαίνον το καθοριζόμενο υπό του νόμου (και το οποίο είναι αύτη η τήρησις των νόμων του κράτους), το αρθ.21 προστάτευε τον επιστήμονα, τον καλλιτέχνη και τον ακαδημαϊκό διδάσκαλο ου μόνον έναντι της αστυνομικής επεμβάσεως, αλλά και έναντι της νομοθετικής επεμβάσεως, διότι απηγόρευε και την δια νόμου επιβολήν περιορισμών ή μέτρων άτινα θα περιέκοπτον κατ' ουσίαν το περιεχόμενον της ελευθερίας περί την καλλιέργειαν και την διδασκαλίαν της επιστήμης και της τέχνης».

Η επόμενη κατοχύρωση αυτής της ελευθερίας βρίσκεται στο Σύνταγμα του 1975 και στο αρθ.16 παρ.1 όπως ισχύει αναλλοίωτο και μετά τις δύο αναθεωρήσεις του 1986 και του 2001. Έτσι κατά το άρθρο αυτό:



«Η τέχνη και η επιστήμη, η έρευνα και η διδασκαλία είναι ελεύθερες, ενώ η ανάπτυξη και η προαγωγή αυτών αποτελούν υποχρέωση του Κράτους. Η ακαδημαϊκή ελευθερία και η ελευθερία της διδασκαλίας δεν απαλλάσσουν απ' το καθήκον υπακοής στο Σύνταγμα».

Και οι δύο διατάξεις, τόσο αυτή του αρθ.21 Συντ. 1927 και αυτή του αρθ.16 παρ.1 Συντ. 1975, έλκουν την καταγωγή τους από γερμανικά Συντάγματα. Το μεν πρώτο απ' τη διάταξη του αρθ.142 του Συντάγματος της Βαϊμάρης (1919), το δε δεύτερο από το αρθ.5 εδ.3 του Θεμελιώδους Νόμου (Grundgesetz) της Βόννης του 1949 έστω και με ορισμένες τροποποιήσεις. Αναλυτικότερα το αρθ.142 όριζε ότι:

«Η Τέχνη, η Επιστήμη και η διδασκαλία τους είναι ελεύθερη. Το Κράτος τους παρέχει προστασία και συμμετέχει στην καλλιέργειά τους».

Το αρθ.5 εδ.3 ορίζει ότι:

«Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung» ( Η τέχνη και η επιστήμη, η έρευνα και η διδασκαλία είναι ελεύθερες. Η ελευθερία της διδασκαλίας δεν αποδεσμεύει απ' την πίστη στο Σύνταγμα).

Αξίζει να σημειωθεί ότι η ελευθερία της Τέχνης κατοχυρώνεται από το Σύνταγμα της Βαϊμάρης κατ' αναλογία προς το αρθ.152 του Συντάγματος της Φραγκφούρτης 1849, όπου όμως κατοχυρωνόταν μόνο η ελευθερία της Επιστήμης και της Διδασκαλίας.

Οι προαναφερθείσες διαφοροποιήσεις μεταξύ του αρθ.16 παρ.1 εδ.α' του ελληνικού Συντάγματος του 1975 με αυτό του αρθ.5 εδ.3 του γερμανικού Θεμελιώδους Νόμου βρίσκονται στα ακόλουθα σημεία:

- i. Στην προσθήκη της φράσης «η ανάπτυξη και η προαγωγή τους αποτελούν υποχρέωση του Κράτους»
- ii. Στην αναφορά στο εδ.β' του αρθ.16 της φράσης «ακαδημαϊκή ελευθερία» πλάι στην ελευθερία της διδασκαλίας.

Όπως ορθά παρατηρείται\* είτε έχουν όπως το πρώτο μικρή πρακτική σημασία είτε δημιουργούν όπως το δεύτερο ερμηνευτικές δυσχέρειες. Άξιο σχολιασμού είναι ίσως το τρίτο σημείο διαφοράς όπου το ελληνικό Σύνταγμα παρεκκλίνει του γερμανικού Θεμελιώδους Νόμου αντικαθιστώντας την απαιτούμενη πίστη στο Σύνταγμα με το καθήκον υπακοής σε αυτό. Μια ενδιαφέρουσα αιτιολογία αυτής της διαφοροποίησης εκφράζει το ακόλουθο απόσπασμα από την ομιλία του Ε. Παπανούτσου κατά τη συνεδρίαση της Βουλής επί των συζητήσεων για το Σύνταγμα του 1975 όπου αναφέρει: «Θα έλεγα επίσης να τεθή αντί της πίστεως (Treue) η λέξις υπακοή διότι - θα συμφωνήσουν και οι νομικοί - το πίστεως πάει πιο βαθιά και δεν μπορούμε να ελέγξωμεν τα άδυτα της ανθρωπίνης ψυχής. Την υπακοήν εις το Σύνταγμα θα απαιτήσωμεν, όπως λέγει και ο όρκος μας».

Και αν οι διατάξεις των ημετέρων Συνταγμάτων ουσιαστικά αντιγράφουν τα γερμανικά τα οποία έχουν ως πρότυπα, τα γερμανικά Συντάγματα εκφράζουν το πνεύμα της εποχής και της κοινωνίας της οποίας τις ανάγκες και απαιτήσεις κλήθηκαν να ρυθμίσουν. Έτσι το Σύνταγμα της Βαϊμάρης έπρεπε να οργανώσει μια νεοσύστατη Δημοκρατία, η οποία είχε

αναδυθεί μέσα από έναν πόλεμο που χάθηκε. Μαζί με την πτώση του γοήτρου του γερμανικού στρατού και την παράλυση του συστήματος του «Σιδερένιου Καγκελάριου» Otto von Bismarck η ήττα στον Α' Παγκόσμιο Πόλεμο συνεπέφερε και την πτώση της πρωσικής μοναρχίας, μιας δυναστείας, τα μέλη της οποίας, αν και οπαδοί της «πεφωτισμένης δεσποτείας», ήταν αντίθετα σε οποιαδήποτε νέα ιδεολογικά ρεύματα τα οποία διώκονταν και ποινικά. Το Σύνταγμα της Βαϊμάρης εκαλείτο να θέσει τέρμα και να κατοχυρώσει ελευθερίες που για πολλές δεκαετίες τελούσαν υπό καθεστώς λογοκρισίας τόσο σε κρατικό όσο και σε θρησκευτικό επίπεδο. Επίσης και GG της Βόννης, όσον αφορά τουλάχιστον στην ελευθερία της τέχνης, είχε να αποκαταστήσει στα μάτια όλου του κόσμου τα ιδεώδη του ανθρωπισμού και της ελευθερίας, όπως αυτά είχαν αμαυρωθεί από τις γνωστή «Εκθέσεις Εκφυλισμένης Τέχνης» του Μονάχου στα 1938, απ' όπου παρέλασαν όλα τα ονόματα της γερμανικής avant-garde της εποχής και ορόσημα της διεθνούς ζωγραφικής και γλυπτικής, όπως π.χ.: Klee, Kokoschka, Marc, Nolde και άλλοι.

Ανάλογη βαρύτητα αποκτά αν ιδωθεί έτσι και η διάταξη του αρθ.33 του ιταλικού Συντάγματος 1948 αφού και εδώ η Εθνοσυνέλευση είχε να γκρεμίσει τη σχέση μεταξύ του καθοδηγούμενου απ' το Φασισμό ρεύματος του Φουτουρισμού, όπως είχε προκύψει απ' τη συνεργασία του ηγέτη και θεμελιωτή του συγκεκριμένου ρεύματος Marinetti με τον B. Mussolini. Έτσι το αρθ.33 του ιταλικού Συντάγματος 1948 ορίζει ότι:

«Η Τέχνη η Επιστήμη και η διδασκαλία αυτών είναι ελεύθερη».

Ανάλογη ρύθμιση περιέχουν και άλλα Συντάγματα με μικρότερες ή μεγαλύτερες διαφοροποιήσεις όπως π.χ.: το ισπανικό Σύνταγμα του 1978 όπου αναφέρεται στο αρθ.20 παρ.1 εδ.β' :

«Αναγνωρίζονται και προστατεύονται τα δικαιώματα της φιλολογικής, καλλιτεχνικής, επιστημονικής παραγωγής και δημιουργίας», το Σύνταγμα της γιουγκοσλαβικής Δημοκρατίας του 1963 όπως στο αρθ.45 κατοχυρώνεται η ελευθερία της επιστημονικής και καλλιτεχνικής δημιουργίας. Στο Σύνταγμα των Η.Π.Α. η προστασία της ελευθερίας της τέχνης παρέχεται μέσω της συνταγματικά κατοχυρωμένης ελευθερίας της έκφρασης (freedom of expression), ενώ το Κράτος δεσμεύεται και να την προάγει (αρθ.1 παρ.8 εδ.8 Συντάγματος Η.Π.Α.).

Εντύπωση προξενεί η παντελής έλλειψη κατοχύρωσης του περί ου ο λόγος δικαιώματος στην πατρίδα της κατοχύρωσης των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, την Γαλλία, όπου όμως αυτή η έλλειψη αντικαθίσταται από ένα πλέγμα προστατευτικών διατάξεων της ελευθερίας της Τέχνης οι οποίες απαντώνται σε διάφορα νομοθετικά κείμενα, όπως π.χ. η διάταξη περί απαγόρευσης της λογοκρισίας για το θέατρο ήδη από το 1906. Με νόμο του 1975 η Επιτροπή Ελέγχου Κινηματογράφου, η οποία μέχρι τότε είχε ως καθήκον να προστατεύει τις κοινωνικές αξίες, την τάξη και το ηθικό των ενόπλων δυνάμεων, περιορίζεται στο πλαίσιο του προληπτικού ελέγχου που ασκεί μόνο υπέρ της προστασίας της ανήλικης νεότητας.

Εν συνεχεία αξίζει να παρατεθούν ενδεικτικά αποσπάσματα από τα Συντάγματα της Ε.Σ.Σ.Δ. και της Λαϊκής Δημοκρατίας της Κίνας, από χώρες

δηλαδή του λεγόμενου υπαρκτού σοσιαλισμού. Στη δομή του μαρξισμού τα ατομικά δικαιώματα δεν έχουν την κεντρική θέση που τους ανήκει εξ' ορισμού στον φιλελευθερισμό. Ο μαρξισμός δίνει τη θέση της ιδιωτικής πρωτοβουλίας στον κρατικό προγραμματισμό, την θέση της ιδιωτικής ιδιοκτησίας στην κρατική ιδιοκτησία των μέσων παραγωγής. Τα ατομικά δικαιώματα κοινωνικοποιούνται και μέχρι την ολοκλήρωση του κομμουνισμού και τη συνακόλουθη κατάργηση του κράτους, επιβάλλεται η δικτατορία του προλεταριάτου που εξ' ορισμού σημαίνει την άρση των αστικών ατομικιστικών δικαιωμάτων. Έτσι, στα αρθ.47 του Συντάγματος των Σοβιετικών Δημοκρατιών αναφέρονται τα κάτωθι:

«Στους πολίτες της Ε.Σ.Σ.Δ. εξασφαλίζεται σύμφωνα με τους στόχους της οικοδόμησης του κομμουνισμού η ελευθερία της επιστημονικής, της τεχνικής και της καλλιτεχνικής δημιουργίας. Αυτή κατοχυρώνεται με την πλατιά ανάπτυξη των επιστημονικών ερευνών, με την ενίσχυση της δραστηριότητας των εφευρετών και βελτιωτών της παραγωγής, με την ανάπτυξη της λογοτεχνίας και της τέχνης. Το κράτος δημιουργεί τις απαραίτητες για αυτό υλικές προϋποθέσεις, βοηθάει τους ερασιτεχνικούς συλλόγους και τις ενώσεις λογοτεχνών και καλλιτεχνών, οργανώνει την εισαγωγή των εφευρέσεων και τον προτάσεων ορθολογικής οργάνωσης στη λαϊκή οικονομία και στους άλλους τομείς της ζωής.»

Στο ίδιο πλαίσιο κινείται και το αρθ.12 του Συντάγματος της Λαϊκής Δημοκρατίας της Κίνας:

«Η μόρφωση και η παιδεία, η λογοτεχνία και η τέχνη, αθλητισμός και η δημόσια υγιεινή, η επιστημονική έρευνα, οφείλουν να υπηρετούν την προλεταριακή πολιτική, τους εργάτες, αγρότες και στρατιώτες και να συντονίζονται με την παραγωγική εργασία.»

Τέλος σε διακρατικό επίπεδο η ελευθερία της Τέχνης καλύπτεται τόσο από το αρθ.27 της Οικουμενικής Διακήρυξης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου όσο και από το αρθ.15 του Διεθνούς Συμφώνου της 19.12.1966 περί οικονομικών, κοινωνικών και μορφωτικών δικαιωμάτων όπως ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με τον ν.1532/1985 όπου αναφέρονται τα εξής:

«1. Τα συμβαλλόμενα κράτη αναγνωρίζουν σε όλους το δικαίωμα:

- a) Συμμετοχή στη επιμορφωτική ζωή.
- b) Να ωφελούνται από την επιστημονική πρόοδο και τις εφαρμογές της.
- c) Να ωφελούνται από την προστασία των ηθικών και υλικών συμφερόντων τα οποία προκύπτουν από κάθε επιστημονικό, φιλολογικό ή καλλιτεχνικό έργο τους.

2. Τα μέτρα που θα λάβουν τα συμβαλλόμενα κράτη για την εξασφάλιση της πλήρους άσκησης του δικαιώματος αυτού πρέπει να περιλαμβάνουν τα απαιτούμενα για την εξασφάλιση της συντήρησης, της ανάπτυξης και της μετάδοσης της επιστήμης και της μόρφωσης.

3. Τα συμβαλλόμενα κράτη αναλαμβάνουν την υποχρέωση να σεβαστούν την απαραίτητη ελευθερία στις επιστημονικές έρευνες και δημιουργικές δραστηριότητες.»

Επίσης στο αρθ.10 της Ε.Σ.Δ.Α. κατοχυρώνεται η ελευθερία της έκφρασης όπου όπως κρίθηκε απ' το Ευρ.Δ.Δ.Α. στην υπόθεση Nageli περιλαμβάνει και την ελευθερία της τέχνης.

## Μια προσπάθεια ορισμού της Τέχνης

Πριν ξεκινήσουμε να αναλύουμε τα επιμέρους χαρακτηριστικά της ελευθερίας της Τέχνης, την έκταση εφαρμογής του δικαιώματος, τη συνταγματική προστασία και τα όρια αυτής που απολαμβάνει απαραίτητο είναι να οριστεί η έννοια γένους· η Τέχνη. Και αν και θα φανεί οξύμωρο καλό είναι να γίνει κατανοητό ότι κανένας ορισμός για την Τέχνη δεν μπορεί να γίνει απολύτως αποδεκτός ή να θεωρηθεί πλήρης. Ορισμοί βέβαια υπάρχουν πολλοί, δύσκολα όμως μπορεί να χρησιμοποιηθούν από έναν νομικό. Έτσι ο **F. Nietzsche** στο βιβλίο του «Η Γένεση της Τραγωδίας» ορίζει την Τέχνη ως «οριστική αποδοχή, ευλογία και θεοποίηση της ανθρώπινης ύπαρξης· ξελογιάστρα και ελιξίριο ζωής». Ο **K. Μαρξ** διακήρυξε ότι το κάθε τι μπορεί να είναι τέχνη και ο καθένας μας καλλιτέχνης ενώ σύμφωνα με το «Μανιφέστο του Σουρεαλισμού» που συνέταξε ο **A. Breton**: «Σουρεαλισμός είναι το να ζει κανείς». Ο **Picasso** όταν ρωτήθηκε τι είναι τέχνη απάντησε ότι δεν γνωρίζει και αν το γνώριζε θα το κρατούσε μυστικό.

Είναι εύληπτο λοιπόν ότι τέτοιοι ορισμοί πολύ δύσκολα θα βοηθήσουν έναν νομικό. Η αδυναμία άλλωστε ορισμού της Τέχνης από το Δίκαιον είναι απόλυτα χαρακτηριστική της φυσικής εχθρότητας στην οποία διατελούν Δίκαιο και Τέχνη<sup>1</sup>. Από τη φύση της η Τέχνη είναι εχθρική προς ο,τι δύσκαμπτο και προορισμένο να διαρκέσει, κάτι στο οποίο αναμφισβήτητα αποσκοπεί το δίκαιο. Ο τίτλος ενός βιβλίου αποδίδει πολύ γλαφυρά την ανασφάλεια γύρω αυτό το θέμα: A. Mäckler: «Τι είναι Τέχνη; 1080 ορισμοί δίνουν 1080 απαντήσεις». Το πρόβλημα έγκειται στο ότι κάθε ορισμός της Τέχνης ενδέχεται να περιέχει αξιολογήσεις και να τοποθετεί εκτός του προστατευτικού πεδίου του αρθ.16 φαινόμενα, σύμβολα και αντικείμενα για τα οποία οι δημιουργοί τους διατείνονται ότι συνιστούν Τέχνη. Τίθεται λοιπόν το ερώτημα αν μπορεί και αν πρέπει να ορίσουμε εκείνη την Τέχνη που δικαιούται συνταγματικής προστασίας<sup>2</sup>. Είναι βέβαια αυτονόητο ότι πρέπει να οριστεί αφού αλλιώς δεν θα μπορούσε και να προστατευτεί.

Κατ' αρχήν θα πρέπει να αποφευχθούν γενικόλογοι ορισμοί όπως «Ως τέχνη νοείται κάθε δημιουργική έκφραση της ανθρώπινης φαντασίας<sup>3</sup>». Επίσης λάθος είναι και η θέση ότι ως έργο τέχνης ή επιστήμης οφείλει να θεωρηθεί κατ' αρχήν οτιδήποτε ο ίδιος ο καλλιτέχνης, ο ίδιο ο δημιουργός του θεωρεί ως τέτοιο<sup>4</sup>.

- 
1. Θέση του G. Radbruch που αναφέρει ο Γ. Θεοδόσης: «Η ελευθερία της Τέχνης», σελ.11
  2. Β. Σκουρής: «Μια ελευθερία υπό τον άμεσο έλεγχο του Κράτους», ΕΕΕυρΔ 1989, σελ.193
  3. Β. Σκουρής / Κ. Ιωάννου: «Η ελευθερία της διαφήμισης», 1996, σελ.31
  4. Κ. Χ. Χρυσόγονος: «Ατομικά και Κοινωνικά δικαιώματα», 2002, σελ.306

Αυτό γιατί ελλοχεύει ο κίνδυνος της υπέρμετρης επέκτασης του πεδίου εφαρμογής του αρθ.16 παρ.1 και της συνεπακόλουθης απώλειας του κανονιστικού του περιεχομένου αφού ο καθένας θα μπορούσε να υποστηρίξει ότι κάνει Τέχνη. Από τους υποστηρικτές κιόλας αυτής της θεωρίας ο κίνδυνος αυτός αναγνωρίζεται αμέσως και εισάγεται η ασφαλιστική δικλείδα της μη προφανούς αντίθεσης μεταξύ των απόψεων του δημιουργού και των κρατουσών κοινωνικών αντιλήψεων.

Δεν μπορεί επίσης να ανατεθεί ο ορισμός της Τέχνης σε τρίτους είτε αυτά είναι το κοινό, είτε είναι όργανα της Διοίκησης, είτε εμπειρογνώμονες κριτικοί τέχνης<sup>1</sup>. και ας έχουν την κατάλληλη προπαίδεια, αφού μπορεί να εκκινούνται μεροληπτικά και, γιατί όχι, συντεχνιακά. Αξίζει εδώ να δοθεί ένα ιστορικό παράδειγμα. Στην Έκθεση του Φθινοπώρου του 1905 στο Παρίσι όπου για πρώτη φορά εκτέθηκαν στο ευρύ κοινό έργα των Matisse, Moreau, Vlaminck και άλλων η Γερτρούδη Στάιν, γνωστή κριτικός και λογοτέχνης της εποχής, αναφέρει ότι «ένα πλήθος από θεατές μπροστά σε έναν πίνακα του Matisse φώναζε, γελούσε, έβριζε και γρατσούνιζε το χρώμα». Στην ίδια έκθεση ένας άλλος κριτικός τέχνης έδωσε το όνομα σε αυτό το κίνημα με αυτόν τον τρόπο: Βλέποντας ένα γλυπτό, κατά μίμηση φλωρεντινής τεχνοτροπίας, που παρίστανε ένα παιδί μεταξύ των πινάκων του Matisse και των υπολοίπων αναφώνησε κοροϊδευτικά: «-Donatello chez les fauves (ο Ντονατέλο ανάμεσα στα θηρία<sup>2</sup>)». Έτσι πήραν το όνομα τους οι Φωβιστές ενώ κάτι ανάλογο είχε ήδη γίνει και θα γινόταν πάλι, και μάλιστα εκ στόματος του ίδιου κριτικού, με τους Ιμπρεσιονιστές και Κυβιστές αντίστοιχα. Άλλωστε το αν θα κρίνουν οι ειδικοί απλά μεταθέτει το βάρος της κρίσης. Μπορεί βέβαια να γίνει δεκτό ότι η κρίση αυτή των ειδικών δεν θα είναι δεσμευτική για το δικαστή και τη Διοίκηση<sup>3</sup>.

Ομόφωνα δεκτή από τη θεωρία γίνεται η άποψη ότι η αξιολόγηση του τι είναι Τέχνη από όργανα της Διοίκησης ενέχει τον κίνδυνο δημιουργίας μιας κρατικής Τέχνης, προσκρούοντας στο αμυντικό περιεχόμενο του δικαιώματος πράγμα που παραπέμπει σε ολοκληρωτικά και όχι δημοκρατικά καθεστώτα. Εκμηδενίζεται έτσι η εγγυητική λειτουργία του δικαιώματος μόνο σε ότι είναι αρεστό στην εξουσία. Την θεωρία της «Τριταναγνωρίσεως» (Drittanererkennung) όμως πρεσβεύει το Συνταγματικό Δικαστήριο της Ομοσπ. Δημ. της Γερμανίας σε μία πλειάδα αποφάσεών του (ενδεικτικά απόφαση Mephisto 30 BVerfG173, 1971).

Η Τέχνη άλλωστε σήμερα δεν μπορεί να συνδεθεί ούτε με εξωτερικές φόρμες, ούτε και με τα αισθητικά κριτήρια μιας περασμένης αισθητικής έτσι

- 
1. Αυτήν την άποψη υποστηρίζει ο Π. Δ. Δαγτόγλου: «Ατομικά δικαιώματα», Α', 1991, σελ.656
  2. Χ. Χρήστου: «Η ζωγραφική του 20<sup>ου</sup> αι.», 1991, σελ.32-33
  3. Κ. Βλαχόπουλος: «Η ελευθερία της Τέχνης. Τα όρια ενός ανεπιφύλακτου δικαιώματος», ΔτΑ, 1999, σελ.79

ώστε να μιλάμε για έργο τέχνης όταν «προκαλεί αισθητική τινά συγκίνηση ή απόλαυση, αφυπνίζει πλούσια και λεπτά αισθήματα και αποβλέπει στην ηθικοποίηση του ανθρώπου (ΕφΘεσ 1178/1972, Ποιν. Χρ. 1972, σελ. 796 επ.). Η εν λόγω συνταγματική διάταξη άλλωστε δεν προστατεύει το «ποιοτικό καλλιτεχνικό έργο» αλλά την ελευθερία της καλλιτεχνικής έκφρασης ανεξάρτητα από το αποτέλεσμα της. Πρωτεύον χαρακτηριστικό της Τέχνης είναι να σοκάρει, να τραβάει τα πράγματα στα άκρα. Αν δεν ήταν έτσι θα είχαμε να κάνουμε με εισαγωγή αξιολογικών κριτηρίων που θα συνιστούσαν αμφίβολης συνταγματικότητας οριοθετήσεις του Δικαιώματος. Σκοπός της διάταξης του αρθ.16 παρ.1 είναι να κατοχυρώσει την ανεμπόδιστη καλλιτεχνική έκφραση και όχι να εισαγάγει μια προνομιακή μεταχείριση καλλιτεχνικών έργων υψηλού επιπέδου. Θα ήταν άλλωστε άτοπο να υιοθετήσουμε ποιοτικά κριτήρια για τον ορισμό της Τέχνης τη στιγμή που ανάλογοι περιορισμοί δεν τίθενται για κανένα άλλο από τα ατομικά δικαιώματα που κατοχυρώνουν την εν γένει πνευματική ελευθερία.

Όσον αφορά δε στον ορισμό του ότι ως Τέχνη θα πρέπει να χαρακτηριστεί κάθε έργο που φέρει τα τυπικά γνωρίσματα ενός καλλιτεχνικού είδους εισάγοντας ως κριτήριο τη φόρμα θα πρέπει να θεωρηθεί και αυτός απορριπτέος. Αυτό γιατί δεν θα ενέπιπταν στην προστασία του αρθ.16 έργα που ανήκουν σε νέα καλλιτεχνικά είδη τα οποία δεν έχουν ακόμα αναγνωριστεί.

Κοινώς αποδεκτά όμως ως στοιχεία ενός έργου Τέχνης θεωρούνται άλλωστε τα ακόλουθα δύο: πρώτον, ότι η Τέχνη είναι προϊόν ελεύθερης δημιουργίας και έκφρασης της προσωπικότητας του καλλιτέχνη και δεύτερον, ότι αυτό το δημιούργημα σκοπεύει σε μία κοινωνία μεταξύ του καλλιτέχνη και του κοινού<sup>1</sup> Κατά μείζονα λόγο δεκτή γίνεται και η άποψη του Σ. Βλαχόπουλου ότι «Συνδυασμένη εφαρμογή των προεκτεθέντων ορισμών επιτρέπει στην κάθε συγκεκριμένη περίπτωση τη διαπίστωση αν το υπό κρίση έργο φέρει την καλλιτεχνική ιδιότητα ή όχι, μέθοδο που ακολούθησε και το Συντ. Δικαστήριο της Γερμανίας σε μια του απόφαση (67BVerfG,213 επ.).

Θα κλείσουμε το κεφάλαιο με τον ορισμό της καλλιτεχνικής δημιουργίας όπως δόθηκε απ' το ίδιο δικαστήριο στην πολύκροτη απόφαση Mephisto. Παρ' ότι πιο πάνω στο κείμενο της απόφασης αναφέρεται ότι έργο τέχνης τυγχάνον νομικής προστασίας δεν μπορεί να θεωρηθεί όποιο προβάλλεται ως τέτοιο, αλλά μόνο το δυνάμενο να υψωθεί μέχρι ενός ελαχίστου ορίου καλλιτεχνικής στάθμης Der ein bestimmtes Niveau, eine bestimmte Werthöhe voraussetzt) καταλήγει λέγοντας ότι:

---

1. Δ. Κόρσος: «Η ελευθερία της Τέχνης, της επιστημονικής ερεύνης και της διδασκαλίας κατά το Σχέδιον του νέου Συντάγματος», ΕπιθΔημΔιοικΔικ 1975, σελ.120, Δ. Σιδέρης: «Άσεμνα θεάματα και κινηματογράφος»,Αρμ. 1984, σελ.103, Μ. Ανδρουλάκης: «Άσεμνο και Ποινή σήμερα», Ποιν. Χρ. ΛΓ', σελ.209 επ., Γ. Θεοδόσης, οπ.παρ. σελ. 26-27

«Η καλλιτεχνική δημιουργία αποτελεί συνδυασμό συνειδητών και ασυνειδητών εντυπώσεων που λογικά δεν μπορούν να διαχωριστούν. Στη διαδικασία δε της καλλιτεχνικής επικοινωνίας επενεργούν στον ίδιο βαθμό προαίσθηση, φαντασία και καλλιτεχνική αντίληψη. Η καλλιτεχνική δημιουργία δεν είναι μόνο στοχασμός αλλά και έκφραση της ατομικής προσωπικότητας του καλλιτέχνη. Μέσω αυτής συντελείται μια ιδιαίτερη μορφή διαπροσωπικής επικοινωνίας... Κάθε καλλιτέχνης εκφράζεται προσωπικά με το έργο που απευθύνει στο κοινό επιδιώκοντας να το επηρεάσει».

## Έκταση εφαρμογής του αρθ.16 παρ.1 του Συντάγματος

### 1. Οι προστατευόμενες πράξεις

Η τέχνη μαζί με την επιστήμη αποτελούν δύο εκ των βασικότερων εκφάνσεων της ανθρώπινης πνευματικής δημιουργίας. Η τέχνη προστατεύεται ανεξάρτητα από τον τρόπο έκφρασής της, εμπίπτοντας έτσι στο περιεχόμενο του αρθ.16 παρ.1 τόσο οι εικαστικές τέχνες, όσο και η μουσική, η λογοτεχνία κ.α. Ο καλλιτεχνικός χώρος κατέχει σημαντικό τμήμα της γενικότερης πνευματικής ζωής του ανθρώπου. Ζήτημα αναφύεται εκ της διατάξεως 15 παρ.1 του Συντάγματος κατά το οποίο «Οι προστατευτικές για τον Τύπο διατάξεις του προηγούμενου άρθρου δεν εφαρμόζονται για τον κινηματογράφο, την φωνογραφία, τη ραδιοφωνία, την τηλεόραση και για κάθε άλλο παρεμφερές μέσο μετάδοσης λόγου ή παράστασης». Το αν μπορεί να βρεθεί σεβαστή δικαιολογία για έναν τέτοιο περιορισμό των οπτικοακουστικών μέσων έτσι ώστε να στερούνται της συνταγματικής προστασίας του Τύπου και να υφίστανται υπό καθεστώς κρατικής λογοκρισίας και προληπτικού ή κατασταλτικού ελέγχου είναι κάτι το οποίο θα μας απασχολήσει στο οικείο κεφάλαιο. Εδώ θα ασχοληθούμε με τη συστηματική ένταξη του δικαιώματος της κινηματογραφίας και της φωνογραφίας. Εμπίπτουν στο ρυθμιστικό περιεχόμενο των περί ελευθερίας του Τύπου και ελευθερίας της γνώμης διατάξεων, ή προστατεύονται ως καλλιτεχνικά δημιουργήματα απ' το αρθ.16 παρ.1;

Κατά μια ακραία άποψη<sup>1</sup> θα πρέπει να γίνει διαχωρισμός και να δεχθούμε, είτε ότι η ελευθερία της τέχνης και επικουρικά η ελευθερία της γνώμης απολαμβάνουν πλήρους προστασίας χωρίς να ενδιαφέρει το μέσο, είτε όχι. Αν γίνει δεκτό το πρώτο τότε, τόσο η κινηματογραφία, όσο και η φωνογραφία, εμπίπτουν στο προστατευτικό περιεχόμενο του αρθ.16 ως ειδικότερων μορφών καλλιτεχνικής έκφρασης. Αν γίνει δεκτό το δεύτερο τότε, δεν υπάρχει καμία τέτοια προστασία της κινηματογραφίας κτλ, ούτε εκ μέρους της ελευθερίας της τέχνης, ούτε συνεπικουρικά της ελευθερίας της γνώμης. Ο ίδιο συγγραφέας θεωρεί ότι δεκτή πρέπει να γίνει η πρώτη άποψη. Κατά την κρατούσα<sup>1</sup>, και σύμφωνα με τη γνώμη γράφοντος, ορθότερη άποψη, ο διαχωρισμός που οφείλει να γίνει αφορά στο περιεχόμενο του οπτικοακουστικού μέσου. Έτσι, στο μέτρο που στη συγκεκριμένη περίπτωση εκφράζεται τέχνη ή επιστήμη, ορθό είναι, να εφαρμόζεται πλήρως η

---

1. Β. Σκουρή: οπ.πάρ. σελ. 193



κατοχύρωση της ελευθερίας της τέχνης και επιστήμης, ενώ αν έχει ενημερωτικό χαρακτήρα, όπως π.χ. η ταινία – ντοκιμαντέρ του Μ. Moore «Fahrenheit 9/11», να χαιρεί της προστασίας των περι Τύπου διατάξεων.

#### *i. Ελευθερία καλλιτεχνικής συνείδησης*

Αναλογικά με την ελευθερία των ιδεών, έτσι και εδώ η ελευθερία της καλλιτεχνικής έκφρασης, εξ επόψεως εξωτερικής εμφάνισης, διακρίνεται σε ελευθερία συνείδησης (εσωτερική εμφάνιση) και ελευθερία έκφρασης (εξωτερική εμφάνιση). Η καλλιτεχνική συνείδηση είναι εκείνη που δεν έχει εκφραστεί και ανήκει στον ενδιάθετο, εσωτερικό κόσμο του ανθρώπου. Τούδ' ένεκα, ως μη εκδηλωθείσα, είναι και ανεξακρίβωτη. Η ελευθερία της καλλιτεχνικής συνείδησης προστατεύεται εμμέσως από το Σύνταγμα μέσω της προστασίας του καλλιτεχνικού έργου, *conditio sine qua non* της δημιουργίας του οποίου είναι η ελευθερία δημιουργίας καλλιτεχνικού πιστεύω<sup>2</sup>. Η ελευθερία της καλλιτεχνικής συνείδησης αποτελεί ιδιαίτερη έκφανση της ελευθερίας των ιδεών, την οποία το Σύνταγμα κατοχυρώνει ως αντικειμενική αρχή με ιδιαίτερα μεγάλη σημασία για όλο το δικαιοπολιτικό σύστημα. Απ' αυτήν την αντικειμενική αρχή απορρέει η υποκειμενική ελευθερία του εκάστοτε φορέα του δικαιώματος να σχηματίσει ο ίδιος καλλιτεχνική πεποίθηση. Η ελευθερία της καλλιτεχνικής συνείδησης αναλύεται ιδιαίτερα από δύο μερικότερες ελευθερίες, την ελευθερία της έκφρασης και την ελευθερία διάδοσης του καλλιτεχνικού έργου.

#### *ii. Ελευθερία έκφρασης καλλιτεχνικής συνείδησης*

Εν αντιθέσει με την ελευθερία καλλιτεχνικής συνείδησης, η έκφραση της καλλιτεχνικής ελευθερίας αποτελεί, την εξωτερική εμφάνιση του δικαιώματος καλλιτεχνικής έκφρασης. Η ελευθερία παραγωγής έργων τέχνης είναι ασυμβίβαστη με οποιοδήποτε προληπτικό μέτρο, με οποιαδήποτε επαγγελματική άδεια ή ιδιότητα μέλους, ή τυπικά προσόντα που απαιτούνται ως προϋπόθεση καλλιτεχνικής δραστηριότητας εν γένει ή επί αναλήψεως παραγγελίας έργου τέχνης. Επομένως το αρθ.9 παρ.1 του ν.1218/1981 «Περί επιμελητηρίου εικαστικών τεχνών Ελλάδας» αντίκειται στο αρθ.16 παρ.1 και είναι ανίσχυρο. Σύμφωνα με το πρώτο, «μόνο τακτικά μέλη του επιμελητηρίου δύνανται να αναλαμβάνουν και να εκτελούν παραγγελίες έργων ζωγραφικής, γλυπτικής, χαρακτηριστικής και διακοσμητικής δια λογαριασμόν: α) κρατικών υπηρεσιών, β) οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης των ενώσεων και ιδρυμάτων αυτών, γ) κοινωφελών ιδρυμάτων και ΝΠΔΔ, δ) ερανικών επιτροπών, ε) οργανισμών κοινής ωφελείας, στ) ιερών ναών, ζ) νεκροταφείων».

---

1. Π. Δ. Δαγτόγλου: οπ.πάρ. σελ. 540

2. Ανδρ. Δημητρόπουλος: «Συνταγματικά Δικαιώματα», 2004, σελ.160 σελ.175 επ.

Η ΣτΕ 2112/1984<sup>1</sup> θεώρησε τη διάταξη αυτή ως αντισυνταγματική μεν, αλλά ως αντιβαίνουσα την ελευθερία της εργασίας και όχι την ελευθερία της τέχνης. Η ελευθερία της καλλιτεχνικής εργασίας είναι όμως ειδικότερη της ελευθερίας της εργασίας, εν γένει, και επομένως η εφαρμογή του αρθ.16 κατ' αρχήν προηγείται. Σωστή ήταν μεν κατά το διατακτικό της η απόφαση, λάθος δε κατά το αιτιολογικό. Ορθότερη θα ήταν η επίκληση και εφαρμογή του αρθ.5 παρ.1 Συντ αντί του αρθ.22 παρ.1 Συντ.

Η ελευθερία επίσης καλλιτεχνικής δημιουργίας σε μία φιλελεύθερη και ανοιχτή δημοκρατία δεν υποκύπτει σε κανενός είδους λογοκρισία ή κρατικό έλεγχο άσχετα αν είναι αυτός προληπτικός ή κατασταλτικός. Η λογοκρισία και κάθε προληπτικό μέτρο καταργήθηκαν από την έναρξη ισχύος του ν.δ.1108/1942 και τον ν.1597/1986 «Περί προστασίας και ανάπτυξης της κινηματογραφικής τέχνης, ενίσχυση της ελληνικής κινηματογραφίας και άλλες διατάξεις». Το αρθ.2 αναφέρει ότι «Η κινηματογραφική τέχνη είναι ελεύθερη σύμφωνα με το Σύνταγμα. Η λογοκρισία και κάθε προληπτικό μέτρο απαγορεύονται<sup>2</sup>». Σύμφωνα με το αρθ.8 παρ.4 του προϊσχύσαντος αυτού κατοχικού ν.1108/1941, κάθε ελληνική ταινία υπόκειτο σε προληπτικό έλεγχο πριν την παραγωγή της και κάθε ξένη ταινία σε προληπτικό έλεγχο πριν την προβολή της. Τον προληπτικό αυτό έλεγχο ασκούσε μια επιτροπή την οποία συνέστηνε ο ίδιο νόμος και η οποία λειτουργούσε στο Υπουργείο Προεδρίας της Κυβερνήσεως. Οι αρμοδιότητες αυτής της επιτροπής ήταν να μπορεί να αλλάζει τίτλους, να αφαιρεί σκηνές και διαλόγους και να απαγορεύει την προβολή για λόγους ακόμα και δυσφημιστικούς για έθνος λόγους. Με τη θέση σε ισχύ του ν.1597/1986 καταργήθηκαν η λογοκρισία και ο προληπτικός έλεγχος κατ' εφαρμογήν του αρθ.15 παρ.1 του Συντάγματος έτσι ώστε να χωρεί πλέον κατασταλτικός έλεγχος μόνο μετά την προβολή τους εξομοιώνοντας έτσι τον κινηματογράφο με τον Τύπο<sup>3</sup>. Αντίστοιχα αντικαθίσταται η προηγούμενη επιτροπή από μια νέα η οποία όμως θα λειτουργεί στο Υπουργείο Πολιτισμού με σκοπό την κατάταξη των ταινιών σε τέσσερις ζώνες καταλληλότητας αποβλέποντας στην προστασία των ανηλίκων<sup>4</sup>.

### iii. *Ελευθερία διάδοσης καλλιτεχνικών ιδεών*

Εδώ ανήκει η ελευθερία κυκλοφορίας έργων τέχνης η οποία συμβαδίζει με την απόλαυση έργων τέχνης. Κατά άλλη διατύπωση η ελευθερία πρόσβασης του κοινού. Η ελευθερία της τέχνης είναι ελευθερία του καλλιτέχνη – δημιουργού αλλά και του φιλότεχνου κοινού. Άλλωστε η μη προστασία της διάδοσης της τέχνης θα αποτελούσε ανεπίτρεπτο περιορισμό της κανονιστικής εμβέλειας του

---

1. ΤοΣ, 1985, σελ 63 επ. «Μη πτυχιούχοι αγιογράφοι»

2. Γ. Μίντσης: «Γνωμοδοτήσεις για τις ισχύουσες περί κινηματογράφου διατάξεις», Αρμ. 1994, σελ. 639 επ.

3. Αρθ.2 παρ.3 ν.1597/1986

4. Αρθ.36 ν.1597/1986

ατομικού δικαιώματος. Αν εξάλλου υιοθετούσαμε την άποψη ότι το αρθ.16 παρ.1 προστατεύει μόνο τη δημιουργία του έργου τέχνης τότε η εν λόγω συνταγματική προστασία θα καθίστατο κενή περιεχομένου. Τούτο γιατί η κρατική εξουσία δεν έχει νόημα να εμποδίσει μια καλλιτεχνική δημιουργία η οποία παραμένει γνωστή μόνο στον καλλιτέχνη και σε κανέναν άλλον. Μια «άσεμνη», «αντιδημοκρατική», «βλάσφημη» τέχνη η οποία δεν γίνεται γνωστή στο κοινό είναι ακίνδυνη και ελάχιστα ενδιαφέρει την κρατική εξουσία η οποία ακριβώς μόνο όταν απαιτείται συνταγματική προστασία νομιμοποιείται να επέμβει περιοριστικά, σε περιπτώσεις δηλαδή ευρείας διάδοσης ενός καλλιτεχνικού έργου<sup>1</sup>.

Πέραν τούτου συχνά η δημιουργία και η διάδοση του καλλιτεχνικού έργου είναι απαραίτητο να συμβαίνουν την ίδια στιγμή όπως π.χ. σε περιπτώσεις όπου παράσταση δεν νοείται χωρίς τη συμμετοχή του κοινού, συναυλίες, διάφορα happenings, interactive shows, κλπ. Σε αυτές τις περιπτώσεις μια διάκριση μεταξύ δημιουργίας και διάδοσης ενός καλλιτεχνικού έργου καθίσταται εκ των πραγμάτων ανέφικτη αφού οι ερμηνευτές συγχρόνως δημιουργούν ενώ παράλληλα παρουσιάζουν και το δημιούργημά τους στο κοινό. Αντιβαίνει έτσι στην ελευθερία κυκλοφορίας έργων τέχνης κάθε απαγόρευση παρουσιάσής τους στο κοινό, ή απαίτηση της διοίκησης για παραχώρηση προηγούμενης άδειας για κάτι τέτοιο. Είναι όμως επιτρεπτό χωρίς να αντιβαίνει στην ελεύθερη και απεριόριστη άσκηση του δικαιώματος το να απαιτείται άδεια της διοίκησης για τη λειτουργία αιθουσών, θεατρικών και άλλων δημοσίων ακροαμάτων, όταν αυτή χορηγείται χάριν της ασφάλειας του κοινού<sup>2</sup> ή όταν η τέλεση μιας θεατρικής παράστασης ή η εγκατάσταση ενός θεάτρου η ενός χώρου συναυλιών θα γίνει σε κοινόχρηστους χώρους<sup>3</sup>. Δεν συνιστά επίσης περιορισμό του δικαιώματος η απαγόρευση της διαταραχής της κοινής ησυχίας κυρίως τη νύχτα και σε περιοχές κατοικιών ή νοσοκομείων ή όταν γίνεται για την προστασία της δημόσιας υγιεινής η οποία επίσης απολαμβάνει συνταγματικής προστασίας (αρθ.21 παρ.3 Συντ.).

Ο συντακτικός νομοθέτης δεν θέλησε να εξαιρέσει την τέχνη από την εφαρμογή εκείνων των νομοθετικών διατάξεων οι οποίες δεν σχετίζονται με το «επικίνδυνο» για την κρατική εξουσία περιεχόμενο του καλλιτεχνικού έργου. Δηλαδή, ο ιδιοκτήτης ενός θεάτρου δεν μπορεί να επικαλεστεί υπέρ αυτού το ατομικό δικαίωμα της ελευθερίας της τέχνης με σκοπό να αποφύγει την τήρηση των διατάξεων που αφορούν στην πυρασφάλεια και υγιεινή στους χώρους του θεάτρου. Επιπλέον, όσον αφορά στην πρόσβαση του κοινού στα έργα τέχνης, διακρίσεις βάση της ιθαγένειας, του φύλου, κλπ, προσκρούουν, τόσο στην συνταγματικά κατοχυρωμένη στην χώρα μας αρχή της ισότητας,

---

1. Σπ. Βλαχόπουλος, οπ.πάρ. σε. 86

2. Πρβλ. 419 ΠΚ

3. Αρθ.1, ν.δ.917/1971 «Περί εγκαταστάσεως δημοσίων εν γένει θεαμάτων σε κοινόχρηστους χώρους»

διάδοσης και κυκλοφορίας των έργων τέχνης βρίσκεται η συνταγματική θεμελίωση των δικαιωμάτων της πνευματικής ιδιοκτησίας και των συγγενικών όσο και στη συνθήκη των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων<sup>1</sup>. Τέλος στην ελευθερία δικαιωμάτων των εκτελεστών, ερμηνευτών, παραγωγών ραδιοφώνου κλπ. Χωρίς το σεβασμό και την προστασία αυτών των δικαιωμάτων, οι καλλιτέχνες (δημιουργοί, ερμηνευτές και παραγωγοί) θα στερούνταν των υλικών προϋποθέσεων της εργασίας τους.

## 2. Το περιεχόμενο του δικαιώματος

### i. *Το αμυντικό περιεχόμενο του δικαιώματος*

Το αμυντικό περιεχόμενο αποκρούει τις προσβολές των θεμελιωδών δικαιωμάτων που προέρχονται από επιθετικές ενέργειες άλλων ανθρώπων. Μαζί με το προστατευτικό περιεχόμενο συνεπάγεται τη διαφύλαξη του ανθρώπου από επιθετικές ενέργειες των συνανθρώπων του. Η πρώτη ιστορική μορφή εμφάνισης δικαιωμάτων με αμυντικό περιεχόμενο ήταν τα ατομικά δικαιώματα της Γαλλικής Επανάστασης όπως αυτά αποτυπώθηκαν στην Οικουμενική Διακήρυξη των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και του Πολίτη (1789). Τα ατομικά δικαιώματα είχαν αποκλειστικά αμυντικό χαρακτήρα. Σήμερα όμως αμυντικό περιεχόμενο δεν έχουν μόνο τα ατομικά δικαιώματα αλλά και τα κοινωνικά, και τα πολιτικά δικαιώματα<sup>2</sup>.

Ο όρος αμυντικό δικαίωμα άλλωστε εκφράζει μια συγκεκριμένη διάσταση του περιεχομένου τους. Ισχύει κατ' αρχήν *erga omnes*. Στρέφονται έτσι, τόσο κατά της κρατικής εξουσίας, όσο και κατά των ιδιωτών. Η αξίωση που απορρέει από αυτό είναι κυρίως αξίωση προς παράλειψη (*nec facere*). Απαιτείται το κράτος, αλλά και οι ιδιώτες, να μην ενεργήσουν. Έχουμε την άμυνα του ιδιώτη εναντίον κάθε μορφής επεκτατικής, παρεμβατικής δραστηριότητας. Η επιθετική συμπεριφορά βέβαια μπορεί να εκδηλώνεται και με παράλειψη, όπου τότε έχουμε αξίωση προς πράξη.

Με την αναγνώριση του αμυντικού περιεχομένου των θεμελιωδών δικαιωμάτων ανάγεται σε υπέρτατη συνταγματική αρχή ο σεβασμός της ανθρώπινης αξίας. Απορρίπτεται κάθε ολοκληρωτισμός και κατοχυρώνεται η δημοκρατία και το κράτος δικαίου. Η αμυντική διάσταση όλων των δικαιωμάτων διασφαλίζει ότι τα δικαιώματα αυτά δεν θα χρησιμοποιηθούν ως «εργαλεία» εξυπηρετώντας τους σκοπούς της εκάστοτε κυρίαρχης ιδεολογίας<sup>3</sup>. Έχουμε έτσι την απομάκρυνση από το φιλοσοφικό σύστημα του Ετατισμού, σύμφωνα με το οποίο, κάθε τι ήταν υποταγμένο στο βωμό μιας κυρίαρχης

---

1. Αρθ.7 Συνθ.ΕΟΚ κατά το οποίο «εντός του πεδίου εφαρμογής της παρούσης συνθήκης και με την επιφύλαξη ειδικών διατάξεών της, απαγορεύεται κάθε διάκριση λόγω ιθαγένειας»

2. Α. Δημητρόπουλος, οπ.πάρ. σελ. 52

3. Αρ. Μάνεσης: «Συνταγματικά Δικαιώματα: Ατομικές Ελευθερίες», 1982, σελ. 84-85

ιδέας. Η τέχνη άλλωστε ουκ ολίγες φορές χρησιμοποιήθηκε από ολοκληρωτικά καθεστώτα ως έκφραση των ιδεωδών τους. Για αυτό είναι πάντα επίκαιρη η συνειδητοποίηση και αναγνώριση του αμυντικού περιεχομένου της ελευθερίας της τέχνης.

Η ποδηγέτηση της τέχνης από κάθε μορφής εξουσία δεν είναι σύγχρονο φαινόμενο. Απόρροια του αμυντικού περιεχομένου επίσης, είναι η αξίωση της τέχνης να αυτοκαθορισθεί και να ορίσει η ίδια το περιεχόμενό της. Η τέχνη έτσι δεν υπόκειται σε κανέναν κρατικό ορισμό ή χαρακτηρισμό. Καλλιτέχνες οι οποίοι δέχθηκαν να δουλέψουν για ένα καθεστώς είναι σήμερα πια ολότελα ξεχασμένοι (Κανείς δεν θυμάται κάποιον από τους καλλιτέχνες του Σοσιαλιστικού Ρεαλισμού ή της Ναζιστικής «Αρείας Τέχνης», τους παλαιότερους επίσημους ζωγράφους του Βατικανού ή ακόμα και τους αρχιμουσικούς των Βασιλικών Αυλών της Δ. Ευρώπης). Η εξουσία άλλωστε δεν ήταν ποτέ ιδιαίτερα έντιμη απέναντι στην τέχνη όπως απέδειξε το παράδειγμα τόσο του Bauhaus όσο και της Ρωσικής Πρωτοπορίας. Ενώ στην αρχή υποστηρίχθηκαν και ιδεολογικά αλλά και οικονομικά από τα αντίστοιχα καθεστώτα, στο τέλος οι καλλιτέχνες που ήταν μέλη των κινημάτων αυτών αναγκάστηκαν είτε να φύγουν, είτε να συμβιβαστούν, αφού μετά από λίγα χρόνια οι κινήσεις αυτές καταδικάστηκαν ως «εχθροί» του καθεστώτος ή του λαού (Η σχολή του Bauhaus στο Dessau έκλεισε οριστικά από τους Ναζί το 1933, ενώ στην Ε.Σ.Σ.Δ. όσοι δεν ακολούθησαν το ρεύμα του Σοσιαλιστικού Ρεαλισμού από το 1934 και μετά υφίσταντο τις συνέπειες της εσχάτης προδοσίας).

## ii. *Το προστατευτικό περιεχόμενο του δικαιώματος*

Το προστατευτικό περιεχόμενο, αντίθετα από το αμυντικό, περιέχει αξίωση για προστασία για επιθετικές ενέργειες των συνανθρώπων. Ο άνθρωπος άλλωστε κινδυνεύει από τον άνθρωπο είτε ως φορέα δημόσιας, είτε ιδιωτικής εξουσίας. Χαρακτηριστικό αυτού είναι ότι οι περισσότερες δικαστικές αποφάσεις που εκδόθηκαν και περιόριζαν την έκθεση, προβολή κλπ έργων τέχνης δεν είχαν ως αφετηρία αυτεπάγγελτη ενέργεια δικαστικού λειτουργού, αλλά εκδόθηκαν κατόπιν εισαγωγικού εγγράφου που κατατέθηκε από πολίτες.

Σκοπός του προστατευτικού περιεχομένου είναι η παροχή βοήθειας στον αμυνόμενο για την απόκρουση της επίθεσης και την αποκατάσταση της τρώσης που υπέστη. Συνταγματική βάση του προστατευτικού περιεχομένου αποτελεί το αρθ.25 παρ.1,2. Αποτελεί υποχρέωση των οργάνων του κράτους, όπως απορρέει εκ των ανωτέρων συνταγματικών διατάξεων, η διασφάλιση της ακώλυτης άσκησης των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Όσον αφορά ειδικότερα στον δικαστή – ερμηνευτή του δικαίου, οφείλει να προκρίνει εκάστοτε την ερμηνεία του δικαιώματος που αποδίδει σε αυτό τη μεγαλύτερη αποτελεσματικότητα και όχι εκείνη που οδηγεί στην αποδυνάμωσή του<sup>1</sup>. Προστατευτικό άλλωστε είναι το περιεχόμενο των προστατευτικών δικαιωμάτων, τα οποία κατ' αντιστοιχία με τα αμυντικά, έχουν ευρύτερο

περιεχόμενο σε σχέση με τον κλασικό διαχωρισμό των θεμελιωδών δικαιωμάτων σε ατομικά, πολιτικά και κοινωνικά. Προσιδιάζουν δε προς τα κοινωνικά αφού απευθύνονται προς το κράτος και όχι προς τους πολίτες αξιώνοντας την παροχή βοήθειας. Είναι έτσι σχετικά δικαιώματα εν αντιθέσει με τα αμυντικά, που είναι και απόλυτα.

Πλήρωση του προστατευτικού περιεχομένου άλλωστε, αποτελεί η σχετική νομοθεσία του κράτους για την προστασία των καλλιτεχνών (ν.2121/1993 «περί Πνευματικής Ιδιοκτησίας και συγγενικών δικαιωμάτων», ν1597/1986 «περί προστασίας και ανάπτυξης κινηματογραφικής τέχνης κλπ»).

Επίσης το προστατευτικό περιεχόμενο μπορεί να αποτελέσει κριτήριο ερμηνείας των νόμων απ' τα δικαστήρια, κατ' εφαρμογήν της θεωρίας της άμεσης Τριτενέργειας. Απόκρουση της επίθεσης μπορούμε να έχουμε ακόμα και με περιορισμό των αμυντικών δικαιωμάτων όπου μπορεί να κριθεί αναγκαίο<sup>2</sup>. Η συνταγματική επιταγή βέβαια, για κρατική μέριμνα, δεν αποκλείει την παράλληλη δραστηριοποίηση ιδιωτικής πρωτοβουλίας, αφού όπου το Σύνταγμα θέλει να την αποκλείσει υπάρχει ρητή διάταξη (αρθ.16 παρ.8 Συντ.). Εδώ η κρατική δραστηριοποίηση για την προστασία της τέχνης έχει σημασία στο πλαίσιο που δεν επιτρέπει τις ιδιωτικές εταιρίες να επιβληθούν μονοπωλιακά ή ολιγοπωλιακά στην καλλιτεχνική αγορά, επηρεάζοντας την τέχνη προς ορισμένες κατευθύνσεις<sup>3</sup>.

### iii. *Το διασφαλιστικό περιεχόμενο του δικαιώματος*

Το διασφαλιστικό περιεχόμενο παρέχει κατ' αρχήν αξίωση διαφύλαξης από κινδύνους άλλους, εκτός δηλαδή, από τις ανθρώπινες ενέργειες και εν συνεχεία αξιώσεις για την βελτίωση της θέσης του ανθρώπου. Το διασφαλιστικό περιεχόμενο της ελευθερίας της τέχνης αναγνωρίζεται ρητά από το Σύνταγμα στο αρθ.16 παρ.1 εδ.α' στοιχ.β' όπου ρητά αναφέρεται ότι: «Η ανάπτυξη και η προαγωγή τους αποτελεί υποχρέωση του κράτους». Αποτελεί πράγματι λοιπόν η ελευθερία της τέχνης διεκδικητικό δικαίωμα, ενώ η αντίστοιχη υποχρέωση του κράτους συνίσταται στην αναγνώριση του ως τέτοιου. Το τελευταίο σημαίνει ότι το κράτος θα την αναγάγει σε προκαθορισμένο στόχο. Το ότι ελευθερία της τέχνης στερείται του εξασφαλιστικού περιεχομένου που παρέχει το Σύνταγμα στην Παιδεία (αρθ.16 παρ. 2 Συντ) και στην Εργασία (αρθ.23 παρ.2 Συντ.) δεν σημαίνει ότι στερείται και διεκδικητικού περιεχομένου. Αναγνωρίζεται λοιπόν η αξίωση διεκδίκησης και εξασφάλισης του ανθρώπου από τους κοινωνικο-οικονομικούς κινδύνους και εμπόδια. Αυτή άλλωστε η μη ειδικότερη εξασφάλιση αλλά η αναγωγή των δικαιωμάτων αυτών, έστω και σε προκαθορισμένους στόχους, έχει κατά την κρατούσα στη θεωρία άποψη, ως αποτέλεσμα ότι δεν προκύπτουν αγωγίμες

---

1. Π. Δ. Δαγτόγλου, οπ.πάρ. σελ. 181

2. Κ. Χ. Χρυσόγονος, οπ.πάρ. σελ. 144

3. Ανδρ. Δημητρόπουλος, οπ.πάρ. σελ. 176



συγκεκριμένων φορέων έναντι του κράτους για κοινωνικές παροχές<sup>1</sup>. Με άλλες λέξεις, η απορρέουσα από τα διεκδικητικά δικαιώματα υποχρέωση του κράτους, είναι προς την κοινωνία ως σύνολο και δεν απευθύνεται προς συγκεκριμένα άτομα τα οποία έτσι δεν μπορούν να επιδιώξουν δικαστικά την ικανοποίηση των αξιώσεών τους ευθέως από το Σύνταγμα. Αυτό άλλωστε είναι και πρακτικά ανέφικτο, τουλάχιστον όσο έχουμε να κάνουμε με διεκδικητικά δικαιώματα που έχουν ως αντικείμενο οικονομικές παροχές και έτσι άπτονται θεμάτων δημοσιονομικού περιεχομένου και κυρίως χάραξης ιδιαίτερης κρατικής πολιτικής. Έτσι διεκδικητική ενέργεια και διεκδικητική πράξη είναι η εκλογική διαδικασία ως διαδικασία επιλογής ανάμεσα σε περισσότερα πολιτικά προγράμματα.

Αξίζει εδώ να αναφερθεί ότι τη μεγαλύτερη εξασφάλιση της τέχνης ως θεσμό παρέσχε στην Ελλάδα το μεταξικό καθεστώς της 4<sup>ης</sup> Αυγούστου με παρεμβάσεις, τόσο σε θεσμικό, όσο και κυρίως σε οικονομικό επίπεδο. Συστάθηκε Διεύθυνση Καλών Τεχνών και Γραμμάτων στο Υπ. Παιδείας, επιβλήθηκε σωματειακή οργάνωση όλων των ελλήνων καλλιτεχνών και διακηρύχθηκε απ' τον ίδιο τον δικτάτορα ότι «Καμία καλλιτεχνική δέσμευση δεν θα υπάρχει στο νέο κράτος για τον καλλιτέχνη» (1937). Εφαρμόστηκε μια πολιτική εκτεταμένων αγορών έργων τέχνης ελλήνων καλλιτεχνών, υποστηρίχθηκαν εξορμήσεις και εκθέσεις ελληνικών έργων στο εξωτερικό κ.α. Το γεγονός όμως παραμένει: το ότι ο Παρθένης, στενός φίλος και προσωπογράφος του Αλ. Παπαναστασίου, αυτός που σχεδίασε το σήμα της Δημοκρατίας, δέχθηκε να φιλοτεχνήσει μετά από λίγα χρόνια τους «Διπλούς Πελέκεις», τα φασιστικά σύμβολα ενός, έστω και μετριοπαθούς δικτατορικού καθεστώτος, όπως ήταν το μεταξικό δεν είναι παρά ένα εμφανές σύμπτωμα της ευρύτερης και βαθύτερης διάβρωσης που είχε ήδη αρχίσει να επέρχεται<sup>2</sup>.

- 
1. βλ. ενδεικτικά Κ. Χ. Χρυσόγονος, οπ.πάρ. σελ 40, Π. Δ. Δαγτόγλου οπ.πάρ. σελ. 60, Αρ. Μάνεσης, οπ.πάρ. σελ. 22-23
  2. Ευ. Ματθιόπουλος: «4<sup>η</sup> Αυγούστου και Εικαστικά», στο περ. «7Ημερες» της Καθημερινής, 9.1.2005

## Φορείς του δικαιώματος

### 1. Φυσικά Πρόσωπα

#### *i. Έλληνες και αλλοδαποί*

Το ζήτημα των φορέων του δικαιώματος δεν παρουσιάζει ιδιαίτερες δυσκολίες ή ιδιαιτερότητες οπότε θα αρκεστούμε σε γενικότερες παρατηρήσεις επί του θέματος. Ορισμένα θεμελιώδη δικαιώματα, ένα εκ των οποίων και αυτό του αρθ.16, κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα, υπέρ οιουδήποτε προσώπου, ανεξάρτητα από εθνικότητα, ηλικία ή οποιαδήποτε άλλη διάκριση. Υποκείμενο των συνταγματικών αυτών δικαιωμάτων είναι ο άνθρωπος. Πρόκειται κατά κυριολεξία για πανανθρώπινα δικαιώματα τα οποία κατοχυρώνονται όχι μόνο υπέρ των ελλήνων πολιτών, αλλά και υπέρ των αλλοδαπών ή ανιθαγενών<sup>1</sup>. Το Σύνταγμα μας τονίζει τον πανανθρώπινο χαρακτήρα αυτών των δικαιωμάτων χρησιμοποιώντας διάφορες λέξεις όπως «έκαστος», «οποιοσδήποτε» κτλ. Εκτός όμως από τα πανανθρώπινα δικαιώματα υπάρχουν και τα δικαιώματα που κατοχυρώνονται μόνο υπέρ των πολιτών της χώρας του forum (ατομικά δικαιώματα ημεδαπών) καθώς επίσης και δικαιώματα τα οποία εκ φύσεως αναφέρονται μόνο σε αλλοδαπούς (ατομικά δικαιώματα αλλοδαπών). Έτσι τα κοινωνικού χώρου και τα οικονομικά δικαιώματα παρέχονται κατά κανόνα όχι μόνο στους ημεδαπούς, αλλά και στους αλλοδαπούς. Όπως σωστά δέχθηκε το Συμβούλιο της Επικρατείας σε απόφασή του, από την ημέρα της ελληνικής προσχωρήσεως στην Ευρωπαϊκή Κοινότητα, δεν εφαρμόζονται, έστω και αν δεν έχει γίνει προηγούμενη προσαρμογή τους στο κοινοτικό δίκαιο, ελληνικοί νόμοι που θεσπίζουν εις βάρος αλλοδαπών υπηκόων περιορισμούς στην ελευθερία ανάπτυξης οικονομικής δραστηριότητας και στην εγκατάσταση προς άσκηση της δραστηριότητας αυτής<sup>2</sup>. Αντίθετα, τα πολιτικά δικαιώματα αναγνωρίζονται μόνο στους ημεδαπούς.

Συμπερασματικά λοιπόν όσον αφορά στην ελεύθερη άσκηση του δικαιώματος της τέχνης, εκ του ότι δεν αναφέρεται ρητά ότι υποκείμενα του δικαιώματος είναι έλληνες (όπως γίνεται στα δικαιώματα του συναθροίζεσθαι ή στο δικαίωμα πρόσβασης στις δημόσιες υπηρεσίες) συνάγεται e contrario ότι δεν εμπίπτει στην κατηγορία των ατομικών δικαιωμάτων ημεδαπών ή αλλοδαπών αντίστοιχα.

Ζήτημα γεννάται με το διασφαλιστικό δικαίωμα του αρθ.16 παρ.1 εδ.1 στοιχ.β'. Κατά την ορθότερη άποψη πρέπει να γίνει δεκτό ότι και τα

---

1. Αρθ.2 παρ.1, αρθ.5 παρ.1,2,3,7, αρθ.8,9,10 κ.α.

2. ΣτΕ. 2152/1986, ΤοΣ. 1956, σελ. 452



εξασφαλιστικά δικαιώματα παρέχονται υπέρ των αλλοδαπών<sup>1</sup>. Εξάλλου ο κοινός νομοθέτης οφείλει οπωσδήποτε να λάβει υπ' όψιν του την προστασία που παρέχεται από διεθνείς συμβάσεις υπέρ των αλλοδαπών σχετικά με την ελευθερία της τέχνης όπως γίνεται με τα αρθ.10 Ε.Σ.Δ.Α., αρθ.27 Οικουμενικής Διακήρυξης Δικαιωμάτων Ανθρώπου, αρθ.15 Διεθνούς Συμφώνου κοινωνικών, οικονομικών και μορφωτικών δικαιωμάτων. Η τυχόν απουσία νομοθετικής απαγόρευσης έχει ως συνέπεια να επιτρέπεται στους αλλοδαπούς να ασκήσουν τη σχετική δραστηριότητα, σύμφωνα με το τεκμήριο *in dubio pro libertate*, ενώ διοικητική απαγόρευση μπορεί να επιβληθεί μόνο κατ' εξουσιοδότηση ή σε εκτέλεση τυπικού νόμου.

## ii. *Ανήλικοι*

Τα φυσικά πρόσωπα είναι κατ' αρχήν φορείς ατομικών δικαιωμάτων από την γέννηση ως το θάνατό τους. Εν αμφιβολία τίθεται όμως αν έχουν πάντα ικανότητα αυτοπρόσωπης άσκησης. Αντιδιαστέλλεται έτσι η ικανότητα ατομικού δικαιώματος, η ικανότητα δηλαδή κάποιου να είναι υποκείμενό τους, με την ικανότητα ασκήσεως ατομικού δικαιώματος, την ικανότητα του προσώπου να το ασκεί αυτοτελώς, χωρίς δηλαδή τη σύμπραξη του νόμιμου αντιπροσώπου τους. Αυτό ανακύπτει στο χώρο προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων των ανηλίκων, οι οποίοι προστατεύονται και συνταγματικά εκ του αρθ.21 όπου προστατεύεται η παιδική ηλικία. Εξουσιοδοτείται έτσι ο κοινός νομοθέτης να προβεί, τόσο σε θετική ενέργεια (πράξη) με το να ορίσει συγκεκριμένη ηλικία έναρξης της άσκησης του συγκεκριμένου δικαιώματος ή σε αρνητική ενέργεια (παράλειψη) με το να μην επιβάλλει περιορισμούς που δεν απορρέουν εκ της ιδιαιτερότητας της ηλικίας<sup>2</sup>. Ειδικότερα τώρα όσον αφορά στη θεσμική εφαρμογή που βρίσκει η τέχνη στον θεσμό της προστασίας της ανήλικης νεότητας αξίζει να είμαστε ιδιαίτερα προσεκτικοί, αφού είναι ένας χώρος στον οποίον, κατ' εξοχήν, απαιτείται προστασία των ιδιαίτερων ικανοτήτων των νέων και κυρίως των ταλαντούχων παιδιών, τόσο στο χώρο της μουσικής, όσο και στο χώρο του θεάτρου – κινηματογράφου. Δεν πρέπει να ξεχνάμε ότι οι διατάξεις του νόμου περί προστασίας της ανήλικης νεότητας πρέπει να διέπονται απ' την αρχή της εύνοιας προς τον ανήλικο. Έτσι, αφ' ενός θα πρέπει να εξασφαλίζεται ένα ιδιαίτερος προστατευτικό πλαίσιο ανάπτυξης των ξεχωριστών ικανοτήτων των ανηλίκων όπου θα εκφράζονται όσο το δυνατόν καλύτερα και ελεύθερα και αφ' ετέρου θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα αυτό να γίνεται χωρίς οι υποχρεώσεις που θα αναλαμβάνει να μη είναι υπερβολικές σε σχέση με την ηλικία του και κυρίως να μην αποτελούν τροχοπέδη στην ανάπτυξη των πνευματικών του ικανοτήτων. Σε κάθε περίπτωση όμως, όπως επισημαίνεται σωστά στη θεωρία,

---

1. Κ. Χ. Χρυσόγονος, *οπ.πάρ.* σελ. 53

2. Ανδρ. Δημητρόπουλος, *οπ.πάρ.* σελ. 94

«προτιμότερο είναι να εξετάζεται το ζήτημα ad hoc: αφ' ενός ανάλογα με τη φύση του εκάστοτε δικαιώματος και αφ' ετέρου με τρόπο εξατομικευμένο όσον αφορά στον ανήλικο»<sup>1</sup>.

## 2. Νομικά Πρόσωπα

Υποκείμενα ατομικών δικαιωμάτων σχεδόν ομόφωνα στη θεωρία μπορεί να είναι και τα νομικά πρόσωπα, τόσο σωματειακού όσο και ιδρυματικού χαρακτήρα. Αυτό βέβαια ισχύει μόνο για όσα δικαιώματα προσιδιάζουν στη φύση των νομικών προσώπων. Μάλιστα υπάρχουν ορισμένα δικαιώματα των οποίων η πλήρης και αποτελεσματικότερη άσκηση γίνεται μόνο σε συνδυασμό φυσικών και νομικών προσώπων μιας και αποσκοπούν στη συντονισμένη προσπάθεια πολλών ατόμων όπως η Συνδικαλιστική ελευθερία των σωματείων, η οικονομική ελευθερία επιχειρηματιών και εν γένει επιχειρήσεων και άλλα. Εν τέλει απ' τον κανόνα της όσο είναι δυνατόν και εύλογο ευρύτερης εφαρμογής των ατομικών δικαιωμάτων, προκύπτει ότι in dubio πρέπει να γίνει δεκτό ότι φορείς ατομικών δικαιωμάτων μπορεί να είναι και πρόσωπα. Για τους ίδιους λόγους πρέπει να γίνει δεκτό ότι φορείς ατομικών δικαιωμάτων μπορεί να είναι και ομάδες ή ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα<sup>2</sup>. Αυτή την άποψη της θεωρίας φαίνεται να ασπάζεται και ο κοινός νομοθέτης αποδίδοντας το θεμελιώδες δικονομικό δικαίωμα δικαστικής προστασίας και εκπροσώπησης και σε ενώσεις προσώπων.

Εν προκειμένω μπορεί κατ' αρχήν να υποστηριχθεί ότι, τόσο η καλλιτεχνική δημιουργία, όσο και η απόλαυση έργων τέχνης συνυφαίνεται με την ανθρώπινη φύση, οπότε και είναι δυνατή η άσκησή τους μόνο από φυσικά πρόσωπα. Πράγματι, μόνο φυσικά πρόσωπα είναι σε θέση να δημιουργήσουν, παρουσιάσουν, κυκλοφορήσουν, εκτελέσουν και απολαύσουν έργα τέχνης. Δικαιώματα όμως επί των έργων τέχνης, ιδιοκτησιακού περιεχομένου ή γενικότερα εκμετάλλευσης, μπορούν να ασκηθούν και από νομικά πρόσωπα, π.χ. εταιρίες παραγωγής δίσκων, εκδοτικοί οίκοι, εταιρίες κινηματογραφικής παραγωγής κ.α. Νομικά πρόσωπα άλλωστε μπορούν να είναι και υποκείμενα δικαιωμάτων Πνευματικής Ιδιοκτησίας και συγγενικών δικαιωμάτων.

Έτσι βάση της αρχής αληθείας που διέπει το ελληνικό δίκαιο της Πνευματικής Ιδιοκτησίας, υποκείμενο και αρχικός δικαιούχος του ηθικού και περιουσιακού δικαιώματος, είναι ο δημιουργός. Όπως ρητά αναφέρεται: «Ο δημιουργός είναι ο αρχικός δικαιούχος του περιουσιακού και ηθικού δικαιώματος επί του έργου» (αρθ.6 ν.2121/1993).

---

1. Αρ. Μάνεσης: «Η πραγμάτωση της συνταγματικής προστασίας της ανήλικης νεότητας στο ισχύον δίκαιο», Χαριστήριο Ι. Δεληγιάννη Δ', 1992, σελ. 241  
2. Αρ. Μάνεσης, οπ.πάρ., σελ. 45 επ., Π. Δ. Δαγτόγλου, οπ.πάρ., σελ. 75 επ., Δ. Θ. Τσάτσος: «Θεμελιώδη Δικαιώματα», 1994, σελ. 151 επ., Ανδρ. Δημητρόπουλος, οπ.πάρ., σελ. 92 επ., contra Α. Ράικος: «Θεμελιώδη Δικαιώματα», τόμος Γ τεύχος Α', 1988, σελ. 122 επ.

Συνέπεια της αρχής της αλήθεια είναι ότι ο αρχικός δικαιούχος είναι μόνο φυσικό πρόσωπο το οποίο αποκτά την πνευματική ιδιοκτησία πρωτογενώς, ενώ το νομικό πρόσωπο γίνεται δικαιούχος δευτερογενώς. Το νομικό πρόσωπο δεν μπορεί εκ των πραγμάτων να καλλιτεχνήσει και έτσι γίνεται υποκείμενο του δικαιώματος μόνο κατά τρόπο παράγωγο<sup>1</sup>. Πρωτογενώς αποκτάται μόνο στις περιπτώσεις εκδόσεως από εκδοτικό οίκο ανώνυμων και ψευδώνυμων έργων αφού ως αρχικός δικαιούχος τέτοιου έργου λογίζεται έναντι των τρίτων όποιος πρώτος το καταστήσει νομίμως προσιτό στο κοινό. Έχουμε έτσι μια πλασματική κτήση δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας, υποκείμενο του οποίου μπορεί κατ' εξαίρεση να είναι και νομικό πρόσωπο.

Όσον αφορά επίσης σε έργα που δημιουργήθηκαν από μισθωτούς σε εκτέλεση σύμβασης εργασίας, όπως γίνεται επί παραδείγματι με τις δισκογραφικές εταιρίες, το δεύτερο εδάφια του αρθ.8 ν.2121/1993, προβλέπει την αυτοδίκαιη μεταβίβαση στον εργοδότη, άρα και στο νομικό πρόσωπο της εταιρίας, εκείνων μόνο των εξουσιών από το περιουσιακό δικαίωμα που είναι αναγκαίες για την εκπλήρωση του σκοπού της σύμβασης, αρκεί βέβαια να μην υπάρχει αντίθετη συμφωνία. Επίσης εισάγεται ειδική διάταξη η οποία αποτελεί μερική απόκλιση από γενικό κανόνα του αρθ.8 και δικαιολογείται από την ιδιαίτερη σχέση εξουσίασης που συνδέει το δημόσιο υπάλληλο ή γενικότερα τον απασχολούμενο στο Δημόσιο ή σε ΝΠΔΔ με τον εργοδότη (πάλι βέβαια αρκεί να μην υπάρχει αντίθετη συμφωνία<sup>2</sup>). Τα νομικά πρόσωπα επιπλέον τεκμαίρονται ως δικαιούχοι δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας επί συλλογικών ή οπτικοακουστικών έργων αν η επωνυμία τους εμφανίζεται πάνω στον υλικό φορέα του έργου κατά τον τρόπο που συνήθως χρησιμοποιείται για την ένδειξη του δικαιούχου<sup>3</sup>. Τέλος νομικά πρόσωπα είναι κυρίως οι φορείς των συγγενικών της πνευματικής ιδιοκτησίας δικαιωμάτων<sup>4</sup> (παραγωγοί υλικών φορέων ήχου και εικόνας, ραδιοτηλεοπτικοί οργανισμοί, εκδοτικοί οίκοι κ.α.).

- 
1. Δ. Καλλινίκου: «Πνευματική ιδιοκτησία και συγγενικά δικαιώματα», 2000, σελ. 73 επ.
  2. Αρθ.8 εδ.γ' όπως τροποποιήθηκε με το αρθ.8 παρ.17 ν.2557/1997
  3. Αρθ.10 παρ.2 ν.2121/1993
  4. Αρθ.47,48,51 ν.2121/1993

# Οριοθέτηση του δικαιώματος

## 1. Το Σύνταγμα

Ο γερμανικός όρος συνταγματική τάξη (verfassungsmässige Ordnung) μεταφέρθηκε στην ημετέρα θεωρία με τον όρο Σύνταγμα. Η υποχρέωση βέβαια υπακοής στο Σύνταγμα θα υπήρχε έστω και αν δεν αναγραφόταν ρητά στο αρθ.5 παρ.1 αφού προκύπτει και από το ακροτελεύτιο άρθρο όπου ορίζεται η γενική υποχρέωση σεβασμού του συντάγματος. Με τον όρο αυτό ορθότερο είναι να γίνει δεκτό ότι θωρακίζονται τα ατομικά δικαιώματα με μια αρνητική οριοθέτηση – χωροθέτηση. Ο κοινός νομοθέτης δεν μπορεί επικαλούμενος γενικά και αόριστα το Σύνταγμα να θεσπίσει νέες οριοθετήσεις ή περιορισμούς των ατομικών δικαιωμάτων. Η γενική ρυθμιστική αρμοδιότητα του κοινού νομοθέτη, υπάγεται και αυτή στο Σύνταγμα και δεσμεύεται από κάθε συνταγματική διάταξη. Το αποτέλεσμα της νομοθετικής εργασίας ελέγχεται πάντα ως προς την συμφωνία του με το Σύνταγμα. Σ' αυτήν την κατηγορία θα αναπτυχθούν ειδικότερα: i) η προστασία της νεότητας και ii) η ειδικότερες διατάξεις που αφορούν στον κινηματογράφο, τη φωνογραφία κ.α.

### i. *Η προστασία της ανήλικης νεότητας*

Η προστασία της νεότητας κατοχυρώνεται στο Σύνταγμά μας στο αρθ.25 παρ.1,3. Απ' αυτές, η παρ.1 αφορά την ανήλικη, έως δηλαδή την ηλικία των 18 ετών, που ταυτίζεται και με την παιδική ηλικία, ενώ η παρ.3 την εν γένει νεότητα. Η συνταγματική αυτή ιδιαίτερη μνεία και αναφορά έχει ως θεωρητικό θεμέλιο την αρχή της «Κοινωνικής Δικαιοσύνης». Κατ' αυτήν σε περιπτώσεις έντονης οικονομικής και κοινωνικής ανισότητας μπορεί να επιβληθούν παρεκκλίσεις από την αρχή της νομικής ισότητας. Μπορούν έτσι να επιβληθούν, υπέρ των αδυνάμων, θετικές διακρίσεις. Αυτό είναι το νόημα των ιδιαίτερων κρατικών παροχών προς ασθενικές μονάδες που προβλέπονται από το Σύνταγμα ακριβώς στην παρ.1 του αρθ.21 Συντ. αλλά και της προτίμησης ή επιφύλαξης ενός ποσοστού σε άτομο που ανήκουν σε παραδοσιακά αδικημένες ομάδες κατά την κατανομή θέσεων εργασίας. Η προστασία εξειδικεύεται μέσα από μια σειρά διατάξεων της κοινής νομοθεσίας όπως αυτές του Αστικού Κώδικα για την σχέση γονέων και τέκνων ή του Ποινικού Κώδικα για την επεικέστερη μεταχείριση ανηλίκων δραστών ποινικών αδικημάτων.

Σε αυτό το προστατευτικό πλέγμα εντάσσεται και η διάταξη του αρθ.30 εδ.β' ν.5060/1931 όπου δεν θεωρείται άσεμνο το έργο τέχνης ή επιστήμης «Πλην καθ' ην περίπτωσιν προσφέρεται προς πώλησιν, πωλείται ή

παρέχεται ειδικώς εις πρόσωπα κάτω των 18 ετών και προ σκοπούς άλλους εκτός της σπουδής». Είναι άλλωστε καθήκον και δικαίωμα συνάμα της πολιτείας να ενδιαφέρεται για την ηθική αγωγή των παιδιών. Η ηθική διαπαιδαγώγηση αποτελεί άλλωστε βασική αποστολή του κράτους κατά τη συνταγματική διατύπωση του αρθ.16 παρ.2.

Με την λέξη ηθική δεν εννοούμε προσήλωση σε οποιασδήποτε θρησκευτικής - κοινωνικής φύσης ηθικολογικούς κανόνες. Αποσκοπείται έτσι περιεχόμενο της εκπαίδευσης να αποτελέσουν κανόνες που εκφράζουν αξίες κεντρικές, συστατικής σημασίας για μια αληθινά ανθρώπινη συμβίωση. Περαιτέρω, όπως αναφέρει ο Δ. Κόρσος σε ένα κείμενό του όπου επικροτούσε την αξία της ιδιαίτερης διατύπωσης υπέρ της ελευθερίας της τέχνης: «Επιφυλασσομένης της επικινδύνου, της ψυχοφθόρου εις το ήθος της νεότητας τέχνης, ουδείς άλλος νομικός φραγμός και εις την ελευθερίαν αυτής είναι δυνατός». Άλλωστε η ανάγκη εξέλιξης και προσαρμογής της ακαταστάλαχτης ακόμα νεότητας σε σχέση με τα πανίσχυρα γενετήσια βιώματα, αποτελεί και το δεύτερο προστατευόμενο αγαθό που απειλεί η κυκλοφορία των ασέμων. Σε αυτό το σημείο πρέπει να αναφερθεί και η απόφαση των αγγλικών δικαστηρίων<sup>1</sup> σχετικά με την υπόθεση «Handyside v. UK» γνωστή και ως «Το κόκκινο βιβλιαράκι του μαθητή» (1971). Σύμφωνα με αυτήν ο R. Handyside κατηγορήθηκε γιατί διακίνησε το γνωστό ως «Κόκκινο Βιβλιαράκι» σε μαθητές των σχολείων. Μεταξύ άλλων το βιβλίο αυτό περιείχε και ένα τμήμα που αναφερόταν στα ζητήματα του sex όπως «αυνανισμοί», «ομοφυλοφιλία», «οργασμός» κλπ. Ο Handyside καταδικάστηκε και σε πρώτο και σε δεύτερο βαθμό στην Μεγάλη Βρετανία, αλλά και η προσφυγή του στη Ευρωπαϊκή Επιτροπή απορρίφθηκε, παρ' ότι επικαλέστηκε το αρθ.10 της Ε.Σ.Δ.Α. που εξασφαλίζει την ελευθερία της έκφρασης και το αρθ.1 του Πρωτοκόλλου των Παρισίων που εξασφαλίζει το δικαίωμα προστασίας και σεβασμού των αγαθών. Το Ευρ.Δ.Δ.Α. έκρινε ότι το περιθώριο εκτιμήσεως του αρθ.10 παρ.2 παρείχε τη δυνατότητα στις βρετανικές αρχές να κρίνουν αν το βιβλίο αυτό που απευθυνόταν στους μαθητές, δηλαδή σε ευαίσθητη και άξια προστασίας μερίδα του πληθυσμού, υπερέβαινε τα ανεκτά όρια της δημόσιας ηθικής. Κατά το δικαστήριο οι βρετανικές αρχές απαγορεύοντας τη κυκλοφορία του βιβλίου, ενήργησαν λελογισμένα και με καλή πίστη, ενώ υπενθυμίστηκε ότι η ελευθερία της έκφρασης πρέπει να εξετάζεται σε σχέση με την έννοια της δημοσίας ηθικής από χώρα σε χώρα<sup>2</sup>.

Σ' αυτό το πλαίσιο και για τους αυτούς λόγους, τέλος, ορίζεται ότι η Επιτροπή που συστήνεται στο Υπουργείο Πολιτισμού με το αρθ.36 ν.1597/1986 έχει σαν αποστολή της την κατάταξη των ταινιών σε τέσσερις ζώνες καταλληλότητας: Κατάλληλη για ενηλίκους, Περιορισμένης καταλληλότητας (απαγόρευση παρακολούθησης σε νέους που δεν συμπλήρωσαν το 13<sup>ο</sup> έτος της ηλικίας τους), Ακατάλληλη για ανηλίκους (απαγόρευση παρακολούθησης σε νέους που δεν συμπλήρωσαν το 17<sup>ο</sup> έτος της ηλικίας τους) και Αυστηρά ακατάλληλη για ανηλίκους.

---

1. Εμμ. Ρούκουνας: «Διεθνής προστασία ανθρώπινων δικαιωμάτων», 1995, σελ. 186-187

2. Παραπλήσιο σκεπτικό θα διατυπωθεί και στην Muller v. Switzerland 24.5.1988

Νομοθετικές διατάξεις που θεσπίζουν περιορισμούς της προστασίας της τέχνης για λόγους προστασίας της νεότητας απαντώνται και στο πεδίο της ραδιοτηλεόρασης. Συγκεκριμένα και σύμφωνα με τη διάταξη του αρθ.3 παρ.14 περ.α' του ν.2328/1995 «Νομικό καθεστώς της ιδιωτικής τηλεόρασης και της τοπικής ραδιοφωνίας, ρύθμιση θεμάτων της ραδιοτηλεοπτικής αγοράς και άλλων θεμάτων», οι τηλεοπτικοί σταθμοί (κρατικοί και ιδιωτικοί) «οφείλουν να μη μεταδίδουν προγράμματα τα οποία ενδέχεται να βλάψουν σοβαρά τη σωματική, διανοητική ή ηθική ανάπτυξη των ανηλίκων και ιδίως προγράμματα που περιέχουν πορνογραφικές σκηνές ή σκηνές άσκοπης βίας...». Προγράμματα ωστόσο που «ενδέχεται να βλάψουν (απλώς και όχι σοβαρά) τη σωματική, διανοητική ή ηθική ανάπτυξη των ανηλίκων μπορούν να μεταδίδονται ανάλογα με το περιεχόμενό τους και τη κλιμάκωση αυτής της ενδεχόμενης βλάβης μετά την 21.30' τα πιο ήπια και μετά από την 00.00' όλα τα υπόλοιπα... ανάλογα με τις ηλικιακές ομάδες που παρακολουθούν τις εκπομπές αυτές, σύμφωνα με τις μετρήσεις τηλεθέασης».

Γίνεται δεκτό έτσι ότι ο ιδιοκτήτης της αίθουσας προβολών δεν θα πρέπει να φέρει καμία ευθύνη αν π.χ., έξω από τις αίθουσες προβολών αναρτηθούν σε εμφανή σημεία τα οποία εξηγούν κατ' αναμφισβήτητο τρόπο τι είδους περιεχόμενο έχει η προβαλλόμενη ταινία και απαγορεύεται η είσοδος των ανηλίκων που βρίσκονται υπό του επιτρεπτού ηλικιακού ορίου (μια υποχρέωση που οριζόταν άλλωστε παλαιότερα ρητά με το αρθ.11 παρ.1,7 ν.δ.1108/1942).

ii. *Το ιδιαίτερο καθεστώς της κινηματογραφίας, φωνογραφίας και κάθε άλλου παρεμφερούς μέσου μετάδοσης λόγου ή παράστασης*

Η διάταξη του αρθ.15 παρ.1 εξαιρεί τη φωνογραφία και τον κινηματογράφο από τις προστατευόμενες για τον Τύπο διατάξεις. Σύμφωνα με αυτές ο Τύπος είναι ελεύθερος από κάθε λογοκρισία (αρθ.14 παρ.2 Συντ.) και απαγορεύεται η κατάσχεση εντύπων εκτός από τις εξής περιοριστικά αναφερόμενες περιπτώσεις όπως: Η προσβολή του προσώπου του Προέδρου της Δημοκρατίας, σε περιπτώσεις δημοσιευμάτων που αποκαλύπτουν πληροφορίες για τη σύνθεση, τη διάταξη και τον εξοπλισμό των ενόπλων δυνάμεων της χώρας, επί ασέμων δημοσιευμάτων και τέλος για προσβολή της χριστιανικής και κάθε άλλης θρησκείας (αρθ.14 παρ.3 Συντ.). Σύμφωνα με μία γραμματική - συσταλτική ερμηνεία του αρθ.15, εξ' αντιδιαστολής απ' το αρθ.14 ο κινηματογράφος μπορεί να υποβληθεί σε καθεστώς λογοκρισίας. Σύμφωνα όμως με μια τελολογική – διασταλτική ερμηνεία, η οποία άλλωστε αποδίδει πληρέστερα το μεταδικτατορικό πνεύμα του συντάγματος υπέρ της προστασίας των ατομικών ελευθεριών και υπέρ της ελεύθερης διάδοσης των ιδεών, δεν επιβάλλεται καθεστώς λογοκρισίας στον κινηματογράφο ή τη φωνογραφία, αλλά αφήνεται στη διακριτική ευχέρεια του νομοθέτου να ρυθμίσει τα του κινηματογράφου<sup>1</sup>. Σε κάθε περίπτωση η συγκεκριμένη ρύθμι-

---

1. Γ. Μίντσης, οπ.πάρ. σελ.639



ση πρέπει να θεωρηθεί αναχρονιστική και ξεπερασμένη, ενώ δεν είναι εύκολο να βρεθεί σεβαστή δικαιολογία σε μια φιλελεύθερη δημοκρατία που να εξηγεί αυτή τη διαφορετικότητα εξ' απόψεως συνταγματικής προστασίας. Ο ν.1597/1986 «περί προστασίας και ανάπτυξης της κινηματογραφικής τέχνης και ενίσχυση της ελληνικής κινηματογραφίας» ήρθε για να καλύψει αυτό το κενό, χωρίς πάντα να το επιτυγχάνει.

Σύμφωνα με το αρθ.8 του ν.δ.1108/1941 που ίσχυε πριν το ν.1597/1986, επιβαλλόταν προληπτικός έλεγχος τόσο των ελληνικών, όσο και των ξένων ταινιών. Ο νεαρός νόμος ανήγαγε την προστασία της τέχνης σε υποχρέωση του κράτους, και διακήρυξε τη σύμφωνα με το Σύνταγμα ελευθερία της<sup>1</sup>. Η λογοκρισία και κάθε δυνατότητα άσκησης προληπτικών απαγορεύθηκαν ενώ όπως ορίστηκε «η κατάσχεση κινηματογραφικών ταινιών μετά την προβολή τους επιτρέπεται μόνο στις περιπτώσεις, και υπό τις προϋποθέσεις του συντάγματος, για την κατάσχεση εφημερίδων και άλλων εντύπων» (αρθ.2 παρ.3 ν.1597/1986). Εξομοιώθηκε έτσι η παραγωγή και διάθεση κινηματογραφικών ταινιών ή φωνογραφήματων με τον Τύπο, αφού πλέον επιτρέπεται η κατάσχεση μόνο μετά την πρώτη προβολή της ταινίας, για τους λόγους του αρθ.14 παρ.3 Συντ. μόνο, και ακόμα και αυτεπάγγελτης εισαγγελικής παραγγελίας. Είναι πράγματι ουσιαστική η συγκεκριμένη μεταβολή αφού το σύστημα περιορισμού που αρμόζει σε ένα δημοκρατικό και φιλελεύθερο πολίτευμα είναι το κατασταλτικό. Η απαίτηση προηγούμενης άδειας για την άσκηση δικαιώματος είναι μορφή προληπτικού συστήματος και σημαίνει ότι η άσκηση του δικαιώματος είναι κατ' αρχήν απαγορευμένη<sup>2</sup>. Ο προληπτικός έλεγχος άλλωστε συνιστά ταπείνωση του πνευματικού δικαιώματος ενώ από πολλού αμφισβητείται και η σκοπιμότητα του κατασταλτικού ελέγχου, αφού τις περισσότερες φορές οδηγεί σε νοσηρό κλίμα και περιέργεια, παρέχοντας έτσι μεγάλη φήμη και δημιουργώντας έτσι ευρύ έδαφος διάδοσης<sup>3</sup>.

Βέβαια το αρθ.37 παρ.2 του ν.1597/1986 επιτρέπει μια περίπτωση προληπτικού ελέγχου πριν το «γύρισμα». Έτσι σε περίπτωση παραγωγής ή προβολής ταινιών σε παραμεθόριες περιοχές επιτρέπεται τέτοιος έλεγχος αν «εξαιρετικοί λόγοι των διεθνών σχέσεων της χώρας επιβάλλουν ειδικές παρεκκλίσεις» (διάταξη αναμφισβήτητα αμφισβητούμενης συνταγματικότητας). Πρέπει βέβαια για κάτι τέτοιο να υπάρχει κοινή απόφαση των Υπ. Εξωτερικών κ' Πολιτισμού με την οποία διακόπτεται και απαγορεύεται το «γύρισμα» σε παραμεθόριες περιοχές. Επαφίεται βέβαια στη διακριτική ευχέρεια της διοίκησης τόσο ο ορισμός της έννοιας του νόμου «εξαιρετικοί λόγοι» όσο και η απόφαση αν αυτοί συντρέχουν. Προστασία κατ' αυτής παρέχεται με δυνατότητα άσκησης αίτησης ακυρώσεως κατά της κοινής αυτής υπουργικής απόφασης.

---

1. Αρθ.2 ν.1597/1986

2. Αρ. Μάνεσης, οπ.πάρ. σελ. 78 επ.

3. Δ. Κόρσος, οπ.πάρ. σελ. 120

Η αιτία προφανώς όλου αυτού του διαφορετικού πλαισίου ρύθμισης για τον κινηματογράφο, ερείδεται τόσο σε ποσοτικά, όσο και σε ποσοτικά κριτήρια. Ο κινηματογράφος είναι αναμφισβήτητα η Τέχνη του 20<sup>ου</sup> αιώνα και είναι μία μαζική και λαϊκή μορφή Τέχνης. Ακόμα και μετά την εισβολή της τηλεόρασης στα μέσα του αιώνα αυτού κατάφερε αναπτύσσοντας όλο και πιο καινούργιες τεχνικές να κρατήσει χωρίς μεγάλες απώλειες το κοινό του. Ο κινηματογράφος, ούτως ή άλλως, εκ της φύσεώς του, ως οπτικοακουστικό μέσο, μπόρεσε να συγκεράσει τις περισσότερες μορφές τέχνης σε πολύ μεγαλύτερο βαθμό απ' ότι το θέατρο. Η ιδιαιτερότητα του κινηματογράφου όμως έναντι σε άλλων μορφών τέχνης, έγκειται στην ιδιαίτερη συνάρτησή του με το χώρο. Η ιδιότητα αυτή τον διακρίνει από τα υπόλοιπα μέσα διάδοσης, ιδεών και στοχασμών. Ο θεατής καθηλώνεται απ' τη συνεχή εναλλαγή εικόνων ενώ το μέγεθος της οθόνης, το σκοτάδι που επικρατεί στην αίθουσα κλπ ασκούν καταλυτική επίδραση στην κριτική ικανότητα των θεατών και τους κάνουν ευάλωτους και πιο δεκτικούς στα μηνύματα που προσπαθεί να περάσει ο σκηνοθέτης<sup>1</sup>. Βάσιμα γίνεται δεκτό λοιπόν ότι η ένταση της προσβολής των συγκρουόμενων εννόμων αγαθών, είναι μεγαλύτερη στις κινηματογραφικές ταινίες (άσχετα αν προβάλλονται στις κινηματογραφικές αίθουσες ή στην τηλεόραση) απ' ότι στα λογοτεχνικά έργα<sup>2</sup>. Σ' αυτήν την επίδραση του κινηματογράφου προσπάθησαν να βάλουν φραγμούς τόσο η γερμανική, όσο και η ελληνική έννομη τάξη (αρθ.15 παρ.1 Συντ., αρθ.118 παρ.2 εδ.α' συντάγματος Βαϊμάρης 1919 όπου αναφερόταν ότι: «Λογοκρισία δεν υφίσταται, για τα κινηματογραφικά έργα όμως μπορούν με νόμο να θεσπιστούν αποκλίνουσες ρυθμίσεις»).

Αυτή η ιδιαίτερη σύνδεση με του κινηματογράφου με το χώρο, έχει βέβαια εκτός των μειονεκτημάτων και πλεονεκτήματα. Προϋποτίθεται έτσι η προσέλευση του κοινού σε έναν συγκεκριμένο χώρο και κατ' αυτόν τον τρόπο καθίσταται αφ' ενός εφικτός ο έλεγχος των εισερχομένων χάριν προστασίας της ανήλικης νεότητας, αφ' ετέρου δε να είναι δυνατή εκ των προτέρων η επιλογή του έργου από το κοινό. Μετά την εισβολή της τηλεόρασης ως κύριο μέσο ενημέρωσης αλλά και διασκέδασης, έχει επέλθει μια ποιοτική μεταβολή στη νοοτροπία του κινηματογραφόφιλου κοινού. Είναι πλέον στην συντριπτική του πλειοψηφία ενημερωμένο και προσέρχεται στις κινηματογραφικές αίθουσες οικειοθελώς γνωρίζοντας εκ των προτέρων, έστω και σε γενικές γραμμές, το περιεχόμενο της ταινίας που θα παρακολουθήσει. Διαφέρει σε αυτό σημαντικά από το κοινό της δεκαετίας του '60 που σύχναζε στον κινηματογράφο επιλέγοντάς τον ως μέσο ψυχαγωγίας. Αυτή η ποιοτική μεταβολή στη σύσταση του κοινού οδήγησε τη νομολογία να διατυπώσει και να εισάγει τη πολύ σημαντική έννοια του «ειδικού κοινού» η οποία θα μας απασχολήσει ιδιαίτερος παρακάτω σε ότι αφορά την προβολή τόσο ασέμνων ταινιών, όσο και ταινιών που αντιτίθενται στις θρησκευτικές πεποιθήσεις μερίδας ατόμων.

---

1. Δ. Σιδέρης: «Άσεμνα θεάματα και κινηματογράφος», Αρμ.1984, σελ. 104

2. Σ. Βλαχόπουλος, οπ.πάρ. σελ. 107



Τέλος, όπως έχει εν συντομία αναφερθεί, πρέπει να αντιδιαστείλουμε την κινηματογραφία, που αποτελεί μορφή τέχνης, απ' την «Τέχνη» του Ντοκιμαντέρ που αποτελεί τρόπο μετάδοσης ιδεών, άρα εμπίπτει στο προστατευτικό πλέγμα των διατάξεων περί Τύπου<sup>1</sup>. Στο ντοκιμαντέρ σκοπός του δημιουργού είναι να αποδοθεί πιστά και αυτούσια η αλήθεια. Προϋποτίθεται έρευνα, σύγκριση και διασταύρωση πηγών. Τα πραγματικά γεγονότα που παρουσιάζονται στα ντοκιμαντέρ διεκδικούν αυθεντικότητα και οι όποιοι διάλογοι ή στοιχεία που εμπεριέχονται σε αυτό συνοδεύονται από τις βιβλιογραφικές τους πηγές. Η όποια προσπάθεια μέσω εικαστικών παρεμβάσεων στη φωτογραφία ή τη σκηνοθεσία ή η όποια επίκληση στο συναίσθημα του θεατή, δεν αρκεί για να καταστήσει ένα ντοκιμαντέρ έργο τέχνης, ενώ δεν αλλοιώνεται ο ενημερωτικός του χαρακτήρας αν αναμειχθούν αληθινά με φανταστικά στοιχεία.

## 2. Η απαγόρευση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος

Η κατάχρηση του δικαιώματος αναφέρεται στο αρθ.25 παρ.3 Συντ. Κατά συνταγματική επιταγή «η καταχρηστική άσκηση δικαιώματος δεν επιτρέπεται». Ο Αρ. Μάνεσης θεωρεί ότι η συνταγματική καθιέρωση της έννοιας της κατάχρησης του θεμελιώδους δικαιώματος «υπήρξε ατυχής και δηλωτική της δυσπιστίας του τότε συνταγματικού νομοθέτη στους πολίτες της χώρας». Κατάχρηση δικαιώματος είναι η νομότυπη, πλην όμως υπερβολική, και για τούτο μη ανεκτή απ' την έννομη τάξη άσκηση δικαιώματος<sup>2</sup>. Κατάχρηση συντρέχει όταν δεν παραβιάζεται μεν καμία ρητή διάταξη αλλά αντιστρατεύεται το σκοπό του συγκεκριμένου δικαιώματος. Όταν, δηλαδή, δεν παραβιάζεται μεν το γράμμα, αλλά το πνεύμα του Συντάγματος<sup>3</sup>. Κατά άλλη διατύπωση, η έννοια της κατάχρησης περιορίζεται στις περιπτώσεις όπου το Σύνταγμα απαιτεί το δικαίωμα να ασκείται για σκοπό πρόδηλα διαφορετικό από εκείνον για τον οποίο έχει θεσπιστεί<sup>4</sup>. Το πρόδηλο του σκοπού πρέπει να βασίζεται σε γεγονότα εξωτερικά και αναμφισβήτητα.. Αλλιώς, εν αμφιβολία, οφείλουμε να αποφανθούμε ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της κατάχρησης<sup>5</sup>. Ο θεσμός της απαγόρευσης κατάχρησης κατατάσσεται τόσο στο σύστημα περιορισμών, όσο και στο σύστημα προσδιορισμών – οριοθετήσεων των συνταγματικών δικαιωμάτων<sup>6</sup>. Κατά τη γνώμη του γράφοντος ορθότερη

---

1. Γ. Θεοδόσης, οπ.πάρ. σελ. 120-121

2. Ανδρ. Δημητρόπουλος, οπ.πάρ. σελ. 65

3. Π. Δ. Δαγτόγλου, οπ.πάρ. σελ. 134

4. Κ. Χ. Χρυσόγονος, οπ.πάρ. σελ. 72

5. Δ. Θ. Τσάτσος, οπ.πάρ. σελ. 281

6. Υπέρ της κατάχρησης ως περιορισμού τίθενται οι Αρ. Μάνεσης και Α. Ράικος, ενώ υπέρ της κατάχρησης ως οριοθέτησης του δικαιώματος τίθενται οι Δ. Θ. Τσάτσος, Π. Δ. Δαγτόγλου και Ανδρ. Δημητρόπουλος.

είναι η δεύτερη άποψη, αφού εκείνος που δεν κάνει χρήση αλλά κατάχρηση του δικαιώματός του κινείται έξω απ' το συνταγματικά περιχαρακωμένο δικαίωμά του. Η κατάχρηση άλλωστε περικλείει και ένα στοιχείο εκμετάλλευσης αφού ο δικαιούχος του δικαιώματος εκμεταλλεύεται την εξουσία που του αναγνωρίζει η έννομη τάξη για σκοπούς ξένους, και ενίοτε αντικείμενους, σε αυτήν.

Ο μεγαλύτερος κίνδυνος όμως που ενέχεται στο αρθ.25 παρ.3 Συντ. είναι το να γίνει αντικείμενο κατάχρησης η ίδια η απαγόρευση της κατάχρησης. Αυτός ο κίνδυνος προκάλεσε εξάλλου και τη σφοδρή κριτική της διατάξεως. Θεωρήθηκε έτσι μέσο για να ανατραπεί όλο το σύστημα της συνταγματικής προστασίας των κοινωνικών και ατομικών δικαιωμάτων και άλλη μια όψη της σχετικότητας της προστασίας των ατομικών δικαιωμάτων<sup>1</sup>. Δεν είναι σωστή η κρίση του Αρ. Μάνεση όμως, ότι αποτελεί *lex imperfecta* αφού δεν αναφέρεται, όπως επρόκειτο, κατά το σχέδιο του Συντάγματος, ούτε ποινή ούτε νομοθετική επιφύλαξη υπέρ του καθορισμού της ποινής. Το κανονιστικό της περιεχόμενο περιβάλλει τη συμπεριφορά η οποία ελαύνεται από σκοπούς εξωσυνταγματικούς ή ευθέως αντισυνταγματικούς (αρ.23 παρ.2 Συντ., αρθ.17 παρ.1 Συντ., αρθ.106 παρ.2 Συντ.) με την κύρωση της απαγόρευσης. Η κύρωση της κατάχρησης συνίσταται στο ότι η συγκεκριμένη συμπεριφορά δεν απολαμβάνει τη συνταγματική προστασία του συγκεκριμένου δικαιώματος το οποίο δεν μπορεί πια να επικαλείται ο καταχρώμενος. Αυτό όμως δεν σημαίνει ότι υπάρχει γενική έκπτωση απ' το δικαίωμα, αλλά μόνο *ad hoc* αφαίρεση της συνταγματικής προστασίας. Ναι μεν δεν αποτελεί *lex imperfecta*, δεν επιτρέπεται όμως να μεταβληθεί και σε πολλαπλασιαστική συνταγματικών δικαιωμάτων, πόσο μάλλον των ανεπιφύλακτων όπως η ελευθερία της τέχνης<sup>2</sup>.

Καταχρηστική κρίθηκε η ταινία του Martin Scorsese «Ο τελευταίος πειρασμός» απ' το Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών με την απόφαση 17115/1988 (απόφαση που θα μας απασχολήσει ιδιαίτερα και στο κεφάλαιο της προσβολής του δικαιώματος της θρησκευτικής ελευθερίας). Σύμφωνα με αυτήν απαγορεύθηκε η προβολή της ταινίας λόγω του ότι προβάλλεται ο Ιησούς Χριστός με τρόπο που «αντιστρατεύεται τα χρηστά ήθη που εκπηγάζουν απ' τις θεμελιώδεις πολιτειακές, κοινωνικές, οικονομικές και ηθικές αρχές και αντιλήψεις που κυριαρχούν στην ελληνική πολιτεία και αντιπροσωπεύουν την περί του πρόποντος λαϊκή συνείδηση και επί πλέον προφανώς αντίκεινται στον κοινωνικό και οικονομικό σκοπό του ασκούμενου... δικαιώματος... σύμφωνα με τις διατάξεις των αρθ.25 παρ.3 Συντ. και ΑΚ.281»<sup>3</sup>.

Κατ' αρχήν είναι λάθος η άποψη μιας μερίδας της θεωρίας κατά την οποία εν όψει της ενότητας της έννομης τάξης και των αναλυτικότερων κριτηρίων που η ΑΚ281 θέτει, επιβάλλεται η ταυτόχρονη εφαρμογή τους επειδή η ΑΚ281 αποτελεί εξειδίκευση της ιεραρχικά ανώτερης συνταγματικής

---

1. Αναλυτικότερη παράθεση των επικρίσεων στον Π. Δ. Δαγτόγλου, οπ.πάρ. σελ. 138

2. Κ. Χ. Χρυσόγονος, οπ.πάρ. σελ.73

3. Ελλ.Δικ/νη, τομ. 30 (1989), σελ. 1375 επ.

διάταξης<sup>1</sup>. Αυτό κατ' αρχήν για λόγους συστηματικής εντάξεως της διάταξης. Το αρθ.25 παρ.3 Συντ. αφορά μόνο τα κατοχυρούμενα δικαιώματα στα άρθρα 4-24 το Συντάγματος (τα ατομικά δηλαδή και κοινωνικά δικαιώματα). Αν αφορούσε και τα πολιτικά θα έπληττε τον πυρήνα της λαϊκής κυριαρχίας. Το αντεπιχείρημα βέβαια εδώ θα ήταν ότι ούτως ή άλλως ο πυρήνας του δικαιώματος δεν μπορεί ποτέ να απειληθεί. Το κυριότερο όμως είναι ότι τα ΑΚ281 και αρθ.25 παρ.3 Συντ είναι διατάξεις με εντελώς διαφορετική υφή όχι μόνο λόγω της διαφοράς επιπέδου τυπικής ισχύος, αλλά κυρίως λόγω της διαφοράς του περιεχομένου τους. Η ΑΚ281 προστατεύει τον κατά τεκμήριο ασθενέστερο πολίτη έναντι της εκμετάλλευσης από τον ισχυρότερο. Το αρθ.25 παρ.3 Συντ. προστατεύει όμως την θέσει ισχυρότερη κρατική εξουσία, έναντι του ασθενέστερου πολίτη – καταχραστή του δικαιώματος. Δεν μπορούν έτσι να μεταφραστούν στο πεδίο του αρθ.25 παρ.3 Συντ. τα κριτήρια της ΑΚ281, ούτε βέβαια να περιοριστεί ένα συνταγματικά, και μάλιστα ανεπιφύλακτα κατοχυρωμένο δικαίωμα όπως αυτό της ελευθερίας της τέχνης, από διάταξη απλού νόμου όπως είναι ο Αστικός Κώδικας.

### 3. Τα χρηστά ήθη (Ιδιαίτερα περί άσεων)

Στο πλαίσιο των γενικότερων οριοθετήσεων των ατομικών δικαιωμάτων από το Σύνταγμα, μετά το Σύνταγμα και τα δικαιώματα των άλλων αναφέρονται τα χρηστά ήθη. Εδώ δεν θα ασχοληθούμε περισσότερο με το θέμα αν ορθώς περιορίζεται ή όχι το δικαίωμα της ελευθερίας της τέχνης από τα χρηστά ήθη, αφού θα αναπτυχθεί αναλυτικότερα στο κεφ. Ζ. Εδώ θα προχωρήσουμε σε μία σύντομη προσέγγιση των σχέσεων της τέχνης με θεάματα που αντιτίθενται στα χρηστά ήθη όπως είναι κατ' εξοχήν τα άσεμνα και θα εξετάσουμε την προστασία που απολαμβάνουν εξ' αιτίας της θεσμικής τους εφαρμογής στον θεσμό της τέχνης βάσει της αιτιώδους συνάφειας και ομοιογένειας που χαρακτηρίζει και τα δύο αυτό νομικά μορφώματα.

Έτσι ας ξεκινήσουμε από τον ορισμό του άσεμνου στον νόμο: «Άσεμνα θεωρούνται αντικείμενα όταν σύμφωνα με το κοινό αίσθημα προσβάλλουν την αιδώ· δεν θεωρούνται άσεμνα τα έργα τέχνης ή επιστήμης». Αυτός ο ορισμός όμως δεν επιλύει ουσιαστικά το πρόβλημα αφού οι έννοιες «κοινό αίσθημα» και «αιδώς» που είναι στο ορίζον, χρειάζονται και αυτές με τη σειρά τους αποσαφήνιση και εννοιολογική οριοθέτηση.

Άσεμνο είναι αυτό που προσβάλλει τη σεμνότητα. Δεν είναι κάθε τι μη σεμνό, αλλά το εκ διαμέτρου αντίθετο της σεμνότητας, εκείνο που ενέχει μια ολοκληρωτική και προκλητική άρνησή της<sup>2</sup>. Είναι μια οριακή έννοια η οποία αναφέρεται κατ' ουσίαν πάντοτε σε ένα σημείο – όριο μια διαδοχής αντικειμένων, ώστε υπέρβαση και μόνο του ορίου αυτού να συνεπάγεται και

---

1. Ανδρ. Δημητρόπουλος, οπ.πάρ. σελ. 66, Α. Ράικος, οπ.πάρ. σελ. 178

2. Ν. Ανδρουλάκης, οπ.πάρ. σελ. 209 επ.

την πραγμάτωση της προσβολής της σεμνότητας και όχι απλά την άρνησή της. Το όριο αυτό δεν μπορεί να είναι άλλο από την αιδώ. Όταν γίνεται λόγος για την αιδώ δεν εννοείται προφανώς αυτή του ίδιου του δράστη, αλλά των άλλων. Έχουμε έτσι υπέρβαση του ενεργούντος υποκειμένου αφού «αιδώς είναι μια μορφή αυτοσυνειδησίας του ανθρώπου συνισταμένης εις τον φόβον μειώσεώς του, εις τα όμματα των συνανθρώπων του»<sup>1</sup>. Σύμφωνα με μια άποψη ενός γερμανού θεωρητικού την οποία συμμερίζονται και οι δύο προαναφερθέντες ημέτεροι θεωρητικοί του Ποινικού Δικαίου, η αιδώ είναι μία ενστικτώδης, αθέλητη, δυσάρεστη, ψυχική αντίδραση καθώς προσπαθεί κάποιος να αποκρύψει από τα βλέμματά των άλλων ένα ελάττωμά του ή μία έλλειψή του. Για αυτό και συνήθως μιλάμε για δημόσια αιδώ αφού ένα τέτοιο συναίσθημα εμφανίζεται, ως επί το πλείστον, ενώπιον πολύ κόσμου. Αυτό συμβαίνει κυρίως όταν έχουμε να κάνουμε με αποκάλυψη πράξεων των σωματικών λειτουργιών ή εικόνων, που κατά το κρατούν κοινωνικό ήθος, κατά το «κοινό αίσθημα», συντελούνται και οφείλουν να παραμείνουν κρυφά. Σύμφωνα με μια άλλη άποψη, προσβολή της αιδούς έχουμε όταν παραβαίνεται ένας τέτοιος ηθικοκοινωνικός κανόνας ο οποίος απαγορεύει τις πράξεις επίδειξης για τις οποίες μιλήσαμε παραπάνω και επιτάσσει την ντροπή ως αντίδραση εκείνων που θα γίνουν μάρτυρές τους.

Όσον αφορά τώρα στο κοινό αίσθημα, υποστηρίχθηκαν στην Ιταλία δύο απόψεις. Ανατρέχουμε στην ιταλική θεωρία, γιατί το αρθ.30 του ν.5060/1931 είναι αντιγραφή του αρθ.529 του ιταλ.ΠΚ. Κατά την πρώτη το κριτήριο για την κατάφαση του κοινού αισθήματος πρέπει να είναι «ιστορικό – στατιστικό» (αντικειμενικό κριτήριο), ενώ κατά την δεύτερη «δεοντολογικό» (υποκειμενικό κριτήριο). Σύμφωνα με την πρώτη απαιτείται το κοινό αίσθημα να είναι πραγματικά κοινό, στην μεγάλη πλειοψηφία των πολιτών, χωρίς να λαμβάνονται υπ' όψιν άτομα που σκέπτονται οριακά, δηλαδή αυτά που διέπονται απ' την κακώς εννοούμενη σεμνοτυφία ή είναι υπέρμετρα ανεκτικά. Κατά τους υποστηρικτές της δεύτερης άποψης το κοινό αυτό αίσθημα ανήκει σε έναν υγιή κοινωνικό άνθρωπο με ζωντανά τα αισθήματα της αξιοπρέπειας και της γενετήσιας διακριτικότητας. Και οι δύο απόψεις έχουν τον αντίλογό τους<sup>2</sup>. Έτσι το συναίσθημα της ολότητας είναι σχεδόν αδύνατον να εξακριβωθεί. Μεταξύ άλλων, και διότι οι πλείστοι των ανθρώπων χρησιμοποιούν διπλά κριτήρια ή πάντως μεταβάλλουν απόψεις κατά τη διάρκεια της ζωής τους. Η κριτική βέβαια αυτή δεν επαρκεί για να απορρίψουμε την οριοθέτηση του κοινού αισθήματος με βάση το αίσθημα της πλειοψηφίας, αφού αν μεταβληθεί το τι θεωρείται σεμνό και τι άσεμνο, αντίστοιχα θα πρέπει να μεταβληθεί και η δικανική κρίση. Είναι αυτονόητο ότι όταν έχουμε να κάνουμε με την αιδώ και ποιο είναι το όριο που πρέπει να ξεπεράσει ένα έργο για να θεωρηθεί άσεμνο έχουμε να κάνουμε με ένα μέγεθος που κυμαίνεται από εποχή σε εποχή και από τόπο σε τόπο και η διαμόρφωση του οφείλεται σε ιστορικούς και κοινωνικούς όρους. Έχουμε να

---

1. Δ. Σπινέλλης: «Περί ασέμων δημοσιευμάτων», Ποιν.Χρ., 1970, σελ. 496 επ.

2. Δ. Σπινέλλης, οπ.πάρ. όπου παρατίθενται οι απόψεις του Γερμανού Hanack

κάνουμε με μια αξία σχετική η οποία καθορίζεται από τα εκάστοτε κρατούντα πολιτικά, θρησκευτικά και κοινωνικά πιστεύω ανάλογα της εξέλιξης του πολιτισμού κάθε κράτους. Τη σχετικότητα του ορισμού του αθέμιτου αναγνωρίζει άλλωστε και το Ευρ.Δ.Δ.Α. αφού στην έκθεση της Ευρ. Επιτροπής για την υπόθεση Muller v. Switzerland (24.5.1988) αναφέρεται ότι «αντικείμενα τα οποία αλλού μπορεί να γίνονται αποδεκτά, κάτω από ορισμένες περιστάσεις και σε ορισμένο χρόνο μπορούν να κριθούν ως άσεμνα».

Όσον αφορά επίσης την κριτική της εναντίωσης του μέσου κοινωνικού ανθρώπου, ως αντιπροσώπου του συνόλου, πρόκειται για μια κατασκευή η οποία είναι «μια άρχους, νοητική μορφή, η οποία δεν παρουσιάζει ανθρώπινο, πόσο μάλλον αντιπροσωπευτικό χαρακτήρα, καθ' όσον ελλείπουν από αυτήν οι ανθρώπινες ιδιότητες των οποίων η συνισταμένη θα δημιουργούσε μια μέση πραγματικότητα»<sup>1</sup>.

Η ημετέρα νομολογία δεν έχει κρατήσει κοινή θέση, ούτε ως προς το τι είναι «κοινό αίσθημα», ούτε έχει προβεί σε έναν σαφή ορισμό της αιδούς. Έτσι τα δικαστήρια υιοθετούν άλλοτε το αντικειμενικό κριτήριο, δεχόμενα ότι απαιτείται προσβολή της αιδούς ολόκληρης κατηγορίας προσώπων<sup>2</sup>, «του κοινωνικού συνόλου εν ορισμένω τόπω και χρόνω»<sup>3</sup>. Ισχυρότατη πάντως επίδραση προκάλεσε η άποψη των κατώτερων δικαστηρίων, η οποία τυγχάνει της αποδοχής της θεωρίας, σύμφωνα με την οποία «αι έννοιαι του κοινού αισθήματος και της δημοσίας αιδούς πρέπει να εξεταστούν μόνο εν σχέσει με τον ως άνω ειδικών αντιλήψεων και επιθυμιών περιορισμένον κύκλον προσώπων»<sup>4</sup>. Η ΕφΑθ 8098/1979 (ΠοινΧρ ΚΘ', σελ. 901 επ.) επαναλαμβάνοντας απόφαση του γερμανικού Ακυρωτικού (BGH 1961) διαφοροποιείται: η αιδώς αφορά ολόκληρη κατηγορία προσώπων που έχουν «καλλιτεχνικά και επιστημονικά ενδιαφέροντα» και ενδιαφέρονται «δια την σύγχρονον λογοτεχνίαν και τα ρεύματά της».

Ομοίως και αναφορικά με την αιδώ η ΑΠ1178/1972 (ΠοινΧρ ΚΒ', σελ. 798) αναφέρει ότι «αιδώς είναι το αίσθημα αποστροφής προς το αισχρόν και προς το προκαλούν εντροπή». Η ΠλημΑθ 12654/1978 (ΠοινΧρ ΚΗ', σελ. 642) θεωρεί την αιδώ είδος της τιμής, ενώ η μειοψηφία της ΠλημΘες 1760/1983 (Αρμ 1983, σελ. 987) τη θεωρεί πτυχή της προσωπικής ελευθερίας του ανθρώπου. Οι περισσότερες αποφάσεις αρκούνται στο αναφέρουν τι προσβάλει η αγνώστου περιεχομένου αιδώ. Έτσι θεωρείται ότι προσβάλλουν την αιδώ περιστατικά και σκηνές αισχρές όπως αυτές που ανάγονται στην εκπλήρωση της γενετήσιας ορμής κατά τρόπο ικανό να διεγείρει τη νοσηρή φαντασία ως και τα κατώτερα ένστικτα και ορέξεις των θεατών και να τους ωθήσει προς την ακολασία (ΠλημΘες 1828/1984, Αρμ 1985, σελ. 856 επ.). Η

---

1. ΕφΑθ 6518/1969

2. ΑΠ 219/1975 (ΠοινΧρ ΚΕ', σελ. 578)

3. ΠλημΑθ 2435/1978 (ΠοινΧρ ΚΗ', σελ. 827)

4. ΕφΘες 200/1983 (Δίκαιο κ' πολιτική, τομ. 4, 1983, σελ. 303), ΠλημΘες 1760/1983 (Αρμ 1983, σελ. 987), ΕφΠειρ 1073/1984 (ΠοινΧρ ΛΔ', σελ. 1049)



ΑΠ1178/1972 (ΠοινΧρ ΚΒ', σελ. 798) αναφέρει επιπλέον ότι δεν αρκεί η παρουσία γενετήσιων συμβάντων, αλλά επιπλέον χρειάζεται «η εκχυδαΐζουσα και διαλαλούσα κατά τρόπο οχληρό περιγραφή των». Προσβολή έχουμε επίσης εφ' όσον «δια της σεξουαλικής διεγέρσεως το έργον τείνει ευθέως εις ψυχικήν και πνευματικήν διαφθοράν» (ΠλημΑθ 2435/1978 ΠοινΧρ ΚΗ', σελ. 827) ή προκαλείται «αποστροφή και αηδία» (ΠλημΛαρ 3654/1986, ΠοινΧρ ΛΣΤ', σελ. 950).

Μόνος σκοπός, αναφέρει ο Ν. Ανδρουλάκης, παραθέτοντας τις απόψεις του Άγγλου John Stuart Mill, μιας πολιτισμένης κοινωνίας είναι η πρόληψη βλάβης των άλλων κοινωνών και με την έννοια αυτή η αυτοπροστασία της κοινωνίας. Οι δύο θεμελιώδεις αρχές που οφείλουν να διέπουν και να προσδιορίζουν την αναγωγή μιας συγκεκριμένης συμπεριφοράς σε αξιόποινη είναι η αρχή της αναγκαιότητας και η αρχή της δικαιοσύνης (αναλογίας). Μόνο εκείνες οι πράξεις επομένως επιτρέπεται να περιοριστούν από το κράτος και να καταστούν αξιόποινες όσες αντιβαίνουν στην ασφάλεια των πολιτών. Το κράτος δεν είχε δικαίωμα να εκβιάσει το «θετικό καλό» των πολιτών του<sup>1</sup>. Η κοινωνία δεν έχει δικαίωμα να ασκεί εξαναγκασμό σε σχέση με την ηθική ποιότητα των μελών της. Δικαιωμένη είναι η ποινική προστασία της δημοκρατικής πολιτικής τάξης σε ένα κράτος δικαίου. Για αναχθεί σε έγκλημα μια ηθικά επιλήψιμη συμπεριφορά χρειάζεται πάντα κάτι που βρίσκεται κάτω από το ηθικό πρόσταγμα και που η δική του προστασία είναι εκείνη που τελικά δικαιώνει την ηθική επιτίμηση και μαζί της στη συνέχεια την ποινική κύρωση.

Η ελληνοϊταλική θεωρία δέχεται ότι κινδυνεύει η ψυχική ηρεμία των πολιτών, όσο αυτή πλήττεται απ' την αποκάλυψη όσων πρέπει να μείνουν κρυφά, και η ανάγκη ομαλής εξέλιξης της ανήλικης νεότητας ανάγοντας έτσι σε προστατευόμενο αγαθό ένα εμπειρικό δεδομένο. Έρχεται σε αντίθεση έτσι τόσο με τον αγγλικό νόμο του 1959 περί ασέμων, όπου καταδικάζεται ως άσεμνο ένα καλλιτεχνικό έργο αν τείνει στο να ρίξει ηθικά και να διαφθείρει (deprave and corrupt) πρόσωπα που μπορούν να διαβάσουν, να δουν ή να ακούσουν το υλικό που περιέχεται σ' αυτό, όσο και με τα άρθ.283-290 γαλλΠΚ όπου απαγορεύεται η παραγωγή, η διανομή κλπ ασέμων επειδή αντιβαίνουν στα χρηστά ήθη. Ποιος όμως θα ορίσει την ηθική και τη διαφθορά, και με ποια βάση θα οριστεί κάποιος ως διεφθαρμένος ή πως θα διευκρινισθεί για να εφαρμοσθεί κατ' απαίτηση της *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, ο απροσδιόριστος ηθικός κανόνας των χρηστών ηθών μένει ακόμα να απαντηθεί...

Καθ' ημάς η θεωρία δέχεται ότι η κοινωνικά βλαπτική επίδραση των ασέμων είναι εγγενές χαρακτηριστικό τους και ότι η φθοροποιός επίδραση που υπολανθάνει εν αυτοίς έχει ως αποτέλεσμα την τρώση της ψυχικής ηρεμίας των πολιτών. Η κοινωνική βλάβη των ασέμων κατευθύνεται τόσο προς τους αιδήμονες, όπου διακινδυνεύεται το ζωντανό ακόμα σε αυτούς αίσθημα της αιδούς, όσο και προς τους μη αιδήμονες διαφθείροντάς τους.

---

1. Έτσι και η *Paris Adult Theater vs. Staton*, 415 US 49 (1973)

Πρέπει όμως να είμαστε προσεχτικοί με τέτοιου είδους γενικεύσεις και αφορισμούς οι οποίοι σίγουρα δεν στερούνται επιστημονικής βάσης (βλ. και σε Αρμ. 1985, σελ. 714 την παράθεση απ' τον Γ. Κρίππα διάφορων ερευνών για την βλαπτικότητα των ασέμωνων). Όπως απέδειξε άλλωστε το παράδειγμα της Δανίας μόλις αφέθηκε το 1967 ολοκληρωτικά ελεύθερη κάθε περιορισμού η γραπτή πορνογραφία, τα ποσοστά πωλήσεων των πορνογραφικών εντύπων έπεσαν δραματικά. Ας μην ξεχνάμε ότι κάτι τέτοιο παρατηρήθηκε και στην Ολλανδία, στην δεκαετία του '80 όπου αντίστοιχα αποποινικοποιήθηκαν τα «μαλακά» ναρκωτικά.

Συμπερασματικά λοιπόν η προσβολή της δημοσίας αιδούς έγκειται μόνο στο δυσάρεστο συναίσθημα της αποστροφής και «σοκαρίσματος» που προκαλούν τα άσεμνα δημοσιεύματα αφού δεν μπορούμε με βεβαιότητα να μιλήσουμε για διαφθορά των μη – αιδημόνων εξαιτίας της αποδυνάμωσης του αισθήματος της γενετήσιας εγκράτειας που προκαλούν οι ερωτικές παραστάσεις. Το έγκλημα του αρθ.30 του ν.5060/1931 κατά την κρατούσα γνώμη θεωρείται έγκλημα αφηρημένης διακινδύνευσης επειδή δεν είναι ανάγκη να έχουν σοκαριστεί ένα ή περισσότερα πρόσωπα για τον χαρακτηρισμό κάποιου ως ασέμνου<sup>1</sup>.

Η αμερικάνικη νομολογία του USSC (United States Supreme Court) έχει να παρουσιάσει πολύ μεγάλο εύρος απόψεων και μια εξέλιξη που επηρέασε την πορεία της σκέψης και στην ηπειρωτική Ευρώπη. Η αφετηρία της εκεί διαλεκτική ήρθε από την Αγγλία αφού υιοθετήθηκε και εκεί η θέση ότι το άσεμνο εξαχρειώνει ηθικά και διαφθείρει το άτομο. Ήδη όμως από το 1933 εισήχθησαν δύο νέα κριτήρια τα οποία περιόριζαν την έκταση των περιορισμών.

Αφορμή ήταν η κυκλοφορία του βιβλίου του J. Joyce: «Οδυσσέας» έτσι ως διαφθορέας της κοινής ηθικής χαρακτηρίστηκε το κεφάλαιο «Ναυσικά» που περιέγραφε σκηνές λουομένων γυναικών. Στην απόφαση US vs. One Book called «Ulysses» (1933) το βιβλίο απαλλάχθηκε από την κατηγορία του ασέμνου ενώ η απόφαση επέφερε τις εξής δύο πολύ σημαντικές διαφορές: Πρώτον ότι η κρίση πρέπει να βασίζεται στο σύνολο του έργου<sup>2</sup> και όχι σε μεμονωμένα περιστατικά και δεύτερον ότι το μέτρο για τη διαβρωτική δύναμη του έργου δεν ήταν επιρρεπής στην διαφθορά αλλά ο μέσος αναγνώστης.

Ιδιαίτερη επίδραση άσκησε στη συνέχεια η απόφαση Chaplinsky vs. New Hampshire (1942)<sup>3</sup>. Αναφερόμενη στο περιεχόμενο της προστασίας που παρέχει στην ελευθερία του λόγου η πρώτη τροποποίηση του Συντάγματος των Η.Π.Α. εξαιρούσε απ' αυτήν κατηγορίες λόγου όπως αυτές που περιλαμβάνουν άσεμνο, βλάσφημο ή προσβλητικό περιεχόμενο<sup>4</sup>. ο λόγος που αναφέρθηκε για

---

1. Contra N. Παρασκευόπουλος: «Επιστολές προ τη διεύθυνση» Αρμ. 1995 σελ. 714 επ.

2. Αυτή η άποψη υιοθετήθηκε και από το Γερμανικό Ακυρωτικό (στην υπόθεση «Fanny Hill», 22.7.1969) και απ' το Εφετείο Αθηνών (στην υπόθεση «Το αρμένισμα, του Μ. Κουμανταρέα», ΕφΑθ 6518/1969)

3. 315 US 568 (1942)

4. Σ. Τσακυράκης: «Η ελευθερία του λόγου στις Η.Π.Α.», σελ. 93

αυτόν τον διαχωρισμό παγιώθηκε καλύτερα στην *Roth vs. U.S.* (1957)<sup>1</sup> και είναι ότι τα «άσεμνα δεν έχουν καμία απολύτως αντισταθμιστική κοινωνική αξία και για αυτό δικαιολογούνται τα δύο επίπεδα προστασίας του λόγου». Το αξιοσημείωτο με αυτήν είναι ότι η διαφορετικότητα στη μεταχείριση επιτρέπεται εκ του ότι μπορούν να επιφέρουν βλάβες ή διατάραξη της κοινωνικής ειρήνης (και εδώ βρίσκεται ένας κοινός τόπος με την καθ' ημάς θεωρία). Η επόμενη απόφαση που έπαιξε εξίσου σημαντικό ρόλο, χωρίς να αφορά άμεσα το άσεμνο, ήταν η *Sullivan vs. New York Times* (1964)<sup>2</sup>. αυτή η απόφαση καθιέρωνε πλέον πανηγυρικά την απόλυτη προστασία του λόγου. Θεωρήθηκε ότι η προστασία στην ελευθερία του λόγου που παρέχει η Α' τροποποίηση ισχύει για κάθε του μορφή όπως είναι η τέχνη και η επιστήμη, που «όλοι αναγνωρίζουν ως άξιες προστασίας». Έτσι διαφορετικές σεξουαλικές αξίες ή επιλογές που παρατίθενται σε ένα βιβλίο, αναπαρίστανται σε έναν πίνακα (ζωγραφικής) και σε προβάλλονται σε μία ταινία δεν πρέπει να κρίνονται ως κατώτερης υπό στάθμης αξίες αλλά να αξιολογούνται παράλληλα με τις διαφορετικές ιδεολογικές αντιλήψεις.

Η επόμενη απόφαση αφορά ένα βιβλίο το οποίο αποτέλεσε πέτρα του σκανδάλου για πολλές έννομες τάξεις. Στην απόφαση *Memoirs vs. Massachusetts* (1966)<sup>3</sup> στο εδώλιο του κατηγορουμένου βρέθηκε το βιβλίο του J. Cleland «*The memoirs of Fanny Hill*». Εδώ διαμορφώθηκε ένας νέος ορισμός του ασέμνου ο οποίος περιέλαβε τρία στοιχεία: α) το κυρίαρχο θέμα του υλικού λαμβανομένου ως συνόλου απευθύνεται σε χυδαίο ενδιαφέρον για το σεξ, β) το υλικό είναι καταφανώς προσβλητικό διότι αντιστρατεύεται τα ισχύοντα μέτρα μιας κοινότητας σχετικά με την περιγραφή και την αναπαράσταση σεξουαλικών θεμάτων και γ) το υλικό είναι ολοσχερώς χωρίς κοινωνική αξία.

Είχε γίνει πλέον αντιληπτό ότι με τέτοια γενικά και αφηρημένα κριτήρια δύσκολα μπορεί να βοηθηθεί ο οποιοσδήποτε εφαρμοστής του δικαίου, ενώ δεν παρέχεται ούτε για τους κοινωνούς η απαιτούμενη ασφάλεια δικαίου. Πόσο μάλλον όταν έχουμε να κάνουμε με καλλιτεχνικά έργα τα οποία αντλούν τη θεματολογία τους απ' τη γενετήσια λειτουργία. Όπως τονίστηκε θεωρώ επαρκώς στην εισαγωγή της ανά χείρας εργασίας η τέχνη έχει σήμερα ξεπεράσει το φράγμα του καλλιτεχνικού κλασσικού ιδεώδους και της προσήλωσης στο κάλλος. Πλάι στο ωραίο και στο εύμορφο έχουν παρεισφρήσει και αξιώνουν το χώρο τους στην καλλιτεχνική δημιουργία το αντιαισθητικό, το άσχημο, το πρόστυχο<sup>4</sup>. Αν αυτό είναι δύσκολο να αξιολογηθεί από έναν κριτικό τέχνης, έστω και συντηρητικό, πόσο μάλλον από έναν δικαστή που υπολείπεται της εξειδίκευσης που απαιτείται. Για να καλυφθεί αυτό το κενό εξεδόθη η απόφαση *Miller vs. California* (1973)<sup>5</sup> και τροποποιήθηκε ο γερμανικός Ποινικός Κώδικας το 1974 έτσι ώστε να

---

1. 354 US 476 (1957)

2. 376 US 254 (1964)

3. 383 US 413 (1966)

4. N. Ανδρουλάκης, οπ.πάρ. σελ. 217

5. 413 US 15 (1973)



συμπεριλάβει μια νέα έννοια· αυτή του «πορνογραφήματος». Σύμφωνα με τη Miller τα κριτήρια για το άσεμνο διευρύνθηκαν. Έτσι το νέο κριτήριο για την ύπαρξη του ασέμνου απαιτεί να διαπιστωθεί: α) αν ο μέσος άνθρωπος εφαρμόζοντας ισχύοντα κοινωνικά μέτρα βρίσκει ότι το έργο, λαμβανόμενο ως σύνολο, απευθύνεται στα χυδαία ένστικτα, β) αν το έργο απεικονίζει ή περιγράφει, με καταφανώς προσβλητικό τρόπο, σεξουαλική συμπεριφορά, η οποία ειδικά καθορίζεται από τον προς εφαρμογή πολιτειακό νόμο και γ) αν το έργο λαμβανόμενο ως σύνολο, στερείται σοβαρής λογοτεχνικής, καλλιτεχνικής, πολιτικής ή επιστημονικής αξίας. Επίσης όρισε ότι το βάρος απόδειξης φέρει ο κατηγορούμενος, και όχι η διωκτική αρχή. Αυτός πρέπει πλέον να αποδείξει ότι το έργο του έχει έστω και ελάχιστη αξία. Η σημαντικότερη προσφορά της Miller όμως είναι ότι εισάγεται η απαίτηση οι νόμοι που απαγορεύουν το άσεμνο να περιέχουν σαφή περιγραφή της σεξουαλικής συμπεριφοράς που απαγορεύουν. Έτσι δίνει δύο παραδείγματα περιγραφών που θα μπορούσαν να υιοθετήσουν οι πολιτείες:

- a) καταφανώς προσβλητικές απεικονίσεις ή περιγραφές σεξουαλικών πράξεων, φυσικών ή διεστραμμένων
- b) καταφανώς προσβλητικές απεικονίσεις ή περιγραφές αυνανισμών, εκκρίσεων ή ασελή έκθεση γεννητικών οργάνων

Ομοίως και η έννοια του πορνογραφήματος είναι μια έννοια που εισήχθη στην προσπάθεια να ξεπεραστούν οι δυσκολίες που εγείρει η συνάφεια ασέμνου και Τέχνης: «πορνογράφημα είναι ένα άσεμνο λόγο - εικονογράφημα που χωρίς αμφιβολία δεν συνιστά έργο τέχνης. Συγκεκριμένα μια παράσταση που ανάγεται στη γενετήσια σφαίρα φέρει χαρακτήρα πορνογραφήματος όταν είναι γυμνή από κάθε άλλη ανθρώπινη έκφραση, κάθε άλλο προβληματισμό όταν με τη χονδροειδή προβολή σεξουαλικού περιεχομένου υποβιβάζει τον άνθρωπο σε απλό αντικαταστατό αντικείμενο γενετήσιας απόλαυσης σε έναν απλό πομπό και δέκτη ηδονοβλεπτικών ερεθισμάτων και τίποτε άλλο<sup>1</sup>. Έτσι ο άσεμνος χαρακτήρας ενός δημοσιεύματος μπορεί να καθοριστεί κατά τρόπο ορθολογιστικό, αντικειμενικό και εκτιμητέο, ενώ η περιγραφή των κριτηρίων που απαιτούνται καθιστά ικανή τη διάκριση μεταξύ σεξουαλικού ρεαλισμού και πορνογραφήματος. Έτσι και η ΑΠ. 546/1983<sup>2</sup> σύμφωνα με την οποία όταν ένα βιβλίο περιέχει άσεμνες λέξεις και φράσεις θα πρέπει να εξετάζεται «ο σκοπός και το περιεχόμενο του βιβλίου ίνα προκύπτει εάν ήτο αναγκαία η χρησιμοποίησις των ανωτέρω λέξεων και φράσεων δια την επιτυχή απόδοσιν του περιεχομένου του βιβλίου». Με τον ορισμό του «πορνογραφήματος» καθίσταται η σύγχυση μεταξύ αυτού και ενός λογοτεχνήματος, σχεδόν αδύνατη, όσο ευρεία και αν ληφθεί η έννοια του τελευταίου, αφού στο πορνογράφημα είναι εμφανές ότι λείπει η δημιουργός δύναμη, η προσπάθεια του καλλιτέχνη να εκφραστεί ή να επικοινωνήσει με συνανθρώπους του.

---

1. Έτσι η ΑΠ. 668/1973, ΠοινΧρ ΚΓ', σελ. 672 επ. που θεωρεί ένδειξη του ασέμνου τη μη – σύνδεση της γενετήσιας παράστασης με άλλες εκδηλώσεις της ζωής.

2. ΝοΒ, 1983, σελ. 716

Την αναστροφή του γερμανικού νόμου, ότι απαγορεύεται η δημόσια προβολή των ασέμων κατά τρόπο ώστε να περιέρχονται απρόσκλητα στην αντίληψη ατόμων που δεν επιθυμούν την επαφή μαζί τους, χρησιμοποίησε η ημετέρα νομολογία για να εισάγει την έννοια του «ειδικού κοινού». «Τις άσεμνες ταινίες τις βλέπει όποιος επιθυμεί να τις δει και στο πρόσωπό του δεν θίγονται ούτε γενετήσια ελευθέρια ούτε η τιμή». Έχουμε έτσι ένα είδος συναίνεσης του παθόντος όπου, ως γενικός λόγος άρσης του αδίκου έχει ως αποτέλεσμα να μεν πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος δεν θεμελιώνει όμως αξιόποινα. Όποιος θεωρεί ότι ενοχλείται από την προβολή και την παρακολούθηση ασέμων ταινιών ή την ανάγνωση τέτοιων κειμένων νομιμοποιείται να ζητήσει να μην συμμετάσχει και κανείς δεν μπορεί να του το επιβάλλει βάση της ελευθερίας της έκφρασης. Δεν έχουμε όμως προσβολή της δημοσίας αιδούς όταν είναι γνωστό εκ των προτέρων π.χ. εκ της τοποθεσίας, ή αν έχουν αναρτηθεί προσεχτικά και εμφανώς πινακίδες που σχολιάζουν και αναφέρουν το περιεχόμενο, το είδος και την καταλληλότητα των ταινιών που προβάλλονται στον συγκεκριμένο κινηματογράφο. Ναι μεν πρέπει να γίνει σεβαστή η γνώμη της πλειοψηφίας, αυτό που χαρακτηρίζει όμως μια δημοκρατική κοινωνία είναι η κατοχύρωση των δικαιωμάτων της μειοψηφίας. Επιπλέον ο απαιτούμενος δημόσιος χαρακτήρας της προσβολής της αιδούς λείπει όταν προβολή ασέμων γίνεται σε κλειστούς χώρους π.χ. galleries, ειδικούς χώρους τέχνης κ.α.

#### 4. Τα δικαιώματα των τρίτων

##### i. *Πραγματική σύγκρουση κ' δικαϊκή άρση*

Μεταξύ των συνταγματικών δικαιωμάτων υφίστανται σχέσεις αλληλεξάρτησης. Σύγκρουση δικαιωμάτων υπό νομική έννοια είναι η ταυτόχρονη αναγνώριση και νόμιμη άσκηση των δικαιωμάτων περισσότερων φορέων κατά τρόπο ώστε η νόμιμη άσκηση του δικαιώματος του ενός να περιορίζει τη νόμιμη επίσης άσκηση του δικαιώματος του άλλου. Η ιδιομορφία της βρίσκεται στο ότι παρ' όλο που η άσκηση όλων των δικαιωμάτων από όλους τους φορείς είναι νόμιμη, εντούτοις θίγεται κάποιο θεμελιώδες δικαίωμα. Πραγματική σύγκρουση δικαιωμάτων είναι η αποδοκιμαζόμενη από το δίκαιο παραβίαση του δικαιώματος του άλλου<sup>1</sup>.

Όπως γίνεται ομοφώνως<sup>2</sup> δεκτό, οι συνταγματικές διατάξεις και όλα τα συνταγματικά έννομα αγαθά είναι ισοδύναμα χωρίς να υφίστανται μεταξύ τους ιεραρχική σχέση αφού αυτό δεν συνάγεται πουθενά από το Σύνταγμα. Αυτό όμως δεν είναι για όλες τις έννομες τάξεις αυτονόητο αφού π.χ. στην αμερικάνικη νομολογία διαφαίνεται η τάση για a priori αξιολογική ιεράρχηση

---

1. Ανδρ. Δημητρόπουλος, οπ.πάρ. σελ. 96

2. Αρ. Μάνεσης, οπ.πάρ. σελ. 43, Α. Ράικος, οπ.πάρ. σελ.223, Δ. Θ. Τσάτσος, οπ.πάρ. σελ.896 επ., Κ. Χ. Χρυσόγονος, οπ.πάρ. σελ. 98

των ελευθεριών σε «προτιμώμενες» (preferred freedoms) και μη. Δεν μπορεί να υποστηριχθεί η άποψη ότι το Σύνταγμα αποτελεί ένα σύστημα ιεραρχικής τάξης αξιών η οποία καθιστά δυνατή μια στάθμιση μεταξύ των αντικρουόμενων σε κάθε περίπτωση αξιών<sup>1</sup>. Σε μια πλουραλιστική κοινωνία δεν μπορεί να υπάρχουν αξίες με απόλυτη ισχύ εξαιρούμενες από τη διαπάλη των ιδεών. Η αποδοχή μιας ιεραρχικής τάξης αξιών, βάσει της οποίας, η μια συνταγματική διάταξη υπερτερεί a priori κάποιας άλλης θα μετέτρεπε το Σύνταγμα σε ένα άθροισμα αλληλοαναιρούμενων και ασύμβατων μεταξύ τους διατάξεων, αποτέλεσμα που δεν συμβιβάζεται με την ερμηνευτική αρχή της νοηματικής ενότητας του Συντάγματος. Επιπλέον αυτό θα άφηνε την εξουσία ελεύθερη να ορίσει ποια είναι η προστατευόμενη κάθε φορά ανώτατη αξία. Με αποτέλεσμα όχι μόνο ανασφάλεια δικαίου αλλά με κίνδυνο να ανατραπεί όλο το σύστημα των συνταγματικών εγγυήσεων. «Η διακριτική ευχέρεια που έχει σε αυτές τις περιπτώσεις το πολιτειακό όργανο πρέπει να ασκείται με κριτήρια αντικειμενικά και όχι με βίαιες αυθαίρετες κατατάξεις και υποκειμενικές εκτιμήσεις ιδεολογικής ή πολιτικής υφής»<sup>2</sup>.

Πρέπει όμως να κριθεί ποιο από τα δύο συγκρουόμενα έννομα αγαθά θα υπερισχύσει. Αν ο νομοθέτης έχει προβεί σε προηγούμενη οριοθέτηση των συγκρουόμενων αγαθών όπως έχει κάνει για τη σύγκρουση της προστασίας της νεότητας με την ελεύθερη προβολή κινηματογραφικών ταινιών – δίνοντας μάλιστα το προβάδισμα στην πρώτη – τότε εύκολα μπορούμε σε κάθε περίπτωση να κρίνουμε. Αλλιώς θα πρέπει ο εφαρμοστής του δικαίου να βρει κάθε φορά ποιο υπερισχύει. Και το ποιο από αυτά θα υπερισχύσει μπορεί να κριθεί μόνο μέσω στάθμισης συμφερόντων και επί τη βάση των συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης<sup>3</sup>. Γνώμονας αυτής της εργασίας πρέπει να είναι η βέλτιστη κατά το δυνατόν έκβαση της σύγκρουσης των διακυβευόμενων δικαιωμάτων και έννομων αγαθών. Η μόνη συνταγματικά επιτρεπτή λύση συνίσταται στην οριοθέτηση των συγκρουόμενων έννομων αγαθών κατά τρόπο ώστε κανένα από αυτά να μην επιβάλλεται μονομερώς εις βάρος του άλλου αλλά αντίθετα να διατηρούν και τα δύο την μεγαλύτερη δυνατή κανονιστική εμβέλεια κατά την αρχή της πρακτικής εναρμόνισης<sup>4</sup>.

Την μέθοδο της ad hoc στάθμισης των αντικρουόμενων συμφερόντων δεν κάνει πια δεκτή το USSC. Η ad hoc στάθμιση απορρίφθηκε εκεί για δύο λόγους: α) γιατί επαφίεται στη κρίση του δικαστή, η οποία είναι αυθαίρετη, ποιο αγαθό θα κριθεί ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση χρήζει προστασίας και β) γιατί η γνώμη του μπορεί να επηρεαστεί απ' τα κυριαρχούντα δημόσια συναισθήματα κυρίως σε πολύκροτες δίκες. Επίσης παραμερίστηκε επιτέλους – αν και όχι ρητά ως αντιδημοκρατικό – το κριτήριο του σαφούς και παρόντος κινδύνου το οποίο ήταν πολύ προσφιλές κατά την περίοδο του Μακαρθισμού... Έτσι το USSC κατέληξε στο ότι πρέπει να διευκρινισθεί η

---

1. Απόφαση Lüth, 7 BVerfG, 198, 204-205

2. Αρ. Μάνεσης: «Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος», 1956 τομ. 1, σελ. 65

3. Contra, Ανδρ. Δημητρόπουλος, οπ.πάρ. σελ. 98

4. Αρ. Μάνεσης, οπ.πάρ. σελ. 60, Δ. Θ. Τσάτσος, οπ.πάρ. σελ.297, Δ. Κόρσος, οπ.πάρ. σελ.135, Κ. Χ. Χρυσόγονος, οπ.πάρ. σελ.103, Σ. Βλαχόπουλος, οπ.πάρ. σελ.95

συγκεκριμένη μορφή έκφρασης και να αναλυθεί το κανονιστικό της περιεχόμενο για να μπορέσουμε μετά να κρίνουμε αν ένα έργο τέχνης εμπίπτει στην ελευθερία έκφρασης.

Επιστρέφοντας στην αρχή της πρακτικής εναρμόνισης η οποία κατά τον Κ. Χ. Χρυσόγονο αποτελεί κατευθυντήρια αρχή μπορούν να τεθούν ορισμένα κριτήρια. Το προστατευόμενο πεδίο οποιουδήποτε έννομου αγαθού μπορεί να παρομοιαστεί με έναν κύκλο: οι πράξεις που βρίσκονται στο κέντρο του κύκλου και αποτελούν τον πυρήνα του δικαιώματος αξιώνουν μεγαλύτερη προστασία απ' αυτές που βρίσκονται στην περιφέρειά του. Αυτό σημαίνει ότι, ο περιορισμός του δικαιώματος μετά τη σύγκρουση και τη δικαστική απόφαση, δεν μπορεί να καταλήξει σε πλήρη απαγόρευση της άσκησης του δικαιώματος ούτε μπορεί ο ίδιος να είναι απεριόριστος σε έκταση και χρόνο. Η εγγύηση εξάλλου του κράτους υπό την οποία κατά το αρθ.25 παρ.1 Συντ. τελούν τα δικαιώματα του ανθρώπου έχει ως στοιχειώδες ή αναφαίρετο περιεχόμενο την απόλυτη κατοχύρωση του πυρήνα των δικαιωμάτων αυτών έναντι οποιασδήποτε κρατικής προσβολής. Όσο πιο έντονη είναι και μεγαλύτερης βαρύτητας είναι η προσβολή του έννομου αγαθού απ' την άσκηση της καλλιτεχνικής δραστηριότητας τόσο πιο πιθανό είναι η στάθμιση να αποβεί εις βάρος του ατομικού δικαιώματος της ελευθερίας της τέχνης. Και τούμπαλιν. Δεν μπορεί ενόψει της προστασίας ενός εννόμου αγαθού να απαγορευθεί η άσκηση του αγαθού της ελευθερίας της τέχνης.

Εν συνεχεία γίνεται δεκτό ότι μια ασήμαντη προσβολή για εύλογη αιτία επιτρέπεται<sup>1</sup>. Περαιτέρω το μέγεθος της έντασης της προσβολής εξαρτάται από τον αριθμό των αποδεκτών και το μέσο διάδοσης του καλλιτεχνικού έργου. Έτσι αν μια ταινία θεωρήθηκε ότι δεν είναι κατάλληλη για ανηλίκους τότε η προβολή της στην τηλεόραση αυξάνει τη δυναμική της ενέργεια απ' ότι η προβολή της σε μια κινηματογραφική αίθουσα, αφού η στην δεύτερη περίπτωση οι πιθανότητες μη παρακολούθησής της από ανηλίκους είναι κατά πολύ περισσότερες εξ' αιτίας των ενδεδειγμένων ελέγχων. Με τη σειρά της η ένταση της προσβολής των συγκρουόμενων αγαθών μιας κινηματογραφικής ταινίας, ανεξάρτητα του τύπου προβολής, είναι μεγαλύτερη απ' ότι σε ένα λογοτεχνικό έργο.

Δεν μπορούν ως δείκτης της έντασης να γίνουν δεκτές οι αντιδράσεις του κοινού. Αυτό παραγνωρίζει τη φύση του καλλιτεχνικού έργου. Εκτός του ότι είναι πάρα πολύ σχετικές για να μπορέσουν να ληφθούν υπ' όψιν ως αντικειμενικό κριτήριο δεν επαρκούν ούτε αξιολογικά. Το έργο τέχνης πρέπει να κρίνεται αυτό καθ' εαυτό. Ο εφαρμοστής του δικαίου θα πρέπει να λάβει σοβαρά υπόψη του ότι επιβολή οποιασδήποτε κρατικής κύρωσης εις βάρος καλλιτεχνικών έργων δεν είναι μονοσήμαντη αλλά έχει ευρύτερο κοινωνικό αντίκτυπο, αφού δείχνει μία ευρύτερη κρατούσα κρατική αντίληψη.

Η ένταση της προσβολής είναι πολύ δύσκολο να κριθεί σε καλλιτεχνικά είδη τα οποία λειτουργούν φύσει επιθετικά όπως η σάτιρα. Έτσι θα πρέπει να εξετάζεται και ο σκοπός για τον οποίον χρησιμοποιήθηκαν αυτά

---

1. Δ. Θ. Τσάτσος, οπ.πάρ. σελ. 264

τα καλλιτεχνικά μέσα, αν έγιναν δηλαδή για την επιτυχέστερη απόδοση του περιεχομένου του καλλιτεχνικού έργου (ΑΠ 546/1983).

Επιπλέον περιορισμό του περιορισμού θεμελιώνει και η αρχή της αναλογικότητας σύμφωνα με την οποία πρέπει να υπάρχει εύλογη σχέση μεταξύ του νομίμου σκοπού που επιδιώκει ένας περιορισμός του δικαιώματος και της έντασης, έκτασης και διάρκειας του συγκεκριμένου περιορισμού<sup>1</sup>. Όπως αναφέρθηκε και στην αρχή του κεφαλαίου άλλωστε με την πραγματική σύγκρουση έχουμε ουσιαστική προσβολή του δικαιώματος κάποιου απ' τους δύο. Βάσει της καταστατικής αρχής του Συντάγματος κανένας περιορισμός ατομικού δικαιώματος δεν επιτρέπεται να φτάσει ή να καταλήξει στην προσβολή της ανθρώπινης αξίας. Είναι θλιβερό το ότι από τα δικαστήρια έχει κριθεί τις περισσότερες φορές ότι αξίζει να πληγεί η καλλιτεχνική δημιουργία έναντι οποιουδήποτε άλλου συνταγματικά αναφερόμενου δικαιώματος.

## ii. Σύγκρουση δικαιώματος της προσωπικότητας κ' δικαιώματος της ελευθερίας της τέχνης

Προσωπικότητα είναι, κατά την έννοια του αρθ.5 παρ.1 Συντ., το σύνολο των ιδιοτήτων, ικανοτήτων και καταστάσεων που αφ' ενός μεν προκύπτουν από την υπόσταση του ανθρώπου ως ελλόγου και συνειδητού όντως, και αφ' ετέρου εξατομικεύουν το συγκεκριμένο πρόσωπο<sup>2</sup>. Στην αμέσως επόμενη παράγραφο κατοχυρώνεται ότι απολαύουν της απόλυτης προστασίας της τιμής τους όλοι όσοι βρίσκονται εντός ελληνικής επικράτειας. Η τιμή άλλωστε μαζί με το όνομα, το φύλο, τη φυλή, την οικογενειακή κατάσταση, την προσωπική εικόνα και άλλα αποτελούν ειδικότερες εκφάνσεις της προσωπικότητας την οποία και εξειδικεύουν.

Η τιμή ιδιαίτερα στηρίζεται κατά ένα τμήμα της στην ανθρώπινη αξία και αξιοπρέπεια (αρθ.2 παρ.1 Συντ) την οποία έχουν όλοι οι άνθρωποι ανεξάρτητης της συμπεριφοράς τους. Στηρίζεται επίσης στην ατομική ικανότητα του ατόμου να εκπληρώνει τα κοινωνικοηθικά του καθήκοντα. Βασική αρχή όμως είναι ότι η τιμή δεν χάνεται ούτε ποτέ αλλά ούτε και εντελώς. Μπορεί αξιολογικά να μειωθεί όταν το άτομο παραβαίνει τα κοινωνικοηθικά του καθήκοντα φύσει όμως δεν χάνει ποτέ την ικανότητα να πραγματοποιεί ηθικές αξίες. Αξιολογικά λοιπόν ως τιμή μπορεί να οριστεί η αξία που έχει το άτομο στο βαθμό που δεν έχει παραβεί τα καθήκοντά του.

Όσον αφορά τώρα στο ποιο είναι το προστατευόμενο έννομο αγαθό των εγκλημάτων 361-369 ΠΚ<sup>3</sup> μπορούν να ειπωθούν τα εξής: σύμφωνα με μια πρώτη άποψη (γεγονοτική έννοια τιμής), το δικαστήριο πριν εξετάσει αν μια πράξη προσέβαλε το έννομο αγαθό της τιμής πρέπει πρώτα να διαπιστώσει αν

1. Για συστηματικότερη ανάλυση του όρου βλ. Π. Δ. Δαγτόγλου, οπ.πάρ. σελ. 177

2. Βλ. αντί άλλων Αρ. Μάνεσης: οπ.πάρ. σελ. 145 επ.

3. Αναφορικά με τα εγκλήματα κατά της τιμής βλ. Δ. Σπινέλλης: «Εγκλήματα κατά της τιμής» (Πανεπιστημιακές παραδόσεις), 1982, Αλ. Κατσαντώνης: «Ανεκταί προσβολαί της τιμής κατ' άρθρο 367 ΠΚ και ο ακυρωτικός έλεγχος», ΠοινΧρ ΚΑ, σελ. 609 επ.



υφίσταται το έννομο αγαθό είτε ρωτώντας τους μάρτυρες για να μάθει τι γνώμη έχουν για τον καθένα τα μέλη της κοινωνίας ή τον ίδιο για να εξακριβωθεί σε ποιο βαθμό τον ενδιαφέρει η διατήρηση της τιμής του. Σύμφωνα με μια άλλη άποψη (αξιολογική έννοια τιμής) βάση εδώ είναι η εσωτερική τιμή του ανθρώπου όπως προκύπτει αντικειμενικά απ' την συμπεριφορά του, άσχετα με το τι αισθάνεται ή πόσο τη συνειδητοποιεί ο παθών ή τρίτοι. Αυτό που προστατεύεται λοιπόν είναι η αξίωση σεβασμού που έχει κάθε άνθρωπος ως απόρροια της εσωτερικής του τιμής.

Ορθότερο φαίνεται να είναι ότι η θέση, το status ενός ατόμου μέσα στο κοινωνικό σύνολο δεν έχει σχέση με την εσωτερική τιμή αλλά εξαρτάται απ' τη συμπεριφορά που έχουν τα μέλη της κοινωνίας για έναν άνθρωπο και η οποία με τη σειρά της επηρεάζεται ή ρυθμίζεται απ' την εκτίμηση που τρέφουν τα μέλη της κοινωνίας προς αυτόν. Αυτό σημαίνει ότι έχουμε μια αναγνώριση της όλης προσωπικότητας του θύματος και ειδικότερα της αξίας αυτής η οποία του δίνει μια ιδιαίτερη θέση στην κοινωνία, του παρέχει έναν χώρο στον οποίο μπορεί να δρα ελεύθερα και να προσδοκά ότι οι άλλοι θα απέχουν από κάθε επέμβαση. Το status αυτό είναι άλλωστε ευθέως ανάλογο με το βαθμό της μη – παραβάσεως απ' το άτομο των κοινωνικοηθικών του καθηκόντων, ενώ ο νόμος προστατεύει μόνο τις ανταποκρινόμενες στην πραγματικότητα πληροφορίες.

Το προστατευόμενο πλέγμα όμως των διατάξεων της τιμής επιτρέπει ορισμένες εξαιρέσεις όπως οι ενδεικτικά αναφερόμενες στο ΠΚ 367 παρ.1. Είναι ειδικοί λόγοι άρσης του αδικού όπου ναι μεν έχουμε την πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης ενός εγκλήματος κατά της τιμής, δεν θεμελιούται όμως το αξιόποιο του δράστη αφού αίρεται ο άδικος χαρακτήρας της πράξης. Το θεμέλιο της εισαγωγής αυτών των εξαιρέσεων είναι η αρχή της σύγκρουσης και στάθμισης συμφερόντων και η αρχή του εύλογου μέσου για τον ορθό σκοπό, που αναγνωρίζει η πολιτεία. Αυτές οι ενδεικτικά απαριθμούμενες περιπτώσεις που ενδιαφέρουν εμάς είναι η άρση του αδικού χαρακτήρα που οφείλεται «σε δυσμενείς κρίσεις για επιστημονικές, καλλιτεχνικές ή επαγγελματικές εργασίες» (ΠΚ 367 παρ.1 εδ.α') και κυρίως όταν αίρεται ο άδικος χαρακτήρας σε εκδηλώσεις που γίνονται για τη διαφύλαξη δικαιώματος ή άλλου δικαιολογημένου συμφέροντος (ΠΚ 367 παρ.1 εδ.γ').

Στην πρώτη περίπτωση, παρ' ότι μπορεί παράλληλα με την κριτική της δουλειάς ενός καλλιτέχνη να έχουμε και προσωπικές αιχμές εναντίων του, το γεγονός ότι η διάκριση μεταξύ του καθαρά ουσιαστικού ελέγχου και της προσωπικής επίθεσης είναι δύσκολη μας ωθεί να δεχθούμε ότι *in dubio* δεν πρέπει να θεωρηθεί προσβλητική της τιμής του η κριτική. Στην δεύτερη περίπτωση, αν και τέθηκε ουσιαστικά για την ελευθερία του Τύπου, μπορεί αναμφισβήτητα να ισχύσει και για την τέχνη. Ο νόμος απαιτεί εξάλλου το συμφέρον να είναι δικαιολογημένο, να μην αντίκειται δηλαδή στα χρηστά ήθη και στο δίκαιο, προϋποθέσεις τις οποίες αναντίρρητα πληροί η συνταγματικά κατοχυρωμένη ελευθερία της τέχνης.

Η διεθνής νομολογία, τόσο η Ευρωπαϊκή όσο και η Αμερικάνικη, είναι πλούσιες σε υποθέσεις καλλιτεχνικών έργων διαφόρων ειδών που θεωρήθηκε ότι προσβάλλουν την τιμή προσώπων είτε άμεσα είτε έμμεσα. Για να έχουμε βλάβη της τιμής πρέπει κατ' αρχήν να υπάρχει ψευδής ανακοίνωση γεγονότος.

Πρέπει να δοθεί λοιπόν η εντύπωση, ή να δημιουργηθούν παραστάσεις σύμφωνες σε όλους ή στο μεγαλύτερο μέρος των ανθρώπων ότι είναι δυνατή η απόδειξη της αλήθειας του προβαλλόμενου ισχυρισμού κατά τρόπο αντικειμενικό.

Όπως όμως αναγνώρισε το Ομοσπονδιακό Ελβετικό Δικαστήριο στην υπόθεση Maradan κατά Rod (1893) οι αναγνώστες, γνωρίζοντας τα πραγματικά περιστατικά, είναι σε θέση να διακρίνουν το πρωτότυπο πίσω από την απεικόνιση και έτσι να μην οδηγηθούν σε λανθασμένα συμπεράσματα. Βλάβη της τιμής ή της υπόληψης, της ηθικής δηλαδή ή κοινωνικής αξίας αντίστοιχα, μπορεί να επέλθει μόνο όταν η δικαιολογημένη κοινωνική παρουσίαση της ηθικής του ατόμου αλλοιώνεται. Όταν δηλαδή προσφέρονται αναληθείς πληροφορίες που αφορούν σε κοινωνικοηθικά ή νομικά παραπτώματα. Στη συγκεκριμένη περίπτωση ο E. Rod είχε χρησιμοποιήσει τον F. Maradan ως persona της νουβέλας του «Maison de Crimes». Εκεί ο πρωταγωνιστής του μοιάζει σε πολλά χαρακτηριστικά με τον μηνυτή και σκοτώνει τη γυναίκα του. Το δικαστήριο απεφάνθη ότι το βιβλίο δεν αποσκοπούσε στην αναπαραγωγή της πραγματικότητας ή στην παρουσίαση αληθινών χαρακτήρων αλλά ήταν ένα δημιούργημα φαντασίας.

Το ίδιο υποστηρίχθηκε στη συνταγματική προσφυγή που άσκησαν ενώπιον του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας το 1968 μια εκδοτική εταιρία μετά την απαγόρευση της κυκλοφορίας ενός βιβλίου λόγω προσβολής της τιμής ενός τεθνεώτος ηθοποιού<sup>2</sup>. Όπως αιτήθηκε η ίδια, η προστασία της προσωπικότητας μπορεί να γίνει μόνο στον πραγματικό κόσμο και όχι στον φανταστικό κόσμο της ποιητικής δημιουργίας. Το BVerfG νομολόγησε<sup>1</sup> ότι δεν πρέπει η εικόνα να μοιάζει του πρωτοτύπου ενώ σύμφωνα με την πρώτη μειοψηφούσα γνώμη κριτήριο αποτελεί το αναγνωστικό κοινό και δη το θεατρόφιλο το οποίο είναι σε θέση να διακρίνει την αλήθεια απ' την μυθοπλασία. Αφορμή για να ασχοληθεί το δικαστήριο με αυτά τα θέματα ήταν η κυκλοφορία του βιβλίου «Mephisto: Roman einer Karriere» του Klaus Mann γιου του Thomas Mann. Ο πρωταγωνιστής του βιβλίου Hendrik Höfgen θεωρήθηκε ως η λογοτεχνική persona του πολύ δημοφιλούς ηθοποιού Gustav Gründgens. Ο γιος του ηθοποιού θεώρησε ότι το βιβλίο αμαύρωνε τη φήμη του πατέρα του αναφερόμενο σε δυσφημιστικά και ψευδή γεγονότα αφορώντα σχέσεις του ιδιωτικού βίου του πατέρα του αφού ο πρωταγωνιστής του βιβλίου κάνει διάφορους ιδεολογικούς συμβιβασμούς και φτάνει μέχρι του να συμμαχήσει με το εθνικοσοσιαλιστικό καθεστώς με σκοπό τη κοινωνική και καλλιτεχνική του άνοδο. Το δικαστήριο εδέχθη ότι προσβάλλεται η τιμή του τεθνεώτος και απαγόρευσε τη κυκλοφορία του βιβλίου. Η πρώτη μειοψηφούσα

---

1. 30 BVerfG 173 (1971)

2. Καθ' ημάς το έγκλημα του αρθ.365 δεν στρέφεται κατά της τιμής τεθνεώτος αφού τιμή ως ιδιότητα που ανήκει στην προσωπικότητα του ανθρώπου έχουν μόνο οι ζωντανοί άνθρωποι και παύει με τον θάνατο. Προστατευόμενο έννομο αγαθό είναι το φυσικό συναίσθημα της ευλάβειας προς το νεκρό αλλά και η τιμή της οικογένειας του πεθαμένου όπως προκύπτει από το γεγονός ότι δικαίωμα έγκλησης έχουν τα μέλη της οικογένειάς του.



γνώμη αντέλεξε υποστηρίζοντας ότι το μυθιστόρημα δεν διεκδίκησε ιστορική πιστότητα ώστε να χαρακτηριστεί ιστορικό ντοκουμέντο, οπότε και θα είχαμε εφαρμογή των περιορισμών της ελευθερίας μετάδοσης ειδήσεων, αλλά αποτελεί αποτέλεσμα καλλιτεχνικής δημιουργίας. Ο καλλιτέχνης είναι ελεύθερος να διαλέξει τις πηγές του αφού δεν πρέπει να περιοριστεί ή συστηματικοποιηθεί η έμπνευσή του. Το Ανώτατο Δικαστήριο (BGH) άλλωστε της Γερμανίας είχε νωρίτερα δεχθεί ότι ναι μεν δεν είναι επιτρεπτή η κατάλυση του δικαιώματος της προσωπικότητας εκείνου που χρησιμοποιήθηκε ως πρότυπο για ένα καλλιτεχνικό έργο αν η εικόνα του είχε παραμορφωθεί, για να ισχύσει κάτι τέτοιο όμως θα πρέπει να είναι εμφανέστατο ποιο ήταν το πρότυπο του υπό κρίση καλλιτεχνικού έργου<sup>1</sup>. Ο συγγραφέας K. Mann άλλωστε ανέφερε χαρακτηριστικά στον πρόλογό του ότι: «Alle Personen dieses Buches stellen Typen dar, nicht Porträts» (Όλα τα πρόσωπα του βιβλίου αποτελούν τύπους, όχι πορτραίτα). Το Ανώτατο Δικαστήριο του Καναδά αντίθετα στην υπόθεση Hill vs. Church of Scientology δεν δυσκολεύτηκε καθόλου να αποφανθεί ότι λίγη αξία πρέπει να δίνεται σε ψευδείς δυσφημιστικές δηλώσεις, ενώ η φήμη και η αξιοπρέπεια κατισχύουν της ελευθερίας της γνώμης.

Περνώντας σε ένα άλλο σημείο τώρα πρέπει να πούμε ότι θεωρία και πράξη, όσον αφορά στην υποκειμενική υπόσταση των εγκλημάτων κατά της τιμής, συνάγουν ότι η εκδήλωση του δράστη όταν γίνεται για διαφύλαξη (προστασία) δικαιώματος ή από άλλο δικαιολογημένο ενδιαφέρον, πρέπει να έχει ως σκοπό τη διαφύλαξη του συμφέροντος έστω και αν δεν ήταν ο μόνος αλλά συνυπήρχε μαζί με άλλους. Ορθότερη είναι η γνώμη<sup>2</sup> ότι η επίκληση του αρθ.367 παρ.1 ΠΚ δεν προϋποθέτει υποκειμενικό κίνητρο άσκησης δικαιολογημένου ενδιαφέροντος εκ μέρους του δημιουργού του επιλήψιμου έργου. Δεν απαιτείται να αποδειχθεί ότι ο καλλιτέχνης έχει παρακινηθεί στη συγκεκριμένη περίπτωση απ' την επιθυμία π.χ. να υπηρετήσει τη Δημοκρατία ή Δημόσιο Συμφέρον... Όχι μόνο γιατί η απόδειξη ενός τέτοιου κινήτρου είναι στην πράξη δυσχερέστατη αλλά προπάντων γιατί η (ανεπιφύλακτη) ελευθερία της τέχνης είναι αντικειμενικά - και όχι υποκειμενικά - προστατεύσιμη. Η ελεύθερη και απρόσκοπτη καλλιτεχνική δημιουργία είναι συστατικό της Δημοκρατίας αντικειμενικά, όχι μόνο όταν λειτουργεί με αγαθές και ανιδιοτελείς προθέσεις.

Αυτή είναι μια προβληματική η οποία αναπτύχθηκε στα πλαίσια της υπόθεσης Sullivan vs. New York Times<sup>3</sup>. Το δικαστήριο δέχθηκε ότι για να υπάρξει αξίωση αποζημίωσης από το δυσφημιστικό ψεύδος πρέπει να αποδείξει ότι ο ισχυρισμός έγινε με «πραγματικό δόλο» - με γνώση δηλαδή ότι ήταν ψευδής ή με απερίσκεπτη αδιαφορία στο κατά πόσο ήταν ψευδής ή όχι. Ο δόλος έτσι αποτέλεσε την χρυσή τομή μεταξύ της προστασίας της υπόληψης των (δημοσίων) προσώπων και της ελευθερίας, ενώ το βάρος της απόδειξης

- 
1. Δ. Κόρσος: «Το νομικόν όριον της ελευθερίας της Τέχνης», Σύμμεικτα εις μνήμην Μ. Δένδια, 1978, σελ. 127 επ.
  2. Π. Δ. Δαγτόγλου, οπ.πάρ. σελ. 513, σελ. 662 παρ.924 in fin
  3. 376 US 254 (1964)

όπως έγινε ήδη κατανοητό φέρνει ο προσβληθείς ενάγων. Η μειοψηφία θεώρησε ότι ο δόλος είναι μια φευγαλέα και αφηρημένη έννοια που δύσκολα μπορεί να αποδειχθεί αν υπάρχει ή όχι. Η φράση πρώτης Τροποποίησης εννοεί αυτό ακριβώς, ότι κανένας περιορισμός της ελευθερίας του λόγου δεν είναι θεμιτός.

Επίσης η δεύτερη μειοψηφία στην απόφαση Mephisto αναφέρει σχετικά με το θέμα αυτό ότι, η ελευθερία της Τέχνης περιορίζεται απ' την αξιοπρέπεια και το δικαίωμα στην προσωπικότητα του προσβληθέντος όταν το λογοτέχνημα χρησιμοποιείται ως προκάλυμμα προσβολής της προσωπικότητας και τίποτε άλλο.

Εκείνο το είδος Τέχνης όμως στο οποίο είναι πολύ δύσκολο να ευσταθήσει η απαίτηση για το δόλο - και έχουμε όντως μια «φευγαλέα και αφηρημένη έννοια» - είναι στην πολιτική σάτιρα όπως εκφράζεται μέσω της γελοιογραφίας και της καρικατούρας. Και στην ελληνική θεωρία απαντάται ότι «η διαφορά αστείου, ειρωνείας, φάρσας, γελοιογραφίας κλπ., αν και μπορεί να είναι δυσάρεστο σ' αυτόν που τα υφίσταται, δεν αποτελούν και προσβολή της τιμής του» ( Δ. Σπινέλλης, οπ.πάρ. σελ. 44). Η σάτιρα άλλωστε πρέπει να υπερβάλλει αφού είναι στην ουσία της φοβερά άδικη. Όπως διατυπώθηκε άλλωστε στην υπόθεση Hustler Magazine vs. Falwel (1988), η σάτιρα και η γελοιογραφία ουδέποτε θεωρήθηκαν (ψευδείς ή αληθείς) ισχυρισμοί γεγονότων, ώστε να έχουμε προσβολή της τιμής ή της προσωπικότητας. Η γοητεία της πολιτικής γελοιογραφίας σ' αυτό ακριβώς βασίζεται, στην εκμετάλλευση άτυχων φυσικών χαρακτηριστικών ή γεγονότων. Είναι εγγενές χαρακτηριστικό της η εσκεμμένη υπέρβαση και διαστρέβλωση με σκοπό την διακωμώδηση των προσώπων.

### iii. *Θρησκευτική ελευθερίας κ' ελευθερίας της Τέχνης*

Θρησκευτική ελευθερία κατοχυρώνεται στην Ελλάδα, μεταξύ άλλων βασικά σε δύο διατάξεις. Κατ' αρχήν στο αρθ.13 Συντ. όπου κατοχυρώνεται η ελευθερία της θρησκευτικής συνείδησης και στα αρθ.198-200 ΠΚ<sup>1</sup>.

Στην πρώτη περίπτωση η ελευθερία θρησκευτικής συνείδησης περιλαμβάνει και μερικότερα δικαιώματα όπως το δικαίωμα να πρεσβεύει κανείς οποιαδήποτε θρησκεία επιθυμεί, το δικαίωμα να είναι άθρησκος, το ακώλυτο της λατρείας, τη θρησκευτική ισότητα κτλ<sup>2</sup>. Με το αρθ.13 προστατεύεται το δικαίωμα ελεύθερης θρησκευτικής συνείδησης και έκφρασης πρωτίστως έναντι της οποιασδήποτε επιβολής αναγκαστικού θρησκευτικού πιστεύω εκ του Κράτους (αμυντικό περιεχόμενο δικαιώματος). Και εν συνεχεία έναντι των αντίστοιχων επικίνδυνων ενεργειών εκ των πολιτών (προστατευτικό περιεχόμενο δικαιώματος).

---

1. Γ. Καμίνης: «Παρατηρήσεις επί της 17115/1988 ΜΠρΑθ», ΕφΔΔΔ 1989, σελ.226 επ.

2. Π. Δ. Δαγτόγλου, οπ.πάρ. σελ.364 επ.

Στο ιδιωτικό δίκαιο επίσης προστατεύεται απ' τις διατάξεις 198-200 ΠΚ όπου και τιμωρούνται τα εγκλήματα της κακόβουλης βλασφημίας θρησκευματος (αρθ.198 παρ.1 ΠΚ), η έλλειψη σεβασμού προς το θείο (αρθ.198 παρ.2 ΠΚ), η καθύβριση θρησκευμάτων (αρθ.199 ΠΚ) και η διατάραξη θρησκευτικής συναθροίσεως (αρθ.200 ΠΚ), ενώ στο αρθ.201 τιμωρείται η περιύβριση των νεκρών.

Η διάταξη του αρθ.13 παρ.1 Συντ. θα μπορούσε κατ' αρχήν να θεωρηθεί περιττή καθώς η ελευθερία συνείδησης γενικά με την έννοια της απαγόρευσης διείσδυσης στο *forum internum*, στο χώρο δηλαδή του ενδιάθετου φρονήματος είναι ούτως ή άλλως αναγκαία συνέπεια του σεβασμού της αξίας του ανθρώπου που προστατεύεται με αρθ.2 παρ.1. Επίσης η αξίωση μη εξαναγκασμού σε συμπεριφορά αντίθετη προς τη συνείδηση ή τις γενικότερες πεποιθήσεις του ατόμου θα μπορούσε να υπαχθεί και στο δικαίωμα ελεύθερης ανάπτυξης προσωπικότητας του αρθ.5 παρ.1. Τέλος η ελευθερία διάδοσης των θρησκευτικών στοχασμών βρίσκει αυτοτελή κατοχύρωση στο αρθ.14 παρ.1 για την ελευθερία της γνώμης. Συμπερασματικά λοιπόν η ρητή κατοχύρωση της ελευθερίας της θρησκευτικής ειδικά συνείδησης προσδίδει απλώς έμφαση και τονίζει τη σημαντικότητά της στο πλαίσιο της συνταγματικής έννομης τάξης καταδεικνύοντας έτσι ότι θεωρείται μέρος του συνταγματικά κατοχυρωμένου προτύπου του πολίτη<sup>1</sup>.

Η συνήθης βάση όμως που χρησιμοποιείται στο κατηγορητήριο εναντίον έργων τέχνης είναι κυρίως ότι διαπράττεται το έγκλημα της κακοβούλου βλασφημίας του αρθ.198 ΠΚ<sup>2</sup> και της καθύβρισης θρησκευμάτων<sup>3</sup>. Αξίζει εδώ να σταθούμε σ' αυτό και να ερευνήσουμε ποιο είναι το προστατευόμενο αγαθό και κυρίως το πολύ ενδιαφέρον στοιχείο της «κακοβουλίας από πρόθεση» που απαιτείται ως στοιχείο της υποκειμενικής τους υπόστασης.

Η έκταση και η διαμόρφωση των θρησκευτικών εγκλημάτων εξαρτάται πολλαπλώς εκ της σχέσεως που υφίσταται μεταξύ κράτους και εκκλησίας η οποία αποτελεί τον φορέα των θρησκευτικών αξιών. Μεταξύ των άκρων συστημάτων της πλήρους ενώσεως και της πλήρους αδιαφορίας ευρύτερα εμφανίζεται το ενδιάμεσο σύστημα της λελογισμένης προστασίας<sup>4</sup>. Κατ' αρχήν μπορεί να υποστηριχθεί ότι το προστατευόμενο έννομο αγαθό είναι το θρησκευτικό συναίσθημα των πολιτών. Το κράτος προστατεύει τη θρησκεία γιατί αντιλαμβάνεται τη αποτελεσματική δύναμη αυτής για τη ζωή του λαού, και τη θεωρεί ως ένα εκ των σπουδαιότερων παραγόντων πνευματικού πολιτισμού. Τα θρησκευτικά αισθήματα είναι αξίες

---

1. Ανδρ. Δημητρόπουλος, *οπ.πάρ.* σελ.6

2. Αντί άλλων ΜΠρΑθ 17115/1988, ΑΠ 233/1978, ΜΠρΑθ 520/2000, ΒουλΣυμβΠλημΘεσ 2058/1993

3. ΠλημΑθ 4959/1994

4. Η. Γάφος: «Επιβουλή θρησκευτικής ειρήνης εις τον ημέτερο κώδικα», ΠoinXp Η', σελ.36 επ.

ηθικοκοινωνικές και ως εκ τούτου αποτελούν άξια προστασίας κοινωνικά και νομικά συμφέροντα προς όφελος του πολιτισμού για το κράτος.

Για να έχουμε καθύβριση θα πρέπει να έχουμε περιφρόνηση η οποία περιλαμβάνει όχι μόνο την προφορική εξύβριση, δηλαδή κάθε εκδήλωση περιφρονήσεως που προκύπτει είτε εκ της μορφής, είτε εκ του περιεχομένου της έκφρασης, αλλά και τη περιφρόνηση δια εγγράφων, εικόνων, συμβόλων κτλ. Γίνεται δεκτό όμως απ' τη θεωρία ότι δεν θεμελιώνουν καθύβριση η «εν ευπρέπεια» συζήτηση και υποστήριξη των μη τιμητικών για την έννοια της θεότητας εκδοχών, η άρνηση της ύπαρξης Θεού, οι εκφράσεις που περιέχουν έλλειψη σεβασμού καθώς και κριτική του Θεού<sup>1</sup>. Δεκτό επίσης γίνεται ότι καθύβριση δεν συνιστά «ουδέ η ειρωνεία ή το σκώμμα, είναι όμως όταν σκοπός αυτής είναι η ένδειξις περιφρονήσεως ή όταν γίνεται κατά τρόπο χλευαστικών» (ΠλημΑθ 4959/1994). Η «καθ' οιονδήποτε τρόπο» αναφορά όμως στο κείμενο του νόμου διευρύνει κατά τρόπο τόσο άκρατο το πεδίο εφαρμογής ώστε είναι αμφίβολο αν μπορεί να ασκηθεί και η παραμικρή καλοπροαίρετη κριτική για ότι αφορά τη θρησκεία. Έτσι τα πάντα μπορούν να συνιστούν έμμεσες προσβολές του Θεού<sup>2</sup>.

Δεύτερο στοιχείο είναι αυτό της δημόσιας καθύβρισης. Δεν απαιτείται να είναι πράγματι δημόσια, δηλαδή σε ανοιχτό χώρο, αλλά να γίνεται αντιληπτή από αόριστο αριθμό ανθρώπων οι οποίοι δεν συνδέονται με οικογενειακό ή ψυχικό δεσμό. Στενός ψυχικός δεσμός πρέπει να αναγνωρίζεται άλλωστε και επί ταυτότητας αντιλήψεων. Μπορεί μεν να μην υπάρχει ψυχικός δεσμός, αλλά εκ της ταυτότητας των αντιλήψεων εξαφανίζεται κάθε κίνδυνος του εννόμου αγαθού.

Επίσης, όσον αφορά στην υποκειμενική υπόσταση του εγκλήματος απαιτείται δόλος που περιλαμβάνει βούληση και γνώση της συνείδησης και της θέλησης δημόσιας καθύβρισης του Θεού. Περιλαμβάνει τέσσερα στοιχεία: α) συνείδηση του δράστη ότι η προσβολή κατευθύνεται εναντίον συγκεκριμένης θρησκείας, β) συνείδηση ότι την τελεί δημόσια, γ) συνείδηση καθυβριστικού χαρακτήρα και δ) κακόβουλη<sup>3</sup>.

Το «κακοβούλως» δηλώνει αφενός ότι με την ενέργεια του σκοπεύει απευθείας στην καθύβριση της θρησκείας και αφετέρου ότι μέσω αυτής της καθυβρίσεως ικανοποιείται. Ο τελικός σκοπός πρέπει να αποβλέπει στην ύβριν. Δεν αρκεί ο δόλος. Είναι έτσι η έννοια της κακοβουλίας υποκειμενικό στοιχείο του αδίκου και το έγκλημα του αρθ.198 ΠΚ έγκλημα υπερχειλούς υποκειμενικής υπόστασης. Το στοιχείο αυτό είναι το πλέον δύσκολο να αποδειχθεί και σχεδόν αμφίβολο το αν υπάρχει σε καλλιτεχνικά έργα όπως «Ο τελευταίος πειρασμός» (Martin Scorsese) όπου μεταφέρθηκε στην οθόνη το ομώνυμο βιβλίο του Ν. Καζαντζάκη.

---

1. Δ. Σπάθαρης: «Το άρθρο 198 του Ποινικού Κώδικα», Αρμ.1988, σελ.96

2. Η. Κρίππας: «Το έγκλημα της κακοβούλου βλασφημίας», ΠοινΧρ ΚΕ', σελ.461

3. ΒουλΣυμβΠλημΘεσ 2058/1993, Αρμ.1994, σελ.209 επ.

Όπως προκύπτει συμπερασματικά εκ των όρων «καθ' οιονδήποτε τρόπο», «κακοβούλως» και «δημόσια» τα όρια διευρύνονται υπέρμετρα. Η καλή πίστη του δράστη, το κίνητρο και ο σκοπός του δεν έχουν σημασία. Ανεξάρτητα απ' τις όποιες πεποιθήσεις του αυτός τιμωρείται. Η καλλιτεχνική δημιουργία δεν συνιστά λόγο άρσης του αδίκου αφού δεν υπάρχει εδώ αντίστοιχη διάταξη όπως στα εγκλήματα περί της τιμής για άσκηση δικαιολογημένου συμφέροντος. Αυτό όμως έρχεται σε άμεση αντίθεση με το αρθ.13 Συντ. και τούδ' ένεκα θεωρείται, κατά μια άποψη<sup>1</sup>, αντισυνταγματικό.

Ορθότερο είναι να γίνει δεκτό ότι το έννομο αγαθό του αρθ.198 ΠΚ είναι η προστασία της κοινωνικής ειρήνης. Έτσι με αυτόν τον τρόπο αποσκοπείτε η απαγόρευση εκείνων των πράξεων οι οποίες κατά την κοινή αντίληψη είναι επιτήδειες στη διέγερση παθών και κοινωνικών διαιρέσεων. Κατ' αυτό θα πρέπει το αρθ.198 ΠΚ να ομοιάσει με το αρθ.199 ΠΚ αφού με το δεύτερο προστατεύεται ρητά η εν τω κράτει κοινωνική ειρήνη.

Το χαρακτηριστικότερο παράδειγμα της υπερβολικής αυτής προσήλωσης στο θρησκευτικό συναίσθημα αποτελεί η απαγόρευση απ' το Συμβόλιμη Θεσ της προβολής της ταινίας του Denis Arkan «Ο Χριστός του Montreal». Ο Ν. Φ. Μικελίδης είχε γράψει για την ταινία: «Με χιούμορ και ειρωνεία ο Arkan τοποθετεί την παρουσία ενός Χριστού σε μια σύγχρονη μεγαλούπολη αποκαλύπτοντας μας τη μοναξιά, την εκμετάλλευση, την περιφρόνηση... που κυριαρχούν σ' αυτήν». Ο Α. Δερμεντζόγλου επίσης είχε γράψει: «Ένα έργο Τέχνης. Με περιεχόμενο ανθρωπιστικό που δείχνει ότι όλοι μπορούμε να εφαρμόζουμε τη ζωή του Χριστού σε κάθε στιγμή της καθημερινότητάς μας». Ειδικά για τις κινηματογραφικές ταινίες, αφού όπως είδαμε παραπάνω (ΣΤ.1.ι) το καθεστώς τους έχει εξομοιωθεί με αυτό του Τύπου, η άποψη ότι «είναι ανεπίτρεπτη η προβολή κινηματογραφικής ταινίας που προσβάλλει το θρησκευτικό συναίσθημα των άλλων πολιτών που δεν είναι υποχρεωμένοι να την δουν δεν έχει έρεισμα στο Σύνταγμα»<sup>2</sup>. Στην πλειονότητα των περιπτώσεων έργα Τέχνης τα οποία θεωρήθηκε ότι περιέχουν προσβλητικό για τη θρησκεία περιεχόμενο είτε απαγορεύθηκε (η κυκλοφορία τους), είτε αποσύρθηκαν από εκθεσιακούς χώρους. Μόνη εξαίρεση το βιβλίο του Ν. Ανδρουλάκη «Μ<sup>v</sup> – Γυναικείο αντιμυθιστόρημα» του οποίου η κυκλοφορία δεν απαγορεύθηκε (ΜΠρΑθ 5208/2000). Το κλίμα όμως δεν φαίνεται να έχει αλλάξει. Στην έκθεση: «Outlook» για την πολιτιστική ολυμπιάδα λόγω του σάλου που ξέσπασε, ένα γλυπτό επεστράφη ως καταφανώς προσβάλλοντος τα χρηστά ήθη και το θρησκευτικό συναίσθημα των Ελλήνων της 25<sup>ης</sup> Ολυμπιάδας.

Αξίζει εδώ να παραθέσουμε τη σημείωση του εφέτη Γιώργου Ρήγου επί της απόφασης 17115/1988 του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών : «Είναι πράγματι αξιέπαινη η προσπάθεια που έχει καταβάλει το δικαστήριο, για να θεμελιώσει, νομικά και ουσιαστικά την απόφασή του. Σκέφτομαι ωστόσο ότι οι ίδιες, συνταγματικές και άλλες, διατάξεις στις οποίες προσέφυγε, για να στηρίξει την κρίση του μπορούν, υπό άλλη οπτική γωνία να θεμελιώσουν διάφορη κρίση που οδηγεί στην απόρριψη της αίτησης ως νόμο αβάσιμης. Κανείς δεν αμφισβητεί ότι όλοι έχουν αξίωση για δικαστική

προστασία της προσωπικότητάς τους και ότι η έντονη εκδήλωση της προσωπικότητας αποτελεί το όποιο θρησκευτικό συναίσθημα ο καθένας μας έχει. Το ζήτημα είναι τότε το συναίσθημα αυτό προσβάλλεται, ειδικά και συγκεκριμένα, ώστε να υπάρχει δυνατότητα δικαστικής παρέμβασης για τη προστασία του. Που, με άλλα λόγια, τελειώνει το δικαίωμα του ενός και πού αρχίζει το δικαίωμα του άλλου. Σε μία δημοκρατική κοινωνία, όπως ως προς την έκφραση της η Ελληνική κοινωνία καθορίζεται απ' το Σύνταγμα του 1975, κανείς δεν μπορεί, επικαλούμενος το σεβασμό της προσωπικότητάς του, να επιβάλει – χρησιμοποιώντας τη δικαιοσύνη – στους άλλους τί πρέπει να διαβάσουν, να δουν, και να ακούσουν και φυσικά τι δεν πρέπει να διαβάσουν, να δουν και να ακούσουν. Αναμφίβολα ο καθένας μπορεί να αγωνιστεί ώστε να πείσει τους άλλους για ό,τι αυτός πιστεύει σωστό και υποχρέωση της Πολιτείας να του εξασφαλίσει τη δυνατότητα αυτή, τούτο όμως μπορεί να το πράξει προβάλλοντας τις απόψεις του στην ελεύθερη αγορά των ιδεών όπως χαρακτηριστικά αναφέρει σε μία απ' τις περίφημες μειοψηφίες του ο μεγάλος Αμερικανός δικαστής O.W.Holmes. Είναι πολύ επικίνδυνο για τους δημοκρατικούς μας θεσμούς να αναλαμβάνουν αγανακτισμένοι πολίτες, όσο ευγενή και ανιδιοτελή αν είναι τα κίνητρα τους, να παρεμποδίσουν την ελεύθερη κυκλοφορία των όποιων δημιουργημάτων του πνεύματος, καλών ή κακών αδιάφορο, και να βρίσκουν αρωγό τη δικαιοσύνη. Αντίστοιχο προς τους αιτούντες δικαίωμα προστασίας της δικής τους προσωπικότητας στην ελεύθερη παρακολούθηση της επίμαχης κινηματογραφικής ταινίας είχαν και άλλοι, μάλλον περισσότεροι πολίτες, από εκείνους που εκπροσώπησαν οι αιτούντες. Αυτό το δικαίωμα, η προστασία αυτού του δικαιώματος της ελευθερίας, με κάνει να στέκομαι με περίσκεψη ως προς τη νομική βασιμότητα της απόφασης»

#### iv. Προστασία της ιδιοκτησίας κ' ελευθερία της Τέχνης

Τα δικαιώματα της ατομικής ιδιοκτησίας ήταν απ' τα πρώτα που κατοχυρώθηκε στη Γαλλική Διακήρυξη των δικαιωμάτων του ανθρώπου στα 1789. Έτσι η ιδιοκτησία θεωρήθηκε ως εξωτερική σφαίρα που καθιερώθηκε ως φυσικό και αναπαλλοτρίωτο δικαίωμα ενώ του αποδόθηκε και ο τίτλος του «Ιερού και απαραβίαστου», δικαιώματος. Με άλλα λόγια η δυνατότητα αυτοκαθορισμού κάθε ανθρώπου προσδιορίζεται καταφανώς και απ' τα υλικά αγαθά που κατέχει για την ικανοποίηση των βιοτικών του αναγκών. Με αυτόν τον τρόπο η ιδιοκτησία αναγορεύεται σε απαραίτητο συστατικό της προσωπικής ελευθερίας. Στην πορεία όμως το δικαίωμα αυτό που ήταν η απόλυτη κατοχύρωση της αστικής τάξης σχετικοποιήθηκε με αποτέλεσμα τα δικαιώματα που απορρέουν απ' αυτό να μην ασκούνται εις βάρος του κοινού συμφέροντος (αρθ.17 παρ.1 Συντ.). Σύγκρουση με την ελευθερία της τέχνης έχουμε π.χ. όταν ένας καλλιτέχνης αποφασίσει να ζωγραφίσει την πρόσοψη ενός κτηρίου χωρίς να πάρει την έγκριση από τον ιδιοκτήτη του. «Η αυθαίρετη κατάληψη ενός οικοπέδου, για την πραγματοποίηση ενός happening ή το graffiti στους τοίχους μιας ξένης οικίας, χωρίς την συναίνεση του ιδιοκτήτη



της, δεν τυγχάνουν συνταγματικής προστασίας. Και τούτο όχι επειδή υπερτερεί το έννομο αγαθό της ιδιοκτησίας έναντι της ελευθερίας της τέχνης, αλλά επειδή δεν υφίσταται πράξη η οποία να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του αρθ.16 παρ.1 εδ.α' Συντ.»<sup>1</sup>. Σε περίπτωση φθοράς ο καλλιτέχνης – δράστης θα διωχθεί ποινικά βάσει των 381-384 ΠΚ για φθορά ξένης ιδιοκτησίας, αφού προσβάλλεται ο πυρήνας του δικαιώματος της τελευταίας μιας και ο καλλιτέχνης έχει την δυνατότητα να εκφραστεί αλλού.

Εξίσου πρέπει να προστατεύονται και στοιχεία του πολιτιστικού περιβάλλοντος (αρθ.24 παρ.1,6 Συντ., αρθ.18 παρ.1 Συντ.) έτσι το κοινωνικό συμφέρον στο οποίο αποσκοπεί η ιδιοκτησία διασφαλίζει πίνακες ζωγραφικής, αρχαία μνημεία, γλυπτά και ότι άλλο θεωρείται έργο τέχνης το οποίο βρίσκεται στην ιδιοκτησία κάποιου ανθρώπου. Ενώ, θα μπορούσε να γίνει λόγος και για κατάχρηση δικαιώματος αν κάποιος αποφασίσει να καταστρέψει ένα έργο τέχνης το οποίο βρίσκεται στην κατοχή του. Αυτό, γιατί το έργο ως άυλο αγαθό διακρίνεται από τον υλικό φορέα, πάνω στον οποίο ενσωματώνεται. Κατά συνέπεια, ο αγοραστής ενός πίνακα ζωγραφικής, γίνεται μεν κύριος του υλικού φορέα, αλλά δεν αποκτά καμία από τις εξουσίες του περιουσιακού δικαιώματος επί έργων πνευματικής ιδιοκτησίας και έτσι δεν μπορεί να εκμεταλλευθεί το έργο. Στο πνεύμα αυτό το αρθ.17 ν.2121/1993 διευκρινίζει ότι η μεταβίβαση της κυριότητας του υλικού φορέα δεν επιφέρει μεταβίβαση περιουσιακού δικαιώματος και δεν δίνει στον νέο κτήτορα καμία από τις εξουσίες εκμετάλλευσης και κατά μείζονα λόγο εξουσίας διαθέσεως του έργου, εκτός αν έχει συμφωνηθεί εγγράφως κάτι διαφορετικό<sup>2</sup>.

Ως πρώτη ύλη για καλλιτεχνική δημιουργία μπορούν να αποτελέσουν επίσης και κοινόχρηστα πράγματα όπως δρόμοι, πεζοδρόμια, σιντριβάνια κτλ. Εφ' όσον όλοι έχουν πρόσβαση σε αυτά εξίσου έχει και ένας καλλιτέχνης. Η πολιτεία πάντως οφείλει να παρέμβει σε περίπτωση που ο καλλιτέχνης είτε δυσχεραίνει, είτε θέτει σε κίνδυνο τη διέλευση των συνάνθρωπων του ή ενοχλεί τους γείτονες. Το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο της Γερμανίας σωστά έχει αναγνωρίσει με απόφασή του τη λεγόμενη «Τέχνη των δρόμων» (Straßenkunst), όπου και εδώ έχουμε ταυτόχρονη καλλιτεχνική έκφραση και διάδοση του έργου τέχνης, ως μορφή της συνταγματικά κατοχυρωμένης ελευθερίας της τέχνης με ιδιαίτερο επικοινωνιακό χαρακτήρα.

---

1. Σ. Βλαχόπουλος, οπ.πάρ. σελ. 90

2. Αξιοσημείωτο παράδειγμα αυτό του Ροέι Σάιτο, ο οποίος απείλησε ότι θα πάρει στον τάφο μαζί του ως κτέρισμα τον πασίγνωστο πίνακα «Πορτραίτο του γιατρού Γκασέ» του Βαν Γκογκ, τον οποίο μόλις είχε αγοράσει. Είναι προφανές ότι κάτι τέτοιο συνιστούσε καταχρηστική άσκηση δικαιώματος η οποία προφανώς αντιστρατεύεται στην ημέτερη συνταγματική τάξη.



## Θεσμική εφαρμογή κ' περιορισμοί του δικαιώματος

### 1. Γενική επισκόπηση και εισαγωγικές παρατηρήσεις

Το Σύνταγμα προστατεύει τα ατομικά δικαιώματα, όχι μόνο έναντι των οργάνων του, αλλά και έναντι του κοινού νομοθέτη. Αφού όμως ο κοινός νομοθέτης δεσμεύεται, όντας ιεραρχικά κατώτερος, απ' τα συνταγματικά κατοχυρωμένα δικαιώματα, δεν μπορεί να τα περιορίσει παρά μόνο αν και όπως το επιτρέπει το Σύνταγμα. Στην περίπτωση αυτή γίνεται λόγος για επιφύλαξη του νόμου, τουτ' έστιν ότι το Σύνταγμα κατοχυρώνει το ατομικό δικαίωμα υπό την επιφύλαξη των περιορισμών που ορίζει ο νόμος.

Εδώ όμως απαιτείται να γίνει μια ουσιώδης διάκριση. Ενώ όταν στο Σύνταγμα ορίζεται ότι η άσκηση ατομικού δικαιώματος γίνεται «υπό την προϋπόθεση της τηρήσεως των νόμων» έχουμε προσδιορισμό – οριοθέτηση του δικαιώματος, όταν ορίζεται ότι ένα δικαίωμα ασκείται υπό την επιφύλαξη νομοθετικών περιορισμών, έχουμε να κάνουμε με περιορισμό του δικαιώματος. Έχουμε δηλαδή σε αυτή τη δεύτερη περίπτωση πραγματικό περιορισμό του θεμελιώδους δικαιώματος, συρρίκνωση δηλαδή, του γενικού της περιεχομένου. Επιφύλαξη νόμου είναι άλλωστε κάθε μορφή σύμπραξης του κοινού με το συντακτικό νομοθέτη στο πεδίο των ατομικών δικαιωμάτων. Είναι διάταξη υπέρ του κοινού νομοθέτη ο οποίος εξουσιοδοτείται να εισάγει εξαιρέσεις από τη γενικότερη ρύθμιση (αρθ.9 παρ.1 Συντ., περί του ασύλου της κατοικίας), να ορίσει κυρώσεις (αρθ.9 παρ.2 Συντ, αποζημίωση επί καταπάτησης ασύλου), να ρυθμίσει διοικητικές διαδικασίες (αρθ.10 παρ.2 Συντ., επί υποχρέωσης απάντησης κατόπιν απαντήσεως) και να καθορίσει τους φορείς του δικαιώματος (αρθ.10 παρ.1 Συντ., φορείς δικαιώματος αναφοράς). Ο κοινός νομοθέτης όμως μπορεί να επέμβει στο κανονιστικό περιεχόμενο των θεμελιωδών δικαιωμάτων εφ' όσον εξουσιοδοτείται ρητά και ειδικά προς τούτου και όχι με την έννοια της γενικής εξουσιοδότησης.

Πέραν όμως των επιφυλάξεων του νόμου περιορισμό των δικαιωμάτων αποτελεί και η θεσμική εφαρμογή των τελευταίων όπου με τον όρο αυτό εννοούμε την εφαρμογή τους στο επίπεδο μερικότερης έννομης σχέσης ή θεσμού, είτε ως προς το γενικό, είτε ως προς το θεσμικό τους περιεχόμενο όπως προσδιορίζεται από της σχέση αιτιώδους συνάφειας. Για να υπάρξει έτσι περιορισμός του δικαιώματος θα πρέπει να υπάρξει συνάντηση των περιεχομένων θεμελιώδους δικαιώματος και θεσμού σε κοινό συστατικό στοιχείο. Τα ζεύγη αυτά μπορεί να είναι ομοιογενή και ανομοιογενή. Έτσι η ελευθερία της Τέχνης με την ελευθερία του Τύπου, είναι μη σύμφυτα νομικά μορφώματα αφού δεν ανήκουν στην ίδια βιοτική περιοχή. Μη σύμφυτα είναι επίσης τα δικαιώματα της ελευθερίας της Τέχνης και της προστασίας του θεσμού της Οικογένειας. Επειδή όμως υπάρχει μεταξύ τους αιτιώδης συνάφεια, αρά είναι ομοιογενή, επιβάλλεται ο περιορισμός του δικαιώματος ενώ σε αντίθετη περίπτωση, αν ήταν ομοιογενή, θα επιβάλλετο η αποχή από τον

περιορισμό αφού δεν θα υπήρχε κανένας σύνδεσμος μεταξύ των δύο αυτών μορφωμάτων.

## 2. Η άνευ επιφυλάξεων κατοχύρωση του δικαιώματος στο ισχύον Σύνταγμα

Στο Σύνταγμά μας πέρα από τα ατομικά δικαιώματα τα οποία κατοχυρώνονται με γενική επιφύλαξη – οριοθέτηση ή με ειδική επιφύλαξη – περιορισμό, στο corpus του Συντάγματος, υπάρχουν και ορισμένα τα οποία δεν συνοδεύει ρητή εξουσιοδότηση προς τον κοινό νομοθέτη να περιορίσει την έκταση της εφαρμογής τους. Αυτά τα δικαιώματα ορίζονται ως «απόλυτα δικαιώματα»<sup>1</sup>. Και ένα εξ' αυτών είναι και η ελευθερία της Τέχνης (αρθ.16 παρ.1 Συντ.: «Η ελευθερία της Τέχνης... είναι ελεύθερη»). Το θέμα είναι αν πρέπει να τεθούν περιορισμοί σε ένα τέτοιο δικαίωμα. Βέβαια αυτό ενδιαφέρει μόνο όταν ο άνθρωπος εκδηλώνει τη βούλησή του με εξωτερικές ενέργειες, όταν κινείται δηλαδή στο «forum externum». Όσον αφορά βέβαια στη διαμόρφωση του καλλιτεχνικού στοχασμού, τη δημιουργία της καλλιτεχνικής συνείδησης έχουμε να κάνουμε με πράξεις που αποτελούν από τη φύση τους απόλυτα δικαιώματα χωρίς να σημαίνει ότι δεν κινδυνεύουν από ιδεολογικούς ή ψυχολογικούς καταναγκασμούς έτσι ώστε να χαρακτηριστεί πλεονασματική η κατοχύρωσή τους στο κείμενο του Συντάγματος.

Από τη μη αναγραφή επιφυλάξεως νόμου στη διάταξη που προστατεύει το εν λόγω δικαίωμα συνάγεται προδήλως επιχείρημα εξ' αντιδιαστολής απ' τις άλλες διατάξεις που περιέχουν επιφύλαξη νόμου. Ο συντακτικός νομοθέτης με τη μη αναγραφή της επιφυλάξεως θέλησε προφανώς να προστατεύσει το σχετικό δικαίωμα περισσότερο σε σύγκριση με τα άλλα που κατοχυρώνονται με ειδική επιφύλαξη. «Ελλείπουσες επιφυλάξεις του νόμου είναι πάντοτε εν όψει της λοιπής ακριβούς ρυθμίσεως, ρητορική σιωπή υπέρ μιας κατά το δυνατόν μεγαλύτερης εξασφάλισης του σχετικού ατομικού δικαιώματος απ' το θετικό δίκαιο» (Α. Ράικος). Το ερώτημα λοιπόν είναι: «είναι η ελευθερία της τέχνης ανεπιφύλακτος; Ναι. Είναι όμως και ελευθέρα οιονδήποτε νομικών φραγμών, ή μήπως παρά ταύτα υπόκειται εις νομικούς περιορισμούς δυνάμενος να συναχθούν όχι υπό του κοινού νομοθέτου αλλά εξ αυτού του Συντάγματος, μάλιστα δε προς διαφύλαξη εταίρων, εκ του Συντάγματος ομοίως προστατευομένων αγαθών, οία είναι π.χ. η τιμή και η αξιοπρέπεια του προσώπου;»<sup>2</sup>.

Η πλειονότητα της θεωρίας δέχεται και αντιμετωπίζει το πρόβλημα των ανεπιφύλακτων δικαιωμάτων με τη θεωρία των εγγενών περιορισμών. Εν προκειμένω ο κοινός νομοθέτης μπορεί να διαπιστώσει τους περιορισμούς εκείνους οι οποίοι προβλέπονται ρητά ή σιωπηρά απ' τις επιμέρους συνταγματικές διατάξεις και να προβαίνει σε εννοιολογικές οριοθετήσεις.

---

1. Α. Ράικος, οπ.πάρ. σελ. 213 επ.

2. Δ. Κόρσος, οπ.πάρ. σελ 117 επ.

Συνεπάγεται λοιπόν ότι τα ανεπιφύλακτα δικαιώματα δεν υπόκεινται μόνο στους ρητά θεσπισμένους περιορισμούς αλλά και σε άλλους που προκύπτουν «απ' τη φύση τους». Ενώ όμως η Γερμανική θεωρία δέχεται ότι όλα τα δικαιώματα υφίστανται περιορισμούς βάσει της λεγόμενης «Schrankentrias» (Σύνταγμα, χρηστά ήθη, δικαιώματα των άλλων) καθ' ημάς αυτή η άποψη απορρίπτεται σχεδόν ομοφώνως. Θεωρείται αντισυνταγματική η συναγωγή επιφυλάξεως του νόμου κατ αναλογία άλλων διατάξεων που κατοχυρώνουν διαφορετικά δικαιώματα. Αποκλείεται η αναλογική εφαρμογή λόγου του εξαιρετικού χαρακτήρα των ανεπιφύλακτων δικαιωμάτων. Έτσι, στο ερώτημα αν προστατεύονται, άρα και αν αποτελούν περιορισμούς εγγενείς της ελευθερίας της Τέχνης μόνο εκείνα τα έννομα αγαθά τα οποία κατοχυρώνονται με αυτοτελείς συνταγματικές διατάξεις ή αν ισχύει και για τα έννομα αγαθά που απλώς αναφέρονται ως όρια των ατομικών δικαιωμάτων, η απάντηση θα πρέπει να είναι αρνητική<sup>1</sup>. Αυτό γιατί, υπό αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή, θα καθίσταντο όρια όλων των δικαιωμάτων κατά παράβαση της γραπτής βούλησης του νομοθέτη, περιορισμοί που ο ίδιος θέλησε ως όριο συγκεκριμένων δικαιωμάτων. Άλλωστε μια τέτοια άποψη θα προσέκρουε σε βασικούς κανόνες ερμηνείας του δικαίου και ιδίως στην αρχή πως ειδικός κανόνας υπερισχύει του γενικού. Η ανεπιφύλακτη ειδική διάταξη υπερισχύει της γενικής του αρθ.5 που περιέχει την τριάδα αυτή των περιορισμών η οποία δεν μπορεί να εφαρμοστεί ούτε ως προς τους περιορισμούς της.

Η θεωρία όμως των εγγενών περιορισμών δεν βρίσκει την απόλυτη αποδοχή της θεωρίας. Θεωρείται επικίνδυνο μέσο στα χέρια του εφαρμοστή του δικαίου, ικανό να παραποιήσει το νόημα των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Η παρεμβολή της κατηγορίας των εγγενών περιορισμών ματαιώνει την από το Σύνταγμα ηθελημένη εγγυητική λειτουργία του συστήματος των θεμελιωδών δικαιωμάτων μιας και ανατρέπεται η αναγκαία ασφάλεια δικαίου που δημιουργεί για τους φορείς των δικαιωμάτων η σχέση κανόνα (περιορισμένα δικαιώματα) – εξαίρεσης (ανεπιφύλακτα ατομικά δικαιώματα)<sup>2</sup>. Επίσης δεν μπορεί να θεμελιωθεί πειστικά γενικός περιορισμός όλων των ανεπιφύλακτων δικαιωμάτων πάνω σε εξωσυνταγματική (κοινωνική ειρήνη) ή υποδεέστερης τυπικής ισχύος (γενικοί νόμοι) βάση.

Η λύση που προτείνεται θεμελιώνεται στο αρθ.25 παρ.1 Συντ. που αποσαφηνίζει ότι η πολιτεία εγγυάται την τήρηση των θεμελιωδών δικαιωμάτων στον άνθρωπο όχι ως μεμονωμένο άτομο αλλά ως μέλος του κοινωνικού συνόλου. Έτσι αποσαφηνίζεται η απόσταση που παίρνει το Σύνταγμα από μια ατομοκεντρική ή ατομικιστική αντίληψη περί αυτών και ο συνακόλουθα ρητός κοινωνικός του προσανατολισμός. Η κοινωνική συνιστώσα του ανθρώπου αναλύεται στις συνισταμένες αφ' ενός της δικής του ελευθερίας και της ελευθερίας των άλλων και αφ' ετέρου στην ισορροπία

---

1. Π.χ. η δημόσια αιδώς που αποτελεί περιορισμό της ελευθερίας της γνώμης δεν μπορεί να αποτελέσει περιορισμό του δικαιώματος της ελευθερίας της Τέχνης. Μπορεί όμως η ελευθερία της γνώμης ως αυτοτελώς κατοχυρωμένο δικαίωμα να αποτελέσει περιορισμό για την ελευθερία της Τέχνης.

2. Δ. Θ. Τσάτσος, οπ.πάρ. σελ. 268

μεταξύ της ελευθερίας του ατόμου ή των κοινωνικών ομάδων και του γενικού συμφέροντος της κοινωνίας και της έννομης τάξης. Το αρθ.25 παρ.1 Συντ. δεν θεμελιώνει την αποδοχή εγγενών περιορισμών αλλά αποτελεί παράγοντα ερμηνείας του πεδίου προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Η ερμηνευτική αυτή άποψη εξικνείται εκ της θέσης ότι ο συντακτικός νομοθέτης δεν μπορεί με τη θέσπιση ανεπιφύλακτων δικαιωμάτων να έχει θελήσει να αναιρέσει τη βασική ισορροπία που στηρίζει την έννομη τάξη μεταξύ προστασίας ατομικών ή ειδικών συμφερόντων και της προστασίας του συμφέροντος του κοινωνικού συνόλου. Ναι μεν οι διατάξεις του άρθρου 25 έστω και σε ποικίλη ένταση νομικό περιεχόμενο, είναι θέμα ερμηνείας να εντοπιστούν και να συναχθούν οι πρακτικές του συνέπειες.

Ιδιαίτερη προσοχή θα πρέπει επίσης να καταβληθεί και στην εφαρμογή της αξίωσης εκπλήρωσης που του χρέους της εθνικής αλληλεγγύης. (αρθ.25 παρ.4 Συντ.). Εάν δεχόμασταν ότι το χρέος αλληλεγγύης αναφέρεται στα κοινωνικά και ατομικά δικαιώματα και αποτελεί δικαιολογητική βάση περιορισμού τους, τότε η κατοχύρωσή τους θα καθίστατο επικίνδυνα ρευστή και σχετική ακριβώς λόγω της ρευστότητας και ευρύτητας του όρου «αλληλεγγύη»<sup>1</sup>. Η θεώρηση του «χρέους αλληλεγγύης ως πρόσθετου αυτοτελούς περιορισμού όλων των δικαιωμάτων θα μπορούσε να οδηγήσει σε θεμελιακή ανατροπή του προστατευτικού τους πλέγματος, ενώ θα οδηγούμασταν στην αντικατάσταση της αρχής *in dubio pro libertate* απ' την αρχή *in dubio υπέρ της αλληλεγγύης*».

Εξίσου απορριπτέα πρέπει να γίνει και η θέση ότι η επιφύλαξη του νόμου μπορεί να αντικατασταθεί με τη ρήτρα προστασίας του γενικού συμφέροντος, όπου μέσω της οποίας αποσκοπείτε ένας συμβιβασμός μεταξύ γενικού και ατομικού συμφέροντος. Όπως είδαμε παραπάνω, ο κοινός νομοθέτης δεν μπορεί να περιορίσει την έκταση εφαρμογής των ατομικών δικαιωμάτων χωρίς ρητή εξουσιοδότηση απ' το συντακτικό νομοθέτη. Η αντίθετη γνώμη δεν ερμηνεύει το Σύνταγμα, αλλά ασκεί συντακτική εξουσία<sup>2</sup>. Έτσι η αναγνώριση του γενικού συμφέροντος ως λόγου νομοθετικού περιορισμού των ανεπιφύλακτων δικαιωμάτων θέτει αυτά υπό τη διαχείριση του κοινού νομοθέτη και εν όψει της αοριστίας της έννοιας του γενικού συμφέροντος και καταλήγει στην ευρεία κατάργηση της διάκρισης των δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται συνταγματικά με ή χωρίς περιορισμούς. η άκριτη χρήση αυτής της ρήτρας θα αποτελούσε το «Δούρειο Ίππο» όλων των ατομικών δικαιωμάτων.

Σύμφωνα με μια άποψη το Σύνταγμα, μετά την αναθεώρηση του 2001, με το αρθ.25 παρ.1 λύνει οριστικά το ζήτημα. Η διάταξη αυτή ορίζει ρητά ότι περιορισμοί που μπορούν να επιβληθούν στα δικαιώματα πρέπει είτε να προβλέπονται απ' ευθείας απ' το Σύνταγμα ή νόμο, ή να υπάρχει ρητή επιφύλαξη υπέρ αυτού. Συνεπώς είναι ανεπίτρεπτος ο οποιοσδήποτε περιορισμός όταν η σχετική διάταξη δεν αναφέρει κάτι τέτοιο. Πρέπει λοιπόν να γίνει δεκτό ότι καθιερώνεται πλέον τεκμήριο εναντίον του νομοθετικού

---

1. βλ. Κ. Χ. Χρυσόγονος, οπ.πάρ. σελ. 69 και την εκεί αναλυτικότερη επιχειρηματολογία

2. Α. Ράικος, οπ.πάρ. σελ.217

περιορισμού του δικαιώματος ενώ πρέπει να αποκλειστεί και η ρήτρα του γενικού συμφέροντος<sup>1</sup>. Το πρόβλημα όμως δεν λύθηκε ουσιαστικά αφού η θεωρία των εγγενών περιορισμών δεν εγκαταλείφθηκε. Ναι μεν θεωρήθηκε ότι εφ' όσον δεν υπάρχει ρητή και αναμφίβολη συνταγματική εξουσιοδότηση για το νομοθετικό περιορισμό ενός δικαιώματος, αυτός είναι ανίσχυρος και αλυσιτελής η εξέταση των άλλων προϋποθέσεων του κύρους, έχει αρμοδιότητα όμως ο νομοθέτης να προβεί σε περιορισμούς του αμυντικού περιεχομένου του δικαιώματος βάσει των σύμφυτων περιορισμών των ατομικών δικαιωμάτων. Αυτό γιατί τόσο ο ερμηνευτικός καθορισμός του κανονιστικού τους περιεχομένου όσο και οι ειδικοί τους περιορισμοί επί συγκρούσεων με άλλα δικαιώματα εμπίπτουν κατ' ευθείαν στους περιορισμούς που «προβλέπονται απ' ευθεία απ' το Σύνταγμα»<sup>2</sup>.

---

1. Α. Ράικος, οπ.πάρ. σελ. 227

2. Κ. Χ Χρυσόγονος, οπ.πάρ. σελ. 84

## Συμπέρασμα

Κλείνοντας αυτή την εργασία, θα μπορούσαμε να καταλήξουμε σε κάποιες γενικότερες παρατηρήσεις. Η Τέχνη δεν είναι ενασχόληση παροδική, ούτε παιχνίδι για τους λίγους. Αποτελεί κοινωνική συνιστώσα που διέπει κάθε ανθρώπινη δραστηριότητα. Ο καλλιτέχνης δεν είναι αποκομμένος απ' τον κοινωνικό περίγυρο, δεν βρίσκεται κλεισμένος σε έναν γυάλινο πύργο όπως έλεγε ο Σεφέρης. Η Τέχνη δεν είναι μια συνήθεια, αλλά έκφραση μιας ολόκληρης νοοτροπίας και ενός ψυχικού κόσμου του εκάστοτε καλλιτέχνη. Ο καλλιτέχνης εκφράζει ευρύτερες πολιτικές και κοινωνικές απόψεις της εποχής του και η κάθε εποχή καθρεφτίζεται στα έργα Τέχνης. Άλλωστε τα έργα Τέχνης φτιάχνονται για να μπορέσει ο απλός θεατής να τα βιώσει. Αυτό εξάλλου αναγνωρίζει και το ελληνικό συνταγματικό δίκαιο και παρέχει στο δικαίωμα της ελευθερίας της Τέχνης την κατά το δυνατόν μεγαλύτερη προστασία καθιερώνοντας την ως ανεπιφύλακτο δικαίωμα. Η προσβολή της καλλιτεχνικής ελευθερίας δεν είναι μόνο περιορισμός ενός ανθρώπου αλλά φίμωση μιας ευρύτερης κοσμοθεωρίας που αγκαλιάζει πολύ μεγαλύτερο αριθμό ανθρώπων. Άλλωστε το πρόβλημα στην Ελλάδα δεν είναι η κρατική αναγνώριση του δικαιώματος, αφού μέσω του αμυντικού του περιεχομένου και της διασφάλισης που του παρέχεται από το κράτος μπορεί να διατηρήσει έναν χώρο απόλυτης ελευθερίας. Το πρόβλημα ανακύπτει στις σχέσεις μεταξύ των ανθρώπων. Η Τέχνη πολύ συχνά βρίσκεται αντιμέτωπη με παραδεδεγμένες αξίες, καθιερωμένους θεσμούς και αρχές οι οποίες συναρμόζουν τους ανθρώπους. Εκεί καλείται ο δικαστής να δώσει μια λύση να σταθμίσει τα συμφέροντα. Δυστυχώς στην Ελλάδα παρά τη συνταγματική ρύθμιση, που ομοιάζει σε αυτές των άλλων Δυτικών Δημοκρατιών, η ελευθερία της Τέχνης δεν θεωρείται αρκούντως κοινωνικά και ηθικά πρωτεύουσα.

Εν κατακλείδι νομίζω ότι αξίζει να παρατεθεί η άποψη της δεύτερης μειοψηφούσας γνώμης στην υπόθεση Mephisto. Έτσι η δικαστής Rupp-von Brünneck διακηρύσσει ότι αποτελεί λανθασμένη τακτική να μετριέται ένα έργο Τέχνης με τον πήχη της αλήθειας ενώ επειδή ένα έργο Τέχνης ως δημιούργημα της φαντασίας στην ουσία ουδέποτε μπορεί να προσβάλλει κάποιον, ένα μόνο μένει να γίνει δεκτό: *in dubio pro Arte...*



## Παράρτημα Αποφάσεων

### 1. Απόφαση Mephisto

Beschluß

des Ersten Senats vom 24. Februar 1971

-- 1 BvR 435/68 --

in dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde der Nymphenburger Verlagshandlung, Gesellschaft mit beschränkter Haftung ... gegen 1. das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20. März 1968 - I ZR 44/66 -; 2. das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 10. März 1966 - 3 U 372/1965 -.

Entscheidungsformel:

Die Verfassungsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe:

A. -- I.

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen das von dem Adoptivsohn und Alleinerben des verstorbenen Schauspielers und Intendanten Gustaf Gründgens gegen die Beschwerdeführerin erwirkte Verbot, das Buch "Mephisto

Roman einer Karriere" von Klaus Mann zu vervielfältigen, zu vertreiben und zu veröffentlichen. 1

Der Autor, der im Jahre 1933 aus Deutschland ausgewandert ist, hat den Roman 1936 im Querido-Verlag, Amsterdam, veröffentlicht. Nach seinem Tode

im Jahre 1949 ist der Roman 1956 im Aufbauverlag in Ost-Berlin erschienen.

2

Der Roman schildert den Aufstieg des hochbegabten Schauspielers Hendrik Höfgen, der seine politische Überzeugung verleugnet und alle menschlichen und ethischen Bindungen abstreift, um im Pakt mit den Machthabern des nationalsozialistischen Deutschlands eine künstlerische Karriere zu machen. Der Roman stellt die psychischen, geistigen und soziologischen Voraussetzungen dar, die diesen Aufstieg möglich machten. 3

Der Romanfigur des Hendrik Höfgen hat der Schauspieler Gustaf Gründgens als Vorbild gedient. Gründgens war in den zwanziger Jahren, als er noch an den Hamburger Kammerspielen tätig war, mit Klaus Mann befreundet und mit dessen Schwester Erika Mann verheiratet, von der er nach kurzer Zeit wieder geschieden wurde. Zahlreiche Einzelheiten der Romanfigur des Hendrik Höfgen - seine äußere Erscheinung, die Theaterstücke, an denen er mitwirkte, und ihre zeitliche Reihenfolge, der Aufstieg zum Preußischen

Staatsrat und zum Generalintendanten der Preußischen Staatstheater - entsprechen dem äußeren Erscheinungsbild und dem Lebenslauf von Gründgens.

Auch an Personen aus der damaligen Umgebung von Gründgens lehnt sich der Roman an. 4

Klaus Mann schrieb über die Romanfigur des Hendrik Höfgen und ihr Verhältnis zu Gustaf Gründgens in seinem 1942 in New York erschienenen Buch "The Turning Point" u. a. (S. 281 f.): 5

"I visualize my ex-brother-in-law as the traitor par excellence, the macabre embodiment of corruption and cynicism. So intense was the fascination of his shameful glory that I decided to portray Mephisto-Gründgens in a satirical novel. I thought it pertinent, indeed, necessary to expose and analyze the abject type of the treacherous intellectual who prostitutes his talent for the sake of some tawdry fame and transitory wealth. Gustaf was just one among others-in reality as well as in the composition of my narrative. He served me as a focus around which I could make gyrate the pathetic and nauseous crowd of petty climbers and crooks." 6

In der neubearbeiteten, 1948 erschienenen deutschen Ausgabe "Der Wendepunkt" heißt es hierzu (S. 334 f.): 7

"Warum schrieb ich meinen Roman 'Mephisto'? Das dritte Buch, das ich im Exil - 1936 - veröffentlichte, handelt von einer unsympathischen Figur. Der Schauspieler, den ich hier präsentiere, hat zwar Talent, sonst aber nicht viel, was für ihn spräche. Besonders fehlt es ihm an den sittlichen Eigenschaften, die man meist unter dem Begriff 'Charakter' zusammenfaßt. Statt des 'Charakters' gibt es bei diesem Hendrik Höfgen nur Ehrgeiz, Eitelkeit, Ruhmsucht, Wirkungstrieb. Er ist kein Mensch, nur ein Komödiant. War es der Mühe wert, über eine solche Figur einen Roman zu schreiben? Ja; denn der Komödiant wird zum Exponenten, zum Symbol eines durchaus komödiantischen, zutiefst unwahren, unwirklichen Regimes. Der Mime triumphiert im Staat der Lügner und Versteller. 'Mephisto' ist der Roman einer Karriere im Dritten Reich. 'Vielleicht wollte er (der Autor) dem Schauerstück blutiger Dilettanten das Porträt des echten Komödianten gegenüberstellen', wie Herman Kesten in einer gescheiterten Rezension meines Buches ('Das Neue Tagebuch', 1937) mit Recht vermutete. Er fährt fort: 'Ihm gelingt mehr, er zeichnet den Typus des Mitläufers, einen aus der Million von kleinsten Mitschuldigen, die nicht die großen Verbrechen begehen, aber vom Brot der Mörder essen, nicht Schuldige sind, aber schuldig werden; nicht töten, aber zum Totschlag schweigen, über ihre Verdienste hinaus verdienen wollen und die Füße der Mächtigen lecken, auch wenn diese Füße im Blute der Unschuldigen waten. Diese Million von kleinen Mitschuldigen haben )Blut geleckt(. Darin bilden diese die Stütze der Machthaber!' Genau dieser Typus war es, den ich zeichnen wollte. Ich hätte meine Intention selber nicht besser zu formulieren vermocht. 'Mephisto' ist kein 'Schlüsselroman', wie man ihn wohl genannt hat. Der ruchlos brillante, zynisch rücksichtslose

Karrieremacher, der im Mittelpunkt meiner Satire steht, mag gewisse Züge von einem gewissen Schauspieler haben, den es wirklich gegeben hat und, wie man mir versichert, wirklich immer noch gibt. Ist der Staatsrat und Intendant Hendrik Höfgen, dessen Roman ich schrieb, ein Porträt des Staatsrates und Intendanten Gustaf Gründgens, mit dem ich als junger Mensch bekannt war? Doch nicht ganz. Höfgen unterscheidet sich in mancher Hinsicht von meinem früheren Schwager. Aber angenommen sogar, daß die Romanfigur dem Original ähnlicher wäre, als sie es tatsächlich ist, Gründgens könnte darum immer noch nicht als der 'Held' des Buches bezeichnet werden. Es geht in diesem zeitkritischen Versuch überhaupt nicht um den Einzelfall, sondern um den Typ. Als Exempel hätte mir genauso gut ein anderer dienen können. Meine Wahl fiel auf Gründgens - nicht, weil ich ihn für besonders schlimm gehalten hätte [er war vielleicht sogar eher besser als manch anderer Würdenträger des Dritten Reiches], sondern einfach, weil ich ihn zufällig besonders genau kannte. Gerade in Anbetracht unserer früheren Vertrautheit erschien mir seine Wandlung, sein Abfall so phantastisch, kurios, unglaublich, fabelhaft genug, um einen Roman darüber zu schreiben ..." 8

II.

1. Im August 1963 kündigte die Beschwerdeführerin die Veröffentlichung des "Mephisto"-Romans an. Hiergegen erhob nach dem Tode des am 7. Oktober 1963

verstorbenen Gustaf Gründgens sein Adoptivsohn und Alleinerbe Klage. Er machte geltend: 9

Jeder auch nur oberflächlich mit dem deutschen Theaterleben der zwanziger und dreißiger Jahre vertraute Leser müsse Höfgen mit dem Schauspieler Gründgens in Verbindung bringen. Da in dem Roman zusammen mit erkennbar wahren Tatsachen zahlreiche erfundene herabsetzende Schilderungen verknüpft seien, entstehe ein verfälschtes, grob ehrverletzendes Persönlichkeitsbild von Gründgens. Der Roman sei kein Kunstwerk, sondern ein Schlüsselroman, in dem sich Klaus Mann an Gründgens räche, weil er die Ehre seiner Schwester Erika durch die Heirat mit Gründgens verletzt geglaubt habe. 10

Der Kläger beantragte, der Beklagten unter Strafandrohung zu untersagen, den Roman "Mephisto" zu vervielfältigen, zu vertreiben und zu veröffentlichen. 11

Entsprechend dem Antrag der Beklagten wies das Landgericht in Hamburg die Klage ab. Daraufhin veröffentlichte die Beschwerdeführerin den Roman im September 1965 mit dem Vermerk "Alle Personen dieses Buches stellen Typen dar, nicht Porträts. K.M." Aufgrund einer von dem Kläger bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg am 23. November 1965 erwirkten

einstweiligen Verfügung wurde dem Buch ferner folgender Vorspruch beigegeben: 12

"AN DEN LESER 13

Der Verfasser Klaus Mann ist 1933 freiwillig aus Gesinnung emigriert und

hat 1936 diesen Roman in Amsterdam geschrieben. Aus seiner damaligen Sicht und seinem Haß gegen die Hitlerdiktatur hat er ein zeitkritisches Bild der Theatergeschichte in Romanform geschaffen. Wenn auch Anlehnungen an Personen der damaligen Zeit nicht zu verkennen sind, so hat er den Romanfiguren doch erst durch seine dichterische Phantasie Gestalt gegeben. Dies gilt insbesondere für die Hauptfigur. Handlungen und Gesinnungen, die dieser Person im Roman zugeschrieben werden, entsprechen jedenfalls weitgehend der Phantasie des Verfassers. Er hat daher seinem Werk die Erklärung beigefügt: 'Alle Personen dieses Buches stellen Typen dar, nicht Porträts.' 14

Der Verleger" 15

2. Auf die Berufung des Klägers gab das Oberlandesgericht der Klage sowohl aus dem eigenen Recht des Klägers als auch aus dem fortbestehenden Persönlichkeitsrecht des verstorbenen Gustaf Gründgens mit im wesentlichen folgender Begründung statt: 16

Der Roman verletze Gründgens in seiner Ehre, seinem Ansehen, seiner sozialen Geltung und verunglimpfe gröblich sein Andenken. Obwohl der Roman

weder eine Biographie von Gründgens noch eine historische Studie des deutschen Theaterlebens der zwanziger und dreißiger Jahre sei und sein wolle, müsse das theaterkundige Publikum wegen der ihm bekannten und zutreffenden Schilderung des Erscheinungsbildes und des äußeren Lebensablaufes von Gründgens in der Person des Höfgen annehmen, daß die übrigen ihm nicht bekannten persönlichen Begebenheiten, Handlungen und Motive des Höfgen auf Gründgens zuträfen. Der Leser könne bei einer solchen Schilderung nicht zwischen Wahrheit und Dichtung unterscheiden, zumal das dem Lebensbild von Gründgens Hinzugedichtete möglich und sogar glaubwürdig sei. Es fehle an einer ausreichenden, für den Leser erkennbaren Verfremdung. 17

Hieran ändere auch die Erklärung des Autors nichts, daß alle Personen Typen, nicht Porträts darstellten, weil der Inhalt des Romans dieser Erklärung widerspreche. Aus der Erklärung müsse der Leser erst recht entnehmen, daß Klaus Mann in Gründgens den charakterlosen Typ des Höfgen erblicke. Der Vorspruch des Verlags werde lediglich als dessen Meinung aufgefaßt, zumal bei der Darstellung des intimen Lebens eines Schauspielers die Sensationslust des Publikums eine Rolle spiele. 18

Die Beschwerdeführerin könne sich nicht auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen. Mit dem Landgericht könne zwar davon ausgegangen werden, daß der Roman ein Kunstwerk sei und daher den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG genieße. Da der Leser in Höfgen Gründgens wiederkenne, stelle die Schilderung des gemeinen Charakters des Höfgen eine Beleidigung, Verächtlichmachung und Verunglimpfung von Gründgens dar. Das Buch sei - so gesehen - eine Schmähschrift in Romanform, was sich insbesondere aus der Schilderung der masochistischen Beziehungen des Höfgen zu der Negertänzerin Tebab ergebe. Das in Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Recht sei anderen Grundrechten nicht übergeordnet. Bei einer Kollision mit dem Grundrecht der freien Entfaltung

der Persönlichkeit nach Art. 1 und Art. 2 GG habe eine Güter- und Interessenabwägung zu erfolgen, die hier zugunsten des Klägers ausschlagen müsse. Eine Interessenabwägung entfalle aber, soweit der Roman die durch Art. 1 GG geschützte Intimsphäre von Gründgens antaste, da auch ein Kunstwerk die Menschenwürde nicht verletzen dürfe. Das gelte auch für die verbalen Beleidigungen und Verleumdungen, die Gründgens durch die Person des Höfgen zugefügt worden seien. Auch eine Person der Zeitgeschichte brauche solche Ehrverletzungen nicht hinzunehmen, wenn sie wie Gründgens keinen Anlaß zur negativen Kritik gegeben habe. 19

Ferner sei zu berücksichtigen, daß die Erinnerung des Publikums an Gründgens noch lebendig sei und die Allgemeinheit ein Interesse daran habe, daß sein Lebens- und Charakterbild nicht verzerrt und völlig entstellt der Nachwelt überliefert werde. Demgegenüber hätten die Interessen der Beklagten zurückzutreten. Denn die Allgemeinheit sei nicht daran interessiert, ein falsches Bild über die Theaterverhältnisse nach 1933 aus der Sicht eines Emigranten zu erhalten. Es sei Klaus Mann zuzumuten gewesen, den Roman nach 1945 umzugestalten, damit der Leser Gründgens in Höfgen nicht mehr erkenne. Durch die Neuherausgabe des Romans

in der unveränderten Fassung im jetzigen Zeitpunkt würde die Ehrverletzung und Verunglimpfung von Gründgens auch insoweit zumindest fortgesetzt, als sie durch frühere Ausgaben des Romans bereits eingetreten sei. 20

3. Die Revision der Beschwerdeführerin blieb erfolglos. Der Bundesgerichtshof bejahte die Klagebefugnis aus den fortbestehenden Rechten des Verstorbenen und ließ dahinstehen, ob der Kläger auch aus eigenem Recht aktiv legitimiert sei. 21

Der Schutz der Persönlichkeit auf der Grundlage der durch die Wertentscheidungen in Art. 1 und Art. 2 GG ausgefüllten Generalklausel des § 823 Abs. 1 BGB sei zwar nach dem Tode dadurch eingeschränkt, daß alle diejenigen Ausstrahlungen endeten, welche die Existenz einer aktiv handelnden Person voraussetzten; bei der Abwägung widerstreitender Belange könne nicht mehr der Schutz der persönlichen Empfindung des Angegriffenen als solcher ins Gewicht fallen, so daß z.B. bei Darstellungen aus dem Intimbereich die Frage einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts für Verstorbene nach einem anderen Wertmaßstab als für Lebende zu beurteilen sei. Jedoch bestünden Unterlassungsansprüche gegen grobe Entstellungen des Lebensbildes zum Schutz des Achtungsanspruchs des Verstorbenen im sozialen Raum auch nach dessen Tode fort; sie könnten vom Kläger als Adoptivsohn und Alleinerben des Verstorbenen wahrgenommen werden. Allerdings sei diese Befugnis zeitlich begrenzt, da das Rechtsschutzbedürfnis in dem Maß schwinde, in dem die Erinnerung an den Verstorbenen verblasse und im Laufe der Zeit auch das Interesse an der Nichtverfälschung des Lebensbildes abnehme. 22

Auf der Grundlage der tatrichterlichen Feststellungen, daß der Roman für einen nicht unbedeutenden Leserkreis ein negativ verzerrtes, verunglimpfendes Charakter- und Lebensbild von Gründgens vermittele,

billigt der Bundesgerichtshof im Ergebnis auch die rechtlichen Folgerungen des Oberlandesgerichts und führt hierzu aus: 23

Das Recht, Verhalten und Lebensbild einer Person kritisch zu beurteilen, finde nach Art. 5 Abs. 2 GG seine Schranke in dem Recht der persönlichen Ehre und rechtfertige jedenfalls nicht, das Lebensbild einer Persönlichkeit durch erfundene, die Gesinnung negativ kennzeichnende Verhaltensweisen zu entstellen. Namentlich das erdichtete Verhalten gegenüber der schwarzen Tänzerin, zu der Höfgen langdauernde Beziehungen unterhalten habe und die er, als sie seiner Karriere gefährlich zu werden drohe, in niederträchtiger Weise von der Gestapo habe verhaften und abschieben lassen, vermittle dem Leser den Eindruck, daß Gründgens zu niederträchtigen Handlungen fähig gewesen sei. 24

Auch die Freiheit der Kunst decke solche schwerwiegenden Entstellungen nicht. Zwar sei mit den Vorinstanzen davon auszugehen, daß der beanstandete Roman als Ergebnis künstlerischen Schaffens ein Kunstwerk sei. Entstellungen von so schwerwiegender Art wie im vorliegenden Fall seien aber durch die in Art. 5 Abs. 3 GG verbürgte Freiheit der Kunst nicht gedeckt. Allerdings dürfe der Künstler an reale Geschehnisse und persönliche Umwelterfahrungen anknüpfen und in der Verarbeitung dieser Anregungen bei ausreichender Verfremdung einen weiten Schaffensspielraum beanspruchen. Auch könne bei einem Konflikt mit der Persönlichkeitssphäre die Güterabwägung dazu führen, dem Künstler zu gestatten, bei romanhafter Darstellung des Lebens einer Person der Zeitgeschichte den Dargestellten auch durch erfundene Begebenheiten ergänzend zu charakterisieren und bei Verstorbenen in gewissen Grenzen auch Vorgänge aus dem Intimbereich zu schildern. Jedoch erfahre das Recht zur freien künstlerischen Betätigung eine immanente Begrenzung durch das verfassungsrechtlich garantierte Persönlichkeitsrecht. Diese Grenze sei überschritten, wenn das Lebensbild einer bestimmten Person, die derart deutlich wie im vorliegenden Fall als Vorbild gedient habe, durch frei erfundene Zutaten grundlegend negativ entstellt werde, ohne daß dies als satirische oder sonstige Übertreibung erkennbar sei. Nehme der Künstler derartige Veränderungen der Wirklichkeit vor, dann könne und müsse von ihm erwartet werden, daß er die Anknüpfung an das Vorbild unerkennbar mache. Das sei im Streitfall nicht geschehen.

25

Das Vorwort der Beklagten und die kurze Versicherung des Autors schlossen nicht aus, daß Gründgens nach wie vor vom Leser mit Höfgen identifiziert werde. 26

B. -- I.

Mit der Verfassungsbeschwerde gegen die Urteile des Bundesgerichtshofs und des Hanseatischen Oberlandesgerichts rügt die Beschwerdeführerin die Verletzung von Art. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und 3, Art. 14, Art. 103 Abs. 1 GG sowie der verfassungsrechtlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit. Zur Begründung macht sie geltend: Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Kunstfreiheit.



Das Wesen jeden Kunstwerkes schließe es aus, Romanfiguren etwa wegen "Ähnlichkeiten" mit Menschen und Geschehnissen der realen Welt in Verbindung zu bringen und auf ihre Übereinstimmung mit der Wirklichkeit zu prüfen. Ein Roman gestalte Raum und Zeit und die darin handelnden Personen als von der Realität abgelöste, eigenständige Erzeugnisse dichterischer Phantasie. Zwar sei das Hineinnehmen der Wahrnehmungen des Künstlers aus seiner Umwelt in seine Phantasie notwendige Vorarbeit jedes künstlerischen Schaffensprozesses. So habe Klaus Mann als Emigrant und nach seiner politischen Einstellung nicht darauf verzichten können, den Gesinnungswandel von Gründgens, der für ihn in dessen steilem Aufstieg zu den höchsten Staatsämtern und seinem Auftreten mit den damaligen Machthabern in der Öffentlichkeit besonders zum Ausdruck gekommen sei, zum

Anlaß für einen Roman zu nehmen und diesen "Stoff" zu einer sarkastisch-satirischen Dichtung zu gestalten. Diese "Welt" des Dichters Klaus Mann könne jedoch nicht mit der realen Welt durch einen unmittelbaren Vergleich nach "Erkennbarkeiten" und "Entlehnungen" in Verbindung gebracht werden, auch wenn sie Zeitverhältnisse behandle und kritisiere, weil die Rückspiegelung eines solchen Romans auf die Realität von einer ganz anderen Ebene aus erfolge. Anders sei z.B. ein "Schlüsselloch-Roman" zu beurteilen, bei dem nicht der künstlerische Ausdruck, sondern unter dem Deckmantel eines Pseudonyms die Schmähung im

Mittelpunkt stehe. Jedoch verbiete die Anerkennung des "Mephisto"- Romans als Kunstwerk ebenso wie das Urteil anerkannter Kritiker und Schriftsteller des In- und Auslandes seine Herabsetzung zu einem derartigen Roman. Begrifflich und damit rechtlich sei es danach ausgeschlossen, den als Kunstwerk qualifizierten Roman aufzuspalten in ein Gebilde dichterischer Phantasie einerseits und eine Abbildung oder Dokumentation der Wirklichkeit andererseits. 27

Deshalb seien für die Beurteilung der Wirkungen des Romans auf die Persönlichkeitssphäre von Gründgens "Erkennbarkeit" oder "Übereinstimmung mit der Realität" als Maßstäbe sachwidrig. Der Rechtsschutz für die Persönlichkeit könne nur für den Menschen in der Wirklichkeit und in bezug auf die Wirklichkeit bestehen, nicht in bezug auf eine Phantasiewelt dichterischer Schöpfung. Insofern handle es sich um eigenständige, miteinander nicht vergleichbare Welten. Diese Eigenständigkeit der künstlerischen Aussage werde durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleistet.

28

Die Annahme, daß das Recht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG eine "immanente Begrenzung" erfahre, berücksichtige nicht, daß das Grundrecht schrankenlos gewährleistet sei. Auf seiten von Gründgens könne nach seinem Tod nur von einem sehr eingeschränkten Persönlichkeitsrecht gesprochen werden. Ferner sei nicht ausreichend das besondere Interesse der Allgemeinheit an einer Veröffentlichung des Romans als des ersten literarischen Werkes der Emigranten- und Exilliteratur gewürdigt worden. 29

Der Roman hätte auch nicht nach den heutigen Verhältnissen, sondern nur nach Vorstellungen zur Zeit seiner Entstehung gewürdigt werden dürfen, da es zum Wesen des Kunstwerks gehöre, daß es nur aus sich und seiner Zeit heraus verstanden werden könne. Vor allem seien die politischen Umstände von Bedeutung, die der Entstehung des Romans zur Zeit der Herrschaft des Nationalsozialismus ihr besonderes Gepräge gegeben hätten. 30

Unzureichend gewürdigt seien die gutachtlichen Äußerungen der Kritiker, die durchweg auf den Symbolgehalt und die Ferne des Romans zum "Porträt" hingewiesen hätten. Ebenfalls sei nicht hinreichend berücksichtigt, daß der Theaterkundige zwischen Kunst und Wirklichkeit zu unterscheiden wisse sowie darüber unterrichtet sei, daß der Roman nicht zu den Biographien über Gründgens zähle. 31

Ferner verbiete der Urheberrechtsschutz, den Roman zu ändern. Auch stehe dem Verbot des Romans das Informationsrecht des Publikums aus Art. 5 Abs. 1 GG entgegen. Die Veröffentlichung des Romans solle nicht allein der privaten Auseinandersetzung, sondern vor allem der öffentlichen Meinungsbildung dienen. Außerdem greife das Verbot unter Verletzung von Art. 14 GG in das verlegerische Veröffentlichungs- und Vertriebsrecht der Beschwerdeführerin ein. 32

Art. 103 Abs. 1 GG sei verletzt, weil das Oberlandesgericht nicht aufgeklärt habe, ob zwischen Gründgens und dem Kläger einem echten Kindschaftsverhältnis entsprechende Bindungen bestanden hätten, obwohl dieses von der Beschwerdeführerin bestritten worden sei. Der Bundesgerichtshof habe sich nicht mit der wiederholt erklärten Bereitschaft der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt, sich auch für die Zukunft an den Vorspruch nach Maßgabe der einstweiligen Verfügung zu halten. Seine Ausführungen zum Vorwort verletzten zugleich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Sie bedeuteten praktisch, daß die Beschwerdeführerin jeweils das Prozeßrisiko und das Risiko fortgesetzter Bestrafungsanträge im Vollstreckungsverfahren eingehen müsse, wenn sie die Veröffentlichung des Romans mit einem neuen Vorwort versuchen wolle, da nicht geklärt sei, welcher Text als Vorwort ausreiche. Zudem sei die Verlagerung des Schwergewichts des Konflikts in das Vollstreckungsverfahren mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit nicht vereinbar. 33

II.

Gemäß § 94 BVerfGG haben sich der Bundesminister der Justiz und der Kläger des Ausgangsverfahrens zu der Verfassungsbeschwerde geäußert. 34

1. Der Bundesminister der Justiz hat unter Verzicht auf eine abschließende Stellungnahme ausgeführt: 35

Die Beschwerdeführerin sei durch das gerichtliche Verbot in ihren Grundrechten aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG betroffen, da verbreitungshemmende Maßnahmen gegen den Verleger zugleich die Wirkungsmöglichkeiten der wesensmäßig auf Kommunikation angewiesenen Kunstschöpfung schmälerten. 36

Durch Art. 1, Art. 2 Abs. 1 GG werde dem verstorbenen Gustaf Gründgens in

einem gegenständlich beschränkten Umfang ein postmortaler Persönlichkeitsschutz hinsichtlich solcher Nachwirkungen und Ausstrahlungen gewährt, die wie die Ehre und das Ansehen in der Erinnerung der Nachwelt einen von dem Lebensbild des Verstorbenen nicht zu trennenden Wert darstellten. Ob dieses Schutzgut durch den Roman betroffen werde, sei weitgehend eine Frage der künstlerischen Bewertung des Buches. 37

Jedenfalls verbiete die künstlerische Unterordnung des dargestellten Geschehens unter eine allgemeingültige ideelle Aussage, von dem Werk eine getreue Übereinstimmung der Romanschilderung oder ihrer wesentlichen Züge mit der historischen Wirklichkeit zu fordern und es so auf einen bestimmten, vom Künstlerwillen losgelösten Inhalt festzulegen. Auch trete das vorhandene historische Vorbild der Romanhandlung im Bewußtsein der Leserschaft durch die künstlerische Sublimierung des Stoffes zurück. Diese mit der Qualifizierung als Kunstwerk bereits gegebene Verfremdung des historischen Substrats suche das vorangestellte Vorwort noch zu verstärken. Bei dieser Sachlage sei zumindest das Verlangen, daß die künstlerische Sublimierung des behandelten Stoffes jedem Leser einsichtig sein müsse, mit der Kunstfreiheitsgarantie nicht vereinbar. 38

Ein etwaiger Wertkonflikt zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz könne nicht durch den Hinweis auf die Schrankenlosigkeit der Kunstfreiheit gelöst werden, da auch dieses Grundrecht im Blick auf die Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums durch die Rechte anderer und die Schutzbedürftigkeit von Gemeinschaftsgütern beschränkt sei. Andererseits genieße auch das Recht der persönlichen Ehre keinen Vorrang vor der Kunstfreiheit, die letztlich in der Achtung vor der Würde des Menschen wurzele. Die Schutzbereiche der kollidierenden Grundrechtspositionen seien deshalb durch Güterabwägung nach Maßgabe aller Umstände des Einzelfalles so gegeneinander abzugrenzen, daß eine jede sich zu optimaler Wirkungskraft entfalten könne. Dabei seien grundsätzlich die gegenwärtigen Verhältnisse zugrunde zu legen; jedoch seien auch die äußeren Verhältnisse und Zeitumstände, unter denen der Roman entstanden sei, retrospektiv in die Beurteilung einzubeziehen, da der Leser die Entstehungsgeschichte und die durch sie bedingte Relativierung des Blickwinkels des Autors berücksichtigen werde. Auch könne der Umstand, daß der Autor etwaige herabsetzende Äußerungen über die Persönlichkeit von Gründgens nicht in einer persönlichen, sondern in einer öffentlichen Auseinandersetzung zwischen den damaligen politischen Machthabern und den Verfechtern einer unabhängigen Kunst gemacht habe, beim Leser zu einer differenzierten Beurteilung führen. Ferner bestehe ein erhebliches Interesse, der Öffentlichkeit solches Anschauungsmaterial über die damaligen innerdeutschen Verhältnisse zugänglich zu machen. 39

Schließlich müsse geprüft werden, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein uneingeschränktes Verbreitungsverbot rechtfertige und ob nicht bereits das Vorwort ausreichend klarstelle, daß der negativ gezeichnete Typ der Romanfigur kein getreues Abbild der Wirklichkeit sei. 40

2. Der Kläger des Ausgangsverfahrens hält die Verfassungsbeschwerde für

unbegründet. 41

Der Roman mißbrauche die Kunstfreiheit; seine Veröffentlichung würde das Persönlichkeitsrecht von Gründgens in seinem Wesensgehalt treffen. Auch nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG sei der Zugriffswille des Künstlers durch die allgemein gültigen Rechtsschranken beschränkt. Eine Güterabwägung scheide aus, weil der Bestimmungsgrund für Klaus Mann nach seinem eigenen Bekenntnis in erster Linie nicht ein Anliegen der Kunst, sondern Haßgefühle gewesen seien. Der Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG sei ferner wegen des Interesses der Öffentlichkeit an wahrheitsgemäßer Unterrichtung über Gründgens als einer bedeutenden Persönlichkeit der Zeitgeschichte zu versagen. 42

C. - I.

Die in bezug auf das Verfahren vor dem Oberlandesgericht und dem Bundesgerichtshof erhobenen Rügen einer Verletzung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) sind nicht gerechtfertigt. 43

Das Oberlandesgericht ist dem Vorbringen, mit dem die Beschwerdeführerin die Aktivlegitimation des Klägers bestritten und das Bestehen eines echten Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen dem Kläger und seinem Adoptivvater angezweifelt hat, nur deshalb nicht nachgegangen, weil es diesen Vortrag nicht für entscheidungserheblich angesehen hat. Insoweit kommt eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG nicht in Betracht; dieses Prozeßgrundrecht gewährt keinen Schutz gegen Entscheidungen, die den Sachvortrag eines Beteiligten aus Gründen des formellen und materiellen Rechts teilweise oder ganz unberücksichtigt lassen (BVerfGE 21, 191 [194]). 44

Ebensowenig ist das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin dadurch verletzt, daß der Bundesgerichtshof die Gestaltung des Vorworts, dem er für die Möglichkeit einer Veröffentlichung des Romans Bedeutung beigelegt hat, nicht selbst mit den Prozeßbeteiligten des Ausgangsverfahrens erörtert und die Sache auch nicht zum Zweck einer solchen Erörterung an das Berufungsgericht zurückverwiesen hat. Der Bundesgerichtshof hat die Gründe für sein Verfahren eingehend dargelegt; sie liegen in Erwägungen des einfachen (Prozeß-) Rechts, die vom Bundesverfassungsgericht nicht nachzuprüfen sind. 45

II.

Soweit die angegriffenen Entscheidungen den mit der Klage geltend gemachten Unterlassungsanspruch nach Maßgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung in analoger Anwendung negatorischer Zivilrechtsnormen für begründet erklärt haben, handelt es sich um Anwendung einfachen Rechts, die vom Bundesverfassungsgericht - da Willkür offensichtlich ausscheidet - nicht nachgeprüft werden kann (BVerfGE 18, 85 [92 f., 96 f.]). Dasselbe gilt für die Frage, ob der Kläger als Angehöriger des verstorbenen Gustaf Gründgens zivilrechtliche Unterlassungsansprüche aus eigenem Recht oder aus fortbestehenden Rechten des Verstorbenen geltend machen kann. 46

Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht zu prüfen, ob die angefochtenen Entscheidungen der Gerichte bei der Anwendung bürgerlich-rechtlicher Normen auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Grundrechte beruhen, deren Verletzung die Beschwerdeführerin gerügt hat, oder ob das Auslegungsergebnis selbst die geltend gemachten Grundrechte verletzt (BVerfGE 7, 198 [205 f.]; 21, 209 [216]). Soweit es um diese verfassungsrechtlichen Ausstrahlungswirkungen geht, handelt es sich in erster Linie um die Tragweite der von der Beschwerdeführerin in Anspruch genommenen verfassungsverbürgten Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG), sodann um das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), insbesondere um das Verhältnis dieser Grundrechte zu dem geschützten Persönlichkeitsbereich, den die Urteile dem verstorbenen Gustaf Gründgens nach Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG eingeräumt haben. 47

III.

Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erklärt die Kunst neben der Wissenschaft, Forschung und Lehre für frei. Mit dieser Freiheitsverbürgung enthält Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nach Wortlaut und Sinn zunächst eine objektive, das Verhältnis des Bereiches Kunst zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm. Zugleich gewährleistet die Bestimmung jedem, der in diesem Bereich tätig ist, ein individuelles Freiheitsrecht. 48

1. Der Lebensbereich "Kunst" ist durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen. Von ihnen hat die Auslegung des Kunstbegriffs der Verfassung auszugehen. Das Wesentliche der künstlerischen Betätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle

künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewußten und unbewußten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers. 49

Die Kunstfreiheitsgarantie betrifft in gleicher Weise den "Werkbereich" und den "Wirkbereich" des künstlerischen Schaffens. Beide Bereiche bilden eine unlösbare Einheit. Nicht nur die künstlerische Betätigung (Werkbereich), sondern darüber hinaus auch die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks sind sachnotwendig für die Begegnung mit dem Werk als eines ebenfalls kunstspezifischen Vorganges; dieser "Wirkbereich", in dem der Öffentlichkeit Zugang zu dem Kunstwerk verschafft wird, ist der Boden, auf dem die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG vor allem erwachsen ist. Allein schon der Rückblick auf das nationalsozialistische Regime und seine Kunstpolitik zeigt, daß die Gewährleistung der individuellen Rechte des Künstlers nicht ausreicht, die Freiheit der Kunst zu sichern. Ohne eine Erstreckung des personalen Geltungsbereichs der Kunstfreiheitsgarantie auf den Wirkbereich des Kunstwerks würde das Grundrecht weitgehend leerlaufen.

50

2. Wie weit die Verfassungsgarantie der Kunstfreiheit reicht und was sie im einzelnen bedeutet, läßt sich ohne tieferes Eingehen auf die sehr verschiedenen Äußerungsformen künstlerischer Betätigung in einer für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen Weise nicht erschöpfend darstellen. Für die Zwecke dieser Entscheidung bedarf es jedoch einer so weit ausgreifenden Erörterung nicht, da die Instanzgerichte - in Übereinstimmung mit den Prozeßbeteiligten und soweit ersichtlich mit dem Urteil aller kompetenten Sachverständigen - dem hier zu beurteilenden Roman die Eigenschaft eines Kunstwerks mit Recht zuerkannt haben. Es genügt deshalb, auf die spezifischen Gesichtspunkte einzugehen, die bei der Beurteilung eines Werkes der erzählenden (epischen) Kunst in Betracht kommen können, das an Vorgänge der historischen Wirklichkeit anknüpft und bei dem deshalb die Gefahr eines Konfliktes mit schutzwürdigen Rechten und Interessen der in dem Werk dargestellten Personen gegeben ist. 51

Auch wenn der Künstler Vorgänge des realen Lebens schildert, wird diese Wirklichkeit im Kunstwerk "verdichtet". Die Realität wird aus den Zusammenhängen und Gesetzmäßigkeiten der empirisch-geschichtlichen Wirklichkeit gelöst und in neue Beziehungen gebracht, für die nicht die "Realitätsthematik", sondern das künstlerische Gebot der anschaulichen Gestaltung im Vordergrund steht. Die Wahrheit des einzelnen Vorganges kann und muß unter Umständen der künstlerischen Einheit geopfert werden. 52

Sinn und Aufgabe des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ist es vor allem, die auf der Eigengesetzlichkeit der Kunst beruhenden, von ästhetischen Rücksichten bestimmten Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen von jeglicher Ingerenz öffentlicher Gewalt freizuhalten. Die Art und Weise, in der der Künstler der Wirklichkeit begegnet und die Vorgänge gestaltet, die er in dieser Begegnung erfährt, darf ihm nicht vorgeschrieben werden, wenn der künstlerische Schaffensprozeß sich frei entwickeln können. Über die "Richtigkeit" seiner Haltung gegenüber der Wirklichkeit kann nur der Künstler selbst entscheiden. Insoweit bedeutet die Kunstfreiheitsgarantie das Verbot, auf Methoden, Inhalte und Tendenzen der künstlerischen Tätigkeit einzuwirken, insbesondere den künstlerischen Gestaltungsraum einzuengen, oder allgemein verbindliche Regeln für diesen Schaffensprozeß vorzuschreiben. Für das erzählende Kunstwerk ergibt sich daraus im besonderen, daß die Verfassungsgarantie die freie Themenwahl und die freie Themengestaltung umfaßt, indem sie dem Staat verbietet, diesen Bereich spezifischen künstlerischen Ermessens durch verbindliche Regeln oder Wertungen zu beschränken. Das gilt auch und gerade dort, wo der Künstler sich mit aktuellem Geschehen auseinandersetzt; der Bereich der "engagierten" Kunst ist von der Freiheitsgarantie nicht ausgenommen. 53

3. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantiert die Freiheit der Betätigung im Kunstbereich umfassend. Soweit es daher zur Herstellung der Beziehungen zwischen Künstler und Publikum der publizistischen Medien bedarf, sind auch die Personen durch die Kunstfreiheitsgarantie geschützt, die hier eine solche vermittelnde Tätigkeit ausüben. Da ein Werk der erzählenden



Kunst ohne die Vervielfältigung, Verbreitung und Veröffentlichung durch den Verleger keine Wirkung in der Öffentlichkeit entfalten könnte, der Verleger daher eine unentbehrliche Mittlerfunktion zwischen Künstler und Publikum ausübt, erstreckt sich die Freiheitsgarantie auch auf seine Tätigkeit. Die Beschwerdeführerin als Verleger des Romans kann sich deshalb auf das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG berufen (vgl. auch BVerfGE 10, 118 [121]; 12, 205 [260] zur Pressefreiheit). 54

4. Die Kunst ist in ihrer Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vorbehaltlos gewährleistet. Versuche, die Kunstfreiheitsgarantie durch wertende Einengung des Kunstbegriffes, durch erweiternde Auslegung oder Analogie aufgrund der Schrankenregelung anderer Verfassungsbestimmungen einzuschränken, müssen angesichts der klaren Vorschrift des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erfolglos bleiben. 55

Unanwendbar ist insbesondere, wie auch der Bundesgerichtshof mit Recht annimmt, Art. 5 Abs. 2 GG, der die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG beschränkt. Die systematische Trennung der Gewährleistungsbereiche in Art. 5 GG weist den Abs. 3 dieser Bestimmung gegenüber Abs. 1 als *lex specialis* aus und verbietet es deshalb, die Schranken des Abs. 2 auch auf die in Abs. 3 genannten Bereiche anzuwenden. Ebensowenig wäre es angängig, aus dem Zusammenhang eines Werkes der erzählenden Kunst einzelne Teile herauszulösen und sie als Meinungsäußerungen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG anzusehen, auf die dann die Schranken des Abs. 2 Anwendung fänden. Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 5 Abs. 3 GG bietet keinen Anhalt für die Annahme, daß der Verfassungsgeber die Kunstfreiheit als Unterfall der Meinungsäußerungsfreiheit habe betrachten wollen. 56

Die Äußerung des Abgeordneten v. Mangoldt in der Sitzung des Grundsatzausschusses des Parlamentarischen Rats vom 5. Oktober 1948, daß die Gewährleistung der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit in unmittelbarer Verbindung mit der Freiheit der Meinungsäußerung stehe (JbÖffR, N. F., Bd. 1, S. 89 ff.), sollte die Stellung des damals noch selbständigen Artikels unmittelbar hinter den Garantien der Meinungsfreiheit erklären. Sie ging also gerade von der Selbständigkeit der Regelungsbereiche aus. Von Bedeutung ist auch die Stellungnahme des Allgemeinen Redaktionsausschusses vom 16. Dezember 1948 (PRDrucks. 370), in der das Zensurverbot ausdrücklich für das Theater mit der Begründung gefordert wurde, daß durch den im Entwurf enthaltenen Art. 7 (dem jetzigen Art. 5 Abs. 3 GG) die Freiheit des Theaters noch nicht garantiert werde, da nicht jede Theateraufführung Kunst zu sein brauche. Zu berücksichtigen ist ferner, daß für den Verfassungsgeber auf Grund der Erfahrungen aus der Zeit des NS-Regimes, das Kunst und Künstler in die völlige Abhängigkeit politisch-ideologischer Zielsetzungen versetzt oder zum Verstummen gebracht hatte, begründeter Anlaß bestand, die Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit des Sachbereichs Kunst besonders zu garantieren. 57

Abzulehnen ist auch die Meinung, daß die Freiheit der Kunst gemäß Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG durch die Rechte anderer, durch die verfassungsmäßige Ordnung und durch das Sittengesetz beschränkt sei. Diese Ansicht ist

unvereinbar mit dem vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannten Verhältnis der Subsidiarität des Art. 2 Abs. 1 GG zur Spezialität der Einzelfreiheitsrechte (vgl. u. a. BVerfGE 6, 32 [36 ff.]; 9, 63 [73]; 9, 73 [77]; 9, 338 [343]; 10, 55 [58]; 10, 185 [199]; 11, 234 [238]; 21, 227 [234]; 23, 50 [55 f.]), das eine Erstreckung des Gemeinschaftsvorbehalts des Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 auf die durch besondere Grundrechte geschützten Lebensbereiche nicht zuläßt. Aus den gleichen Erwägungen verbietet sich, Art. 2 Abs. 1 GG als Auslegungsregel zur Interpretation des Sinngehalts von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG heranzuziehen. Diese Schrankenregelung ist auch nicht auf den "Wirkbereich" der Kunst anzuwenden. 58

5. Andererseits ist das Freiheitsrecht nicht schrankenlos gewährt. Die Freiheitsverbürgung in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geht wie alle Grundrechte vom Menschenbild des Grundgesetzes aus, d. h. vom Menschen als eigenverantwortlicher Persönlichkeit, die sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei entfaltet (BVerfGE 4, 7 [15 f.]; 7, 198 [205]; 24, 119 [144]; 27, 1 [7]). Jedoch kommt der Vorbehaltlosigkeit des Grundrechts die Bedeutung zu, daß die Grenzen der Kunstfreiheitsgarantie nur von der Verfassung selbst zu bestimmen sind. Da die Kunstfreiheit keinen Vorbehalt für den einfachen Gesetzgeber enthält, darf sie weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Klausel relativiert werden, welche ohne verfassungsrechtlichen Ansatzpunkt und ohne ausreichende rechtsstaatliche Sicherung auf eine Gefährdung der für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendigen Güter abhebt. Vielmehr ist ein im Rahmen der Kunstfreiheitsgarantie zu berücksichtigender Konflikt nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems durch Verfassungsauslegung zu lösen. Als Teil des grundrechtlichen Wertsystems ist die Kunstfreiheit insbesondere der in Art. 1 GG garantierten Würde des Menschen zugeordnet, die als oberster Wert das ganze grundrechtliche Wertsystem beherrscht (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]). Dennoch kann die Kunstfreiheitsgarantie mit dem ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich in Konflikt geraten, weil ein Kunstwerk auch auf der sozialen Ebene Wirkungen entfalten kann. 59

Daß im Zugriff des Künstlers auf Persönlichkeits- und Lebensdaten von Menschen seiner Umwelt der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Dargestellten betroffen sein kann, ist darin begründet, daß ein solches Kunstwerk nicht nur als ästhetische Realität wirkt, sondern daneben ein Dasein in den Realien hat, die zwar in der Darstellung künstlerisch überhöht werden, damit aber ihre sozialbezogenen Wirkungen nicht verlieren. Diese Wirkungen auf der sozialen Ebene entfalten sich "neben" dem eigenständigen Bereich der Kunst; gleichwohl müssen sie auch im Blick auf den Gewährleistungsbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewürdigt werden, da die "reale" und die "ästhetische" Welt im Kunstwerk eine Einheit bilden. 60

6. Die Gerichte haben in diesem Zusammenhang mit Recht zur Beurteilung der

Schutzwirkungen aus dem Persönlichkeitsbereich des verstorbenen Schauspielers Gründgens Art. 1 Abs. 1 GG wertend herangezogen. Es würde mit dem verfassungsverbürgten Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, das allen Grundrechten zugrunde liegt, unvereinbar sein, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch auch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte. Dementsprechend endet die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode. 61 Der Bundesgerichtshof und das Oberlandesgericht erkennen darüber hinaus auch nach Art. 2 Abs. 1 GG Ausstrahlungswirkungen für den zivilrechtlichen Schutzbereich um die Person des verstorbenen Schauspielers Gründgens an, wenn auch in einem durch sein Ableben bedingten eingeschränkten Umfang. Die Fortwirkung eines Persönlichkeitsrechts nach dem Tode ist jedoch zu verneinen, weil Träger dieses Grundrechts nur die lebende Person ist; mit ihrem Tode erlischt der Schutz aus diesem Grundrecht. Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG setzt die Existenz einer wenigstens potentiell oder zukünftig handlungsfähigen Person als unabdingbar voraus. Daran vermag die Erwägung des Bundesgerichtshofs nichts zu ändern, daß die Rechtslage nach dem Tode für die freie Entfaltung der Person zu ihren Lebzeiten nicht ohne Belang sei. Die Versagung eines Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode stellt keinen Eingriff dar, der die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Handlungs- und Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt. 62

7. Die Lösung der Spannungslage zwischen Persönlichkeitsschutz und dem Recht auf Kunstfreiheit kann deshalb nicht allein auf die Wirkungen eines Kunstwerks im außerkünstlerischen Sozialbereich abheben, sondern muß auch kunstspezifischen Gesichtspunkten Rechnung tragen. Das Menschenbild, das Art. 1 Abs. 1 GG zugrunde liegt, wird durch die Freiheitsgarantie in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ebenso mitgeprägt wie diese umgekehrt von der Wertvorstellung des Art. 1 Abs. 1 GG beeinflusst ist. Der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Einzelnen ist ebensowenig der Kunstfreiheit übergeordnet wie sich die Kunst ohne weiteres über den allgemeinen Achtungsanspruch des Menschen hinwegsetzen darf. 63

Die Entscheidung darüber, ob durch die Anlehnung der künstlerischen Darstellung an Persönlichkeitsdaten der realen Wirklichkeit ein der Veröffentlichung des Kunstwerks entgegenstehender schwerer Eingriff in den schutzwürdigen Persönlichkeitsbereich des Dargestellten zu befürchten ist, kann nur unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles getroffen werden. Dabei ist zu beachten, ob und inwieweit das "Abbild" gegenüber dem "Urbild" durch die künstlerische Gestaltung des Stoffs und seine Ein- und Unterordnung in den Gesamtorganismus des Kunstwerks so verselbständigt erscheint, daß das Individuelle, Persönlich-Intime zugunsten des Allgemeinen, Zeichenhaften der "Figur" objektiviert ist. Wenn eine solche, das Kunstspezifische berücksichtigende Betrachtung jedoch ergibt, daß der Künstler ein "Porträt" des "Urbildes" gezeichnet hat oder gar zeichnen wollte, kommt es auf das Ausmaß der künstlerischen Verfremdung oder den

Umfang und die Bedeutung der "Verfälschung" für den Ruf des Betroffenen oder für sein Andenken an. 64

IV.

Das Bundesverfassungsgericht hat danach zu entscheiden, ob die Gerichte bei der von ihnen vorgenommenen Abwägung zwischen dem durch Art. 1 Abs.

1

GG geschützten Persönlichkeitsbereich des verstorbenen Gustaf Gründgens und seines Adoptivsohnes und der durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleisteten Kunstfreiheit den dargelegten Grundsätzen Rechnung getragen haben. Bei der Entscheidung dieser Frage ergab sich im Senat Stimmengleichheit. Infolgedessen konnte gemäß § 15 Abs. 2 Satz 4 BVerfGG nicht festgestellt werden, daß die angefochtenen Urteile gegen das Grundgesetz verstoßen. 65

1. Die Heranziehung des Art. 2 Abs. 1 GG durch die Gerichte ist, wie oben dargelegt, zu Unrecht erfolgt. Dies ist jedoch unschädlich, weil die in erster Linie gegebene Begründung aus Art. 1 Abs. 1 GG die Entscheidung trägt. 66

2. Das Oberlandesgericht als letzte Tatsacheninstanz hat festgestellt, bei Gründgens handle es sich um eine Person der Zeitgeschichte und die Erinnerung des Publikums an ihn sei noch lebendig. Aufgrund dieser Feststellungen sind das Oberlandesgericht und der Bundesgerichtshof davon ausgegangen, daß der Schutz des Achtungsanspruchs des verstorbenen Gründgens im sozialen Raum noch fortdauere. Hierbei hat der Bundesgerichtshof zutreffend berücksichtigt, daß das Schutzbedürfnis - und entsprechend die Schutzverpflichtung - in dem Maße schwindet, in dem die Erinnerung an den Verstorbenen verblaßt und im Laufe der Zeit auch das Interesse an der Nichtverfälschung des Lebensbildes abnimmt. Diese Anwendung des Art. 1 Abs. 1 GG ist nicht zu beanstanden. Andererseits gehen die Gerichte davon aus, daß es sich bei dem Roman des verstorbenen Klaus Mann um ein Kunstwerk im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG handelt und daß sich auch die Beschwerdeführerin auf dieses Grundrecht berufen kann. Hiernach haben die Gerichte die verfassungsrechtlich erhebliche Spannungslage zwischen den durch die Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Bereichen erkannt. Sie haben deren Lösung in einer Abwägung der widerstreitenden Interessen gesucht. 67

3. Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß gerichtliche Entscheidungen auf eine Verfassungsbeschwerde hin nur in engen Grenzen nachgeprüft werden können (BVerfGE 22, 93 [97]), daß insbesondere die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen sind (BVerfGE 18, 85 [92]). Diese Grundsätze gelten auch bei der Nachprüfung der hier in Rede stehenden Abwägung zwischen den nach Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Bereichen zweier Parteien eines Zivilrechtsverhältnisses. Diese Abwägung ist zunächst den zuständigen Gerichten im Rahmen der

Anwendung und Auslegung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften aufgetragen. Die Aufgabe des Zivilrichters besteht in derartigen Fällen darin, aufgrund einer wertenden Abwägung der Umstände des Einzelfalles - unter Beachtung des allgemeinen Willkürverbots (Art. 3 Abs. 1 GG) - die Schranken des Grundrechtsbereichs der einen Partei gegenüber demjenigen der anderen Partei zu konkretisieren. Das Grundrecht der jeweils unterlegenen Partei ist nicht schon dann verletzt, wenn bei dieser dem Richter aufgetragenen Abwägung widerstreitender Belange die von ihm vorgenommene Wertung fragwürdig sein mag, weil sie den Interessen der einen oder der anderen Seite zu viel oder zu wenig Gewicht beigelegt hat (vgl. BVerfGE 18, 85 [93]; 22, 93 [99 f.]). Das Bundesverfassungsgericht ist nicht befugt, seine eigene Wertung des Einzelfalles nach Art eines Rechtsmittelgerichts an die Stelle derjenigen des zuständigen Richters zu setzen. Es kann vielmehr in derartigen Fällen eine Verletzung des Grundrechts der unterlegenen Partei nur feststellen, wenn der zuständige Richter entweder nicht erkannt hat, daß es sich um eine Abwägung widerstreitender Grundrechtsbereiche handelt, oder wenn seine Entscheidung auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des einen oder anderen der Grundrechte, insbesondere vom Umfang ihrer Schutzbereiche, beruht. 68

Die Nachprüfung der angefochtenen Entscheidungen nach diesen Maßstäben ergibt: Das Oberlandesgericht und der Bundesgerichtshof haben erkannt, daß eine Spannungslage zwischen den durch Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Bereichen besteht und daß diese durch eine Abwägung gelöst werden muß (vgl. oben C.III.7). Würdigt man die angefochtenen Entscheidungen in ihrem Gesamtzusammenhang, so ist nicht festzustellen, daß sie auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung und vom Umfang der Schutzbereiche der beiden Grundrechte beruhen. Insbesondere lassen die Entscheidungen keine fehlerhafte Auffassung vom Wesen des bei der Abwägung unterlegenen Grundrechts, auf das sich die Beschwerdeführerin beruft, erkennen. Die Gerichte haben nicht allein auf die Wirkungen des Romans im außerkünstlerischen Sozialbereich abgehoben, sondern auch kunstspezifischen Gesichtspunkten Rechnung getragen. Sie haben eingehend und sorgfältig dargelegt, daß die Romanfigur des Hendrik Höfgen in so zahlreichen Einzelheiten dem äußeren Erscheinungsbild und dem Lebenslauf von Gründgens derart deutlich entspreche, daß ein nicht unbedeutender Leserkreis unschwer in Höfgen Gründgens wiedererkenne. Ob dies richtig ist, hat das Bundesverfassungsgericht nicht zu entscheiden; jedenfalls liegt darin die maßgebliche Wertung der Tatsachen durch die Gerichte, daß das "Abbild" Höfgen gegenüber dem "Urbild" Gründgens durch die künstlerische Gestaltung des Stoffes und seine Ein- und Unterordnung in den Gesamtorganismus des Romans nicht so verselbständigt und in der Darstellung künstlerisch transzendiert sei, daß das Individuelle, Persönlich-Intime zugunsten des Allgemeinen, Zeichenhaften der "Figur" genügend objektiviert erscheine. Die Gerichte haben auch eingehend erörtert, daß der Autor ein grundlegend negatives Persönlichkeits- und

Charakterbild des Höfgen und damit des verstorbenen Gründgens gezeichnet habe, das in zahlreichen Einzelheiten unwahr, durch erfundene, die Gesinnung negativ kennzeichnende Verhaltensweisen - namentlich das erdichtete Verhalten gegenüber der schwarzen Tänzerin - angereichert sei und verbale Beleidigungen und Verleumdungen enthalte, die Gründgens durch die Person des Höfgen zugefügt worden seien. Das Oberlandesgericht hat - vom Bundesgerichtshof unbeanstandet - den Roman als "Schmähschrift in Romanform" bezeichnet. Es gibt keine hinreichenden Gründe, dieser von den Gerichten vorgenommenen Wertung entgegenzutreten, daß der Autor ein negativ-verfälschendes Porträt des "Urbildes" Gründgens gezeichnet habe.

69

Das von den Gerichten gefundene Ergebnis, daß bei dieser Sach- und Rechtslage der Schutz aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gegenüber dem geltend gemachten Unterlassungsanspruch versage, kann schließlich auch nicht mit der Erwägung in Frage gestellt werden, der Erlaß des Veröffentlichungsverbots stehe außer Verhältnis zu der zu erwartenden Beeinträchtigung des Achtungsanspruchs des verstorbenen Gustaf Gründgens. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar wiederholt betont, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Rang hat (vgl. BVerfGE 19, 342 [348 f.]) und deshalb bei allen Eingriffen der öffentlichen Gewalt in den Freiheitsbereich des Bürgers beachtet werden muß. Um einen derartigen Eingriff handelt es sich hier jedoch nicht. Die Gerichte hatten lediglich einen von dem einen gegen den anderen Bürger geltend gemachten zivilrechtlichen Anspruch zu beurteilen, d. h. ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis im Einzelfall zu konkretisieren. Zur Beurteilung von Grund und Höhe eines zivilrechtlichen Anspruchs, etwa eines Schadensersatzanspruchs, können diejenigen Erfordernisse, die von Verfassungen wegen im Verhältnis des Bürgers zum Staat bei Eingriffen in die Freiheitssphäre des Einzelnen zu beachten sind, auch nicht entsprechend herangezogen werden. Aufgabe des bürgerlichen Rechts ist es in erster Linie, Interessenkonflikte zwischen rechtlich gleichgeordneten Rechtssubjekten möglichst sachgerecht zu lösen. Demgemäß kann das Bundesverfassungsgericht das durch die angefochtenen Urteile ausgesprochene Veröffentlichungsverbot nur daraufhin nachprüfen, ob Art. 3 Abs. 1 GG beachtet ist. Das ist zu bejahen. Die Gerichte haben erwogen, ob die Veröffentlichung des Romans mit einem "klarstellenden Vorwort" (eingeschränktes Veröffentlichungsverbot) zugelassen werden könne; sie haben sich mit den Gründen, die nach ihrer Ansicht für oder gegen ein absolutes oder ein eingeschränktes Veröffentlichungsverbot sprechen, auseinandergesetzt und sich schließlich für das Veröffentlichungsverbot entschieden. Die diesem Verbot zugrundeliegenden Erwägungen sind nicht sachfremd und daher nicht willkürlich. 70

V.

Eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG entfällt schon deshalb, weil diese Bestimmung mangels Vorliegens einer Meinungsäußerung nicht anzuwenden ist. Künstlerische Aussagen bedeuten, auch wenn sie

Meinungsäußerungen enthalten, gegenüber diesen Äußerungen ein aliud. Insoweit ist Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gegenüber Art. 5 Abs. 1 GG eine lex specialis (vgl. oben C.III.4). Ebenso wenig ist für eine besondere Prüfung am Maßstab des Art. 14 Abs. 1 und 3 GG Raum (vgl. BVerfGE 13, 290 [296]).  
71

Dr. Müller, Dr. Stein, Ritterspach, Rupp-v. Brünneck, Dr. Brox

Abweichende Meinung des Richters Dr. Stein zu dem Beschluß des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Februar 1971 - 1 BvR 435/68 -

Im vorstehenden Beschluß ist in C.IV nur die Auffassung der drei Richter dargelegt, die die dort vor 1) gestellte Frage bejaht haben. Als einer der drei anderen Richter, die diese Frage verneint haben, begründe ich meine abweichende Ansicht wie folgt: 72

I.

Das Bundesverfassungsgericht hat im vorliegenden Verfahren die beanstandeten gerichtlichen Entscheidungen u. a. darauf selbständig nachzuprüfen, ob die Zivilgerichte im Rahmen der gebotenen Abwägung die besonderen Gesetzmäßigkeiten ausreichend gewürdigt haben, die dem Roman von Klaus Mann als einem Kunstwerk eigen sind und die nach der Wertentscheidung in Art. 5 Abs. 3 GG auch gegenüber den Schutzinteressen aus dem Persönlichkeitsbereich von Gustaf Gründgens berücksichtigt werden müssen. Denn Inhalt und Reichweite der Verfassungsgarantie in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG und ihre Beziehung zu den anderen Wertentscheidungen des Grundgesetzes sind unmittelbar berührt, wenn eine zivilgerichtliche Entscheidung die grundrechtliche Ausstrahlungswirkung auf das Zivilrecht nicht richtig bestimmt und die verfassungsrechtliche Wertentscheidung dadurch verkennt. Hierdurch wird nämlich unmittelbar das Grundrecht verletzt, auf dessen Beachtung durch die rechtsprechende Gewalt der Einzelne gemäß Art. 1 Abs. 3 GG einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat. Ob und inwieweit im Rahmen der Privatrechtsordnung das Spannungsverhältnis widerstreitender Interessen wegen dieser verfassungsrechtlichen "Ausstrahlungswirkungen" im Wertsystem der Verfassung selbst angelegt und aus ihm heraus zu lösen ist, kann dabei nicht abstrakt, von den Umständen des zu schlichtenden Falls abgesehen, sondern nur unter würdiger Heranziehung des konkreten Interessenkonflikts ermittelt werden. Auch das Bundesverfassungsgericht muß deshalb die Vereinbarkeit der angegriffenen Entscheidungen mit der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie auf der Grundlage der konkreten Umstände des vorliegenden Sachverhalts überprüfen. Weder entscheidet damit das Bundesverfassungsgericht über die Interessen auf der einfachrechtlichen Ebene, noch nimmt es dabei die ihm nicht zukommende Stellung eines Rechtsmittelgerichts ein. Vielmehr ermittelt es allein den Schutzbereich der Grundrechte in ihrer Auswirkung auf die Privatrechtsordnung für den zu entscheidenden Fall und erfüllt somit lediglich seine ihm von Verfassungs wegen übertragene Aufgabe, über



die Beachtung und Anerkennung der Verfassungsnormen durch die rechtsprechende Gewalt zu wachen. Würde in Fällen wie dem vorliegenden entsprechend der Ansicht der drei Richter die Prüfungszuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts auf eine eng begrenzte Kontrolle beschränkt sein, nämlich darauf, ob die Gerichte den Einfluß der Grundrechte überhaupt erkannt, ihn berücksichtigt und das allgemeine Willkürverbot nicht verletzt haben (vgl. oben C IV 3 des Beschlusses des BVerfG vom 24. 2. 1971 - 1 BvR 435/68 -, S. 196 f.), dann würde das Bundesverfassungsgericht seiner Aufgabe, Hüter der Grundrechte auf allen Rechtsgebieten zu sein, nicht gerecht werden. Deshalb hat dieses Gericht bei der Beurteilung von Umfang und Reichweite der verfassungsrechtlichen Ausstrahlungswirkungen auf Interessenkonflikte sich in ständiger Rechtsprechung nicht auf eine abstrakte Aussage beschränkt, sondern sich für befugt erachtet, Würdigungen von Zivil- und Strafgerichten durch eigene Wertungen zu ersetzen, wenn diese Gerichte die Ausstrahlungswirkungen von Grundrechten verkannt haben (vgl. BVerfGE 7, 198 [207]; 12, 113 [126 ff.]; 18, 85 [93 ff.]; 21, 209 [216]; 24, 278 [281 ff.]; 25, 28 [35]; 25, 309 [312]; 27, 71 [79 ff.]; 27, 104 [109 f.]; 28, 55 [63 f.]). 73

## II.

1. Die gebotene Abwägung zwischen den Interessen aus dem Persönlichkeitsbereich von Gustaf Gründgens und der Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit des künstlerischen Bereichs hat in allen Beziehungen den verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen zu entsprechen, die auf diesen Konflikt Einfluß nehmen. Wo bei der vorzunehmenden Güterabwägung dieses von der Verfassung aufgegebenes spezifische Verhältnis im Sinne der Darlegungen unter C.III.2 verfehlt ist, ist die Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verletzt. Gerade auf eine solche grundlegende Verkennung dieses von der Verfassung geforderten Verhältnisses zur Kunst und nicht nur auf Feststellungen und Wertungen, welche die verfassungsrechtliche Ebene unberührt lassen, ist die Würdigung der durch die beabsichtigte Romanveröffentlichung berührten Interessen durch Oberlandesgericht und Bundesgerichtshof zurückzuführen. Diese verfassungsrechtlich zu beanstandende Grundeinstellung - nicht eine der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogene einfachrechtliche Wertung - liegt insbesondere auch dem von den Gerichten angestellten Vergleich der Romanfigur Hendrik Höfgen mit Gustaf Gründgens, der Verneinung einer ausreichenden "Verfremdung" des Hendrik Höfgen sowie der Charakterisierung des Romans als einer "Schmähchrift in Romanform" zugrunde. 74

Beide Gerichte haben nicht genügend beachtet, daß ein Kunstwerk, als das der "Mephisto"-Roman von ihnen ausdrücklich anerkannt worden ist, Realität nicht nur im außerkünstlerischen Wirkbereich, sondern vorwiegend auf der ästhetischen Ebene besitzt. Die Gerichte haben einseitig auf das Spannungsfeld im sozialen Wirkbereich abgehoben und dabei die ästhetische Realität des Romans, die in diesen Wirkbereich übergreift und ihn

verändert, unbeachtet gelassen. Diese einseitige Betrachtung hat die Güterabwägung in ihrer Struktur beeinflußt und die Gerichte zu einseitigen Ergebnissen geführt: allein aus der Blickrichtung eines Leserpublikums, das den Inhalt des Romans für die Wirklichkeit nimmt, also dem Roman gegenüber eine nichtkunstspezifische Haltung einnimmt, haben sie Erscheinung und Verhalten der Romanfigur Hendrik Höfgen mit dem Persönlichkeitsbild von Gustaf Gründgens so verglichen, als gehöre Hendrik Höfgen der realen Wirklichkeit an. Ausschließlich auf dieser Vergleichsebene haben die Gerichte den Konflikt zwischen den Schutzinteressen aus dem Persönlichkeitsbereich von Gustaf Gründgens und den durch die Beschwerdeführerin wahrgenommenen Interessen der Kunst zu lösen gesucht. Allein deshalb, weil die Bezüge der Romanhandlung zur Wirklichkeit nach ihrer Ansicht deutlich erkennbar seien, haben die Gerichte eine hinreichende künstlerische Überhöhung oder Transzendierung des Romanstoffs verneint. Nur wegen der Abweichungen zwischen der Romanfigur Hendrik Höfgen und dem Persönlichkeitsbild von Gustaf Gründgens, die sich für eine allein auf die historische Wirklichkeit gerichtete Betrachtung auf dieser Vergleichsebene ergeben, haben sie den Roman als "Schmähschrift in Romanform" bezeichnet und eine Beeinträchtigung der Persönlichkeit von Gustaf Gründgens festgestellt sowie ein unbeschränktes Veröffentlichungsverbot für gerechtfertigt gehalten. Auf derselben, einseitig an der Welt der Realität orientierten Wertung beruht das Zugeständnis des Bundesgerichtshofs, der Kunst zu gestatten, im gewissen Umfang zur "ergänzenden Charakterisierung" durch erfundene Begebenheiten das Persönlichkeitsbild desjenigen zu ergänzen, an den eine Romanfigur angelehnt ist. 75

Diese Betrachtungsweise mag für eine Dokumentation oder eine Biographie angemessen sein, die eine wahrheitsgetreue, wissenschaftlich nachprüfbare Darstellung der äußeren und inneren Entwicklung des Lebensganges eines Menschen ist, wenn auch in Fragen der historischen Erklärung und Deutung die Allgemeingültigkeit umstritten sein mag. Das künstlerische Anliegen eines Romans hat nicht eine wirklichkeitsgetreue, an der Wahrheit orientierte Schilderung historischer Begebenheiten zum Ziel, sondern wesenhafte, anschauliche Gestaltung aufgrund der Einbildungskraft des Schriftstellers. Die Beurteilung des Romans allein nach den Wirkungen, die er außerhalb seines ästhetischen Seins entfaltet, vernachlässigt das spezifische Verhältnis der Kunst zur realen Wirklichkeit und schränkt damit das der Beschwerdeführerin in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierte Freiheitsrecht in unzulässiger Weise ein. 76

2. Ein Kunstwerk wie der Roman von Klaus Mann strebt eine gegenüber der realen Wirklichkeit verselbständigte "wirklichere Wirklichkeit" an, in der die reale Wirklichkeit auf der ästhetischen Ebene in einem neuen Verhältnis zum Individuum bewußter erfahren wird. Zeit und Raum sind im Roman etwas anderes als im wirklichen Leben. Ein "Abphotographieren" der Wirklichkeit ist nicht sein künstlerisches Anliegen. Auch bei der hier geschehenen Anknüpfung an reale geschichtliche Gegebenheiten hat eine

Überhöhung oder Transzendierung dieser Begebenheiten oder Zustände in die eigene, von der künstlerischen Phantasie geschaffene "ästhetische Realität" des Kunstwerks stattgefunden. Die künstlerische Darstellung kann deshalb nicht am Maßstab der Welt der Realität, sondern nur an einem kunstspezifischen, ästhetischen Maßstab gemessen werden. Bezogen auf das künstlerische Anliegen können die aus der Wirklichkeit entnommenen und gestalteten Daten auch dann "wirklichkeitstreu" sein, wenn sie, bezogen allein auf die reale Welt, die "Wirklichkeit verfälschen". In der ästhetischen Realität ist Faktisches und Fiktives ungesondert gemischt; sie sind nicht ein lästiges Nebeneinander, sondern eine unauflösbare Verbindung; alles ist freies "künstlerisches Spiel". 77

In dieser Beurteilung des Verhältnisses eines Kunstwerks zur Realität stimmen die folgenden Zitate überein, die von Autoren künstlerisch verschiedener Richtungen stammen und gerade dadurch ihr besonderes Gewicht

und ihre Klangfarbe erhalten: 78

"Auch einige die sich dem Sinn des Verfassers genähert haben meinten es helfe zum tieferen Verständnis wenn sie im Jahr der Seele bestimmte Personen und Orte ausfindig machten. Möge man doch (wie ohne Widerrede bei darstellenden Werken) auch bei einer Dichtung vermeiden sich unweise das das menschliche oder landschaftliche Urbild zu kehren: es hat durch die Kunst solche Umformung erfahren daß es dem Schöpfer selber unbedeutend wurde und ein Wissen darum für jeden anderen eher verwirrt als löst" (Stefan George, Werke - Ausgabe in 2 Bänden, hrsg. von R. Boehringer, Band 1, 1958, S. 119); 79

"Die Wirklichkeit, die ein Dichter seinen Zwecken dienstbar macht, mag seine tägliche Welt, mag als Person sein Nächstes und Liebstes sein; er mag dem durch die Wirklichkeit gegebenen Detail noch so untertan sich zeigen, mag ihr letztes Merkmal begierig und folgsam für sein Werk verwenden: dennoch wird für ihn - und sollte für alle Welt! - ein abgründiger Unterschied zwischen der Wirklichkeit und seinem Gebilde bestehen bleiben: der Wesensunterschied nämlich, welcher die Welt der Realität von derjenigen der Kunst auf immer scheidet." (Thomas Mann, Bilde und ich, 1906, in: Gesammelte Werke, Band X, S. 16). 80

"Gerade die Vortäuschung des Wirklichen ist der echten Kunst von Grund aus fremd. Alle Theorie des Scheines und der Illusion, die diesen Weg einschlägt, verkennt einen wichtigen Wesenszug im künstlerischen Erscheinenlassen: ... daß es nicht Wirklichkeit vortäuscht, daß vielmehr das Erscheinende auch als Erscheinendes verstanden und nicht als Glied in den realen Lauf des Lebens eingefügt wird, sondern gerade aus ihm herausgehoben und gleichsam gegen das Gewicht des Wirklichen abgeschirmt dasteht." (Nicolai Hartmann, Ästhetik, 2. Aufl., 1966, S. 36). 81

"Denn alles, was die Kunstwerke an Form und Materialien, an Geist und Stoff in sich enthalten, ist aus der Realität in die Kunstwerke emigriert und in ihnen seiner Realität entäußert ... Selbst Kunstwerke, die als Abbilder der Realität auftreten, sind es nur peripher: sie

werden zur zweiten Realität, indem sie auf die erste reagieren; ..."

(Adorno, Ästhetische Theorie, 1970, S. 158, 425). 82

Für die "Richtigkeit" oder "Wirklichkeitstreue" der Romanfigur Hendrik Höfgen in der ästhetischen Realität des "Mephisto"-Romans ist ein Vergleich zwischen Hendrik Höfgen und Gustaf Gründgens nach dem Grad von

Übereinstimmung in den "Persönlichkeitsdaten" grundsätzlich irrelevant. Nun kann ihre Erscheinung und Wirkung auf der werkbezogenen Ebene allerdings nicht verhindern, daß die künstlerische Aussage von demjenigen, dem sich ihr ästhetisches Dasein nicht erschließt, nur in den Wirkungen der im Kunstwerk verwendeten Realien auf der Blickebene einer von ästhetischen Elementen freien Wertung ebenso wahrgenommen wird. Diese Art der Würdigung kann auch die eindeutige künstlerische Qualität eines Werkes der epischen Kunst nicht verhindern, weil die betroffenen Wirkungsebenen und Wertbezugssysteme insoweit grundsätzlich voneinander unabhängig sind und die Wahrnehmung der ästhetischen Realität eines Kunstwerks, in der die im Kunstwerk verwendeten Realien sublimiert sind, ein nicht erzwingbarer, höchst individueller Akt ist. Dieser Umstand allein rechtfertigt jedoch die den angefochtenen Entscheidungen zugrundeliegende einseitige Betrachtungsweise nicht. 83

Das folgt bereits daraus, daß die Kunst eine ihrer wichtigsten Aufgaben nicht erfüllen könnte, wenn ihr die Verwendung von Daten aus dem Persönlichkeitsbereich in allen Fällen untersagt werden würde, in denen befürchtet werden muß, daß ein Teil der Öffentlichkeit die kunstspezifische Wirkung des Kunstwerks nicht zur Kenntnis nimmt, es vielmehr einseitig an außerkünstlerischen Maßstäben mißt und auf diesem Wege zu einer negativen Einstellung der Person gegenüber gelangt, über die sie aus dem Dargestellten etwas zu erfahren meint. Einer freien Kunst muß grundsätzlich gestattet sein, an Persönlichkeitsdaten aus der Wirklichkeit anzuknüpfen und ihnen durch Zeichenwerte verallgemeinernde Bedeutung zu geben. Das gilt vor allem in den Fällen, in denen sich die künstlerische Darstellung wie die vorliegende an eine Person der Zeitgeschichte anlehnt. Persönlichkeiten, die im öffentlichen Leben stehen oder in Kunst und Wissenschaft ein allgemeines Interesse wachrufen, begegnen künstlerischen Interessen vor allem durch ihre besonders enge Verknüpfung mit den Geschehnissen von allgemeiner Bedeutung und den Zeitströmungen, durch die sich Realität in ihrer Person besonders intensiv verdichtet und symbolhaften Sinnbezug gewinnt. Diese zeichenhafte Bedeutung der Persönlichkeit, die der Künstler mit seinen Ausdrucksmitteln anschaulich darzustellen sucht, ist gegenüber dem Bild der individuellen Person verselbständigt. Daß dieser Umstand im Kunstwerk bei einem von der ästhetischen Wirkung absehenden Vergleich des Dargestellten mit der Welt der realen Tatsachen durch eine "Verzerrung" des Bildes der individuellen Persönlichkeit zum Ausdruck kommt, beruht somit nicht auf einer Mißachtung der Persönlichkeit, sondern ist im Wesen und in der Aufgabe der Kunst begründet, die das Wesentliche, das aus dem Wirklichen herausgehobene

Typische darstellt (vgl. W. Dilthey, Gesammelte Schriften, Band VI, S. 185 ff.). Dieses Prinzip bringt es zugleich mit sich, daß die Bezüge des Kunstwerks zu einer Person der Zeitgeschichte häufig sichtbar bleiben. Gerade die besonders intensive sachliche Verknüpfung einer solchen Persönlichkeit mit dem die Allgemeinheit angehenden Geschehen sowie die sich hieraus ergebende Prägung des Persönlichkeitsbildes machen es im allgemeinen unmöglich, dieses Persönlichkeitsbild im künstlerischen "Abbild" aus seinen Bezügen zur realen Welt zu lösen, wenn der Künstler im Sinne künstlerischer Realität wirklichkeitstreu gestalten will. 84

Derartige Spannungen zwischen dem in seiner Würde von jedem zu respektierenden Individuum und dem künstlerischen Anliegen gehören zum festen Bestandteil der Literatur; und wo sie in künstlerischen Romanen und Dramen hervorgetreten sind, beruhen Wirkung und Wert der Dichtung auf ihrem Rang als Kunstwerk, nicht auf der Einkleidung biographischer Erlebnisse. Ungeachtet ihrer Zuordnung zu der sogenannten Schlüsseldichtung sind sie in ihrem künstlerischen Rang unbestritten, wie u. a. die Werke von: Goethe, Die Leiden des jungen Werthers; G. Keller, Der Grüne Heinrich; Th. Fontane, Frau Jenny Treibel; L. Quidde, Caligula; Thomas Mann, Buddenbrooks, Doktor Faustus; F. Wedekind, Erdgeist; H. Hesse, Der Steppenwolf; G. Flaubert, Madame Bovary; Leo Tolstoi, Anna Karenina; Simone de Beauvoir, Les Mandarins. Diese wenigen Beispiele zeigen, daß seit jeher Personen der Wirklichkeit in künstlerischer "Verfremdung", jedoch zunächst für den mit den Verhältnissen Vertrauten erkennbar, zur Darstellung menschlicher Schwächen und Abgründe, insbesondere zur Auseinandersetzung mit dem Dämonischen im Menschen auch in der Weltliteratur benutzt worden sind. In diesem Zusammenhang ist es von Bedeutung, daß schon beim Abdruck des Romans in der "Pariser Tageszeitung" in Paris im Jahre 1936 Klaus Mann sich in einem an die Redaktion dieser Zeitung gerichteten Brief gegen die Bemerkung der Voranzeige der Redaktion verwahrt hat, daß der "Mephisto" ein die Person von Gustaf Gründgens betreffender Schlüsselroman sei. U. a. schrieb er damals: "Ich bin genötigt, feierlich zu erklären: Mir lag nicht daran, die Geschichte eines bestimmten Menschen zu erzählen, als ich 'Mephisto. Roman einer Karriere' schrieb. Mir lag daran: einen Typus darzustellen, und mit ihm die verschiedenen Milieus (mein Roman spielt keineswegs nur im 'braunen'), die soziologischen und geistigen Voraussetzungen, die seinen Aufstieg erst möglich machten". Diese Auffassung bestätigen auch die Germanisten und Schriftsteller Hans Mayer = Tübingen, Hermann Kesten = New York, Franz Theodor Csokor = Wien, Albrecht Goes = Stuttgart, Max Brod = Tel Aviv, u. a. in ihren im Verfahren vorgelegten gutachtlichen Äußerungen; ferner Thomas Mann in seinem Brief an seinen Sohn Klaus vom 3. Dezember 1936, abgedruckt in "Die Neunzehn", Texte und Informationen, 1970, S. 3 f. 85

Ein Ausschluß der Kunst von diesem Erfahrungsbereich würde sie in ihrem Kern treffen, solange sie ihre Aufgabe auch und gerade in der Bewußtmachung zeitgenössischer Konflikte auf moralischem, gesellschaftlichem und politischem Gebiet sieht. Eine in dieser Weise beschränkte Kunst wäre nicht frei im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Die Kunstfreiheitsgarantie läßt dem Grundsatz nach weder die Einschränkung des künstlerischen Themenkreises noch die Ausklammerung von Ausdrucksmitteln und -methoden aus dem künstlerischen Verarbeitungsprozeß zu. Auch kann dem Künstler, insbesondere vom Staat, nicht aufgegeben werden, die verwendeten Daten aus dem Persönlichkeitsbereich wenigstens im Rahmen des ästhetisch Zumutbaren so zu verfremden, daß eine Identifizierung der als Vorbild etwa für eine Romanfigur benutzten Persönlichkeit vermieden wird; über das ästhetisch Zumutbare lassen sich verbindliche Regeln weder aufstellen noch dürfen sie in einem freiheitlichen Staat von staatlichen Instanzen aufgestellt werden. Zudem steht einer solchen Forderung entgegen, daß der Einfluß des Künstlers auf den schöpferischen Gestaltungsprozeß und seine Wirkungen in der Öffentlichkeit beschränkt ist. Die Auffassung, daß dem Künstler bei der Darstellung des menschlichen Lebens zahlreiche Möglichkeiten zur Verfügung ständen und er deshalb den Stoff so "verfremden" könne, daß Persönlichkeiten der realen Wirklichkeit nicht mit dem Kunstwerk in Verbindung gebracht werden könnten, trifft schon aus diesem Grund, zumindest in dieser Allgemeinheit, nicht zu. 86

Ebenso ist die Eigengesetzlichkeit künstlerischer Prozesse in der von dem Bundesgerichtshof nicht beanstandeten Forderung des Oberlandesgerichts verkannt, Klaus Mann habe nach Kriegsende den "Mephisto"-Roman unter Berücksichtigung der neuen Erkenntnisse über Gründgens umgestalten müssen. Abgesehen davon, daß der Roman nur unter dem Eindruck einer ganz bestimmten, individuell erfahrenen Situation geschrieben werden konnte und nicht unabhängig von Raum und Zeit seiner Entstehung beliebig wiederholbar ist, und die Gerichte den Kunstwert des Romans nicht in Zweifel ziehen, ist die gerichtliche Zumutung nach "Umgestaltung" des Mephisto-Romans ein verfassungswidriger Eingriff in die künstlerische Gestaltungsfreiheit. Ein "umgestalteter" Roman könnte nur ein aliud gegenüber dem "Mephisto"-Roman sein. 87

Obschon somit das Spannungsgefälle zwischen außerkünstlerischer und kunstspezifischer Wirkungs- und Betrachtungsweise in der Sache angelegt und unaufhebbar ist, hat das Grundgesetz in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG die Eigengesetzlichkeit einer freien Kunst anerkannt und vorbehaltlos gewährleistet. Das verbietet im vorliegenden Fall, mit dem Bundesgerichtshof und dem Oberlandesgericht die Frage nach der Rechtfertigung des Veröffentlichungsverbots einseitig nach den Wirkungen des Romans auf ein Leserpublikum zu beantworten, das das Dargestellte ohne Blick für seine kunstspezifische Bedeutung wie eine Dokumentation auf Übereinstimmungen mit der Wirklichkeit untersucht. Abgesehen davon

begegnet es auch methodischen Bedenken, die Würdigung eines Romans an eine

bestimmte Leserschicht oder einen bestimmten Lesertypus zu knüpfen. Ein solches Vorgehen würde u. a. voraussetzen, daß die ästhetische Realität des Romans nicht außerhalb der geistig-seelischen Vorgänge im einzelnen Leser existierte und identisch wäre mit dem geistig-seelischen Vorgang im einzelnen Leser oder Hörer. Ein Kunstwerk kann man zwar nur durch einzelne Erlebnisse kennenlernen, aber es ist mit ihnen nicht identisch und existiert auch außerhalb der Erlebnisse. Daher kann es nur als eine Struktur von Bedeutungseinheiten und Qualitäten verstanden werden, die in den Erlebnissen seiner vielen Leser nur zum Teil realisiert werden.

Deshalb kann auch für die rechtliche Beurteilung in Fällen wie dem vorliegenden nicht auf einen fiktiven Lesertypus abgehoben, sondern es muß der kunstspezifische Gehalt des Kunstwerks ermittelt und gegenüber seinen außerkünstlerischen "Sozialwirkungen" abgewogen werden. 88

Zwar bürdet die Kunstfreiheitsgarantie dem Betroffenen nicht schlechthin sämtliche Nachteile auf, die sich für seine Person daraus ergeben, daß Kunst oft verkannt wird und sich nur dem Einzelnen unter spezifischen Umständen erschließt. Sie verpflichtet aber dazu, bei einem Interessenausgleich zwischen Individuum und künstlerischem Anliegen den Eigenwert der Kunst mit zu berücksichtigen. Das kann nur dadurch erfolgen, daß auch von der ästhetischen Wirkungsebene aus die Lösung der künstlerischen Darstellung von der historischen Wirklichkeit und ihre Verselbständigung als ästhetische Realität mitgewürdigt wird. Zur Vermeidung der negativen außerkünstlerischen Wirkungen des Romans für die Persönlichkeit von Gustaf Gründgens darf in die ästhetische Realität durch ein Veröffentlichungsverbot jedenfalls dann nicht eingegriffen werden, wenn bei Würdigung des Romans als Kunstwerk die rein stoffliche Beziehung zu Gründgens in der Verbindung von Faktischem und Poetischem deutlich in den Hintergrund tritt, mag diese Anlehnung an die Wirklichkeit auch noch erkennbar bleiben. 89

3. Danach ist im vorliegenden Fall verfassungsrechtlich eine andere Bewertung der Spannungslage von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz geboten. Bei Würdigung des Romans als Kunstwerk erscheint Hendrik Höfgen in erster Linie als Romanfigur auf die künstlerische Darstellung bezogen und als Typ gegenüber dem Persönlichkeitsbild von Gustaf Gründgens verselbständigt. 90

Daß Höfgen ein Typus und kein Porträt ist, ergibt sich schon aus dem Typisierenden in der Zeichnung der Romanfigur, in der Zwischentöne fast ganz fehlen und die im Zusammenhang von Zeit und Milieu der Romanhandlung

deutlich zeichenhafte Züge hat. Die Figur des Höfgen ist in ihrer Konzeption so durchsichtig und während der gesamten Romanhandlung so wenig

inneren Veränderungen ausgesetzt, daß der Gedanke daran, daß hier Realität dargestellt wird, gegenüber dem Bewußtsein von der typisierenden,



zeichenhaften Bedeutung des Höfgen zurücktritt. Auf diese Weise gewinnen auch die inneren Konflikte, die Höfgen zu bestehen hat, symbolhafte Bedeutung. So gehören bei ungezwungener Betrachtung z.B. die "Schwarzen Messen", die Höfgen mit seiner "Prinzessin Tebab" zelebriert, deutlich einer mystisch-orgiastischen Fabelwelt an, angesichts derer die Feststellung des Oberlandesgerichts, der Leser könne Wahres nicht von Erdichtetem unterscheiden, ebenso unverständlich erscheint wie im Blick auf die fast lyrischen Passagen vor allem zu Beginn des VII., VIII, IX. und zu Ende des X. Kapitels. Auch die Personen, die Höfgen umgeben, sind - ausgenommen vielleicht Barbara Bruckner (Erika Mann) - Typen, keine Charaktere oder Porträts. Der Roman ist durch und durch geprägt von dem aus politischen Gründen emigrierten Schriftsteller Mann, seinem Schicksal, dem Geist der Opposition und der Entlarvung des verruchten Regimes; die anschauliche, schöpferische Gestaltung dieser Erlebnisse macht gerade seinen künstlerischen Gehalt aus. Andererseits treffen die Feststellungen der Gerichte zu, daß Gründgens sehr deutlich der Romanfigur Höfgen zum Vorbild gedient hat. Hierauf kommt es jedoch nach den oben gemachten Ausführungen nicht an. Maßgebend ist vielmehr, ob das Bild der Romanfigur Höfgen in der Welt des Romans eine eigene Funktion hat, durch die es gegenüber dem Persönlichkeitsbild von Gründgens verselbständigt wird, oder ob die Figur des Höfgen individuelle Persönlichkeitsdaten über die Person Gründgens mitteilen will. Der Bezug der Romanfigur Höfgen zur individuellen Persönlichkeit Gustaf Gründgens wird durch die künstlerische Konzeption und symbolhafte Gestaltung so stark überlagert, daß die individuelle Persönlichkeit Gründgens gegenüber dem "Phänomen des geistigen Mitläufers", das auch zu anderen Personen in Bezug gebracht werden könnte, in den Hintergrund tritt. Das kommt auch in den im Verfahren vorgelegten Kritiken zum Ausdruck. 91

Auch müssen in diesem Zusammenhang die zeit- und kulturgeschichtlichen Akzente berücksichtigt werden, die der 1936 erschienene Roman in besonders starkem Maß besitzt und die auch dem durch das Vorwort des Verlags zudem ausdrücklich hierauf aufmerksam gemachten Leser heute aufgrund der zeitlichen Distanz zu den Ereignissen nach 1933 bewußt werden müssen: das Bild einer korrumpierten Gesellschaft, eines komödiantischen, unwahren Regimes, einer Heimsuchung des deutschen Geistes in Gestalt des geistigen Mitläufertums. Der Mephisto-Roman ist ein Werk der Exilliteratur, deren Thematik, Struktur und Sprache nur unter dem Zwang des politischen, sozialen und psychologischen Ausnahmezustandes der Emigration richtig gewürdigt werden kann. Er ist künstlerischer Ausdruck des tiefen Schmerzes "des Ausgestoßenen, der die Nachrichten der Heimat nur noch vernimmt wie den Widerhall von Wahnsinn und Entsetzen. Er wartet auf das unbekannte Ereignis, das ihn zurückruft; ..." (Heinrich Mann, Geist und Tat, Essay über Zola [1915], S. 234, erschienen im Verlag Gustav Kiepenheuer, Weimar 1946). 92

Auch durch diese Umstände, die in den angefochtenen Entscheidungen nur eine nebengeordnete, wenn nicht sogar eine untergeordnete Rolle spielen,

wird die Darstellung im Roman und mit ihr die Romanfiguren von der Realität abgelöst und verselbständigt; sie lassen den künstlerischen Ausdruck der den Autor unterdrückenden politischen Gewalt und seines Widerstandes gegen den Nationalsozialismus erkennen. 93

Die Beurteilung des Romans durch Oberlandesgericht und Bundesgerichtshof, die der Bewertung des im Roman Dargestellten nach Übereinstimmungen und Abweichungen mit der realen Wirklichkeit den Vorrang gibt, kann auch den Motiven nicht gerecht werden, die dem Roman zugrundeliegen. Auf dieser einseitigen, die Bedeutung des Buches als Kunstwerk vernachlässigenden Betrachtungsweise beruht die von dem Bundesgerichtshof nicht beanstandete Charakterisierung des Romans durch das Oberlandesgericht als eine Gustaf Gründgens diffamierende "Schmähschrift in Romanform" ebenso wie das Unternehmen des Oberlandesgerichts, den Roman als zeitkritische Darstellung des deutschen Theaterlebens in den zwanziger und dreißiger Jahren auf seine historische Genauigkeit zu untersuchen. Dabei bleibt auch hier unbeachtet, daß das Kunstwerk kein historisches Dokument ist und sein will. Das künstlerische Anliegen des Mephisto-Romans ist, in anschaulicher Gestaltung das Phänomen des geistigen Mitläufertums im NS-Staat darzustellen. Es bestimmt die Gesamtkonzeption des Romans und das Bild des Hendrik Höfgen. Auf diesen allgemeineren Hintergrund, nicht auf eine Person oder ein historisches Ereignis angelegte Darstellung deutet bereits der Untertitel des Buches "Roman einer Karriere" und das ihm beigegebene Motto aus Goethes "Wilhelm Meister" hin: "Alle Fehler des Menschen verzeih' ich dem Schauspieler, keine Fehler des Schauspielers verzeih' ich dem Menschen." Auf ihn haben auch der Autor selbst u. a. in seinem Buch "Der Wendepunkt" sowie die Kritik zu dem "Mephisto"-Roman hingewiesen. 94

4. Darüber hinaus haben Bundesgerichtshof und Oberlandesgericht bei der gebotenen Abwägung die nachteiligen Wirkungen des Romans auf den Schutzbereich der Persönlichkeit von Gustaf Gründgens auch noch in anderer Beziehung überbetont. 95

Unter C.III.6 des Beschlusses des BVerfG vom 24. 2. 1971 - BvR 435/68 -, S. 194, ist bereits hervorgehoben worden, daß bei der Abwägung dem vorbehaltlosen Grundrecht der Beschwerdeführerin aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG als kollidierender Wertaspekt nur der dem Verstorbenen aus Art. 1 Abs. 1 GG zukommende Schutz, dagegen nicht auch Art. 2 Abs. 1 GG gegenüberzustellen ist, dem die Zivilgerichte zu Unrecht Ausstrahlungswirkungen auf den vorliegenden Fall zuerkannt haben. 96 Art. 1 Abs. 1 GG garantiert den allgemeinen Eigenwert, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt (BVerfGE 30, 1 [2, Leitsatz 6]). Das Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde verbürgt Schutz vor solchen Eingriffen in die Persönlichkeitssphäre, durch die zugleich der Mensch als solcher in seinem Eigenwert, seiner Eigenständigkeit verletzt ist. Im Verhältnis zu Art. 2 Abs. 1 GG, der die freie Entfaltung der Einzelpersönlichkeit sichert, ist Art. 1 Abs. 1 GG daher weniger auf die Individualität als auf die Personalität bezogen. Dieser Unterschied ist

für die vorliegend gebotene Abwägung von Bedeutung. Eine Beeinträchtigung dieses Schutzbereiches setzt danach zumindest die Befürchtung voraus, daß die Veröffentlichung des Romans zu einem in dieser Weise besonders qualifizierten Eingriff in die Persönlichkeitssphäre von Gustaf Gründgens führen wird. Demgegenüber haben die Zivilgerichte das Veröffentlichungsverbot unter dem allgemeinen Gesichtspunkt eines auf das Individuum bezogenen Ehrenschatzes für gerechtfertigt erklärt. Sie sind nicht von dem spezifisch auf die Persönlichkeit bezogenen Wertaspekt des Art. 1 Abs. 1 GG ausgegangen. Schon deshalb ist nicht auszuschließen, daß die nach Art. 1 Abs. 1 GG vorgenommene Würdigung durch die irrtümliche

Annahme eines, wenn auch eingeschränkten Weiterwirkens des Persönlichkeitsrechtes gemäß Art. 2 Abs. 1 GG nach dem Tode wesentlich beeinflusst ist und einer Auslegung Raum gegeben hat, die die Bedeutung der Person nach Art. 1 Abs. 1 und der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG deshalb verkannt hat. 97 In diesem Zusammenhang ist außerdem zu berücksichtigen, daß mit verblassender Erinnerung an den Verstorbenen die Gefahr einer nachteiligen Einwirkung auf die geschützte Persönlichkeitssphäre geringer wird. Diese Gesichtspunkte haben zwar auch die angefochtenen Entscheidungen hervorgehoben; jedoch ist unbeachtet geblieben, daß das allgemeine Interesse an Personen, die nicht der allgemeinen Zeitgeschichte angehören, sondern wie Gustaf Gründgens in einem engeren Bereich des öffentlichen Lebens ihrer Zeit hervorgetreten sind, nach ihrem Tod rascher schwindet und damit die Gefahr einer persönlichkeitsverletzenden Identifizierung von Gustaf Gründgens mit der Romanfigur Hendrik Höfgen geringer ist. 98 Gründgens gehört heute, acht Jahre nach seinem Tod, weitgehend bereits der Theatergeschichte an; seine Fehde mit Klaus Mann ist dem allgemeinen Bewußtsein entschwunden und in die Geschichte zurückgetreten. Für die wirklich an der Person Gründgens interessierten Kreise, die Kenner der Theatergeschichte der jüngsten Zeit ist das Persönlichkeitsbild von Gründgens so fixiert, daß es durch die Veröffentlichung dieses Romans im Jahre 1971 nicht mehr ernstlich erschüttert werden kann. Für sie wird das Bild Gründgens' durch seine weithin bekannten Leistungen als Schauspieler und Regisseur und durch seriöse historische Veröffentlichungen, nicht aber durch die Romanfigur des Hendrik Höfgen bestimmt (vgl. die in dem von R. Badenhausen und P. Gründgens-Gorski herausgegebenen Buch "Gustaf Gründgens

- Briefe Aufsätze Reden - [1967] auf der Seite 453 ff. zitierte Literatur über Gustaf Gründgens). Ferner kennt diese Schicht des Publikums im Zweifel auch längst den Mephisto-Roman aus der Vorveröffentlichung im Jahre 1956. 99

Im übrigen lenken das besondere zeit- und kulturgeschichtliche Gepräge sowie das Vorwort der Beschwerdeführerin auch den nicht am ästhetischen, sondern nur am sachlichen Aussagewert des Romans interessierten Leser auf die Entstehungsgeschichte des Romans und die besondere Situation hin, in der sich der Emigrant Klaus Mann damals befand. Sie erklären seine

Reaktion auf das Verhalten von Gustaf Gründgens gegenüber den nationalsozialistischen Machthabern und veranlassen hierdurch auch die den ästhetischen Aspekt vernachlässigenden Leser zu einer differenzierten Haltung in der Beurteilung der Objektivität der Details. Auch kann der Roman nach seiner Anlage und mit Rücksicht auf die Veröffentlichungen in den Jahren 1936 und 1956 heute nur noch auf das Interesse eines begrenzten, vor allem der Bildungsschicht angehörenden Leserkreises rechnen, der weitgehend den Erfahrungsbereichen der Kunst nicht ungeschult gegenübersteht und weiß, daß ein Werk, das sich selbst als Roman bezeichnet, keinen Anspruch auf Wirklichkeitstreue im Sinne einer Dokumentation oder einer Biographie erhebt. Die Befürchtung, daß der Roman nicht als künstlerische Aussage, sondern nur wörtlich genommen wird, ist dadurch weiter gemindert. Dieser produktiven und phantasievollen Mitwirkung des Lesers, der ein Kunstwerk in seiner Einheit und in seinen immanenten Zusammenhängen sich vergegenwärtigt, messen die Gerichte in den

angefochtenen Entscheidungen überhaupt keine Bedeutung bei. Andererseits muß ein berechtigtes Interesse des literaturkundigen und -interessierten Publikums anerkannt werden, den Mephisto-Roman als ein bedeutendes Werk eines Hauptvertreters der Exilliteratur, noch dazu eines Angehörigen der Familie Mann, kennenzulernen, zumal diese Literatur, von gewissen Ansätzen abgesehen, noch immer der wissenschaftlichen Bearbeitung harret. 100 Bei Abwägung der kollidierenden Interessen im Sinne der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen kann deshalb die Schmälerung der Personwürde des Verstorbenen nicht so gewichtig sein, daß sie ein Verbreitungsverbot rechtfertigen könnte. 101

5. Auch werden durch das Vorwort mögliche nachteilige Wirkungen für die Personwürde von Gustaf Gründgens so weitgehend verringert, daß demgegenüber der Erlaß des Verbreitungsverbots den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt. Dieses festzustellen ist dem Bundesverfassungsgericht entgegen den drei die angefochtenen Entscheidungen billigenden Richtern nicht verwehrt, da spezifisches Verfassungsrecht betroffen ist. Bundesgerichtshof und Oberlandesgericht verkennen die Ausstrahlungswirkungen des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, wenn sie zur Wahrung der schützenswerten Interessen aus dem Persönlichkeitsbereich von Gustaf Gründgens nur ein Vorwort für geeignet halten, in dem von einer mit dem Theaterleben der zwanziger und dreißiger Jahre vertrauten Person eine umfassende objektive Richtigstellung des Charakterbildes von Gustaf Gründgens und seiner antifaschistischen Gesinnung sowie seiner Hilfsbereitschaft gegenüber Juden und politisch Verfolgten nach 1933 gegeben werde, in dem ferner auch die Beziehungen von Gustaf Gründgens zu Klaus Mann in den zwanziger Jahren dargestellt und die besondere Situation des Dichters in der Emigration geschildert würden. Den Anforderungen, die das Oberlandesgericht und der Bundesgerichtshof hier stellen, liegt ersichtlich die Auffassung zugrunde, das Vorwort müsse die Leserschaft über die "unrichtige" Darstellung der Person Gründgens in Einzelheiten

aufklären. Damit setzen die Gerichte den Roman auch in dieser Beziehung einer Dokumentation oder Biographie über die Person Gustaf Gründgens gleich. 102

In dem dem Roman aufgrund der einstweiligen Verfügung beigegebenen Vorspruch wird der Leser auf den zeitgeschichtlichen Hintergrund des Romans und seine Entstehungsgeschichte, auf das künstlerische Anliegen des Autors und auf das spezifische Verhältnis der Romanfigur, insbesondere der Gestalt des Höfgen, zur Realität deutlich hingewiesen. Dieses Vorwort ist geeignet, auf die objektivierende Wirkung, die von der künstlerischen Darstellung im Roman ausgeht, aufmerksam zu machen und sie zu unterstreichen. Es gibt in knapper, aber eindrucksvoller Formulierung dem Anliegen des Autors deutlicheren Ausdruck als ein umfassendes, die geschichtliche Wirklichkeit darstellendes Vorwort im Sinne der Ausführungen des Oberlandesgerichts. Die Veröffentlichung des Romans von einer umfassenden Aufklärung auch derjenigen Leserschicht abhängig zu machen, die trotz eines solchen Vorspruchs nicht bereit oder fähig ist, die vorhandene kunstspezifische Eigenständigkeit des Romans anzuerkennen, würde die Verfassungsgarantie des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG in unzulässiger Weise einschränken. 103

6. Aus diesen Gründen ist eine schwere Beeinträchtigung des Persönlichkeitsbereiches des verstorbenen Gustaf Gründgens nicht festzustellen. Infolgedessen liegt auch kein eindeutiger Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG vor. Nur ein solcher Verstoß würde angesichts der vorbehaltlos gewährten Kunstfreiheit die Feststellung einer Verletzung der Menschenwürde rechtfertigen und zur Versagung der Berufung auf das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG führen. 104

Danach verletzen die angegriffenen Urteile des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 10. März 1966 und des Bundesgerichtshofs vom 20. März 1968 das Grundrecht der Beschwerdeführerin aus Artikel 5 Abs. 3 Satz 1 GG. 105

Dr. Stein

Abweichende Meinung der Richterin Rupp-v. Brünneck zu dem Beschluß des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Februar 1971 - 1 BvR 435/68 -

Der abweichenden Meinung des Richters Dr. Stein schließe ich mich an und möchte nur kurz folgendes hervorheben und ergänzen: 106

1. Die Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde beruht auf einer restriktiven Auslegung der Prüfungszuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, die einen Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung bedeutet und zu sehr bedenklichen Konsequenzen führen kann. 107

Es ist nach allgemeiner Auffassung ein besonderes Verdienst dieser Rechtsprechung, daß sie beginnend mit dem "Lüth-Urteil" (BVerfGE 7, 198 [205 ff., 214 ff., 218 f.]) die Wirkungskraft der Grundrechte auf allen

Rechtsgebieten durchgesetzt hat, mit der Forderung, daß auch bei jeder Auslegung und Anwendung derjenigen Rechtsvorschriften, die die Beziehungen

der Staatsbürger untereinander regeln, den mit den Grundrechten gesetzten objektiven Wertmaßstäben Rechnung getragen werden muß. Die sich daraus ergebende, sehr weit reichende Prüfungszuständigkeit hat das Bundesverfassungsgericht dahin eingegrenzt, daß es sich nur die Prüfung der Beachtung oder Verletzung "spezifischen Verfassungsrechts" vorbehalten will, während die Gestaltung des Verfahrens, die Auslegung des einfachen Rechts, die Feststellung des Tatbestandes und seine Subsumtion unter das einfache Recht den dafür allgemein zuständigen Gerichten überlassen bleiben soll. Wie der Zusammenhang der viel zitierten Ausführungen dazu in der maßgebenden Entscheidung BVerfGE 18, 85 (92) eindeutig zeigt, wendet sich das Bundesverfassungsgericht damit gegen eine "unbeschränkte rechtliche Nachprüfung von gerichtlichen Entscheidungen um deswillen ..., weil eine unrichtige Entscheidung möglicherweise Grundrechte des unterlegenen Teils berührt". Das heißt, ein Urteil in einem zivilrechtlichen Eigentumsstreit soll z.B. nicht auf falsche Beweiserhebung oder unrichtige Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale der

angewandten Norm des bürgerlichen Rechts hin überprüft werden, obwohl man sagen könnte, daß auch eine auf solchen Fehlern beruhende falsche Entscheidung im Ergebnis in das Grundrecht der unterlegenen Partei aus Art. 14 GG eingreift (vgl. auch BVerfGE 22, 93 [97 ff.]). Dagegen betrifft die Frage, ob die Einwirkung der Grundrechte auf das anzuwendende Recht allgemein und im Einzelfall richtig beurteilt worden ist, selbstverständlich spezifisches Verfassungsrecht. Eine Gerichtsentscheidung muß also nicht nur dann aufgehoben werden, wenn sie ein Grundrecht übersehen hat oder von einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts ausgegangen ist, sondern auch dann, wenn das Gericht bei Zugrundelegung der grundsätzlich richtigen Anschauung im konkreten Fall niemals zu dem gefundenen Ergebnis hätte gelangen können. 108

Weiter darf nicht außer acht gelassen werden, daß die erwähnten Prüfungsgrundsätze in erster Linie den Sinn haben, eine angemessene Funktionsteilung im Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den anderen Gerichten herzustellen und das Bundesverfassungsgericht vor einer untragbaren Belastung zu bewahren; jedoch hat bereits die genannte grundlegende Entscheidung betont, daß aus der oft schwierigen Abgrenzung der Prüfungszuständigkeit kein Dogma gemacht werden darf: 109

"Freilich sind die Grenzen der Eingriffsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts nicht immer allgemein klar abzustecken; dem richterlichen Ermessen muß ein gewisser Spielraum bleiben, der die Berücksichtigung der besonderen Lage des Einzelfalls ermöglicht" (BVerfGE 18, 85 [93]). 110

Für die Ausnutzung dieses Spielraums muß es unter anderem darauf

ankommen,  
wieweit das betreffende Grundrecht wesentliche Voraussetzungen der  
freiheitlichen Existenz und Betätigung des Einzelnen schützt, die das  
Essentiale des Menschenbildes der Verfassung und ihrer darauf  
ausgerichteten Staatsordnung ausmachen (vgl. BVerfGE 7, 198 [208]; 10, 118  
[121]; 10, 302 [322]; 20, 162 [174 f.]; 27, 71 [81 f.]). Hierzu gehört  
auch die Möglichkeit, die menschliche Persönlichkeit im künstlerischen  
Schaffen frei zum Ausdruck zu bringen. 111

Demgegenüber würde die der Senatsentscheidung zugrundeliegende Abstinenz  
letzten Endes darauf hinauslaufen, daß eine allein gegen die Art der  
Rechtsanwendung im Einzelfall gerichtete Verfassungsbeschwerde stets  
aussichtslos wäre, wenn das einschlägige Grundrecht nur beim Namen genannt  
und die hierzu in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts  
entwickelten Grundsätze in die Entscheidung aufgenommen sind,  
gleichgültig, zu welchem Ergebnis das Gericht im Einzelfall kommt - die in  
der Senatsentscheidung konzedierte Prüfung auf Willkür hat keine  
Bedeutung, weil auf sachfremden Erwägungen beruhende  
Gerichtsentscheidungen so gut wie nie vorkommen -. Hierin läge eine  
evidente Verkürzung des bisherigen Grundrechtsschutzes: Bei solchen  
Prüfungsmaßstäben hätten weder das Lüth-Urteil selbst (BVerfGE 7, 198 [207  
ff., bes. 212 ff.]) noch die Entscheidungen im Schmid-Spiegel-Fall, im  
Falle des Tonjägerverbandes oder zur Freiheit der Information aus  
DDR-Zeitungen (vgl. BVerfGE 12, 113 [126 ff.]; 24, 278 [281 ff.]; 27, 104  
[109 f.]) ergehen können, um nur einige markante Beispiele für die  
zahlreichen Entscheidungen zu nennen, in denen das Gericht unter Prüfung  
der konkreten Umstände des Einzelfalles einen Grundrechtsverstoß bejaht  
hat (vgl. etwa auch BVerfGE 16, 194 [198 ff.]; 17, 108 [119 f.]; 20, 45  
[49 ff.] zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit). 112

2. Die angefochtenen Urteile haben die Einwirkung des Grundrechts aus Art.  
5 Abs. 3 GG auf den hier zu entscheidenden Interessenkonflikt nicht  
genügend berücksichtigt, besonders indem sie, wie der Richter Dr. Stein  
näher dargelegt hat, ein Kunstwerk in der Form eines Romans mit der Elle  
der Realität gemessen haben, wie wenn es sich um eine gewöhnliche  
kritische Äußerung über einen namentlich bezeichneten Dritten in  
Gesprächen, Briefen, Zeitungsartikeln oder einer Lebensbeschreibung  
handeln würde. Hierfür war offenbar wesentlich, daß die Gerichte, obwohl  
sie nicht verkannt haben, daß Art. 5 Abs. 3 GG ein spezielles, nicht durch  
einen Gesetzesvorbehalt oder anderweitig beschränktes Grundrecht gewährt,  
sich dennoch in Wirklichkeit an den in Art. 5 Abs. 2 GG gesetzten  
Schranken orientiert haben, die nur für die Freiheit der Meinungsäußerung  
und den sonstigen Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG, nicht aber für das  
Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 GG gelten (vgl. die vorstehende  
Senatsentscheidung unter C.III.4). Dies ergibt sich für die Entscheidung  
des Bundesgerichtshofs sowohl aus dem Aufbau des Gedankengangs wie aus  
der

Einzelwürdigung. Die Urteilsgründe gehen bei der verfassungsrechtlichen



Prüfung nicht unmittelbar von Art. 5 Abs. 3 GG aus, sondern stellen zunächst fest, daß sich die Romanfigur durch einzelne, negative Charakterzüge und Verhaltensweisen von Gründgens' wirklichem Lebensbild unterscheidet und daß es sich hierbei um schwerwiegende Entstellungen handele, welche die in Art. 5 Abs. 2 GG gesetzten Schranken (Recht der persönlichen Ehre) überschritten. Erst hieran schließt sich die Erwägung, ob dieser Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 GG sich mit der Freiheit der Kunst nach Art. 5 Abs. 3 GG rechtfertigen lasse. 113

Diese falsche Ausgangsposition erklärt es auch, daß nicht ein Gesamturteil über das Buch den Ausschlag für sein Verbot gegeben hat, sondern die Prüfung bestimmter herausgegriffener, namentlich aus dem Zusammenhang der künstlerischen Komposition gelöster Einzelpunkte auf ihren Wahrheitsgehalt. Dies führt zu dem seltsamen und widersprüchlichen Ergebnis, daß dem Autor einerseits der Vorwurf gemacht wird, er habe zu wenig "verfremdet" - d. h. er habe seinen Romanhelden Gründgens zu ähnlich, also zu wirklichkeitsgetreu nachgebildet -, andererseits wird ihm vorgeworfen, er habe zu stark "verfremdet" - nämlich seinen Helden mit erdichteten negativen Verhaltensweisen und Charakterzügen ausgestattet, die dem Lebensbild von Gründgens nicht entsprächen. Eine solche Bewertungsmethode tut nach meiner Auffassung dem Wesen eines Kunstwerks in

der Form eines Romans Gewalt an und ist nicht vereinbar mit dem aus der vorbehaltlosen Gewährung der Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG in erster Linie zu entnehmenden Gebot, daß dem Künstler für die Auswahl des zu bearbeitenden Stoffes und für dessen künstlerische Gestaltung keine Vorschriften gemacht werden dürfen. Soll es denn bei einem in Anlehnung an eine Person der Zeitgeschichte geschriebenen zeitgeschichtlichen Roman darauf ankommen, ob der Autor, der einen inneren Zusammenhang zwischen den

sexuellen Neigungen und der politischen Labilität seines Romanhelden sieht, ihn durch eine andere sexuelle Abartigkeit charakterisiert, als sie dem Vorbild allgemein zugeschrieben wurde, und ob sich hieraus für die Gestaltung der Romanhandlung weitere Abweichungen von der historischen Wirklichkeit ergeben? 114

Die genannte Prüfungsmethode kann auch die ohnehin bei der rechtlichen Beurteilung von Kunstwerken naheliegende Gefahr verstärken, daß die rechtliche Entscheidung mit davon bestimmt wird, wieweit der Beurteiler die künstlerische Transzendierung der aus der Wirklichkeit entnommenen Tatsachen und Erfahrungen als gelungen ansieht, mit anderen Worten, daß die subjektive, ästhetische Bewertung der Qualität des Kunstwerks maßgebend mitspricht. Ich halte "Mephisto" nicht für einen guten Roman - jedenfalls steht er nicht auf dem Niveau anderer Werke von Klaus Mann -; aber hiervon darf die Anwendung des Grundrechtsschutzes auf den Roman, der nach einhelliger Ansicht als ein Kunstwerk im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG anzusehen ist, nicht abhängen. 115

3. Eine unmittelbar von Art. 5 Abs. 3 GG ausgehende Prüfung muß der

vorbehaltlosen, uneingeschränkten Gewährung des Grundrechts durch die Verfassung ihr volles Gewicht lassen. Sie bedeutet im Vergleich zu den anderen Vorschriften des Art. 5 GG, daß der Verfassungsgeber hier bewußt von einer Konfliktregelung nach Art. 5 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 GG abgesehen hat, sei es, daß er im Hinblick auf das Wesen der in einer anderen Ebene wirkenden Kunst die Möglichkeit eines Konflikts mit den in Art. 5 Abs. 2 GG geschützten Interessen grundsätzlich ausgeschlossen hat oder daß er in dubio der Freiheit der Kunst den Vorrang einräumen wollte. Hieraus ergibt sich zugleich, daß die Verfassung auch in diesem Punkt grundsätzlich von der Mündigkeit der Bürger ausgeht, nämlich von ihrer Fähigkeit, ein Kunstwerk als ein aliud zu einer gewöhnlichen Meinungsäußerung zu betrachten, d. h. einen Roman als eine Schöpfung der Phantasie zu verstehen, die als solche niemand zu beleidigen vermag. Wenn dennoch aus den in der Senatsentscheidung unter C.III.5 dargelegten Gründen unter bestimmten Voraussetzungen eine Begrenzung des Grundrechts wegen des Schutzes der Menschenwürde in Art. 1 GG in Betracht kommt, so muß der Freiheit der Kunst gleichwohl mehr Raum verbleiben als bei Anwendung der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG: Der im Interesse des Persönlichkeitsschutzes erfolgende Eingriff darf nur eine sehr eng zu begrenzende Ausnahme darstellen. 116

Aus diesem Grunde sehe ich bei einem Werk der vorliegenden Art - einem in Anlehnung an Persönlichkeiten der Zeitgeschichte geschriebenen zeitgeschichtlichen Roman - das entscheidende Kriterium für die Versagung oder Gewährung des Grundrechtsschutzes darin, ob der Roman bei einer Gesamtbetrachtung ganz überwiegend das Ziel verfolgt, bestimmte Personen zu beleidigen oder zu verleumden, ob die Kunstform des Romans zu diesem Zweck mißbraucht wird oder ob das Werk nach den erkennbaren Motiven des Autors und nach objektiver Würdigung des Inhalts und der Darstellung einem anderen Anliegen dient. Bei einer solchen Bewertung kann die Antwort nur zugunsten des Romans "Mephisto" ausfallen. Wenn auch die persönliche Abneigung des Autors gegen den ehemaligen Schwager und dessen politisches Verhalten nicht ohne Einfluß auf die Auswahl des Stoffes und seine Darstellung gewesen sein mögen, so steht doch im Vordergrund durchaus die Absicht, die innere Korrumpierung einer intellektuellen Oberschicht durch ein ebenso brutales wie ungeistiges Regime darzustellen, zu erklären und zugleich eine letzte verzweifelte Warnung an die noch ansprechbaren Kreise im damaligen Deutschland und an das Ausland zu richten. In diesem Zusammenhang erscheinen auch die von den angefochtenen Urteilen als so gravierend angesehenen einzelnen "Entstellungen", z.B. die Auslieferung der Negertänzerin an die Gestapo, in einem anderen Licht: Der Autor will zeigen, daß derjenige, der sich auf den Pakt mit einem solchen Regime einläßt, in ausweglose Zwangslagen geraten kann, die ihn am Ende zum Verrat auch starker menschlicher Bindungen treiben; er hat damit typisierend eine von vielen Zeitgenossen des nationalsozialistischen Regimes schmerzlich erfahrene Einsicht vorweggenommen - auch wenn das spätere Verhalten des Vorbildes der Romanfigur hiermit nicht getroffen

sein mag. Das Gesamtanliegen des Romans ist auch für den heutigen Leser noch ersichtlich, besonders wenn man das Vorwort des Verlages einschließlich der Versicherung des Autors hinzunimmt, das mir übrigens gerade wegen seiner Kürze und Prägnanz weit wirkungsvoller für die gebotene Distanzierung erscheint als die von den angefochtenen Urteilen verlangte ausführliche Darstellung des Lebensbildes von Gründgens und der Entstehungsvoraussetzungen des Buches, die der normale Romanleser im Zweifel "überspringen" würde. 117

4. Hilfsweise ist noch folgendes zu bedenken: Auch wenn man entgegen der von Richter Dr. Stein und mir vertretenen Ansicht der Prüfung die in den angefochtenen Urteilen angewandten Kriterien zugrunde legt, so müßte doch die Ausnahmesituation des Autors bei der Entstehung und ersten Veröffentlichung des Romans voll berücksichtigt werden. Es ist bekannt, daß Klaus Mann besonders schwer unter dem Emigrantenschicksal gelitten hat und daß er zugleich zu den sicher nicht zahlreichen Emigranten gehörte, die in bewundernswerter Weise ungeachtet aller Schwierigkeiten und Anfeindungen ihre Kräfte in den Dienst des geistigen Kampfes gegen das nationalsozialistische Unrechtsregime gestellt haben. Im Schmid-Spiegel-Fall (BVerfGE 12, 113 [129]) hat das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, daß in einer Pressefehde auch eine starke Polemik gerechtfertigt ist, wenn sie der Art des gegnerischen Angriffs entspricht und einem berechtigten Interesse an der Einwirkung auf die öffentliche Meinungsbildung dient. Ich verweise hierzu auch auf die außerordentlich großzügige Rechtsprechung des Supreme Court, der in bezug auf Personen und Gegenstände des Zeitgeschehens das allgemeine Interesse an der freien öffentlichen Diskussion grundsätzlich immer höher bewertet als die möglicherweise durch eine falsche Information oder polemische Darstellung betroffenen persönlichen Interessen, solange nicht "actual malice" vorliegt. Im Falle des "Mephisto"-Romans handelt es sich um weit mehr als um einen Meinungskampf im üblichen Rahmen, nämlich um den Widerstand gegen ein unmenschliches, rechts- und verfassungswidriges Herrschaftssystem - ein Handeln, das jetzt im Grundgesetz ausdrücklich sanktioniert und durch ein grundrechtsgleiches Recht geschützt wird (vgl. Art. 20 Abs. 4 und Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG). Wenn ein Schriftsteller unter den damaligen Umständen die ihm allein zur Verfügung stehenden geistigen Waffen im Dienste der guten Sache einsetzte, wenn er hierbei seinen Gedanken und Gefühlen nicht in einer politischen Streitschrift, sondern in der - vermutlich wirkungsvolleren - Form eines satirischen Romans Ausdruck gab und die Romanhandlung an eine weithin bekannte Person der Zeitgeschichte anlehnte, die wegen ihrer hervorgehobenen Stellung als kultureller Repräsentant des bekämpften Regimes angesehen wurde, so rechtfertigte die gegebene Notstandssituation sein Vorgehen auch dann, wenn er sich bei der Wahl der Mittel im einzelnen vergriffen haben sollte. 118

Diese Abwägung behält auch ihre Wirkung für die erneute Veröffentlichung

des Romans in der Gegenwart. Mit dem zunehmenden zeitlichen Abstand von dem zeitgeschichtlichen Anlaß und den politischen Veränderungen könnte zwar der Schutz der betroffenen Persönlichkeit ein verhältnismäßig stärkeres Gewicht erhalten, jedoch wird dies wieder aufgewogen durch das Schwinden des Schutzbedürfnisses, da heute schon ein großer Teil der potentiellen Leser des Romans mit dem Namen und der Person von Gustaf Gründgens keine Vorstellungen mehr verbindet. Insgesamt lassen die fortdauernde, nicht nur historische Bedeutung der Vorgänge der nationalsozialistischen Zeit und der über den konkreten Anlaß hinausreichende Teil der künstlerischen Aussage von Klaus Mann die privaten und allgemeinen Interessen an der Veröffentlichung des Romans auch heute noch schutzwürdiger erscheinen als die Abwehr einer möglichen, vergleichsweise geringen Beeinträchtigung des Andenkens an Gustaf Gründgens. 119

Rupp-v. Brünneck

- **Βασικές θέσεις του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου**

1. Η καλλιτεχνική έκφραση δεν συνιστά ανακοίνωση αλλά έκφραση της ατομικής προσωπικότητας του καλλιτέχνη συνεπιδρόντων της διαίσθησης, της φαντασίας και του νου όπως παριστάνεται ως σύνολο εμπειριών και βιωμάτων.
2. Περιεχόμενο του δικαιώματος η καλλιτεχνική δημιουργία, η προσφορά και διάδοση του έργου Τέχνης.
3. Η εξουσία δεν μπορεί να επέμβει στη καλλιτεχνική δημιουργία και οφείλει όποια και αν είναι αυτή να την προστατεύει.
4. Προστατεύονται συνταγματικά και οι ενδιάμεσοι μεταξύ καλλιτέχνη και κοινού. Νομιμοποιείται έτσι ο προσφεύγων εκδοτικός οίκος (Nymphenburger Verlagshandlung) να ασκήσει συνταγματική προσφυγή.
5. Δεν είναι δεκτοί οι περιορισμοί του δικαιώματος αναλογικά εκ των άλλων περιορισμών για άλλα συνταγματικά δικαιώματα.
6. Η ελευθερία της Τέχνης δεν συνιστά υποκατηγορία της ελευθερίας της γνώμης.
7. Γνώμονας της κρίσης του Δικαστηρίου ήταν η συγγραφή του βιβλίου κατά τη φορτισμένη περίοδο του Ναζισμού.
8. Δεν γίνεται δεκτός ο περιορισμός του δικαιώματος βάσει της γενικής ρήτρας υπακοής στην έννομη τάξη ή τα χρηστά ήθη.
9. Περιορισμός κατά την κοινωνική εφαρμογή του δικαιώματος. Δεν πρέπει η εικόνα που περιγράφεται σε ένα βιβλίο να μοιάζει του προτύπου.

- **Συμπέρασμα**

Καμία αξία δεν παρίσταται μεμονωμένη (schrakenlos) ακόμα και όταν είναι ανεπιφύλακτη (vorbehaltlos), αφού συμπλέκεται προς το σύστημα έννομων αξιών με τους οποίους συναρμολογείται σε ενιαίο σύνολο. Η συναρμογή αυτή επιτείνεται απ' την ιδιαίτερη θέση της τέχνης στην κοινωνία.

## 2. Απόφαση Müller

In the case of Müller and Others\*,

---

\* Note by the Registrar: The case is numbered 25/1986/123/174. The second figure indicates the year in which the case was referred to the Court and the first figure its place on the list of cases referred in that year; the last two figures indicate, respectively, the case's order on the list of cases and of originating applications (to the Commission) referred to the Court since its creation.

---

The European Court of Human Rights, sitting, in accordance with Article 43 (art. 43) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") and the relevant provisions of the Rules of Court, as a Chamber composed of the following judges:

Mr. R. Ryssdal, President,  
Mr. J. Cremona,  
Mrs. D. Bindschedler-Robert,  
Sir Vincent Evans,  
Mr. R. Bernhardt,  
Mr. A. Spielmann,  
Mr. J. De Meyer,

and also of Mr. M.-A. Eissen, Registrar, and Mr. H. Petzold, Deputy Registrar,

Having deliberated in private on 27 January and 27 and 28 April 1988,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

### PROCEDURE

1. The case was referred to the Court by the European Commission of Human Rights ("the Commission") and by the Government of the Swiss

Confederation ("the Government") on 12 December 1986 and 25 February 1987 respectively, within the three-month period laid down in Article 32 § 1 and Article 47 (art. 32-1, art. 47) of the Convention. It originated in an application (no. 10737/84) against Switzerland lodged with the Commission under Article 25 (art. 25) by nine Swiss citizens - Mr. Josef Felix Müller, Mr. Charles Descloux, Mr. Michel Gremaud, Mr. Paul Jacquat, Mr. Jean Pythoud, Mrs. Geneviève Renevey, Mr. Michel Ritter, Mr. Jacques Sidler and Mr. Walter Tschopp - and a Canadian national, Mr. Christophe von Imhoff, on 22 July 1983.

The Commission's request referred to Articles 44 and 48 (art. 44, art. 48) and to the declaration whereby Switzerland recognised the compulsory jurisdiction of the Court (Article 46) (art. 46); the Government's application referred to Articles 45, 47 and 48 (art. 45, art. 47, art. 48). Both sought a decision from the Court as to whether the facts of the case disclosed a breach by the respondent State of its obligations under Article 10 (art. 10).

2. In response to the enquiry made in accordance with Rule 33 § 3 (d) of the Rules of Court, the applicants stated that they wished to take part in the proceedings pending before the Court and designated the lawyer who would represent them (Rule 30).

3. The Chamber to be constituted included *ex officio* Mrs. D. Bindschedler-Robert, the elected judge of Swiss nationality (Article 43 of the Convention) (art. 43), and Mr. R. Ryssdal, the President of the Court (Rule 21 § 3 (b)). On 3 February 1987, in the presence of the Registrar, the President drew by lot the names of the other five members, namely Mr. J. Cremona, Mr. J. Pinheiro Farinha, Sir Vincent Evans, Mr. R. Bernhardt and Mr. A. Spielmann (Article 43 in fine of the Convention and Rule 21 § 4) (art. 43). Subsequently, Mr. Pinheiro Farinha, who was unable to attend, was replaced by Mr. J. De Meyer, substitute judge (Rules 22 § 1 and 24 § 1).

4. Mr. Ryssdal, who had assumed the office of President of the Chamber (Rule 21 § 5), consulted - through the Deputy Registrar - the Agent of the Government, the Delegate of the Commission and the lawyer for the applicants on the need for a written procedure (Rule 37 § 1). In accordance with the orders made in consequence, the registry received:

(a) the applicants' memorial, written in German by leave of the President (Rule 27 § 3), on 1 June 1987;

(b) the Government's memorial, on 30 July.

In a letter of 12 October, the Secretary to the Commission informed the Registrar that the Delegate would make his submissions at the hearing.

5. Having consulted - through the Deputy Registrar - the Agent of the Government, the Delegate of the Commission and the lawyer for the applicants, the President directed on 23 October 1987 that the oral proceedings should commence on 25 January 1988 (Rule 38).

6. On 30 November, the Court decided to inspect the impugned paintings by Josef Felix Müller, as the Government had suggested (Rule 40 § 1). They were duly shown, in camera, in the presence of those appearing before the Court, on 25 January 1988, before the hearing began.

In the meantime, on 2 and 4 December 1987, the Registrar had received a number of documents which the President had instructed him to obtain from the Commission. Between 11 January and 8 April 1988, the Government and the applicants furnished several other documents.

7. The hearing was held in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on the appointed day. The Court had held a preparatory meeting immediately beforehand.

There appeared before the Court:

(a) for the Government

Mr. O. Jacot-Guillarmod, Head of the Department of  
International Affairs, Federal  
Department of Justice, Agent,

Mr. P. Zappelli, Cantonal Judge, Canton of Fribourg,

Mr. B. Münger, Federal Department of Justice, Counsel;

(b) for the Commission

Mr. H. Vandenberghe, Delegate;

(c) for the applicants

Mr. P. Rechsteiner, avocat, Counsel.

The Court heard addresses by Mr. Jacot-Guillarmod for the Government,



by Mr. Vandenberghe for the Commission and by Mr. Rechsteiner for the applicants, as well as their replies to its questions.

## AS TO THE FACTS

### I. The circumstances of the case

8. The first applicant, Josef Felix Müller, a painter born in 1955, lives in St. Gall. The other nine applicants are:

(a) Charles Descloux, art critic, born in 1939 and living in Fribourg;

(b) Michel Gremaud, art teacher, born in 1944 and living at Guin, Garmiswil;

(c) Christophe von Imhoff, picture restorer, born in 1939 and living at Belfaux;

(d) Paul Jacquat, bank clerk, born in 1940 and living at Belfaux;

(e) Jean Pythoud, architect, born in 1925 and living in Fribourg;

(f) Geneviève Renevey, community worker, born in 1946 and living at Villars-sur-Glâne;

(g) Michel Ritter, artist, born in 1949 and living at Montagny-la-Ville;

(h) Jacques Sidler, photographer, born in 1946 and living at Vuisternens-en-Ogoz;

(i) Walter Tschopp, assistant lecturer, born in 1950 and living in Fribourg.

9. Josef Felix Müller has exhibited on his own and with other artists on many occasions, particularly since 1981, both in private galleries and in museums, in Switzerland and elsewhere.

With the assistance of the Federal Office of Culture, he took part in the Sydney Biennial in Australia in 1984, as Switzerland's representative. He has been awarded several prizes and has sold works to museums such as the Kunsthalle in Zürich.

10. In 1981, the nine last-mentioned applicants mounted an exhibition of contemporary art in Fribourg at the former Grand

Seminary, a building due to be demolished. The exhibition, entitled "Fri-Art 81", was held as part of the celebrations of the 500th anniversary of the Canton of Fribourg's entry into the Swiss Confederation. The organisers invited several artists to take part, each of whom was allowed to invite another artist of his own choosing. The artists were meant to make free use of the space allocated to them. Their works, which they created on the spot from early August 1981 onwards, were to have been removed when the exhibition ended on 18 October 1981.

11. In the space of three nights Josef Felix Müller, who had been invited by one of the other artists, produced three large paintings (measuring 3.11m x 2.24m, 2.97m x 1.98m and 3.74m x 2.20m) entitled "Drei Nächte, drei Bilder" ("Three Nights, Three Pictures"). They were on show when the exhibition began on 21 August 1981. The exhibition had been advertised in the press and on posters and was open to all, without any charge being made for admission. The catalogue, specially printed for the preview, contained a photographic reproduction of the paintings.

12. On 4 September 1981, the day of the official opening, the principal public prosecutor of the Canton of Fribourg reported to the investigating judge that the paintings in question appeared to come within the provisions of Article 204 of the Criminal Code, which prohibited obscene publications and required that they be destroyed (see paragraph 20 below). The prosecutor thought that one of the three pictures also infringed freedom of religious belief and worship within the meaning of Article 261 of the Criminal Code.

According to the Government, the prosecutor had acted on an information laid by a man whose daughter, a minor, had reacted violently to the paintings on show; some days earlier another visitor to the exhibition had apparently thrown down one of the paintings, trampled on it and crumpled it.

13. Accompanied by his clerk and some police officers, the investigating judge went to the exhibition on 4 September and had the disputed pictures removed and seized; ten days later, he issued an attachment order. On 30 September 1981, the Indictment Chamber dismissed an appeal against that decision.

After questioning the ten applicants on 10, 15 and 17 September and 6 November 1981, the investigating judge committed them for trial to the Sarine District Criminal Court.

14. On 24 February 1982, the court sentenced each of them to a

fine of 300 Swiss francs (SF) for publishing obscene material (Article 204 § 1 of the Criminal Code) - the convictions to be deleted from the criminal records after one year - but acquitted them on the charge of infringing freedom of religious belief and worship (Article 261). It also ordered that the confiscated paintings should be deposited in the Art and History Museum of the Canton of Fribourg for safekeeping. At the hearing on 24 February, it had heard evidence from Mr. Jean-Christophe Ammann, the curator of the Kunsthalle in Basle, as to Josef Felix Müller's artistic qualities.

In its judgment, the court pointed out first of all that "the law [did] not define obscenity for the purposes of Article 204 CC [Criminal Code] and the concept [had] to be clarified by means of interpretation, having regard to the intent and purpose of the enactment as well as to its place in the legislation and in the overall legal system". After referring to the Federal Court's case-law on the subject, it said among other things:

"In the instant case, although Mr. Müller's three works are not sexually arousing to a person of ordinary sensitivity, they are undoubtedly repugnant at the very least. The overall impression is of persons giving free rein to licentiousness and even perversion. The subjects - sodomy, fellatio, bestiality, the erect penis - are obviously morally offensive to the vast majority of the population. Although allowance has to be made for changes in the moral climate, even for the worse, what we have here would revolutionise it. Comment on the confiscated works is superfluous; their vulgarity is plain to see and needs no elaborating upon.

...

Nor can a person of ordinary sensitivity be expected to go behind what is actually depicted and make a second assessment of the picture independently of what he can actually see. To do that he would have to be accompanied to exhibitions by a procession of sexologists, psychologists, art theorists or ethnologists in order to have explained to him that what he saw was in reality what he wrongly thought he saw.

Lastly, the comparisons with the works of Michelangelo and J. Bosch are specious. Apart from the fact that they contain no depictions of the kind in Müller's paintings, no valid comparison can be made with history-of-art or cultural collections in which sexuality has a place ..., but without lapsing into crudity. Even with an artistic aim, crude sexuality is not worthy of protection ... . Nor are comparisons with civilisations foreign to western civilisation valid."

On the question whether to order the destruction of the pictures under paragraph 3 of Article 204 (see paragraph 20 below), the court said:

"Not without misgivings, the court will not order the destruction of the three works.

The artistic merit of the three works exhibited in Fribourg is admittedly less obvious than is supposed by the witness Ammann, who nevertheless said that the paintings Müller exhibited in Basle were more 'demanding'. The court would not disagree. Müller is undoubtedly an artist of some accomplishment, particularly in the matter of composition and in the use of colour, even though the works seized in Fribourg appear rather scamped.

Nonetheless, the court, deferring to the art critic's opinion while not sharing it, and concurring with the relevant findings of the Federal Court in the Rey judgment (ATF 89 IV 136 et seq.), takes the view that in order to withhold the three paintings from the general public - to 'destroy' them - it is sufficient to place them in a museum, whose curator will be required to make them available only to a few serious specialists capable of taking an exclusively artistic or cultural interest in them as opposed to a prurient interest. The Art and History Museum of the Canton of Fribourg meets the requirements for preventing any further breach of Article 204 of the Criminal Code. The three confiscated paintings will be deposited there."

15. All the applicants appealed on points of law on 24 February 1982; in particular, they challenged the trial court's interpretation as regards the obscenity of the relevant paintings. For example, it was argued by Josef Felix Müller (in pleadings of 16 March 1982) that something which was obscene sought directly to arouse sexual passion, and that this had to be its purpose, with the essential aim of pandering to man's lowest instincts or else for pecuniary gain. This, it was alleged, was never the case "where artistic or scientific endeavour [was] the primary consideration".

16. The Fribourg Cantonal Court, sitting as a court of cassation, dismissed the appeals on 26 April 1982.

Referring to the Federal Court's case-law, it acknowledged that "in the recent past, and still today, the public's general views on morality and social mores, which vary at different times and in different places, have changed in a way which enables things to be seen more objectively and naturally". The trial court had to take account of this change, but that did not mean that it had to show

complete permissiveness, which would leave no scope for the application of Article 204 of the Criminal Code.

As for works of art, they did not in themselves have any privileged status. At most they might escape destruction despite their obscenity. Their creators nonetheless fell within the thrust of Article 204, "since that statutory provision as a whole [was] designed to protect public morals, even in the sphere of the fine arts". That being so, the court could dispense with deciding the question whether the pictures complained of were the outcome of "artistic ideas, though even then, intention [was] one thing and realisation of it another".

Like the trial court, the appellate court found that Josef Felix Müller's paintings aroused "repugnance and disgust":

"These are not works which, in treating a particular subject or scene, allude to sexual activity more or less discreetly. They place it in the foreground, depicting it not in the embrace of man and woman but in vulgar images of sodomy, fellatio between males, bestiality, erect penises and masturbation. Sexual activity is the main, not to say sole, ingredient of all three paintings, and neither the appellants' explanations nor the witness Mr. Ammann's learned-seeming but wholly unpersuasive remarks can alter that fact. To go into detail, however distasteful it may be, one of the paintings contains no fewer than eight erect members. All the persons depicted are entirely naked and one of them is engaging simultaneously in various sexual practices with two other males and an animal. He is kneeling down and not only sodomising the animal but holding its erect penis in another animal's mouth. At the same time he is having the lower part of his back - his buttocks, even - fondled by another male, whose erect penis a third male is holding towards the first male's mouth. The animal being sodomised has its tongue extended towards the buttocks of a fourth male, whose penis is likewise erect. Even the animals' tongues (especially in the smallest painting) are more suggestive, in shape and aspect, of erect male organs than of tongues. Sexual activity is crudely and vulgarly portrayed for its own sake and not as a consequence of any idea informing the work. Lastly, it should be pointed out that the paintings are large ..., with the result that their crudeness and vulgarity are all the more offensive.

The court is likewise unconvinced by the appellants' contention that the paintings are symbolical. What counts is their face value, their effect on the observer, not some abstraction utterly unconnected with the visible image or which glosses over it. Furthermore, the important thing is not the artist's meaning or purported meaning but the objective effect of the image on the observer ... .

Not much of the argument in the appeal was directed to the issues of intention or of awareness of obscenity, nor indeed could it have been. In particular, an author is aware of a publication's obscenity when he knows it deals with sexual matters and that any written or pictorial allusion to such matters is likely, in the light of generally accepted views, grossly to offend the average reader's or observer's natural sense of decency and propriety. That was plainly so here, as the evidence at the trial confirmed. ... Indeed, several of the defendants admitted that the paintings had shocked them. It should be noted that even someone insensible to obscenity is capable of realising that it may disturb others. As the trial court pointed out, the defendants at the very least acted recklessly.

Lastly, it is immaterial that similar works have allegedly been exhibited elsewhere; the three paintings in issue do not on that account cease to be obscene, as the trial court rightly held them to be ..."

17. On 18 June 1982, the applicants lodged an application for a declaration of nullity (Nichtigkeitsbeschwerde) with the Federal Court. They sought to have the judgment of 26 April set aside and the case remitted with a view to their acquittal and the return of the confiscated paintings or, in the alternative, merely the return of the paintings.

In their submission, the Fribourg Cantonal Court had wrongly interpreted Article 204 of the Criminal Code; in particular, it had taken no account of the scope of the freedom of artistic expression, guaranteed inter alia in Article 10 (art. 10) of the Convention. Mr. Ammann, one of the most distinguished experts on modern art, had confirmed that these were works of note. Similar pictures by Josef Felix Müller, moreover, had been exhibited in Basle in February 1982 and it had not occurred to anyone to regard them as being obscene.

As to the "publication" of obscene items, which was prohibited under Article 204 of the Criminal Code, this was a relative concept. It should be possible to show in an exhibition pictures which, if they were displayed in the market-place, would fall foul of Article 204; people interested in the arts ought to have an opportunity to acquaint themselves with all the trends in contemporary art. Visitors to an exhibition of contemporary art like "Fri-Art 81" should expect to be faced with modern works that might be incomprehensible. If they did not like the paintings in issue, they were free to look away from them and pass them by; there was no need for the protection of the criminal

law. It was not for the court to undertake indirect censorship of the arts. On a strict construction of Article 204 - that is, one which, having regard to the fundamental right to freedom of artistic expression, left it to art-lovers to decide for themselves what they wanted to see -, the applicants should be acquitted.

Confiscation of the disputed paintings, they submitted, could only be ordered if they represented a danger to public order such that returning them could not be justified - and that was a matter the court of cassation had not considered. Since the pictures had been openly on display for ten days without giving rise to any protests, it was difficult to see how such a danger was made out.

Josef Felix Müller would certainly not show his paintings in Fribourg in the near future. On the other hand, they could be shown without any difficulty elsewhere, as was proved by his exhibition in Basle in February 1982. It was consequently out of all proportion to deprive him of them.

18. The Criminal Cassation Division of the Federal Court dismissed the appeal on 26 January 1983 for the following reasons:

"The decided cases show that for the purposes of Article 204 of the Criminal Code, any item is obscene which offends, in a manner that is difficult to accept, the sense of sexual propriety; the effect of the obscenity may be to arouse a normal person sexually or to disgust or repel him. ... The test of obscenity to be applied by the court is whether the overall impression of the item or work causes moral offence to a person of ordinary sensitivity ...

The paintings in issue show an orgy of unnatural sexual practices (sodomy, bestiality, petting), which is crudely depicted in large format; they are liable grossly to offend the sense of sexual propriety of persons of ordinary sensitivity. The artistic licence relied on by the appellant cannot in any way alter that conclusion in the instant case.

The content and scope of constitutional freedoms are determined on the basis of the federal law currently in force. This applies *inter alia* to freedom of the press, freedom of opinion and artistic freedom; under Article 113 [of the Federal Constitution], the Federal Court is bound by federal enactments ... In the field of artistic creation [it] has held that works of art *per se* do not enjoy any special status ... A work of art is not obscene, however, if the artist contrives to present subjects of a sexual nature in an artistic form such that their offensiveness is toned down and ceases to predominate ... In reaching its decision, the criminal court does not have to



view the work through an art critic's spectacles (which would often ill become it) but must decide whether the work is liable to offend the unsuspecting visitor.

Expert opinion as to the artistic merit of the work in issue is therefore irrelevant at this stage, though it might be relevant to the decision as to what action to take in order to prevent fresh offences (destruction or seizure of the item; Art. 204 § 3 CC ...).

The Cantonal Court duly scrutinised the paintings for a predominantly aesthetic element. Having regard in particular to the number of sexual features in each of the three (one of them, for instance, contains eight erect members), it decided that the emphasis was on sexuality in its offensive forms and that this was the predominant, not to say sole, ingredient of the items in dispute. The Cassation Division of the Federal Court agrees. The overall impression created by Müller's paintings is such as to be morally offensive to a person of normal sensitivity. The Cantonal Court's finding that they were obscene was accordingly not in breach of federal law.

The appellants maintained that the publication element of the offences was lacking. They are wrong.

The obscene paintings were on display in an exhibition open to the public which had been advertised on posters and in the press. There was no condition of admission to 'Fri-Art 81', such as an age-limit. The paintings in dispute were thus made accessible to an indeterminate number of people, which is the criterion of publicity for the purposes of Article 204 CC ..."

Finally, the Criminal Cassation Division of the Federal Court declared the alternative application for return of the paintings to be inadmissible as it had not first been made before the cantonal courts.

19. On 20 January 1988, the Sarine District Criminal Court granted an application made by Josef Felix Müller on 29 June 1987 and ordered the return of the paintings.

On the basis that it had been requested in effect to reconsider the confiscation order it had made in 1982, the court held that it had to decide whether the order could stand "almost eight years later". Hence, the reasons for its decision were as follows:

"In Swiss law, confiscation is a preventive measure in rem. This is already clear from the legislative text, which classifies Article 58 under the heading 'other measures' - the heading in the margin for

Articles 57-62 CC - and not under the subsidiary penalties prescribed in Articles 51-56 CC ...

The confiscation of items or assets may admittedly constitute a serious interference with property rights. It must be proportionate and a more lenient order may thus be justified where it achieves the desired aim. Confiscation remains however the rule. It should be departed from only where a more lenient order achieves the desired aim ... In this case, when the confiscation order was made in 1982, the statutory provision (Article 204 § 3 CC) would normally have required the destruction of the paintings. Giving a reasoned decision, the court preferred a more lenient measure which achieved the aim of security, whilst complying with the principle of proportionality ... . The measure itself should remain in force only as long as the statutory requirements are satisfied ... .

It is true that the Code makes no provision for an order under Article 58 to be subsequently discharged or varied. The legislature probably did not address itself to this question at the time, whereas provision was made whereby other measures, which were admittedly much more serious because they restricted personal liberty, could be re-examined by a court of its own motion (Articles 42-44 CC). It does not follow that discharge or variation is completely illegal. The Federal Court has, moreover, held that a measure should not remain in force where the circumstances justifying it cease to obtain ... .

Accordingly, the view must be taken that an order confiscating a work of art may subsequently be discharged or varied, either because the confiscated item is no longer dangerous and a measure is no longer required, or because the necessary degree of security may be achieved by another more lenient measure (judgment of the Basle-Urban Court of Appeal of 19 August 1980, in the Fahrner case).

Judgments concerning freedom of expression and its scope often refer to Article 10 §§ 1 and 2 (art. 10-1, art. 10-2) [of the Convention].

In this area, the decisions of the Convention authorities have a direct influence on the Swiss legal system, by way of strengthening individual liberties and judicial safeguards ...

In this case, where the applicant has availed himself of the possibility of applying for the return of his paintings, the court must consider whether the grounds on which it made the confiscation order in the first place, which restricted J.F. Müller's freedom of expression, are still valid.

While the restriction was necessary in a democratic society in 1982 and was justified by the need to safeguard and protect morality and the rights of others, the court considers, admittedly with some hesitation, that the order may now be discharged. It should be noted that the confiscation measure was not absolute but merely of indeterminate duration, which left room to apply for a reconsideration.

It appears to the court that the preventive measure has now fulfilled its function, namely to ensure that such paintings are not exhibited in public again without any precautions. Those convicted have themselves admitted that the paintings could shock people. Once the order has achieved its aim, there is no reason why it should continue in force.

Accordingly, the artist is entitled to have his works returned to him.

It is not necessary to attach any obligations to this decision. If J.F. Müller decided to exhibit the three paintings again elsewhere, he knows that he would be running the risk of further action by the courts under Article 204 of the Criminal Code.

Finally, it appears that by exhibiting three provocative paintings in a former seminary in 1982, J.F. Müller deliberately intended to draw attention to himself and the organisers. Since then he has become known for more 'demanding' works, to use the terms of the art critic who gave evidence in 1982. Having achieved a certain repute, he may find it unnecessary to shock by resorting to vulgarity. In any event, there is no reason to believe that he will use the three paintings in future to offend other people's moral sensibilities.

..."

Josef Felix Müller recovered his paintings in March 1988.

## II. Relevant domestic law

### 20. Article 204 of the Swiss Criminal Code provides:

"1. Anyone who makes or has in his possession any writings, pictures, films or other items which are obscene with a view to trading in them, distributing them or displaying them in public, or who, for the above purposes, imports, transports or exports such items or puts them into circulation in any way, or who openly or secretly deals in them or publicly distributes or displays them or by way of trade supplies them for hire, or who announces or makes known in any way, with a view to

facilitating such prohibited circulation or trade, that anyone is engaged in any of the aforesaid punishable activities, or who announces or makes known how or through whom such items may be directly or indirectly procured, shall be imprisoned or fined.

2. Anyone supplying or displaying such items to a person under the age of 18 shall be imprisoned or fined.

3. The court shall order the destruction of the items."

The Federal Court has consistently held that any works or items which offend, in a manner that is difficult to accept, the sense of sexual propriety, are obscene; the effect may be to arouse a normal person sexually or to disgust or repel him (Judgments of the Swiss Federal Court (ATF), vol. 83 (1957), part VI, pp. 19-25; vol. 86 (1960), part IV, pp. 19-25; vol. 87 (1961), part IV, pp. 73-85); making such items available to an indeterminate number of people amounts to "publication" of them.

21. The Federal Court held in 1963 that, for the purposes of paragraph 3 of Article 204, if an obscene object was of undoubted cultural interest, it was sufficient to withhold it from the general public in order to "destroy" it.

In its judgment of 10 May 1963 in the case of *Rey v. Attorney-General of Valais* (ATF vol. 89 (1963), part IV, pp. 133-140), it held *inter alia* "that, in making destruction mandatory, the legislature had in contemplation only the commonest case, publication of entirely pornographic items". As "destruction is a measure as opposed to a punishment", "it must not go beyond what is necessary to achieve the desired aim", that is to say "the protection of public morality". The court went on to state:

"In other words, 'destruction', as prescribed by Article 204 § 3 of the Criminal Code, must protect public morality but go no further than that requirement warrants.

In the commonest case, that of pornographic publications devoid of artistic, literary or scientific merit, the destruction will be physical and irreversible, not just because of the lack of any cultural value, but also because, in general, this is the only adequate way of ultimately protecting the public from the danger of the confiscated items ... .

It is quite a different matter when one is dealing, as in the present case, with an irreplaceable or virtually irreplaceable work of art.

There is then a clash of two opposing interests, both of them important in terms of the civilisation to which Switzerland belongs: the moral and the cultural interest. In such a case, the legislature and the courts must find a way of reconciling the two. This court has thus held, in applying Article 204, that it must always be borne in mind that artistic creativity is itself subject to certain constraints of public morality, but that there must nonetheless be artistic freedom ... .

It is, accordingly, a matter for the courts to consider in each case in view of all the circumstances, whether physical destruction is essential or whether a more lenient measure suffices. The mandatory requirement of Article 204 § 3 will, therefore, be complied with where the courts order that an obscene item devoid of any cultural value is to be physically destroyed, and, in respect of an item of undoubted cultural interest, where effective steps are taken to withhold it from the general public and to make it available only to a limited number of serious specialists ... .

If such precautions are taken, Article 204 of the Criminal Code will not be applicable to items which are inherently obscene but of genuine cultural interest. A distinction must also be drawn between such items and pure pornography. The cultural interest of an item admittedly does not prevent it from being obscene. But it does require the courts to determine with particular care what steps must be taken to prevent general access to the item, while making it available to a well-defined number of serious connoisseurs; this will comply with the requirements of Article 204 § 3 of the Criminal Code, which, as has been shown, makes destruction mandatory but only as a measure whose effects must be in proportion to the intended aim ... ."

This particular case concerned seven ivory reliefs and thirty prints of antique Japanese art; the court held that the requirement to "destroy" them was met by placing them in a museum.

22. Previous to the Sarine District Criminal Court's decision of 20 January 1988 (see paragraph 19 above), the Basle-Urban Court of Appeal had already discharged a confiscation order made pursuant to the Criminal Code. In a judgment of 29 August 1980, to which the District Court referred, the Court of Appeal granted an application to restore to the heirs of the painter Kurt Fahrner a painting confiscated in 1960, after he had been convicted of an infringement of freedom of religious belief and worship (Article 261 of the Criminal Code).

The Court of Appeal held inter alia that as confiscation "always

interferes with the property rights of the person concerned, a degree of restraint is called for and, in accordance with the principle of proportionality, such a measure must go no further than is essential to maintain security". The court added (translation from the German):

"This principle applies, in particular, where (on account of its distinctiveness) the item subject to confiscation is hard or impossible to replace. Therefore the principle applies more strictly to a work of art (e.g. a painting) than to a weapon used to commit an offence ... . Finally, having regard to its preventive character, the measure should remain in force only for as long as the legal requirements are satisfied ... ."

Accordingly, the view had to be taken that "an order confiscating a work of art may subsequently be discharged or varied, either because the confiscated item is no longer dangerous and the measure no longer required, or because the necessary degree of security may be achieved by another more lenient measure".

In that particular case, the reasoning of the Court of Appeal was as follows:

"To apply present-day criteria, both parties agree with the court that the public's ideas of obscenity, immorality, indecency, blasphemy, etc. have changed considerably in the last twenty years and have become distinctly more liberal. Although the confiscated painting is undoubtedly liable to offend a great many people's religious sensibilities even today, there is no reason to fear that, by exhibiting it in a private or suitable public place, one would be endangering religious harmony, public safety, morals or public order within the meaning of Article 58 of the Criminal Code ...

Whether there is a danger thus depends primarily on where the item to be confiscated is liable to end up ... . In this case, the exhibition of the painting in a museum would at present clearly be unobjectionable in the context of Article 58 of the Criminal Code. However, even if the picture were to be returned unconditionally, the likelihood of misuse must be regarded as minimal because Fahrner, who deliberately set out, by means of a provocative exhibition, to draw attention to himself as a painter and to his ideas and works, has since died. There is no reason to believe that the applicants have any intention of using the picture to offend other people's religious sensibilities. At any rate, the picture would not lend itself to such a purpose (Article 261 of the Criminal Code) sufficiently to permit the 1960 confiscation order to stand ... . Any danger of that kind arising from the picture is no longer serious enough to justify action

under Article 58 of the Criminal Code. Nor is there any reason to hand this picture over to a scientific collection, i.e. a museum, in order to protect the public and morality. The confiscation order should be discharged and the picture unconditionally returned to the applicants, whose main application is thus granted."

#### PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

23. The applicants applied to the Commission on 22 July 1983 (application no. 10737/84). Relying on Article 10 (art. 10) of the Convention, they complained of their criminal conviction and sentence to a fine (hereinafter referred to as the "conviction") and of the confiscation of the pictures in dispute.

24. The Commission declared the application admissible on 6 December 1985.

In its report of 8 October 1986 (made under Article 31) (art. 31), it took the view that there had been a breach of Article 10 (art. 10) in respect of the confiscation of the paintings (by eleven votes to three) but not in respect of the conviction (unanimously). The text of the Commission's opinion and the separate opinion contained in the report is reproduced as an annex to this judgment.

#### FINAL SUBMISSIONS TO THE COURT

25. At the hearing on 25 January 1988, the Government reiterated the final submissions in their memorial, asking the Court to

"hold that there has been no violation of Article 10 (art. 10) of the Convention in this case, either in relation to the applicants' conviction and sentence to a fine or as regards the confiscation of the first applicant's paintings".

#### AS TO THE LAW

26. The applicants complained that their conviction and the confiscation of the paintings in issue violated Article 10 (art. 10) of the Convention, which provides:

"1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article (art. 10) shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

The Government rejected this contention. The Commission too rejected it with regard to the first of the measures complained of but accepted it with regard to the second.

27. The applicants indisputably exercised their right to freedom of expression - the first applicant by painting and then exhibiting the works in question, and the nine others by giving him the opportunity to show them in public at the "Fri-Art 81" exhibition they had mounted.

Admittedly, Article 10 (art. 10) does not specify that freedom of artistic expression, in issue here, comes within its ambit; but neither, on the other hand, does it distinguish between the various forms of expression. As those appearing before the Court all acknowledged, it includes freedom of artistic expression - notably within freedom to receive and impart information and ideas - which affords the opportunity to take part in the public exchange of cultural, political and social information and ideas of all kinds. Confirmation, if any were needed, that this interpretation is correct, is provided by the second sentence of paragraph 1 of Article 10 (art. 10-1), which refers to "broadcasting, television or cinema enterprises", media whose activities extend to the field of art. Confirmation that the concept of freedom of expression is such as to include artistic expression is also to be found in Article 19 § 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which specifically includes within the right of freedom of expression information and ideas "in the form of art".

28. The applicants clearly suffered "interference by public authority" with the exercise of their freedom of expression - firstly, by reason of their conviction by the Sarine District Criminal Court on 24 February 1982, which was confirmed by the Fribourg Cantonal Court on 26 April 1982 and then by the Federal Court on 26 January 1983 (see paragraphs 14, 16 and 18 above), and secondly on account of the confiscation of the paintings, which was ordered at the same time but



subsequently lifted (see paragraph 19 above).

Such measures, which constitute "penalties" or "restrictions", are not contrary to the Convention solely by virtue of the fact that they interfere with freedom of expression, as the exercise of this right may be curtailed under the conditions provided for in paragraph 2 (art. 10-2). Consequently, the two measures complained of did not infringe Article 10 (art. 10) if they were "prescribed by law", had one or more of the legitimate aims under paragraph 2 of that Article (art. 10-2) and were "necessary in a democratic society" for achieving the aim or aims concerned.

Like the Commission, the Court will look in turn at the applicants' conviction and at the confiscation of the pictures from this point of view.

#### I. The applicants' conviction

##### 1. "Prescribed by law"

29. In the applicants' view, the terms of Article 204 § 1 of the Swiss Criminal Code, in particular the word "obscene", were too vague to enable the individual to regulate his conduct and consequently neither the artist nor the organisers of the exhibition could foresee that they would be committing an offence. This view was not shared by the Government and the Commission.

According to the Court's case-law, "foreseeability" is one of the requirements inherent in the phrase "prescribed by law" in Article 10 § 2 (art. 10-2) of the Convention. A norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen - if need be, with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (see the Olsson judgment of 24 March 1988, Series A no. 130, p. 30, § 61 (a)). The Court has, however, already emphasised the impossibility of attaining absolute precision in the framing of laws, particularly in fields in which the situation changes according to the prevailing views of society (see the Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, p. 22, § 47). The need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague (see, for example, the Olsson judgment previously cited, *ibid.*). Criminal-law provisions on obscenity fall within this category.

In the present instance, it is also relevant to note that there were a

number of consistent decisions by the Federal Court on the "publication" of "obscene" items (see paragraph 20 above). These decisions, which were accessible because they had been published and which were followed by the lower courts, supplemented the letter of Article 204 § 1 of the Criminal Code. The applicants' conviction was therefore "prescribed by law" within the meaning of Article 10 § 2 (art. 10-2) of the Convention.

## 2. The legitimacy of the aim pursued

30. The Government contended that the aim of the interference complained of was to protect morals and the rights of others. On the latter point, they relied above all on the reaction of a man and his daughter who visited the "Fri-Art 81" exhibition (see paragraph 12 above).

The Court accepts that Article 204 of the Swiss Criminal Code is designed to protect public morals, and there is no reason to suppose that in applying it in the instant case the Swiss courts had any other objectives that would have been incompatible with the Convention. Moreover, as the Commission pointed out, there is a natural link between protection of morals and protection of the rights of others.

The applicants' conviction consequently had a legitimate aim under Article 10 § 2 (art. 10-2).

## 3. "Necessary in a democratic society"

31. The submissions of those appearing before the Court focused on the question whether the disputed interference was "necessary in a democratic society" for achieving the aforementioned aim.

In the applicants' view, freedom of artistic expression was of such fundamental importance that banning a work or convicting the artist of an offence struck at the very essence of the right guaranteed in Article 10 (art. 10) and had damaging consequences for a democratic society. No doubt the impugned paintings reflected a conception of sexuality that was at odds with the currently prevailing social morality, but, the applicants argued, their symbolical meaning had to be considered, since these were works of art. Freedom of artistic expression would become devoid of substance if paintings like those of Josef Felix Müller could not be shown to people interested in the arts as part of an exhibition of experimental contemporary art.

In the Government's submission, on the other hand, the interference was necessary, having regard in particular to the subject-matter of

the paintings and to the particular circumstances in which they were exhibited.

For similar reasons and irrespective of any assessment of artistic or symbolical merit, the Commission considered that the Swiss courts could reasonably hold that the paintings were obscene and were entitled to find the applicants guilty of an offence under Article 204 of the Criminal Code.

32. The Court has consistently held that in Article 10 § 2 (art. 10-2) the adjective "necessary" implies the existence of a "pressing social need" (see, as the most recent authority, the *Lingens* judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, p. 25, § 39). The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but this goes hand in hand with a European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court (*ibid.*). The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a "restriction" or "penalty" is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10 (art. 10) (*ibid.*).

In exercising its supervisory jurisdiction, the Court cannot confine itself to considering the impugned court decisions in isolation; it must look at them in the light of the case as a whole, including the paintings in question and the context in which they were exhibited. The Court must determine whether the interference at issue was "proportionate to the legitimate aim pursued" and whether the reasons adduced by the Swiss courts to justify it are "relevant and sufficient" (see the same judgment, p. 26, § 40).

33. In this connection, the Court must reiterate that freedom of expression, as secured in paragraph 1 of Article 10 (art. 10-1), constitutes one of the essential foundations of a democratic society, indeed one of the basic conditions for its progress and for the self-fulfilment of the individual. Subject to paragraph 2 (art. 10-2), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any section of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society" (see the *Handyside* judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 23, § 49). Those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society. Hence the obligation on the State not to encroach unduly on their freedom of expression.

34. Artists and those who promote their work are certainly not immune from the possibility of limitations as provided for in paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2). Whoever exercises his freedom of expression undertakes, in accordance with the express terms of that paragraph, "duties and responsibilities"; their scope will depend on his situation and the means he uses (see, *mutatis mutandis*, the Handyside judgment previously cited, p. 23, § 49). In considering whether the penalty was "necessary in a democratic society", the Court cannot overlook this aspect of the matter.

35. The applicants' conviction on the basis of Article 204 of the Swiss Criminal Code was intended to protect morals. Today, as at the time of the Handyside judgment (previously cited, p. 22, § 48), it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era, characterised as it is by a far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them.

36. In the instant case, it must be emphasised that - as the Swiss courts found both at the cantonal level at first instance and on appeal and at the federal level - the paintings in question depict in a crude manner sexual relations, particularly between men and animals (see paragraphs 14, 16 and 18 above). They were painted on the spot - in accordance with the aims of the exhibition, which was meant to be spontaneous - and the general public had free access to them, as the organisers had not imposed any admission charge or any age-limit. Indeed, the paintings were displayed in an exhibition which was unrestrictedly open to - and sought to attract - the public at large.

The Court recognises, as did the Swiss courts, that conceptions of sexual morality have changed in recent years. Nevertheless, having inspected the original paintings, the Court does not find unreasonable the view taken by the Swiss courts that those paintings, with their emphasis on sexuality in some of its crudest forms, were "liable grossly to offend the sense of sexual propriety of persons of ordinary sensitivity" (see paragraph 18 above). In the circumstances, having regard to the margin of appreciation left to them under Article 10 § 2 (art. 10-2), the Swiss courts were entitled to consider it "necessary" for the protection of morals to impose a fine on the applicants for

publishing obscene material.

The applicants claimed that the exhibition of the pictures had not given rise to any public outcry and indeed that the press on the whole was on their side. It may also be true that Josef Felix Müller has been able to exhibit works in a similar vein in other parts of Switzerland and abroad, both before and after the "Fri-Art 81" exhibition (see paragraph 9 above). It does not, however, follow that the applicants' conviction in Fribourg did not, in all the circumstances of the case, respond to a genuine social need, as was affirmed in substance by all three of the Swiss courts which dealt with the case.

37. In conclusion, the disputed measure did not infringe Article 10 (art. 10) of the Convention.

## II. The confiscation of the paintings

### 1. "Prescribed by law"

38. In the applicants' submission, the confiscation of the paintings was not "prescribed by law" for it was contrary to the clear and unambiguous terms of Article 204 § 3 of the Swiss Criminal Code, which lays down that items held to be obscene must be destroyed.

The Government and the Commission rightly referred to the development of Swiss case-law with regard to this provision, beginning with the Federal Court's judgment of 10 May 1963 in the Rey case; since then, where an obscene item is of cultural interest and difficult or impossible to replace, such as a painting, it has been sufficient, in order to satisfy the requirements of Article 204 § 3 of the Criminal Code, to take whatever measures the court considers essential to withhold it from the general public (see paragraph 21 above). In 1982, confiscation was the measure envisaged under the relevant case-law and was as a rule employed for this purpose. Accessible to the public and followed by the lower courts, this case-law has alleviated the harshness of Article 204 § 3. The impugned measure was consequently "prescribed by law" within the meaning of Article 10 § 2 (art. 10-2) of the Convention.

### 2. The legitimacy of the aim pursued

39. The confiscation of the paintings - the persons appearing before the Court were in agreement on this point - was designed to protect public morals by preventing any repetition of the offence with which the applicants were charged. It accordingly had a legitimate

aim under Article 10 § 2 (art. 10-2).

3. "Necessary in a democratic society"

40. Here again, those appearing before the Court concentrated their submissions on the "necessity" of the interference.

The applicants considered the confiscation to be disproportionate in relation to the aim pursued. In their view, the relevant courts could have chosen a less Draconian measure or, in the interests of protecting human rights, could have decided to take no action at all. They claimed that by confiscating the paintings the Fribourg authorities in reality imposed their view of morals on the country as a whole and that this was unacceptable, contradictory and contrary to the Convention, having regard to the well-known diversity of opinions on the subject.

The Government rejected these contentions. In declining to take the drastic measure of destroying the paintings, the Swiss courts took the minimum action necessary. The discharge of the confiscation order on 20 January 1988, which the first applicant could have applied for earlier, clearly showed that the confiscation had not offended the proportionality principle; indeed, it represented an application of it.

The Commission considered the confiscation of the paintings to be disproportionate to the legitimate aim pursued. In its view, the judicial authorities had no power to weigh the conflicting interests involved and order measures less severe than confiscation for an indefinite period.

41. It is clear that notwithstanding the apparently rigid terms of paragraph 3 of Article 204 of the Criminal Code, the case-law of the Federal Court allowed a court which had found certain items to be obscene to order their confiscation as an alternative to destruction. In the present case, it is the former measure which has to be considered under Article 10 § 2 (art. 10-2) of the Convention.

42. A principle of law which is common to the Contracting States allows confiscation of "items whose use has been lawfully adjudged illicit and dangerous to the general interest" (see, *mutatis mutandis*, the Handyside judgment previously cited, Series A no. 24, p. 30, § 63). In the instant case, the purpose was to protect the public from any repetition of the offence.

43. The applicants' conviction responded to a genuine social need

under Article 10 § 2 (art. 10-2) of the Convention (see paragraph 36 above). The same reasons which justified that measure also apply in the view of the Court to the confiscation order made at the same time.

Undoubtedly, as the applicants and the Commission rightly emphasised, a special problem arises where, as in the instant case, the item confiscated is an original painting: on account of the measure taken, the artist can no longer make use of his work in whatever way he might wish. Thus Josef Felix Müller lost, in particular, the opportunity of showing his paintings in places where the demands made by the protection of morals are considered to be less strict than in Fribourg.

It must be pointed out, however, that under case-law going back to the Fahrner case in 1980 and which was subsequently applied in the instant case (see paragraphs 19 and 22 above), it is open to the owner of a confiscated work to apply to the relevant cantonal court to have the confiscation order discharged or varied if the item in question no longer presents any danger or if some other, more lenient, measure would suffice to protect the interests of public morals. In its decision of 20 January 1988, the Sarine District Criminal Court stated that the original confiscation "was not absolute but merely of indeterminate duration, which left room to apply for a reconsideration" (see paragraph 19 above). It granted Mr. Müller's application because "the preventive measure [had] fulfilled its function, namely to ensure that such paintings [were] not exhibited in public again without any precautions" (ibid.).

Admittedly, the first applicant was deprived of his works for nearly eight years, but there was nothing to prevent him from applying earlier to have them returned; the relevant case-law of the Basle Court of Appeal was public and accessible, and, what is more, the Agent of the Government himself drew his attention to it during the Commission's hearing on 6 December 1985; there is no evidence before the Court to show that such an application would have failed.

That being so, and having regard to their margin of appreciation, the Swiss courts were entitled to hold that confiscation of the paintings in issue was "necessary" for the protection of morals.

44. In conclusion, the disputed measure did not infringe Article 10 (art. 10) of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. Holds by six votes to one that the applicants' conviction did not

infringe Article 10 (art. 10) of the Convention;

2. Holds by five votes to two that the confiscation of the paintings did not infringe Article 10 (art. 10) of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 24 May 1988.

Signed: Rolv RYSSDAL  
President

Signed: Marc-André EISSEN  
Registrar

In accordance with Article 51 § 2 (art. 51-2) of the Convention and Rule 52 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) dissenting opinion of Mr. Spielmann;
- (b) partly concurring and partly dissenting opinion of Mr. De Meyer.

Initialled: R.R.

Initialled: M.-A.E.

#### DISSENTING OPINION OF JUDGE SPIELMANN

(Translation)

1. In his separate opinion, Mr. H. Danelius of the Commission stated inter alia as follows:

"In my view, the Commission should have asked whether, taken together, the two measures" [fine and confiscation] "constituted a violation of his right to freedom of expression as protected by Article 10 (art. 10) of the Convention, and my reply would have been that they did."

2. I can only agree with this approach to the question, just as I endorse Mr. Danelius completely when he states:

"I believe Mr. Müller's fine and the fines imposed on the other applicants for exhibiting the three paintings at Fribourg are a more complex matter since the question arises whether there is any real need, in modern society, to punish such expression of artistic



creativity, even though some may find them offensive or even disgusting."

3. However, I do not agree with the following conclusion reached by Mr. Danelius:

"In the end, though, I voted with the rest of the Commission on this matter, wishing to conform to European Court case-law, particularly Handyside. There the Court pointed out that 'it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals' and that the requirements of morals vary 'from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject'. The Court added that 'by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements'."

4. In purely logical terms I find it very difficult to regard the fines imposed as coming within the requirements of Article 10 (art. 10) of the Convention and, on the other hand, to agree with the Commission that the confiscation of the paintings did not comply with the requirements of that Article (art. 10).

5. I believe the two matters are indistinguishable. Either there has been a violation of the Convention both in respect of the fines and the confiscation, or there has been no violation at all.

6. My view is that there has been a violation of Article 10 (art. 10) of the Convention. I will explain this view without drawing any distinction between the fines imposed and the confiscation ordered.

7. A. Prescribed by law

I agree entirely with the finding of the majority of the Court that the convictions and confiscation order were prescribed by law.

8. B. Legitimate nature of the aim

I have no reason to doubt that these decisions had a legitimate aim under Article 10 § 2 (art. 10-2) of the Convention.

9. C. "Necessary in a democratic society"

The majority of the Court recognises "that conceptions of sexual morality have changed in recent years. Nevertheless, having inspected the original paintings, the Court does not find unreasonable the view taken by the Swiss courts that those paintings, with their emphasis on sexuality in some of its crudest forms, were 'liable grossly to offend the sense of sexual propriety of persons of ordinary sensitivity'." Furthermore, this was "an exhibition which was unrestrictedly open to - and sought to attract - the public at large." In the circumstances, having regard to the margin of appreciation left to them under Article 10 § 2 (art. 10-2), [the Swiss courts] were entitled to consider it 'necessary' for the protection of morals to impose a fine on the applicants for publishing obscene material."

As regards the confiscation of the disputed paintings, the majority of the Court also considers that "having regard to the margin of appreciation, the Swiss courts were entitled to hold that confiscation of the paintings in issue was 'necessary' for the protection of morals".

10. I cannot agree with this opinion for the following reasons.

(a) Relativity of the notion of "obscenity"

There are numerous examples in the press, literature and painting which should teach us to be more prudent in this field. Freedom of expression is the rule and interferences by the State, properly justified, must remain the exception.

For example, in 1857, Flaubert was prosecuted for his last novel "Madame Bovary".

In the same year, on 20 August 1857 to be precise, Charles Baudelaire and his publishers were summoned before the same Regional Criminal Court of the Seine. The subject-matter of the proceedings: "Les Fleurs du Mal".

In the context of this case, it is not inappropriate to recall this trial (see appendix).

In my opinion, the Contracting States should take greater account of the notion of the relativity of values in the field of the expression of ideas.

If, of necessity, we may regard State authorities as being in principle in a better position than the international court to give an opinion on the exact content of the requirements of Article 10

(art. 10) of the Convention, it remains unacceptable in a Europe composed of States that the State in question should leave such an assessment to a canton or a municipal authority.

If this were to be the case, it would clearly be impossible for an international court to find any violation of Article 10 (art. 10) as the second paragraph of that Article would always apply (art. 10-2).

(b) "Margin of appreciation" of national authorities

It is not necessary to repeat the Court's case-law in this regard.

I believe however that there are limits to this concept.

Otherwise, many of the guarantees laid down in the Convention might be in danger of remaining a dead letter, at least in practice.

Moreover, can it not be argued that all exaggeration is liable in the short or medium term to lose its significance?

As will be stated below, I do not believe that the notion of "the margin of appreciation" justified the decisions taken by the Swiss authorities as these measures were in no respect necessary in a democratic society.

(c) The criterion of "necessity"

In concluding that the decisions taken were in no respect necessary in a democratic society, I would rely on the following two arguments:

1. Although convicting the applicants in criminal proceedings, the Swiss authorities did not order the destruction of the disputed paintings, despite a formal provision in their criminal code.
2. Although they ordered the confiscation of the disputed paintings, the authorities agreed in 1988 to restore these items.

In other words, can it seriously be argued that what was "necessary" in 1987 is no longer so in 1988, or, what is certainly no longer "necessary" in 1988, was necessary in 1982?

I do not understand this reasoning.

11. In these circumstances, I conclude that there was a violation of Article 10 (art. 10) of the Convention both as regards the fines

imposed and the confiscated - albeit returned - pictures.

## APPENDIX

The "Baudelaire" case : "Les Fleurs du Mal"

On 20 August 1857, the 6th Criminal Chamber of the Seine Regional Court delivered the following judgment:

"The Regional Court,

Whereas Baudelaire, Poulet-Malassis and de Broisse have offended against public morality, imposes a fine of 300 Francs on Baudelaire and 100 Francs each on Poulet-Malassis and de Broisse;

Orders the destruction of documents nos. 20, 30, 39, 80, 81 and 87 in the book of documents ..."

This conviction followed the formal address by the public prosecutor's representative, who cited inter alia the following verses in support of the prosecution case :

"Je suceraï, pour noyer ma rancoeur,  
Le népenthès et la bonne ciguë  
Aux bouts charmants de cette gorge aiguë  
Qui n'a jamais emprisonné de coeur ..."

and also:

"Moi, j'ai la lèvre humide et je sais la science  
De perdre au fond d'un lit l'antique conscience.  
Je sèche tous les pleurs sur mes seins triomphants  
Et fais rire les vieux du rire des enfants.  
Je remplace, pour qui me voit nue et sans voiles,  
La lune, le soleil, le ciel et les étoiles !"

After these quotations, the public prosecutor's representative stated as follows:

"Gentlemen, ..., I say to you: take a stand by your judgment in this case against these growing, unmistakable tendencies, against this unhealthy fever which seeks to paint everything, to write everything and to say everything, as though the crime of offending public morality had been abolished and that morality no longer existed.

Paganism had its shameful manifestations which may be found in the

ruins of the destroyed cities of Pompeii and Herculaneum. However, in the temple and in public places, its statues have a chaste nudity. Its artists follow the cult of plastic beauty; they make harmonious shapes out of the human body and do not depict it as being debased or throbbing in the stranglehold of debauchery; they respected community life.

In our society immersed in Christianity, show at least the same respect."

Baudelaire's defence lawyer, Maître Gustave Chaix d'Est-Ange, stated as follows:

"...

After the title "Les Fleurs du Mal" comes the epigraph: all the author's thinking is there, the entire spirit of the book; it is in a way a second title, more explicit than the first, explaining, commenting and elaborating upon it:

'On dit qu'il faut couler les exécrables choses  
Dans le puits de l'oubli et au sépulchre encloses,  
Et que par les écrits le mal résuscité  
Infectera les mœurs de la postérité;  
Mais le vice n'a point pour mère la science,  
Et la vertu n'est pas mère de l'ignorance.'"

(Th. Agrippa d'Aubigné, les Tragiques, livre II)

Maître Gustave Chaix d'Est-Ange went on to state:

"The intimate thoughts of the author are even more clearly expressed in the first poem which he dedicates to the reader as a warning:

'La sottise, l'erreur, le péché, la lésine,  
Occupent nos esprits et travaillent nos corps.  
Et nous alimentons nos aimables remords,  
Comme les mendiants nourrissent leur vermine.

Nos péchés sont têtus, nos repentirs sont lâches;  
Nous nous faisons payer grassement nos aveux;  
Et nous rentrons gaîment dans le chemin bourbeux,  
Croyant par de vils pleurs laver toutes nos taches.

C'est le Diable qui tient les fils qui nous remuent!  
Aux objets répugnants nous trouvons des appas.

Chaque jour vers l'Enfer nous descendons d'un pas,  
Sans horreur, à travers des ténèbres qui puent."

Baudelaire's lawyer added:

"Gentlemen, change this into prose, delete the rhyme and the caesura, grasp the substance of this powerful and vivid language and the underlying intentions; and tell me if we have ever heard this language being delivered from the Christian pulpit, from the lips of some fiery preacher; tell me if the same thoughts would not be found, perhaps sometimes even the same expressions, in the homilies of some strict and unsophisticated father of the Church".

On 31 May 1949, at the request of the Société des gens de lettres, the Paris Court of Cassation in a decision on the merits, quashed the above-mentioned judgment of the Seine Regional Court on the following grounds:

"Whereas the prohibited poems do not contain any obscene or even rude term and do not exceed the licence which the artist is permitted ...

Whereas accordingly, the crime of offending public morality is not established ...

...

Quashes the judgment of 20 August 1857, restores the good name of Baudelaire, Poulet-Malassis and de Broisse ..."

When Baudelaire's good name was thus restored, he had already been dead more than 80 years.

In legal terms, this was quite simply a miscarriage of justice.

(Source: "Le procès des Fleurs du Mal" - 'Le journal des procès' no. 85, 1986 - Bruxelles, Ed. Justice et Société)

SEPARATE OPINION, PARTLY CONCURRING AND PARTLY  
DISSENTING, OF JUDGE DE  
MEYER

(Translation)

I.

Art, or what claims to be art, certainly falls within the sphere of

freedom of expression.

There is no need at all to try to see it was a vehicle for communicating information or ideas <sup>1</sup>: it may be that but it is doubtful whether it is necessarily so.

---

<sup>1</sup> See paragraph 27 of the judgment.

---

Whilst the right to freedom of expression "shall include" or "includes" the freedom to "seek", to "receive" and to "impart" "information" and "ideas"<sup>2</sup>, it may also include other things. The external manifestation of the human personality may take very different forms which cannot all be made to fit into the categories mentioned above.

---

<sup>2</sup> See Article 10 (art. 10) of the European Convention on Human Rights, Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights.

---

## II.

It is only with some hesitation that I have come to the view that the courts of the defendant State did not infringe the applicants' right to freedom of expression by imposing on them the fines at issue in this case.

That I was finally able to form this view owed much to the fact that the paintings in question were exhibited in rather special circumstances<sup>3</sup>. This factor made it possible for the Swiss courts properly to determine, without going beyond the limits of their discretionary power, that to impose these fines was "necessary in a democratic society".

---

<sup>3</sup> See the first sub-paragraph of paragraph 36 of the judgment.

---

It might have been otherwise if these paintings had been exhibited in other circumstances.

## III.

The particular nature of the circumstances of their exhibition in Fribourg in 1981 leads me, moreover, to believe that it has not been shown that in this case it was necessary to confiscate the paintings.

Rather it seems to me that such confiscation went beyond what could be considered necessary and that the fines were sufficient on their own.

### • Βασικές θέσεις του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου

1. Τονίζεται η σημασία της νομολογιακής διάπλασης των αόριστων νομικών εννοιών. Η νομολογία συμπληρώνει το νόημα του άρθ.204 ελβΠΚ.
2. Το αρθ.204 ελβΠΚ αποσκοπεί στην προστασία της δημόσιας ηθικής, χωρίς να αγνοείται η σύνδεση αυτής της προστασίας με την προστασία των δικαιωμάτων των άλλων πολιτών. Πάντως σημασία έχει η προσβολή της σεξουαλικής ευπρέπειας και η δημιουργία αισθημάτων απέχθειας.
3. Τονίζεται η σχετικότητα της έννοιας του άσεμνου. Οι απόψεις σχετικά με αυτό ποικίλουν τοπικά και χρονικά. « Αντικείμενα, τα οποία αλλού γίνονται αποδεκτά, κάτω από ορισμένες περιστάσεις και σε έναν ορισμένο χρόνο μπορεί να κριθούν σε κάποιο άλλο τόπο ως άσεμνα ».
4. Το ποιο σημαντικό κριτήριο αποτελεί η εκφορά γνώμης ενόψει της συνολικής κατάστασης της υπό κρίση περίπτωσης. Σημαντικό ρόλο παίζει και η ύπαρξη ή μη δημοσιότητας : αν υπάρχει εισιτήριο ή όριο ηλικίας ή αν αντίθετα τα αντικείμενα είναι προσιτά σε όλους.
5. Ιδιαίτερα γόνιμη είναι η παραδοχή ότι η καταδίκη για άσεμνα μπορεί να συνιστά προσβολή της ελευθερίας της έκφρασης στην ιδιαίτερη μορφή της καλλιτεχνικής έκφρασης. Η σύνδεση αυτή καθιστά σαφές ότι η θεμελιώδης αυτή ελευθερία ισχύει και για πληροφορίες ή ιδέες που προκαλούν, σοκάρουν, ή ενοχλούν.

### • Μειωψοφούσα άποψη (δικαστής Spielmann)

Κατά την άποψή του αναφέρεται το ερώτημα αν πραγματικά υπάρχει σε μία σύγχρονη κοινωνία ανάγκη τιμώρησης τέτοιου είδους εκφράσεων καλλιτεχνικής δημιουργικότητας, ακόμα και αν αυτές μπορούν να θεωρηθούν από κάποιους προσβλητικές ή απεχθείς. Εκτιμά ότι παραβιάστηκε και με την καταδίκη του και με την προσβολή, τις οποίες αντιμετωπίζει ενιαία, το αρθ.10 Ε.Σ.Δ.Α. ενώ αποδέχεται την πρόβλεψη από το νόμο και την επιδίωξη νόμιμου σκοπού, δεν συμφωνεί ως προς την ύπαρξη αναγκαιότητας σε μία δημοκρατική κοινωνία. Κάνοντας μνεία των δικών κατά του Flaubert και του Baudelaire υπογραμμίζει τη σχετικότητα των αξιών στο πεδίο της έκφρασης ιδεών. Υποστηρίζει τον περιορισμό του εκτιμητικού περιθωρίου που αφήνεται στα συμβαλλόμενα μέρη και επισημαίνει κάποιες αντιφάσεις των ελβετικών δικαστηρίων :Καταδικάζοντας τους προσφεύγοντες οι ελβετικές αρχές δεν διέταξαν και την καταστροφή των επίμαχων πινάκων, παρόλη τη σχετική πρόβλεψη του Ποινικού Κώδικα.



## Νομολογία

Εφαθ	117/1954, ΠοινΧρ Δ', σελ. 193-194
Εφαθ	6518/1969, ΠοινΧρ Κ', σελ. 373 επ.
ΤριμΕφΘες	1178/1972, ΠοινΧρ ΚΒ', σελ. 796 επ.
ΑΠ	219/1975, ΠοινΧρ ΚΕ', σελ. 578 επ
ΑΠ	233/1978, ΝοΒ 1978, σελ. 547 επ.
ΠλημΑθ	2435/1978, ΠοινΧρ ΚΗ', σελ. 828 επ.
ΠλημΑθ	12654/1978, ΠοινΧρ ΚΗ', σελ. 639 επ.
Εφαθ	8098/1979, ΠοινΧρ ΚΘ', σελ. 900 επ.
ΑΠ	546/1983, ΝοΒ 1983, σελ. 714 επ.
ΤριμΠλημΘες	1760/1983, Αρμ 1983, σελ. 986 επ.
ΣτΕ	2112/1984, ΤοΣ 1985, σελ. 63 επ.
ΠλημΛαρ	3654/1986, ΠοινΧρ ΛΣΤ', σελ. 950 επ.
ΑΠ	1216/1987, ΠοινΧρ ΛΗ', σελ. 40-41
ΜΡrAu	17115/1988, ΕΙΙD/nh,30(1989), sel. 1375 επ.
ΣτΕ	1043/1989, ΤοΣ 1989, σελ. 308 επ.
ΒουλΠλημΘες	2058/1993, Αρμ 1994, σελ. 209 επ
ΠλημΑθ	4959/1994, ΠοινΧρ ΜΕ', σελ. 492 επ.
ΜονΠρΑθ.	5208/2000, ΤοΣ 2000, σελ. 572 επ.

## Βιβλιογραφία

- Ανδρουλάκης Ν. Α. :** «Ποινικό Δίκαιο – Γενικό Μέρος»  
εκδ. Α. Ν. Σάκκουλα
- του ιδίου:** «Άσεμνο και Ποινή σήμερα»  
Ποιν.Χρ. ΛΓ' σελ.209 επ.
- Βλαγόπουλος Σπ.:** «Η ελευθερία ης Τέχνης: τα όρια ενός ανεπιφύλακτου  
δικαιώματος», ΔτΑ. 1999
- Γάφος Η. :** «Η επιβολή της θρησκευτικής ειρήνης εις του ημέτριου κώδικα»,  
Ποιν.Χρ., σελ.36 επ.
- Λαγτόγλου Π. Δ.:** «Ατομικά Δικαιώματα»  
εκδ. Α. Ν. Σάκκουλα, 1991
- Δημητρόπουλος Α.:** «Γενική Συνταγματική Θεωρία»  
Αθήνα, 2001
- του ιδίου:** «Συνταγματικά Δικαιώματα»  
Αθήνα, 2004
- Δούβας Γ. Μ.:** «Επιβολή θρησκευτικής ειρήνης»  
ΝοΒ, 1991, σελ.481 επ.
- Έρεμπουργκ Η.:** «Τέχνη και Αισθητική», εκδ. Πανεκδοτική
- Θεοδόσης Γ.:** «Η ελευθερία της Τέχνης»  
εκδ. Καστανιώτη, 2000
- Καλλινίκου Δ.:** «Πνευματική Ιδιοκτησία»  
εκδ. Α. Ν. Σάκκουλα, 2000

- Καμίνης Γ.:** «Παρατηρήσεις επί του 17115/1989 ΜΠρΑθ»  
ΕφΔΔ 1989, σελ.226 επ.
- Κατσαντώνης Α.:** «Ανεκταί προσβολαί της τιμής κατ' άρθρο 367 ΠΚ και ο ακυρωτικός έλεγχος», Ποιν.Χρ. ΚΑ', σελ.609 επ.
- Κόρσος Δ.:** «Η ελευθερία της Τέχνης, της επιστημονικής ερεύνης και της διδασκαλίας κατά το Σχέδιον του νέου Συντάγματος»  
ΕπιθΔημΔιοικΔικ 1975, σελ.120
- του ιδίου:** «Το νομικόν όριον της ελευθερίας της Τέχνης»  
Σύμμεικτα εις μνήμην Μ. Δένδια, 1978, σελ.127 επ.
- Κουτσούκου Κ.**  
**Βαγιωνάκη Κ.:** «Νομικοί προβληματισμοί σχετικά με το αρθ.16 παρ.1 του Συντάγματος», ΕφΔΔ 2001, σελ.112
- Κρίππας Η.:** «Το έγκλημα της κακοβούλου βλασφημίας»  
Ποιν.Χρ. ΚΕ', σελ.458 επ.
- του ιδίου:** «Επιστολές προς τη Διεύθυνση»  
Αρμ. 1995, σελ.714 επ.
- Κωσταράς Γ. Φ.:** «Φιλοσοφική Προπαίδεια», Αθήνα 2000
- Λένιν Β. Ι.:** «Για την Λογοτεχνία και την Τέχνη»  
εκδ. Αναγνωσθήδη
- Μάνεσης Αρ.:** «Αι Εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος»  
τομ.Ι 1956, τομ.ΙΙ 1960
- του ιδίου:** «Συνταγματικά Δικαιώματα: Ατομικές Ελευθερίες»  
εκδ. Α. Ν. Σάκκουλα, 1982
- του ιδίου:** «Συνταγματική προστασία της ακαδημαϊκής ελευθερίας», ο Πολίτης, 1977, σελ.736 επ.

- Μαυριάς Κ.** «Συνταγματικά Κείμενα ελληνικά και ξένα»  
**Παντελής Α.:** εκδ. Α. Ν. Σάκκουλα
- Μίντσης Γ.:** «Γνωμοδότης για τις ισχύουσες περί κινηματογράφου διατάξεις», Αρμ. 1994, σελ.639 επ.
- Μυλωνάς Ιππ.:** «Η υπόθεση Müller – Μια άποψη του Ευρ.ΔΔΑ για τα άσεμνα – Σημείο αναφοράς για την ελληνική νομολογία»  
Ποιν.Χρ. 1991, σελ.772 επ.
- Πελεγρίνης Θ. Ν.:** «Οι 5 εποχές της Φιλοσοφίας»
- Ράικος Α.:** «Παραδόσεις Συνταγματικού Δικαίου»  
εκδ. Α. Ν. Σάκκουλα, 1975
- του ιδίου:** «Θεμελιώδη Δικαιώματα»  
εκδ. Α. Ν. Σάκκουλα, 1975
- Ρούκουνας Εμμ.:** «Διεθνής Προστασία Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων»  
εκδ. Βιβλιοπωλείο της Εστίας, 1995
- Σκουρής Β.:** «Μια ελευθερία υπό τον άμεσο έλεγχο του Κράτους»  
ΕΕΕυρΔ 1989, σελ.193 επ.
- Σπινέλλης Δ.:** «Εγκλήματα κατά της τιμής»  
(Πανεπιστημιακές παραδόσεις)  
εκδ. Α. Ν. Σάκκουλα, 1982
- του ιδίου:** «Περί ασέμων δημοσιευμάτων»  
Ποιν.Χρ. 1970, σελ.496 επ.
- Στασινόπουλος Μ.:** «Η ελευθερία γνώμης των καθηγητών των ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων», ΕΔΔΔ 1957
- Σπαθάρης Δ.:** «Το αρθ.198 του Ποινικού Κώδικα»  
Αρμ. 1988, σελ.95 επ.

- Σιδέρης Δ.:** «Άσεμνα Θάματα και Κινηματογράφος»  
Αρμ. 1984, σελ.97 επ.
- Τσακουράκης Σ.:** «Η ελευθερία του λόγου στις Η.Π.Α.»  
εκδ. Α. Ν. Σάκκουλα
- Τσάτσος Δ. Θ.:** «Συνταγματικό Δίκαιο» (τομ.Ι κ' ΙΙ)
- του ιδίου:** «Θεμελιώδη Δικαιώματα»  
εκδ. Α. Ν. Σάκκουλα, 1994
- Χάιντεγκερ Μ.:** «Η προέλευση του έργου Τέχνης»  
εκδ. Δωδώνη, 1986
- Χέγκελ Γκ. Β. Φ.:** «Αισθητική», εκδ. Αναγνωσθήδη
- Χουβαρδάς Γ.:** «Η ελευθερία της διδασκαλίας της Τέχνης και της Επιστήμης  
και η συμμετοχή των φοιτητών»  
Βιβλιοθήκη Ιστορικού, πδ.17, 1977
- Χρήστου Χ.:** «Η ζωγραφική του 20ου αι.»  
εκδ. Βάνιας, Θεσ/νίκη, 1991
- Χρυσόγονος Κ. Χ.:** «Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα»  
εκδ. Α. Ν. Σάκκουλα, 2002

## Ηλεκτρονική Βιβλιογραφία

<http://www.kunstfreiheit.com/index.htm>

<http://www.freedomofart.ko.com>

<http://grundgesetz.com>

<http://www.law.uoa.gr/~adimitrop>