

Η ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΤΗΣ ΤΕΧΝΗΣ

- Τα όρια ενός ανεπιφύλακτου ατομικού δικαιώματος -

(δημοσίευση στο περιοδικό «Δικαιώματα του Ανθρώπου» 1\1999 , σελ. 73 επ)

Σπύρου Βλαχόπουλου

Δικηγόρου , Λέκτορας της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Αθηνών

Διάγραμμα

- I. Εισαγωγικές παρατηρήσεις.
- II. Το προστατευόμενο πεδίο της ελευθερίας της τέχνης.
 - A. Ο ορισμός της τέχνης.
 - B. Οι προστατευόμενες πράξεις.
 - 1. Η προστασία της παραγωγής και της διάδοσης του καλλιτεχνικού έργου.
 - 2. Οι μη προστατευόμενες πράξεις.
- III. Οι περιορισμοί της ελευθερίας της τέχνης.
 - A. Τα συνταγματικώς προστατευόμενα έννομα αγαθά ως όρια της ελευθερίας της τέχνης.
 - B. Η λύση της σύγκρουσης.
 - 1. Η λύση της σύγκρουσης από το νομοθέτη.
 - 2. Η λύση της σύγκρουσης από τον εφαρμοστή του δικαίου.
- IV. Διαδικαστικές όψεις των περιορισμών της ελευθερίας της τέχνης.
- V. Συμπερασματικές παρατηρήσεις.

I. Εισαγωγικές παρατηρήσεις.

Κάθε φορά που ο ερμηνευτής ή ο εφαρμοστής του δικαίου καλείται να αποφανθεί για τη δυνατότητα εφαρμογής μίας νομοθετικής διάταξης , η οποία περιορίζει την άσκηση ενός χωρίς νομοθετική επιφύλαξη¹ ατομικού δικαιώματος , βρίσκεται προ του ακόλουθου (φαινομενικού , όπως θα αναπτυχθεί στη συνέχεια) αδιεξόδου : Από τη μία , το γράμμα του Συντάγματος κατοχυρώνει το ατομικό δικαίωμα χωρίς παράλληλα να εξουσιοδοτεί το νομοθέτη για την θέσπιση περιορισμών , γεγονός που φαίνεται να αποκλείει a priori τη δυνατότητα συναγωγής οποιουδήποτε είδους περιορισμών κατά την άσκηση του ατομικού δικαιώματος . Από την άλλη , η εφαρμογή κάποιων - έστω και στοιχειωδών - περιορισμών αποτελεί αδήριτη αναγκαιότητα , από την οποία δεν μπορεί να αποστεί κανείς χωρίς να θέσει σε κίνδυνο τα θεμέλια της κοινωνικής συμβίωσης . Το σχολικό (και ακραίο) παράδειγμα της θανάτωσης ανθρώπων για λόγους επιστημονικής έρευνας επιβεβαιώνει τ' ανωτέρω . Ναι μεν η επιστημονική ελευθερία κατοχυρώνεται συνταγματικά και , μάλιστα , χωρίς νομοθετική επιφύλαξη (άρθρο 16 παρ. 1 Σ) , το ατομικό αυτό δικαίωμα δεν παρέχει , όμως , τη δυνατότητα αφαίρεσης της

¹ Για την έννοια της επιφύλαξης του νόμου και τις ειδικότερες διακρίσεις του βλ., αντί άλλων , Α. Παντελή , Ζητήματα συνταγματικών επιφυλάξεων , 1984 , σελ. 21 επ. και Γ. Βλάχου , Η «επιφύλαξη του νόμου» και τα θεμελιώδη δικαιώματα στο ελληνικό Σύνταγμα της 11^{ης} Ιουνίου 1975 , ΕΔΔ 1982 , σελ. 281 επ.

ανθρώπινης ζωής . Προκύπτει , συνεπώς , η ανάγκη οριοθέτησης και δογματικής θεμελίωσης των περιορισμών των χωρίς επιφύλαξη ατομικών δικαιωμάτων.

Η «αμηχανία» του ερμηνευτή και εφαρμοστή του δικαίου αυξάνεται , όταν το ζήτημα των περιορισμών των ανεπιφύλακτων ατομικών δικαιωμάτων τίθεται στο πλαίσιο της ελευθερίας της τέχνης , η οποία κατοχυρώνεται από τη διάταξη του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ : «*Η τέχνη και η επιστήμη , η έρευνα και η διδασκαλία είναι ελεύθερες η ανάπτυξη και η προαγωγή τους αποτελεί υποχρέωση του Κράτους*». Δεν υπάρχει , ίσως , κανένα πεδίο της ανθρώπινης δραστηριότητας , το οποίο να εμφανίζει μεγαλύτερη δυσκολία ορισμού και ένταξής του σε νομικό πλαίσιο απ' ό,τι αυτό της τέχνης . Πέραν τούτου , ο νομικός καλείται να οριοθετήσει τα όρια άσκησης μίας ανθρώπινης δραστηριότητας , το κύριο χαρακτηριστικό της οποίας έγκειται στην υπέρβαση όχι μόνο των καθιερωμένων κοινωνικών κανόνων αλλά και των ισχυόντων κανόνων δικαίου . Δεν πρέπει , συνεπώς , να εκπλήσσει το γεγονός ότι το ατομικό δικαίωμα της ελευθερίας της τέχνης εξακολουθεί ακόμη και σήμερα - είκοσι τρία ολόκληρα χρόνια μετά την έναρξη ισχύος του Συντάγματος 1975/86 - να αποτελεί terra incognita για την επιστήμη του ελληνικού δημοσίου δικαίου . Η θεωρία ελάχιστα έχει ασχοληθεί με την προβληματική του ατομικού αυτού δικαιώματος² , ενώ το ίδιο ισχύει και για τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων³ . Αλλά και τα δικαστήρια της ποινικής δικαιοδοσίας δεν έχουν προβεί σε δογματική ανάλυση του κανονιστικού περιεχομένου της διάταξης του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ , παρά το γεγονός ότι ο ποινικός κολασμός της κυκλοφορίας άσεμνων εντύπων προϋποθέτει την κρίση ότι το εκάστοτε έντυπο δεν συνιστά καλλιτεχνικό έργο κατά τη διάταξη του άρθρου 30 του ν. 5060/1931⁴ ,⁵ .

² Βλ. τις μελέτες των Δ. Κόρσου , Η ελευθερία της τέχνης , της επιστημονικής έρευνας και της διδασκαλίας κατά το σχέδιον του νέου Συντάγματος , ΕΔΔ 1975 , σελ. 117 επ. , *Του ιδίου* , Το νομικόν όριον της ελευθερίας της τέχνης (Απόφασις Mephisto του Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου) , Melanges a la Memoire de Michel Dendias , 1978 , σελ. 127 επ. και Β. Σκουρή , Η ελευθερία της διαφήμισης , 1991 , σελ. 30 επ. , 48 επ. και 167 επ. Βλ. επίσης και τις αναπτύξεις των Π. Δαγτόγλου , Ατομικά δικαιώματα , τόμ. Α' , 1991 , αρ. 915 επ. και Κ. Χρυσόγονου , Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα , 1998 , σελ. 265 επ.

³ Βλ. ΣτΕ 2568/1981 . Υπάρχουν και περιπτώσεις όπου το Συμβούλιο της Επικρατείας έκρινε τη συνταγματικότητα μίας νομοθετικής ρύθμισης όχι επί τη βάσει της διάταξης του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ αλλά επί τη βάσει άλλης συνταγματικής διάταξης , παρά το γεγονός ότι το αντικείμενο της δίκης σχετιζόταν άμεσα με το ατομικό δικαίωμα της ελευθερίας της τέχνης . Βλ. την ΣτΕ 2112/1984 (ΤοΣ 1985 , σελ. 63 επ.) , με την οποία κρίθηκε ότι οι ρυθμίσεις του ν. 1218/1981 (που κατ' ουσίαν απαγόρευσαν στους μη πτυχιούχους αγιογράφους να ασκήσουν το επάγγελμά τους) αντίκεινται στη διάταξη του άρθρου 5 παρ. 1 Σ (χωρίς αναφορά στη διάταξη του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ) .

⁴ Για τη διάταξη αυτή βλ. κατωτέρω , υπό III Β 1. Τα ποινικά δικαστήρια επικεντρώνουν την προβληματική τους στην έννοια του άσεμνου και στην συντριπτική πλειοψηφία των περιπτώσεων αρκούνται στην ατεκμηρίωτη διαπίστωση ότι το υπό κρίση έργο δεν φέρει καλλιτεχνική ιδιότητα . Σε ελάχιστες αποφάσεις των ποινικών δικαστηρίων απαντώνται αναλυτικές (αλλά και αμφίβολης ορθότητας) αναπτύξεις για τον ορισμό της τέχνης . Βλ. , ενδεικτικά , ΕφΘεσσαλ 1178/1972 (ΠοινΧρον 1972 , σελ. 796 επ.) και ΠλημμΛαρ 3654/1986 (ΠοινΧρον 1986 , σελ. 950 επ. με παρατηρήσεις Ι. Γιαννίδη) .

⁵ Αλλά και τα πολιτικά δικαστήρια δεν αντιπαρατίθεται με την προβληματική της ελευθερίας της τέχνης , ακόμα και όταν η καλλιτεχνική ιδιότητα του κρινόμενου έργου τελεί πέραν πάσης αμφισβήτησης . Βλ. την ΜονΠρωτΑθ 17115/1988 (Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου , 1989 , σελ. 216 επ. με παρατηρήσεις Γ. Καμίνη) , η οποία αναφέρεται στην ταινία του Μάρτιν Σκορτσέζε «Ο τελευταίος πειρασμός» .

II. Το προστατευόμενο πεδίο της ελευθερίας της τέχνης.

Το γεγονός ότι ένα ατομικό δικαίωμα κατοχυρώνεται συνταγματικά χωρίς νομοθετική επιφύλαξη, δεν σημαίνει ταυτόχρονα ότι είναι και «απεριόριστο». Κάθε ατομικό δικαίωμα εμφανίζει ένα προστατευόμενο πεδίο (Schutzbereich)⁶ ή - κατ' άλλη έκφραση - ένα πεδίο εφαρμογής, το οποίο καλύπτει ορισμένες μόνον εκφάνσεις της ανθρώπινης δραστηριότητας. Από την άποψη αυτή, κάθε ατομικό δικαίωμα (με ή χωρίς νομοθετική επιφύλαξη) έχει κάποια όρια, ακόμη και αν γίνει δεκτή η άποψη ότι δεν μπορεί να περιορισθεί από άλλες συνταγματικές ή τις κείμενες νομοθετικές διατάξεις που συγκρούονται στην συγκεκριμένη περίπτωση με αυτό. Στο πρώτο μέρος της μελέτης θα επιχειρηθεί, συνεπώς, η οριοθέτηση του προστατευόμενου πεδίου της ελευθερίας της τέχνης.

A. Ο ορισμός της τέχνης.

Η πρώτη δυσχέρεια, με την οποία έρχεται αντιμέτωπος ο νομικός κατά την προσπάθεια οριοθέτησης του προστατευόμενου πεδίου της διάταξης του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ, έγκειται στην δυσκολία ορισμού του φαινομένου «τέχνη»⁷. Γενικά αποδεκτός ορισμός που να καλύπτει με πληρότητα όλες τις μορφές της τέχνης δεν υπάρχει και - κατά την ορθότερη άποψη - δεν μπορεί να υπάρξει λόγω του πολυδιάστατου και δυναμικού χαρακτήρα της τέχνης. Η ανασφάλεια αυτή αντικατατοπτρίζεται με όλη της την ενάργεια στον ακόλουθο χαρακτηριστικό τίτλο ενός βιβλίου που κυκλοφόρησε στη Γερμανία: «*Τι είναι τέχνη; 1080 ορισμοί δίνουν 1080 απαντήσεις*»⁸.

Η αδυναμία εύρεσης ενός γενικά αποδεκτού ορισμού της τέχνης, αφενός, και η αναγκαιότητα διακρίβωσης του εάν ένα συγκεκριμένο έργο συνιστά τέχνη (προκειμένου να κριθεί αν υπάγεται στο προστατευόμενο πεδίο της διάταξης του

⁶ Για την έννοια του προστατευόμενου πεδίου και τη διάκρισή του από τους περιορισμούς του ατομικού δικαιώματος βλ., αντί άλλων, Δ. Τσάτσου, Συνταγματικό δίκαιο, τόμ. Γ' (Θεμελιώδη δικαιώματα) 1988, σελ. 221 επ., P. Lerche, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprüfung und Grundrechtseingriff, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, τόμ. V, 1992, Κεφ. 121.

⁷ Στη θεωρία έχει αμφισβητηθεί έντονα εάν η ελευθερία της τέχνης επιτρέπει τον ορισμό της τέχνης ή εάν, αντίθετα, το νόημα του ατομικού αυτού δικαιώματος έγκειται ακριβώς στην απαγόρευση ενός τέτοιου ορισμού. Βλ., ενδεικτικά από την ελληνική βιβλιογραφία Β. Σκουρή, Μία ελευθερία υπό τον άμεσο έλεγχο του Κράτους, ΕΕΕυρΔ 1989, σελ. 193 [202 υποσ. 19]: «*Η συνταγματική καθιέρωση της ελευθερίας της τέχνης θέτει το μείζον ερώτημα αν μπορεί και αν πρέπει να ορίσουμε εκείνη την «τέχνη» που δικαιούται της συνταγματικής προστασίας. Το πρόβλημα έγκειται στο γεγονός ότι κάθε ορισμός της τέχνης ενδέχεται να περιέχει αξιολογήσεις και να τοποθετεί εκτός του άρθρου 16 φαινόμενα, σύμβολα και αντικείμενα, για τα οποία οι δημιουργοί τους διατείνονται και διεκδικούν ότι συνιστούν τέχνη*». Ο ορισμός, όμως, της τέχνης όχι μόνον δεν απαγορεύεται από τη διάταξη του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ, αλλά αποτελεί και επιταγή της συνταγματικής αυτής διάταξης, αφού ό,τι δεν μπορεί να ορισθεί, δεν μπορεί και να προστατευθεί. Άλλο, βεβαίως, το ζήτημα, ότι κατά τον ορισμό της τέχνης δεν επιτρέπεται να παρεισφρύνουν ποιοτικά κριτήρια (βλ. παρακάτω, στο κείμενο).

⁸ A. Mäckler, Was ist Kunst? 1080 Zitate geben 1080 Antworten. Σύμφωνα, επίσης, με όσα αναφέρει ο G. Erbel, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, 1966, σελ. 1, όταν ρωτήθηκε ο Picasso τι είναι τέχνη, αυτός απάντησε ότι δεν γνωρίζει και ότι αν το γνώριζε θα το κρατούσε μυστικό.

άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ) , αφετέρου , οδήγησαν στη διατύπωση διάφορων θεωριών, κοινή συνιστώσα των οποίων αποτελεί η παράκαμψη της προσπάθειας ορισμού της τέχνης . Ενδεικτικά αναφέρεται η ακόλουθη θέση , η οποία διατυπώθηκε στην ελληνική νομική θεωρία : « *Ως έργο ... τέχνης ... οφείλει να θεωρηθεί καταρχήν ο,τιδήποτε ο ίδιος ο δημιουργός του θεωρεί ως τέτοιο , εκτός αν τούτο έρχεται σε προφανή αντίθεση προς τις κρατούσες κοινωνικές αντιλήψεις*»⁹. Η θέση , όμως , αυτή δεν μπορεί να γίνει δεκτή , όχι μόνον επειδή στην ιστορία της τέχνης απαντάται πληθώρα έργων , οι δημιουργοί των οποίων δεν τους αναγνώριζαν καμία καλλιτεχνική ιδιότητα ¹⁰ , αλλά , κυρίως , επειδή κατ' αυτόν τον τρόπο γεννάται ο κίνδυνος υπέρμετρης επέκτασης του πεδίου εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ μέχρι του σημείου να απωλέσει αυτή κάθε κανονιστικό περιεχόμενο : Ο καθένας θα είναι πρόθυμος να επικαλεσθεί την καλλιτεχνική ιδιότητα του δημιουργήματός του , προκειμένου να τύχει της «αυξημένης» συνταγματικής προστασίας του ατομικού δικαιώματος της ελευθερίας της τέχνης¹¹ . Τον κίνδυνο αυτό αναγνωρίζει εμμέσως και η εν λόγω θέση και έτσι τίθεται ως ασφαλιστική δικλείδα η μη προφανής αντίθεση της αντίληψης του δημιουργού περί της καλλιτεχνικής ιδιότητας του έργου του στις κρατούσες κοινωνικές αντιλήψεις . Πέρα, όμως , από τη δυσκολία διακρίβωσης των κυρίαρχων κοινωνικών αντιλήψεων σε μία πλουραλιστική κοινωνία¹² , η θέση αυτή παραβλέπει ότι κανένα καλλιτεχνικό είδος κατά τα πρώτα στάδια της εμφάνισής του δεν αναγνωριζόταν από την κοινωνία ως τέτοιο , με αποτέλεσμα η εν λόγω άποψη να καθιστά κατ' ουσίαν απαγορευτική την εμφάνιση νέων καλλιτεχνικών ειδών και να αναιρεί κατ' αυτόν τον τρόπο μία από τις κυριότερες λειτουργίες της ελευθερίας της τέχνης . Και όλα αυτά πέρα , βέβαια , από το γεγονός ότι - σε αντίθεση με μία ευρέως διαδεμένη αντίθετη άποψη - ο κυριότερος κίνδυνος για την ελευθερία της τέχνης δεν πηγάζει από το Κράτος , αλλά από την ίδια

⁹ Κ. Χρυσόγονου , Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα , όπ. παρ., σελ. 266 επ. Αντίστοιχες απόψεις έχουν διατυπωθεί και στη γερμανική νομική επιστήμη . Βλ. P. Bär , Die verfassungsrechtliche Filmfreiheit und ihre Grenzen , 1984 , σελ. 135 επ., I. v. Münch , in : v. Münch , GG - Kommentar , τόμ. I , 3^η έκδ., 1985 , Art. 5 Rn. 60 , A. Bleckmann , Staatsrecht II - Die Grundrechte , 3^η έκδ., 1989 , σελ. 742.

¹⁰ Ως παράδειγμα μπορούν να αναφερθούν επιστολές και ημερολόγια , οι δημιουργοί των οποίων δεν είχαν καμία καλλιτεχνική πρόθεση και τα οποία , ωστόσο , αναγνωρίθηκαν μεταγενεστέρως ως καλλιτεχνικά έργα .

¹¹ Ομοίως και το Γερμανικό Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο για την περίπτωση της επιστημονικής ελευθερίας : « *Denn die Einordnung unter die Wissenschaftsfreiheit ... kann nicht allein von der Beurteilung desjenigen abhängen , der das Grundrecht für sich in Anspruch nimmt* » (BVerfG , NJW 1994 , σελ. 1781 [1782]) . Για το γενικότερο ζήτημα της επιρροής , την οποία μπορεί να ασκήσει η ίδια αντίληψη του φορέα του ατομικού δικαιώματος κατά την ερμηνεία του τελευταίου , βλ., αντί άλλων , την κλασσική μελέτη του J. Isensee , Wer definiert die Freiheitsrechte ? Selbstverständnis der Grundrechtsträger und Grundrechtsauslegung des Staates , 1980.

¹² Πρβλ. Δ. Κόρσου , Το νομικόν όριον της ελευθερίας της τέχνης , όπ. παρ., σελ. 142: «*Ολοι αι εν λόγω κινήσεις (υπερρεαλισμός εις την ποίησιν , κυβισμός εις την ζωγραφικήν... , υποστηρικθείσαι και λόγω και έργω και δη και με το έργον του André Breton , του Paul Eluard , του Luis Aragon , του Pablo Picasso , του F. Leger , του G. Braque και πολλών άλλων , παρ' ημίν δε με τον έργον κυρίως του Ανδρέα Εμπειρίκου , του Νίκου Εγγονόπουλου και από κοντά του Οδυσσέα Ελύτη , και από κάποιαν απόστασιν του Γιώργου Σεφέρη , όλαι ... αι κινήσεις αυταί συνήντησαν εις το πρώτον αυτών στάδιον και κατά την πρώτην αυτών εμφάνισιν την χλεύην και το σκόμμα ή τας θεωρητικάς αντιρρήσεις όχι μόνον του μέσου , έστω και ορθώς διαλογιζόμενου ανθρώπου , αλλ' αυτόχρομα πολλών της εποχής εκείνης πνευματικών ανθρώπων*».

την κοινωνία : Είναι σπάνιες οι περιπτώσεις εκείνες , κατά τις οποίες η κρατική εξουσία επενέβη περιοριστικά στην ελευθερία της καλλιτεχνικής έκφρασης χωρίς η επέμβαση αυτή να αποτελεί αίτημα της κοινωνίας ή ορισμένης κοινωνικής ομάδας¹³ .

Κατά συνέπεια , ούτε η αντίληψη του ίδιου του δημιουργού του έργου ούτε οι κρατούσες κοινωνικές αντιλήψεις ούτε άλλες συναφείς θέσεις (λ.χ. η κρίση των «ειδικών»¹⁴) μπορούν να «απελευθερώσουν» τον νομικό από την αναγκαιότητα εύρεσης γενικών κριτηρίων για την διαπίστωση της καλλιτεχνικής ιδιότητας του κάθε συγκεκριμένου έργου (έστω και αν τα κριτήρια αυτά δεν μπορούν να λάβουν τη μορφή ενός κλασσικού νομικού ορισμού με απαιτήσεις πληρότητας) .

Ένα τέτοιο κριτήριο θα μπορούσε να αποτελέσει , καταρχήν , η ένταξη του εκάστοτε έργου σε ένα καλλιτεχνικό είδος . Ετσι , σύμφωνα με μία άποψη (που έχει υποστηριχθεί ευρέως στη γερμανική νομική θεωρία¹⁵) , ως τέχνη θα πρέπει να χαρακτηριστεί κάθε έργο , το οποίο φέρει τα τυπικά γνωρίσματα ενός καλλιτεχνικού είδους (λ.χ. θεατρικού έργου , ποιήματος , διηγήματος , κινηματογραφικής ταινίας , γλυπτού κλπ) . Παρά τα αναμφισβήτητα θετικά στοιχεία (αποσύνδεση από ποιοτικά

¹³ Βλ. την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων , η οποία υποβλήθηκε από ομάδα πολιτών κατά της ταινίας «Ο τελευταίος πειρασμός» και επί της οποίας εκδόθηκε η ΜονΠρωτΑθ 17115/1988 (Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου , 1989 , σελ. 216 επ.) . Μία προσεκτικότερη ανάγνωση των αποφάσεων των ποινικών δικαστηρίων φανερώνει επίσης ότι στις περισσότερες των περιπτώσεων όπου ασκήθηκε ποινική δίωξη για παράβαση της διάταξης του άρθρου 29 του ν. 5060/1931 περί άσεων εντύπων ή της διάταξης του άρθρου 199 ΠΚ περί καθύβρισης θρησκευμάτων , αυτό συνέβη ύστερα από μηνυτήριες αναφορές πολιτών . Βλ. ενδεικτικά την ΠλημΜθεσσαλ 2058/1993 , η οποία αναφέρεται στην ταινία του Ντενίς Αρκάν « Ο Ιησούς του Μόντρεαλ» .

¹⁴ Η άποψη των ειδικών της τέχνης (π.χ. αναγνωρισμένες καλλιτεχνικές προσωπικότητες , τεχνοκριτικοί , ιστορικοί της τέχνης κλπ.) δεν μπορεί να αποτελέσει ασφαλές κριτήριο για τη διάγνωση της καλλιτεχνικής ιδιότητας ενός έργου , δεδομένου ότι ούτε και στους κύκλους αυτούς επικρατεί ομοφωνία ως προς το τι είναι τέχνη . Κατά κανόνα, θα υπάρχουν τόσο εκείνοι οι ειδικοί , οι οποίοι θα αποδέχονται τον καλλιτεχνικό χαρακτήρα του εκάστοτε έργου , όσο και οι ειδικοί , οι οποίοι θα υποστηρίζουν την ακριβώς αντίθετη άποψη ως προς το ίδιο έργο . Ως εκ τούτου , η θέση , σύμφωνα με την οποία η διαπίστωση της καλλιτεχνικής ιδιότητας του έργου θα πρέπει να λάβει χώρα - κατά τρόπο δεσμευτικό για τη διοίκηση ή το δικαστή - από κάποιο ειδικό στα θέματα της τέχνης (έτσι λ.χ. οι *T. Württenberger* , *Vom strafrechtlichen Kunstbegriff* , in : *Festschrift für E. Dreher* , σελ. 79 [88] και *M. Schick* , *Kunstwerkgarantie und Strafrecht* , 1968 , σελ. 129 επ.) , απλώς μεταθέτει το πρόβλημα στο ποιος ειδικός θα κληθεί να κρίνει το κάθε συγκεκριμένο έργο . Και όλα αυτά , πέρα από το γεγονός ότι πολλά από τα αναγνωρισμένα σήμερα καλλιτεχνικά είδη είχαν προσκρούσει - κατά την αρχική τους εμφάνιση - στην έντονη πολεμική των ειδικών της τέχνης και της καλλιτεχνικής κοινότητας (βλ. και *Δ. Κόρσου* , Το νομικόν όριον της ελευθερίας της τέχνης , όπ. παρ. , σελ. 142) , ενδεχομένως και για λόγους που σχετίζονται με τα οικονομικά συμφέροντα των καθιερωμένων καλλιτεχνικών κύκλων . Οι ανωτέρω αναπτύξεις δεν έχουν , βέβαια , το νόημα ότι απαγορεύεται στον εφαρμοστή του δικαίου να αποτανθεί στους εν λόγω ειδικούς . Σε πολλές , μάλιστα , περιπτώσεις δεν θα είναι δυνατή η έκδοση δικαστικής απόφασης ή διοικητικής πράξης χωρίς τη βοήθειά τους . Απλά υποστηρίζεται ότι η κρίση των ειδικών αυτών δεν είναι δεσμευτική για το δικαστή και τη διοίκηση . (Διαφορετική είναι η περίπτωση , κατά την οποία ο νομοθέτης μεταβίβασε την αποφασιστική αρμοδιότητα σε πλουραλιστικά οργανωμένες διοικητικές αρχές , στις οποίες συμμετέχουν και εκπρόσωποι των ενδιαφερόμενων κοινωνικών φορέων , βλ. κατωτέρω υπό IV) .

¹⁵ Βλ. αναλυτικά *F. Möller* , *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik* , 1969 , σελ. 40 επ. και *W. Knies* , *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem* , 1967 , σελ. 219 επ. .

κριτήρια , αναγνώριση της ποικιλομορφίας της τέχνης) , η άποψη αυτή εμφανίζει και σημαντικά μειονεκτήματα . Και τούτο , επειδή εισάγει μία ταυτολογία («καλλιτεχνικό» έργο είναι ό,τι μπορεί να ενταχθεί σε ένα «καλλιτεχνικό» είδος) , μεταθέτοντας κατ' αυτόν τον τρόπο την προβληματική στην οριοθέτηση των καλλιτεχνικών ειδών , ένα κάθε άλλο παρά εύκολο εγχείρημα (π.χ. είναι η μόδα τέχνη ;) . Κυρίως , όμως , ο εν λόγω ορισμός πάσχει κατά το ότι αρνείται την αναγνώριση της καλλιτεχνικής ιδιότητας σε μεμονωμένα έργα που δεν μπορούν να ενταχθούν σε ένα συγκεκριμένο καλλιτεχνικό είδος , καθώς επίσης και στα νέα , πρωτοποριακά καλλιτεχνικά ρεύματα που δεν έχουν αναγνωρισθεί ακόμη ως καλλιτεχνικά είδη .

Τα μειονεκτήματα αυτά προσπαθεί να αποφύγει ένας «ουσιαστικός» ορισμός , ο οποίος εντοπίζει τα κύρια στοιχεία της τέχνης στην ελεύθερη δημιουργία και στην έκφραση της προσωπικότητας του καλλιτέχνη¹⁶ . Ο ορισμός αυτός παραθέτει ορισμένα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της τέχνης , κινείται , ωστόσο , σε ένα αρκετά θεωρητικό επίπεδο , έτσι ώστε δύσκολα να μπορεί να εφαρμοσθεί - τουλάχιστον ως αποκλειστικό κριτήριο - για την οριοθέτηση του πεδίου εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ. Με μία διάθεση υπερβολής , θα μπορούσε να ειπωθεί ότι , σύμφωνα με τον εν λόγω ορισμό , κάθε ανθρώπινο δημιούργημα μπορεί να χαρακτηριστεί ως τέχνη¹⁷ .

¹⁶ Βλ. BVerfGE 30 , 173 [188 - 189] , όπου η τέχνη ορίζεται ως ακολούθως : « ...die freie schöpferische Gestaltung , in der Eindrücke , Erfahrungen , Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbaren Anschauung gebracht werden ... Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition , Phantasie und Sachverstand zusammen ; es ist primär nicht Mitteilung , sondern Ausdruck und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers». Στοιχεία δε του ορισμού αυτού έχουν υιοθετηθεί από την ελληνική θεωρία και νομολογία . Βλ. π.χ. ΠλημμΛαρ 3654/1986 («... εκτιμώντας , ότι για να κατασκευασθούν τα επίμαχα έργα χρειάστηκαν και τεχνική και έμπνευση και οπωσδήποτε εκφράζουν ένα ανθρώπινο προβληματισμό , καταλήγει στην κρίση , ότι ... αποτελούν σίγουρα προσπάθειες καλλιτεχνικής δημιουργίας ... » , Β. Σκουρή , Η ελευθερία της διαφήμισης , όπ. παρ. , σελ. 31 : «Ως τέχνη νοείται κάθε δημιουργική έκφραση της ανθρώπινης φαντασίας» , Δ. Σιδέρη , Ασεμνα θεάματα και κινηματογράφος , Αρμ 1984 , σελ. 97 [103] : « ... το έργο τέχνης κυριαρχείται από δημιουργική βούληση διάπλασης και οπωσδήποτε ενυπάρχει σ' αυτό μία κεντρική ιδέα ... » . Βλ. επίσης και Γ. Μουρέλου , Τέχνη και γνώση , in : Αφιέρωμα στον Κωνσταντίνο Τσάτσο , 1980 , σελ. 201 [212] : « ... ένας καλλιτέχνης δεν έχει αξία παρά όταν δημιουργήσει ένα δικό του έργο. Όταν μιμείται δουλικά έναν άλλο , όσο τέλεια και να είναι η μίμηση , αυτό δεν τον καθιερώνει σαν καλλιτέχνη μα σαν δεξιότηχνη . Γι' αυτό και ο καλλιτέχνης πριν από όλα πρέπει να είναι δημιουργός , να φτιάξει κάτι που δεν υπήρχε πριν από αυτόν ». Το στοιχείο , όμως , της ελεύθερης δημιουργίας (ή , άλλως , πρωτοτυπίας) θα πρέπει να ερμηνεύεται με ευρύτητα , αφού διαφορετικά υπάρχει ο κίνδυνος προφανώς λανθασμένων αποφάσεων . Για μία τέτοια περίπτωση βλ. την ΣτΕ 2602/1993 (ΕΔΚΑ 1994 , σελ. 228) : η Επιτροπή Συνταξιοδοτήσεως Καλλιτεχνών και Μουσουργών του άρθρου 2 του ν.δ. 1086/1971 απέρριψε αίτημα αγιογράφου για την χορήγηση τιμητικής σύνταξης με το επιχείρημα ότι η αγιογραφία δεν είναι πρωτότυπη και δεν προάγει τις καλές Τέχνες ! Είναι αμφίβολο , όμως , αν μπορεί να υπάρξει έστω και ένας , ο οποίος θα υποστηρίξει ότι οι αγιογραφίες του Πανσέληνου και του Κόντογλου δεν προάγουν τις καλές τέχνες .

¹⁷ Πέραν τούτου , είναι αμφίβολο εάν όλα τα καλλιτεχνικά έργα μπορούν να χαρακτηρισθούν ως έκφραση της προσωπικότητας του δημιουργού τους . Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελούν τα έργα της λεγόμενης «Pop Art» , όπως οι πίνακες του Andy Warhol , στους οποίους απεικονίζονται συσκευασίες προϊόντων.

Μία άλλη κατηγορία ορισμών εντοπίζει το κύριο εννοιολογικό γνώρισμα της τέχνης στην επικοινωνία : Τέχνη είναι κάθε δημιούργημα , το οποίο είναι προσανατολισμένο στην αισθητικής φύσεως επικοινωνία¹⁸ ή , κατ' άλλη συναφή εκδοχή , κάθε έργο , το οποίο αποσκοπεί στην επικοινωνία και ταυτόχρονα χρήζει ερμηνείας¹⁹ . Δύσκολα μπορεί να αμφισβητηθεί ότι στην συντριπτική πλειοψηφία των περιπτώσεων ο καλλιτέχνης , με το δημιούργημά του , αποβλέπει στην επικοινωνία με τους αποδέκτες του έργου του ²⁰ . Κατά τούτο , οι εν λόγω ορισμοί είναι επιτυχείς. Εκτός , όμως , από το γεγονός ότι η επικοινωνία δεν αποτελεί αποκλειστικό γνώρισμα της τέχνης (στην επικοινωνία αποσκοπεί λ.χ. και η διατύπωση μίας γνώμης)²¹ , οι ορισμοί αυτοί δεν καλύπτουν τις περιπτώσεις εκείνες , κατά τις οποίες ο καλλιτέχνης - για οποιοδήποτε λόγο - δεν επιθυμεί τη δημοσιοποίηση του έργου του ^{22, 23} .

Από τις ανωτέρω αναπτύξεις προκύπτει με σαφήνεια ότι καμία από τις προαναφερθείσες θεωρίες δεν είναι σε θέση να ορίσει με απαιτήσεις πληρότητας τον όρο «τέχνη» . Κάθε μία από τις θεωρίες αυτές καλύπτει μέρος μόνο της καλλιτεχνικής δραστηριότητας . Ωστόσο , η συνδυασμένη εφαρμογή των προεκτεθέντων ορισμών επιτρέπει στην κάθε συγκεκριμένη περίπτωση τη διαπίστωση εάν το υπό κρίση έργο φέρει την καλλιτεχνική ιδιότητα ή όχι ²⁴ . Εάν λ.χ. ένα έργο ανήκει σε ένα αναγνωρισμένο καλλιτεχνικό είδος , μπορεί να χαρακτηριστεί ως ελεύθερη δημιουργία και έκφραση της προσωπικότητας του καλλιτέχνη και αποσκοπεί στην αισθητικής φύσεως επικοινωνία , τότε το δικαστήριο ή η διοίκηση υποχρεούνται να αποδεχθούν τον καλλιτεχνικό του χαρακτήρα . Εάν , αντιθέτως , ένας από τους ανωτέρω ορισμούς δεν τυγχάνει εφαρμογής στην συγκεκριμένη περίπτωση , τότε θα πρέπει να ερευνηθεί εάν το γεγονός αυτό οφείλεται στο ότι δεν υφίσταται ορισμός που να καλύπτει το σύνολο της καλλιτεχνικής δραστηριότητας . Όταν λ.χ. ένα έργο δεν μπορεί να ενταχθεί σε ένα συγκεκριμένο καλλιτεχνικό είδος , τούτο μπορεί να οφείλεται στην προεκτεθείσα εγγενή αδυναμία του «τεχνικού» ορισμού , στο ότι , δηλαδή , ο εν λόγω ορισμός δεν καταλαμβάνει τις πρωτοεμφανιζόμενες , πρωτοποριακού χαρακτήρα μορφές καλλιτεχνικής έκφρασης .

¹⁸ Βλ. *E. - G. Mahrenholz* , Freiheit der Kunst , in : E. Benda / W. Maihofer / H. J. Vogel , Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland , 2^η έκδ., 1994 , Κεφ. 26 αρ. 37.

¹⁹ Βλ. *J. Wirkner* , Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst , 1994 , σελ. 127.

²⁰ Βλ. και *R. Scholz* , in : T. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / R. Scholz (MDHS) , GG - Kommentar , Art. 5 III αρ. 29.

²¹ Την αδυναμία αυτή αναγνωρίζουν και οι υποστηρικτές του εν λόγω ορισμού και γι' αυτό το λόγο απαιτούν - πέρα από το στοιχείο της επικοινωνίας - τη συνδρομή περαιτέρω διακριτικών γνωρισμάτων για την κατάφαση της καλλιτεχνικής ιδιότητας . Π.χ. ο *E. - G. Mahrenholz* (όπ. παρ.) ορίζει την τέχνη ως την αισθητικής φύσεως επικοινωνία , μεταθέτοντας κατ' αυτόν τον τρόπο την προβληματική στον ορισμό της έννοιας «αισθητική».

²² Πρβλ. και *P. Lerche* , Ausgewählte Fragen der Kunstfreiheit nach deutschem Verfassungsrecht , in : Kunst und Recht im In- und Ausland , 1994 , σελ. 1 [6] : « *Steht das von einem einzigen oder einen kleinen Menschengruppe für sich selbst einmalig veranstaltete Happening begriffsnotwendig ausserhalb des Schutzbereichs ? Streift ein Werk von Matisse in dem Augenblick seine Kunstqualität ab , in dem es - wie es so vielen Werken von Matisse ergangen ist - hinter verschlossenen Türen auf ewig verschwindet ?* ».

²³ Για τους ανωτέρω (αλλά και περαιτέρω) ορισμούς της τέχνης βλ. αναλυτικά *S. Vlachopoulos* , Kunstfreiheit und Jugendschutz , 1996 , σελ. 78 επ.

²⁴ Την ίδια μέθοδο (συνδυασμένη εφαρμογή περισσότερων ορισμών περί τέχνης) ακολούθησε το Γερμανικό Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο . Βλ. BVerfGE 67 , 213 [226 επ.] .

Στην περίπτωση αυτή αρκεί η διαπίστωση ότι το υπό κρίση έργο αποτελεί ελεύθερη δημιουργία και έκφραση της προσωπικότητας του καλλιτέχνη και ταυτόχρονα αποσκοπεί στην (αισθητικής φύσεως) επικοινωνία .

Ο ορισμός της τέχνης θέτει , ωστόσο , και ένα τελευταίο ζήτημα : Κατά την προσπάθεια οριοθέτησης του πεδίου της τέχνης επιτρέπεται να παρεισφρύνουν και ποιοτικά κριτήρια ή , αντίθετα , τέχνη συνιστά κάθε έργο που πληροί τις ανωτέρω προϋποθέσεις ανεξάρτητα από το επίπεδο της καλλιτεχνικής του ποιότητας²⁵ ; Με άλλες λέξεις , τη συνταγματική προστασία της διάταξης του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ μπορεί να επικαλεσθεί μόνον ο δημιουργός ενός «ποιοτικού» καλλιτεχνικού έργου ή και ο δημιουργός ενός έργου , το αισθητικό αποτέλεσμα του οποίου δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως υψηλού επιπέδου ; Η απάντηση στο ως άνω ερώτημα θα πρέπει να προσανατολισθεί στην παραδοχή , ότι η εν λόγω συνταγματική διάταξη δεν προστατεύει το «ποιοτικό» καλλιτεχνικό έργο , αλλά την ελευθερία της καλλιτεχνικής έκφρασης ανεξάρτητα από το αποτέλεσμά της . Σκοπός της διάταξης του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ είναι να κατοχυρώσει τη ανεμπόδιστη καλλιτεχνική έκφραση και όχι να εισαγάγει μία προνομιακή μεταχείριση των καλλιτεχνικών έργων υψηλού επιπέδου. Θα ήταν , άλλωστε , άτοπο να υιοθετήσουμε ποιοτικά κριτήρια κατά 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 : Όπως ακριβώς προστατεύεται η ελευθερία της επιστημονικής έκφρασης , ανεξάρτητα από το εάν η εκφρασθείσα άποψη είναι «σωστή» ή «λάθος» , πρωτότυπη ή μη , υψηλού επιπέδου ή όχι²⁶ , έτσι ακριβώς προστατεύεται και η καλλιτεχνική έκφραση ανεξάρτητα από το αισθητικό της αποτέλεσμα . Ο κύριος , ωστόσο , λόγος , για τον οποίο επιβάλλεται η απόρριψη οποιουδήποτε «ποιοτικού» ορισμού της τέχνης , μπορεί να συνοψισθεί στην ακόλουθη σκέψη : Εάν τα κρατικά όργανα έθεταν κάποια ποιοτικά κριτήρια και στη συνέχεια αποφαίνονταν για το εάν το εκάστοτε έργο πληροί τα κριτήρια αυτά , τότε κατ' αποτέλεσμα το κράτος θα καθίστατο κριτής της τέχνης και θα αναιρείτο η ελευθερία της καλλιτεχνικής έκφρασης κατά παράβαση της σχετικής συνταγματικής απόφασης²⁷ .

²⁵ Ανεξάρτητα , πάντως , από την απάντηση στο ερώτημα αυτό , δεν συμβιβάζονται με τη συνταγματική κατοχύρωση της ελευθερίας της τέχνης ορισμοί , οι οποίοι - επηρεασμένοι από τις ιδεαλιστικές αντιλήψεις των *Kant* και *Hegel* - επιχειρούν να εντοπίσουν τα κύρια εννοιολογικά γνωρίσματά της στην αισθητική συγκίνηση και απόλαυση, στον εξαγνισμό των ανθρωπίνων παθών κ.ο.κ. Για έναν τέτοιο ορισμό βλ. *Α. Κονταξή* , Τύπος και δίκαιο , 1989 , σελ. 91 : « Δεν πρόκειται όμως για έργο τέχνης ... , όταν ούτε αισθητικήν τινά συγκίνηση ή απόλαυση προκαλεί , ούτε αφυπνίζει συναισθήματα πλούσια και λεπτά και δεν αποβλέπει στην ηθικοποίησιν του ανθρώπου». Τόσο ο ορισμός αυτός όσο και άλλοι παρόμοιοι (βλ. ΕφΘεσσ 1178/1972 [ΠοινΧρον 1972 , σελ. 796 επ.]) παραβλέπουν ότι η σύγχρονη τέχνη (ή , τουλάχιστον , ένα μέρος αυτής) έχει απομακρυνθεί προ πολλού από τα ιδεώδη του «καλού» , του «ωραίου» και της πρόκλησης «ευγενών» συναισθημάτων . Τέχνη είναι σήμερα και η «ανήθικη» τέχνη , η τέχνη που «σοκάρει» , ακόμα και αυτή που προκαλεί αισθήματα φρίκης αντί για αισθητική απόλαυση και συγκίνηση (π.χ. ρεαλιστική αναπαράσταση πολεμικών σκηνών) . Ορισμοί , όπως αυτός που προαναφέρθηκε , μπορεί να εκφράζουν μία συγκεκριμένη αντίληψη περί τέχνης . Σκοπός , όμως , της διάταξης του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ είναι να προστατεύσει την ελευθερία της καλλιτεχνικής δημιουργίας στο σύνολό της και όχι να επιβάλλει μία συγκεκριμένη άποψη περί τέχνης .

²⁶ Βλ. , αντί άλλων , *Γ. Παπαδημητρίου* , Σύνταγμα και Ελευθερία της Επιστήμης , ΤοΣ 1992 , σελ. 515 [520] .

²⁷ Ομοίως και ο *Κ. Χρυσόγονος* , Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα , όπ. παρ. , σελ. 267 . Αντίθετος ο *Γ. Κρίππας* , Η προστασία των ανηλίκων εν τω ποινικώ δικαίω , 1979 , σελ. 152 : « ... ως έργον τέχνης δεν τυγχάνει παν αντικείμενον περιέχον ωρισμένα καλλιτεχνικά

Θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι ανωτέρω διαπιστώσεις ισχύουν μόνο για τη λειτουργία της ελευθερίας της τέχνης ως αμυντικού δικαιώματος (μη επέμβαση του κράτους στο πεδίο της τέχνης) . Η διάταξη του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ εμπεριέχει , όμως , και μία περαιτέρω λειτουργία , αυτή της ενίσχυσης της τέχνης : « ... η ανάπτυξη και η προαγωγή τους [της τέχνης και της επιστήμης , της έρευνας και της διδασκαλίας] αποτελεί υποχρέωση του Κράτους »²⁸ . Κατά τη συγκεκριμενοποίηση της συνταγματικής αυτής επιταγής (π.χ. κρατικά θέατρα και πινακοθήκες , κρατικές επιχορηγήσεις και βραβεία) , η θέση ποιοτικών κριτηρίων είναι όχι μόνον αναπόφευκτη (λόγω των περιορισμένων οικονομικών δυνατοτήτων του Κράτους) αλλά και απολύτως θεμιτή²⁹ , υπό την προϋπόθεση , βεβαίως , ότι κατ' αυτόν τον τρόπο δεν εισάγονται δυσμενείς διακρίσεις εις βάρος συγκεκριμένων καλλιτεχνικών ειδών³⁰ και εξασφαλίζεται ο πλουραλισμός της καλλιτεχνικής ζωής³¹ .

στοιχεία , αλλά μόνον εφ' όσον περιέχει ωρισμένη ποσότητα καλλιτεχνικής στάθμης » . Υπέρ της εδώ υποστηριζόμενης θέσης και η απολύτως κρατούσα άποψη στη γερμανική νομολογία και βιβλιογραφία : Βλ., αντί άλλων , BVerfGE 30 , 173 [191] , 75 , 369 [377] , 83 , 130 [139] , *W. Knies* , Schranken der Kunstfreiheit , όπ. παρ., σελ. 217 επ. Το Γερμανικό Ομοσπονδιακό Διοικητικό Δικαστήριο είχε ταχθεί αρχικά υπέρ του ποιοτικού ορισμού της τέχνης (βλ. BVerwGE 23 , 104 [106] , 39 , 197 [207]) , στη συνέχεια , όμως , εγκατέλειψε τη θέση του αυτή υπό την προφανή επιρροή της νομολογίας του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου : Βλ. BVerwGE 77 , 75 [82] , 91 , 223 [225] .

²⁸ Η συνταγματική αυτή διάταξη λειτουργεί ως κατευθυντήρια ερμηνευτική αρχή , υπό το πρίσμα της οποίας θα πρέπει να ερμηνεύονται οι διατάξεις της κοινής νομοθεσίας . Τη λειτουργία αυτή της διάταξης του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ φαίνεται να αγνοεί η Μον ΠρωτΑαρ 507/1987 (ΕλλΔνη 1988 , σελ. 965 επ.) , η οποία δέχθηκε ότι μίσθωση ακινήτου από Δημοτικό Περιφερειακό Θέατρο (προκειμένου να χρησιμοποιηθεί για αποθήκη σκηνικών και αίθουσα θεατρικών δοκιμών) δεν αποτελεί εμπορική μίσθωση και , ως εκ τούτου , δεν υπάγεται στις προστατευτικές διατάξεις του ν. 813/1978 .

²⁹ Έτσι και ο *Κ. Χρυσόγονος* , Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα , όπ. παρ., σελ. 266. Για τη διάκριση αυτή μεταξύ της αμυντικής λειτουργίας του ατομικού δικαιώματος της ελευθερίας της τέχνης (αποσύνδεση από ποιοτικά κριτήρια) και της υποχρέωσης του Κράτους για ενίσχυση της τέχνης (συνεκτίμηση ποιοτικών κριτηρίων) βλ. ακόμη *M. Heckel* , Staat - Kirche - Kunst , 1968 , σελ. 83 και 98 , *H. Hempel* , Freiheit der Kunst , 1991 , σελ. 58 , *R. Scholz* , in : MDHS , όπ., παρ., Art. 5 III , αρ. 8 , 79 .

³⁰ Γι' αυτό το λόγο πάσχει αντισυνταγματικότητα η μνημονεύομενη στην ΣτΕ 2602/1993 (ΕΔΚΑ 1994 , σελ. 228) απόφαση της Επιτροπής Συνταξιοδότησεως Καλλιτεχνών και Μουσουργών του άρθρου 2 του ν.δ. 1086/1971 , σύμφωνα με την οποία η αιογραφία δεν είναι πρωτότυπη και δεν προάγει τις καλές τέχνες : Η απόφαση αυτή εισάγει μία δυσμενή διάκριση εις βάρος του καλλιτεχνικού είδους της αιογραφίας , παραβιάζοντας όχι μόνο την ελευθερία της τέχνης αλλά και την αρχή της ισότητας (άρθρο 4 παρ. 1 Σ) .

³¹ Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η εκτίμηση της ποιότητας ενός καλλιτεχνικού έργου συνιστά μία καθαρά υποκειμενική κρίση . Ως εκ τούτου , υφίσταται η ανάγκη θέσπισης «ασφαλιστικών δικλείδων» , οι οποίες θα αποτρέψουν - στο μέτρο του δυνατού - την έκδοση αυθαίρετων αποφάσεων . Στο πλαίσιο αυτό , σκόπιμη εμφανίζεται η ανάθεση της αποφασιστικής αρμοδιότητας σε συλλογικά όργανα με τη συμμετοχή εκπροσώπων των οργανώσεων των καλλιτεχνών . Επίσης , οι κίνδυνοι που προκύπτουν από τον υποκειμενικό χαρακτήρα της αξιολόγησης της καλλιτεχνικής ποιότητας μειώνονται , εάν γίνει δεκτό ότι η καλλιτεχνικό επίπεδο αποτελεί απλώς ένα κριτήριο , το οποίο θα πρέπει να συνεκτιμηθεί από κοινού με την οικονομική κατάσταση του συγκεκριμένου καλλιτέχνη , την αναγκαιότητα ιδιαίτερης ενίσχυσης των νέων καλλιτεχνών και των νέων καλλιτεχνικών ρευμάτων και (όταν πρόκειται για ενίσχυση της τέχνης σε τοπικό επίπεδο , π.χ. από ΟΤΑ) την ενδεχόμενη αυξημένη σημασία του καλλιτεχνικού έργου για τη συγκεκριμένη περιοχή . Γι' αυτά (αλλά

B. Οι προστατευόμενες πράξεις .

1. Η προστασία της παραγωγής και της διάδοσης του καλλιτεχνικού έργου .

Η διάταξη του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ κατοχυρώνει όχι μόνο τη διαδικασία δημιουργίας του καλλιτεχνικού έργου , αλλά και τη διάθεσή του στο κοινό. Από τη στιγμή που , όπως προαναφέρθηκε , η τέχνη - στην συντριπτική πλειοψηφία των περιπτώσεων - αποσκοπεί στην επικοινωνία με το κοινό , η μη προστασία της διάδοσης του καλλιτεχνικού έργου θα αποτελούσε ανεπίτρεπτο περιορισμό της κανονιστικής εμβέλειας του ατομικού δικαιώματος της ελευθερίας της τέχνης³² . Πέραν τούτου , πολύ συχνά η δημιουργία και η διάδοση του καλλιτεχνικού έργου λαμβάνουν χώρα από κοινού (π.χ. θεατρικό έργα , happenings) , ούτως ώστε μία διάκριση ανάμεσα σε προστατευόμενες πράξεις δημιουργίας και μη προστατευόμενες πράξεις διάδοσης του καλλιτεχνικού έργου να καθίσταται εκ των πραγμάτων ανέφικτη³³ . Άλλο , βέβαια , το ζήτημα ότι οι περιορισμοί της ελευθερίας της τέχνης για λόγους προστασίας άλλων συνταγματικών έννομων αγαθών είναι εντονότεροι στο στάδιο της διάδοσης απ' ό,τι στο στάδιο της δημιουργίας του καλλιτεχνικού έργου .

2. Η μη προστατευόμενες πράξεις.

Τ' ανωτέρω δεν έχουν την έννοια , ότι κάθε πράξη που σχετίζεται με τη δημιουργία και τη διάδοση ενός καλλιτεχνικού έργου προστατεύεται , άνευ ετέρου , από τη διάταξη του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ. Μία προσεκτικότερη ανάλυση του κανονιστικού περιεχομένου της εν λόγω διάταξης φανερώνει ότι ορισμένες από τις πράξεις αυτές δεν τυγχάνουν συνταγματικής κατοχύρωσης .

Στο σημείο αυτό τίθεται ένα γενικότερο ζήτημα της δογματικής των ατομικών δικαιωμάτων . Είθισται , τόσο στην δικαστηριακή πράξη όσο και στη θεωρία , να καταφάσκει η υπαγωγή μίας ανθρώπινης δραστηριότητας στο προστατευόμενο πεδίο ενός ατομικού δικαιώματος χωρίς ιδιαίτερο προβληματισμό για το εάν η προστασία της εν λόγω δραστηριότητας ανταποκρίνεται πραγματικά στη βούληση του συντακτικού νομοθέτη. Η άκριτη αυτή επέκταση του πεδίου εφαρμογής βασίζεται στη σκέψη ότι όλα τα ατομικά δικαιώματα - ακόμα και αυτά που κατοχυρώνονται χωρίς νομοθετική επιφύλαξη - υφίστανται περιορισμούς για λόγους προστασίας άλλων έννομων αγαθών. Κατά συνέπεια , η υπέρμετρη επέκταση του προστατευόμενου πεδίου - εκτός από το ότι απαλλάσσει τον ερμηνευτή και

και για περαιτέρω κριτήρια) βλ. *M. E. Geis* , *Kulturstaat und kulturelle Freiheit* , 1990 , σελ. 256 επ.

³² Ως προς αυτό επικρατεί ομοφωνία τόσο στη θεωρία όσο και στη νομολογία . Βλ., αντί άλλων , *Π. Δαγτόγλου* , *Ατομικά δικαιώματα* , όπ. παρ., αρ. 918.

³³ Εάν , εξάλλου , υιοθετούσαμε την άποψη , σύμφωνα με την οποία η διάταξη του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ προστατεύει μόνο τη δημιουργία του καλλιτεχνικού έργου , τότε η εν λόγω συνταγματική διάταξη θα καθίστατο κενή περιεχομένου . Και τούτο , διότι σπανιότατα η κρατική εξουσία θα έχει κάποιο λόγο να παρεμποδίσει τη διαδικασία δημιουργίας του καλλιτεχνικού έργου . Μία «άσεμνη» , «αντιδημοκρατική» , «βλάσφημη» κλπ. τέχνη , η οποία παραμένει στον ιδιωτικό χώρο του καλλιτέχνη και δεν γίνεται αντιληπτή από το κοινό , είναι «ακίνδυνη» και ελάχιστα ενδιαφέρει την κρατική εξουσία . Εκεί , αντίθετα , όπου το Κράτος παρεμβαίνει περιοριστικά και , συνεπώς , εκεί όπου υφίσταται ανάγκη συνταγματικής προστασίας , είναι η διάδοση του αποτελέσματος της καλλιτεχνικής δημιουργίας .

εφαρμοστή του δικαίου από την εξαιρετικά επίπονη εργασία της ακριβέστερης οριοθέτησης του κανονιστικού περιεχομένου του εκάστοτε ατομικού δικαιώματος - δεν συνεπάγεται και πρακτικές συνέπειες , αφού τα όποια ανεπιεική αποτελέσματα μπορούν να διορθωθούν κατά το μεταγενέστερο στάδιο της χάραξης των περιορισμών του ατομικού δικαιώματος για λόγους προστασίας άλλων έννομων αγαθών³⁴ . Εκτός , όμως , από το ότι η άκριτη αποδοχή της συνταγματικής κατοχύρωσης μίας ανθρώπινης δραστηριότητας (μέσω της ένταξής της στο προστατευόμενο πεδίο ενός ατομικού δικαιώματος) και η μεταγενέστερη αναίρεση της επίφασης αυτής ελευθερίας (μέσω της χάραξης των περιορισμών του ατομικού δικαιώματος) δεν μπορεί να καυχηθεί για τη δογματική της συνέπεια , η εν λόγω μέθοδος δημιουργεί επιπρόσθετα προβλήματα στα ατομικά δικαιώματα που κατοχυρώνονται χωρίς επιφύλαξη του νόμου (όπως η ελευθερία της τέχνης) . Όπως θα αναπτυχθεί αμέσως κατωτέρω³⁵ , τα ατομικά αυτά δικαιώματα μπορούν να περιορισθούν μόνον όταν τίθεται ζήτημα σύγκρουσής τους με άλλα συνταγματικώς προστατευόμενα έννομα αγαθά . Και επειδή ο ερμηνευτής ή ο εφαρμοστής του δικαίου έχει προηγουμένως προβεί σε ευρεία οριοθέτηση του πεδίου εφαρμογής του εκάστοτε ατομικού δικαιώματος , είναι αναγκασμένος να «εφευρίσκει» συνεχώς συνταγματικά έννομα αγαθά προκειμένου να δικαιολογήσει τους πολλαπλούς απαραίτητους περιορισμούς³⁶ . Κατ' αυτόν τον τρόπο αλλοιώνεται ο χαρακτήρας του Συντάγματος ως του νομοθετικού κειμένου που ρυθμίζει τα θεμέλια (και μόνο) του κοινωνικού και πολιτειακού βίου και συνταγματικές διατάξεις «εμπλουτίζονται» με υποτιθέμενες αποφάνσεις που είναι ξένες προς τη βούληση του συντακτικού νομοθέτη . Η μέθοδος αυτή εργασίας δεν είναι πρωτόγνωρη για τα ελληνικά δεδομένα , όπου η δικαστηριακή πράξη (ιδιαίτερα του Συμβουλίου της Επικρατείας) συνηθίζει να περιβάλλει επιχειρήματα δικαιοπολιτικής φύσεως με το κύρος της συνταγματικής κατοχύρωσης³⁷ , συνιστά , ωστόσο , αλλοίωση του χαρακτήρα του Συντάγματος και καθιστά τον εφαρμοστή του δικαίου οιονεί συντακτικό νομοθέτη.

³⁴ Κύριος εκπρόσωπος της ευρείας οριοθέτησης του προστατευόμενου πεδίου των ατομικών δικαιωμάτων ο *R. Alexy* , *Theorie der Grundrechte* , σελ. 290 επ. Στον αντίποδα οι *F. Möller* , *Die Positivität der Grundrechte* , 1990 , σελ. 40 επ. και *J. Isensee* , *Wer definiert die Grundrechte ?* , όπ. παρ. , σελ. 31.

³⁵ Υπό III A.

³⁶ Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η προστασία των ζώων , η συνταγματική κατοχύρωση της οποίας έχει υποστηριχθεί - με διάφορα επιχειρήματα , ακόμα και με επίκληση της ανθρώπινης αξιοπρέπειας - από μεγάλο μέρος της γερμανικής θεωρίας και νομολογίας προκειμένου να θεσπισθούν περιορισμοί στους βασανισμούς ζώων που λαμβάνουν χώρα στο πλαίσιο θεατρικών παραστάσεων ή παραστάσεων happening (βλ. αναλυτικά κατωτέρω υπό III A) . Για την υπέρμετρη αύξηση του αριθμού των συνταγματικών έννομων αγαθών ως αναγκαστική συνέπεια της ευρείας οριοθέτησης του προστατευόμενου πεδίου των ατομικών δικαιωμάτων βλ. αναλυτικά *R. Kleindiek* , *Wissenschaft und Freiheit in der Risikogesellschaft* , 1998 , σελ. 178 επ.

³⁷ Βλ. ενδεικτικά την άποψη της πλειοψηφίας της ΣτΕ 2000/1992 (ΔιΔικ 1992 , σελ. 806 επ.) : Η διάταξη του άρθρου 40 παρ. 2 του ν. 1968/1991 - η οποία επέτρεψε την εκ νέου άσκηση ένδικων μέσων και βοηθημάτων που είχαν απορριφθεί ως απαράδεκτα για συγκεκριμένους λόγους - αντίκειται στις αρχές της διάκρισης των λειτουργιών (άρθρο 26 Σ) , της ισότητας (άρθρο 4 Σ) και της δικαστικής ανεξαρτησίας (άρθρο 87 Σ) . Η εν λόγω απόφαση - η οποία σημειωτέον δεν προβαίνει σε ειδικότερη θεμελίωση της άποψής της περί αντισυνταγματικότητας - δύσκολα μπορεί να αποφύγει τη μομφή της υπέρβασης των επιτρεπτών ορίων ερμηνείας των σχετικών συνταγματικών διατάξεων . Άλλο , βέβαια , το γεγονός ότι η δυνατότητα εκ νέου άσκησης ένδικων βοηθημάτων και μέσων μπορεί να έχει ως συνέπεια την επιβάρυνση του δικαιοδοτικού έργου των διοικητικών δικαστηρίων . Τούτο

Η αναγκαιότητα ακριβέστερης οριοθέτησης του προστατευόμενου πεδίου των ατομικών δικαιωμάτων ισχύει και για την ελευθερία της τέχνης . Στο πλαίσιο αυτό , ως κατευθυντήρια αρχή μπορεί να χρησιμεύσει η ακόλουθη σκέψη : Ο συντακτικός νομοθέτης - ορμώμενος και από τις οδυνηρές εμπειρίες της δικτατορικής περιόδου³⁸ - θέσπισε τη διάταξη του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' , προκειμένου να διασφαλίσει την ελευθερία της πνευματικής έκφρασης στον χώρο της τέχνης και να αποτρέψει την επέμβαση του Κράτους στη δημιουργία και τη διάδοση καλλιτεχνικών έργων , το περιεχόμενο των οποίων δεν είναι αρεστό στην κρατική εξουσία . Ως εκ τούτου , το προκλητικό , αντισυμβατικό ή «επικίνδυνο» περιεχόμενο ενός καλλιτεχνικού έργου δεν μπορεί να αποτελέσει επιτρεπτό σημείο αναφοράς για την οριοθέτηση του πεδίου εφαρμογής της εν λόγω συνταγματικής διάταξης (άλλο , βέβαια , το ζήτημα της χάραξης περιορισμών , όταν τίθεται ζήτημα σύγκρουσης με άλλα έννομα αγαθά) . Αντίθετα , ο συντακτικός νομοθέτης δεν θέλησε να εξαιρέσει το πεδίο της τέχνης από την εφαρμογή εκείνων των νομοθετικών διατάξεων , οι οποίες δεν σχετίζονται με το «επικίνδυνο» για την κρατική εξουσία περιεχόμενο του καλλιτεχνικού έργου . Γι' αυτό το λόγο , ο ιδιοκτήτης ενός θεάτρου δεν μπορεί να επικαλεσθεί υπέρ αυτού το ατομικό δικαίωμα της ελευθερίας της τέχνης , με το σκοπό να αποφύγει την τήρηση των νομοθετικών διατάξεων που αφορούν την πυρασφάλεια και την υγιεινή στους χώρους του θεάτρου . Στην περίπτωση αυτή , δεν τίθεται καν ζήτημα εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ και η προσφυγή σε μία στάθμιση συμφερόντων (ανάμεσα στην ελευθερία της τέχνης , αφενός , και τη δημόσια υγεία , αφετέρου) δεν είναι απαραίτητη³⁹ .

Ομοίως , ο συντακτικός νομοθέτης δεν θέλησε να νομιμοποιήσει την αυθαίρετη επέμβαση του καλλιτέχνη στα υλικά έννομα αγαθά τρίτων προσώπων , όσο απαραίτητη και αν είναι η οικειοποίηση ξένων έννομων αγαθών για την πραγμάτωση των καλλιτεχνικών του σχεδίων . Η αυθαίρετη κατάληψη του οικοπέδου ενός τρίτου προσώπου για την πραγματοποίηση ενός happening ή το graffiti στους τοίχους μίας ξένης οικίας χωρίς τη συναίνεση του ιδιοκτήτη , δεν τυγχάνουν συνταγματικής προστασίας⁴⁰ . Και τούτο , όχι επειδή υπερτερεί το έννομο αγαθό της

αποτελεί ένα επιχείρημα δικαιοπολιτικής φύσεως , η συνεκτίμηση του οποίου ανήκει στην αποκλειστική αρμοδιότητα του κοινού νομοθέτη και το οποίο δεν μπορεί να αναχθεί εμμέσως - με αόριστη επίκληση των διατάξεων των άρθρων 26 , 4 και 87 Σ - στο επίπεδο του Συντάγματος . Για την απόφαση αυτή βλ. αναλυτικά και *Π. Λαζαράτου* , Δικονομικά απαράδεκτα και «χαριστικές» ρυθμίσεις στο διοικητικό δικονομικό δίκαιο , Δ 1994 , σελ. 770 επ.

³⁸ Κατά τη διάρκεια της δικτατορικής περιόδου αντικείμενο δικαστικής δίωξης και λογοκρισίας υπήρξαν - μεταξύ άλλων - το «Μηδέ ο Χριστός μηδέ ο Μάρξ» του *Ζαν Φρανσουά Ρεβέλ* , το «Αρμένισμα» του *Μένη Κουμανταρέα* , το «Εγώ ειμί ο κύριος ο θεός σου» του *Νίκου Κάσδαγλη* , το «Σώμα» και τα «Καλιαρντά» του *Ηλία Πετρόπουλου* και «Το μεγάλο μας τσίρκο» του *Ιάκωβου Καμπανέλη* . Βλ. αναλυτικά το αφιέρωμα της εφημερίδας «Κυριακάτικη Ελευθεροτυπία» της 26-5-1996 για τη λογοκρισία στο χώρο της τέχνης.

³⁹ Προς αυτήν την κατεύθυνση και ο *Π. Δαγτόγλου* , Ατομικά δικαιώματα , όπ. παρ., αρ. 924 : « ... ο καλλιτέχνης δεν είναι *legibus solutus* , αλλά υπόκειται στο γενικώς ισχύον δίκαιο : Ο αρχιτέκτων δεν απαλλάσσεται από την ανάγκη άδειας δομήσεως με μόνη την επίκληση της δημιουργίας έργου τέχνης , ο ζωγράφος δεν μπορεί να ζωγραφίσει στους τοίχους ξένων σπιτιών ... οι ηθοποιοί δεν μπορούν να εκτελούν θεατρικά έργα σε κοινόχρηστους χώρους κοκ ή (όταν δεν έχουν ειδική γι' αυτό άδεια) να διαταράσσουν την νυκτερινή ησυχία σε περιοχή κατοικιών ή νοσηλευτηρίων» .

⁴⁰ Βλ. BVerfG , NJW 1984 , σελ. 1293 επ. Τούτο ισχύει όχι μόνο για την ελευθερία της τέχνης αλλά για όλα τα ατομικά δικαιώματα που κατοχυρώνουν την εν γένει πνευματική ελευθερία . Βλ. λ.χ. για την επιστημονική ελευθερία *D. Lorenz* , Wissenschaft darf nicht alles!

ιδιοκτησίας έναντι της ελευθερίας της τέχνης , αλλά επειδή δεν υφίσταται πράξη , η οποία να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ.

Οι ανωτέρω αναπτύξεις δε σημαίνουν ότι κάθε καλλιτεχνική δραστηριότητα , η οποία προσβάλλει άλλα έννομα αγαθά , δεν καταλαμβάνεται από το προστατευόμενο πεδίο της ελευθερίας της τέχνης . Μία τέτοια αποδοχή δεν θα ανταποκρινόταν στη βούληση του συντακτικού νομοθέτη και θα συνιστούσε υπέρμετρο περιορισμό του κανονιστικού περιεχομένου του εν λόγω ατομικού δικαιώματος . Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η σύγκρουση μεταξύ ελευθερίας της τέχνης και προστασίας της νεότητας . Στο προστατευόμενο πεδίο της ελευθερίας της τέχνης ανήκουν και τα καλλιτεχνικά έργα , τα οποία λόγω του περιεχομένου τους ενδέχεται να προκαλέσουν βλάβη στην ομαλή ανάπτυξη της προσωπικότητας των ανηλίκων . Η επιβολή στον καλλιτέχνη της υποχρέωσης να εκφράζεται μόνο εκείνα τα θέματα , τα οποία δεν μπορούν να προκαλέσουν βλάβη στους ανήλικους , θα ήταν, ασφαλώς , αντισυνταγματική . Η «ακίνδυνη» - από άποψη θεματολογίας και περιεχομένου - τέχνη δεν είναι πια ελεύθερη.

III. Οι περιορισμοί της ελευθερίας της τέχνης.

A. Τα συνταγματικώς προστατευόμενα έννομα αγαθά ως όρια της ελευθερίας της τέχνης.

Το γεγονός ότι μία πράξη υπάγεται στο προστατευόμενο πεδίο της ελευθερίας της τέχνης , δεν εξαντλεί , ωστόσο , την σχετική προβληματική . Και τούτο , διότι η ελευθερία της τέχνης (όπως και κάθε ατομικό δικαίωμα που κατοχυρώνεται χωρίς νομοθετική επιφύλαξη) μπορεί να περιορισθεί για λόγους προστασίας άλλων έννομων αγαθών , εφόσον και αυτά τυγχάνουν συνταγματικής κατοχύρωσης⁴¹ . Όσο, όμως , αυτονόητη και αν ακούγεται αυτή η παραδοχή , τόσο δύσκολη είναι η συγκεκριμενοποίησή της . Το πρώτο ερμηνευτικό ζήτημα που προκύπτει , σχετίζεται με την ακριβέστερη οριοθέτηση των συνταγματικών έννομων αγαθών . Ερωτάται , καταρχήν , εάν συνταγματικής κατοχύρωσης τυγχάνουν μόνον εκείνα τα έννομα αγαθά , τα οποία κατοχυρώνονται με αυτοτελείς συνταγματικές διατάξεις , ή εάν , αντίθετα , το ίδιο ισχύει και για τα έννομα αγαθά , τα οποία απλώς αναφέρονται ως όρια κάποιων ατομικών δικαιωμάτων . Αποτελεί λ.χ. συνταγματικώς προστατευόμενο έννομο αγαθό η «δημόσια αιδώς» , η οποία - χωρίς να κατοχυρώνεται αυτοτελώς από

Zur Bedeutung der Rechte anderer als Grenze grundrechtlicher Gewährleistung , in : Festschrift für P. Lerche , σελ. 267 [270 επ.]

⁴¹ Βλ. ΣτΕ 2568/1991: « ... προστασία της τέχνης νοείται υπάρχουσα ουχί επί ζημιά άλλων προστατευόμενων ωσαύτως υπό του Συντάγματος αγαθών . Ως εκ τούτου αβασίμως επικαλείται την ως άνω διάταξιν [άρθρο 16 παρ. 1 Σ] η παρεμβαίνουσα επιχειρηματίας του επί της Λεωφόρου Αλεξάνδρας θεάτρου , ισχυριζόμενη ότι χάριν της τέχνης είναι συνταγματικώς ανεκταί αι εις τα άλση επεμβάσεις».

Ομοίως όπως εδώ και ο Β. Σκουρής , Η ελευθερία της διαφήμισης , όπ. παρ., σελ. 31. Βλ., όμως , και Δ. Κόρσου , Το νομικόν όριον της ελευθερίας της τέχνης , όπ. παρ., σελ. 143 , ο οποίος εντοπίζει τους επιτρεπτούς περιορισμούς της ελευθερίας της τέχνης στην απαγόρευση της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος (άρθρο 25 παρ. 3 Σ) και στην «προσήκουσα ευθύνη» του καλλιτέχνη .

Γενικότερα για το ζήτημα των περιορισμών των ανεπιφύλακτων ατομικών δικαιωμάτων βλ., αντί άλλων , Κ. Χρυσόγονου , Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα , όπ. παρ., σελ. 79 επ., Α. Ραΐκου , Παραδόσεις συνταγματικού δικαίου , τόμ. Β' , τεύχ. α' , 1983 , σελ. 199 επ., Δ. Τσάτσου , Συνταγματικό δίκαιο , όπ. παρ., σελ. 261 επ.

το Σύνταγμα - αναφέρεται από τη διάταξη του άρθρου 14 παρ. 3 εδ. δ' Σ ως λόγος που επιτρέπει την κατ' εξαίρεση κατάσχεση εντύπων μετά την κυκλοφορία τους ; Η απάντηση στο ως άνω ερώτημα θα πρέπει να είναι αρνητική . Και τούτο , διότι υπό την αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή η δημόσια αιδώς θα καθίστατο κατ' αποτέλεσμα όριο όλων των ατομικών δικαιωμάτων (ακόμα και αυτών που κατοχυρώνονται χωρίς νομοθετική επιφύλαξη) κατά παράβαση της βούλησης του συντακτικού νομοθέτη , ο οποίος θέλησε την δημόσια αιδώ ως όριο ειδικά της ελευθερίας του τύπου⁴², ⁴³ . Ερμηνευτικά ζητήματα προκύπτουν , όμως , και στο πλαίσιο των έννομων αγαθών , για τα οποία δεν υφίσταται καμία αμφιβολία ως προς την συνταγματική τους κατοχύρωση. Η αναμφισβήτητη λ.χ. παραδοχή ότι η ελευθερία της τέχνης μπορεί να περιορισθεί για λόγους προστασίας της ανθρώπινης αξιοπρέπειας (άρθρο 2 παρ. 1 Σ), δεν επιλύει και το ζήτημα , ποιες είναι οι πράξεις εκείνες που προσβάλλουν την ανθρώπινη αξιοπρέπεια και δικαιολογούν περιορισμούς και κατά την άσκηση των ανεπιφύλακτων ατομικών δικαιωμάτων⁴⁴ . Θα πρέπει , δηλαδή , προηγουμένως να οριοθετηθεί ερμηνευτικά το κανονιστικό περιεχόμενο της εκάστοτε συνταγματικής διάταξης . Ως παράδειγμα μπορεί να αναφερθεί το θεατρικό έργο , στο πλαίσιο του οποίου λαμβάνει χώρα βασανισμός ζώων . Αποτελεί η πράξη αυτή προσβολή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας ή όχι ; Ή , με άλλες λέξεις , η διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 Σ καταλαμβάνει μόνον βάνουσες πράξεις που στρέφονται κατά ανθρώπων ή και βάνουσες πράξεις που προέρχονται από ανθρώπους⁴⁵;

⁴² Η δημόσια αιδώς μπορεί να αποτελέσει όριο και των ανεπιφύλακτων ατομικών δικαιωμάτων (π.χ. της ελευθερίας της τέχνης) , μόνο , όμως , στο μέτρο που μέσω αυτής προστατεύονται συνταγματικά έννομα αγαθά (π.χ. προστασία της νεότητας , βλ. και κατωτέρω , υπό III Β1) .

⁴³ Τα παραδείγματα των έννομων αγαθών , η συνταγματική κατοχύρωση των οποίων είναι αμφίβολη , θα μπορούσαν να πολλαπλασιασθούν . Αποτελεί λ.χ. συνταγματικώς προστατευόμενο έννομο αγαθό η προστασία των συμβόλων του κράτους , έτσι ώστε - όταν στο πλαίσιο ενός καλλιτεχνικού έργου καταστρέφεται η ελληνική σημαία - να τίθεται ζήτημα τιμώρησης του καλλιτέχνη κατά τη διάταξη του άρθρου 181 ΠΚ κατά τις εκεί ειδικότερες προϋποθέσεις (σκοπός εκδήλωσης μίσους ή περιφρόνησης) ;

⁴⁴ Για το κανονιστικό περιεχόμενο της αρχής της ανθρώπινης αξιοπρέπειας βλ., εντελώς ενδεικτικά , *Π. Δαγτόγλου* , Ατομικά δικαιώματα , τόμ.Β' , 1991 , αρ. 1445 επ., *Γ. Χουβαρδά* , Η συνταγματική προστασία της αξιοπρέπειας του ανθρώπου , 1990 , *P. Häberle* , Έννοια και περιεχόμενο της ανθρώπινης αξιοπρέπειας κατά το γερμανικό και ελληνικό Σύνταγμα , ΤοΣ 1982 , σελ. 201 επ., *Π. Παραρά* , Σύνταγμα 1975 - Corpus I , 1982 , σελ. 17 επ., *Κ. Ζώρα* , Η συνταγματική αρχή του σεβασμού και της προστασίας της ανθρώπινης αξιοπρέπειας κατά το γερμανικόν ομοσπονδιακόν Σύνταγμα , ΤοΣ 1978 , σελ. 1 επ., *Α. Παντελή* , Ζητήματα συνταγματικών επιφυλάξεων , όπ. παρ., σελ. 255 επ., *Α. Γερν* , Ανθρώπινη αξιοπρέπεια και χρηστά ήθη , ΕλλΔνη 1984 , σελ. 671 επ., με παραπέρα παραπομπές στη νομολογία και βιβλιογραφία.

⁴⁵ Υπέρ της συνταγματικής κατοχύρωσης της προστασίας των ζώων με επίκληση της ανθρώπινης αξιοπρέπειας π.χ. οι *S. Mddrich* , *Forschungsfreiheit und Tierschutz im Spiegel des Verfassungsrechts* , 1988 , σελ. 97 επ. και *M. Selk* , *NStZ* 1991 , σελ. 444 επ. Την αντίθετη άποψη υιοθετούν , μεταξύ άλλων , η *VG Berlin* , *NVwZ - RR* 1994 , σελ. 506 επ. και ο *M. Kloepfer* , *Tierversuchsbescrdnkungen und Verfassungsrecht* , *JZ* 1986 , σελ. 205 επ. Αν και η πλήρης ανάλυση του ζητήματος αυτού υπερβαίνει το πλαίσιο της παρούσας μελέτης (βλ. αναλυτικά *R. Kleindiek* , *Wissenschaft und Freiheit* , όπ. παρ., σελ. 184 επ.) , θα πρέπει να σημειωθεί ότι ορθότερη είναι η δεύτερη ερμηνευτική εκδοχή (μη συνταγματική κατοχύρωση της προστασίας των ζώων) . Η αναγωγή οποιουδήποτε έννομου αγαθού δεν κατοχύρωσε ρητώς το Σύνταγμα στην αρχή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας (προκειμένου να αποκτήσουν συνταγματικό θεμέλιο οι ως αναγκαίοι εμφανιζόμενοι περιορισμοί των

Ανεξάρτητα , πάντως , από τ' ανωτέρω , οποιαδήποτε προσπάθεια επίλυσης της σύγκρουσης⁴⁶ μεταξύ ελευθερίας της τέχνης και άλλων συνταγματικών έννομων αγαθών θα πρέπει να προσανατολισθεί στην ακόλουθη βασική παραδοχή : Όλες οι συνταγματικές διατάξεις και όλα τα συνταγματικά έννομα αγαθά είναι καταρχήν ισοδύναμα , χωρίς να υφίσταται μεταξύ τους ιεραρχική σχέση⁴⁷. Η αποδοχή μίας ιεραρχικής τάξης αξιών (Wertangordnung) , βάσει της οποίας η μία συνταγματική διάταξη υπερτερεί a priori και σε κάθε περίπτωση της άλλης , θα μετέτρεπε το Σύνταγμα σε ένα άθροισμα αλληλοαναιρούμενων και ασύμβατων μεταξύ τους διατάξεων , αποτέλεσμα που , ασφαλώς , δεν συμβιβάζεται με την ερμηνευτική αρχή της ενότητας του Συντάγματος (Einheit der Verfassung)⁴⁸ . Εκτός τούτου , το προστατευόμενο πεδίο οποιουδήποτε (συνταγματικού) έννομου αγαθού μπορεί να παρομοιασθεί με έναν κύκλο : Οι πράξεις που βρίσκονται στο κέντρο του κύκλου

ανεπιφύλακτων δικαιωμάτων) , δεν είναι σύμφωνη με τον θεμελιώδη χαρακτήρα της αρχής αυτής . Ο συντακτικός νομοθέτης , με την κατοχύρωση της ανθρώπινης αξιοπρέπειας , θέλησε να αποτρέψει την βάνανση προσβολή του πυρήνα της ανθρώπινης προσωπικότητας (π.χ. βασανισμός ανθρώπων) και όχι να απαγορεύσει οποιαδήποτε κοινωνικά μη αποδεκτή συμπεριφορά .

⁴⁶ Με τον όρο «σύγκρουση» εννοείται εδώ το φαινόμενο , κατά το οποίο «τα έννομα αποτελέσματα που προκύπτουν από τη συγκεκριμένη εφαρμογή ενός συνταγματικού κανόνα συρρικνώνουν το κανονιστικό πλαίσιο ομοειδούς ή ομοειδών κανόνων» (Π. Παυλόπουλου , Δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων ή δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας του Συντάγματος , ΝοΒ 1988 , σελ. 13 [19]) . Βέβαια , η επιλογή του όρου «σύγκρουση» για την περιγραφή του εν λόγω φαινομένου δεν είναι ανεπίδεκτη δογματικών αντιρρήσεων (βλ. αναλυτικά Π. Παυλόπουλου , όπ. παρ., σελ. 19 επ.) , χρησιμοποιείται , όμως , και στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης , επειδή έχει επικρατήσει στο μεγαλύτερο μέρος της θεωρίας και της νομολογίας .

⁴⁷ Έτσι και η απολύτως κρατούσα άποψη στη θεωρία . Βλ. λ.χ. Α. Μάνεση , Ατομικές ελευθερίες , 4^η έκδ., 1982 , σελ. 43 , Α. Μανιτάκη , Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας , 1994 , σελ. 184 , Κ. Χρυσόγονου , Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα , όπ. παρ., σελ. 98 επ., Π. Παυλόπουλου , Δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας , όπ. παρ., σελ. 20 επ., Δ. Τσάτσου , Συνταγματικό δίκαιο , όπ. παρ., σελ. 265 296 επ., Α. Ράϊκου , Παραδόσεις συνταγματικού δικαίου , όπ. παρ., σελ. 223 επ. Το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχεται μεν την τυπική ισοδυναμία όλων των συνταγματικών διατάξεων (βλ. ΣτΕ 292/1984 , ΤοΣ 1985 , σελ. 211 επ.) , παραλληλα , όμως , υιοθετεί την άποψη ότι ορισμένες συνταγματικές διατάξεις υπερτερούν « από τη φύση τους » έναντι άλλων , καταλήγοντας έτσι κατ' αποτέλεσμα σε μία ιεράρχηση των συνταγματικών κανόνων. Βλ. ΣτΕ 1239/1982 (ΝοΒ 1983 , σελ. 113) , σύμφωνα με την οποία οι ρυθμίσεις του άρθρου 24 Σ (προστασία του περιβάλλοντος) κατ'εξουσιοδότηση των ρυθμίσεων του άρθρου 17 Σ (προστασία της ιδιοκτησίας) . Για περαιτέρω αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας που υιοθετούν την ιεραρχική αυτή σχέση μεταξύ της προστασίας του περιβάλλοντος και του ατομικού δικαιώματος της ιδιοκτησίας βλ. Β. Ρώτη , Η συνταγματική προστασία του περιβάλλοντος - Αμφιλεγόμενες νομολογιακές τάσεις ως προς την έκταση και την αποτελεσματικότητά της , ΤοΣ 1986 , σελ. 553 [566 επ.] . Εάν ήθελε να ακολουθήσει κανείς με συνέπεια τη νομολογία αυτή , θα έπρεπε να δεχθεί ότι η παραμικρή ωφέλεια του (φυσικού ή πολιτιστικού) περιβάλλοντος καθιστά συνταγματικά ανεκτή ακόμα και την αναίρεση του πυρήνα της ιδιοκτησίας . Καταδεικνύεται , συνεπώς , ότι η λύση της σύγκρουσης μεταξύ συνταγματικών διατάξεων δεν μπορεί να συνίσταται στην διαπίστωση μίας (τυπικής ή ουσιαστικής) ιεραρχικής σχέσης μεταξύ τους , αλλά στην οριοθέτησή τους κατά τρόπο ώστε να διατηρούν και οι δύο την μεγαλύτερη δυνατή κανονιστική εμβέλεια .

⁴⁸ Για την αρχή της ενότητας του Συντάγματος βλ. Η. Ehmke , Prinzipien der Verfassungsinterpretation , VVDStRL 20 [1963] , σελ. 77 επ. και Κ. Hesse , Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland , 20η έκδ., 1995 , Rn. 71.

αυτού και αποτελούν τον πυρήνα του έννομου αγαθού , αξιώνουν μεγαλύτερη προστασία απ' αυτές που βρίσκονται στην περιφέρειά του⁴⁹ . Δεν υφίσταται , δηλαδή, μία εκ των προτέρων δεδομένη και αμετάβλητη βαρύτητα του έννομου αγαθού , η οποία θα μπορούσε να συγκριθεί με την (επίσης αμετάβλητη) βαρύτητα του συγκρουόμενου έννομου αγαθού . Κατά συνέπεια , δεν είναι δυνατή η συναγωγή μίας αφηρημένης ιεραρχικής σχέσης μεταξύ αντιτιθέμενων συνταγματικών έννομων αγαθών .

Η αρχή της ισοδυναμίας των συνταγματικών διατάξεων δεν φαίνεται , όμως , να είναι τόσο αυτονόητη για εκείνη τη θεωρία , η οποία - προφανώς επηρεασμένη από το γεγονός ότι η ελευθερία της τέχνης κατοχυρώνεται χωρίς επιφύλαξη του νόμου⁵⁰ - δέχεται ότι το ατομικό αυτό δικαίωμα υπερισχύει των συγκρουόμενων συνταγματικών έννομων αγαθών . Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η σχέση μεταξύ ελευθερίας της τέχνης και προστασίας της νεότητας : Έχει υποστηριχθεί ευρέως η άποψη (κυρίως στη Γερμανία , όπου η ελευθερία της καλλιτεχνικής έκφρασης κατοχυρώνεται ομοίως χωρίς νομοθετική επιφύλαξη⁵¹) ότι η ελευθερία της τέχνης κατισχύει σε κάθε περίπτωση της προστασίας της νεότητας⁵² . Οι υποστηρικτές , ωστόσο , της ερμηνευτικής αυτής εκδοχής προκειμένου να αποφύγουν τα ανεπιεική και άτοπα αποτελέσματα της άποψής τους (π.χ. δυνατότητα διάδοσης και του πιο «επικίνδυνου» έργου στους ανήλικους) , προβαίνουν σε μία συσταλτική ερμηνεία του όρου τέχνη και εξαιρούν τα επικίνδυνα για τα νεότητα έργα (π.χ. άσεμνα) από το προστατευόμενο πεδίο της ελευθερίας της τέχνης⁵³ . Κατ' αυτόν τον

⁴⁹ Βλ., αντί άλλων , *R. Wendt* , *Der Garantiegehalt der Grundrechte und das übermassverbot* , ΑφR 104 [1979] , σελ. 414 [446 επ.] , με παραπέρα παραπομπές στη νομολογία του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου .

⁵⁰ Από την κατοχύρωση ενός ατομικού δικαιώματος χωρίς νομοθετική επιφύλαξη δεν μπορεί να συναχθεί το συμπέρασμα ότι το δικαίωμα αυτό έχει υπέρτερη (τυπική ή ουσιαστική) ισχύ έναντι άλλων ατομικών δικαιωμάτων και συνταγματικών προστατευόμενων έννομων αγαθών . Θα ήταν άτοπο λ.χ. να δεχθούμε ότι το δικαίωμα της ελευθερίας της έκφρασης (άρθρο 14 Σ) είναι υποδεέστερο της ελευθερίας της τέχνης , επειδή ο συντακτικός νομοθέτης το κατοχύρωσε με νομοθετική επιφύλαξη σε αντίθεση με το δικαίωμα που απορρέει από τη διάταξη του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ .

⁵¹ Άρθρο 5 παρ. 3 του Θεμελιώδους Νόμου της Βόννης.

⁵² Αντίθετα , η ελληνική νομολογία φαίνεται να δέχεται ότι υπερισχύει σε κάθε περίπτωση το έννομο αγαθό , το οποίο προσβάλλεται από την άσκηση της καλλιτεχνικής δραστηριότητας . Βλ. την ΜονΠρωτΑθ 17115/1988 (Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου 1989 , σελ. 216 επ.) : Απόλυτη υπεροχή του θρησκευτικού συναισθήματος των άλλων έναντι της ελευθερίας της τέχνης . Ανάλογες αποφάσεις απαντώνται και στο πλαίσιο άλλων ανεπιφύλακτων ατομικών δικαιωμάτων . Βλ. την ΜονΠρωτΘεσ 18134/1998 («Λεξικό Μπαμπινιώτη» , Δ 1998 , σελ. 1063 επ.) : Απόλυτη υπεροχή του δικαιώματος της προσωπικότητας έναντι της επιστημονικής ελευθερίας (με - συνταγματικά ανεπίτρεπτες - υποδείξεις για το πως ο επιστήμονας θα ασκήσει το ατομικό του δικαίωμα : «Ένα καλό λεξικό δεν μεταγράφει μόνο τη γλωσσική πραγματικότητα , αλλά έχει την αποστολή και να διδάσκει» , όπ. παρ., σελ. 1065) .

⁵³ Έτσι λ.χ. ο *R. Dünnwald* , *Kunst und Unzüchtigkeit* , *Juristische Rundschau* 1965 , σελ. 46 [48] . Η άποψη , ότι τα άσεμνα έργα αποκλείεται εξ ορισμού να φέρουν καλλιτεχνικό χαρακτήρα , έχει υποστηριχθεί ευρέως και στην ελληνική νομική θεωρία . Έτσι λ.χ. οι *Γ. Κρίππας* , Η προστασία των ανήλικων , όπ. παρ., σελ. 165 επ., *Α. Καρράς* , Παρατηρήσεις επί της από 15-12-1969 απόφασης του Πλημμελοδικείου Darmstadt , ΠοινΧρον 1971 , σελ. 349 [350] , *Δ. Σιδέρης* , Άσεμνα θεάματα και κινηματογράφος , Αρμ 1984 , σελ. 97 [104] . Κατά της ερμηνευτικής αυτής εκδοχής συνηγορεί και το πλάσμα δικαίου , το οποίο καθιερώνεται με τη διάταξη του άρθρου 30 του ν. 5060/1931 και σύμφωνα με το οποίο τα έργα τέχνης δεν

τρόπο καταλήγουν στο ακριβώς αντίθετο αποτέλεσμα απ' αυτό που φαινομενικά διακηρύττουν , στο απόλυτο , δηλαδή, προβάδισμα της προστασίας της νεότητας έναντι της ελευθερίας της τέχνης .

Το εν λόγω παράδειγμα καταδεικνύει ότι η αποδοχή μίας ιεραρχικής σχέσης μεταξύ ελευθερίας της τέχνης και των υπολοίπων συνταγματικών έννομων αγαθών - εκτός του ότι δεν βρίσκει κανένα απολύτως έρεισμα στο ισχύον συνταγματικό δίκαιο- οδηγεί και σε επικίνδυνες αντιφάσεις που αναιρούν κάθε έννοια δογματικής συνέπειας . 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 τις αρχές της πρακτικής εναρμόνισης (praktische Konkordanz)⁵⁴.

B. Η επίλυση της σύγκρουσης.

1. Η επίλυση της σύγκρουσης από τον νομοθέτη.

Η ανωτέρω διαπίστωση (ότι , δηλαδή , σε κάθε περίπτωση σύγκρουσης της ελευθερίας της τέχνης με άλλα συνταγματικά έννομα αγαθά θα πρέπει να λάβει χώρα μία οριοθέτηση των αντιτιθέμενων έννομων αγαθών κατά την αρχή της πρακτικής εναρμόνισης) δεν εξαντλεί και τα ερμηνευτικά ζητήματα , αφού τίθεται το ερώτημα , ποιο όργανο είναι αρμόδιο για την οριοθέτηση αυτή . Με άλλες , λέξεις στην επίλυση της σύγκρουσης μεταξύ ελευθερίας της τέχνης και προστασίας της νεότητας είναι υποχρεωμένος να προβεί ο νομοθέτης βάσει κανόνων δικαίου με γενικό και αφηρημένο χαρακτήρα ή , αντίθετα , ο εφαρμοστής του δικαίου (διοίκηση και δικαστική εξουσία) βάσει των συνθηκών της κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης ;

Η απάντηση στο ερώτημα αυτό (το οποίο παρά τη θεμελιώδη σημασία ελάχιστα έχει απασχολήσει την ελληνική θεωρία και νομολογία και η προβληματική του οποίου δεν μπορεί να εξαντληθεί στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης⁵⁵) θα πρέπει να προσανατολισθεί στις ακόλουθες σκέψεις : Η χάραξη των περιορισμών ενός ατομικού δικαιώματος είναι τόσο σημαντικό ζήτημα⁵⁶ (όχι μόνο για τον φορέα του εκάστοτε δικαιώματος , αλλά και για την έννομη τάξη γενικότερα) , ώστε σε αυτήν

θεωρούνται άσεμνα (εκτός από την περίπτωση που πωλούνται σε ανηλίκους . Για τη διάταξη αυτή βλ. κατωτέρω , υπό III B1) . Ο νομοθέτης , όμως , χρησιμοποιεί ένα πλάσμα δικαίου όταν « ηθελημένως αλλοιώνει ή παραμορφώνει την πραγματικότητα , εις τρόπον ώστε το άλλο τούτο περιστατικόν να εκλαμβάνεται ως υφιστάμενον αντί του πράγματι συντρέχοντος » (*Κ. Σημαντήρα* , Γενικά αρχαί του αστικού δικαίου , 2^η έκδ., ημίτ. α' , 1976 , σελ. 63 υποσ. 4) .

⁵⁴ Βλ. *K. Hesse* , Grundzüge , όπ. παρ. , αρ. 72 .

⁵⁵ Από τη γερμανική νομολογία και βιβλιογραφία βλ. , αντί άλλων , BVerfGE 83 , 130 [143] (ειδικά για την ελευθερία της τέχνης) και *H. Bethge* , Zur Problematik von Grundrechtskollisionen , 1977 , σελ. 272 επ. , *H. Sandler* , Gesetzes- und Richtervorbehalt im Asylrecht , in : Festschrift für W. Zeidler , I , 1987 , σελ. 871 επ. (γενικότερα για τη χάραξη των ορίων των ατομικών δικαιωμάτων) .

⁵⁶ Πρβλ. και την «Wesentlichkeitstheorie» , σύμφωνα με την οποία όλες οι σημαντικές αποφάσεις θα πρέπει να λαμβάνονται από το νομοθέτη . Για τη θεωρία αυτή βλ. *v. Arnim* , Zur «Wesentlichkeitstheorie» des Bundesverfassungsgerichts , DVBl 1987 , σελ. 1241 επ. , με παραπέρα παραπομπές στη νομολογία του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου

θα πρέπει να προβεί ο νομοθέτης⁵⁷ με την άμεση δημοκρατική του νομιμοποίηση . Στο ίδιο συμπέρασμα οδηγεί , επίσης , όχι μόνον η αρχή της ασφάλειας του δικαίου , αλλά και η παραδοχή ότι η συγκεκριμενοποίηση του Συντάγματος (και ως τέτοια θα πρέπει να θεωρηθεί η οριοθέτηση συγκρουόμενων συνταγματικών έννομων αγαθών) εναπόκειται στη νομοθετική και όχι στην εκτελεστική ή τη δικαστική εξουσία ⁵⁸ .

Μία περίπτωση επίλυσης της σύγκρουσης μεταξύ ελευθερίας της τέχνης και ενός συγκρουόμενου συνταγματικού έννομου αγαθού από τον ίδιο τον νομοθέτη απαντάται στις νομοθετικές διατάξεις , οι οποίες συγκεκριμενοποιούν την συνταγματική επιταγή περί προστασίας της νεότητας⁵⁹ (άρθρο 21 παρ. 1 και 3 Σ)⁶⁰ . Ειδικότερα , η διάταξη του άρθρου 29 του ν. 5060/1931 («Περί τύπου , προσβολών της τιμής εν γένει και άλλων σχετικών διατάξεων») ⁶¹ ποινικοποιεί την κυκλοφορία των άσεμνων εντύπων , εκείνων , δηλαδή , που προσβάλλουν την δημόσια αιδώ⁶² .

⁵⁷ Η υποχρέωση , μάλιστα , αυτή βαρύνει - τουλάχιστον καταρχήν - τον τυπικό νομοθέτη . Το ίδιο ισχύει και για όλα τα ζητήματα που σχετίζονται άμεσα με την άσκηση των ατομικών δικαιωμάτων . Πρβλ. το ΠΕ ΣτΕ 434/1996 , το οποίο αναφέρεται στην ίδρυση και τη λειτουργία των επιχειρήσεων ιδιωτικής αστυνόμευσης : « Η ίδρυση ιδιωτικών επιχειρήσεων παροχής υπηρεσιών αστυνομικής φύσεως, οι οποίες ως εκ του αντικειμένου των δραστηριοτήτων τους , ασκούν επεμβάσεις στις ατομικές ελευθερίες των πολιτών (προσωπική ελευθερία , απόρρητο ιδιωτικού βίου , απόρρητο επικοινωνίας , συνδικαλιστική ελευθερία , δικαίωμα του συνέρχεσθαι) πρέπει να ρυθμίζεται με ειδική εξουσιοδότηση νόμου που να θέτει ένα πλαίσιο αρχών και ρυθμίσεων μέσα στο οποίο θα κινηθεί ο κανονιστικός νομοθέτης ... » . Ακόμα πιο αυστηρή η άποψη της μειοψηφίας , η οποία δέχεται ότι όλα τα σχετικά ζητήματα θα πρέπει να ρυθμίζονται με τυπικό νόμο , χωρίς τη δυνατότητα έκδοσης κανονιστικών πράξεων κατόπιν ειδικής νομοθετικής εξουσιοδότησης .

⁵⁸ Βλ. *K. Hesse* , Grundzüge , όπ. παρ. , αρ. 83 .

⁵⁹ Οι δυσκολίες , που αντιμετωπίζει ο ερμηνευτής ή εφαρμοστής του δικαίου σε θέματα ελευθερίας της τέχνης , αυξάνονται όταν τίθεται ζήτημα σύγκρουσης του ατομικού αυτού δικαιώματος με την προστασία της νεότητας . Και τούτο , διότι δεν έχει καταστεί μέχρι σήμερα δυνατό να εξακριβωθεί - με επιστημονικά τεκμηριωμένο τρόπο - ποιες είναι οι επικίνδυνες επιρροές , από τις οποίες θα πρέπει να προστατευθεί η νεότητα . Ακόμα και για την πορνογραφία , που συχνά θεωρείται ως κατεξοχήν επιβλαβής για τη νεότητα , δίστανται οι γνώμες : Άλλοι υποστηρίζουν ότι η πορνογραφία προκαλεί ψυχοπαθολογικές βλάβες και μπορεί να οδηγήσει στην τέλεση σεξουαλικών εγκλημάτων και άλλοι θεωρούν ότι λειτουργεί «καθαριστικά» , αποτρέποντας την εκδήλωση τέτοιων φαινομένων (βλ. , αντί άλλων , *H. Κρίππα* , Αρμ 1985 , σελ. 714 επ. , *A. Στεφανάδη* , Πορνογραφία και νομική πραγματικότητα , Νομική Επιθεώρηση Η' , σελ. 63 , 71 , *D. Schefold* , Jugendmedienschutz im freiheitlichen Rechtsstaat , in : Literatur vor dem Richter , 1988 , σελ. 93 [117 επ.]) . Πολλές , μάλιστα , φορές αμφισβητείται και η ίδια η σκοπιμότητα και αναγκαιότητα λήψης μέτρων χάριν της προστασίας της νεότητας . Βλ. λ.χ. την ΒVerfGE 90 , 1 [19 επ.] , όπου το Δικαστήριο δέχθηκε ότι η κριτική αντιπαράθεση των ανηλίκων με λανθασμένες και επικίνδυνες ιστορικές απόψεις (μη ευθύνη του εθνικοσοσιαλιστικού καθεστώτος της Γερμανίας για το δεύτερο παγκόσμιο πόλεμο) αποτελεί καλύτερο μέσο προστασίας των ανηλίκων απ' ό,τι η επιβολή περιορισμών , οι οποίοι προσδίδουν σε αυτές τις απόψεις την «εγκυρικότητα» του απαγορευμένου .

⁶⁰ Άρθρο 21 Σ : « 1. Η οικογένεια ... και η παιδική ηλικία τελούν υπό την προστασία του Κράτους ... 3. Το Κράτος ... παίρνει ειδικά μέτρα για την προστασία της νεότητας ... » .

⁶¹ Όπως τροποποιήθηκε με τη διάταξη του άρθρου 26 του ν.δ. 2493/1953 .

⁶² Για την έννοια του άσεμνου βλ. , ενδεικτικά , ΑΠ 1162/1979 (ΝοΒ 1980 , σελ. 896) , 1448/1984 (ΝοΒ 1984 , σελ. 1784 επ.) , 1831/1984 (ΝοΒ 1985 , σελ. 503 επ.) , 1194/1987 (ΝοΒ 1987 , σελ. 1448) , 1216/1987 (ΠοινΧρον 1988 , σελ. 40) , 38/1991 (Υ 1991 , σελ. 618 επ. με παρατηρήσεις *N. Παρασκευόπουλου*) , 1289/1992 (Υ 1992 , σελ. 1420 επ.) , 1509/1994 (ΠοινΧρον 1994 , σελ. 1255 επ.) , ΣυμβΕφΘεσσαλ 912/1990 (Υ 1991 ,

Σύμφωνα , όμως , με τη διάταξη του άρθρου 30 του ίδιου ως άνω νόμου ⁶³ , δεν «θεωρούνται άσεμνα τα έργα τέχνης ή επιστήμης και ιδίως αυτά που ανήκουν στην πολιτιστική δημιουργία της ανθρωπότητας ή που συμβάλλουν στην προώθηση της ανθρώπινης γνώσης , εκτός από την περίπτωση όπου προσφέρονται προς πώληση , πωλούνται ή παρέχονται ειδικά σε πρόσωπα ηλικίας κάτω των 18 ετών και για σκοπούς άλλους , εκτός από τη σπουδή» . Νομοθετικές διατάξεις που θεσπίζουν περιορισμούς της ελευθερίας της τέχνης για λόγους προστασίας της νεότητας απαντώνται και στο πεδίο της ραδιοτηλεόρασης . Συγκεκριμένα και σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 14 περ. α' του ν. 2328/1995 («*Νομικό καθεστώς της ιδιωτικής τηλεόρασης και της τοπικής ραδιοφωνίας , ρύθμιση θεμάτων της ραδιοτηλεοπτικής αγοράς και άλλες διατάξεις*») , οι τηλεοπτικοί σταθμοί (ιδιωτικοί και κρατικοί) «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 ... »⁶⁴ . 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 την κλιμάκωση αυτής της ενδεχόμενης βλάβης μετά την 21.30' τα πιο ήπια και μετά από την 00.00' ώρα τα υπόλοιπα ... ανάλογα με τις ηλικιακές ομάδες που παρακολουθούν τις εκπομπές αυτές , σύμφωνα με τις μετρήσεις τηλεθέασης » ⁶⁵ , ⁶⁶ . Οσον αφορά , τέλος, τις κινηματογραφικές ταινίες , η

σελ. 72 επ.) , 531/1991 (Υ 1991 , σελ. 1139) , ΠλημμΛαρ 3654/1986 (ΠοινΧρον 1986 , σελ. 950 επ. με παρατηρήσεις *I. Γιαννίδη*) , *Δ. Σπινέλλη* , Περί των άσεμνων δημοσιευμάτων , ΠοινΧρον 1970 , σελ. 496 επ., *I. Μανωλεδάκη* , Η χρησθή τομή , Δίκαιο και πολιτική , 1982 , σελ. 201 επ., *N. Ανδρουλάκη* , «Άσεμνο» και ποινή σήμερα , ΠοινΧρον 1983 , σελ. 209 επ., 339 επ., *I. Μυλωνά* , Η υπόθεση Müller - Μία άποψη του ΕυρΔΔΑ για τα άσεμνα - Σημεία αναφοράς για την ελληνική νομολογία , ΠοινΧρον 1991 , σελ. 772 επ. Μία ειδικότερη ανάλυση της έννοιας του άσεμνου στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης δεν είναι δυνατή . Είναι , ωστόσο , αναμφισβήτητο ότι η έννοια του άσεμνου είναι σχετική , υπό την έννοια ότι μεταβάλλεται στην πάροδο του χρόνου ανάλογα με τις κρατούσες κοινωνικές αντιλήψεις . Χαρακτηριστική είναι η μειοψηφία της ΕφΑθ 3420/1988 (ΕλλΔνη 1988 , σελ. 1519 επ.) , σύμφωνα με την οποία δεν είναι άσεμνα τα περιοδικά που αποτελούνται εξ ολοκλήρου από κείμενα και φωτογραφίες σεξουαλικού περιεχομένου . Η μειοψηφία αυτή θα ήταν αδιανόητη σε μία δικαστική απόφαση της δεκαετίας του '60.

⁶³ Όπως τροποποιήθηκε με τη διάταξη του άρθρου 3 του ν. 1291/1982.

⁶⁴ Σύμφωνα , εξάλλου , με την ίδια διάταξη , τα τηλεοπτικά προγράμματα « δεν πρέπει να περιλαμβάνουν καμία παρότρυνση σε μίσος λόγω διαφοράς φυλής , φύλου , θρησκείας ή ιθαγένειας ».

⁶⁵ Βλ. και την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 22 της Οδηγίας 89/552/ΕΟΚ του Συμβουλίου «για το συντονισμό ορισμένων νομοθετικών , κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών σχετικά με την άσκηση τηλεοπτικών δραστηριοτήτων». Επίσης , ο ν. 2328/1995 περιέχει και περαιτέρω διατάξεις , οι οποίες αποσκοπούν στην προστασία της νεότητας και εισάγουν περιορισμούς στη διάδοση των καλλιτεχνικών έργων μέσω της τηλεόρασης : Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 3 περ. δ' του εν λόγω νόμου , η «*τηλεοπτική διαφήμιση δεν πρέπει να θίγει ηθικά ή σωματικά τους ανηλίκους*» κατά τα εκεί καθοριζόμενα ειδικότερα κριτήρια (για την ιδιότητα της διαφήμισης ως έργου τέχνης βλ. *B. Σκουρή* , Η ελευθερία της διαφήμισης , όπ. παρ., σελ. 48). Άλλες διατάξεις του ίδιου ως άνω νόμου θεσπίζουν περιορισμούς χάριν της νεότητας , αναφέρονται , όμως , στις ειδησεογραφικές (και όχι στις καλλιτεχνικές) εκπομπές . Βλ. τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 14 εδ. β' , η οποία ορίζει ότι η απαγορεύεται η παρουσίαση ανηλίκων μαρτύρων ή θυμάτων ή δραστών εγκληματικών ενεργειών από τις ειδησεογραφικές και άλλες ενημερωτικές εκπομπές . Για την τελευταία αυτή διάταξη βλ. την από 10-7-1997 απόφαση του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης , την επ' αυτής εκδοθείσα απόφαση του Υπουργού Τύπου και Μέσων

διάταξη του άρθρου 36 του ν. 1597/1986 («Προστασία και ανάπτυξη της κινηματογραφικής τέχνης, ενίσχυση της ελληνικής κινηματογραφίας και άλλες διατάξεις») προβλέπει την υποχρέωση υποβολής κάθε ταινίας - πριν από την προβολή της⁶⁷ - σε μία επιτροπή νεότητας του Υπουργείου Πολιτισμού⁶⁸. Η επιτροπή αυτή κατατάσσει τις ταινίες σε μία από τις ακόλουθες κατηγορίες: κατάλληλη για ανηλίκους, περιορισμένης καταλληλότητας (απαγόρευση παρακολούθησης σε νέους που δεν συμπλήρωσαν το 13^ο έτος), ακατάλληλη για ανηλίκους (απαγόρευση παρακολούθησης σε νέους που δεν συμπλήρωσαν το 17^ο έτος) και αυστηρά ακατάλληλη για ανηλίκους.

Οι ανωτέρω διατάξεις αποτελούν μία κλασική περίπτωση οριοθέτησης συγκρουόμενων συνταγματικών διατάξεων (ελευθερία της τέχνης και προστασία της νεότητας) από τον ίδιο το νομοθέτη κατά την αρχή της πρακτικής εναρμόνισης, κατά τρόπο, δηλαδή, ώστε και τα δύο αντιτιθέμενα έννομα αγαθά να διατηρούν την κανονιστική τους εμβέλεια και κανένα απ' αυτά να μην επιβάλλεται απολύτως εις βάρος του άλλου: Εκεί όπου είναι δυνατή η διάκριση ανάμεσα σε ανήλικους και ενήλικους (άσεμνα έντυπα και κινηματογραφικές ταινίες), ο νομοθέτης έδωσε το προβάδισμα στην προστασία της νεότητας, διασφαλίζοντας, όμως, ταυτόχρονα το δικαίωμα του καλλιτέχνη για διάδοση του επικίνδυνου για την νεότητα έργου του στους ενήλικους πολίτες⁶⁹, ⁷⁰. Ειδικά, μάλιστα, όσον αφορά τις κινηματογραφικές

Μαζικής Ενημέρωσης και την ΕΑ ΣτΕ 698/1997 (δημοσιευμένες in: ΤοΣ 1997, σελ. 959 επ. - υπόθεση της εκπομπής «Κεντρί» του τηλεοπτικού σταθμού «ANTENNA») καθώς επίσης και την ΤριμΔιοικΠρωτΠειρ 216/1996 (Διδικ 1997, σελ. 751 επ.).

⁶⁶ Η παράβαση των προαναφερθεισών διατάξεων επισύρει τις προβλεπόμενες από τη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 1 του ν. 2328/1995 κυρώσεις (σύσταση, χρηματικό πρόστιμο, προσωρινή αναστολή της λειτουργίας του σταθμού, ανάκληση της άδειας λειτουργίας). Οι κυρώσεις αυτές επιβάλλονται με απόφαση του Υπουργού Τύπου και Μέσων Μαζικής Ενημέρωσης ύστερα από σύμφωνη γνώμη του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης.

⁶⁷ Στο σημείο αυτό τίθεται το ζήτημα, εάν είναι συνταγματικά επιτρεπτός ο προληπτικός έλεγχος των κινηματογραφικών ταινιών. Από τη διάταξη του άρθρου 15 παρ. 1 Σ («Οι προστατευτικές για τον τύπο διατάξεις του προηγούμενου άρθρου [μεταξύ των οποίων η απαγόρευση της λογοκρισίας και κάθε άλλου προληπτικού μέτρου] δεν εφαρμόζονται στον κινηματογράφο...») θα μπορούσε να συναχθεί το συμπέρασμα ότι ο συντακτικός νομοθέτης δεν απαγόρευσε τα προληπτικά μέτρα που στρέφονται κατά κινηματογραφικών ταινιών. Αντίθετος ο Π. Δαγτόγλου, Ατομικά δικαιώματα, όπ. παρ., αρ. 917, με την εξαίρεση των περιπτώσεων εκείνων όπου «δεν είναι αλλιώς δυνατή η προστασία άλλου έννομου αγαθού που επίσης προστατεύεται από το Σύνταγμα. Μια τέτοια περίπτωση είναι η προς προστασία της νεότητας και της παιδικής ηλικίας προβλεπόμενη από το νόμο υποβολή κάθε κινηματογραφικής ταινίας στην ειδική επιτροπή νεότητας...».

⁶⁸ Για την επιτροπή αυτή βλ. κατωτέρω, υπό IV.

⁶⁹ Τη συνταγματικότητα της διάταξης του άρθρου 30 του ν. 5060/1931 περί απαγόρευσης διάδοσης του άσεμνου καλλιτεχνικού έργου στους ανήλικους δέχεται και ο Π. Δαγτόγλου, Ατομικά δικαιώματα, όπ. παρ., αρ. 925, σύμφωνα με τον οποίο η διάταξη αυτή «αποτελεί νομοθετική εκτέλεση της συνταγματικής επιταγής της προστασίας της νεότητας και της παιδικής ηλικίας εις βάρος της επίσης συνταγματικώς προστατευόμενης ελευθερίας της τέχνης. Δεδομένου ότι το Σύνταγμα δεν προσφέρει ρητή λύση για την σύγκρουση των δύο αυτών κανόνων είναι κατ' αρχήν συνταγματικά θεμιτή μια εύλογα διατυπωμένη και σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας εφαρμοζόμενη νομοθετική λύση».

⁷⁰ Η διασφάλιση του δικαιώματος διάδοσης του (επικίνδυνου για τη νεότητα) έργου στους ενήλικους πολίτες δεν είναι τόσο αυτονόητη, όπως αποδεικνύουν και οι σχετικές ρυθμίσεις αλλοδαπών έννομων τάξεων. Βλ. λ.χ. τις διατάξεις των άρθρων 3-5 του γερμανικού νόμου σχετικά με τη διάδοση των επικίνδυνων για τη νεότητα έργων (Gesetz

ταινίες , ο νομοθέτης προέβλεψε διάφορες κατηγορίες ακαταλληλότητας προκειμένου να μειώσει την ένταση των περιορισμών του ατομικού δικαιώματος της ελευθερίας της τέχνης .

Εκεί , αντίθετα , όπου το μέσο διάδοσης του καλλιτεχνικού έργου απευθύνεται αδιακρίτως σε ανήλικους και μη (τηλεόραση) και , κατά συνέπεια , οι περιορισμοί για λόγους προστασίας της νεότητας θίγουν αναγκαστικά και τους ενήλικους , ο νομοθέτης προέβη στην ακόλουθη διαφοροποίηση : Όταν το καλλιτεχνικό έργο ενδέχεται να βλάψει σοβαρά την ομαλή ανάπτυξη της προσωπικότητας των ανηλίκων και λόγω αυτής ακριβώς της σοβαρότητας της βλάβης , προέκρινε την προστασία των ανηλίκων απαγορεύοντας την προβολή του σχετικού προγράμματος . Όταν , από την άλλη , ενδέχεται να προκύψει κάποια βλάβη για τους ανήλικους τηλεθεατές , η βλάβη αυτή , όμως , δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως σοβαρή , ο νομοθέτης αποδέχθηκε την ύπαρξη κενών στην προστασία της νεότητας προκειμένου το ατομικό δικαίωμα της ελευθερίας της τέχνης να διατηρήσει (μέρος έστω) της κανονιστικής του εμβέλειας . Στην περίπτωση αυτή , τίθενται μόνον χρονικοί περιορισμοί , ανάλογα με την κλιμάκωση της ενδεχόμενης βλάβης και την ηλικιακή ομάδα που παρακολουθεί την εκάστοτε εκπομπή⁷¹ , ⁷² .

über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften - GjS) . Οι διατάξεις αυτές (αποσκοπώντας στην όσο δυνατόν πληρέστερη προστασία της νεότητας) απαγορεύουν όχι μόνο τη διάθεση των εν λόγω έργων στους ανήλικους , αλλά και την πώλησή τους στα περίπτερα , τη διάθεσή τους μέσω ταχυδρομείων και δανειστικών βιβλιοθηκών καθώς επίσης και τη διαφήμισή τους .

⁷¹ Οι προαναφερθείσες διατάξεις μπορεί να επιλύουν κατά συνταγματικά επιτρεπτό τρόπο τη σύγκρουση μεταξύ ελευθερίας της τέχνης και προστασίας της νεότητας , είναι , ωστόσο , αμφίβολο κατά πόσο διασφαλίζουν τα συμφέροντα των ανηλίκων . Καταρχήν , για τα έργα με υπερβολική και απάνθρωπη βία δεν υφίσταται διάταξη αντίστοιχη αυτής του άρθρου 29 του ν. 5060/1931 , μολονότι τα εν λόγω έργα είναι περισσότερο επικίνδυνα , τόσο για τους ίδιους τους ανήλικους όσο και για την κοινωνία γενικότερα . Είναι πραγματικά άστοχο να διώκονται ως άσεμνα «ευτελή» (από άποψη ποιότητας) , ταυτόχρονα , όμως , «ακίνδυνα» έργα (βλ. την ΑΠ 38/1991 [Υ 1991 , σελ. 618 επ.] για το χαρακτηρισμό ως άσεμνης της ταινίας «Εθνική Παπάδων») , τη στιγμή που η ελληνική αγορά βρίθκει από άλλα έργα , τα οποία - λόγω της προβαλλόμενης σε αυτά βίας - θίγουν τον πυρήνα της ανθρώπινης αξιοπρέπειας . Πέραν τούτου , επιτυχείς διατάξεις φαίνονται να έχουν περιέθει σε αχρησία . Τούτο ισχύει , κυρίως , για την προστασία της νεότητας από τηλεοπτικά προγράμματα , αφού το Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης φαίνεται να αδυνατεί να ανταποκριθεί στο ρόλο του . Μεμονωμένες αποφάσεις - βλ. λ.χ. την ΤριμΔιοικΠρωτΑθ 16227/1995 [Διδικ 1995 , σελ. 1230 επ.] , η οποία αναφέρεται σε επιβολή προστίμου λόγω προβολής σκηνών φρίκης από τηλεοπτικό σταθμό - απλώς αναδεικνύουν το πρόβλημα , χωρίς να το επιλύουν . Τέλος , η προστασία της νεότητας στο ελληνικό δίκαιο εμφανίζει μία αποσπασματικότητα και αναποτελεσματικότητα . Η προάσπιση των συμφερόντων των ανηλίκων επιδιώκεται πρωτίστως με διατάξεις του ποινικού δικαίου (ιδίως με τη διάταξη του άρθρου 29 του ν. 5060/1931 περί ασέμων) , παρά το γεγονός ότι μεμονωμένες εισαγγελικές παρεμβάσεις και ποινικές καταδίκες ελάχιστα αποδίδουν . Γι' αυτό το λόγο θα ήταν σκόπιμη η θεσμοθέτηση μίας ανεξάρτητης , πλουραλιστικά οργανωμένης διοικητικής αρχής , ανάλογης της γερμανικής Bundesprüfstelle (βλ. και κατωτέρω , υπό IV) , η οποία θα είχε ως αποστολή τον κατασταλτικό έλεγχο των εντύπων (υπό την ευρεία εννοία του όρου) για λόγους προστασίας της νεότητας . Μία τέτοια καινοτομία θα αντιμετώπιζε πιθανότατα τη μομφή της λογοκρισίας και του ανεπίτρεπτου περιορισμού της ελευθερίας της (καλλιτεχνικής) έκφρασης , μομφή , ωστόσο , η οποία δεν θα ευσταθούσε εάν ο νομοθέτης προνοούσε για την επάνδρωση της εν λόγω αρχής με εκπροσώπους των ενδιαφερομένων κύκλων (π.χ. καλλιτεχνών , εκδοτών , παραγωγών κλπ.) .

2. Η επίλυση της σύγκρουσης από τον εφαρμοστή του δικαίου.

Η περίπτωση της σύγκρουσης μεταξύ ελευθερίας της τέχνης και προστασίας της νεότητας αποτελεί, ωστόσο, μία από τις ελάχιστες περιπτώσεις, όπου ο κοινός νομοθέτης έχει ανταποκριθεί στην συνταγματικά επιβεβλημένη υποχρέωσή του για χάραξη των περιορισμών ενός ανεπιφύλακτου ατομικού δικαιώματος, όταν αυτό συγκρούεται με άλλα, συνταγματικώς προστατευόμενα έννομα αγαθά. Κατά κανόνα ο κοινός νομοθέτης «σιωπά», οπότε η επίλυση της σύγκρουσης μετατίθεται αναγκαστικά στον εφαρμοστή του δικαίου (διοίκηση και δικαστή), ο οποίος καλείται να αποφανθεί στην κάθε συγκεκριμένη περίπτωση χωρίς η απόφασή του να έχει προκαθορισθεί σε νομοθετικό επίπεδο.

Όταν λ.χ. ένα καλλιτεχνικό έργο περιέχει αποσπάσματα που πληρούν την αντικειμενική υπόσταση του ποινικού αδικήματος της δυσφήμισης (άρθρο 362 ΠΚ), ο ποινικός δικαστής καλείται να αποφασίσει, εάν στην συγκεκριμένη περίπτωση υπερισχύει η ελευθερία της τέχνης ή, αντίθετα, η προστασία της προσωπικότητας (άρθρα 2 παρ. 1 και 5 παρ. 1 Σ)⁷³. Στην πρώτη περίπτωση (υπεροχή της ελευθερίας της τέχνης), ο δικαστής είναι υποχρεωμένος να μην εφαρμόσει τη διάταξη του άρθρου 362 ΠΚ⁷⁴, ενώ στη δεύτερη περίπτωση (υπεροχή της προστασίας της

⁷² Για τη σύγκρουση μεταξύ ελευθερίας της τέχνης και προστασίας της νεότητας στις έννομες τάξεις των Ηνωμένων Πολιτειών της Αμερικής και της Γερμανίας βλ., αντιστοίχως, Σ. Τσακυράκη, Η ελευθερία του λόγου στις ΗΠΑ, 1997, σελ. 245 επ. και S. Vlachopoulos, Kunstfreiheit und Jugendschutz, όπ. παρ.

⁷³ Στην περίπτωση αυτή τίθεται το ζήτημα της τριτενέργειας των ατομικών δικαιωμάτων, εάν, δηλαδή, τα ατομικά δικαιώματα (π.χ. δικαίωμα της προσωπικότητας) παρέχουν προστασία όχι μόνον έναντι της κρατικής εξουσίας, αλλά και έναντι προσβολών που προέρχονται από ιδιώτες (π.χ. από έναν καλλιτέχνη κατά την άσκηση της δραστηριότητάς του). Θα μπορούσε, ενδεχομένως, να υποστηριχθεί ότι στην προκειμένη περίπτωση δεν υφίσταται τέτοιο ζήτημα: Όταν ένα καλλιτεχνικό έργο θίγει την προσωπικότητα ενός τρίτου προσώπου, τότε συγκρούεται η υποχρέωση του Κράτους για προστασία της προσωπικότητας με την υποχρέωση της κρατικής εξουσίας να απέχει από την επέμβαση στο ατομικό δικαίωμα της ελευθερίας της τέχνης. Αποδέκτης και των δύο ατομικών δικαιωμάτων είναι στην προκειμένη περίπτωση η κρατική εξουσία (προς αυτή την κατεύθυνση σε ανάλογη περίπτωση ο Δ. Τσάτσος, Συνταγματικό δίκαιο, όπ. παρ., σελ. 295 επ.). Μία τέτοια άποψη θεωρεί, όμως, ως δεδομένο ότι το Κράτος θα πρέπει να προστατεύει τα ατομικά δικαιώματα και από προσβολές που προέρχονται από ιδιώτες, ενώ αυτό ακριβώς είναι το ζητούμενο. Ορθότερο είναι να θεωρηθεί ότι το δικαίωμα της προσωπικότητας προστατεύεται και έναντι των ιδιωτών (π.χ. καλλιτεχνών) όχι a priori, αλλά στο μέτρο που αυτό προβλέπεται από διατάξεις της κοινής νομοθεσίας, όπως π.χ. από τη διάταξη του άρθρου 362 ΠΚ περί δυσφήμισης. Για την τριτενέργεια των ατομικών δικαιωμάτων και τις διάφορες απόψεις που έχουν διατυπωθεί επ' αυτού βλ., αντί άλλων, Α. Μάνεση, Ατομικές ελευθερίες, όπ. παρ., σελ. 48 επ., Π. Λαγτόγλου, Ατομικά δικαιώματα, όπ. παρ., αρ. 177 επ., Τ. Ηλιοπούλου - Στράγγα, Η «τριτενέργεια» των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων του Συντάγματος 1975, 1990, Γ. Κασσιμάτη, Το ζήτημα της τριτενέργειας των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων, ΤοΣ 1981, σελ. 1 επ.

⁷⁴ Βλ. τη διάταξη του άρθρου 367 ΠΚ: «Δεν αποτελούν άδικη πράξη: ... γ) οι εκδηλώσεις που γίνονται ... για τη διαφύλαξη (προστασία) δικαιώματος ή από άλλο δικαιολογημένο ενδιαφέρον». Η διάταξη αυτή δεν αίρει τον άδικο χαρακτήρα κάθε δυσφήμισης ή εξύβρισης όταν αυτή λαμβάνει χώρα στο πλαίσιο ενός καλλιτεχνικού έργου, αλλά επιτάσσει τη διενέργεια μίας στάθμισης συμφερόντων στην κάθε συγκεκριμένη περίπτωση».

προσωπικότητας) , ούτε η επίκληση της ελευθερίας της τέχνης είναι σε θέση να οδηγήσει στην αθώωση του καλλιτέχνη. Το ποιο από τα δύο έννομα αγαθά υπερισχύει στην κάθε συγκεκριμένη περίπτωση , μπορεί να κριθεί μόνο μέσω μίας στάθμισης των έννομων αγαθών και επί τη βάσει των συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης (Einzelfallabwägung) ^{75, 76}.

Η αναγκαιότητα της στάθμισης στην κάθε συγκεκριμένη περίπτωση - όταν ο κοινός νομοθέτης δεν έχει προβεί ο ίδιος σε μία πρακτική εναρμόνιση των συγκρουόμενων έννομων αγαθών - είναι , όμως , μία αυτονόητη παραδοχή . Αυτό που δεν είναι τόσο αυτονόητο , είναι τα κριτήρια στα οποία θα προσανατολισθεί η στάθμιση . Ο εκ των προτέρων καθορισμός των κριτηρίων αυτών είναι απαραίτητος , προκειμένου η στάθμιση συμφερόντων να μην καταλήξει σε μία αυθαίρετη διαδικασία , η οποία απλώς θα προσδίδει δογματικό κύρος σε μία προειλημμένη και υποκειμενική εκτίμηση του εφαρμοστή του δικαίου .

Ένα καταρχήν κριτήριο μπορεί να αναζητηθεί στην ένταση της προσβολής του έννομου αγαθού , το οποίο συγκρούεται στην συγκεκριμένη περίπτωση με την ελευθερία της τέχνης . Όσο πιο έντονη και μεγαλύτερης βαρύτητας είναι η προσβολή του έννομου αγαθού από την άσκηση της καλλιτεχνικής δραστηριότητας , τόσο πιο πιθανό είναι η στάθμιση συμφερόντων να αποβεί εις βάρος του ατομικού δικαιώματος της ελευθερίας της τέχνης . Το κριτήριο αυτό (βαρύτητα της προσβολής του συγκρουόμενου αγαθού) υπόκειται σε μία σειρά από περαιτέρω διαφοροποιήσεις. Για να επανέλθουμε στο προαναφερθέν παράδειγμα της σύγκρουσης μεταξύ ελευθερίας της τέχνης και προστασίας της προσωπικότητας , θα πρέπει να εξετάζεται ποια «ζώνη προστασίας» του έννομου αγαθού της προσωπικότητας έχει προσβληθεί στην συγκεκριμένη περίπτωση . Όταν λ.χ. ένα καλλιτεχνικό έργο θεωρηθεί ότι συνιστά συκοφαντική δυσφήμιση ενός πολιτικού προσώπου , δεν είναι άνευ σημασίας για το αποτέλεσμα της στάθμισης , εάν η δυσφήμιση αυτή σχετίζεται με την πολιτική δραστηριότητα ή τον ιδιωτικό βίο του

⁷⁵ Στάθμιση συμφερόντων απαιτείται και σε μία σειρά από άλλες περιπτώσεις , όπως λ.χ. όταν σε ένα καλλιτεχνικό έργο καθυβρίζεται μία θρησκεία (άρθρο 199 ΠΚ) ή όταν στο πλαίσιο μίας καλλιτεχνικής παράστασης καστρέφεται η ελληνική σημαία (άρθρο 181 ΠΚ , εφόσον δεχθούμε ότι η προστασία των συμβόλων του Κράτους τυγχάνει συνταγματικής κατοχύρωσης) . Η στάθμιση συμφερόντων είναι επίσης απαραίτητη , όταν με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ή με αγωγή ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων ζητείται η απαγόρευση της προβολής ή της έκθεσης ενός καλλιτεχνικού έργου με επίκληση του άρθρου 57 ΑΚ (δικαίωμα στην προσωπικότητα) .

⁷⁶ Για τη μέθοδο της στάθμισης συμφερόντων και τα ειδικότερα ζητήματα που σχετίζονται με αυτήν βλ., ενδεικτικά , *A. Ραΐκου* , Παραδόσεις συνταγματικού δικαίου , όπ. παρ., σελ. 222 επ., *Π. Λαζαράτου* , Το δικαίωμα ακροάσεως στη διοικητική διαδικασία , 1992, σελ. 493 επ., *Γ. Μιχαηλίδη - Νουάρου* , Το απαραβίαστο του ιδιωτικού βίου και η ελευθερία του τύπου , ΤοΣ 1983 , σελ. 369 [381 επ.] , *Δ. Τσάτσου* , Συνταγματικό δίκαιο , όπ. παρ., σελ. 297 επ., *B. Schlink* , Abwägung im Verfassungsrecht , 1976 , *H. Hubmann* , Die Methode der Abwägung , in : Festschrift für L.S. von Carolsfeld , 1972 , σελ. 173 επ. Θα πρέπει να τονισθεί ότι η στάθμιση συμφερόντων στην κάθε συγκεκριμένη περίπτωση είναι αποδεκτή , μόνον όταν ο νομοθέτης δεν έχει προβεί ο ίδιος στην οριοθέτηση των συγκρουόμενων έννομων αγαθών . Οπου υφίστανται νομοθετικές διατάξεις που επιλύουν κατά συνταγματικά επιτρεπτό τρόπο την εκάστοτε σύγκρουση (όπως στην περίπτωση της ελευθερίας της τέχνης και της προστασίας της νεότητας στο ελληνικό δίκαιο) , η απαίτηση μίας πρόσθετης στάθμισης συμφερόντων (προκειμένου να επιτευχθεί η «δίκαιη» λύση στη συγκεκριμένη περίπτωση) όχι μόνο αντιτίθεται στην αρχή της ασφάλειας του δικαίου , αλλά ενέχει και τον κίνδυνο να μετατραπεί η έννομη τάξη σε ένα πλέγμα από απεριόριστο αριθμό σταθμίσεων . Πρβλ. και *P. Lerche* , Übermass und Verfassungsrecht , 1961 , σελ. 129.

εκάστοτε προσώπου . Στη δεύτερη περίπτωση , το αγαθό της προσωπικότητας εισέρχεται με μεγαλύτερη βαρύτητα στην διαδικασία της στάθμισης , ενώ η βαρύτητα αυτή αυξάνεται όσο περισσότερο η προσβολή αφορά θέματα που άπτονται του πυρήνα του ιδιωτικού βίου .

Η βαρύτητα της προσβολής του συγκρουόμενου με την ελευθερία της τέχνης έννομου αγαθού δεν εξαρτάται , όμως , μόνον από το περιεχόμενο του καλλιτεχνικού έργου , αλλά και από τον αριθμό των αποδεκτών του . Διαφορετικά λ.χ. θα κριθεί η συκοφαντική δυσφήμιση μέσω ενός λογοτεχνικού έργου , το οποίο κυκλοφορεί σε μερικές χιλιάδες αντίτυπα , και διαφορετικά η ίδια ακριβώς δυσφήμιση , η οποία εμπεριέχεται σε μία κινηματογραφική ταινία που προβάλλεται στην τηλεόραση τις ώρες της μεγάλης τηλεθέασης⁷⁷ . Είναι φανερό ότι η βαρύτητα της προσβολής ενός έννομου αγαθού αυξάνεται , όσο περισσότερο αυξάνεται και ο αριθμός των αποδεκτών του καλλιτεχνικού έργου . Διαφοροποιήσεις επιβάλλονται , επίσης , και ανάλογα με το μέσο διάδοσης του καλλιτεχνικού έργου . Ετσι , ακόμα και αν δεχθούμε ότι η παρουσίαση ενός Χριστού με ανθρώπινες αδυναμίες στο πλαίσιο μίας κινηματογραφικής ταινίας προσβάλλει το δικαίωμα της προσωπικότητας των ορθόδοξων χριστιανών⁷⁸ , είναι πολύ σημαντικό για το αποτέλεσμα της στάθμισης εάν η κινηματογραφική αυτή ταινία προβάλλεται στις κινηματογραφικές αίθουσες ή στην τηλεόραση . Και τούτο , διότι ο καθένας προσέρχεται οικειοθελώς στις κινηματογραφικές αίθουσες γνωρίζοντας εκ των προτέρων (έστω και σε γενικές γραμμές) το περιεχόμενο της κινηματογραφικής ταινίας που πρόκειται να παρακολουθήσει , κάτι που δεν μπορεί να γίνει δεκτό - όχι , τουλάχιστον , στην ίδια έκταση - για τον τηλεθεατή της ίδιας ταινίας⁷⁹ . Βάσιμα ακόμη μπορεί να εικασθεί ότι η ένταση της προσβολής των συγκρουόμενων έννομων αγαθών είναι μεγαλύτερη στις κινηματογραφικές ταινίες (ανεξάρτητα από το εάν προβάλλονται στις κινηματογραφικές αίθουσες ή στην τηλεόραση) απ' ό,τι στα λογοτεχνικά έργα . Οι κινηματογραφικές ταινίες - λόγω του συνδυασμού των οπτικών και ακουστικών στοιχείων , της γρήγορης εναλλαγής των σκηνών και της ψευδαίσθησης της πραγματικότητας που δημιουργούν - «καθηλώνουν» κατά κανόνα τον θεατή και δυσχεραίνουν την κριτική αντιπαράθεση με το περιεχόμενο του έργου⁸⁰ .

Από την άλλη πλευρά της στάθμισης ως κριτήριο τίθεται η ένταση των περιορισμών του ατομικού δικαιώματος της ελευθερίας της τέχνης . Όσο πιο έντονος είναι ο περιορισμός αυτός και όσο περισσότερο προσεγγίζει τον πυρήνα του εν λόγω ατομικού δικαιώματος , τόσο περισσότερο αυξάνει η βαρύτητα της ελευθερίας της τέχνης και η πιθανότητα να αποβεί η στάθμιση υπέρ αυτής . Διαφορετικά θα κριθεί λ.χ. η - με απόφαση πολιτικού δικαστηρίου - απαγόρευση της κυκλοφορίας ενός καλλιτεχνικού έργου λόγω της προσβολής της προσωπικότητας τρίτων προσώπων και

⁷⁷ Διαφορετικά επίσης θα κριθεί ο ζωγραφικός πίνακας ή η γελοιογραφία που εκτίθεται σε μία αίθουσα τέχνης και διαφορετικά το ίδιο έργο που εκτίθεται σε δρόμο μίας πόλης . Για μία τέτοια περίπτωση (έκθεση άσεμνου ζωγραφικού πίνακα σε δρόμο μεγάλης πόλης) βλ. ΠλημμΛαρ 3654/1986 (ΠοινΧρον 1986 , σελ. 950 επ.) και ΑΠ 1210/1988 (ΠοινΧρον 1989 , σελ. 122 επ.) .

⁷⁸ Ετσι η ΜονΠρωτΑθ 17115/1988 (Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου 1989 , σελ. 216 επ.

⁷⁹ Βλ. επίσης και *Γ. Καμίνη* , Παρατηρήσεις επί της ΜονΠρωτΑθ 17115/1988 , Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου 1989 , σελ. 226 [233 επ.] .

⁸⁰ Πρβλ., αντί άλλων , *Δ. Σιδέρη* , Ασεμνα θεάματα και κινηματογράφος , όπ. παρ., σελ. 104 και *H. Ostendorf* , Literatur - (Straf)Justizielle Behinderungen und grundgesetzlich gewährte Literaturfreiheit , in : Literatur vor dem Richter , 1988 , σελ. 271 [274] , με παραπέρα παραπομπές στη βιβλιογραφία .

διαφορετικά η εκ υστέρων ποινική καταδίκη του καλλιτέχνη για τον ίδιο λόγο . Μπορεί γενικά ο ποινικός κολασμός να αποτελεί τη βαρύτερη μορφή των κρατικών κυρώσεων , η δικαστική απαγόρευση της κυκλοφορίας του καλλιτεχνικού έργου συνιστά , ωστόσο , στην συγκεκριμένη περίπτωση εντονότερη επέμβαση στο ατομικό δικαίωμα της ελευθερίας της τέχνης . Ο εφαρμοστής του δικαίου θα πρέπει , πάντως , να λάβει υπόψη του ότι η επιβολή οποιασδήποτε κρατικής κύρωσης εις βάρος καλλιτεχνικών έργων αναπτύσσει συνέπειες , οι οποίες δεν αφορούν μόνο το συγκεκριμένο έργο . Και τούτο , διότι οι κυρώσεις αυτές εμφανίζουν μία γενικότερη γενικοπροληπτική σημασία , εμποδίζοντας την δημιουργία και τη διάδοση καλλιτεχνικών έργων με ανάλογο περιεχόμενο .

Εκτός , όμως , από την βαρύτητα της προσβολής του συγκρουόμενου έννομου αγαθού και την ένταση των περιορισμών της ελευθερίας της τέχνης , η προκείμενη στάθμιση συμφερόντων θα μπορούσε να προσανατολισθεί και σε άλλα κριτήρια : Υπάρχουν λ.χ. περιπτώσεις , κατά τις οποίες η προσβολή άλλων έννομων αγαθών εμφανίζεται αναγκαία για την πραγμάτωση του καλλιτεχνικού σκοπού⁸¹ . Τούτο ισχύει ιδιαίτερα για καλλιτεχνικά είδη όπως η σάτιρα και η γελοιογραφία , τα οποία - προκειμένου να ανταποκριθούν στην «επιθετική» τους λειτουργία - εμφανίζουν μία τάση υπερβολής και δραματοποίησης υφιστάμενων καταστάσεων . Η διαπίστωση αυτή δεν έχει , βέβαια , την έννοια ότι η ελευθερία της τέχνης υπερτερεί σε κάθε περίπτωση του δικαιώματος της προσωπικότητας , το οποίο ενδεχομένως θίγεται από μία γελοιογραφία ή μία σατιρική θεατρική παράσταση . Ωστόσο , οι περιορισμοί για λόγους προστασίας της προσωπικότητας σε αυτά τα καλλιτεχνικά είδη είναι σπανιότεροι απ' ό,τι σε άλλες μορφές καλλιτεχνικής έκφρασης (π.χ. κινηματογραφικές ταινίες που αξιολογούν την ακρίβεια αναπαράσταση μίας ιστορικής περιόδου)⁸².

IV. Διαδικαστικές όψεις των περιορισμών της ελευθερίας της τέχνης.

Από τις ανωτέρω αναπτύξεις αναδείχθηκε μία αξιοσημείωτη αντίφαση : Η διάταξη του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ απαγορεύει μεν την επέμβαση της κρατικής εξουσίας στο ατομικό δικαίωμα της ελευθερίας της τέχνης , από την άλλη , όμως , το Κράτος υποχρεούται να επέμβει και να θεσπίσει περιορισμούς στο εν λόγω ατομικό δικαίωμα για λόγους προστασίας άλλων συνταγματικών έννομων αγαθών . Ως διέξοδος από τη διλημματική αυτή κατάσταση παρουσιάζεται η μετάθεση της αρμοδιότητας απόφασης επί ζητημάτων που αφορούν το πεδίο της τέχνης σε πλουραλιστικά οργανωμένα όργανα , τα οποία επανδρώνονται - καθ' ολοκληρίαν ή εν μέρει - από ειδικούς και εκπροσώπους των ενδιαφερόμενων φορέων⁸³ . Κατ' αυτόν τον τρόπο και το Κράτος ανταποκρίνεται στην συνταγματικά επιβεβλημένη υποχρέωσή του για προστασία των συγκρουόμενων με την ελευθερία της τέχνης

⁸¹ Πρβλ. και την ΑΠ 546/1983 (ΝοΒ 1983 , σελ. 714 [716]) , 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 ... » .

⁸² Για τα ανωτέρω , αλλά και για περαιτέρω κριτήρια στάθμισης (προσανατολισμένα στην περίπτωση της σύγκρουσης μεταξύ ελευθερίας της τέχνης και προστασίας της νεότητας) βλ. αναλυτικά *S. Vlachopoulos* , *Kunstfreiheit und Jugendschutz* , όπ. παρ. , σελ. 190 επ.

⁸³ Γενικότερα για τη συμμετοχή των ιδιωτών στη λήψη κρατικών αποφάσεων βλ. *A. Γέροντα* , *Η συμμετοχή των πολιτών και των κοινωνικών φορέων στη διαδικασία λήψης διοικητικών αποφάσεων* , 1986 .

έννομων αγαθών και οι σχετικές αποφάσεις λαμβάνονται κατ' ουσίαν από τους ίδιους τους ενδιαφερόμενους , κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται - στο μέτρο του δυνατού - η κρατική ανάμιξη στα θέματα που αφορούν την τέχνη. Παράλληλα , εξασφαλίζεται η λήψη της απόφασης από «ειδικούς» , οι οποίοι αντιπροσωπεύουν όλα τα εμπλεκόμενα συμφέροντα⁸⁴ .

Η πρακτική αυτή - η οποία είναι σύνηθης σε αλλοδαπές έννομες τάξεις⁸⁵ - δεν είναι άγνωστη και στο ελληνικό δίκαιο : Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 36 παρ. 2 του ν. 1597/1986 , η κατάταξη μίας ταινίας στις προαναφερθείσες κατηγορίες καταλληλότητας για τους ανήλικους διενεργείται από μία επιτροπή νεότητας , η οποία υπάγεται στην αρμοδιότητα του Υπουργείου Πολιτισμού . Η επιτροπή αυτή αποτελείται από ένα εκπρόσωπο του Υπουργείου Πολιτισμού , ένα εκπρόσωπο της Γενικής Γραμματείας Νέας Γενιάς , δύο σκηνοθέτες , ένα κριτικό κινηματογράφου , ένα κοινωνιολόγο , ένα παιδοψυχολόγο και εκπροσώπους της Διδασκαλικής Ομοσπονδίας Ελλάδος , της Ομοσπονδίας Λειτουργών Μέσης Εκπαίδευσης , της Εθνικής Φοιτητικής Ένωσης Ελλάδος και της Ανώτατης Συνομοσπονδίας Γονέων και Κηδεμόνων , οι οποίοι υποδεικνύονται από τις οργανώσεις αυτές⁸⁶ . Παρόμοιες επιτροπές επιφορτίζονται , εξάλλου , με συμβουλευτικές αρμοδιότητες . Έτσι , ο εισαγγελέας , προκειμένου να κρίνει εάν ένα άσεμνο έργο έχει καλλιτεχνική ιδιότητα , « μπορεί να προοκαλέσει συμβουλευτική γνωμοδότηση πενταμελούς επιτροπής , την οποία διορίζει ο ίδιος από παιδαγωγούς , καθηγητές της Ανωτάτης Σχολής Καλών Τεχνών και μέλη συλλόγων για την προστασία της παιδικής ηλικίας ή , όπου δεν

⁸⁴ Στο σημείο αυτό αναδεικνύεται η σημασία των οργανωτικών και διαδικαστικών κανόνων για την πραγμάτωση και την προστασία των ατομικών δικαιωμάτων . Για την πτυχή αυτή της δογματικής των ατομικών δικαιωμάτων («Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren») βλ., μεταξύ άλλων , *H. Bethge* , Grundrechtsverwicklung durch Organisation und Verfahren , NJW 1982 , σελ. 1 επ., *C. Starck* , Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwicklungen ? in : Festgabe für das Bundesverfassungsgericht , II , 1976 , σελ. 480 επ.

⁸⁵ Βλ. τη γερμανική Bundesprüfstelle (ανεξάρτητη διοικητική αρχή) , η οποία επανδρώνεται από εκπροσώπους όχι μόνο του Κράτους αλλά και των ενδιαφερομένων κοινωνικών φορέων (εκπροσώπους των καλλιτεχνών , των βιβλιοπωλών και εκδοτών , των οργανώσεων προστασίας της νεότητας , των εκπαιδευτικών και των εκκλησιών) και αποφασίζει για το ποια έντυπα θα υποστούν τους περιορισμούς που προβλέπονται από το νόμο σχετικά με τη διάδοση επικίνδυνων για την νεότητα εντύπων (GjS) . Για τη σύνθεση , τη διαδικασία λήψης αποφάσεων και όλα τα ειδικότερα ζητήματα που συνδέονται με την επιτροπή αυτή (π.χ. ένταση του δικαστικού ελέγχου των αποφάσεών της) βλ. αναλυτικά *S. Vlachopoulos* , Kunstfreiheit und Jugendschutz , όπ. παρ., σελ. 245 επ.

⁸⁶ Σύμφωνα , εξάλλου , με τη διάταξη του άρθρου 36 παρ. 2 του ν. 1597/1986 , τα «μέλη της επιτροπής , καθώς και οι αναπληρωτές τους ορίζονται με απόφαση του Υπουργού Πολιτισμού και η θητεία τους είναι ετήσια . Με την υπουργική απόφαση ρυθμίζεται η λειτουργία της επιτροπής , η αποζημίωση των μελών της και κάθε σχετικό θέμα . Μέχρι την έκδοση της υπουργικής απόφασης εξακολουθεί η λειτουργία των υφιστάμενων επιτροπών του Υπουργείου Προεδρίας , το έργο των οποίων διέπεται από τις διατάξεις αυτού του νόμου». Εξ όσων δε είναι γνωστό , μέχρι σήμερα - δώδεκα ολόκληρα χρόνια μετά την έναρξη ισχύος του εν λόγω νόμου - η σχετική υπουργική απόφαση δεν έχει εκδοθεί και έτσι οι κινηματογραφικές ταινίες εξακολουθούν να ελέγχονται ως προς την καταλληλότητά τους για τους ανήλικους από τις επιτροπές ελέγχου κινηματογραφικών ταινιών του Υπουργείου Προεδρίας (άρθρα 9 και 11 του ν.δ. 1108/1942 «Περί τροποποιήσεως , συμπληρώσεως και κωδικοποιήσεως των περί ελέγχου θεατρικών έργων , κινηματογραφικών ταινιών , δίσκων γραμμοφώνου και βιβλίων διατάξεων ») .

υπάρχουν τέτοια πρόσωπα , τριμελούς επιτροπής από παιδαγωγούς και λογίους» (άρθρο 30 ν. 5060/1931).

Η μετάθεση , ωστόσο , της (αποφασιστικής ή συμβουλευτικής) αρμοδιότητας σε πλουραλιστικά οργανωμένες επιτροπές γεννά περαιτέρω ζητήματα (η διεξοδική ανάλυση των οποίων δεν μπορεί να λάβει χώρα στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης) : Οι εκπρόσωποι ποιων φορέων πρέπει να συμμετέχουν στις εν λόγω επιτροπές ; (πρέπει λ.χ. να συμμετέχουν και εκπρόσωποι της εκκλησίας όταν τίθενται ζητήματα προστασίας της νεότητας , όπως συμβαίνει στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας⁸⁷ ;) . Στην περίπτωση που το ίδιο συμφέρον εκπροσωπείται από περισσότερες οργανώσεις (π.χ. περισσότερες οργανώσεις προστασίας της νεότητας ή περισσότερες ενώσεις σκηνοθετών) , με ποια κριτήρια θα προκριθεί η μία οργάνωση και θα αποκλεισθεί η άλλη ⁸⁸ ; Όταν μία οργάνωση υποδεικνύει ένα πρόσωπο ως εκπρόσωπό της , η διοίκηση είναι υποχρεωμένη να διορίσει το συγκεκριμένο αυτό πρόσωπο ή , αντίθετα , μπορεί να μην αποδεχθεί την πρόταση της οργάνωσης ; Μήπως η μεταβίβαση της αποφασιστικής αρμοδιότητας σε ιδιώτες (εκπρόσωποι κοινωνικών φορέων) θέτει ζήτημα παραβίασης της δημοκρατικής αρχής λόγω της έλλειψης δημοκρατικής νομιμοποίησης των προσώπων αυτών⁸⁹ ; Οι εν λόγω επιτροπές θα πρέπει να αποτελούνται αποκλειστικά από εκπροσώπους κοινωνικών (ιδιαίτερα καλλιτεχνικών) οργανώσεων ή , αντίθετα , είναι επιβεβλημένη και η συμμετοχή εκπροσώπων του Κράτους προκειμένου να αποφευχθεί ο κίνδυνος λήψης αποφάσεων από μία «καλλιτεχνική ολιγαρχία» ; Επιβάλλεται η θέσπιση ιδιαίτερων κανόνων λειτουργίας των οργάνων αυτών ; (π.χ. αυξημένη πλειοψηφία για τη λήψη απόφασης που περιορίζει το ατομικό δικαίωμα της ελευθερίας της τέχνης).

Τέλος , η θέσπιση των εν λόγω επιτροπών θέτει και ζήτημα της έντασης του δικαστικού ελέγχου των αποφάσεών τους . Ερωτάται , δηλαδή , εάν οι αποφάσεις των επιτροπών αυτών υπόκεινται σε πλήρη δικαστικό έλεγχο ή , εάν , αντίθετα , θα έπρεπε να αναγνωρισθεί και στην περίπτωση αυτή η ύπαρξη ενός «ελεύθερου πεδίου

⁸⁷ Πρβλ. τη διάταξη του άρθρου 9 παρ. 2 GjS, σύμφωνα με την οποία στη Bundesprüfstelle συμμετέχουν και εκπρόσωποι των εκκλησιών .

⁸⁸ Μία σκέψη θα ήταν να προκριθεί η οργάνωση εκείνη , η οποία έχει το μεγαλύτερο αριθμό μελών ή τη μεγαλύτερη αποδοχή στην κοινωνία και τους ενδιαφερόμενους κύκλους . Κατ' αυτόν τον τρόπο , όμως , δεν εξασφαλίζεται ο πλουραλισμός , στον οποίο ακριβώς αποσκοπεί ο εν λόγω ιδιαίτερος τρόπος οργάνωσης . Ως πιο ενδεδειγμένη λύση εμφανίζεται, συνεπώς , η εναλλαγή και η εκ περιτροπής συμμετοχή όλων των οργανώσεων που εκπροσωπούν ένα συγκεκριμένο συμφέρον.

⁸⁹ Η ΒVerfGE 83 , 130 [149] δέχεται - αναφερόμενη στη Bundesprüfstelle - ότι η συμμετοχή των εκπροσώπων των κοινωνικών φορέων δεν αντίκειται στην αρχή της δημοκρατικής νομιμοποίησης , αφού ο διορισμός τους λαμβάνει χώρα με πράξη του αρμόδιου Υπουργού (που αποτελεί μέλος της υπεύθυνης , έναντι του Κοινοβουλίου , Κυβέρνησης) . Η επιχειρηματολογία αυτή είναι πειστική μόνον όταν ο εκάστοτε Υπουργός δεν δεσμεύεται από την πρόταση της οργάνωσης και μπορεί να ζητήσει από την οργάνωση να προτείνει άλλο πρόσωπο . Στην αντίθετη περίπτωση, η πράξη διορισμού έχει καθαρά τυπικό χαρακτήρα και δεν είναι σε θέση να προσδώσει στους εκπροσώπους των κοινωνικών οργανώσεων δημοκρατική νομιμοποίηση , αφού δεν υφίσταται πια η «αλυσίδα» που συνδέει το λαό και τη Βουλή με το πρόσωπο που ασκεί δημόσια εξουσία (εκπρόσωποι κοινωνικών οργανώσεων) . Ορθότερο (αλλά και δογματικά συνεπέστερο) θα ήταν να δεχθούμε ότι αποκλίσεις από την αρχή της δημοκρατικής νομιμοποίησης είναι συνταγματικά επιτρεπτές , όταν δικαιολογούνται από υπέρτερους λόγους προστασίας των ατομικών δικαιωμάτων , όπως συμβαίνει εν προκειμένω .

κρίσεως» (Beurteilungsspielraum) ⁹⁰ κατά την υπαγωγή των πραγματικών δεδομένων της συγκεκριμένης περίπτωσης στις εφαρμοστέες αόριστες αξιολογικές έννοιες (π.χ. τέχνη) . Ορθότερη εμφανίζεται η δεύτερη ερμηνευτική εκδοχή . Και τούτο , όχι μόνο επειδή οι συμμετέχοντες στις πλουραλιστικές οργανωμένες επιτροπές διαθέτουν - κατά τεκμήριο τουλάχιστον - ειδικές γνώσεις και καλύτερη γνώση του αντικειμένου , αλλά και για τον ακόλουθο λόγο : Όπως σημειώθηκε ήδη , ο σκοπός θέσπισης των επιτροπών αυτών έγκειται στην όσο το δυνατόν μεγαλύτερη αποχή του κράτους από τη λήψη αποφάσεων που άπτονται της ελευθερίας της τέχνης και στην μετάθεση της αποφασιστικής αρμοδιότητας στους ίδιους τους φορείς του ατομικού δικαιώματος και στους εκπροσώπους των αντιτιθέμενων συμφερόντων . Αυτός , όμως , ο σκοπός του νομοθέτη θα αναιρείτο , εάν οι αποφάσεις των εν λόγω επιτροπών υπόκειντο σε πλήρη δικαστικό έλεγχο και η τελική απόφαση επιφυλασσόταν στον δικαστή ⁹¹ .

V. Συμπερασματικές παρατηρήσεις.

A. Γενικά αποδεκτός ορισμός , που να καλύπτει με πληρότητα όλες τις εκφάνσεις της τέχνης , δεν υφίσταται . Ωστόσο , η ένταξη ενός έργου σε ένα αναγνωρισμένο καλλιτεχνικό είδος , η ελεύθερη δημιουργία ως έκφραση της προσωπικότητας του καλλιτέχνη και η αισθητικής φύσεως επικοινωνία αποτελούν κριτήρια , η συνδυασμένη εφαρμογή των οποίων στην συγκεκριμένη περίπτωση μπορεί να οδηγήσει στην διαπίστωση της καλλιτεχνικής ή μη ιδιότητας του εκάστοτε έργου . Εξάλλου , στο πλαίσιο της αμυντικής λειτουργίας του ατομικού δικαιώματος της ελευθερίας της τέχνης απαγορεύεται οποιαδήποτε διαφοροποίηση ανάλογα με την ποιότητα του καλλιτεχνικού έργου .

⁹⁰ Για τη γενικότερη προβληματική του «ελεύθερου πεδίου κρίσεως» βλ., ενδεικτικά, Π. Δαγτόγλου , Γενικό διοικητικό δίκαιο , 4^η έκδ., 1997 , αρ. 341 επ., O. Bachof , Beurteilungsspielraum , Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht , JZ 1955 , σελ. 97 επ., F. Bertossa , Der Beurteilungsspielraum , 1984 , E. Schmidt - Assmann , in : MDHS , Art. 19 IV , αρ. 180 επ., με παραπέρα παραπομπές στη νομολογία και βιβλιογραφία . Η αποδοχή ενός τέτοιου πεδίου συνεπάγεται τον περιορισμό , όχι , όμως , και την εξάλειψη του δικαστικού ελέγχου . Συγκεκριμένα , το αρμόδιο δικαστήριο καλείται να κρίνει όχι μόνον εάν τηρήθηκαν οι κανόνες που αφορούν τη σύνθεση και τη λειτουργία του αποφασίζοντος οργάνου , εάν υφίσταται πλάνη περί τα πράγματα και εάν καταστρώθηκε σωστά η μείζονα πρόταση του δικανικού συλλογισμού , αλλά και εάν η απόφαση του διοικητικού οργάνου υπερέβη τα άκρα όρια της σε αυτό αναγνωριζόμενης ανέλεγκτης εκτίμησης (η επίκληση της οποίας δεν είναι σε θέση να περισώσει προφανώς λανθασμένες αποφάσεις) .

⁹¹ Δύσκολα , βέβαια , μπορεί να αμφισβητηθεί ότι το «ελεύθερο πεδίο κρίσεως» των εν λόγω οργάνων συνεπάγεται ένα έλλειμμα έννομης προστασίας , η ύπαρξη του οποίου είναι προβληματική σε περιπτώσεις όπως η προκειμένη , όπου οι σχετικές αποφάσεις συνδέονται άμεσα με την άσκηση ατομικών δικαιωμάτων . Γι' αυτό το λόγο επιβάλλεται η θέσπιση ρυθμίσεων , οι οποίες να αποτρέπουν - στο μέτρο του δυνατού - την έκδοση αυθαίρετων αποφάσεων και να αντισταθμίζουν το έλλειμμα έννομης προστασίας . Σκόπιμη θα ήταν λ.χ. η δυνατότητα άσκησης προσφυγής κατά της αρχικής απόφασης ενώπιον μίας δευτεροβάθμιας επιτροπής , η διασφάλιση του δικαιώματος της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερόμενου (ανεξάρτητα από το εάν η απόφαση της επιτροπής στηρίζεται σε αντικειμενικά δεδομένα ή όχι) , η καθιέρωση της δημοσιότητας των συνεδριάσεων κ.ο.κ. Θα πρέπει επίσης να σημειωθεί ότι όσο περισσότερο μειώνεται η ένταση του δικαστικού ελέγχου , τόσο ειδικότερη και αναλυτικότερη θα πρέπει να είναι η αιτιολογία των αποφάσεων , προκειμένου να μπορεί να διαπιστωθεί από το δικαστή εάν η επιτροπή υπερέβη στην συγκεκριμένη περίπτωση τα άκρα όρια του σε αυτήν αναγνωριζόμενου «ελεύθερου πεδίου κρίσεως» .

Β. Η διάταξη του άρθρου 16 παρ. 1 εδ. α' Σ προστατεύει όχι μόνο τη δημιουργία , αλλά και τη διάδοση των καλλιτεχνικών έργων . Στο προστευόμενο πεδίο της εν λόγω συνταγματικής διάταξης δεν υπάγεται , ωστόσο , η αυθαίρετη επέμβαση του καλλιτέχνη στα υλικά έννομα αγαθά τρίτων προσώπων ούτε , άλλωστε, ο συντακτικός νομοθέτης θέλησε την εξαίρεση του πεδίου της τέχνης από την εφαρμογή των νομοθετικών διατάξεων που δεν σχετίζονται με το περιεχόμενο του καλλιτεχνικού έργου.

Γ. Η ελευθερία της τέχνης (όπως και κάθε ατομικό δικαίωμα που κατοχυρώνεται χωρίς νομοθετική επιφύλαξη) μπορεί να περιορισθεί μόνο για λόγους προστασίας άλλων , συνταγματικώς προστευόμενων έννομων αγαθών . Στην περίπτωση αυτή κανένα έννομο αγαθό δεν υπερτερεί του άλλου a priori , αλλά , αντίθετα , θα πρέπει να λάβει χώρα μία πρακτική εναρμόνιση των συγκρουόμενων έννομων αγαθών , ώστε να διατηρήσουν και τα δύο την κανονιστική τους εμβέλεια .

Δ. Η εναρμόνιση αυτή αποτελεί υποχρέωση του κοινού νομοθέτη . Χαρακτηριστικό παράδειγμα συνιστούν οι διατάξεις του ελληνικού δικαίου , οι οποίες επιλύουν την σύγκρουση μεταξύ ελευθερίας της τέχνης και προστασίας της νεότητας . Όταν , όμως , η σύγκρουση της ελευθερίας της τέχνης με άλλα συνταγματικά έννομα αγαθά δεν έχει επιλυθεί από τον ίδιο το νομοθέτη , είναι αναπόφευκτη η διενέργεια μίας στάθμισης συμφερόντων προκειμένου να διαπιστωθεί ποιο από τα έννομα αγαθά υπερτερεί στην κάθε συγκεκριμένη περίπτωση . Τα κριτήρια για την απαιτούμενη στάθμιση θα πρέπει να εντοπισθούν , κυρίως , στην βαρύτητα της επέμβασης της ελευθερίας της τέχνης σε άλλα έννομα αγαθά και στην ένταση του περιορισμού της ελευθερίας της τέχνης.

Ε. Η θέσπιση πλουραλιστικά οργανωμένων επιτροπών , οι οποίες καλούνται να αποφανθούν επί ζητημάτων που σχετίζονται με το πεδίο της τέχνης (κυρίως όταν τίθεται ζήτημα σύγκρουσής της με συνταγματικά έννομα αγαθά) , ανταποκρίνεται στην αναγκαιότητα της όσο δυνατόν μεγαλύτερης αποχής του κράτους από το εν λόγω πεδίο . Ο ιδιαίτερος αυτός τρόπος οργάνωσης θέτει , ωστόσο , μία σειρά από ειδικότερα ζητήματα , τόσο σε σχέση με την οργάνωση και η λειτουργία των επιτροπών αυτών όσο και σε σχέση με την ένταση του δικαστικού ελέγχου των αποφάσεών τους.