

ΕΝΩΣΗ ΑΣΤΙΚΟΛΟΓΩΝ
ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΣ ΣΥΛΛΟΓΟΣ ΠΑΤΡΩΝ

ΤΟ ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΚΑΙ ΟΙ ΣΥΓΧΡΟΝΕΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΕΣ ΕΞΕΛΙΞΕΙΣ

11ο
ΣΥΝΕΔΡΙΟ
ΤΗΣ
ΕΝΩΣΕΩΣ
ΑΣΤΙΚΟΛΟΓΩΝ
24&25 ΑΠΡΙΛΙΟΥ 2015



ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ
ΑΘΗΝΑ - ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ

ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΤΗΤΑΣ ΑΝΕΥ ΥΠΟΚΕΙΜΕΝΟΥ

(Παρέμβαση στην Εισήγηση του κ. Παναγόπουλου)

Εμμανουήλ Λασκαρίδης

Δ.Ν., Δικηγόρος

Ι. Εισαγωγή – περιπτώσεις δικαιωμάτων χωρίς φορέα

Η Εισήγηση του κ. Παναγόπουλου έθεσε ως στόχο την απόδειξη της ύπαρξης ικανότητας δικαίου¹, ακόμη και σε περιπτώσεις όπου δεν υφίσταται προσωπικότητα. Η αναγνώριση τέτοιας ικανότητας φαίνεται να προκύπτει από τα άρθρα 2 και 6 του ν. 2778/1999 «περί αμοιβαίων κεφαλαίων», κατά τα οποία οι εγγραφές για εμπράγματα δικαιώματα γίνονται «στο όνομα του Αμοιβαίου Κεφαλαίου», χωρίς όμως να αναγνωρίζεται νομική προσωπικότητα σε αυτό. Το ζήτημα έχει απασχολήσει θεωρία² και νομολογία³ κυρίως στο πλαίσιο εφαρμογής των άρθρων 251§3 και 293§1 του ν. 4072/2012, κατά τα οποία η ομόρρυθμη εταιρία που δεν έχει καταχωρηθεί στο Τ.Α.ΜΗ. αλλά ασκεί εμπορική δραστηριότητα και η κοινοπραξία έχει καταχωρηθεί στο Τ.Α.ΜΗ. ή εμφανίζεται προς τα έξω αποκτούν την ικανότητα δικαίου. Αρχικά οι έννοιες⁴ της ικανότητας δικαίου και της προσωπικότητας ταυτίζονταν, αλλά πλέον γίνεται δεκτό ότι η ικανότητα δικαίου

1. Για την έννοια βλ. συνοπτικά και εύληπτα Απ. Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου⁴ (2012), § 9, αρ. 1 και 6-7 και αναλυτικότερα για την νεότερη τάση ευρείας ερμηνείας της έννοιας Καστρήσιος σε Ρούσσο, Δίκαιο των Νομικών Προσώπων (2009), σ. 610-617.

2. Κ. Μπέης, ΠολΔ άρθρο 62 υπό ΙΙΙ 3 δ σ. 331-332 (με παραπομπή στη γερμανική θεωρία, κατά την οποία οι ενώσεις που στερούνται νομικής προσωπικότητας έχουν δικαίωμα δικαστικής παράστασης, αν και τα μέλη τους έχουν την ικανότητα αυτή, εφόσον οι ενώσεις αυτές στερούνται «ιδίας» βουλήσεως) και άρθρο 321 υπό ΙΙ 3 και Καστρήσιος σε Ρούσσο, Δίκαιο των Νομικών Προσώπων (2009), σ. 604 επ. με εκτενείς παραπομπές σε νομολογία και θεωρία.

3. Ενδεικτικά για τις κοινοπραξίες βλ. ΑΠ 22/1998, ΕλλΔνη 1998, 532 = ΝοΒ 1999, 232 με σχόλιο Φ. Δωρή = Δ 1999, 234 με σχόλιο Μπέη· ΕφΑΘ 344/2002 ΕπισκΕμπΔ 2003, 135· ΕφΑΘ 8031/2022 Δνη 2005, 257· ΕφΑΘ 7642/1986 ΕΕμπΔ 1988, 260 επ· ΜπρΛαρ 424/2004 ΤΝΠ Νόμος.

4. Κεφάλας, Το δικαίωμα της προσωπικότητας των νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου (1982), σ. 23 με περαιτέρω παραπομπές σε παλαιότερη γερμανική θεωρία και Σημαντήρας, Γενικές Αρχές⁴ (1988), σ. 253.

είναι ανεξάρτητη από την ύπαρξη προσωπικότητας⁵. Στη μικρή μου παρέμβαση θα με απασχολήσει ένα παρόμοιο ερώτημα, το οποίο έχει τεθεί στο πλαίσιο των φυσικών προσώπων, και συγκεκριμένα εάν μπορεί να υπάρξει δικαίωμα χωρίς να υπάρχει ο φορέας του ή δικαίωμα προσωπικότητας χωρίς να υφίσταται πρόσωπο.

Το ζήτημα της ύπαρξης δικαιώματος προ της γένεσης ή μετά τον θάνατο του προσώπου, αποτελεί αφενός μεν ένα τεχνικό ζήτημα, ιδιαίτερα στην περίπτωση των φυσικών προσώπων, αφετέρου δε ένα δογματικό πρόβλημα⁶ όχι μόνο του αστικού αλλά και του όλου δικαίου. Το τεχνικό μέρος στα φυσικά πρόσωπα εξαρτάται του προσδιορισμού του χρονικού σημείου έναρξης της ζωής. Αυτό θα μπορούσε να είναι η στιγμή της σύλληψης ή της δημιουργίας των πρώτων ζωτικών οργάνων, όπως της καρδιάς. Ο Αστικός Κώδικας όμως δέχεται ως σημείο έναρξης του φυσικού προσώπου τη γέννησή του (ΑΚ 35). Εντούτοις, υφίσταται προστασία του προσώπου και πριν αυτό υπάρξει και συγκεκριμένα από το χρονικό σημείο της σύλληψής⁷ του (ΑΚ 36). Μέσω αυτού του πλάσματος δικαίου⁸ δημιουργούνται δικαιώματα για πρόσωπο το οποίο δεν υπάρχει. Όταν δηλαδή ο δικαστής αναγνωρίσει κληρονομικό δικαίωμα του παιδιού σε κληρονομιά επαχθείσα κατά την διάρκεια κυοφορίας του, ουσιαστικά αποδέχεται την ύπαρξη έννομης (κληρονομικής) σχέσης μεταξύ κληρονόμου και κληρονομου-

5. Κρητικός σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο άρθρο 107 αρ. 6 με περαιτέρω παραπομπές και Ρούσσος σε Ρούσσο, *Δίκαιο Νομικών Προσώπων* (2009), σ. 96.

6. Βλ. χαρακτηριστικά για την θεώρησή του ως δογματικό πρόβλημα Κ. Christodoulou, *Überlegungen zur Feststellung des Beginns der Existenz der natürlichen Person* σε ΤιμΤομ Säcker (2011), 1053, 1054-1055.

7. Για την έννοια της σύλληψης βλ. και άρθρο 3 περ. 4 ν. 3305/2005. Η προστασία του κυοφορούμενου γίνεται δεκτή στην ΑΚ 1692 από τα άρθρα 11 §2 cc και 462§1 cc ιταλικού ΑΚ και νομολογιακά σε Γαλλία και Γερμανία. Συνοπτικά για τις έννομες αυτές τάξεις βλ. *Rühters/Stadler, AT BGB*¹⁶ (2009), § 14 αρ. 9-11.

8. Κ. Μπέης, *Εισαγωγή στη δικονομική σκέψη* (1981), σ. 245. Δυστυχώς δεν υπάρχει συστηματική ενότητα και αρμονία ως προς το χρονικό σημείο δημιουργίας και προστασίας της ζωής καθώς ο Ποινικός Κώδικας προστατεύει το έμβρυο τριών μηνών και άνω (ΠΚ 304§4 περ. β') ενώ ο ν. 3305/2005 (περί τεχνητώς υποβοηθούμενη αναπαραγωγή) προστατεύει το γονιμοποιημένο ωάριο μετά την 14^η ημέρα από τη γονιμοποίηση (άρθρο 11 § 3 εδ. γ'). Βλ. περαιτέρω τις διάφορες θέσεις για το χρονικό σημείο έναρξης προστασίας βλ. αντί άλλων Κ. Christodoulou, *Überlegungen zur Feststellung des Beginns der Existenz der natürlichen Person* σε ΤιμΤομ Säcker (2011), 1053, 1054, υπ. 3-9 με αναφορές στη διεθνή βιβλιογραφία και νομολογία και Κ. Φουντεδάκη, *Φυσικό Πρόσωπο και Προσωπικότητα στον Αστικό Κώδικα* (2012), σ. 36 επ. της ίδιας, *Το πρόσωπο και το πράγμα στο Αστικό Δίκαιο ΧρΙΔ* 2015, 561 υπ. 2.

μένου για ένα χρονικό διάστημα κατά το οποίο το πρόσωπο δεν υπήρχε (ΑΚ 1711, ή 1867 ή 1936 σε συνδ. με ΑΚ 35-36). Μπορεί μάλιστα να ζητηθεί προσωρινή δικαστική προστασία τόσο αυτών των κληρονομικών δικαιωμάτων όσο και άλλων, όπως του δικαιώματος αποζημίωσης του τέκνου για στέρηση διατροφής κατά ΑΚ 928 εδ. β' ή ψυχικής του οδύνης κατά ΑΚ 932 εδ. γ' σε περίπτωση θανάτου του πατέρα του από αυτοκινητικό ατύχημα⁹. Όσο οξύμωρη κι αν φαίνεται η αναγνώριση ψυχικής οδύνης για ένα πρόσωπο που ο δικαιούχος δε γνώρισε και μάλιστα για χρονικό διάστημα που δεν υπήρχε, το δικαίωμα αυτό γίνεται κατά πλάσμα δικαίου ομόφωνα δεκτό από τη θεωρία¹⁰ και πλέον ευρέως δεκτό κι από τη νομολογία¹¹. Σε αυτήν την περίπτωση έχουμε αναγνώριση ικανότητας δικαίου χωρίς να υφίσταται πρόσωπο, δηλαδή ένα φαινόμενο αντίστοιχο με αυτό που σχολίασε και δέχτηκε ο κ. Παναγόπουλος στην προηγούμενη ομιλία του αναφορικά με τις κοινοπραξίες και λοιπές ενώσεις χωρίς νομική προσωπικότητα¹².

Δικαίωμα χωρίς υποκείμενο υφίσταται και στην περίπτωση της εν λευκώ εκχώρησης. Η έγγραφη δηλ. εκχώρηση που γίνεται από τον εκχωρητή χωρίς να περιλαμβάνει το όνομα του εκδοχέα είναι έγκυρη, παρότι κανείς δε γνωρίζει τον δικαιούχο. Το όνομα του εκδοχέα συμπληρώνει αργότερα, ή ο εκχωρητής ή ο λήπτης του εγγράφου ή τρίτο πρόσωπο. Στην περίπτωση αυτή κατά ΑΚ 455 επ. η εκχώρηση ολοκληρώνεται κατά το χρόνο συμπλήρωσης του εγγράφου αλλά έχει ισχύ αναδρομικά από το χρόνο έκδοσης του εκχωρητηρίου εγγράφου. Η εκχώρηση εν λευκώ επιτρέπεται ρητώς επί μεταβιβάσεως απαιτήσεως που έχει ενσωματωθεί σε τίτλο εις διαταγήν (γραμμάτιο, συναλλαγματική, επιταγή). Πρόκειται

9. Σπυριδάκης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου (2007), σ 284-288 (αναφορικά με τα συγκεκριμένα δικαιώματα που έχει ο nasciturus και ο «μήπω συνειλημμένος»).

10. Γαζής, Γενικά Αρχαί του Αστικού Δικαίου, Τεύχος Β' 1 (1973), σ. 6. Σταθόπουλος σε Γεωργιάδη-Σταθόπουλο, άρθρο 299 αρ. 9 και Απ. Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου⁴ (2012), § 9 αρ. 10.

11. ΑΠ 97/2001, ΧρΙΔ 2001, 120 με σχόλιο Κίτσαρά και ΕφΑθ9751/1997, ΕΛΛΔΝη 1998, 1349. Βλ. όμως και την παλαιότερη αντίθετη νομολογία ΑΠ 583/1997, ΕΛΛΔνη 1998, 88 και ΑΠ 1153/1993, ΕΛΛΔνη 1995, 321.

12. Βλ. αναφορικά με την ικανότητα δικαίου του κυοφορούμενου και τις προϋποθέσεις αυτής συνοπτικά Απ. Γεωργιάδη, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου⁴ (2012), § 9 αρ. 11-15. Βέβαια το κυοφορούμενο, όπως και ο ευρισκόμενος σε πλήρη δικαστική συμπαράσταση, δεν έχουν δικαιοπρακτική ικανότητα. Brox, AT BGB²⁰ (1996), § 33 αρ. 656.

για τη γνωστή στο Δίκαιο των Αξιογράφων εν λευκώ οπισθογράφηση του τίτλου¹³.

Ως μια αντίστοιχη περίπτωση δικαιωμάτων χωρίς προσωπικότητα θα μπορούσαμε να θεωρήσουμε την κατάσταση στην οποία βρίσκεται το νομικό πρόσωπο μετά τη διάλυσή του. Με τη διάλυση αυτή, το νομικό πρόσωπο «παύει υφιστάμενον», δηλαδή παύει να υπάρχει, όπως χαρακτηριστικά αναφέρει ο Τούσης¹⁴. Στο στάδιο αυτό της εκκαθάρισης, ενώ ουσιαστικά δεν υφίσταται το νομικό πρόσωπο, κατά «πλάσμα νόμου»¹⁵ (ΑΚ 72) θεωρείται ότι υπάρχει¹⁶. Τόσο ο Σπυριδάκης¹⁷ όσο και ο Απ. Γεωργιάδης¹⁸ υποστηρίζουν ότι στο στάδιο αυτό πρέπει να εφαρμοστεί αναλογικά η ΑΚ 57 εδ. β', αποδεχόμενοι εμμέσως, ότι με τη διάλυση του νομικού προσώπου περιέρχεται αυτό σε κατάσταση αντίστοιχη με αυτή του θανάτου του φυσικού προσώπου. Πράγματι, το νομικό πρόσωπο – ακριβώς όπως το φυσικό μετά θάνατον – δεν έχει πια βούληση και το δικαστήριο αναθέτει σε εκκαθαριστές να αποφασίζουν γι' αυτό κατά το συμφέρον των δανειστών¹⁹. Το διαλυμένο νομικό πρόσωπο συνεχίζει να είναι υποκείμενο εννόμων σχέσεων όπως τυχόν συμβάσεων διάρκειας (λ.χ. μισθώσεις), οι οποίες διατηρού-

13. Κιάντου, Δίκαιο αξιογράφων⁵ (1997), σ. 98 επ. και 367 επ. Πρβλ. και Wronka, Das Persönlichkeitsrecht juristischer Personen (1972), σ. 9 επ., 16 επ.

14. Γενικαί Αρχαί Αστικού Δικαίου, Τόμ. Α' (1962), σ. 295.

15. Την έκφραση χρησιμοποιεί ο Δέλλιος σε ΣΕΑΚ άρθρο 72, αρ. 7. Έτσι και οι ΑΠ 1043/2006, ΔΕΕ 2006, 1023· ΑΠ 96/2005, ΕλλΔνη 2005, 1445 και ΑΠ 1427/2000, ΕΕμπΔ 2001, 70. Πρβλ. περαιτέρω για την κατάσταση των νομικών προσώπων όταν υφίσταται έλλειψη προσωπικότητας Κεφάλαια, Το δικαίωμα της προσωπικότητας των νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου (1982), σ. 93 επ.

16. Οι τρόποι διάλυσης του νομικού προσώπου ρυθμίζονται από τις ειδικές διατάξεις για τα επιμέρους νομικά πρόσωπα π.χ. τα σωματεία με την απόφαση του κατά τόπον Πρωτοδικείου, αν το αποφασίσει η Γενική Συνέλευση ή αν τα μέλη του μείνουν κάτω από δέκα (ΑΚ 103-105) και στην εταιρεία που συστήθηκε για ορισμένο χρόνο, μόλις περάσει αυτός ο χρόνος (ΑΚ 765).

17. Γενικές Αρχές (2007), σ. 373, ο οποίος ωστόσο δεν θεωρεί ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση είναι ορθό να γίνει λόγος για «πλάσμα δικαίου», βλ. σ. 373 υπ. 3, χωρίς περαιτέρω επιχειρηματολογία.

18. Γενικές Αρχές⁴ (2012), §12 αρ. 37. Βέβαια ο ίδιος δέχεται στον αρ. 46 της §14 ότι κατά το στάδιο αυτό το νομικό πρόσωπο δεν παύει να υπάρχει αλλά έχει περιορισμένη ικανότητα δικαίου.

19. Ψυχομάνης, Πτωχευτικό Δίκαιο⁴ (2011), σ. 365 επ., όπου αναλύεται η σχετική διαδικασία.

νται κατ' αρχήν σε ισχύ²⁰. Μόλις όμως αυτές παύσουν να εξυπηρετούν τις ανάγκες της εκκαθάρισης καταργούνται αυτοδικαίως χωρίς ανάγκη καταγγελίας²¹. Η περίπτωση αυτή δικαιωμάτων χωρίς να υφίσταται ο φορέας τους δεν είναι η μοναδική. Μεγάλη ομοιότητα με αυτή παρουσιάζει η ΑΚ 57 εδ. β'.

II. Ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα δικαιώματος χωρίς φορέα: η μεταθανάτια προστασία προσωπικότητας

1. Κριτική επί της κρατούσας θέσης

Ιδιαίτερα σημαντική περίπτωση δικαιώματος χωρίς υποκείμενο συνιστά η μεταθανάτια προστασία προσωπικότητας. Τη θέση αυτή υποστηρίζει ορθώς η μη κρατούσα στη θεωρία θέση²². Κατ' αυτήν, μετά τον θάνατο συνεχίζει να υφίσταται δικαίωμα προστασίας του νεκρού παρότι εκλείπει ο φορέας του. Το δικαίωμα αυτό ασκούν οι συγγενείς ως καταπιστευματοδόχοι του. Η κρατούσα θέση, η οποία αρνείται την ύπαρξη δικαιώματος προστασίας προσωπικότητας μετά το θάνατο του προσώπου εμφανίζει αρκετές αντιφάσεις. Κατ' αυτήν, η ΑΚ 57 εδ. β' θεμελιώνει ίδιο δικαίωμα των συγγενών του νεκρού σε περίπτωση προσβολής της προσωπικότητας του τελευταίου. Εντούτοις, τόσο η θεωρία²³ όσο και η νομολογία²⁴ όταν καλούνται να εξετάσουν την ύπαρξη προσβολής δεν εστιάζουν

20. Αλεξανδρίδου Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών, Τεύχος Α2 (2007), §26 αρ. 2.

21. ΕφΘεσ 3041/2000, Αρμ 2004, 1531.

22. Π. Φίλιος, Γενικές Αρχές⁴ (2011), σ. 52-54· Κοτοίρης, Πνευματική ιδιοκτησία⁴ (2005), σ. 186· Βαλαβάνη-Πολατίδου, Αρμ 1998, 670, 672 και Λαδάς, Γενικές Αρχές Ι §21, αρ. 89-92.

23. Π. Σούρλας σε ΕρμΑΚ 57 αρ. 49· Γαζής, Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου, Τεύχος Β1 (1973), σ. 48 υπό III· Νικολετόπουλος, ΝοΒ 1983, 1525-1526· Παπαντωνίου, Γενικές Αρχές³ (1983) σ. 137· Σημαντήρας, Γενικές Αρχές⁴ (1988), αρ 547· Ι. Καρακατσάνης σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, άρθρο 57 αρ. 30· Βαλαβάνη-Πολατίδου, Ζητήματα μεταθανάτιας προστασίας της προσωπικότητας, Αρμ 1998, σ. 667 επ· Παπαστερίου, Γεν. Αρχές Ια § 16 αρ. 440· Κούρτης, Το Δίκαιο των Μεταμοσχεύσεων (2002), σ. 109-116· Χριστοδούλου, Σημειώσεις στη γενική θεωρία των άυλων αγαθών ΔΙΜΕΕ 2007, σ. 180 επ· Απ. Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές (2012) §12 αρ. 34· Κ. Φουντεδάκη ΣΕΑΚ 58 αρ. 53 και της ίδιας, Φυσικό πρόσωπο και προσωπικότητα (2012), σ. 439-444 με αναφορές και σε ζητήματα καύσης και κηδείας νεκρών.

24. Έτσι ακριβώς και η γαλλική νομολογία εξέτασε την εν ζωή βούληση του προσβληθέντος στην περίπτωση μεταθανάτιας δημοσίευσης φωτογραφίας διάσημου καλλιτέχνη στο νεκρικό του κρεβάτι (Jean Gabin) και προσωπικής αλληλογραφίας πολιτικού προσώπου (François Mitterand) ή άρθρου σχετικού με την κατάσταση υγείας και τη στάση του απέναντι σε ανίατη ασθένεια διάσημου ηθοποιού (Jacques Brel)· TGI Paris 11.1.1977, D. 1977, J., σ. 83· TGI Paris 13.1.1997, D. 1997, J., σ. 255 και CA Paris 9.7.1980, D. 1981, J., σ. 72 αντίστοιχα. Βλ.

ζουν στην προσβολή που προκλήθηκε στους συγγενείς από την προσβλητική πράξη αλλά στο κατά πόσο θα προσέβαλε αυτή τον νεκρό. Κριτήριο δηλαδή της προσβολής δεν είναι το εάν έχει θιγεί ο φορέας του αλλά το εάν έχει θιγεί η προσωπικότητα του νεκρού.

Η θέση αυτή υποπίπτει σε δυο δογματικά σφάλματα. Πρώτον, δέχεται ότι η άσκηση ενός δικαιώματος εξαρτάται από τη βούληση προσώπου που δεν είναι δικαιούχος. Πλην των ανηλίκων και δικαστικά συμπαραστατούμενων (υπό πλήρη στερητική δικαστική συμπαράσταση) το δίκαιό μας δε δέχεται να εξαρτάται από τη βούληση μη δικαιούχου η άσκηση δικαιώματος προσώπου που έχει ικανότητα δικαίου και δικαιοπρακτική ικανότητα. Αυτό γίνεται δεκτό, μόνο αν ο δικαιούχος έχει ρητώς παραχωρήσει την άσκηση τέτοιου είδους δικαιώματος π.χ. με πληρεξούσιο σε μη δικαιούχο. Στην περίπτωση όμως της ΑΚ 57 εδ. β' αν ακολουθήσουμε την κρατούσα στη θεωρία θέση, θα πρέπει να δεχτούμε κάτι δογματικά οξύμωρο. Πρόσωπα, δηλαδή, με ικανότητα δικαίου τα οποία δεν έχουν παραχωρήσει σε κανέναν το «ίδιο δικαίωμά τους» (κατά την κρατούσα θέση) προστασίας της μνήμης του συγγενικού τους προσώπου, να περιορίζονται στην άσκηση αυτή του δικαιώματός τους από τη βούληση του νεκρού. Τη βούληση, δηλαδή, ενός προσώπου που δεν υπάρχει, στο οποίο δεν παραχώρησαν το δικαίωμά τους και το οποίο –κατά την κρατούσα γνώμη– δεν έχει πλέον κανένα δικαίωμα. Το λογικά άτοπο αλλά και οι αντιφάσεις στις οποίες έχει οδηγήσει την ελληνική και γερμανική νομολογία η θέση αυτή θα αναδειχθεί στη συνέχεια. Εξάλλου, παράδοξο είναι να αναγνωρίζεται ίδιο δικαίωμα των συγγενών από προσβολή νεκρού συγγενούς τους όταν αυτοί δεν δικαιούνται να κληρονομήσουν το δικαίωμά του στην προσωπικότητα²⁵.

Το δεύτερο δογματικό σφάλμα της κρατούσας θέσης συνίσταται στο εξής. Δέχεται ότι δεν προσβάλλεται «το ίδιο δικαίωμα των συγγενών», όταν ο νεκρός έχει συναινέσει στην προσβολή. Δηλαδή, δέχεται ότι υφίσταται άρση του παράνομου χαρακτήρα της προσβολής της προσωπικότητας όταν δεν συναινεί δικαιούχος συγγενής αλλά ένα τρίτο πρόσωπο (δλ. ο νεκρός). Θα συνιστούσε εξάλλου κατάφορη προσβολή των άρθρων 3 και 5 του Συντάγματος εάν γινόταν δεκτό

επίσης C 335/97 απόφαση του Ειρηνοδικείου Grevenbroich (15.12.1997) NJW 1998, 2063, 2064. Έτσι και η BGH NJW-RR 1992, 834. Βλ. και ΕφΑθ 6982/2007 ΕπισκΕμπΔ 2008, 189· ΜπρΑθ 6822/2008 ΕφΑΔ 2008, 1054 υπό Γ 2 (β).

25. Κ.Σούρλας, ΕρμΑΚ, Εισαγ. Άρθρ. 57-60, αρ. 18· Ι. Καρακατσάνης σε ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλο, άρθρο 57, αρ. 23· Λαδάς, Γενικές Αρχές §21, αρ. 89· Βαθρακοκοίλης, άρθρο 57 σ. 268 αρ. 4 και Ι. Καρακωστας, άρθρο 57, αρ. 536.

ότι η άσκηση ενός αυστηρά προσωποπαγούς δικαιώματος προϋποθέτει συναίνεση άλλου πλην του δικαιούχου. Η ελληνική έννομη τάξη δηλαδή, όχι μόνο δεν αναγνωρίζει την άρση της προσβολής της προσωπικότητας όταν δεν συναινεί ο δικαιούχος, αλλά ακόμη κι όταν αυτός συναινεί στην προσβολή ζωτικών εκφάνσεων της προσωπικότητάς του το απαγορεύει ποινικά (άρθρο 300 ΠΚ «ανθρωποκτονία με συναίνεση» ως περίπτωση ενεργητικής ευθανασίας)²⁶ ή επιβάλλει πρόστιμα (περίπτωση αυξημένων τελών για είδη καπνίσματος ή διοικητικών προστίμων για κάπνισμα σε δημόσιου χώρους και για μη χρήση ζώνης ασφαλείας ή κράνους). Από συστημικής απόψεως, μόνο η πάγια νομολογία της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα τίθεται υπέρ της κρατούσας αυτής θέσεως, καθώς αρνείται να προστατεύσει προσωπικά δεδομένα νεκρού μη αποδεχόμενη τέτοιο δικαίωμά του μετά θάνατον²⁷.

2. Επιχειρήματα υπέρ της μη κρατούσας θέσης

Κατά της κρατούσας θέσης μπορούν να προβληθούν πολλά επιχειρήματα. Πρώτον, το γραμματικό επιχείρημα ότι χρησιμοποιούνται διαφορετικές λέξεις για το «πρόσωπο» και την «προσωπικότητα». Η λέξη «πρόσωπο», προερχόμενη από το ρήμα βλέπω²⁸, περιλαμβάνει χαρακτηριστικά αντιληπτά στις αισθήσεις μας, όπως είναι η όψη και η φωνή. Αντίθετα, η «προσωπικότητα» είναι έννοια γένους και εμπεριέχει και «μη ορατά στοιχεία όπως την ψυχολογική, πνευματική και ηθική οντότητα του υποκειμένου»²⁹. Η κατάληξη -ικός στην «προσωπικότητα» δηλώνει ότι αυτή προέρχεται από το πρόσωπο αλλά δεν ταυτίζεται με αυτό. Παρόμοια ισχύουν για τη λέξη «Αστικός Κώδικας», η οποία ενώ προέρχεται από την αστική τάξη και τις κοινωνικές συνθήκες της πόλης («άστυ»), παρόλα αυτά μπορεί να εφαρμοστεί εκτός αυτής και σε άλλους τόπους και κοινωνικές τάξεις. Ο Αστικός Κώδικας μπορεί να εφαρμόζεται, ακόμα κι αν το άστυ ή η αστική τάξη μεταμορφωθούν ή καταστραφούν. Κατά τον ίδιο τρόπο, μπορεί να υπάρχει η προσωπικότητα, μια έννοια ευρύτερη του προσώπου ακόμα κι αν το τελευταίο

26. Υπέρ της απαγόρευσης αυτής θεωρώντας το δικαίωμα στο θάνατο ως κοινωνικό δικαίωμα και όχι ατομικό Κατρούγκαλος, Το δικαίωμα στη ζωή και στο θάνατο (1993), αρ. 3.2. Πρβλ. αναφορικά με άρση προσβολής προσωπικότητας Φουντεδάκη σε ΣΕΑΚ άρθρο 57, αρ. 20-21.

27. ΑΠΔΠΧ 38/2010, 100/2001, 44/2009 και 32/2006 προσβάσιμη σε www.dpa.gr

28. Τα τρία θέματα του οράω-ώ είναι ορ-, ωπ- και ιδ-. Με το δεύτερο συνδέεται το πρόσ-ωπ-ο.

29. Τεγόπουλος/Φυτράκης, Μείζον Ελληνικό Λεξικό (2004) υπό το λήμμα προσωπικότητα.

εκλείπει. Βέβαια, ένα μέρος του δικαιώματος της προστασίας της προσωπικότητας εκλείπει με τον θάνατο του προσώπου, όπως η φυσική υπόστασή της (προστασία σώματος και ζωής του προσώπου)³⁰.

Το επιχείρημα αυτό, δεν περιορίζεται μόνο στη διαφορετικότητα και αυτονομία των εννοιών «πρόσωπο» και «προσωπικότητα». Μπορεί να χρησιμοποιηθεί και στην ερμηνεία της ΑΚ 576 εδ. β', όπου η φράση «το δικαίωμα αυτό» παραπέμπει στο δικαίωμα του θανόντος. Η διάταξη αυτή, αναφέρεται σε δικαίωμα του νεκρού το οποίο «έχουν» οι συγγενείς του. Ακριβώς επειδή η διάταξη αναφέρεται σε δικαίωμα «του προσώπου που έχει πεθάνει» ακόμα και εκπρόσωποι της κρατούσας θέσης, όπως ο Γαζής³¹ ή ο Νικολετόπουλος³², δέχονται ότι η εν λόγω διάταξη προστατεύει «την προσωπικότητα του αποθανόντος» και όχι των συγγενών του. Άλλοι εκπρόσωποι της κρατούσας θέσης³³ αλλά και μέρος της νομολογίας³⁴ κάνουν λόγο για «υπολείμματα της προσωπικότητας του νεκρού» (κυρίως σε σχέση με τα μέρη του σώματός του) μετά τον θάνατό του. Κατ' αποτέλεσμα δηλαδή δέχονται την εδώ υποστηριζόμενη μη κρατούσα θέση του Π. Φίλιου³⁵ για μετενέργεια του δικαιώματος του προσβεβλημένου προσώπου μετά τον θάνατό του. Αναγκάζονται να δεχτούν ως εφελτήριο των ισχυρισμών τους αυτή την θέση διότι διαφορετικά θα ανέκυπτε το ερώτημα, αφού πρόκειται για ίδιο δικαίωμα

30. Έτσι ορθά Βαλαβάνη-Πολατίδου, Αρμ 1998 667, 672 με περαιτέρω παραπομπές σε ελληνική θεωρία. Για την φυσική υπόσταση της προσωπικότητας βλ. αντί άλλων Απ. Γεωργιάδη, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου⁴ (2012), §12 αρ. 6.

31. Γαζής, Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου, Τεύχος Β1 (1973), σ. 48 υπό ΙΙΙ.

32. Νικολετόπουλος, ΝοΒ 1983, 1525.

33. Λιτζερόπουλος, Κληρονομικό Δίκαιο § 68 Τομ Β' (1958), σ. 104· Σούρλας σε ΕρμΑΚ άρθρα 57-60, αρ. 46· Παπαντωνίου, Κληρονομικό Δίκαιο (1985), σ. 44-45· Δημάκου σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, άρθρο 947, αρ. 19. Πρβλ. για το δικαίωμα επί των οργάνων και μερών του σώματος ως διφυούς φύσης (περιουσιακό και προσωπικό) Λασκαρίδη σε ΣΕΑΚ άρθρο 947, αρ. 8-9 με περαιτέρω παραπομπές στη θεωρία. Πρβλ. στη γαλλική θεωρία τους όρους «ημιπροσωπικότητα» ή «επιμήκυνση προσωπικότητας» σε Kessler, Déontologie médicale – Respect de la personne humaine après la mort, juillet 1993, Documents d' Etudes 1994, Jurisprudence du Conseil d'Etat, 1993, σ. 47 και Carbonnier, Droit Civil 1, Les Personnes, P.U.F. 1990, n° 14, σ. 28 αντίστοιχα.

34. Εφαθ 5316/1990, ΕλλΔνη 1991, 1043 αναφορικά με την διεκδίκηση οστών γνωστού νεκρού.

35. Π. Φίλιος, Γενικές Αρχές⁴ (2011), σ. 52-53. Ο Κούρτης δέχεται «κατά πλάσμα δικαίου» την διατήρηση της προσωπικότητας μετά το θάνατο· Κούρτης, Το Δίκαιο των Μεταμοσχεύσεων (2002), σ. 146. Πρβλ. και θέση του ότι το κυοφορούμενο αποτελεί προέκταση της προσωπικότητας της κυοφορούσας· αυτόθι, σ. 109 χωρίς περαιτέρω παραπομπές.

των συγγενών γιατί δεν αρκεί η ΑΚ 57 εδ. α'. Είναι σύνηθες το φαινόμενο να υβρίζεται με βωμολοχίες η μητέρα προσώπου προκειμένου να προσβληθεί αυτό και όχι η μητέρα του. Το προσβεβλημένο πρόσωπο μπορεί σε αυτές τις περιπτώσεις να επικαλεστεί την ΑΚ 57 εδ. β', καθώς λόγω του έντονου ψυχικού συνδέσμου με τη μητέρα του, οι προσβολές προς αυτήν θίγουν τη δική του ψυχική και ηθική υπόσταση. Για ποιο λόγο θα πρέπει να δεχτούμε κάτι διαφορετικό στην περίπτωση που η μητέρα του είναι νεκρή; Με τον θάνατο δεν διακόπτεται ο ψυχικός σύνδεσμος και το συγγενικό πρόσωπο του αποβιώσαντος διατηρεί τις αξιώσεις της ΑΚ 57 εδ. α' όπως ορθά παρατηρεί η *Βαλαβάνη-Πολατίδου*³⁶.

Μια δεύτερη ομάδα επιχειρημάτων προκύπτει από την εφαρμογή της συστημικής μεθόδου. Το σύνολο δηλαδή της έννομης τάξης αναγνωρίζει ένα μεταθανάτιο δικαίωμα προστασίας της προσωπικότητας. Αυτό προκύπτει από διατάξεις του Αστικού Κώδικα, όπως η ΑΚ 1457 με την οποία αναγνωρίζεται μια ιδιόμορφη έννομη σχέση. Στο αστικό δίκαιο, κατά κανόνα υφίστανται έννομες σχέσεις ζώντος προσώπου με πράγματα ή πρόσωπα. Στην εν λόγω περίπτωση όμως, αναγνωρίζεται έννομη σχέση του νεκρού με το σπέρμα του και για χρονικό διάστημα κατά το οποίο ο πρώτος εκλείπει λόγω θανάτου. Αυτό είναι άτοπο, εκτός εάν δεχτούμε μια μετενέργεια της βούλησης του νεκρού μετά τον θάνατό του, όπως ακριβώς δέχεται ο Π. Φίλιος και γενικότερα η μη κρατούσα θέση επί της ΑΚ 57 εδ. β'. Η ΑΚ 1457 υποχρεώνει όλα τα ενδιαφερόμενα πρόσωπα και ιδίως τη σύζυγο του αποβιώσαντος να σεβαστούν την –με συμβολαιογραφικό έγγραφο– εκφρασθείσα βούληση του νεκρού, δημιουργώντας με αυτό τον τρόπο ένα δικαίωμα του τελευταίου –και όχι της συζύγου του ή άλλων συγγενών– το οποίο υφίσταται και μετενεργεί μετά τον θάνατό του.

Τέτοιου είδους μετενέργεια και έννομη σχέση μεταξύ νεκρού και μερών του σώματός του γίνεται δεκτή στο πλαίσιο χρήσης και άλλων οργάνων του σώματός του ή εκκρίσεών του³⁷. Όλοι οι νόμοι περί μεταμοσχεύσεων μετέρχονται αυτής της θέσης, στον βαθμό που δέχονται ότι η βούληση του νεκρού διαδραματίζει

36. Αρμ 1998, 670, 674. Έτσι κατ' αποτέλεσμα Νικολετόπουλος, ΝοΒ 1983, 1525, 1526-1527 όπου περιγράφει με γλαφυρό και ψυχαναλυτικό τρόπο τον συναισθηματικό δεσμό των συγγενών με τον νεκρό.

37. Βλ. συνοπτικά αντί άλλων με περαιτέρω παραπομπές Βαλαβάνη-Πολατίδου, Αρμ 1998, 670, 675. Φουντεδάκη, Πρόσωπο και Προσωπικότητα στο Αστικό Δίκαιο (2012), σ. 439 επ. και της ίδιας, Χρίδ 2015, 561, 564.

καθοριστικό ρόλο στον τρόπο χρήσης των οργάνων του³⁸. Είτε επιβάλλεται η συναίνεση του νεκρού δότη για να είναι δυνατή η μεταμόσχευση (άρθρο 12§4 ν. 2737/1999)³⁹, είτε αυτή τεκμαίρεται, εφόσον αυτός δεν είχε εν ζωή εκφράσει αντίθετη βούληση (άρθρο 9§2 ν. 3984/2011) η έννομη σχέση του νεκρού με τα μέρη του σώματός του μετά το θάνατό του είναι υπαρκτή. Αυτός καθορίζει ακόμα και μετά το τέλος της ύπαρξής του το ποια θα είναι η χρήση τους. Ένα επιπλέον συστημικό επιχείρημα αρύεται από το άρθρο 9 περ. 4 ν. 3305/2005, κατά το οποίο δεν επιτρέπεται η λήψη γαμετών από κλινικώς νεκρά άτομα (εκτός αν συντρέχουν οι όροι της ΑΚ 1457). Από την εν λόγω διάταξη ανακύπτει μια υποχρέωση σεβασμού του σπέρματος νεκρού και το δικαίωμα αυτού επί του σπέρματός του.

Τέλος, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η προστασία της μνήμης του νεκρού δεν εξυπηρετεί ένα ατομικό συμφέρον των συγγενών αλλά μάλλον ένα συλλογικό –μη περιουσιακό– συμφέρον, το οποίο αφορά όλη την κοινωνία⁴⁰. Η προστασία της μνήμης του νεκρού προστατεύεται από την αρχαιότητα⁴¹ μέχρι σήμερα ως ένα δημόσιο πολιτιστικό αγαθό, διότι η εύφημος μνεία των ανδρών και γυναικών μιας πολιτείας αφορά την προστασία της ίδιας και μια γερή βάση πάνω στην οποία μπορεί να στηριχθεί και να αναπτυχθεί⁴². Αυτός είναι και ο λό-

38. Βλ. άρθρο 12§7 ν. 2737/1999 και άρθρο 7 ν. 3984/2011 (περί υποχρέωσης ενημέρωσης του δότη). Βλ. επίσης 7§1, 2 και 3 ν. 1383/1983. Βλ. εξάλλου άρθρο 11§§1 έως και 3 ΚΙΔ αναφορικά με τη συναίνεση του δότη, η οποία παρέχεται με έναν από τους τρόπους που προβλέπει το άρθρο 8§4 ν. 3984/2011. Το πόσο σημαντική είναι η βούληση του δότη προκύπτει και από το ελευθέρως «ανακλητό» της συναίνεσης μέχρι τη στιγμή που αρχίζει η διαδικασία αφαίρεσης. Βλ. περαιτέρω *Taupitz*, *Das Recht im Tod: Frei Verfügbarkeit der Leiche?* *Berliner Medizinethische Schriften*, τεύχος 10 (1996), σ. 7-10 και σ. 12-25.

39. Πρβλ. και § 7 του ίδιου άρθρου.

40. Προς αυτή την κατεύθυνση *Νικολετόπουλος*, *NoB* 1983, 1525, 1527.

41. Είναι γνωστή η διαμάχη της Αντιγόνης με τον Κρέοντα για την ταφή του νεκρού αδερφού της, του Πολυνείκη στην ομώνυμη τραγωδία αλλά και το ζήτημα που ανέκυψε στη ρωμαϊκή έννομη τάξη αναφορικά με την καταστροφή των προτομών του Διοκλητιανού, προκαλώντας τη συζήτηση για εφαρμογή της *damnatio memoriae*.

42. Βέβαια μια σύγκρουση ατομικών δικαιωμάτων οικονομικής εκμετάλλευσης αρχαιακού υλικού με το «κοινόχρηστο αγαθό πληροφόρησης του κοινού» είναι ενδεχόμενο να ανέκυψει όπως δέχεται ο *Ι. Καράκωστας*, *Δικαίωμα οικονομικής εκμετάλλευσης στοιχείων της προσωπικότητας και αρχαιακό υλικό*, *ΧρΙΔ* 2006, 193, 196 χωρίς όμως να καταλήγει σε σαφές συμπέρασμα. Το ζήτημα της σύγκρουσης ενός δημοσίου συμφέροντος δημοσιοποίησης του προσώπου, αξιωμάτων και ακαδημαϊκών τίτλων ενός «μέγιστου ιστορικού προσώπου» με το

γος της προστασίας της, τόσο στον Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας όσο και στον Ποινικό Κώδικα. Αν συνιστούσε ένα απλό ιδιωτικό συμφέρον θα προστατευόταν μόνο από τον Αστικό Κώδικα. Τα δυο προαναφερθέντα νομοθετήματα καλούνται να προστατεύσουν συλλογικά αγαθά. Γι' αυτό ακριβώς εάν ο θεράπων ιατρός κοινοποιήσει ιατρικές πληροφορίες του νεκρού, μπορεί να προσφύγει στον οικείο Ιατρικό Σύλλογο οποιοσδήποτε και όχι μόνο συγγενής, (άρθρο 13 παρ. 6 του ν. 3418/2005)⁴³. Κατά τον ίδιο τρόπο, τη μνήμη του νεκρού μπορούν να προστατεύσουν με έγκληση συγγενικά του πρόσωπα, επί δημοσίου υπαλλήλου υπό τις προϋποθέσεις του ΠΚ 368§3, η προϊσταμένη αρχή της υπηρεσίας του κατά ΠΚ 365 και 368 και το δικαίωμα προσωπικότητάς του τα -οριζόμενα στην ΑΚ 57 εδ. β' - πρόσωπα⁴⁴.

Κατά συνέπεια, θα πρέπει να δεχτούμε ότι υφίσταται δικαίωμα μεταθανάτιας προστασίας προσωπικότητας, το οποίο ασκούν οι συγγενείς, περιοριζόμενοι όμως κατά την άσκηση αυτή από τη βούληση του νεκρού. Παρόμοια περίπτωση ρυθμίζεται και στο δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας όπου κατά την εφαρμογή του άρθρου 29 ν. 2121/1993 (όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 8§5 ν. 2557/1997) κανείς δεν αμφισβητεί, ότι τα πνευματικά δικαιώματα του νεκρού δημιουργού προστατεύονται ακόμα κι αν αυτά τα εκμεταλλεύονται οι συγγενείς του για εβδομήντα χρόνια μετά το θάνατό του⁴⁵. Πρόκειται δηλαδή για ηθικό δικαίωμα του δημιουργού και όχι των συγγενών, το οποίο όμως εκμεταλλεύονται περιουσιακά οι τελευταίοι.

ατομικό συμφέρον της συζύγου του απασχόλησε το Γερμανικό Ακυρωτικό στην υπόθεση Willy Brandt, η οποία αναλύεται παρακάτω· BGH NJW 1996, 593.

43. Π.χ. στην περίπτωση του δικαιώματος προστασίας των κοινοχρήστων πραγμάτων, των οποίων χρήστες είναι όλοι αλλά υπεύθυνο για την προστασία τους είναι το αρμόδιο νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου (συνήθως Δήμος). Βέβαια ιδιώτες και νπιδ μπορούν να προβούν σε προστασία τους υπό την επίκληση της ΑΚ 57. Βλ. συνοπτικά και γενικά Λασκαρίδη σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ Ι άρθρο 966 αρ. 4 με περαιτέρω παραπομπές.

44. Πρβλ. την εναλλακτική χρήση των όρων «μνήμη νεκρού» και «μεταθανάτια προστασία προσωπικότητας» στην ΠρΑΘ 6822/2008, ΕφΑΔ 2008, 1049, 1050 αλλά και Πατεράκη, Η χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης (1995), σ. 142-146.

45. Βλ. και την ενδιαφέρουσα πρόταση του Dietz, A propos de l' harmonization nationale dans les pays de la CEE, RIDA 1983, no 117, σ. 49 επ. και περιληπτικά σε Καλλινίκου, Πνευματική Ιδιοκτησία και Συγγενικά Δικαιώματα² (2005), σ. 189-190.

3. Η απορία στην οποία περιέρχεται η νομολογία κατά την εφαρμογή της κρατούσας θέσης

Ελληνική και ξένη νομολογία κατ' αποτέλεσμα αναγνωρίζουν μεταθανάτιο δικαίωμα προστασίας προσωπικότητας του νεκρού, παρά την αντίθετη κρατούσα θέση. Ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η υπόθεση του Willy Brand με αριθμ. VI ZR 410/94 (14.11.1995) του Γερμανικού Ακυρωτικού, όπου τέθηκε θέμα προσβολής της μνήμης του γνωστού πολιτικού προσώπου⁴⁶. Ιδιωτική εταιρεία εξέδωσε επετειακή σειρά αναμνηστικών κερμάτων με το περίγραμμα του προσώπου του Willy Brand και την επιγραφή «in memoriam Willy Brand». Το πολιτικό γραφείο του Willy Brand προέβη σε κάποιες υποδείξεις προς την ιδιωτική αυτή εταιρεία που πωλούσε την επετειακή σειρά, για διορθώσεις που έπρεπε να γίνουν στα αναμνηστικά κέρματα σχετικά με το μικρό όνομα του πολιτικού. Μετά τον θάνατό του, η σύζυγός του στράφηκε κατά της ιδιωτικής εταιρείας επικαλούμενη προσβολή της προσωπικότητας του συζύγου της σύμφωνα με διατάξεις του γερμανικού Νόμου περί πνευματικής ιδιοκτησίας και φωτογραφιών διότι η έκδοση του κέρματος είχε γίνει χωρίς συναίνεση του συζύγου της ή της ίδιας. Η σύζυγος ήγειρε επιπλέον κατά της εταιρείας αγωγή με αίτημα α) την παύση της έκδοσης του αναμνηστικού κέρματος (άρση της προσβολής) και παράλειψή της στο μέλλον, β) την χρηματική ικανοποίηση για ηθική βλάβη και γ) την επιδίκαση αποζημίωσης. Όσον αφορά την τελευταία απαίτηση, ισχυρίστηκε ότι η ζημία της συνίστατο σε απώλεια πενήντα χιλιάδων γερμανικών μάρκων, τα οποία θα έπαιρνε ως αντίτιμο εάν σύναπτε αντίστοιχη σύμβαση έκδοσης αναμνηστικού κέρματος με άλλη ιδιωτική εταιρεία.

Σημειωτέον, ότι ο γερμανικός Αστικός Κώδικας δεν εμπεριέχει ρύθμιση περί προστασίας της προσωπικότητας αλλά το δικαίωμα αυτό αρύεται μεταπολεμικά νομολογιακά από την γερμΑΚ 823§1 («ή παρόμοιο δικαίωμα»). Το Γερμανικό Ακυρωτικό στην προαναφερθείσα περίπτωση αναζήτησε τη βούληση του νεκρού και έκρινε ότι η αποστολή παρατηρήσεων και διορθώσεων από το πολιτικό του γραφείο προς την εταιρεία συνιστούσε μια μορφή σιωπηρής συναίνεσης για την έκδοση του αναμνηστικού κέρματος⁴⁷. Κατ' αυτόν τον τρόπο δέχθηκε έμμεσα, ότι ο Willy Brand και μετά θάνατον συνέχιζε να είναι φορέας του δικαιώματος προσωπικότητας. Χαρακτηριστικό είναι ότι η απόφαση κάνει λόγο για «δικαιολο-

46. BGH NJW 1996, 593-595.

47. BGH NJW 1996, 593, 594 υπό III 2.

γημένο συμφέρον» και όχι δικαίωμα της συζύγου⁴⁸. Θα ήταν εξάλλου οξύμωρο να δεχτεί κανείς ότι πρόκειται για ίδιο δικαίωμα της συζύγου το οποίο όμως κρίνεται με βάση τη βούληση κάποιου άλλου προσώπου, όπως δέχεται η – κρατούσα στη θεωρία – θέση.

Σε παρόμοιο αποτέλεσμα καταλήγει και η απόφαση 6822/2008 του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών⁴⁹. Σε αυτήν το δικαστήριο εξέτασε αίτημα ασφαλιστικών μέτρων που υπέβαλε η κόρη νεκρού κατά της διενέργειας πολιτικής κηδείας του πατέρα της, την οποία επεδίωκε ο αδερφός της. Η αιτούσα απαιτούσε παράλειψη της προσβολής της μνήμης του πατέρα της, η οποία πραγματοποιείτο με την πολιτική κηδεία και την παράλειψη της θρησκευτικής κηδείας. Η περίπτωση αυτή αναδεικνύει τη δυσλειτουργία της ΑΚ 57 εδ. β' όταν υπάρχει διαφωνία συγγενών ίδιου βαθμού συγγένειας, αναφορικά με την προσβολή της μνήμης του αποβιώσαντος πατέρα τους. Σε αυτή την περίπτωση, δεν μπορεί να εφαρμοστεί το κριτήριο της ιεραρχίας των βαθμών συγγένειας που προτείνεται από τη θεωρία⁵⁰, γι' αυτό και το δικαστήριο κατέφυγε στη βούληση του νεκρού. Στην προσπάθειά του όμως να ικανοποιήσει τη βούληση του νεκρού αφενός δεν αποδέχθηκε την κρατούσα άποψη την οποία παρέθεσε (*«προστατευόμενο αγαθό, αναφέρουν, δεν είναι η μεταθανάτια προστασία προσωπικότητας νεκρού αλλά η ίδια προσωπικότητα των ως άνω προσώπων»*⁵¹) και αφετέρου αναγνώρισε την μεταθανάτια προστασία προσωπικότητας του ίδιου του νεκρού (*«στην πραγματικότητα εκείνο το οποίο θέλησε να προστατέψει ο νομοθέτης είναι η ίδια προσωπικότητα του νεκρού ως συνέχεια της προσωπικότητάς του εν ζωή»*⁵²). Βαρύνοντα ρόλο έπαιξε το γεγονός ότι *«ο αποθανών πατέρας ήταν εν ζωή χριστιανός ορθόδοξος, πίστευε στον θεό και επιθυμούσε να κηδευτεί κατά το τυπικό της Ανατολικής Ορθόδοξης Εκκλησίας»*⁵³. Εάν το δικαστήριο επιθυμούσε να προστατεύσει την προσωπικότητα των συγγενών αφενός θα έπρεπε να θεμελιώσει την προστασία αυτή στο ΑΚ 57 εδ. α'

48. BGH NJW 1996, 593, 595 υπό III 4. a.

49. ΕφΑΔ 2008, 1049-1054.

50. Αλαφραγκής, Σύγκρουση του δικαιώματος στην προσωπικότητα με το ηθικό δικαίωμα του δημιουργού έργου πνευματικής ιδιοκτησίας (2011), σ. 106-108. Βλ. επίσης υπέρ του κριτηρίου αυτού Σούρλα, ΕρμΑΚ 57 αρ. 52· Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό (2004) §15 αρ. 105· Γ. Γεωργιάδη, άρθρο 932 αρ. 25 αναφορικά με τους βαθμούς συγγένειας. Αντιθ. η Φουντεδάκη σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ Ι, άρθρο 57 αρ. 55, σύμφωνα με την οποία, η διάταξη ορίζει τους δικαιούχους χωρίς σειρά προτίμησης μεταξύ τους.

51. ΕφΑΔ 2008, 1049, 1050.

52. ΕφΑΔ 2008, 1049, 1050.

53. ΕφΑΔ 2008, 1049, 1052.

και όχι στο εδ. β' και αφετέρου θα έπρεπε να λύσει ένα εξαιρετικά δυσχερές δογματικό ζήτημα: ποιο έννομο συμφέρον προτάσσεται, όταν τα συγκρουόμενα συμφέροντα είναι ίδιας ποσότητας και ποιότητας. Είναι αδύνατον, δηλαδή, να προτάξει το συμφέρον του αδερφού έναντι της αδερφής, καθόσον και τα δύο είναι ατομικά μη περιουσιακά συμφέροντα⁵⁴. Γι' αυτό το δικαστήριο κατέφυγε στη βούληση του νεκρού⁵⁵ αναγνωρίζοντας με αυτό τον τρόπο μεταθανάτια προστασία της προσωπικότητάς του. Ένα αντίστοιχο μετά θάνατον δικαίωμα του νεκρού επί των οστών του, δέχτηκε και το Εφετείο Αθηνών με την υπ' αριθμ. 5316/1990 απόφασή του, αναγνωρίζοντας με αυτό τον τρόπο τη μεταθανάτια προστασία της προσωπικότητας ακόμα και στην περίπτωση σήψης πτώματος. Πρέπει να σημειωθεί ότι με την απόφαση αυτή απορρίφθηκε ως ουσία αβάσιμη η διεκδικητική αγωγή με αντικείμενο τα οστά του νεκρού.

Ένα αυτοτελές δικαίωμα των συγγενών σε περίπτωση προσβολής συναισθημάτων τους σχετιζομένων με τον νεκρό κατ' εφαρμογή της ΑΚ 57 εδ. α', δεν θα πρέπει να αποκλείεται. Λόγω του έντονου συναισθηματικού δεσμού τους με το νεκρό, μια προσβολή της μνήμης του τελευταίου σίγουρα προσβάλλει και την ηθική υπόσταση του δικού τους δικαιώματος προστασίας προσωπικότητας. Σε περίπτωση σύγκρουσης των αυτοτελών δικαιωμάτων συγγενών τα οποία εμπεριέχουν έννομα συμφέροντα, ίδιας ποσότητας και ποιότητας, η ιεραρχική σειρά της ΑΚ 57 εδ. β' μπορεί να φανεί ιδιαίτερα χρήσιμη. Αυτό έγινε αισθητό στην υπ' 11 C 335/97 απόφαση του Πρωτοδικείου Grevenbroich (15.12.1997)⁵⁶, η οποία απέρριψε αγωγή της μητέρας νεκρού κατά της συζύγου του. Η ενάγουσα επικαλούμενη ίδιο και αυτοτελές δικαίωμα απαιτούσε να πάψει η τελευταία να επισκέπτεται και να φροντίζει τον τάφο του νεκρού. Το δικαστήριο έκρινε ότι καθοριστική σε αυτές τις περιπτώσεις είναι η βούληση του νεκρού⁵⁷, αν και δεν είχε εκφραστεί. Ελλείψει τέτοιας βούλησης δέχτηκε ότι η σύζυγος είναι βάσει εθίμου αποκλειστικά αρμόδια για τη φροντίδα του τάφου του συζύγου της. Σε αυτήν την περίπτωση διαφάνηκε ότι τα όρια μεταξύ μεταθανάτιου δικαιώματος προστασί-

54. Για τον χαρακτηρισμό αυτό βλ και τη θεωρία της αξιολογικής στάθμισης συμφερόντων βλ. συνοπτικά Σταμάτη, Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων (2009) σ. 28, 30 και 511 επ. και Λασκαρίδη, Παλιά σταθμά στην Πλάστιγγα της Θέμιδος, σε ΤιμΤομ Ανδρουλιδάκη-Δημητριάδη (2011), σ. 256-262, 247-286.

55. Βλ. Σχόλιο Σπυριδάκη επί της απόφασης, ΕφΑΔ 2008, 1054 υπό Γ 2 (β).

56. NJW 1998, 2063-2064.

57. NJW 1998, 2063, 2064. Έτσι και η BGH NJW-RR 1992, 834.

ας της προσωπικότητας και αυτοτελούς δικαιώματος προστασίας της προσωπικότητας συγγενών, είναι πολύ ασταθή.

Κατά συνέπεια, οι συγγενείς του νεκρού είναι κατά κανόνα καταπιστευματοδόχοι του δικαιώματος προστασίας της προσωπικότητας του τελευταίου και γι' αυτό θα πρέπει να ασκούν το δικαίωμα αυτό όπως στην καταπίστευση ή τη διοίκηση αλλοτρίων, σύμφωνα με τη ρητή ή εικαζόμενη βούληση του δικαιούχου.

IV. Συμπέρασμα

Εάν δεχτούμε την –μη κρατούσα στη θεωρία– άποψη, εξασφαλίζουμε μια δογματική ορθότητα και συστηματική αρμονία του ιδιωτικού δικαίου. Επομένως, η βούληση του νεκρού είναι εύλογο να λαμβάνεται ως κριτήριο για την άσκηση του μεταθανάτιου δικαιώματος προστασίας της προσωπικότητάς του από τους συγγενείς. Η νομολογία ενδείκνυται να εξετάζει τη βούληση του νεκρού και, σε περίπτωση συναίνεσής του ως προς την προσβολή της προσωπικότητάς του, να δέχεται άρση του παράνομου χαρακτήρα της προσβολής. Η θέση αυτή βρίσκεται σε απόλυτη αρμονία με τις σχετικές ρυθμίσεις περί μεταμοσχεύσεων οργάνων νεκρού δότη και μεταθανάτιας σπερματέγχυσης.