



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
Εθνικόν και Καποδιστριακόν
Πανεπιστήμιον Αθηνών
— ΙΔΡΥΘΕΝ ΤΟ 1837 —

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

Π.Μ.Σ: ΠΟΙΝΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ
ΕΙΔΙΚΕΥΣΗ: ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ & ΠΟΙΝΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2018 – 2019

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ Της Κουφάκη Αγγελικής του Ανδρέα Α.Μ.: 7340010918013

Άρση απορρήτου ηλεκτρονικών επικοινωνιών και όρια των αποδεικτικών απαγορεύσεων

Επιβλέποντες:

- α) Αριστομένης Τζαννετής, Επίκουρος Καθηγητής (Επιβλέπων)
- β) Ηλίας Αναγνωστόπουλος, Καθηγητής
- γ) Νικόλαος Λίβος, Επίκουρος Καθηγητής

Αθήνα, Σεπτέμβριος 2019

Copyright © Αγγελική Κουφάκη, 2019

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

«Le Panopticon fonctionne comme une sorte de laboratoire de pouvoir. Grâce à ses mécanismes d'observation, il gagne en efficacité et en capacité de pénétration dans le comportement des hommes; un accroissement de savoir vient s'établir sur toutes les avancées du pouvoir, et découvre des objets à connaître Sur toutes les surfaces où celui-ci vient s'exercer».

Michel Foucault, Surveiller et Punir, 1975

Περιεχόμενα

| | |
|--|-----------|
| ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΕΣ | 6 |
| ΠΡΟΛΟΓΟΣ..... | 8 |
| Α΄ ΕΝΟΤΗΤΑ..... | 11 |
| ΆΡΘΡΟ 19: ΑΠΟΡΡΗΤΟ ΕΠΙΣΤΟΛΩΝ, ΑΝΤΑΠΟΚΡΙΣΗΣ & ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ | 11 |
| 1. ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΕΣ ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ | 11 |
| 2. ΣΥΝΤΟΜΗ ΙΣΤΟΡΙΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ ΤΟΥ Α.19 ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ | 12 |
| 3. ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ Α.19 ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ | 15 |
| 4. ΚΑΤΟΧΥΡΩΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΟΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ ΤΩΝ ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΣΕ ΔΙΕΘΝΗ ΚΕΙΜΕΝΑ ... | 20 |
| Β΄ ΕΝΟΤΗΤΑ..... | 23 |
| ΕΜΒΕΛΕΙΑ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ: Η ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΚΗ ΤΩΝ ΔΕΔΟΜΕΝΩΝ ΚΙΝΗΣΗΣ ΚΑΙ ΘΕΣΗΣ..... | 23 |
| 1. Η ΣΗΜΑΣΙΑ ΤΩΝ ΔΕΔΟΜΕΝΩΝ ΚΙΝΗΣΗΣ ΚΑΙ ΘΕΣΗΣ ΚΑΙ Η ΣΧΕΣΗ ΤΟΥΣ ΜΕ ΤΑ ΚΥΡΙΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΤΗΣ ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ . | 23 |
| 2. Η ΝΟΜΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΜΑΤΟΛΟΓΙΑ ΠΕΡΙ ΤΗΣ ΥΠΑΓΩΓΗΣ Η΄ ΜΗ ΤΩΝ ΣΥΝΔΕΤΙΚΩΝ ΔΕΔΟΜΕΝΩΝ ΣΤΗΝ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΤΟΥ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ ΣΕ ΘΕΩΡΗΤΙΚΟ ΚΑΙ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΟ ΕΠΙΠΕΔΟ. | 28 |
| 3. Η ΘΕΣΗ ΤΗΣ ΓΡΑΦΟΥΣΑΣ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΚΗ ΤΩΝ ΔΕΔΟΜΕΝΩΝ ΚΙΝΗΣΗΣ ΚΑΙ ΘΕΣΗΣ..... | 35 |
| Γ΄ ΕΝΟΤΗΤΑ | 39 |
| ΤΑ ΑΝΑΚΥΠΤΟΝΤΑ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΑ ΑΠΟ ΤΗΝ ΤΑΚΤΙΚΗ ΤΩΝ ΠΡΟΑΝΑΚΡΙΤΙΚΩΝ ΑΡΧΩΝ ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΑΠΟΜΑΓΝΗΤΟΦΩΝΗΣΗ ΤΩΝ ΤΗΛΕΦΩΝΙΚΩΝ ΣΥΝΔΙΑΛΕΞΕΩΝ | 39 |
| 1. ΤΑ ΑΝΑΦΥΟΝΤΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΑΠΟΜΑΓΝΗΤΟΦΩΝΗΣΗ | 39 |
| 2. Η ΠΡΟΤΑΘΕΙΣΑ ΔΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΛΥΣΗ: Η ΣΗΜΑΣΙΑ ΤΗΣ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΓΛΩΣΣΟΛΟΓΙΑΣ ΚΑΙ ΦΩΝΟΛΟΓΙΑΣ (FORENSIC LINGUISTICS/FORENSIC PHONETICS) | 44 |
| Δ΄ ΕΝΟΤΗΤΑ..... | 49 |
| ΆΡΣΗ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΑΙ ΟΡΙΑ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΩΝ ΑΠΑΓΟΡΕΥΣΕΩΝ | 49 |
| 1. ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΕΣ ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ | 49 |
| 2. ΠΡΟΣΔΙΟΡΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΕΝΝΟΙΑΣ ΚΑΙ ΤΩΝ ΒΑΣΙΚΩΝ ΔΙΑΚΡΙΣΕΩΝ ΤΩΝ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΩΝ ΑΠΑΓΟΡΕΥΣΕΩΝ | 50 |
| 3. ΣΚΟΠΟΣ ΚΑΙ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΩΝ ΑΠΑΓΟΡΕΥΣΕΩΝ..... | 54 |
| 4. Η ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΗ ΑΠΑΓΟΡΕΥΣΗ ΑΞΙΟΠΟΙΗΣΗΣ ΤΟΥ Α.19 ΠΑΡ.3 ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ. | 58 |
| 5. Η ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΤΩΝ ΠΑΡΑΓΩΓΩΝ Η΄ ΕΜΜΕΣΩΣ ΚΤΗΘΕΝΤΩΝ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΩΝ ΜΕΣΩΝ ΕΝ ΣΧΕΣΕΙ ΜΕ ΤΟ Α.19 ΠΑΡ.3 ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ..... | 63 |
| I. ΒΑΣΙΚΕΣ ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ ΕΠΙ ΤΗΣ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΚΗΣ ΤΩΝ ΠΑΡΑΓΩΓΩΝ Η΄ ΕΜΜΕΣΩΣ ΚΤΗΘΕΝΤΩΝ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΩΝ ΜΕΣΩΝ..... | 63 |
| II. ΈΜΜΕΣΕΣ Η ΠΑΡΑΓΩΓΕΣ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΕΣ ΑΠΑΓΟΡΕΥΣΕΙΣ ΚΑΙ Α.19 ΠΑΡ.3 Σ | 68 |
| 6. Η ΚΑΜΨΗ ΤΗΣ ΑΠΟΛΥΤΗΣ ΑΠΑΓΟΡΕΥΣΗΣ ΤΟΥ Α. 19 ΠΑΡ.3 Σ..... | 72 |
| I. Η ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΤΗΣ ΑΘΡΟΤΗΤΑΣ ΤΟΥ ΚΑΤΗΓΟΡΟΥΜΕΝΟΥ | 72 |
| II. ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΗ ΕΠΙΣΚΟΠΗΣΗ ΤΟΥ ΖΗΤΗΜΑΤΟΣ..... | 80 |
| A. Η ΚΑΜΨΗ ΤΩΝ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΩΝ ΑΠΑΓΟΡΕΥΣΕΩΝ ΤΟΥ Α.19 ΠΑΡ.3 Σ ΥΠΕΡ ΤΟΥ ΚΑΤΗΓΟΡΟΥΜΕΝΟΥ | 80 |
| B. Η ΚΑΜΨΗ ΤΩΝ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΩΝ ΑΠΑΓΟΡΕΥΣΕΩΝ ΤΟΥ Α.19 ΠΑΡ.3 Σ ΥΠΕΡ ΤΟΥ ΘΥΜΑΤΟΣ..... | 86 |

| | |
|--|------------|
| 7. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ | 88 |
| 8. ΕΠΙΜΕΤΡΟ: ΣΥΓΚΡΙΤΙΚΗ ΕΠΙΣΚΟΠΗΣΗ - Η ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΤΟΥ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ ΣΤΙΣ Η.Π.Α. – Ο ΚΑΝΟΝΑΣ ΤΩΝ «EXCLUSIONARY RULES»..... | 91 |
| Ε΄ ΕΝΟΤΗΤΑ | 102 |
| Η ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΤΩΝ ΤΥΧΑΙΩΝ ΕΥΡΗΜΑΤΩΝ ΣΤΗΝ ΕΙΔΙΚΗ ΑΝΑΚΡΙΤΙΚΗ ΠΡΑΞΗ ΤΗΣ ΑΡΣΗΣ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΑΤΑ ΤΟ Ν.2225/1994 (Α. 5 ΠΑΡ.10) | 102 |
| 1. Η ΕΝΝΟΙΑ ΤΩΝ ΤΥΧΑΙΩΝ ΕΥΡΗΜΑΤΩΝ – ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΕΣ ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ | 102 |
| 2. ΤΑ ΤΥΧΑΙΑ ΕΥΡΗΜΑΤΑ ΣΤΗΝ ΕΙΔΙΚΗ ΑΝΑΚΡΙΤΙΚΗ ΠΡΑΞΗ ΤΗΣ ΑΡΣΗΣ ΤΟΥ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ (Α.5 ΠΑΡ.10 Ν.2225/1994) 106 | |
| I. ΝΟΜΙΜΗ ΚΤΗΣΗ | 106 |
| A. Ο ΚΑΝΟΝΑΣ ΤΗΣ ΑΠΑΓΟΡΕΥΣΗΣ ΑΞΙΟΠΟΙΗΣΗΣ ΤΩΝ ΤΥΧΑΙΩΝ ΕΥΡΗΜΑΤΩΝ ΣΕ ΑΛΛΗ ΠΟΙΝΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ – ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΠΑΓΟΡΕΥΣΗ ΑΞΙΟΠΟΙΗΣΗΣ | 106 |
| B. Η ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΤΩΝ ΤΥΧΑΙΩΝ ΕΥΡΗΜΑΤΩΝ ΑΦΟΡΩΝΤΩΝ ΑΛΛΗ ΠΟΙΝΙΚΗ ΔΙΚΗ ΣΧΕΤΙΚΑ ΜΕ ΑΞΙΟΠΟΙΗ ΠΡΑΞΗ ΜΗ ΥΠΑΓΟΜΕΝΗ ΣΤΟ «ΚΑΤΑΛΟΓΟ» (Α.4 ΚΑΙ ΕΔ. Α΄Α.5 ΠΑΡ.10 Ν.2225/1994)..... | 110 |
| Γ. ΟΙ ΚΑΤ΄ ΕΞΑΙΡΕΣΗ ΠΕΡΙΠΤΩΣΕΙΣ ΕΠΙΤΡΕΠΤΗΣ ΑΞΙΟΠΟΙΗΣΗΣ ΤΩΝ ΤΥΧΑΙΩΝ ΕΥΡΗΜΑΤΩΝ (Α. 5 ΠΑΡ.10 ΕΔ. Β΄ ΤΟΥ Ν.2225/1994) | 113 |
| II. ΠΑΡΑΝΟΜΗ ΚΤΗΣΗ..... | 116 |
| 3. Η ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΤΗΣ ΑΡΣΗΣ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ ΓΙΑ ΙΔΙΑΙΤΕΡΩΣ ΣΟΒΑΡΟ ΕΓΚΛΗΜΑ ΕΚ ΤΟΥ ΚΑΤΑΛΟΓΟΥ ΤΟ ΟΠΟΙΟ ΕΝ ΣΥΝΕΧΕΙΑ ΥΠΟΒΑΘΜΙΖΕΤΑΙ ΑΠΑΞΙΟΛΟΓΙΚΑ..... | 117 |
| 4. ΤΡΙΤΑ ΠΡΟΣΩΠΑ, ΤΥΧΑΙΑ ΕΥΡΗΜΑΤΑ ΚΑΙ ΑΡΣΗ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ | 120 |
| ΑΝΤΙ ΕΠΙΛΟΓΟΥ..... | 126 |
| ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ | 131 |
| ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ..... | 139 |

Συντομογραφίες

| | |
|------------|---|
| ά. | Άρθρο |
| ΑΔΑΕ | Αρχή Διαφύλαξης Απορρήτου Επικοινωνιών |
| αδημ. | αδημοσίευτη δικαστική απόφαση |
| ΑΠ | Άρειος Πάγος |
| απόφ. | Απόφαση |
| αρ. | Αριθμός |
| Αρμεν. | Αρμενόπουλος |
| βλ. | Βλέπε |
| Γνωμ.ΕισΑΠ | Γνωμοδότηση Εισαγγελίας Αρείου Πάγου |
| ΔιατΕισΕφ | Διάταξη Εισαγγελέως Εφετών |
| ΔιΜΕΕ | Δίκαιο Μέσων Ενημέρωσης και Επικοινωνία |
| ΔΣΑΠΔ | Διεθνές Σύμφωνο για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα |
| εδ. | Εδάφιο |
| ΕΔΔΑ | Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου |
| ΕΕ | Ευρωπαϊκή Ένωση |
| ΕΚ | Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο |
| εκδ. | έκδοση / εκδόσεις |
| επ. | επόμενα |
| επιμ. | Επιμέλεια |
| ΕΣΔΑ | Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου |
| Εφ. | Εφετείο |
| εφημ. | Εφημερίδα |
| Η.Π.Α. | Ηνωμένες Πολιτείες Αμερικής |
| κ.ά. | και άλλα |
| κ.λπ. | και λοιπά |
| ΚΠΔ | Κώδικας Ποινικής Δικονομίας |
| λ.χ. | λόγου χάριν |

| | |
|------------|----------------------------------|
| Μ.Μ.Ε. | Μέσα Μαζικής Ενημέρωσης |
| ΜΟΔ | Μικτό Ορκωτό Δικαστήριο |
| ν. /Ν. | Νόμος |
| ΝοΒ | Νομικό Βήμα |
| Ν.Π.Δ.Δ. | Νομικό Πρόσωπο Δημοσίου Δικαίου |
| Ν.Π.Ι.Δ. | Νομικό Πρόσωπο Ιδιωτικού Δικαίου |
| Ολ | Ολομέλεια |
| ό. π. | όπως παραπάνω |
| παρ. | παράγραφος |
| περ. | περίπτωση |
| Π.Δ. | Προεδρικό Διάταγμα |
| ΠΚ | Ποινικός Κώδικας |
| Πλημ | Πλημμελειοδικείο |
| ΠοινΔικ | Ποινική Δικαιοσύνη |
| ΠοινΛόγος | Ποινικός Λόγος |
| ΠοινΧρ | Ποινικά Χρονικά |
| π.χ. | παραδείγματος χάριν |
| Σ | Σύνταγμα |
| σελ. | σελίδα |
| ΣυμβΠλημ | Συμβούλιο Πλημμελειοδικών |
| τεύχ. ή τ. | τεύχος |
| τιμ. | τιμητικός |
| τόμ. | Τόμος |
| υπ' αρ. | υπ' αριθμόν |
| Υπερ. | Υπεράσπιση |
| υποσ. | Υποσημείωση |
| ΦΕΚ | Φύλλο Εφημερίδας της Κυβέρνησης |
| ΧΘΔ | Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων |

Πρόλογος

Στην παρούσα διπλωματική εργασία θα επιχειρηθεί η ανάλυση τριών βασικών εννοιών· αυτή του απορρήτου των επιστολών, της ανταπόκρισης και της επικοινωνίας, νοούμενου ως θεμελιώδους συνταγματικού δικαιώματος (α.19 Σύνταγμα), της άρσης απορρήτου τηλεπικοινωνιών ως ειδικής ανακριτικής πράξης και των αποδεικτικών απαγορεύσεων, λειτουργούντων ως εγγυητικών – προστατευτικών φραγμών για την προάσπιση του δικαιώματος του απορρήτου της επικοινωνίας. Τα τρία αυτά στοιχεία εντασσόμενα στο πλαίσιο της ποινικής διαδικασίας δημιουργούν ένα δυναμικό πεδίο πολυμερών εντάσεων με βασική έκφραση αυτών, αφενός την σύγκρουση ανάμεσα στη δυναμική των αντεγκληματικών προσπαθειών και στη δυναμική των εγγυήσεων του Κράτους δικαίου και αφετέρου την αέναη εν τέλει αναζήτηση του συγκερασμού των δύο στα πλαίσια της ποινικής δίκης¹.

Σ' ένα πρώτο επίπεδο αναλύεται η έννοια του απορρήτου των επιστολών, της ανταπόκρισης και της επικοινωνίας από συνταγματική έποψη κυρίως με την εξερεύνηση της ιστορικής διαμόρφωσης του υπό εξέταση συνταγματικού δικαιώματος και την ανάδειξη της υψίστης σημασίας «επιμέλεια» που επέδειξε ο συνταγματικός νομοθέτης διαχρονικώς σε αυτό (ενότητα Α').

Σ' ένα δεύτερο επίπεδο εξετάζεται η εμβέλεια του δικαιώματος του απορρήτου της προστασίας της επικοινωνίας. Συγκεκριμένα ερευνάται η προβληματική των δεδομένων κίνησης και θέσης και τίθεται το ερώτημα αν τα τελευταία υπάγονται στην έννοια του απορρήτου της επικοινωνίας, όπως αυτή κατοχυρώνεται συνταγματικώς στη διάταξη του α.19 του Σ. Η ένταξη της ενότητας αυτής στη παρούσα εργασία κρίθηκε επιβεβλημένη καθώς η ραγδαία τεχνολογική εξέλιξη στο χώρο των τηλεπικοινωνιών έχει προσδώσει στα δεδομένα κίνησης και θέσης κεφαλαιώδη και αυτοτελή σημασία, καθιστώντας δυνατή δια αυτών την

¹ Ν. Παρασκευόπουλο, Η επίδραση της σύγχρονης αντεγκληματικής πολιτικής στο ποινικό δικονομικό δίκαιο ΠοινΧρ 2002 σελ. 583.

αποκάλυψη όλων των βασικών πτυχών και των κοινωνικών πρακτικών της ζωής ενός ατόμου (ενότητα Β').

Πριν εισέλθουμε στην βασική ενότητα της διπλωματικής εργασίας, αυτή της αξιοποίησης του αποδεικτικού υλικού που προκύπτει από την άρση απορρήτου των τηλεπικοινωνιών, γίνεται αναφορά στο «προστάδιο» της συγκέντρωσης και αποτύπωσης του υλικού των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων, ήτοι της απομαγνητοφώνησης αυτών. Αναλύονται εν προκειμένω τα αναφύοντα προβληματικά στοιχεία της ακολουθούμενης αστυνομικής πρακτικής κατά τη διενέργεια της απομαγνητοφώνησης και προτείνεται ως δικονομική λύση από την γράφουσα μια διεπιστημονική προσέγγιση του θέματος με την ανάδειξη της σημασίας του ειδικού επιστημονικού κλάδου της δικαστικής γλωσσολογίας και φωνολογίας (forensic linguistics/ forensic phonetics), ώστε δια της αρωγής αυτού να επιτευχθεί η ασφαλή εξαγωγή συμπερασμάτων αναφορικά με το συγκεντρωθέν αποδεικτικό υλικό και να περιοριστούν οι οικείες αστυνομικές αυθαιρεσίες σε επίπεδο συλλογής και επεξεργασίας αυτού. (ενότητα Γ').

Η κύρια θεματική ενότητα της εργασίας άπτεται του ουσιώδους ζητήματος της αξιοποίησης του αποδεικτικού υλικού, όπως αυτό προκύπτει από την άρση απορρήτου των τηλεπικοινωνιών εν σχέσει με την αποδεικτική απαγόρευση που εισάγει το α.19 παρ.3 Σ. Εισαγωγικά, επιχειρείται μια ανάδυση στο χώρο των αποδεικτικών απαγορεύσεων, προσδιορίζοντας το εννοιολογικό βάθος και τη ratio αυτών. Εν συνεχεία αναλύεται σημείο προς σημείο η αποδεικτική απαγόρευση αξιοποίησης του αποδεικτικού υλικού, όπως αυτή θεσπίζεται στο α.19 παρ.3 του Σ και εξετάζεται και αξιολογείται η καταλυτική επίδραση που ασκεί ο άτεγκτος και απόλυτος χαρακτήρας της διάταξης στο πεδίο της αποδεικτικής διαδικασίας. Έπειτα ερευνάται η περίπτωση της αποδεικτικής απαγόρευσης των παράγωγων ή εμμέσως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων εν σχέσει με το ανωτέρω άρθρο του Συντάγματος. Επιπλέον ανιχνεύονται από θεωρητική και νομολογιακή σκοπιά οι περιπτώσεις κάμψης της απόλυτης απαγόρευσης του α. 19 παρ.3 του Σ., όπως είναι αυτή της

αξιοποίησης του αποδεικτικού υλικού για την απόδειξη της αθωότητας του κατηγορούμενου και για την προστασία του θύματος. Τέλος επιχειρείται η συγκριτική επισκόπηση του δικαιώματος του απορρήτου της επικοινωνίας στις Η.Π.Α. και η εξέταση του κανόνα των «exclusionary rules» εν σχέσει με τις ημεδαπές ρυθμίσεις (ενότητα Δ').

Η τελευταία ενότητα της παρούσας πραγματεύεται την περίπτωση των τυχαίων ευρημάτων και συγκεκριμένα την αντιμετώπιση αυτών στην ειδική ανακριτική πράξη της άρσης απορρήτου επικοινωνιών κατά το Ν.2225/1994 (α. 5 παρ.10). Εξετάζεται καταρχήν η περίπτωση της νόμιμης κτήσης αυτών και η ανεξάρτητη απαγόρευση αξιοποίησης που εισάγεται με το ανωτέρω άρθρο. Εν συνεχεία επισημαίνονται οι κατ' εξαίρεση περιπτώσεις επιτρεπτής αξιοποίησης των τυχαίων ευρημάτων (α. 5 παρ.10 εδ. β' του Ν.2225/1994). Ακολούθως ερευνάται η περίπτωση της παράνομης κτήσης των τυχαίων ευρημάτων και η δικονομική αντιμετώπιση της περίπτωσης κατά την οποία διατάσσεται άρση απόρρητου για ιδιαίτερος σοβαρό έγκλημα εκ του καταλόγου το οποίο στην συνέχεια της ποινικής διαδικασίας υποβαθμίζεται απαξιολογικά. Τέλος προσεγγίζεται η περίπτωση κατά την οποία με την ειδική ανακριτική πράξη της άρσης απορρήτου έρχονται στο ανακριτικό στόχαστρο τρίτα πρόσωπα για τα οποία ανιχνεύονται τυχαία ευρήματα που εγείρουν υπόνοιες τέλεσης άλλων αξιόποινων πράξεων και εξετάζεται η από δικονομική έποψη αντιμετώπιση αυτών (ενότητα Ε').

Α΄ ΕΝΟΤΗΤΑ

Άρθρο 19: Απόρρητο επιστολών, ανταπόκρισης & επικοινωνίας

1. Εισαγωγικές επισημάνσεις

Η «εξελικτική πορεία» του υπό εξέταση συνταγματικού δικαιώματος² (Άρθρο 19: Απόρρητο επιστολών, ανταπόκρισης & επικοινωνίας)³ συναρτάται άμεσα και αναγκαία από την καθοριστική επιρροή που ασκεί η εξέλιξη της τεχνολογίας στη διαμόρφωση και την λειτουργία των νομικών θεσμών⁴. Αναμφισβήτητα όπως καταδεικνύεται εκ της ιστορικής του καταγωγής και της μακρόχρονης πορείας του, το δικαίωμα αυτό αρχικά εμφανιζόταν ως ταυτόσημο με τη θεσμική έκφραση του απορρήτου των επιστολών. Η ραγδαία όμως εξέλιξη των τεχνολογικών επιτευγμάτων σε συνδυασμό με την αδήριτη ανάγκη του ανθρώπου για εύκολη, ταχεία και άμεση επικοινωνία, μείωσε καίρια την σημασία και τη λειτουργικότητα της επιστολής και το κέντρο βάρους μετατοπίστηκε προς τις «τηλεπικοινωνίες». Είναι προφανές ότι σήμερα η επικοινωνία – ούσα αρρήκτως συνδεδεμένη με τα τεχνολογικά επιτεύγματα – αλλάζει διαρκώς μορφή, είδος και μέσο, έτσι τη θέση της επιστολής έχουν λάβει οι τηλεπικοινωνίες, το πλήθος και το είδος των οποίων αναπτύσσεται όσο εξελίσσεται και ο εν λόγω τεχνολογικός τομέας. Η ανωτέρω διαπίστωση υποδεικνύει την επαγρύπνηση στην οποία οφείλει

² Βλ. Α. Μάνεση, Ατομικές Ελευθερίες, εκδ. α', 1978, σελ. 9, πρόκειται για ατομικό δικαίωμα καθότι η «εξουσία αυτοκαθορισμού» που απονέμεται από το ισχύον δίκαιο τείνει στον αποκλεισμό ή περιορισμό των επεμβάσεων του Κράτους σε συγκεκριμένο πεδίο ύπαρξης και δράσης των εξουσιαζομένων.

³ 1. Το απόρρητο των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας με οποιονδήποτε άλλο τρόπο είναι απόλυτα απαραβίαστο. Νόμος ορίζει τις εγγυήσεις υπό τις οποίες η δικαστική αρχή δεν δεσμεύεται από το απόρρητο για λόγους εθνικής ασφάλειας ή για διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων.

**2. Νόμος ορίζει τα σχετικά με τη συγκρότηση, τη λειτουργία και τις αρμοδιότητες ανεξάρτητης αρχής που διασφαλίζει το απόρρητο της παραγράφου 1.

**3. Απαγορεύεται η χρήση αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί κατά παράβαση του άρθρου αυτού και των άρθρων 9 και 9Α.

* Με δύο αστερίσκους δηλώνονται τα σημεία της Αναθεώρησης που αναγράφονται στο Ψήφισμα της 6ης Απριλίου 2001 της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής των Ελλήνων.

⁴ Βλ. Π. Παυλόπουλο, Τεχνολογική εξέλιξη και συνταγματικά δικαιώματα οι σύγχρονες περιπέτειες του απορρήτου των ανταποκρίσεων, ΝοΒ τομ.35, σελ.1511.

να βρίσκεται ο Νομοθέτης ώστε η μετεξέλιξη της επικοινωνίας να συνοδεύεται από τις ανάλογες νομικές ρυθμίσεις οι οποίες θα κατοχυρώνουν εγγυητικά τον άνθρωπο από τα προϊόντα του πολιτισμού που ο ίδιος ιστορικά διαμορφώνει^{5 6}.

2. Σύνομη ιστορική προσέγγιση του α.19 του Συντάγματος

Σ' ένα πρώτο επίπεδο κρίνεται σκόπιμη μια εν συντομία ιστορική προσέγγιση του δικαιώματος του απορρήτου των ανταποκρίσεων, μέχρι την τωρινή συνταγματική διατύπωση του α.19 του Συντάγματος. Η προστασία του απορρήτου των ανταποκρίσεων και συγκεκριμένα των επιστολών διακηρύσσεται για πρώτη φορά κατά τη Γαλλική Επανάσταση, σε δύο ψηφίσματα της 10^{ης} Αυγούστου και της 5^{ης} Δεκεμβρίου 1789 της Εθνικής Συντακτικής Συνέλευσης, όμως δεν περιέχεται στη Διακήρυξη των δικαιωμάτων του 1789 ούτε στα γαλλικά συντάγματα της επαναστατικής περιόδου^{7 8}.

Στην Ελλάδα θεσπίστηκε για πρώτη φορά στο Σύνταγμα του 1844. Ανάγεται στο άρθρο 22 του βελγικού συντάγματος του 1831 και υιοθετήθηκε κατά πιστή μετάφραση αυτού, ως άρθρο 14, στο ελληνικό σύνταγμα του 1844 (*«Το απόρρητον των επιστολών είναι απαραβίαστον»*). Ως αντίδραση στις παραβιάσεις του άρθρου αυτού κατά την οθωνική περίοδο, το άρθρο 20 του συντάγματος του 1864

⁵ Βλ. Α. Ψαρούδα – Μπενάκη, Το μαγνητόφωνον εις την ποινικήν δίκην και η ανάγκης προστασίας του προφορικού λόγου, ΠοινΧρ ΙΕ', σελ. 397 επ., η οποία ήδη πολύ παλιότερα (έτος 1965) είχε επισημάνει ότι *«Το δίκαιον οφείλει να μη επιδρά ανασχετικώς επί της τεχνικής προόδου, συγχρόνως όμως οφείλει να περιφρουρή κατά τοιούτον τρόπον τα ατομικάς ελευθερίας ώστε η τεχνική πρόοδος να μην οδηγή εις περιορισμόν των εγγυήσεων τας οποίας εξασφαλίζει εις τον πολίτην το κράτος δικαίου»*.

⁶ Βλ. Π. Παυλόπουλο, ο.π., ΝοΒ τομ.35, σελ.1511.

⁷ Βλ. Α. Μάνεση, Συνταγματικά Δικαιώματα α' Ατομικές ελευθερίες πανεπιστημιακές παραδόσεις γ' έκδοση, εκδ. Σάκκουλα 1981, σελ.233.

⁸ Βλ. όμως και Π. Παυλόπουλο, ο.π., ΝοΒ τομ.35, σελ.1511 με περαιτέρω παραπομπή σε J.Rivero (Les libertés publiques, 2, 1977,σελ.80) σύμφωνα με τον οποίο η κατοχύρωση του απορρήτου των ανταποκρίσεων προκύπτει εμμέσως από τις διατάξεις του άρθρου 11 της Διακήρυξης αυτής, σύμφωνα με τις οποίες *«η ελεύθερη επικοινωνία των σκέψεων και των απόψεων είναι από τα πολυτιμότερα δικαιώματα του ανθρώπου, κάθε πολίτης δύναται, συνεπώς, να μιλάει, να γράφει και να τυπώνει ελεύθερα, χωρίς να αποκλείεται να δίνει λόγο για κατάχρηση αυτής της ελευθερίας στις περιπτώσεις που καθορίζονται από τον νόμο»* (βλ. Κ. Μαυριά – Α. Παντελή, Συνταγματικά κείμενα, 1981, σελ.423)

χαρακτήρισε το απόρρητο των επιστολών ως «απολύτως» απαραβίαστο^{9 10 11}. Στο Σύνταγμα του 1927 (άρθρο 12) επεκτάθηκε η προστασία του απορρήτου, εκτός από τις επιστολές και στα τηλεφωνήματα και τηλεγραφήματα και στο Σύνταγμα του 1952 (άρθρο 20) οριζόταν ότι «το απόρρητο των επιστολών και της καθ'οιονδήποτε άλλον τρόπο ανταποκρίσεως είναι απολύτως απαραβίαστον»¹². Από το Σύνταγμα του 1952 και εντεύθεν η συνταγματική προστασία του απορρήτου προσλαμβάνει πλέον τη μορφή μιας «ανοιχτής» συνταγματικής διάταξης, έτοιμης να υποδεχθεί κάθε μέσο επικοινωνίας που διεξάγεται σε συνθήκες εμπιστευτικότητας¹³.

⁹ Περί του όρου «απόλυτα απαραβίαστο» βλ. Α. Αποστολίδου, Το απόρρητο της επικοινωνίας και του πληροφοριακού αυτοκαθορισμού ως ειδικότερες εκφάνσεις της ιδιωτικής ζωής του ατόμου και οι εγγυήσεις περιορισμού τους μετά τις τελευταίες νομοθετικές εξελίξεις Τιμ. Τομ. Ι. Μανωλεδάκη Μελέτες ποινικού δικαίου – εγκληματολογίας – ιστορίας του εγκλήματος, εκδ. Σάκκουλα 2007 σελ.148, υποσ.4, βλ. Π. Δαγτόγλου, Συνταγματικό δίκαιο Ατομικά δικαιώματα, εκδ. Σάκκουλα 2012, σελ.292 επ. κατά τον ίδιο ο όρος «απολύτως» δεν προσέθεσε τίποτα ουσιαστικό στη διάταξη, Χ. Νάιντο, Αποδεικτικές Απαγορεύσεις στην ποινική δίκη, εκδ. Σάκκουλας 2010, σελ.94 ο οποίος κινείται στην ίδια γραμμή αναφέροντας ότι πρόκειται για μια παραδοσιακή διατύπωση η οποία παρέμεινε ως τις μέρες μας ως συνταγματικό «απολίθωμα», χωρίς ιδιαίτερο κανονιστικό περιεχόμενο, σύμφωνα με άλλη άποψη βλ. Σ. Τσακυράκη, Το απόρρητο της επικοινωνίας Απόλυτα απαραβίαστο ή ευχή της έννομης τάξης, ΝοΒ 1993, σελ.996, με τον όρο «απόλυτα απαραβίαστο» καθιερώνεται άμεση τριτενέργεια του εν λόγω δικαιώματος, αναφερόμενο δηλαδή στη δέσμευση απ' αυτό όχι μόνο των φορέων της δημόσιας εξουσίας, αλλά και των ιδιωτών, ενώ βλ. Γ. Καμίνη, Το απόρρητο της τηλεφωνικής επικοινωνίας: Η συνταγματική προστασίας και η εφαρμογή της από τον ποινικό νομοθέτη και τα δικαστήρια, ΝοΒ τομ.43, σελ.510, ο οποίος υποστηρίζει ότι το «απόλυτα» απαραβίαστο αντιτάσσεται στους φορείς άλλων ατομικών δικαιωμάτων, με τα οποία συγκρούεται το απόρρητο επικοινωνίας απολαμβάνοντας στη περίπτωση αυτή αυξημένης προστασίας στις σταθμίσεις στις οποίες θα προβεί ο εφαρμοστής του δικαίου.

¹⁰ Βλ. Γ. Καμίνη, ο.π., ΝοΒ τομ.43, σελ.505, ο οποίος παραπέμπει στην έκθεση επί του Πολιτεύματος Επιτροπής της εθνοσυνέλευσης όπου ο Ν. Ι. Σαρίπολος αιτιολόγησε ως εξής το «απολύτως»: «Η επιτροπή υμών φρονεί, ότι δια της προσθήκης μιας μόνης λέξεως: “ το απόρρητον των επιστολών είνε απολύτως απαραβίαστον ησφάλισεν εις το διηνεκές το ατομικό τούτο δικαίωμα και προύλαβεν ούτω πάσαν εις το μέλλον κατ' αυτού επιβουλήν...» (Επίσημος Εφημερίς της Συνελεύσεως, τ. Ε', σελ.36).

¹¹ Βλ. και Ν. Παπαδόπουλο, Προστασία του απορρήτου της επικοινωνίας Ερμηνευτική προσέγγιση του α.19 του Συντάγματος της Ελλάδας, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2008, σελ.154, που επισημαίνει εύστοχα ότι «Από το 1864 το επίρρημα «απολύτως» επιβιώνει μαζί με την συνταγματική προστασία του απορρήτου της επικοινωνίας, για να υπενθυμίζει στον αναγνώστη και ερμηνευτή του Συντάγματος, το «δέον» προστασίας που αντιπαρατίθεται στο «ον» της παραβιάσεως» και υποσ. 3 όπου παραπέμπει στον Φιλάρετο, ο οποίος ερμηνεύοντας το α.20 του Συντάγματος του 1864 υποστήριξε ότι “δια του απολύτως εκφράζεται η έννοια των γαλλικών λέξεων «dans aucun cas et sous aucun pretexte» και του «absolu» ως διετύπωσαν την θεωρίαν των ο Herband και ο Margin”.

¹² Βλ. Α. Μάνεση, ο.π. σελ.233.

¹³ Βλ. Α. Τάχου, Το απαραβίαστον του απορρήτου των επιστολών και της εν γένει ανταποκρίσεως, 1967, σελ.37.

Κυριότερης επισημάνσεως χρήζει η επιλογή της εισαγωγής εξαιρέσεων, όπως αυτές θεσπίστηκαν στο Σύνταγμα του 1975¹⁴, κατά το οποίο το δικαίωμα μπορεί να περιορίζεται βάσει νόμου που θα ορίσει «τις εγγυήσεις υπό τις οποίες η δικαστική αρχή δεν δεσμεύεται από το απόρρητο για λόγους εθνικής ασφάλειας¹⁵ ή για διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών¹⁶ εγκλημάτων^{17 18}». Ορθώς τονίζεται ότι η νομοτεχνική επιλογή που ελήφθη με το Σύνταγμα του 1975 για το α.19 αποτυπώνει ανάγλυφα την αντίφαση που εγκλείει η ρύθμιση και την αντίστοιχη προσπάθεια εξισορρόπησης της ανάγκης που αφορά την προστασία των συνταγματικών δικαιωμάτων γενικώς και εν προκειμένω του απορρήτου των ανταποκρίσεων και της ανάγκης εξυπηρέτησης των κρατικών συμφερόντων (raison d' état)¹⁹.

¹⁴ Βλ. όμως Π. Παυλόπουλο, ο.π., ΝοΒ τομ.35 σελ.1513, ο οποίος επισημαίνει ότι η καταγωγή των εν λόγω εξαιρέσεων οι οποίες θεσπίστηκαν για πρώτη φορά με το δεύτερο εδάφιο του άρθρου 15 των δικτατορικών συνταγματικών κειμένων του 1968 και 1973. Ειδικότερα κατά τις διατάξεις των συνταγματικών κειμένων, «νόμος ορίζει τας εγγυήσεις υπό τας οποίας η δικαστική αρχή δια λόγους εθνικής ασφάλειας και δημοσίας τάξεως ή προς διακρίβωσιν απεχθών εγκλημάτων, δεν δεσμεύεται εκ του απορρήτου» με περαιτέρω παραπομπή σε Κ. Γεωργοπούλου, Ελληνικόν συνταγματικόν δίκαιον, Τεύχος Γ, 1970, σελ.97,98.

¹⁵ Βλ. Κ. Χρυσόγονο, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, εκδ. Σάκκουλα 1998, σελ.216 ο οποίος επισημαίνει ότι ως ασφάλεια θα πρέπει να θεωρηθεί ότι περιλαμβάνει όχι γενικά τη δημόσια ασφάλεια, αλλά αποκλειστικά ό,τι αναφέρεται στην προάσπιση της χώρας έναντι εξωτερικών κινδύνων, Δ. Παπαδοπούλου, Η νομική προστασία του δικαιώματος για ελεύθερη επικοινωνία ΠοινΔικ 2009, σελ.210, «σημαίνει κυρίως την προστασία του συνόλου μιας χώρας, της εδαφικής ακεραιότητας και της πολιτικής ανεξαρτησίας από ξένη δύναμη ή απειλή ξένης δύναμης»

¹⁶ Βλ. Α. Μάνεση, ο.π., σελ.241 ο οποίος υποστηρίζει ότι όλα τα κακούργηματα είναι «σοβαρά εγκλήματα» πάντως ως «ιδιαιτέρως σοβαρά» δεν μπορεί να χαρακτηριστούν παρά μόνον ορισμένα (ένας περιορισμένος αριθμός) από αυτά, τα πλημμελήματα δεν είναι καν, κατά κανόνα «σοβαρά» εγκλήματα ελάχιστα δε από αυτά θα μπορούσαν, κατ' εξαίρεση να θεωρηθούν ως «ιδιαιτέρως» σοβαρά, όπως απαιτεί το Σύνταγμα, Δ. Παπαδοπούλου, ο.π., ΠοινΔικ 2009 σελ.210, που αναφέρει ότι εννοούνται μόνο όσο περιοριστικά αναφέρονται στο άρθρο 4 του Ν 2225/1994 (εσχάτη προδοσία, εμπόριο όπλων, ανθρωποκτονία, ναρκωτικά κ.λ.π.)

¹⁷ Βλ. Γ. Καμίνη, ο.π., ΝοΒ τομ.43, σελ.506, ο οποίος τονίζει ότι ήδη από το 1922, η απόλυτη συνταγματική προστασία του δικαιώματος έτεθη υπό συζήτηση στις εργασίες τις Γ' Εθνοσυνέλευσης και στην Δ' Αναθεωρητική Βουλή του 1946 όπου είχαν διατυπωθεί προτάσεις για τον περιορισμό του απορρήτου με σκοπό την καταπολέμηση του εγκλήματος, βλ. και Τάχο, ό.π. σελ. 49 και 104 – 105 ο οποίος επισημαίνει ότι «η απόλυτος προστασία του απορρήτου των ανταποκρίσεων ως προβλέπεται δια του άρθρου 20 του ισχύοντος Συντάγματος δεν ανταποκρίνεται πλέον εις τα σημερινά δεδομένα του κρατικού και κοινωνικού βίου».

¹⁸ Ορθώς επισημαίνεται ότι οι εν λόγω εξαιρέσεις χρήζουν στενής ερμηνείας βλ. Α. Μάνεση, ο.π. σελ.241, Γ. Καμίνη, ο.π., ΝοΒ τομ.43, σελ.507.

¹⁹ Βλ. Π. Παυλόπουλο, ο.π., ΝοΒ τομ.35, σελ.1512.

Με την αναθεώρηση του 2001 η διάταξη του α.19 του Συντάγματος έλαβε την υπάρχουσα, τωρινή διατύπωση. Στο α.19 του Συντάγματος του 1975,²⁰ που δεν τροποποιήθηκε, προστέθηκαν δύο νέες παράγραφοι, που περιλαμβάνουν δύο θεσμικές εγγυήσεις, οι οποίες θωρακίζουν το δικαίωμα στην ελεύθερη και ακώλυτη επικοινωνία. Η πρώτη θεσμική εγγύηση που εισάγεται είναι η πρόβλεψη για τη συγκρότηση, τη λειτουργία και τις αρμοδιότητες της ανεξάρτητης αρχής που διασφαλίζει το απόρρητο της παραγράφου 1²¹. Η δεύτερη εγγύηση που προστέθηκε με τη παράγραφο 3 του α.19 και χαρακτηρίστηκε ως δικονομική κύρωση υψίστης σημασίας²², συνίσταται στην απόλυτη εκ του Συντάγματος απαγόρευση χρήσης αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί κατά παράβαση του α.19 και των α.9 (άσυλο κατοικίας) και 9Α (προστασία προσωπικών δεδομένων)²³.

3. Αντικείμενο προστασίας του α.19 του Συντάγματος

Το άρθρο 19 του Συντάγματος, όπως προελέχθη, προστατεύει το απόρρητο των επιστολών και της καθ' οιονδήποτε τρόπο ελεύθερης²⁴ ανταπόκρισης και επικοινωνίας· διαρθρώνεται συνεπώς σε δύο επιμέρους συνιστώσες, αρρήκτως συνδεδεμένες μεταξύ τους: α) στην ελευθερία ανταποκρίσεως ή επικοινωνίας β)

²⁰ 1. Το απόρρητο των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας με οποιονδήποτε άλλο τρόπο είναι απόλυτα απαραβίαστο. Νόμος ορίζει τις εγγυήσεις υπό τις οποίες η δικαστική αρχή δεν δεσμεύεται από το απόρρητο για λόγους εθνικής ασφάλειας ή για διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων.

²¹ Βλ. Ε. Βενιζέλο, Το αναθεωρητικό κεκτημένο Το συνταγματικό φαινόμενο στον 21ο αιώνα και η εισφορά της αναθεώρησης του 2001, σελ. 147, εκδ. Σάκκουλα 2002, ο οποίος επισημαίνει ότι η ανεξάρτητη αυτή αρχή υπάγεται στο πεδίο του άρθρου 101Α και είναι μια από τις πέντε ανεξάρτητες αρχές που ιδρύει το Σύνταγμα.

²² Βλ. Πρακτικά Συνεδριάσεων και έκθεση της Επιτροπής αναθεώρησης του Συντάγματος (2000) σελ.61., βλ. όμως και contra τοποθέτηση της Άννας Ψαρούδα – Μπενάκη, η οποία υποστήριξε ότι η συνταγματική απαγόρευση χρήσης παράνομων αποδεικτικών μέσων δεν αρμόζει σε ένα σύστημα αποδείξεων, στο οποίο ισχύει η ελευθερία των αποδείξεων, όπως είναι το ελληνικό, και ότι η σχετική απαγόρευση πρέπει να επαφθεθεί στον κοινό νομοθέτη.

²³ Η ανάλυση της εν λόγω αποδεικτικής απαγόρευσης βρίσκεται στο κεφάλαιο Δ' της παρούσης.

²⁴ Βλ. Χ. Νάνιτο, ο.π. σελ. 108, Με τον όρο «ελεύθερη» νοείται η ανεμπόδιστη και αδιαμεσολάβητη επικοινωνία, δηλαδή αυτή που αποκλείει κάθε παρέμβαση εξωτερική ή του ενός συνομιλητή χωρίς την έγκριση του ετέρου συνομιλητή.

στο απόρρητο όλων αυτών των μορφών επικοινωνίας εφόσον όσοι επικοινωνούν θέλουν να διατηρήσουν την μυστικότητα αυτή²⁵.

Ορθώς έχει διατυπωθεί, ότι το υπό εξέταση δικαίωμα, προεκτείνοντας τη lato sensu προσωπική ελευθερία, καθιερώνει τη προστασία της επικοινωνίας σε οικειότητα, αντίστροφα από ό, τι το α. 14 του Συντάγματος, που προστατεύει την επικοινωνία σε δημοσιότητα. Η οικειότητα αυτή είναι που προσδίδει στο δικαίωμα έναν κατά βάση «προσωπικό» χαρακτήρα» και έτσι δικαιολογεί την αντιμετώπιση του, κυρίως ως δικαίωμα προσωπικής ελευθερίας lato sensu²⁶.

Πράγματι το απόρρητο των ανταποκρίσεων αποτελεί σταυροδρόμι στο οποίο συναντώνται και αλληλοεπικαλύπτονται μια σειρά από άλλα συνταγματικά δικαιώματα²⁷, αφού βρίσκεται στο μεταίχμιο, α) της προσωπικής ελευθερίας (συνδέεται άμεσα με την ιδιωτική ζωή και αποτελεί οιονεί προέκταση του ασύλου της κατοικίας²⁸) β) της πνευματικής ελευθερίας και διακίνησης γ) της ιδιοκτησίας και ιδίως της πνευματικής, στο μέτρο που η επιστολή, αν έχει ιδιαίτερη αξία, μπορεί να αποτελέσει μέρος της περιουσίας του αποστολέα ή παραλήπτη^{29 30}.

Φορείς του δικαιώματος είναι όλα τα φυσικά πρόσωπα ανεξάρτητα από την εθνικότητα τους και ανεξάρτητα από το αν πρόκειται για επικοινωνία μέσα στην επικράτεια ή με το εξωτερικό³¹. Δεδομένου ότι σε επικοινωνία με άλλους μπορούν

²⁵ Βλ. Κ. Χρυσόγονο, ο.π.,σελ.213.

²⁶ Βλ. Κ. Χρυσόγονο, ο.π., σελ.213.

²⁷ Βλ. Π. Παυλόπουλο, ο.π., ΝοΒ τομ.35, σελ.1512.

²⁸ Βλ. Α. Μάνεση, ο.π., σελ.232, που επισημαίνει όμως ότι διαφέρει από την καθαρή «privacy» (:απομόνωση) γιατί είναι επικοινωνία, μέσα όμως σε οικειότητα (intimité).

²⁹ Βλ. Α. Μάνεση, ο.π. σελ.232 – 233.

³⁰ Βλ. Γ. Μαγκάκη, Περί της ποινικής προστασίας του απορρήτου των τηλεφωνημάτων, ΠοινΧρ ΙΔ', σελ. 10, ο οποίος επεξηγεί τις επιπτώσεις της παραβίασης του εν λόγω δικαιώματος στα λοιπά συνδεδεμένα με αυτό δικαιώματα: «[...] αφενός μεν δύναται να συντελέσει σοβαρώς εις την απομόνωση των πολιτών και να προσβάλη ούτω τη δημοκρατική του πολιτεύματος φύσιν, της οποίας εν των χαρακτηριστικών είναι η ελεύθερη πνευματική επικοινωνία μεταξύ των πολιτών αφετέρου δε θα αποτελεί αφόρητον, της φιλελεύθερης σκοπιάς, έλλειψιν του σεβασμού προς τον ιδιωτικόν βίον αυτών...»

³¹ Βλ. Κ. Χρυσόγονο, ο.π.,σελ.213, Δ. Παπαδοπούλου, ο.π.,ΠοινΔικ 2009 σελ.210.

να προβαίνουν και νομικά πρόσωπα, απολαύουν και αυτά της προστασίας του ατομικού δικαιώματος³².

Η συνταγματική προστασία του απορρήτου της ελεύθερης ανταπόκρισης και επικοινωνίας εκτείνεται - όπως διευτυπώθη και εισαγωγικώς - πέρα από τα γραπτά μηνύματα (επιστολές) σε όλα τα μέσα επικοινωνίας που υπάρχουν σήμερα, είτε ενσύρματα είτε ασύρματα, τηλεγραφίας, τηλεφωνίας, τηλετυπίας, καθώς και σε οποιαδήποτε ανακαλυφθούν μελλοντικά, εφόσον το μέσο αυτό είναι από τη φύση του κατάλληλο για την διεξαγωγή επικοινωνίας σε οικειότητα³³.

Αντικείμενο προστασίας δεν είναι το μήνυμα καθ' αυτό (αυτό προστατεύεται από το α.14 παρ.1 του Σ. που κατοχυρώνει την ελευθερία εκφράσεως και διαδόσεως της γνώμης) αλλά το απόρρητο του μηνύματος³⁴. Απόρρητο σημαίνει το απολύτως μυστικό ή εμπιστευτικό ως προς κάθε τρίτο πρόσωπο, πέραν του έτερου μέρους της επικοινωνίας³⁵. Παραβίαση του δικαιώματος επομένως αποτελεί ήδη η παραβίαση του μηνύματος, ανεξάρτητα δηλαδή από το αν επιβάλλονται ή όχι δυσμενείς συνέπειες στην υποστήριξη και διάδοση μιας γνώμης³⁶. Η μυστικότητα της επικοινωνίας, όπως αποτυπώνεται στο α.19 του Σ., ανάγεται σε ύψιστο στοιχείο προστασίας της διάταξης, νοούμενη ως *ελευθερία εκδηλώσεως της σκέψεως εν τη ειδική αυτής εμφάνισει ως ελευθερίας γνωστοποίησεως δι' επιστολής ή δι' άλλου*

³² Π. Δαγτόγλου, ο.π.σελ.297 επ. με την επισήμανση ότι αυτό δεν ισχύει για τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου που ως φορείς δημόσιας εξουσίας δεσμεύονται αλλά δεν ωφελούνται από τα ατομικά δικαιώματα. Ωστόσο επισημαίνει ότι στο βαθμό που το απόρρητο επικοινωνίας είναι αναγκαίο για την άσκηση της αυτοδιοικήσεως τους, το απόρρητό προστατεύεται και Α. Μάνεση, ο.π., σελ.235 ο οποίος επισημαίνει ότι η συνταγματική κατοχύρωση του δικαιώματος ισχύει τόσο για φυσικά όσο και για τα νομικά πρόσωπα - δεδομένου ότι από όλη την συνταγματική ρύθμιση των ατομικών δικαιωμάτων συνάγεται ότι τα νομικά πρόσωπα τότε μόνον αποκλείονται από τη σχετική προστασία, όταν η άσκηση του συγκεκριμένου ατομικού δικαιώματος δεν είναι δυνατή από την ίδια τη φύση τους - είτε ιδιωτικού είτε δημοσίου δικαίου.

³³ Βλ. Α. Αποστολίδου, ο.π., σελ.147 επ. και Ν. Παπαδόπουλο, ο.π., σελ. 155 επ. όπου τονίζει ότι η έλλειψη ειδικότερης απαρίθμησης των μέσων επικοινωνίας οφειλόταν κατά τον εισηγητή στο ότι η σύγχρονη τεχνολογική εξέλιξη θα ανακαλύψει στο μέλλον νέα μέσα επικοινωνίας των οποίων το απόρρητο θα τύχει προστασίας λόγω της γενικευμένης διατύπωσης του εδαφίου α'.

³⁴ Βλ. Π. Δαγτόγλου, ο.π.σελ.295 επ.

³⁵ Βλ. Γ. Τσόλια, Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι Απόρρητο ηλεκτρονικών επικοινωνιών I Συνταγματικό πλαίσιο προστασίας του απορρήτου στο τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, εκδ. Σάκκουλας 2013, σελ.7 με περαιτέρω παραπομπές σε Α. Μάνεση, ο.π. σελ.236.

³⁶ Βλ. Π. Δαγτόγλου, ο.π.σελ. 295 επ.

μέσου ανταποκρίσεως της σκέψεως εις εκείνο μόνον το πρόσωπο, το οποίο επέλεξε ο φορέας αυτής³⁷. Μυστικός – εμπιστευτικός χαρακτήρας και ελευθερία επικοινωνίας, συνδέονται δηλαδή άρρηκτα μεταξύ τους, αφού προστατεύεται η δυνατότητα του ατόμου να προβαίνει σε κατ' ιδίαν επικοινωνία με συνομιλητή και μέσο της επιλογής του, σε τόπο και χρόνο της επιλογής του, σε γλώσσα και με περιεχόμενο το οποίο ο ίδιος επέλεξε, χωρίς την ύπαρξη κανενός είδους προηγούμενο όρο, χωρίς καθορισμό της χρονικής διάρκειας της επικοινωνίας και χωρίς τον φόβο παρεμβολής τρίτων^{38 39}.

Τα ανωτέρω καθίστανται έτι περαιτέρω ουσιώδη στην περίπτωση του προφορικού λόγου. Στην ζώσα τηλεφωνική ή προφορική συνομιλία, εκτός των λέξεων (που και στις επιστολές περιέχονται), συντρέχει και το πρόσθετο στοιχείο της φωνής^{40 41}. Ο συνομιλητής είναι προφανές ότι δεν προσέχει τα λόγια του τόσο όσο τα γραπτά του (*verba volant, scripta manent*). Η αμέριμνη και «χαλαρή» εκφορά του λόγου που μπορεί να χαρακτηρίζει μία συνομιλία τελεί υπό τον

³⁷ Βλ. Γ. Μαγκάκη, ο.π., σελ. 10 ΠοινΧρ ΙΔ'.

³⁸ Βλ. Γ. Τσόλιας, ο.π., σελ.4.

³⁹ Βλ. εισήγηση Αεροπαγίτη Δ.Κονδύλη σε ΟΛΑΠ 17/1993 ΠοινΧρ 1993, σελ.1105: «Η ελευθερία στην ανθρώπινη επικοινωνία θα διαταρασσόταν, αν ο καθένας έπρεπε να ζει με το καταθλιπτικό συναίσθημα πως κάθε λέξη του, κάθε αστόχαστη ή χωρίς αυτοκυριαρχία έκφραση του, κάθε συμπτωματική γνώμη του στα πλαίσια μια συζήτησης [...] θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί επ' ευκαιρία άλλη περιπτώσεως και κάτω από άλλες περιστάσεις, για να στραφεί εναντίον του με το περιεχόμενο, το τόνο ή την απόχρωση της» (*BVerfG 34, 247*). Αυτό θα περιόριζε το άτομο στην ελεύθερη έκφραση των σκέψεων του [...] και τελικώς θα δηλητηρίαζε τις ανθρώπινες σχέσεις (*BGHSt 1960, 1581*), όταν μάλιστα τα σύγχρονα τεχνικά μέσα παρέχουν ευρείες δυνατότητες πλαστογράφησης του περιεχομένου των αποτυπώσεων, με συρραφή λέξεων ή φράσεων, ή μεταβολής του τόνου ή των αποχρώσεων της φωνής, που είναι δύσκολο ή αδύνατο να διαπιστωθούν». Αλλά και Α. Ψαρούδα – Μπενάκη, ΠοινΧρ ΙΕ', σελ. 397 όπου αναφέρει ότι «η χρήσις των μεθόδων τούτων προς παρακολούθησιν των ιδιωτικών συνομιλιών έχει τόσον πολύ διαδοθή, ώστε να καταντά σχεδόν άγχος του πολίτου και συνεπώς να συνιστά πλέον περιορισμόν της ελευθερίας του η διαρκής υποψία, ότι ο λόγος του παρακολουθείται ή και αποτυπώνεται»

⁴⁰ Βλ. Γ. Καμίνη, ο.π., ΝοΒ τομ.43, σελ.512.

⁴¹ Βλ. Ν. Λίβο, Η ποινική προστασία των συνδετικών δεδομένων των τηλεπικοινωνιών, ΠοινΧρ 1997, σελ.737 όπου εύλογα επισημαίνει ότι: «η ανθρώπινη φωνή ως μοναδικό και αρρήκτως με το πρόσωπο του ομιλούντος συνδεόμενο χαρακτηριστικό, συνιστά αναπόσπαστο μέρος της ανθρώπινης επικοινωνίας. Η φωνή δεν είναι μόνο ο ούτως ειπείν ηχητικός φορέας του λόγου, αλλά με την ποιότητα της είναι επικοινωνία η ίδια.(...) είναι πάντοτε και πρώτα απ' όλα ανακοίνωση περί της ταυτότητας. Η φωνή συνιστά κατά ταύτα εξωτερικεύσεως της προσωπικότητας και για τον λόγο αυτό η τηλεπικοινωνιακής της «χρήση» πρέπει να αντιμετωπίζεται ως κύριο στοιχείο της τηλεπικοινωνίας, προστατευόμενο κατά το α.19 Σ».

σιωπηρό όρο ότι αυτή δεν αποτυπώνεται σε μαγνητοταινία⁴², έτσι η διαφύλαξη της μυστικότητας του προφορικού μηνύματος εξασφαλίζει και την *αμεριμνησία* του εκφέροντος το μήνυμα. Η πίστη δηλαδή τόσο του πομπού όσο και του δέκτη ότι «ο *φρυγαλέος και ανεπανάληπτος ήχος και παλμός της ανθρώπινης λαλιάς τους*⁴³» παραμένει προστατευμένος και μυστικός εντός του ιδιωτικού τους πεδίου επικοινωνίας (privacy) εξασφαλίζει και τον ελεύθερο και «αφιλτράριστρο» χαρακτήρα αυτής. Αντίστοιχα η ελευθερία της επικοινωνίας δημιουργεί την εύλογη πεποίθηση στον επικοινωνούντα ότι η συνομιλία του δεν παρακολουθείται, ούτε καταγράφεται, ούτε ακόμη και από τον συνομιλητή του⁴⁴. Υποστηρίζεται⁴⁵ μάλιστα ως αναγκαία θεώρηση ύπαρξης σε κάθε τηλεφωνική συνομιλία, ενός «τεκμηρίου υπέρ του απορρήτου», εδραζόμενο στην γενική αρχή «in dubio pro libertate» και στον όρο «απόλυτα» που εντοπίζεται στο α.19 παρ.1 εδ. α' Σ.

Η αναγωγή δηλαδή του περιεχομένου των μηνυμάτων σε απροσπέλαστο απόρρητο εκτείνεται πέραν της ανάγκης διασφάλισης της εχέμυθης ανταπόκρισης και αποσκοπεί στην εν γένει προστασία της *ιδιωτικής ζωής* του ατόμου. Εδώ ακριβώς εντοπίζεται και η συσχέτιση που επισημάνθηκε ανωτέρω μεταξύ του εν λόγω συνταγματικού δικαιώματος και της ιδιωτικής ζωής, καθότι το δικαίωμα ενός ατόμου⁴⁶ να μοιράζεται με ένα πρόσωπο της επιλογής του σκέψεις, ιδέες, συναισθήματα χωρίς αυτά να αποκαλύπτονται σε τρίτους, επιδρά καταλυτικά και στις ιδιαίτερες σχέσεις οικειότητας και εμπιστοσύνης που επιλεκτικά αναπτύσσονται μεταξύ συγκεκριμένων ανθρώπων και διακρίνονται από άλλες σχέσεις της κοινωνικής συμβίωσης⁴⁷.

⁴² Βλ. Π. Δαγτόγλου, ο.π.σελ.301.

⁴³ Βλ. Γ.Καμίνη, ο.π., ΝοΒ τομ.43, σελ.512 και συγκεκριμένα υποσ. 31 όπου παραπέμπει στην αγόρευση του Εισαγγελέα Σπ. Κανίνια (ΑΠ 673/1983).

⁴⁴ Βλ. Γ. Τσόλια, ο.π.σελ.8.

⁴⁵ Βλ. Ν. Παπαδόπουλο, ο.π., σελ.183.

⁴⁶ Βλ. Α. Ψαρούδα – Μπενάκη, ΠοινΧρ ΙΕ', σελ. 399 επ. η οποία τονίζει ότι ο προφορικός λόγος αποτελεί αναμφισβητήτως εκδήλωση της προσωπικότητας του ατόμου.

⁴⁷ Βλ. Σ. Τσακυράκη, ο.π., ΝοΒ 1993, σελ.996.

Εξ όλων των ανωτέρω προκύπτει ότι προς το α.19 εδ. α' του Σ. αντιστρατεύονται ιδίως: α) κάθε μορφή παρακολούθησης, έλεγχου και προφανώς αποτύπωσης της ανταπόκρισης ή της επικοινωνίας, β) κάθε μορφή λογοκρισίας ή άλλης παρεμπόδισης της επικοινωνίας και γ) κάθε μορφή χρησιμοποίησης αποδεικτικών μέσων τα οποία αποκτήθηκαν κατά παράβαση της συνταγματικής προστασίας του απορρήτου από δημόσιες αρχές ή ενώπιον τους⁴⁸.

4. Κατοχύρωση του δικαιώματος της προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών σε διεθνή κείμενα

Η κεφαλαιώδης σημασία του υπό εξέταση συνταγματικού δικαιώματος συνηγόρησε αδιαμφισβήτητα στην ανάγκη προστασίας του και σε διεθνές επίπεδο. Η ελευθερία της επικοινωνίας και το απαραβίαστο των ανταποκρίσεων προστατεύεται από το άρθρο 17 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, το άρθρο 12 της Οικουμενικής Διακήρυξης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΟΗΕ) και το άρθρο 8 παρ.1 της ΕΣΔΑ⁴⁹ το οποίο κατοχυρώνει το δικαίωμα κάθε προσώπου στον σεβασμό της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του.

Πιο συγκεκριμένα αναφορικά με το α.8 της ΕΣΔΑ, σε αυτό κατοχυρώνεται συνολικά η «ιδιωτική σφαίρα» (privacy) του καθενός, έτσι ώστε στο πεδίο προστασίας να περιλαμβάνονται όλες οι επιμέρους εκφάνσεις της. Στο α.8 παρ. 1 της ΕΣΔΑ υπάγεται όπως προαναφέρθηκε και το απόρρητο της επικοινωνίας. Το δικαίωμα κάθε προσώπου για σεβασμό της «αλληλογραφίας» περιλαμβάνει τόσο το «απόρρητο» (μυστικότητα – εμπιστευτικότητα/secretcy/geheimnis) αλληλογραφίας όσο και το δικαίωμα του «αλληλογραφείν». Ο όρος

⁴⁸ Βλ. Κ. Χρυσόγονο, ο.π. σελ.214.

⁴⁹ Άρθρο 8 Δικαίωμα σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής «1. Παν πρόσωπον δικαιούται εις τον σεβασμόν της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του, της κατοικίας του και της αλληλογραφίας του. 2. Δεν επιτρέπεται να υπάρξη επέμβασις δημοσίας αρχής εν τη ασκήσει του δικαιώματος τούτου, εκτός εάν η επέμβασις αύτη προβλέπεται υπό του νόμου και αποτελεί μέτρον το οποίον, εις μίαν δημοκρατικήν κοινωνίαν, είναι αναγκαίον δια την εθνικήν ασφάλειαν, την δημοσίαν ασφάλειαν, την οικονομικήν ευημερίαν της χώρας, την προάσπισιν της τάξεως και την πρόληψιν ποινικών παραβάσεων, την προστασίαν της υγείας ή της ηθικής, ή την προστασίαν των δικαιωμάτων και ελευθεριών άλλων».

«αλληλογραφία» συνδυαζόμενος με τον όρο «ιδιωτική ζωή» εκλαμβάνεται με την ευρεία έννοιά του, έτσι ώστε να καλύπτει κάθε είδος ανταπόκρισης⁵⁰. Κάθε περιορισμός – «επέμβασεις» στο κατά το άρθρο 8 παρ.1 της ΕΣΔΑ θεσπισμένο δικαίωμα πρέπει να είναι σύμφωνος με τις προϋποθέσεις που θέτει η δεύτερη παράγραφος το ίδιου άρθρου.

Σε αυτό το σημείο δέον να σημειωθεί ότι από την επισκόπηση του α. 8 της ΕΣΔΑ προκύπτει ότι το άρθρο 19 του Συντάγματος θέτει στενότερες – αυστηρότερες προϋποθέσεις για την επιβολή περιορισμών στο απόρρητο επικοινωνίας απ' ότι το άρθρο 8. Ωστόσο είναι προφανές ότι οι εθνικές συνταγματικές ρυθμίσεις που προστατεύουν σε μεγαλύτερο βαθμό τα θεμελιώδη δικαιώματα δεν υποχωρούν έναντι του Δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπως προκύπτει από την αρχή της επικουρικότητας⁵¹, ως αρχή κατανομής αρμοδιοτήτων μεταξύ της Ευρωπαϊκής Ένωσης και των Κρατών Μελών. Η ανωτέρω άλλωστε παραδοχή συνάδει με την αρχή του αμοιβαίου σεβασμού της εθνικής και της κοινοτικής έννομης τάξης και επιβεβαιώνεται από το α.53 του ΧΘΔ⁵².

Καταληκτικά, τόσο σε εθνικό αλλά και σε διεθνές επίπεδο από τις νομοθετικές διατυπώσεις προκύπτει ότι το δικαίωμα για ελεύθερη και απαραβίαστη επικοινωνία, απολαμβάνει αυξημένων θεσμικών εγγυήσεων. Η προσβολή του άλλωστε, πάντοτε «εν κρυπτώ και παραβύστω»⁵³, ο λειτουργικός του ρόλος, ως μέσου άσκησης άλλων συνταγματικών ελευθεριών, λ.χ. του ιδιωτικού

⁵⁰ Βλ. Ν. Παπαδόπουλο, ο.π.,σελ.35 επ.

⁵¹ Βλ. Ν. Παπαδόπουλο, ο.π., σελ. 42 επ. και περαιτέρω παραπομπή σε Γ. Κασιμάτη: Μορφές ερμηνείας Ιεραρχικής Εναρμόνισης του Δικαίου – Οι νέες διαστάσεις της συστηματικής ερμηνείας του δικαίου, ΤοΣ 2006, σελ.33.

⁵² Άρθρο 53 Επίπεδο προστασίας «Καμία διάταξη του παρόντος Χάρτη δεν πρέπει να ερμηνεύεται ως περιορίζουσα ή θίγουσα τα δικαιώματα του ανθρώπου και τις θεμελιώδεις ελευθερίες που αναγνωρίζονται στα αντίστοιχα πεδία εφαρμογής από το δίκαιο της Ένωσης, το διεθνές δίκαιο καθώς και από τις διεθνείς συμβάσεις, στις οποίες είναι μέρη η Ένωση, ή όλα τα κράτη μέλη, και ιδίως από την Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την Προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών, καθώς και από τα Συντάγματα των κρατών μελών».

⁵³ Βλ. Γ. Καμίνη,, ο.π., ΝοΒ τομ.43 σελ.511.

βίου⁵⁴ και της ελευθερίας της γνώμης, το καθιστούν δικαίωμα υψηλού δείκτη διακινδύνευσης και συνάμα κομβικής σημασίας για την ανάπτυξη της προσωπικότητας κάθε ατόμου⁵⁵. Όλα τα παραπάνω, ιδωμένα συνδυαστικά με την αλματώδη πρόοδο του τομέα των τηλεπικοινωνιών και τα απτά επιτεύγματα αυτής της προόδου συντείνουν στην παραδοχή ότι ακόμη και η πιο «τελειοποιημένη» ρύθμιση των εγγυήσεων προστασίας του απορρήτου των ανταποκρίσεων δύναται να αποδυναμωθεί⁵⁶, συνεπώς πέραν της συνταγματικής του κατοχύρωσης, δέον να προστατεύεται⁵⁷ και εν τοις πράγμασι, νοούμενο ως δικαίωμα άμεσα συναρτώμενο με τον πυρήνα της ανθρώπινης προσωπικότητας.

⁵⁴ Βλ. ως προς αυτό την τότε πρωτοποριακή απόφαση ασφαλιστικών μέτρων 2765/2005 Μονομελούς Πρωτοδικείου Πατρών, κατά την οποία «η λειτουργία των καμερών προσβάλλει παράνομα το δικαίωμα της προσωπικότητας [...] των πολιτών, διότι τους θέτει υπό έλεγχο και αδικαιολόγητο περιορισμό της ελευθερίας τους, ως εκδήλωση της προσωπικότητας τους και τους παρεμποδίζει στην ελεύθερη ανάπτυξη της κοινωνικής και πολιτικής δραστηριότητάς τους. Η αίσθηση του πολίτη ότι είναι πολύ πιθανό να βρίσκεται υπό παρακολούθηση σίγουρα επηρεάζει τη συμπεριφορά του κατά τρόπο αντιτιθέμενο σε βασικές αξιολογήσεις μίας δημοκρατικής εννόμου τάξεως».

⁵⁵ Βλ. Δ. Παπαδοπούλου, ο.π., ΠοινΔικ 2011 σελ.210.

⁵⁶ Βλ. Π. Παυλόπουλο, ο.π., ΝοΒ τομ.35, σελ. 1520.

⁵⁷ Βλ. Γ. Κατρούγκαλο, Ελευθερία και ασφάλεια στην κοινωνία της διακινδύνευσης Το παράδειγμα των παρακολουθήσεων, ΝοΒ τομ. 54 σελ. 361 και 365 ο οποίος επισημαίνει ότι η λειτουργία των δικαιωμάτων τόσο ως προς την αμυντική τους διάσταση (status negativus), στην απόκρουση δηλαδή των επεμβάσεων του κράτους στη σφαίρα ελευθερίας που κατοχυρώνουν όσο και στη θετική τους, δηλαδή ως υποχρέωση του κράτους να λαμβάνει συγκεκριμένα μέτρα για την εξασφάλιση των υλικών προϋποθέσεων εφαρμογής τους (υποχρέωση σεβασμού, υποχρέωση προστασίας, υποχρέωση διασφάλισης άσκησης) και περαιτέρω παραπομπή σε R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1986, σελ.171 επ., 224 επ. που κάνει λόγο για το «δικαίωμα ως όλον» («das Grundrecht als ganzes»), ως έναν σύνολο δηλαδή επί μέρους αξιώσεων, άλλοτε αρνητικών και άλλοτε θετικών.

Β' ΕΝΟΤΗΤΑ

Εμβέλεια προστασίας του απορρήτου της επικοινωνίας: Η προβληματική των δεδομένων κίνησης και θέσης⁵⁸

1. Η σημασία των δεδομένων κίνησης και θέσης και η σχέση τους με τα κύρια στοιχεία της επικοινωνίας

Μέτα την προηγηθείσα από συνταγματική – κυρίως – σκοπιά ανάλυση του απορρήτου των τηλεπικοινωνιών, δεύτερο κομβικό ζήτημα που τίθεται αναφορικά με την υπό εξέταση θεματική είναι αυτό που σχετίζεται με την εμβέλεια του δικαιώματος του α.19 του Σ. Το ερώτημα προς διερεύνηση που ετέθη ήδη από παλαιότερα⁵⁹ και συνδέεται άρρηκτα με την ψηφιοποίηση των τηλεπικοινωνιών, η οποία παρέχει την δυνατότητα καταγραφής και αποθήκευσης των δευτερογενών δεδομένων μιας διασυνδέσεως, είναι αν στο προεκτεθέν προστατευτικό πλαίσιο του απόρρητου των τηλεπικοινωνιών – όπως αυτό κατοχυρώνεται στο α.19 του Σ. – εμπίπτουν πέραν του ουσιαστικού περιεχομένου της επικοινωνίας, τα δεδομένα κίνησης και θέσης (traffic data – location data).

Για την διερεύνηση του ως άνω ερωτήματος κρίνεται πρώτα σκόπιμο από μεθοδολογική σκοπιά να ορισθούν οι ανωτέρω όροι ώστε σε δεύτερο επίπεδο – μετά τον ορισμό αυτών – να δοθεί απάντηση στο υπό εξέταση ερώτημα περί υπαγωγής τους ή μη στην έννοια του απορρήτου.

⁵⁸ Η ορολογία των υπό εξέταση εννοιών ποικίλει. Για τον προσδιορισμό αυτών ιδίως παλαιότερα χρησιμοποιούνταν ο όρος «εξωτερικά στοιχεία επικοινωνίας», από τον Ν. Λίθο, Η ποινική προστασία των συνδετικών δεδομένων των τηλεπικοινωνιών, ΠοινΧρ 1997, σελ.737, χρησιμοποιήθηκε ο όρος *συνδετικά δεδομένα* (Verbindungs ή Vermittlungsdaten), νοούμενων ως στοιχείων τα οποία καταγράφονται αυτομάτως καθ' οιονδήποτε χρήση του τηλεπικοινωνιακού δικτύου σε αντιδιαστολή με τα εξωτερικά στοιχεία, δηλαδή όσα δεν καταγράφονται αυτομάτως, ως μη αφορώντα καθαυτή τη χρήση του τηλεπικοινωνιακού δικτύου, συναπτόμενα όμως με το γεγονός της τηλεπικοινωνίας ως κοινωνικά εξωτερικευόμενης πράξης.

⁵⁹ *Jurgen Welp*, Strafprozessuale Zugriffe auf Verbindungsdaten des Fernmeldeverkehrs Ποινικοδικονομικές επεμβάσεις σε δεδομένα τηλεπικοινωνιακών διασυνδέσεων, ΝSt, 1994, σελ.209 – 215, ΠοινΧρΜΔ, σελ.564- 565 επιμέλεια Ν.Λίθος.

Τα στοιχεία της τηλεπικοινωνίας μπορούν να διακριθούν σε δύο κατηγορίες στα εσωτερικά και στα εξωτερικά⁶⁰. Τα εσωτερικά με τη σειρά τους διακρίνονται σε δύο υποκατηγορίες, ήτοι σε κύρια και συνδεδετικά στοιχεία της επικοινωνίας. Ως κύρια στοιχεία της επικοινωνίας νοούνται οι πληροφορίες που ανταλλάσσουν τα μέρη μέσω δικτύου ηλεκτρονικών επικοινωνιών, οι οποίες αποσκοπούν στην επίτευξη της επικοινωνίας: το περιεχόμενο του φωνητικού μηνύματος, του κειμένου (fax, telex, sms, τηλεγράφημα, e – mail), της εικόνας (mms, internet, fax), των προγραμμάτων των Η/Υ⁶¹. Ως συνδεδετικά δεδομένα νοούνται τα στοιχεία που καταγράφονται αυτομάτως καθ' οιανδήποτε χρήση του τηλεπικοινωνιακού δικτύου (Verbindungs- ή Vermittlungsdaten). Πρόκειται κυρίως για τους αριθμούς κλήσεως του καλούντος και του καλουμένου, τον τόπο, τον χρόνο και την διάρκεια της κλήσεως, την συχνότητα των προσπαθειών επικοινωνίας, καθώς και τα ηλεκτρονικά χαρακτηριστικά της εκπομπής⁶². Κατ' ουσίαν αποτελούν πληροφορίες που προσδιορίζουν τις περιστάσεις υπό τις οποίες διενεργείται η (εσωτερική) επικοινωνία και την εξατομικεύουν.

Τα συνδεδετικά δεδομένα διακρίνονται σε δεδομένα κίνησης και δεδομένα θέσης. Ως δεδομένα κίνησης⁶³ ορίζονται τα δεδομένα που υποβάλλονται σε επεξεργασία για τους σκοπούς της διαβίβασης μιας επικοινωνίας σε δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών ή της χρέωσής της και ως δεδομένα θέσης⁶⁴, τα

⁶⁰ Στην παρούσα επιλέχθηκε ως ορολογικά ορθότερος και ακριβέστερος ο όρος «συνδεδετικά δεδομένα» που χρησιμοποιείται στην μελέτη του Ν. Λίβου, ο.π., ΠοινΧρ 1997, σελ.737.

⁶¹ Βλ. Γ. Τσόλια, Τα τηλεπικοινωνιακά δεδομένα υπό το πρίσμα του απορρήτου: προβληματισμοί εν όψει της ενσωμάτωσης της οδηγίας 2002/58/ΕΚ, ΔιΜΕΕ 3/2004 σελ.360

⁶² Βλ. Ν. Λίβου, ο.π., ΠοινΧρ 1997, σελ.737.

⁶³ Βλ. Προοίμιο (14) της Οδηγίας 2002/58/ΕΚ σχετικά με την επεξεργασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και την προστασία της ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών (οδηγία για την προστασία ιδιωτικής ζωής στις ηλεκτρονικές επικοινωνίες): «τα δεδομένα θέσης μπορεί να αναφέρονται στο γεωγραφικό πλάτος, το γεωγραφικό μήκος και το υψόμετρο του τερματικού εξοπλισμού του χρήστη, στην κατεύθυνση της κίνησής του, στο επίπεδο ακρίβειας των πληροφοριών περί της θέσης, στον προσδιορισμό της γεωγραφικής ζώνης του δικτύου στο οποίο βρίσκεται ο τερματικός εξοπλισμός σε μια δεδομένη χρονική στιγμή και στο χρόνο που καταγράφηκαν οι πληροφορίες περί της θέσης».

⁶⁴ Βλ. Προοίμιο (15) της Οδηγίας 2002/58/ΕΚ: «Τα δεδομένα κίνησης μπορεί, μεταξύ άλλων, να αναφέρονται στη δρομολόγηση, τη διάρκεια, το χρόνο ή το μέγεθος μιας επικοινωνίας, στο πρωτόκολλο που χρησιμοποιείται, στη θέση του τερματικού εξοπλισμού του πομπού ή του δέκτη, στο

δεδομένα που υποβάλλονται σε επεξεργασία σε δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών και υποδεικνύουν την γεωγραφική θέση του τερματικού εξοπλισμού του χρήστη μιας διαθέσιμης στο κοινό υπηρεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών⁶⁵.

Όλα τα ανωτέρω αντιδιαστέλλονται προς τα εξωτερικά στοιχεία των τηλεπικοινωνιών, τα οποία, εν αντιθέσει προς τα συνδεδεμένα, δεν υπόκεινται σε αυτόματη καταγραφή, ως μη αφορώντα αυτήν καθαυτή την χρήση του τηλεπικοινωνιακού δικτύου, συνάπτονται όμως προς το γεγονός της τηλεπικοινωνίας, ως κοινωνικά εξωτερικευόμενης πράξης. Εξωτερικά στοιχεία (*äußere Gesprächsdaten*) είναι η γλώσσα της επικοινωνίας, οι κινήσεις των συνδιαλεγόμενων κατά την διάρκειά αυτής, το λογισμικό επεξεργασίας της, το πληρωτέο ποσό κ.λ.π.⁶⁶.

Εκ των ανωτέρω κρίσιμων ορισμών, προκύπτει ότι στα δεδομένα κίνησης και θέσης δύναται να αναγνωρισθεί και να αποδοθεί αυτοτελή σημασία, διακριτή από το κύριο περιεχόμενο της επικοινωνίας. Αρκεί να αναφερθεί ότι η ευρεία χρήση και εξέλιξη της κινητής τηλεφωνίας οδήγησε στην υποστήριξη της θέσης, ότι η απλή κατοχή ενός κινητού τηλεφώνου μπορεί να ταυτίζεται με την ύπαρξη ενός κατασκόπου στην τσέπη του χρήστη («spy in your pocket»), εξαιτίας των πληροφοριών που μπορούν να αποκτηθούν από τα δεδομένα που προκύπτουν από τη χρήση της συσκευής⁶⁷. Πιο συγκεκριμένα οι πληροφορίες που αντλούνται από

δίκτυο από το οποίο προέρχεται ή στο οποίο καταλήγει η επικοινωνία, στην αρχή, το τέλος ή τη διάρκεια μιας σύνδεσης. Μπορεί επίσης να συνίστανται στο σχήμα με το οποίο η επικοινωνία μεταβιβάζεται από το δίκτυο».

⁶⁵Βλ. Β. Τζαλαβρά, Η ποινικού ενδιαφέροντος προληπτική παρακολούθηση των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, ΠοινΧρ 2005, σελ.565 επ. και παραπομπή σε αρ. 2 εδ. β' της Οδηγίας 2002/58/ΕΚ.

⁶⁶ Βλ. και την διάκριση στην οποία προβαίνει ο *Τουντόπουλος*, Η προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στο τομέα των τηλεπικοινωνιών, ΔΕΕ 2000, 475 επ., σε *δεδομένα περιεχομένου* και σε *παρεπόμενα ή συναφή* δεδομένα. Τα δεύτερα διακρίνει περαιτέρω σε *στατικά* και *δυναμικά* δεδομένα. Τα *στατικά δεδομένα* αφορούν πληροφορίες που κατά βάση δεν υπόκεινται σε αλλαγές και αφορούν το πρόσωπο του συνδρομητή (π.χ. ονοματεπώνυμο, διεύθυνση, ΑΦΜ κ.λ.π.), τα *δυναμικά δεδομένα* είναι αυτά που υπόκεινται σε συνεχείς αλλαγές και αποτελούνται από τα *δεδομένα κινήσεως και συνδέσεως* (αριθμοί κλήσεως, τόπος, χρόνος, διάρκεια κλήσεως, συχνότητα επικοινωνίας).

⁶⁷Βλ. *Nicola Green και Sean Smith* «A spy in your pocket»? The regulation of Mobile Data in the UK, *Surveillance and Society* 1 (4): 573 – 578 διαδικτυακά προσπελάσιμο στον ιστότοπο:

την επεξεργασία των τηλεπικοινωνιακών δεδομένων, είναι δυνατόν να καθορίσουν το ηλεκτρονικό ή το ψηφιακό προφίλ του χρήστη ή άλλως το «βιοπορταίτο» του, επιτρέποντας απεριόριστα την εισβολή στα ιδιωτικά άδυτά του⁶⁸.

Παραστατικά τα ανωτέρω λεχθέντα αποτυπώνονται στο παράδειγμα που δίδεται από τον Ν. Παπαδόπουλο⁶⁹: Έστω ότι ο Α δεν γνωρίζει τι συζήτησαν ο Β και ο ιατρός – αφροδισιολόγος Γ στην χθεσινή απογευματινή τηλεφωνική συνδιάλεξη τους, αλλά διαπιστώνοντας ότι ο Β τηλεφώνησε την ίδια ημέρα σε μεγάλο αριθμό ιατρών αφροδισιολόγων, συμπεραίνει ότι πάσχει από αφροδίσιο νόσημα. Παρά το γεγονός ότι στο ανωτέρω παράδειγμα εμφιλοχωρεί το στοιχείο του υποθετικού συλλογισμού, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ότι από την αποκάλυψη των προσωπικών στοιχείων αλλά και από τη συχνότητα των κλήσεων του χρήστη είναι δυνατόν να δημιουργηθεί ένα αρχείο αντίστοιχο με αυτό του τηλεφωνικού καταλόγου, από το οποίο μπορεί κανείς να συλλέξει προσωπικές πληροφορίες για το άτομο: λ.χ. τις διαπροσωπικές του γνωριμίες (ονοματεπώνυμο, διεύθυνση, διάρκεια και αριθμός κλήσεων), την καταναλωτική του συμπεριφορά (αγορές μέσω διαδικτύου), τις προσωπικές του προτιμήσεις (κατ' οίκον παραγγελίες) κ.α.. Επιπλέον, από τη χρήση της κινητής τηλεφωνίας, πέραν των ανωτέρω είναι δυνατόν να πληροφορηθούμε τη γεωγραφική θέση του χρήστη, την κατεύθυνση του, καθώς και τη μετάβαση και παραμονή του στην αλλοδαπή (υπηρεσία περιαγωγής κλήσης)⁷⁰. Ορθώς λοιπόν έχει διατυπωθεί ότι η τεχνολογική συνδυαστικότητα των δεδομένων κίνησης και θέσης είναι δυνατόν να οδηγήσει ακόμα και στην «αναπαράσταση» των τηλεπικοινωνιακών σχέσεων μιας ολόκληρης κοινωνίας⁷¹.

Όπως αποτυπώθηκε ανωτέρω τα συνδεδεμένα δεδομένα αναγνωρίζονται ως κεφαλαιώδους σημασίας στοιχεία της επικοινωνίας, διαπίστωση που κατατείνει στη

<https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/article/view/3337/3299> και την σημασία που δίδεται στα δεδομένα θέσης: «*location data involves the categorical association between devices, the information through them, and the people to which they are attached*»

⁶⁸ Βλ. Ν. Παπαδόπουλο, Προστασία του απορρήτου της επικοινωνίας, ο.π., σελ.185.

⁶⁹ Βλ. Ν. Παπαδόπουλο, ο.π., σελ.185.

⁷⁰ Βλ. Γ. Τσόλια, ο.π., ΔιΜΕΕ 3/2004 σελ.357.

⁷¹ Βλ. Ν. Λίθο, ο.π., ΠοινΧρ 1997, σελ.737.

θέση ότι αποτελούν *conditio sine qua non* για την επίτευξη της επικοινωνίας.⁷² Αδιαμφισβήτητα τα δεδομένα κίνησης και θέσης είναι τόσο άρρηκτα συνδεδεμένα με το περιεχόμενο της επικοινωνίας ώστε να μην υφίσταται επικοινωνία χωρίς αυτά. Δεν νοείται δηλαδή άρση του απορρήτου της τηλεπικοινωνίας, εάν δεν είναι γνωστό το ονοματεπώνυμο, η διεύθυνση, και ο αριθμός της τηλεφωνικής σύνδεσης του καθού η άρση⁷³. Συνακόλουθα προχωρώντας προς την έννοια του απορρήτου, δεν δύναται να νοηθεί απόρρητο του περιεχομένου χωρίς την παράλληλη προστασία του απορρήτου *των συνθηκών διεξαγωγής* της επικοινωνίας. Το άτομο δηλαδή δεν μπορεί να απολαμβάνει το δικαίωμα στο απόρρητο της ελεύθερης ανταπόκρισης και επικοινωνίας όταν γνωρίζει ότι ανά πάσα στιγμή μπορεί να καταστεί γνωστό σε τρίτους με ποιον επικοινωνεί, πότε, με ποια συχνότητα και υπό ποιες περιστάσεις⁷⁴. Χωρίς αμφιβολία συνεπώς, περιεχόμενο της επικοινωνίας και δεδομένα κίνησης και θέσης αποτελούν στοιχεία αδιαχώριστα⁷⁵ και η αντιμετώπιση των δεύτερων, ως αμιγώς τεχνικών δεδομένων, δηλαδή ως απλών αριθμών, γραμμάτων, ιδιοτήτων και χαρακτηριστικών μιας ηλεκτρονικής ανταλλαγής πληροφοριών⁷⁶, απομειώνει τη σημασία τους και αντιστρατεύεται την έννοια που αποδίδεται στην επικοινωνία, ως πληροφορίας που ανταλλάσσεται ή διαβιβάζεται μεταξύ ενός *πεπερασμένου αριθμού* μερών, μέσω μιας διαθέσιμης στο κοινό υπηρεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών, η οποία αφορά *αναγνωρίσιμο* συνδρομητή ή χρήστη που τις λαμβάνει⁷⁷.

⁷² Βλ. Γ. Τσόλια, ο.π., ΔιΜΕΕ 3/2004 σελ.362.

⁷³ Βλ. Γ. Τσόλια, ο.π., ΔιΜΕΕ 3/2004 σελ.363.

⁷⁴ Βλ. Γ. Τσόλια, ο.π., ΔιΜΕΕ 3/2004 σελ.363

⁷⁵ Βλ. Υπόθεση Malone κατά Η.Β. «*the records of metering contain information, in particular the numbers dialed, which is an integral element in the communications made by telephone*» σε Β.Αλεξανδρή, Οι παρακολουθήσεις των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων και η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου Υπερ 1993 σελ.1047 επ.

⁷⁶ Βλ. Γ. Τσόλια, ο.π., ΔιΜΕΕ 3/2004 σελ.363.

⁷⁷ Βλ. άρθρο 2 στοιχ. δ' Οδηγία 2002/58/ΕΚ σχετικά με την επεξεργασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και την προστασία της ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών (οδηγία για την προστασία ιδιωτικής ζωής στις ηλεκτρονικές επικοινωνίες).

2. Η νομική επιχειρηματολογία περί της υπαγωγής ή μη των συνδεδετικών δεδομένων στην προστασία του απορρήτου σε θεωρητικό και νομολογιακό επίπεδο.

Τόσο σε θεωρητικό όσο και σε νομολογιακό επίπεδο διατυπώθηκαν αντικρουόμενες απόψεις αναφορικά με την υπαγωγή ή μη των συνδεδετικών δεδομένων (δεδομένα κίνησης και θέσης) στο απόρρητο της επικοινωνίας. Με επίκληση κυρίως του επιχειρήματος περί μη *in concreto* αναφοράς των «εξωτερικών στοιχείων επικοινωνίας» στη συνταγματική διάταξη (α.19 Σ), υποστηρίχθηκε θεωρητικά η θέση περί μη υπαγωγής αυτών στην προστασία του απορρήτου⁷⁸. Η νομική επιχειρηματολογία σε νομολογιακό επίπεδο⁷⁹ κατά της υπαγωγής των συνδεδετικών δεδομένων στην προστασία του απορρήτου στηρίχθηκε κυρίως σε μια μεθοδολογικά «ανορθόδοξη» ερμηνεία των συνταγματικών διατάξεων με βάση τις διατάξεις του κοινού νόμου. Κυρίως υποστηρίχθηκε ότι υπό το τότε ισχύον καθεστώς (προ της τροποποίησης του α.370Α⁸⁰), εφόσον τυποποιούνταν και τιμωρούνταν ποινικά (α.249, 250,370,370Α ΠΚ) μόνο η παραβίαση του περιεχομένου της επικοινωνίας, τότε το συνταγματικώς προστατευόμενο έννομο αγαθό δεν μπορούσε να περιλαμβάνει και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας.

⁷⁸Βλ. Α. Μάνεση, Ατομικές Ελευθερίες, 1982, σελ.238, Γ. Τασόπουλου, Ζητήματα προστασίας του απορρήτου και της ελευθερίας του τύπου κατά το άρθρο 370 Δ ΠΚ, Υπερ 1993, σελ.1149 επ., Αν. Τάχου, Το απαραβίαστον του απορρήτου των επιστολών και της εν γένει ανταποκρίσεως, 1967,σελ.39, Γ. Καραμάνου, Το απόρρητο της τηλεφωνικής επικοινωνίας, ΝοΒ 16, σελ.1137.

⁷⁹ Βλ. Γνωμοδότηση ΕισΑΠ 31/1952 ΠοινΧρ 1952, σελ.457 επ., Γνωμοδότηση ΑΠ 38/1959 ΠοινΧρ 1960, 55 επ., Πλημ Εδ 11/1984 ΠοινΧρ 1985, 89 επ., Διάταξη ΑΒΥΑ 174/95-23/Β του ανακριτή του Β΄ Τμήματος του Στρατοδικείου Λαρίσης, ΠοινΧρ ΜΖ΄, σελ. 323-326, ΣυμβΠλημΑθ 3533/1999 ΝοΒ 2000, σελ. 1662 επ. με σχόλια Β. Βουτσάκη.

⁸⁰ Όπως τροποποιήθηκε με το α.10 παρ. Ν.3674/2008, «1. Όποιος αθέμιτα παγιδεύει ή με οποιονδήποτε άλλον τρόπο παρεμβαίνει σε συσκευή, σύνδεση ή δίκτυο παροχής υπηρεσιών τηλεφωνίας ή σε σύστημα υλικού ή λογισμικού, που χρησιμοποιείται για την παροχή τέτοιων υπηρεσιών, με σκοπό ο ίδιος ή άλλος να πληροφορηθεί ή να αποτυπώσει σε υλικό φορέα το περιεχόμενο τηλεφωνικής συνδιάλεξης μεταξύ τρίτων ή **τα στοιχεία της θέσης και κίνησης** της εν λόγω επικοινωνίας, τιμωρείται με κάθειρξη μέχρι δέκα ετών. Με την ίδια ποινή τιμωρείται η πράξη του προηγούμενου εδαφίου και όταν ο δράστης αποτυπώσει σε υλικό φορέα το περιεχόμενο της τηλεφωνικής επικοινωνίας του με άλλον χωρίς τη ρητή συναίνεση του τελευταίου».

Η μεθοδολογική ωστόσο αυτή ιεράρχηση αντιβαίνει στους βασικούς κανόνες του νομικού μας συστήματος βάσει των οποίων το Σύνταγμα αποτελεί το πλαίσιο εντός του οποίου οφείλει να κινείται τόσο ο κοινός νομοθέτης όσο και ο εφαρμοστής του δικαίου. Ο εννοιολογικός προσδιορισμός ενός συνταγματικού δικαιώματος, με εργαλείο – οδηγό το νομοθετικά θεσπισμένο ποινικό πλαίσιο προστασίας, παραγνωρίζει τον αποσπασματικό και παρακολουθηματικό χαρακτήρα⁸¹ του Ποινικού δικαίου και τον κατεξοχήν λειτουργικά, κατασταλακτικό ρόλο παρέμβασης αυτού. Έτι περαιτέρω η εκκίνηση από την ποινική σφαίρα του απόρρητου για το προσδιορισμό ενός συνταγματικού δικαιώματος σφάλλει και κατά το ότι δεν λαμβάνει υπόψη ότι η συνταγματική προστασία υπερβαίνει κατά πολύ τον προαναφερθέντα κατασταλακτικό ρόλο παρέμβασης του ποινικού δικαίου αναφορικά με τις παραβιάσεις και στοχεύει στην ολόπλευρη προστασία του απορρήτου της επικοινωνίας η οποία οφείλεται να παρέχεται στα πλαίσια του Κράτους Δικαίου⁸².

Συνεπώς εκ των ανωτέρω διαπιστώσεων προκύπτει ότι η απάντηση στο ερώτημα περί υπαγωγής ή μη των δεδομένων κίνησης και θέσης στο απόρρητο των επικοινωνιών, δέον να δοθεί με αφετηρία και επίκεντρο τη συνταγματική διάταξη η οποία όπως ορθώς έχει επισημανθεί⁸³, αφενός δεν διακρίνει μεταξύ περιεχομένου και συνδετικών δεδομένων και αφετέρου προστατεύει εν γένει το αγαθό της ελεύθερης επικοινωνίας, συνεπώς θωρακίζει συναφώς και το επιμέρους δικαίωμα κάποιου να καθορίζει ελεύθερα τον εάν, πότε, πώς και με ποιον θα επικοινωνήσει εμπιστευτικά⁸⁴.

Η ίδια άποψη περί μη υπαγωγής στην έννοια του απορρήτου των επικοινωνιών ακολουθήθηκε και από την Εισαγγελία όπως προκύπτει από τις

⁸¹ Βλ. Ν. Λίθο, ο.π., ΠοινΧρ 1997, σελ.738 επ.

⁸² Βλ. υποσ.54 της παρούσης περί θετικής και αρνητικής διάστασης των δικαιωμάτων και υποχρέωσης του κράτους να λαμβάνει συγκεκριμένα μέτρα για την εξασφάλιση των υλικών προϋποθέσεων εφαρμογής τους: τριμερής υποχρέωση· υποχρέωση σεβασμού, υποχρέωση προστασίας, υποχρέωση διασφάλισης άσκησης.

⁸³ Βλ. Σ. Τσακυράκη, ο.π., ΝοΒ 1993, σελ.998.

⁸⁴ Βλ. Γ. Καμίνη, ο.π., ΝοΒ τομ.43, σελ.514, υποσ.37.

εκδοθείσες γνωμοδοτήσεις^{85 86}. Αρχικά στην υπ' αριθ. 14/2004 γνωμοδότηση της Εισαγγελίας Πρωτοδικών Θεσσαλονίκης αναφέρεται ότι: «σε περίπτωση που γίνεται έρευνα για τη διακρίβωση των κακουργημάτων που αναγράφονται στο α.4 παρ.1 του Ν 2225/1994 και επιζητούνται μέσω των φορέων παροχής δημόσιου τηλεπικοινωνιακού δικτύου ή διαθέσιμης στο κοινό τηλεπικοινωνιακής υπηρεσίας, στοιχεία που δεν αφορούν στο περιεχόμενο καθεαυτό της επικοινωνίας αλλά αποτελούν εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας [...] τότε οι αρμόδιες δικαστικές αρχές ή οι αρμόδιες προανακριτικές αρχές [...] θα πρέπει να διαβιβάζουν τάχιστα

⁸⁵ Βλ. Γνωμοδότηση της Εισαγγελίας Πρωτοδικών Θεσσαλονίκης 14/2004 ΠοινΔικ 2004,σελ.1128, ΓνωμΕισΑΠ 9/2009 ΠοινΔικ2009 σελ.923 – 930 με παρατηρήσεις Γ.Τσόλια, ΓνωμΕισΑΠ 12/2009 ΠοινΔικ2009 σελ.1089 – 1093 με παρατηρήσεις Γ.Τσόλια, και ΑΠ 570/2006, Πλογ 2006, σελ.468 επ. στην οποία δεν γίνεται καμία αναφορά στην κείμενη νομοθεσία, αντίθετα γίνεται αναφορά στην υπ' αριθμόν 38/1959 Γνωμοδότηση της Εισαγγελίας του Αρείου Πάγου, η οποία αναφερόταν σε κατηρημένο νομοθετικό πλαίσιο, contra η 6/2008 ΓνωμΕισΑΠ, ΠοινΔικ 2009, σελ.185 επ. «[...] το απόρρητο επικοινωνιών καταλαμβάνει και τα στοιχεία αυτά (ενν. δεδομένα κίνησης και θέσης) και τότε για την επεξεργασία και χρήση των στοιχείων αυτών απαιτείται η τήρηση των όρων και της διαδικασίας της άρσης του απορρήτου όπως προβλέπονται στο Ν.2225/1994, το Ν.3115/2003 και το Π.Δ. 47/2005», η ΣυμβΠλζακ α.86/2006 σύμφωνα με την οποία, «υπό το πρόσφατο διαμορφωθέν νομοθετικό πλαίσιο, περιλαμβάνονται στα προστατευόμενα στοιχεία της τηλεφωνικής επικοινωνίας τόσο το περιεχόμενο αυτής (α. 4 παρ.1 περ.γ' εδ. εε' του Π.Δ. 47/2005) όσο και τα εξωτερικά στοιχεία αυτής (α.4 παρ. 1 περ.γ' εδ. αα' - θθ' του Π.Δ. 47/2005)» σε Γ. Τσόλια, Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι Απόρρητο ηλεκτρονικών επικοινωνιών IV Παράρτημα Νομολογίας (ΣυμβΠλζακ α.86/2006) σελ. 13 – 16 και ενδεικτικά οι ΑΠ 1432/2008 ΤΝΠ Νομος, 924/2009 ΤΝΠ Νομος , 1421/2010 ΤΝΠ Νομος, 1448/2011 ΑΠ ΠοινΔικ 2012, σελ.518 και την υπ' αριθ. 1593/2016 απόφαση του ΣτΕ (Επταμελή σύνθεση) με την οποία εκρίθη ότι τα παρελθοντικά (αποθηκευμένα) δεδομένα κίνησης και θέσης στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών υπάγονται στην προστασία του απορρήτου ώστε η πρόσβαση και η χορήγησή τους από τους Παρόχους προς τις αρμόδιες εισαγγελικές και δικαστικές Αρχές να επιτρέπεται μόνο κατόπιν έκδοσης διάταξης άρσης του απορρήτου του Ν. 2225/1994 με παρατηρήσεις Γ. Τσόλια σε ΔιΜΕΕ 2016, 637 επ .

⁸⁶ Βλ. και την μετέπειτα γνωμοδότηση της Α.Δ.Α.Ε. 1/2005 και ειδικότερα το στοιχείο (5) που δίνει απάντηση στο ισχυρισμό ότι μένουν στο απυρόβλητο όλοι αυτοί που τελούν πλημμεληματικές πράξεις μέσω των σύγχρονων μέσων επικοινωνίας και γι' αυτό τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας των συνδρομητών πρέπει να δίνονται στις αρμόδιες αρχές από τους τηλεπικοινωνιακούς φορείς: «Ειδικότερα, ο συνταγματικός νομοθέτης όρισε ότι μόνο στις περιπτώσεις που προβλέπει ο νόμος η δικαστική αρχή δεν δεσμεύεται από το απόρρητο, και μόνο για λόγους εθνικής ασφάλειας ή για διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων. Σύμφωνα δε με την αρχή της αναλογίας, η άρση του απορρήτου θα πρέπει να επιτρέπεται μόνο στις απολύτως απαραίτητες περιπτώσεις, και να μην είναι δυσανάλογα επαχθής σε σχέση με τον επιδιωκόμενο νόμιμο σκοπό. Θα αποτελούσε κατάφωρη παραβίαση της αρχής αυτής, εάν γινόταν δεκτό ότι για λιγότερο σοβαρές αξιόποινες πράξεις (πχ. πλημμελήματα), η κάμψη του συνταγματικά κατοχυρωμένου απορρήτου της επικοινωνίας επιτρέπεται γενικά, και μάλιστα χωρίς τις αυξημένες εγγυήσεις που προβλέπονται από το Σύνταγμα και το Ν.2225/94, ενώ για τη διακρίβωση των αναφερόμενων στο Ν.2225/94 και άρθρο 253Α ιδιαίτερως σοβαρών αξιόποινων πράξεων επιτρέπεται μόνο με τις αυξημένες εγγυήσεις που προβλέπονται στο νόμο», προσπελάσιμη στον ιστότοπο: <http://www.adae.gr/fileadmin/docs/nomoi/893-2005.pdf>.

[...] αίτημα για την χορήγηση των στοιχείων αυτών, οι δε τελευταίοι οφείλουν να χορηγήσουν αυτά, χωρίς να απαιτείται στην προκειμένη περίπτωση η έκδοση βουλεύματος του δικαστικού συμβουλίου καθώς δεν πρόκειται στη περίπτωση αυτή για προστατευόμενο από το άρθρο 19 απόρρητο της ελεύθερης ανταπόκρισης και επικοινωνίας». Μάλιστα στην προαναφερθείσα γνωμοδότηση επισημάνθηκε ότι σε περίπτωση αδικαιολόγητης μη ανακοινώσεως των ανωτέρω στοιχείων από τους αρμόδιους φορείς, δύναται υπό προϋποθέσεις να στοιχειοθετηθεί το αδίκημα του άρθρου 231 ΠΚ («υπόθαλψη εγκληματία»).

Συναφώς η υπ' αριθ. 9/2009 γνωμοδότηση της Εισαγγελίας του Αρείου Πάγου⁸⁷, η οποία αφορούσε περίπτωση κακόβουλων ή ενοχλητικών κλήσεων προχώρησε ένα βήμα παραπέρα τη νομική επιχειρηματολογία, υποστηρίζοντας ότι η διάταξη του α. 4 Ν 3471/2006⁸⁸, με την οποία ρητά υπάγονται στην προστασία του απορρήτου τα δεδομένα κίνησης και θέσης έρχεται σε αντίθεση με το άρθρο 19 του Σ. το οποίο και υπερισχύει της οδηγίας 2002/58/ΕΚ, η οποία ενσωματώθηκε στην έννομη τάξη με τον Ν. 3471/2006, καθώς και ότι το Π.Δ. 47/2005 εκδόθηκε καθ' υπέρβαση της νομοθετικής εξουσιοδότησης των Ν.2225/1994 και 3115/2003 και ως εκ τούτου οι διατάξεις αντίκειται στο α.19 του Σ.⁸⁹.

Η ανωτέρω θέση περί αντισυνταγματικότητας των διατάξεων του Π.Δ. 47/2005 και του Ν.3471/2006 δεν μπορεί να εκληφθεί ως ορθή, όπως συνάγεται από σειρά νομοθετικών κειμένων τα οποία θεσπίστηκαν είτε κατ' εξουσιοδότηση είτε καθ' ερμηνεία του α.19 του Συντάγματος⁹⁰. Πιο συγκεκριμένα με το άρθρο 5

⁸⁷ Βλ. Χ. Ζέρβα, «Μάχη» για το ψηφιακό απόρρητο, 6.07.2009, Ελευθεροτυπία, προσπελάσιμο στον ιστότοπο: <http://www.enet.gr/?i=news.el.article&id=60825>.

⁸⁸ «1.Οποιαδήποτε χρήση των υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών που παρέχονται μέσω δημοσίου δικτύου επικοινωνιών και των διαθεσίμων στο κοινό υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, καθώς και των συναφών δεδομένων κίνησης και θέσης, όπως ορίζονται στις διατάξεις του άρθρου 2 του παρόντος νόμου, προστατεύεται από το απόρρητο των επικοινωνιών. Η άρση του απορρήτου είναι επιτρεπτή μόνο υπό τις προϋποθέσεις και τις διαδικασίες που προβλέπονται από το άρθρο 19 του Συντάγματος».

⁸⁹ Βλ. ΓνωμΕισΑΠ 9/2009, ΠοινΔικ 2009 σελ.923 – 930 με παρατηρήσεις Γ.Τσόλια.

⁹⁰ Βλ. για μια συνολική καταγραφή των νομοθετικών κειμένων, Γ. Τσόλια, Ειδικό Ποινικό Νόμοι Απόρρητο ηλεκτρονικών επικοινωνιών Ι Συνταγματικό πλαίσιο προστασίας του απορρήτου στο τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, εκδ. Σάκκουλας, 2013, σελ.22 – 30.

παρ.10 του εκτελεστικού, του άρθρου 19 παρ.1 του Συντάγματος, Ν.2225/1994 προβλέπεται ότι «*Το περιεχόμενο της ανταπόκρισης ή επικοινωνίας, το οποίο έγινε γνωστό λόγω της άρσης του απορρήτου, καθώς και κάθε άλλο σχετικό με αυτή στοιχείο απαγορεύεται, με ποινή ακυρότητας, να χρησιμοποιηθεί και να ληφθεί υπόψη ως άμεση ή έμμεση απόδειξη [...]. Κατ' εξαίρεση η αρχή που εξέδωσε τη διάταξη μπορεί, κατά την αιτιολογημένη κρίση της, να επιτρέψει με νεότερη διάταξή της να χρησιμοποιηθούν και να ληφθούν υπόψη τα παραπάνω στοιχεία*». Από την ανωτέρω διάταξη προκύπτει αναμφισβήτητα ότι πέραν του περιεχόμενου της επικοινωνίας, στο προστατευτικό πλαίσιο του απορρήτου, όπως αυτό προβλέπεται στο α.19 του Συντάγματος, εμπίπτουν και τα συνδεδετικά δεδομένα για τα οποία επίσης επιβάλλεται έκδοση νέας διάταξης για τη χρήση τους σε άλλη δίκη.

Επιχείρημα υπέρ της υπαγωγής αντλείται και από το σχέδιο του Ν.3115/2003⁹¹ στην εισηγητική έκθεση του οποίου ρητά αναφέρεται ότι «*Κατά τα άλλα, προβλέπεται δηλαδή η προστασία του απορρήτου σε όλη της την έκταση, δηλαδή η διατήρηση έναντι πάντων του απορρήτου τόσο του γεγονότος της επικοινωνίας όσο και το περιεχομένου αυτής*». Αντιστοίχως και στο Π.Δ. 47/2005 προβλέπεται ρητά και αναλυτικά η υπαγωγή των δεδομένων κίνησης στην προστασία του απορρήτου. Σε αυτό το σημείο δέον να σημειωθεί ότι η ανωτέρω κρίση της Εισαγγελίας του Αρείου Πάγου περί αντισυνταγματικότητας του Π.Δ. 47/2005 διήλθε του ελέγχου του Ε΄ Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας, το οποίο με την υπ' αριθμόν 28/2005 γνωμοδότηση του, έκρινε ότι αυτό δεν αντίκειται στο υπάρχον συνταγματικό πλαίσιο, τουναντίον απεφάνθη ότι είναι σύμφωνο με την Οδηγία 2002/58/ΕΚ και βρίσκεται σε πλήρη εναρμόνιση με το από 17 Ιανουαρίου 1995 Ψήφισμα «*σχετικά με τη νόμιμη παρακολούθηση των τηλεπικοινωνιών*» (96/C329/2001).

⁹¹ Βλ. «*Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών*» (ΦΕΚ Α΄ 64/10.03.2005) και ανάπτυξη αυτού από Γ. Τσόλια, Προς ένα σύγχρονο νομικό πλαίσιο προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών (Παρουσίαση και σχολιασμός των διατάξεων του ΠΔ 47/2005), ΠοινΔικ 2005, σελ.792 επ.

Συναφώς και στο α.4 του Ν 3471/2006 με τον οποίο ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο η Οδηγία 2002/58/ΕΚ, αναφέρεται ότι «οποιαδήποτε χρήση των υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών που παρέχονται μέσω δημοσίου δικτύου επικοινωνιών και των διαθεσίμων στο κοινό υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, καθώς και των συναφών δεδομένων κίνησης και θέσης, όπως ορίζονται στις διατάξεις του άρθρου 2 του παρόντος νόμου, προστατεύεται από το απόρρητο των επικοινωνιών»⁹².

Προς ενίσχυση των ανωτέρω, αναφοράς χρήζει και το α. 10 παρ.1 του Ν.3674/2008 με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 370 Α ΠΚ («[...]να πληροφορηθεί ή να αποτυπώσει σε υλικό φορέα το περιεχόμενο τηλεφωνικής συνδιάλεξης μεταξύ τρίτων ή τα στοιχεία της θέσης και κίνησης της εν λόγω επικοινωνίας, τιμωρείται με κάθειρξη μέχρι δέκα ετών»), στο οποίο γίνεται ρητή αναφορά στα δεδομένα κίνησης και θέσης σε επίπεδο ποινικής προστασίας. Τέλος με τον Ν.3783/2009, «περί ταυτοποίησης των κατόχων και χρηστών εξοπλισμού και υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας και άλλες διατάξεις», καταργήθηκε η ανώνυμη χρήση υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας και εισήχθη υποχρέωση καταγραφής των προσωπικών στοιχείων των συνδρομητών – χρηστών, αλλά και των στοιχείων ταυτοποίησης των κινητών συσκευών και των καρτών SIM⁹³. Στο άρθρο 5 παρ.2 του Ν. 3783/2009 προβλέφθηκε ρητά ότι: 2. «Η πρόσβαση των διωκτικών αρχών στα τηρούμενα από τον Πάροχο στοιχεία ταυτότητας συνδρομητή και ταυτοποίησης κινητού τερματικού επιτρέπεται υπό τους όρους του άρθρου 4 του ν.

⁹² Βλ. Β. Τζαλαθρά, ο.π., ΠοινΧρ 2005 σελ.565 επ.

⁹³ Βλ. Ν 3783/2009 - ΦΕΚ 136/Α'/7.8.2009 «Ταυτοποίηση των κατόχων και χρηστών εξοπλισμού και υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας και άλλες διατάξεις». Σχετικά βλ. Γ. Τσόλια, Η πρόταση του σχεδίου νόμου για την «Ταυτοποίηση των κατόχων και χρηστών εξοπλισμού και υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας και συναφείς παρατηρήσεις», ΔιΜΕΕ, 2009, σελ.186 επ., όπου αναφέρεται ότι προβλέφθηκε η υποχρέωση του κάθε συνδρομητή να προσκομίζει φωτοτυπία του δελτίου ταυτότητας ή του διαβατηρίου, ΑΦΜ, και να δηλώνει τα προσωπικά στοιχεία του (α.2 παρ.4), ενώ στα στοιχεία ταυτοποίησης κινητού τερματικού περιλαμβάνονται: ο τηλεφωνικός αριθμός, η ταυτότητα IMSI, η ταυτότητα IMEI, η ημερομηνία και ώρα της αρχικής ενεργοποίησης, ο κωδικός θέσης, η κάρτα συνδρομητή SIM.

2225/1994 (ΦΕΚ 121 Α'), όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 12 του ν. 3115/2003 (ΦΕΚ 47 Α') και του π.δ. 47/2005 (ΦΕΚ 64 Α').

Εξ' όλων των ανωτέρω εκτεθέντων νομοθετημάτων συνάγεται ότι η νομοπαραγωγική διαδικασία, κινούμενη με κεντρικό «πυρηνικό» άξονα το α.19 του Σ. και ερμηνεύοντας αυτό κατά τρόπο με τον οποίο να διασφαλίζεται ολόπλευρα η προστασία του απορρήτου της επικοινωνίας, δια των εκτελεστικών και των συναφών νόμων, ενέταξε σε αυτή και τα συνδεδεμένα ως αναπόσπαστο στοιχείο της τελευταίας. Τα παραπάνω βρίσκονται σε πλήρη εναρμόνιση και ευθυγράμμιση με την κοινοτική νομοθεσία⁹⁴ και συγκεκριμένα με την Οδηγία 2002/58/ΕΚ⁹⁵, το σχέδιο Κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου του Συμβουλίου της 10.1.2017 «για τον σεβασμό της ιδιωτικής ζωής και την προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στις ηλεκτρονικές επικοινωνίες και την κατάργηση της Οδηγίας 2002/58/ΕΚ (Κανονισμός για την ιδιωτική ζωή και τις ηλεκτρονικές επικοινωνίες)⁹⁶ την νομολογία του ΕΔΔΑ⁹⁷, του ΔΕΕ⁹⁸, τη θέση του Συμβουλίου της Ευρώπης⁹⁹ και την αλλοδαπή νομολογία¹⁰⁰.

⁹⁴ Βλ. Γ. Τσόλια, Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι Απόρρητο ηλεκτρονικών επικοινωνιών Ι Συνταγματικό πλαίσιο, ο.π., σελ.28, υποσ.28, υπέρ της υπαγωγής των δεδομένων κίνησης και θέσης στην προστασία απορρήτου των επικοινωνιών τάσσεται η Διεθνής Ομάδα Εργασίας για την προστασία των δεδομένων στο τομέα των τηλεπικοινωνιών (International Working Group on Data Protection in Telecommunications), συμφώνα με το υπ' αριθ. 627.29.8/19.11.2004 έγγραφο με τίτλο «Common Position on Privacy and location information in mobile communications services» με αναφορά σε αντίστοιχο έγγραφο της με τίτλο «Common Position on Public Accountability in relation to Interception of Private Communication» της 15.04.1998.

⁹⁵ Βλ. κυρίως Προοίμιο αριθ. (15), (21), (35) και άρθρα 5, 6 της Οδηγίας 2002/58/ΕΚ.

⁹⁶ Προσπελάσιμο στον ιστότοπο: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0010&from=EN> και Γ. Τσόλια, Εξελίξεις στον τομέα της επιτήρησης των ηλεκτρονικών επικοινωνιών: από την Ασφάλεια στην Ελευθερία και τη διεύρυνση της προστατευόμενης επικοινωνίας (Εισαγωγικό Σημείωμα), ΠοινΔικ 2017, σελ.789, ο οποίος επισημαίνει ότι η παραδοσιακή διάκριση ως προς τον νομικό χαρακτηρισμό μεταξύ «περιεχομένου» και «δεδομένων κίνησης και θέσης», σύμφωνα με την οποία τα τελευταία συνιστούσαν «εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας» εξαλείφεται. Το περιεχόμενο της επικοινωνίας χαρακτηρίζεται στο σχέδιο Κανονισμού πλέον ως «δεδομένα», ενώ τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας χαρακτηρίζονται ως «μεταδεδομένα», το δε σύνολο του γεγονότος της επικοινωνίας (περιεχόμενο και εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας) χαρακτηρίζεται ως «δεδομένα ηλεκτρονικών επικοινωνιών». Επιπλέον στο σχέδιο αναφέρεται ότι «Ο σεβασμός του απορρήτου των επικοινωνιών συνιστά ουσιαστική διάσταση αυτού του δικαιώματος. Με το απόρρητο των ηλεκτρονικών επικοινωνιών διασφαλίζεται ότι οι πληροφορίες που ανταλλάσσονται μεταξύ των μερών και τα εξωτερικά στοιχεία αυτής της

3. Η θέση της γράφουσας αναφορικά με την προβληματική των δεδομένων κίνησης και θέσης

Από τα ανωτέρω αναλυθέντα προκύπτουν οι κάτωθι παραδοχές: πρώτον τα δεδομένα κίνησης και θέσης έχουν διφυή υπόσταση· αποτελούν δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα του χρήστη συνδρομητή στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών και παράλληλα συστατικά (και εξατομικευτικά) στοιχεία της

επικοινωνίας, όπως είναι ο χρόνος αποστολής, το σημείο αποστολής και ο παραλήπτης της επικοινωνίας, δεν πρέπει να αποκαλύπτονται σε κανέναν άλλο πλην των εμπλεκόμενων στην επικοινωνία μερών» και Χ. Ζαμπίρα, Το απόρρητο των επικοινωνιών στη σύγχρονη εποχή προσπελάσιμο στον ιστότοπο: <https://www.kathimerini.gr/897876/article/oikonomia/die8nhs-oikonomia/aroqh-to-aporrhtho-twn-epikoimwniwn-sth-syghronh-epoxh>

⁹⁷ Βλ. Β. Αλεξανδρή, ο.π., Υπερ 1993 σελ.1047 επ. υποθέσεις Malone κατά Η.Β., Kruslin κατά Γαλλίας και Hunig κατά Γαλλίας, Η. Καστανά, Αποφάσεις ποινικού ενδιαφέροντος του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, ΠοινΔικ 1998, σελ.818 τις αποφάσεις Korpp κατά Ελβετίας της 25.03.1998, Valenzuela Contreras κατά Ισπανίας της 30.07.1998, Lambert κατά Γαλλίας της 24.08.1998, και απόφαση Corland κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 03.04.2007 (προσφυγή υπ' αριθ. 62617/2000) με την οποία κρίθηκε ότι τα εξωτερικά στοιχεία (αναλυτικές καταστάσεις τηλεφωνικών λογαριασμών, εξερχόμενες, εισερχόμενες κλήσεις, στοιχεία πρόσβασης στο διαδίκτυο, ιστοσελίδες που επισκέφθηκε η προσφεύγουσα) αποτελούν «αναπόσπαστο» στοιχείο της τηλεφωνικής επικοινωνίας που εμπίπτουν στη προστασία του α.8 σε ΠοινΔικ2009, σελ. 930.

⁹⁸ Βλ. Γ. Τσόλια, ο.π., ΠοινΔικ 2017, σελ.789, ο οποίος αναφέρεται στην απόφαση Digital Rights Ireland Ltd κ.λπ. της 8.4.2014 (συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-293/12 and C-594/12) στην οποία γίνεται ρητή αναφορά στη συναφή νομοθεσία της ΕΕ και την ερμηνεία της από το Δικαστήριο, όπου με τον πλέον κατηγορηματικό τρόπο γίνεται δεκτό ότι τα παρελθοντικά αποθηκευμένα στους Παρόχους «εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας» (δεδομένα κίνησης και θέσης) υπάγονται στην προστασία του απορρήτου καθώς και ότι η πρόσβαση στα διατηρούμενα δεδομένα από τις αρμόδιες εθνικές αρχές πρέπει να εξαρτάται από προηγούμενο έλεγχο πραγματοποιούμενο είτε από δικαστήριο είτε από ανεξάρτητη διοικητική αρχή και στην απόφαση της 21ης.12.2016 Tele2 Sverige AB κ.λπ. (συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-2013/15 και C-698/15), στην οποία το ΔΕΕ ερμήνευσε και πάλι τη σχετική ευρωπαϊκή νομοθεσία κρίνοντας ως επιβεβλημένη την υπαγωγή των αποθηκευμένων παρελθοντικών δεδομένων κίνησης και θέσης («εξωτερικών στοιχείων της επικοινωνίας») στην προστασία του απορρήτου.

⁹⁹ Βλ. το από 17 Ιανουαρίου 1995 Ψήφισμα Συμβουλίου Ευρώπης «σχετικά με τη νόμιμη παρακολούθηση των τηλεπικοινωνιών» (96/C 329/01) στο άρθρο 3.1 του Παραρτήματος προβλέφθηκε ότι «Οι νομίμως εξουσιοδοτημένες αρχές χρειάζονται από τους υπευθύνους δικτύων/παρέχοντες υπηρεσίες να παρέχουν τα στοιχεία συνδιάλεξης από την υπηρεσία – στόχο και το περιεχόμενο της συνδιάλεξης, κατά τρόπον ώστε να μπορεί να γίνει ακριβής συσχετισμός των στοιχείων της συνδιάλεξης και του περιεχομένου της συνδιάλεξης».

¹⁰⁰ Βλ. Ενδεικτικά Ν. Λίθο, ο.π., ΠοινΧρ1997 σελ.737 με περαιτέρω παραπομπή σε αποφάσεις του Γερμανικού Ανώτατου Συνταγματικού Δικαστηρίου, BVerfGE 67, σελ. 157 επ. (172), BVerfGE 85, σελ. 386 επ. (396), και την υπ' αριθ. 21/24.09.1998 απόφαση του Ιταλικού Ακυρωτικού, παρουσίαση από τον Ε.Μ. Σταύρου σε Πλογ 2001, σελ.709, επ. σύμφωνα με την οποία τα τηλεπικοινωνιακά δεδομένα υπάγονται στην προστασία απορρήτου των τηλεπικοινωνιών και επιπλέον η κατάσχεση και η απόκτηση των εντύπων που περιέχονται τα δεδομένα αυτά, από τη στιγμή που αποτελούν τμήμα της επεξεργασίας, δεν μπορεί παρά να υπόκεινται στην ίδια ρύθμιση αναφορικά με τις εγγυήσεις του απορρήτου της επικοινωνίας και ως εκ τούτου δεν είναι αποδεικτικά αξιοποιήσιμο το έντυπο που αποκτήθηκε χωρίς την αιτιολογημένη έγκριση της δικαστικής αρχής.

επικοινωνίας του, τα οποία δύνανται να χαρακτηριστούν ως απόρρητα δεδομένα της επικοινωνίας¹⁰¹. Άμεσο επακόλουθο της ανωτέρω σκέψης είναι η αναγνώριση του *αυτοτελούς* χαρακτήρα των δεδομένων κίνησης και θέσης¹⁰², καθότι αυτά επιτυγχάνουν, διαμέσου της αναγνωρίσεως του χρήστη και των λοιπών στοιχείων της επικοινωνίας, να *εξατομικεύουν* το μήνυμα – πληροφορία. Η αυθυπαρξία τους άλλωστε επιβεβαιώνεται και εμπειρικά, αν λάβει κανείς υπόψη ότι βάσει των ετήσιων εκθέσεων πεπραγμένων της ΑΔΑΕ για το έτος 2016, οπότε και εκδόθηκαν 2.947 βουλεύματα δικαστικών συμβουλίων και 5.177 διατάξεις άρσης του απορρήτου των επικοινωνιών¹⁰³, η πλειονότητα τους αφορούσε τα «εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας»¹⁰⁴.

Δεύτερον τα δεδομένα κίνησης και θέσης αποτελούν συγκροτητικά – συνθετικά στοιχεία της έννοιας της επικοινωνίας, αρρήκτως συνδεδεμένα με το ουσιαστικό περιεχόμενο αυτής, ώστε να μην μπορεί να εννοηθεί άρση απορρήτου εάν δεν υπάρξει προηγούμενος *συσχετισμός* μεταξύ του χρήστη που επικοινωνεί, των εξατομικευμένων προσωπικών του στοιχείων του και του αριθμού τηλεφωνικής σύνδεσης. Όπως τονίστηκε και ανωτέρω τα δεδομένα κίνησης και θέσης είναι ικανά

¹⁰¹ Βλ. *Γ. Τσόλια*, Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι Απόρρητο ηλεκτρονικών επικοινωνιών I Συνταγματικό πλαίσιο, ο.π. σελ.22 και *Ν. Λίβο*, ο.π. σελ.737 επ. με αναφορά στο άρ. 2 στ. α', Ν. 2472/1997: «Προστασία τού ατόμου από την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα» αναφέροντας ότι η καταγραφή των αριθμών καλούντος και καλουμένου, του τόπου, της ημερομηνίας, της ώρας και της διάρκειας της συνδέσεως, της συχνότητας των προσπαθειών επικοινωνίας κλπ., συνιστά κατά τους ορισμούς του προαναφερθέντος νόμου «επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα».

¹⁰² Βλ. *Ν. Παπαδόπουλο*, ο.π., σελ.185 ιδίως υποσ.35, ο οποίος αναφέρεται στην έννοια της «τηλεειδοποίησης» βάσει της οποίας το «μήνυμα» συνίσταται σε ένα και μοναδικό «εξωτερικό στοιχείο», το οποίο συνίσταται στο ότι πραγματοποιείται κλήση από μια τηλεφωνική γραμμή και έπειτα την αναφορά στο παράδειγμα της «αναπάντητης κλήσης», στην οποία το γεγονός της επικοινωνίας χρησιμοποιείται ως κωδικό σημείο ενός μηνύματος. Βλ. και *Γ. Τσόλια*, Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι Απόρρητο ηλεκτρονικών επικοινωνιών I Συνταγματικό πλαίσιο, ο.π., σελ.22 επ. ο οποίος επισημαίνει ότι αν από μια κινητή τερματική συσκευή αποστείλει ο χρήστης ένα κενό γραπτό μήνυμα τύπου sms/mms (χωρίς λέξεις, εικόνα, ήχο κ.λ.π.) προς έτερη συσκευή θα υπάρξει αυτόματη δημιουργία και αποθήκευση δεδομένων κίνησης και θέσης (εξωτερικών στοιχείων) από τα συστήματα του Παρόχου, χωρίς όμως να υφίσταται γραπτός λόγος ή εικόνα ή ήχος σε αυτό.

¹⁰³ Βλ. την υπ' αριθ. 9/2009 ΓνωμΕισΑΠ ΠοινΔικ2009 σελ.923 – 930, με παρατηρήσεις *Γ. Τσόλια*, ο οποίος αναφέρει ότι και παλαιότερα, ήτοι από το 2004 έως το 2009 εκδίδονται ετησίως περί τα πεντακόσια βουλεύματα και χίλιες διατάξεις που αφορούν *κατά βάση* την άρση απορρήτου των δεδομένων κίνησης και θέσης.

¹⁰⁴ Βλ. σελ. 47 της Έκθεσης προσπελάσιμη στον ιστότοπο: http://www.adae.gr/fileadmin/docs/pepragmena/2016/2016_Ekthesi_Pepragmenwn.pdf

δια της συλλογής τους να ανασυνθέσουν «το επικοινωνιακό πορτραίτο»¹⁰⁵ του εκάστοτε χρήστη¹⁰⁶ και συνακόλουθα να αποκαλύψουν τις σχέσεις επικοινωνίας αυτού¹⁰⁷.

Άλλωστε και από ποινική έποψη, η διενέργεια της άρσης απορρήτου χωρίς τη γνώση της ταυτότητας των χρηστών, του χρόνου, του τόπου, της συχνότητας των κλήσεων, των αριθμών των τηλεφώνων τους, δυσχεραίνει ουσιωδώς τη διαδικασία συλλογής του αποδεικτικού υλικού και εν τέλει το όλο εγχείρημα «ανασύνθεσης του εγκληματικού συμβάντος» για την επίτευξη της αναζήτησης της ουσιαστικής αλήθειας. Αρκεί να αναλογιστούμε την σημασία του εντοπισμού της θέσης του κινητού του δράστη της ανθρωποκτονίας κατά την τελευταία τηλεφωνική του συνομιλία με τον ηθικό αυτουργό για να αντιληφθούμε ότι το «πώς λέγεται κάτι» (συνθήκες διεξαγωγής) και το «τι λέγεται»¹⁰⁸ συνθέτουν από κοινού την επικοινωνιακή – εγκληματική σχέση και συναποτελούν τον ιδιωτικό χαρακτήρα του μηνύματος.

¹⁰⁵ Βλ. Ν. Λίβο, ο.π., ΠοινΧρ1997,σελ.737 επ.

¹⁰⁶ Βλ. C. Conley, Metadata: Piecing Together a Privacy Solution, ACLU of Northern California, 2015 ο οποίος κάνει χρήση του όρου «metadata» και αποτυπώνει τη σημασία τους «*In fact, new technology is demonstrating just how sensitive metadata can be: how friend lists can reveal a person's sexual orientation, purchase histories can identify a pregnancy before any visible signs appear, and location information can expose individuals to harassment for unpopular political views or even theft and physical harm*».

¹⁰⁷ Βλ. Ανακοινωθέν τύπου του ΔΕΕ αριθ. 54/14 αναφορικά με την απόφαση στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-293/12 και C-594/12 Digital Rights Ireland και Seitlinger κ.λπ βάσει του οποίου κηρύσσεται άκυρη η οδηγία περί διατήρησης των δεδομένων («Οδηγία 2006/24/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, για τη διατήρηση δεδομένων που παράγονται ή υποβάλλονται σε επεξεργασία σε συνάρτηση με την παροχή διαθεσίμων στο κοινό υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών ή δημοσίων δικτύων επικοινωνιών και για την τροποποίηση της οδηγίας 2002/58/ΕΚ (ΕΕ L 105, σ. 54) καθώς αυτή συνεπάγεται πολύ εκτεταμένη και ιδιαιτέρως σοβαρή επέμβαση στην άσκηση των θεμελιωδών δικαιωμάτων του σεβασμού της ιδιωτικής ζωής και της προστασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, χωρίς η επέμβαση αυτή να περιορίζεται στο απολύτως αναγκαίο και συγκεκριμένα το σημείο που αναφέρεται στα δεδομένα κίνησης και θέσης: «*Τα δεδομένα αυτά, συνολικά θεωρούμενα, δύνανται να παράσχουν ακριβέστατες ενδείξεις σχετικά με την ιδιωτική ζωή των προσώπων των οποίων τα δεδομένα διατηρούνται, όπως είναι οι συνήθειες της καθημερινής ζωής, οι τόποι μόνιμης ή προσωρινής διαμονής, οι καθημερινές ή άλλες μετακινήσεις, οι ασκούμενες δραστηριότητες, οι κοινωνικές σχέσεις και οι κοινωνικοί κύκλοι στους οποίους συχνάζει ο ενδιαφερόμενος*», προσπελάσιμο στον ιστότοπο: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-04/cp140054el.pdf>

¹⁰⁸ Βλ. Ν. Λίβο, ο.π., ΠοινΧρ 1997, σελ. 739 επ.

Καταληκτικά, η ολοένα και αυξανόμενη τεχνολογική εξέλιξη στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, πέραν του λειτουργικά διευκολυντικού ρόλου που επιτελεί για τον ανθρώπινο παράγοντα, εμβαθύνει στην ανεύρεση όλο και πιο σύγχρονων μεθόδων επεξεργασίας των δεδομένων επικοινωνίας. Διά αυτής της παραδοχής και λαμβανομένου υπόψη του αδιάσπαστου χαρακτήρα των κυρίως και συνδεδεμένων δεδομένων της επικοινωνίας και της κεφαλαιώδους σημασίας των τελευταίων για την ανασύνθεση – εν όλω – του μηνύματος καθίσταται επιτακτική η συνεχή αναδιαμόρφωση του νομικού τους πλαισίου και η ολόπλευρη προστασία αυτών με την υπαγωγή τους στο συνταγματικό πλαίσιο του α. 19 του Συντάγματος. Η αναγκαία «συμπόρευση» λοιπόν του νομικού πλαισίου για τα δεδομένα κίνησης και θέσης με την τεχνολογική εξέλιξη επιτυγχάνει την διασφάλιση των ατομικών δικαιωμάτων των πολιτών έναντι κάθε κρατικής Αρχής και ιδιώτη, εξασφαλίζοντας ότι η δράση των τελευταίων λαμβάνει χώρα στο πλαίσιο ενός Κράτους δικαίου σύνομων περιορισμών και εγγυήσεων για τον πολίτη.

Γ' ΕΝΟΤΗΤΑ

Τα ανακύπτοντα προβλήματα από την τακτική των προανακριτικών αρχών κατά την απομαγνητοφώνηση των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων

1. Τα αναφύοντα ζητήματα κατά την απομαγνητοφώνηση

Πριν εισέλθουμε στην κύρια θεματική ενότητα των αποδεικτικών απαγορεύσεων και συγκεκριμένα στην αποδεικτική απαγόρευση που εισήχθη με το α.19 παρ.3 του Σ., επιλέχθηκε η αναφορά στο τρόπο συλλογής και επεξεργασίας του περιεχομένου των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων. Η ανάλυση των υπό εξέταση ζητημάτων αναφορικά με την απομαγνητοφώνηση κρίθηκε σκόπιμη, καθώς αδιαμφισβήτητα η μη ορθή και μη σύννομη αποτύπωση και καταγραφή του περιεχομένου των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων προκαλεί ένα «μελανό στίγμα» στο συγκεντρωθέν αποδεικτικό υλικό, το οποίο το ακολουθεί καθόλη τη ποινική διαδικασία και επιδρά δυσμενώς στο δικαιοκρατικό χαρακτήρα αυτής.

Αδιαμφισβήτητα οι παρακολουθήσεις των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων εντάσσονται στο «βαρύ οπλοστάσιο» των αστυνομικών αρχών κατά την διαδικασία συλλογής αποδείξεων για την εξιχνίαση της κατηγορίας των «ιδιαιτέρως σοβαρών εγκλημάτων» (α.19 παρ.1 Σ) . Το βασικό ερώτημα που τίθεται είναι αν κατά την αστυνομική πρακτική της απομαγνητοφώνησης τηρούνται τα δικαιοκρατικά όρια, εκείνα, τα οποία εγγυώνται ότι η αποτελεσματικότητα των μηχανισμών καταστολής συνδυάζεται, στο επίπεδο εφαρμογής, με σειρά εγγυητικών και προστατευτικών – των θεμελιωδών δικαιωμάτων του κατηγορουμένου – αρχών οι οποίες επιτυγχάνουν να διασφαλίζουν το δίκαιο χαρακτήρα της ποινικής δίκης τόσο κατά τη συλλογή του αποδεικτικού υλικού όσο και κατά την αξιοποίηση και εξέταση αυτού στη κύρια διαδικασία.

Για να καταστεί αντιληπτή η πρακτική των αστυνομικών αρχών απαιτείται το πρώτον να αναλυθεί εν συντομία η διαδικασία απομαγνητοφώνησης του υλικού

των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων. Καταρχήν ως άρση τηλεφωνικού απορρήτου νοείται η διαδικασία συνακρόασης των συνδιαλέξεων, η εγγραφή και αποτύπωση τους σε υλικό φορέα καθώς και η παρεμβολή σε συσκευή για την πληροφόρηση των καταγεγραμμένων σ' αυτή μηνυμάτων¹⁰⁹. Η άρση απορρήτου λοιπόν λαμβάνει χώρα με τη διαβίβαση προς την αρμόδια αρχή σε πραγματικό χρόνο (real time ή on line) τόσο του περιεχομένου όσο και των εξωτερικών στοιχείων της επικοινωνίας ιδίως με επισύνδεση, δηλαδή με την παράλληλη σύνδεση της αρμόδιας αρχής στο δίκτυο του Παρόχου μέσω μισθωμένου κυκλώματος για την καταγραφή των συνομιλιών (α.7 παρ.2 περ. β' Π.Δ. 47/2005)¹¹⁰.

Εν συνεχεία το περιεχόμενο της επικοινωνίας εγγράφεται κατά το άρθρο 5 παρ.9 εδ. β' σε υλικό φορέα (π.χ. ψηφιακό δίσκο) και αποτυπώνεται σε έκθεση απομαγνητοφώνησης σύμφωνα με τα άρθρα 241, 258 εδ. α' και 148 ΚΠΔ. Εφόσον η άρση έχει διαταχθεί για την διακρίβωση των «ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων» του α.4 του Ν.2225/1994 και το υλικό συνιστά αποδεικτικό μέσο για την ποινική δίωξη επισυνάπτεται στη δικογραφία *κατά τη κρίση της αρχής* που εξέδωσε τη διάταξη¹¹¹.

Η απομαγνητοφώνηση όπως συνάγεται εκ των ανωτέρω αποτελεί προανακριτική πράξη για την οποία συντάσσεται έκθεση και συνάμα αποδεικτικό μέσο το οποίο εκτιμάται ελεύθερα από το δικαστήριο σύμφωνα με την κατ' άρθρο 177 παρ.1 ΚΠΔ αρχή της ηθικής απόδειξης και ειδικώς σύμφωνα με τη διάταξη του

¹⁰⁹ Βλ. Α. Παπαδαμάκη, Ανακριτική διείδυση και άρση απορρήτου ως ανακριτικές πράξεις κατά του οργανωμένου εγκλήματος, Τιμ.Τομ (II) για τον Ι. Μανωλεδάκη, 2007 σελ.947 επ. 949

¹¹⁰ Βλ. Γ. Τσόλια, Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι Απόρρητο ηλεκτρονικών επικοινωνιών II άρθρα 3 -5, 7 του Ν2225/1994, εκδ.Σάκκουλας, σελ.10 και 68 – 69 ο οποίος αναφέρει συγκεκριμένα ότι η παρακολούθηση λαμβάνει χώρα μέσω επισύνδεσης, ήτοι σύνδεσης μέσω ενός ηλεκτρονικού υπολογιστή με τον αντίστοιχο του Παρόχου προκειμένου να καταγράψει τις συνομιλίες ή και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας εφόσον πρόκειται για on line παρακολούθηση σε πραγματικό χρόνο.

¹¹¹ Βλ. Γ. Τσόλια, ο.π., σελ.10 – 11 και Σ. Παύλου, Η μαγνητοφώνηση τηλεφωνικών συνδιαλέξεων υπόπτων από τις αρχές Θεσμικό πλαίσιο, δικαιοκρατικά όρια, πρακτικές στρεβλώσεις και εκτροπές. Μία πρώτη καταγραφή προβλημάτων και σκέψεων, ΠοινΧρ 2015 σελ.161 και σε Χ. Παπαχαράλάμπος (επιμ.), Αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική δίκη Συγκριτική προσέγγιση των παραδόσεων του κοινοδικαίου & του ηπειρωτικού δικαίου με αφορμή την κυπριακή & την ελληνική έννομη τάξη, εκδ.Σάκκουλα, 2015 σελ. 59 επ.

α.152 ΚΠΔ¹¹². Το στάδιο της απομαγνητοφώνησης θεωρείται ιδιαιτέρως σημαντικό διότι δια αυτής οι συνομιλίες λαμβάνουν έγγραφη μορφή ώστε έπειτα να επισυναφθούν στην δικογραφία, όπως επιτάσσει το α.241 ΚΠΔ, σύμφωνα με το οποίο η ανάκριση γίνεται πάντοτε εγγράφως και για κάθε ανακριτική πράξη συντάσσεται έκθεση βάσει των νομίμων τύπων (α.148 ΚΠΔ)¹¹³.

Ωστόσο στο πεδίο της αστυνομικής πρακτικής, στη διαδικασία της απομαγνητοφώνησης εντοπίζονται παρεκκλίσεις από τους προβλεπόμενους κανόνες με αποτέλεσμα η αποδεικτική πληρότητα και πιστότητα αυτής να τίθεται εν αμφιβόλω. Αναλυτικότερα, στην πρακτική των προανακριτικών υπαλλήλων ανιχνεύονται τρία βασικά «προβληματικά» σημεία τα οποία οδηγούν σε ευθεία παρέκκλιση από την υποχρέωση ολικής καταγραφής του περιεχομένου των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων. Πρώτον, από τους αστυνομικούς υπαλλήλους επιλέγεται η αποσπασματική καταγραφή των συνομιλιών επικαλούμενοι κυρίως ότι κάποια τμήματα εκτιμώνται ως «άσχετα» ή αφορώντα τρίτους αμέτοχους και γι' αυτό δεν καταγράφονται. Δεύτερον, κάποια άλλα τμήματα ενώ καταγράφονται δεν αποτυπώνονται με πιστότητα, με την συνηθέστερη επισήμανση των αρχών ότι το συγκεκριμένο σημείο είναι δυσδιάκριτο, ακατάληπτο ή μη κατανοητό¹¹⁴. Τρίτον, από τους υπαλλήλους που διενεργούν την απομαγνητοφώνηση επιλέγεται η συνδυαστική καταγραφή επιμέρους αποσπασμάτων του καταγεγραμμένου προφορικού λόγου με αποτέλεσμα να δίδεται η αναληθή εικόνα ενός συνεκτικού και δήθεν ρέοντος λόγου, μεταβάλλοντας όμως έτσι την ουσιαστική έννοια του περιεχομένου των συζητήσεων.

Είναι προφανές ότι η εν λόγω πρακτική εγείρει σοβαρά ζητήματα πιστότητας και αξιοπιστίας του αποδεικτικού υλικού των καταγεγραμμένων

¹¹² Βλ. Γ. Τσόλια, ο.π., σελ.10 – 11 και Σ. Παύλου, ο.π., ΠοινΧρ 2015 σελ.161, 152 ΚΠΔ «Η έκθεση έχει αποδεικτική δύναμη ωσότου αποδειχθεί το αντίθετο. Για όσα όμως βεβαιώνονται σ' αυτήν ότι έγιναν από δημόσιο υπάλληλο η έκθεση έχει αποδεικτική δύναμη ωσότου προσβληθεί για πλαστότητα. Αυτό δεν εμποδίζει πάντως το δικαστή να εκτιμήσει το περιεχόμενο της έκθεσης ελεύθερα».

¹¹³ Βλ. Γ. Τσόλια, ο.π., σελ.70.

¹¹⁴ Σ. Παύλου, ο.π., ΠοινΧρ 2015 σελ.162.

συνομιλιών. Ουσιαστικά οι συγκεκριμένες ενέργειες των αστυνομικών υπαλλήλων συνιστούν ανεπίτρεπτη επεξεργασία του φωνητικού υλικού και πλήττουν αναμφισβήτητα τα υπερασπιστικά δικαιώματα του κατηγορουμένου, καθότι το αποδεικτικό υλικό που τον αφορά δεν αποτυπώνει με την απαιτούμενη πιστότητα τα λεχθέντα του κατά την τηλεφωνική επικοινωνία.

Είναι προφανές ότι η ανωτέρω πρακτική αντίκειται στο α.5 παρ.9 του Ν.2225/1994¹¹⁵ σε συνδυασμό με το α.4 του ίδιου νόμου, αφού όπως προκύπτει εκ των ανωτέρω διατάξεων από τη στιγμή που ήρθη το απόρρητο και ενεργοποιήθηκε το σύστημα νόμιμης επισύνδεσης καταγράφονται υποχρεωτικά όλες οι επικοινωνίες ακόμα και οι φαινομενικά «αθώες» ή οι άσχετες με την υπόθεση γιατί είναι προφανές ότι κανείς δεν δύναται εκ των προτέρων να γνωρίζει και κρίνει αν ακόμη και αυτές δεν εμπεριέχουν συνθηματικό ή κωδικοποιημένο περιεχόμενο¹¹⁶. Το ανωτέρω επιβεβαιώνεται και από το γεγονός ότι αν δεν ίσχυε η υποχρέωση ολικής καταγραφής δεν θα ετίθετο εκ του Ν.2225/1994 ζήτημα υποχρεωτικής καταστροφής του υλικού που δεν έχει σχέση με τον λόγο επιβολής του μέτρου.

Ευλόγως συνάγεται ότι το πραγματικό νόημα των λεγομένων δύο συνομιλητών δεν μπορεί να διαπιστωθεί από συρραφές και τμήματα μιας συζήτησης αλλά πρέπει να διακριβωθεί στο πλαίσιο της συγκεκριμένης εν όλω

¹¹⁵ « 9. Μετά τη λήξη του μέτρου της άρσης και υπό την αναγκαία προϋπόθεση ότι δεν διακινδυνεύεται ο σκοπός για τον οποίο διατάχθηκε, μπορεί η Επιτροπή να αποφασίζει τη γνωστοποίηση της επιβολής του στους θιγόμενους. Τα στοιχεία που είχαν συλλεγεί ή κατασχεθεί και το υλικό που εγγράφηκε ή αποτυπώθηκε σε εκτέλεση της διάταξης για την άρση του απορρήτου σε περίπτωση διακρίβωσης εγκλημάτων, σύμφωνα με το άρθρο 4, επισυνάπτονται στη δικογραφία, **αν** συνιστούν αποδεικτικά μέσα για την ποινική δίωξη κατά την κρίση της αρχής που εξέδωσε τη διάταξη. Διαφορετικά επιστρέφονται στον κύριό τους, εφόσον έχει αποφασισθεί η κατά το προηγούμενο εδάφιο γνωστοποίηση του μέτρου. Αν δεν συντρέχει αυτή η περίπτωση καταστρέφονται ενώπιον της αρχής που εξέδωσε τη διάταξη και συντάσσεται έκθεση για την καταστροφή. Υποχρεωτικώς καταστρέφεται το υλικό που δεν έχει σχέση με το λόγο επιβολής του μέτρου.»

¹¹⁶ π.χ. η συζήτηση που γίνεται μεταξύ δύο ατόμων για τη «ψαριά» της ημέρας και τη ποσότητα αυτών (κιλά/γραμμάρια) μπορεί στη πραγματικότητα να αφορά ποσότητες ναρκωτικών ουσιών και το κάθε είδος ψαριού να αποτελεί κωδικοποιημένο μήνυμα και να παραπέμπει σε είδος ναρκωτικής ουσίας.

συνομιλίας¹¹⁷. Αυτή η αποσπασματική καταγραφή, οι συρραφές¹¹⁸, οι παραλείψεις, οι συσχετισμοί τμημάτων των συνομιλιών και η σταχυολόγηση των φερόμενων ως «κρισιμότερων» πέραν του ότι αντίκειται στο α.9 παρ.5 του Ν.2225/1994, παραβλέπει ότι από την φράση «κατά την κρίση της αρχής» που εντοπίζεται στο εν λόγω άρθρο προκύπτει ότι το δικαίωμα αξιολόγησης του αποδεικτικού υλικού που εγγράφηκε ή αποτυπώθηκε σε εκτέλεση της διάταξης παρέχεται μονό σε συγκεκριμένο δικαστικό ή εισαγγελικό λειτουργό ή τη σύνθεση του δικαστικού συμβουλίου, προκειμένου οι ίδιοι να αποφασίσουν αν συνιστά αποδεικτικό μέσο για την ποινική δίωξη και αν θα επισυναφθεί στη δικογραφία¹¹⁹.

Συνεπώς εκ των προηγουμένων προκύπτει ότι μόνο η αρχή που εξέδωσε τη διάταξη της άρσης έχει το προαναφερόμενο δικαίωμα και όχι η προανακριτική αρχή που εκτελεί τη διάταξη της άρσης απορρήτου¹²⁰. Τα ανωτέρω είναι συναφή με την επίσης ανεπίτρεπτη πρακτική του σχολιασμού και της παράθεσης επεξηγήσεων και συμπερασμάτων από την πλευρά των προανακριτικών υπαλλήλων υποκαθιστώντας ουσιαστικά έτσι το δικαστικό ή εισαγγελικό λειτουργό¹²¹, αφού κύρια και μόνη

¹¹⁷ Βλ. την ΑΠ 626/2006 ΠοινΧρ 2007 σελ.603 επ. στην οποία ορθώς αναφέρεται ότι «[...] Στις μαγνητοταινίες διαλαμβάνεται το σύνολο των συνομιλιών».

¹¹⁸ Βλ. όμως την 8/2019 ΜΟΔ Ηρακλείου ΤΝΠ Νομος στην οποία δεν έγινε δεκτός ο ισχυρισμός περί συρραφής «[...] Σε κάθε περίπτωση, όμως, έστω και επικουρικά, ο ισχυρισμός αυτός τυγχάνει απορριπτός και ως αβάσιμος στην ουσία του, εφόσον από τις προσκομιζόμενες εκτυπώσεις των διαλόγων, απεικονίζεται μία συνεχής σειρά ερωταπαντήσεων χωρίς λογικά ή άλλου είδους κενά με απόλυτο ειρμό σκέψεων και σαφώς και δεν αποτελούν προϊόν συρραφής».

¹¹⁹ Βλ. Γ. Τσόλια, ο.π., σελ.72 – 73.

¹²⁰ Βλ. Γ. Τσόλια, ο.π., σελ.73 και την 3274/2011 ΣυμπλημΑθ σε Γ. Τσόλια, Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι Απόρρητο ηλεκτρονικών επικοινωνιών IV Παράρτημα Νομολογίας αριθ.3, εκδ. Σάκκουλας, 2013, με την οποία διατάχθηκε η επισύναψη αντιγράφων των συνομιλιών και των εκθέσεων απομαγνητοφώνησης που προέκυψαν από την άρση του απορρήτου με βάση προγενέστερο βούλευμα του σε έτερη δικογραφία προκειμένου να υποβληθεί στο μέλλον από την προανακριτική αρχή προς την Εισαγγελία Πλημμελειοδικών Αθηνών, εκ της οποίας προκύπτει ότι η κρίση περί των επισυναπτόμενων εγγράφων θα γίνει από την τελευταία.

¹²¹ Βλ. Σ. Παύλου, ο.π., ΠοινΧρ 2015 σελ.162 ο οποίος αναφέρει την εν λόγω πρακτική, κάνοντας λόγο για σύνταξη καταρχήν εγγράφου, στο οποίο σταχυολογούνται οι κρισιμότερες, κατά την κρίση του περικοπές, τις οποίες μάλιστα ερμηνεύουν και συσχετίζουν. Αυτό το έγγραφο διαβιβάζεται στις δικαστικές αρχές και αποτελεί στοιχείο της δικογραφίας και αυτοτελώς αναγνωστέο.

υποχρέωση των αστυνομικών αρχών είναι η αποτύπωση του *συνόλου* όσων έχουν καταγραφεί στον υλικό φορέα¹²².

Αυτό όμως που επίσης χρήζει επισημάνσεως και αποτελεί διαφορετικό ζήτημα από την απομαγνητοφώνηση είναι ότι η επισύναψη του περιεχομένου των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων στη δικογραφία και η υποχρεωτική καταστροφή εκείνων που δεν σχετίζονται με τον λόγο επιβολής του μέτρου (α.5 παρ.9 εδ' δ' του Ν.2225/1994) αποτελεί μεταγενέστερη διαδικασία, η εποπτεία της οποίας ανήκει και πάλι στην κρίση του δικαστικού ή εισαγγελικού λειτουργού που έχει διατάξει την άρση απορρήτου. Επειδή όμως ακόμη και οι μη επισυναφθείσες και εξαιρούμενες από τη δικογραφία συνομιλίες που εκρίθη ότι δεν έχουν σχέση με την υπόθεση αποτελούν ελεγκτέο ζήτημα που δύναται να σχετίζεται ακόμη και με την αθωότητα του κατηγορουμένου, ορθή και ενδεδειγμένη είναι η προταθείσα λύση περί παράθεσης στην έκθεση απομαγνητοφώνησης *περίληψης* των μη σχετιζομένων με την υπόθεση συνομιλιών προκειμένου να καθίσταται δυνατός εκ των υστέρων ο έλεγχος του περιεχομένου αυτών¹²³.

2. Η προταθείσα δικονομική λύση: Η σημασία της δικαστικής γλωσσολογίας και φωνολογίας (forensic linguistics/forensic phonetics)

Εκ των εκτεθέντων ανωτέρω προκύπτει ότι η εν λόγω αστυνομική πρακτική που ακολουθείται κατά την απομαγνητοφώνηση των συνομιλιών προκαλεί ρήγμα στην δικαιοκρατική ακεραιότητα της διαδικασίας το οποίο χωρίς αμφιβολία επενεργεί και στο πεδίο των ατομικών δικαιωμάτων του κατηγορουμένου και κυρίως στο δικαίωμα υπεράσπισης του, αφού η αξίωση για αποτελεσματική

¹²² Βλ. Γ. Τσόλια, ο.π., σελ.72 ο οποίος προτείνει, ο κάθε είδους σχολιασμός και ερμηνεία θα μπορούσε να λάβει χώρα στο πλαίσιο μιας (συνοδευτικής) έκθεσης εξέτασης μάρτυρα αστυνομικού.

¹²³ Βλ. την σχετική με το ζήτημα ΑΠ 626/2006 ΠοινΧρ 2007 σελ.603 επ. «Στις μαγνητοταινίες διαλαμβάνεται το σύνολο των συνομιλιών, η αποτύπωσή τους όμως στα πρακτικά απομαγνητοφώνησης, η οποία έγινε από τους αναφερόμενους αστυνομικούς προς διευκόλυνση των Δικαστικών Αρχών, κατά τα μη κρίσιμα για την υπόθεση τμήματα αυτών, διαλαμβάνεται σε περίληψη, χωρίς αυτό να αποτελεί συρραφή τμημάτων των συνομιλιών».

λειτουργία της ποινικής δικαιοσύνης και δικαστικής διερευνήσεως της αλήθειας συγκρούεται και εν τέλει πλήττει την προστασία της αξίας του ανθρώπου.

Οι προταθείσες *de lege ferenda* δικονομικές λύσεις διαρθρώνονται σε δύο άξονες. Ο πρώτος αφορά την θέσπιση δικαστικών/εισαγγελικών εποπτικών μηχανισμών και την ενίσχυση των υπαρχόντων ελεγκτικών μηχανισμών κατά την χρήση τέτοιων τεχνικών αποδεικτικών μέσων υψηλής τεχνολογίας¹²⁴. Επιπλέον απαιτείται να καθιερωθεί λεπτομερής περιγραφή της διαδικασίας της απομαγνητοφώνησης και σύνταξη της σχετικής αναλυτικής έκθεσης κατά το πρότυπο της διάταξης του άρθρου 253B στοιχείο α' ΚΠΔ, ώστε να μην αμφισβητείται η πιστότητα ή η πληρότητά της, με παράλληλη παροχή δυνατότητας στον κατηγορούμενο διορισμού τεχνικού συμβούλου.

Ο δεύτερος άξονας άπτεται της προβληματικής που επισημάνθηκε ανωτέρω περί των επεξηγήσεων και του σχολιασμού του περιεχομένου των καταγεγραμμένων συνομιλιών από τους προανακριτικούς υπαλλήλους. Οι συσχετισμοί χωρίων, οι επισημάνσεις, η παράθεση επεξηγήσεων και συμπερασμάτων αποτελούν ενέργειες οι οποίες εκφεύγουν των ορίων της έννοιας της απομαγνητοφώνησης και απαιτούν μια άλλου είδους ποιοτικά αναβαθμισμένη επεξεργασία των καταγεγραμμένων συνομιλιών.

Πιο συγκεκριμένα οι τηλεφωνικές συνομιλίες συνιστούν όπως έχει λεχθεί και ανωτέρω μορφή επικοινωνίας. Για την πραγματοποίηση αυτής γίνεται χρήση της γλώσσας και προφανώς των κανόνων της γραμματικής και του συντακτικού. Όμως το νόημα του περιεχομένου μιας τηλεφωνικής συνομιλίας αλλά και κάθε είδους επικοινωνίας είναι κάτι πέραν και πάνω από την απλή εκφορά λόγου. Το νόημα δηλαδή του περιεχομένου μιας τηλεφωνικής συνομιλίας αποτελεί έναν συνδυασμό λεκτικής εκφοράς (κανόνες γραμματικής και συντακτικού) αλλά και συνάμα

¹²⁴ Βλ. Χ. Νάιντος, Ειδικές ανακριτικές πράξεις: επίκαιρα ζητήματα ΠοινΧρ2017 σελ.491 επ.

σημασιολογικών¹²⁵ και πραγματολογικών στοιχείων που αποτυπώνουν την έκταση και την ένταση του νοήματος άλλα και τις περιστάσεις οι οποίες συντρέχουν όταν λαμβάνει χώρα αυτή η συνομιλία. Η γλώσσα δηλαδή σ' αυτή τη περίπτωση προσεγγίζεται ως αποδεικτικό στοιχείο¹²⁶ με αποτέλεσμα να οδηγούμαστε με μια διεπιστημονική προσέγγιση σ' έναν ιδιαίτερα ενδιαφέροντα κλάδο αυτόν της δικαστικής γλωσσολογίας (forensic linguistic < forum)¹²⁷ η χρησιμότητα της οποίας παρά την ελλιπή της διάδοση στο ελληνικό χώρο δύναται να θεωρηθεί βαρύνουσας σημασίας^{128 129}.

Για να καταστεί κατανοητή η σημασία της δικαστικής γλωσσολογίας στο τομέα του τηλεφωνικού απορρήτου αρκεί να δοθεί το ακόλουθο παράδειγμα¹³⁰ το οποίο έτυχε επεξεργασίας από τον κλάδο της δικαστικής φωνολογίας (forensic phonetics). Σε μια γαλλική υπόθεση, στη καταγεγραμμένη τηλεφωνική συνομιλία

¹²⁵Βλ. Olsson J., "What Is Forensic Linguistics?" προσπελάσιμο στον διαδικτυακό ιστότοπο: www.thetext.co.uk/what_is.pdf (PDF) ο οποίος αναφέρεται στη σημασιολογία ως μελέτη του νοήματος είτε θεωρητικά είτε εμπειρικά «*Semantics: the study of meaning, either theoretically or empirically. Semantics deals with truth conditions, sense and reference and the (broadly) metaphoric relations between words (such as metonymy, meronymy, etc)*».

¹²⁶ Βλ. Coulthard, M., & Johnson, A. An introduction to forensic linguistics: Language in evidence. Oxford (2007), σελ.119 επ.

¹²⁷ Βλ. Olsson J., "What Is Forensic Linguistics?" προσπελάσιμο στον ιστότοπο: www.thetext.co.uk/what_is.pdf (PDF) «*Forensic Linguistics is, rather, the application of linguistic knowledge to a particular social setting, namely the legal forum (from which the word forensic is derived). In its broadest sense we may say that Forensic Linguistics is the interface between language, crime and law, where law includes law enforcement, judicial matters, legislation, disputes or proceedings in law, and even disputes which only potentially involve some infraction of the law or some necessity to seek a legal remedy*».

¹²⁸ Βλ. Γ. Γεωργίου, Δικανική γλωσσολογία: η μελέτη της γλώσσας στο νομικό πλαίσιο, (2017) προσπελάσιμη στον ιστότοπο: <http://www.kathimerini.com.cy/gr/politismos/dikaniki-glossologia-i-meleti-tis-glwssas-sto-nomiko-plaisio> ο οποίος αναφέρει ότι: «η δικανική γλωσσολογία ενδέχεται να χρησιμοποιεί την ανάλυση λόγου εξετάζοντας κυρίως τη δομή του προφορικού και του γραπτού λόγου ενός ατόμου. Επίσης, μελετά τη φωνή ενός υπόπτου, τους φθόγγους δηλαδή της ομιλίας, γι' αυτό άλλωστε ονομάζεται και δικανική φωνητική. Ακόμη, σε ορισμένες περιπτώσεις επιχειρεί να αντιληφθεί τη διάλεκτο ενός ατόμου για να γίνει σύγκριση με άλλο ακουστικό υλικό του υπόπτου ή να εντοπίσει το γλωσσικό επίπεδο του υπόπτου για να μπορέσει να κατανοήσει, αν, για παράδειγμα, η ανυπακοή του στις υποδείξεις των αστυνομικών ήταν πράγματι απόρροια ελλιπούς γλωσσικού επιπέδου ή αποτέλεσμα άρνησης εκτέλεσης διαταγής».

¹²⁹Βλ. E.Svoboda, Speech patterns in messages betray a killer διαδικτυακά προσπελάσιμο στον ιστότοπο: <https://www.nytimes.com/2009/05/12/science/12file-text.html>.

¹³⁰Βλ. Coulthard, M., & Johnson, A. An introduction to forensic linguistics: Language in evidence. Oxford (2007), σελ.145 επ.

ενός γιατρού, ο οποίος μιλούσε αγγλικά με βαριά ελληνική προφορά, με έναν τοξικοεξαρτημένο ασθενή κατεγράφη ότι ο πρώτος του συνταγογράφησε χάπια αναφέροντας του ότι η λήψη τους μπορεί να γίνει με την κονιορτοποίηση αυτών και έπειτα την εισαγωγή τους στο οργανισμό με ένεση. Η επίμαχη καταγεγραμμένη φράση ήταν «you *can* inject those things» και ο ίδιος κατηγορήθηκε για παροχή μη ενδεδειγμένης ιατρικής συμβουλής, η οποία θεωρήθηκε ότι μπορούσε να βλάψει την υγεία του ασθενούς. Η υπεράσπιση υποστήριξε ότι ο γιατρός στην τηλεφωνική συνομιλία είχε αναφέρει στον ασθενή ότι δεν μπορεί να λάβει τα χάπια με την μορφή ένεσης («you *can't* inject those things»). Επί της ουσίας η διαφορά μεταξύ της λέξεως *can* και *can't* άλλαζε άρδην το νόημα της πρότασης και ακολούθως καθόριζε το βάρος ή μη της ευθύνης του ιατρού. Από την συνδυαστική ακουστική ανάλυση άλλων τηλεφωνικών συζητήσεων του ιατρού και την πραγματογνωμοσύνη του ειδικού διορισμένου ατόμου σε ζητήματα φωνολογίας (*forensic phonetician*) προέκυψε ότι υπήρχε μια ελάχιστη διαφορά κατά την εκφορά του “a” όταν προφερόταν από τον γιατρό η λέξη “*can*” από ότι όταν προφερόταν η λέξη “*can't*”. Συνεπώς εξήχθη το συμπέρασμα ότι στην συγκεκριμένη περίπτωση από τον ιατρό έγινε η χρήση της λέξης “*can't*” και όχι η καταγεγραμμένη κατά τη απομαγνητοφώνηση λέξη “*can*” που ήγειρε την προαναφερθείσα ιατρική ευθύνη.

Εκ των ανωτέρω και ειδικώς εκ του τελευταίου νομολογιακού παραδείγματος καθίσταται προφανές ότι η αναλυθείσα μη ορθή τεχνικά αλλά και ουσιαστικά αστυνομική πρακτική δέον να αντικατασταθεί. Τη θέση αυτής θα ήταν ορθό να λάβουν ειδικοί πραγματογνώμονες (*forensic linguist/forensic phonetician*), διορισμένοι εκ των εισαγγελικών και δικαστικών αρχών, με εξειδικευμένες στους ανωτέρω τομείς γνώσεις οι οποίοι θα συντάσσουν σχετικές *γνωμοδοτήσεις* (άρθρο 198 ΚΠΔ)¹³¹ για την ερμηνεία του περιεχομένου των συνομιλιών με την αποκωδικοποίησή τους, τη συσχέτισή τους και την επισήμανση των σημαντικότερων εξ αυτών. Οι προαναφερθείσες γνωμοδοτήσεις θα

¹³¹ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., ΠοινΧρ2017, σελ.491 επ.

αντικαταστήσουν το οιονεί «διαβιβαστικό» του φακέλου κείμενο αξιολόγησης των συνομιλιών. Τέλος ορθώς έχει υποστηριχθεί¹³² ότι οι ανωτέρω πραγματογνώμονες θα επιτρέπεται να κλητευθούν από τον εισαγγελέα για να αναπτύξουν προφορικά το περιεχόμενο της γνωμοδότησής τους στο ακροατήριο του ποινικού δικαστηρίου (άρθρο 362 παρ. 1 ΚΠΔ).

Τα ανωτέρω προταθέντα πιθανόν να μην «συμβαδίζουν» με την υπάρχουσα δομή και στελέχωση των προανακριτικών αρχών μολαταύτα δεν μπορεί να παραβλεφθεί ότι η εγκατάλειψη της αναλυθείσας προβληματικής αστυνομικής πρακτικής καθίσταται επιτακτική καθόσον δεν είναι δυνατόν στο βωμό της διαρκώς επιδιωκόμενης μεγιστοποίησης της αποτελεσματικότητας των πρακτικών των αστυνομικών αρχών να τίθεται ισχυρά εν αμφιβόλω οι δικαιοκρατικές εγγυήσεις και τα ατομικά δικαιώματα των υποκειμένων της δίκης και προεχόντως του κατηγορούμενου.

¹³² Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., ΠοινΧρ2017, σελ.491 επ.

Δ' ΕΝΟΤΗΤΑ

Άρση απορρήτου τηλεπικοινωνιών και όρια αποδεικτικών απαγορεύσεων

1. Εισαγωγικές επισημάνσεις

Στην παρούσα ενότητα θα επιχειρηθεί η προσέγγιση ενός ιδιαίτερος πολύπλοκου ζητήματος, το οποίο άπτεται της Ποινικής Δίκης και συγκεκριμένα της αποδεικτικής διαδικασίας, αυτού της χρήσης αποδεικτικών μέσων κτηθέντων κατά παράβαση του α. 19 παρ.3 του Σ., ήτοι των λεγόμενων απαγορευμένων αποδεικτικών μέσων. Η εν λόγω προβληματική εντάσσεται στην ευρύτερη θεματική των «αποδεικτικών απαγορεύσεων»¹³³ και των ορίων έκτασης αυτών στην Ποινική Δίκη, η οποία παρά της μακράς θεωρητικής και νομολογιακής επεξεργασίας που έχει τύχει, συνεχίζει να ταλανίζει την νομική κρίση σύσσωμου του δικαιοσύμης μας συστήματος καθότι είναι άμεσα και άρρηκτα συνυφασμένη με την τελική δικανική κρίση του Δικαστηρίου και τους βασικούς σκοπούς της ποινικής δίκης.

Η ανωτέρω προβληματική συνοψίζεται στο κατωτέρω εύλογο ερώτημα που λαμβάνει τη μορφή «διλήμματος»: θα προτιμηθεί η ανεύρεση της ουσιαστικής αλήθειας, έστω και με ένα παράνομο (ή και δικονομικά ανεπίτρεπτο) αποδεικτικό μέσο, και κατ' επέκταση η αποκάλυψη και η τιμωρία του εγκλήματος, ή η προστασία αγαθών που προσβάλλονται από την παράνομη αναζήτηση και αξιοποίηση των αποδεικτικών μέσων με κίνδυνο το έγκλημα να μείνει αναπόδεικτο και επομένως ατιμώρητο¹³⁴;

Ειδικότερα, η προβληματική των αποδεικτικών απαγορεύσεων, αποκτά ιδιαίτερο ενδιαφέρον και βαρύνουσα σημασία στο πεδίο της άρσης απορρήτου των

¹³³ Βλ. Θ. Δαλακούρα, Απαγορευμένα αποδεικτικά μέσα: Δογματικές βάσεις για την θεμελίωση των αποδεικτικών απαγορεύσεων στην ποινική δίκη, ΠοινΧρΜΣΤ, σελ.323, ο οποίος επισημαίνει ότι η καθιέρωση του γενικού όρου «αποδεικτικές απαγορεύσεις» (Beweisverbote), όπως και της πρώτης εννοιολογικής διάκρισης ανάμεσα σε απόλυτες και σχετικές απαγορεύσεις, ανήκει, στον *Ernst Beling* (Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, Breslau 1903).

¹³⁴ Βλ. Α. Παπαδαμάκη, Αποδεικτικές απαγορεύσεις και «δίκαιη» δίκη, ΠοινΔικ 2016 σελ. 449.

τηλεπικοινωνιών, καθώς με την αναθεώρηση του 2001 και την εισαγωγή της διάταξης του α.19 παρ.3 του Σ., στην οποία τυποποιείται μία απολυτή – τουλάχιστον κατά πρώτη γραμματική εντύπωση – συνταγματική απαγόρευση,¹³⁵ αναπτύχθηκε ένας ευρύς θεωρητικός και νομολογιακός «διάλογος» στο πεδίο του Ποινικού Δικονομικού δίκαιου αναφορικά με την επιρροή που έμελε να ασκήσει η εν λόγω συνταγματική επιλογή στο χώρο της ποινικής διαδικασίας και ιδιαίτερα στην επ’ ακροατηρίω διαδικασία.

2. Προσδιορισμός της έννοιας και των βασικών διακρίσεων των αποδεικτικών απαγορεύσεων

Πριν την προσέγγιση και ανάλυση της εν λόγω συνταγματικής επιλογής του Αναθεωρητικού Νομοθέτη κρίνεται σκόπιμο, εν συντομία, να αναφερθούμε στο θεσμό των αποδεικτικών απαγορεύσεων στην ποινική δίκη και στην σύνδεση αυτού με τη υπό εξέταση θεματική, ήτοι αυτή που άπτεται της συνταγματικής προστασίας της ελευθερίας της επικοινωνίας και του απορρήτου των τηλεπικοινωνιών. Η εν λόγω δομική διάρθρωση της παρούσας ενότητας κρίνεται αναγκαία αν λάβει κανείς υπόψη το λειτουργικό ρόλο του Δικονομικού Δικαίου: ως «σεισμογράφου της συνταγματικής τάξης»¹³⁶, ήτοι ως πεδίου εντός του οποίου κρίνεται η αποτελεσματικότητα της προστασίας σειράς θεμελιωδών δικαιωμάτων, όπως αυτά κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και από τις διεθνείς συμβάσεις¹³⁷. Αυτή η τελεολογική – λειτουργική προσέγγιση της σημασίας του Ποινικού Δικονομικού Δικαίου σε συνδυασμό με την αντίληψη του Δικαίου της Απόδειξης ως ακρογωνιαίου λίθου κάθε δικονομικού συστήματος¹³⁸ αναγορεύουν τη μελέτη των

¹³⁵ «Απαγορεύεται η χρήση αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί κατά παράβαση του άρθρου αυτού και των άρθρων 9 και 9Α.» όπως διατυπώνεται στο Ψήφισμα της 6ης Απριλίου 2001 της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής των Ελλήνων.

¹³⁶ Κατά άλλη διατύπωση βλ. Γ. Καμίνη, Το πρόβλημα των παράνομων αποδεικτικών μέσων στην ποινική διαδικασία μετά την αναθεώρηση του α.19 του Συντάγματος, Τιμ.Τομ. για τον Ι. Μανωλεδάκη, Δημοκρατία – Ελευθερία – Ασφάλεια, εκδ. Σάκκουλα 2005, σελ.337 ο οποίος κάνει λόγο για «εφαρμοσμένο συνταγματικό δίκαιο» (angewandtes Verfassungsrecht).

¹³⁷ Βλ. Ν. Ανδρουλάκη, Θεμελιώδεις έννοιες ποινικής δίκης, 1994, σελ.32 – 33.

¹³⁸ Βλ. Σ. Παπαγεωργίου – Γονατάς, Το πρόβλημα των παράνομα αποκτηθέντων εμμέσων αποδεικτικών μέσων στην ποινική δίκη, ΠοινΧρΛΘ', σελ.545.

αποδεικτικών απαγορεύσεων σε ζήτημα υψίστης σημασίας για μια άρτια συνολική θεώρηση της ποινικής διαδικασίας.

Για τον προσδιορισμό της έννοιας των αποδεικτικών απαγορεύσεων αρκεί να εκκινήσουμε από την κεφαλαιώδους σημασίας φράση: «η αναζήτηση της ουσιαστικής αλήθειας στη ποινική δίκη δεν μπορεί να γίνεται με οποιοδήποτε τίμημα»¹³⁹ για καταστεί αντιληπτό ότι με τον όρο «αποδεικτικές απαγορεύσεις» νοούνται οι περιορισμοί της εν ευρεία έννοια αποδεικτικής διαδικασίας που αναφέρονται είτε στην απόκτηση είτε στην αξιοποίηση ορισμένου αποδεικτικού μέσου¹⁴⁰. Από τον ανωτέρω ορισμό προκύπτουν δύο βασικές κατηγορίες αποδεικτικών απαγορεύσεων: οι αποδεικτικές απαγορεύσεις απόκτησης (Beweiserhebungsverbote) και οι αποδεικτικές απαγορεύσεις αξιοποίησης (Beweisverwertungsverbote) των αποδεικτικών μέσων¹⁴¹ που καταφάσκονται

¹³⁹ Έτσι το γερμανικό Ομοσπονδιακό Δικαστήριο: BGHSt 14, 358 και η ΟΛΑΠ 1/2001, ΝοΒ 2001, σελ.1804: «Πράγματι η απονομή της δικαιοσύνης δεν θα πρέπει να γίνεται έναντι οποιουδήποτε τιμήματος. Η αντίθετη άποψη θα μπορούσε να οδηγήσει – υπό την επίκληση της ανάγκης αποκτήσεως αποδεικτικού μέσου για ενδεχόμενα δικαιώματα – στην γενίκευση της χρήσεως της μαγνητοταινίας από συνομιλητές προσώπων η φωνή των οποίων θα καταγραφόταν χωρίς την συναίνεση τους. Κατ' αυτόν όμως τον τρόπο η ελευθερία της επικοινωνίας θα περιοριζόταν διότι ο καθένας θα ζούσε με το καταθλιπτικό συναίσθημα ότι κάθε αστόχαστη ή υπερβολική έστω έκφραση του στα πλαίσια μια προφορικής ιδιωτικής συζήτησης θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί υπό πολλές περιστάσεις ως αποδεικτικό μέσο εναντίον του, πολύ περισσότερο μάλιστα όταν τα σύγχρονα τεχνικά μέσα παρέχουν ευρείες δυνατότητες αλλοιώσεως του περιεχομένου των αποτυπώσεων, οι οποίες είναι πολύ εύκολο και αδύνατο να διαγνωσθούν».

¹⁴⁰ Βλ. Θ. Δαλακούρα, ο.π., ΠοινΧρΜΣΤ, σελ.321 επ., Χ. Νάνιτο, ο.π. σελ.586 ο οποίος αναφέρει ότι η έννοια της αξιοποίησης ταυτίζεται με την έννοια της παραγωγής εννόμων συνεπειών από την απόκτηση του αποδεικτικού μέσου, λ.χ. την αξιοποίηση του ως βάση για τη λήψη των δικαστικών αποφάσεων, ήτοι ως τμήμα της αιτιολογίας των αποφάσεων, των βουλευμάτων κ.λ.π. και Ν. Δημητράτο, ο.π., σελ.17, ο οποίος επισημαίνει ότι αξιοποίηση αποδεικτικού υλικού συνιστά η επεξεργασία του διαθέσιμου αποδεικτικού μέσου αρχόμενη με τη λήψη γνώσεως από την αρμόδια αρχή και διαρκούσα καθόλη την έκταση της αξιολόγησής του.

¹⁴¹ Βλ. και ενδιαφέρουσα προσέγγιση περί του ορισμού των αποδεικτικών απαγορεύσεων βάσει των κανόνων εξουσίασης από Θ. Δαλακούρα, ο.π., ΠοινΧρΜΣΤ, σελ.324 επ., με περαιτέρω παραπομπή σε Rogall, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, Tübingen 1992, σελ. 27 επ. και ιδίως 71 επ. του ιδίου, Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts, σε: J. Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, Berlin 1995, σελ. 113 επ. (143): Οι αποδεικτικές απαγορεύσεις θα μπορούσαν υπό αυτό το πρίσμα να ορισθούν ως κανόνες που διέπουν την εξουσίαση (απόκτηση – επεξεργασία – διάθεση) πληροφοριών στο πλαίσιο του ποινικού δικονομικού συστήματος. Οι απαγορεύσεις απόκτησης, στο βαθμό που θέτουν όρια στον επιχειρησιακό χώρο του συστήματος, ρυθμίζουν την εισροή πληροφοριών (input) σε αυτό, σε αντίθεση με τις απαγορεύσεις αξιοποίησης που συνιστούν εσωτερικούς κανόνες επεξεργασίας των προσανατολισμένων σε εκροή (output) πληροφοριών.

ανάλογα με το εάν ο επιβαλλόμενος αυτοπεριορισμός της κρατικής εξουσίας εξικνείται μέχρι την συλλογή του αντίστοιχου υλικού ή επεκτείνεται και στην αξιοποίησή του στα διάφορα στάδια της ποινικής δίκης και ιδίως στο στάδιο της κύριας διαδικασίας. Στην πρώτη περίπτωση αποτυπώνονται οι εξαιρέσεις από την αρχή της αναζήτησης της ουσιαστικής αλήθειας, ενώ στη δεύτερη, οι απαγορεύσεις αξιοποίησης καθιερώνουν εξαιρέσεις από την αρχή της ηθικής απόδειξης¹⁴².

Αυτές οι δύο κατηγορίες αποδεικτικών απαγορεύσεων τελούν σε σχέση προηγουμένου προς ακόλουθο¹⁴³ η οποία μπορεί να κατανοηθεί με την μορφή του παρακάτω ερωτήματος: Μπορεί να αξιοποιηθεί το παρανόμως αποκτηθέν αποδεικτικό μέσο (απαγόρευση αξιοποίησης) που προέρχεται από την παραβίαση ενός κανόνα που απαγορεύει τη διεξαγωγή μιας αποδεικτικής διαδικασίας (απαγόρευση κτήσης); Η απαγόρευση αξιοποίησης επί της ουσίας μπορεί να γίνει δεκτό ότι υπάρχει όπου η παρανομία θα έβρισκε με την αξιοποίηση την δικονομική συνέχιση της, με την έννοια ότι η ίδια η αξιοποίηση θα συνιστούσε περαιτέρω προσβολή του τρωθέντος με την αρχική παράνομη κτήση εννόμου αγαθού. Σχηματικά η προσβολή λαμβάνει το ακόλουθο σχήμα: συνέχιση¹⁴⁴- εμβάθυνση - ολοκλήρωση -.

Μια ακόμη βασική και αναγκαία από συστηματική άποψη διάκριση στο πεδίο των αποδεικτικών απαγορεύσεων είναι αυτή που γίνεται μεταξύ εξαρτημένων και ανεξάρτητων ή αυτοτελών απαγορεύσεων. Οι εξαρτημένες απαγορεύσεις αξιοποίησης προϋποθέτουν πάντοτε την προηγούμενη παράνομη κτήση του αποδεικτικού υλικού και κατά τούτο εμφανίζονται ως επακόλουθο ή συνέπεια μίας παραβίασης συγκεκριμένων απαγορεύσεων απόκτησης

¹⁴² Βλ. Θ. Δαλακούρα, ο.π., ΠοινΧρΜΣΤ, σελ.322 επ.

¹⁴³ Βλ. Α. Τζαννετή, Αποδεικτικές απαγορεύσεις και εναλλακτική νόμιμη κτήση αποδείξεων, ΠοινΧρ 1995, σελ.5 επ. ο οποίος σημειώνει ότι αποτελεί πλέον κοινή παραδοχή ότι η οποιαδήποτε παρατυπία κατά τη συγκέντρωση του αποδεικτικού υλικού δεν συνεφέλκεται κατ' ανάγκην και απαγόρευση αξιοποιήσεως των αποδείξεων.

¹⁴⁴ Βλ. Ν. Ανδρουλάκη, Θεμελιώδεις έννοιες της Ποινικής Δίκης, 4η έκδοση, Σάκκουλας, σελ.209 επ.

αποδείξεων¹⁴⁵. Από την άλλη πλευρά ως αυτοτελείς απαγορεύσεις αξιοποίησης, νοούνται εκείνες που καταφάσκονται ανεξάρτητα από την προγενέστερη παράνομη ή μη δραστηριότητα των κρατικών οργάνων ή ιδιωτών, αφού καθοριστικό ρόλο για τη στοιχειοθέτηση τους συνιστά αυτή καθαυτή η δικαστική αξιοποίηση του αποδεικτικού μέσου, η οποία από μόνη της θα προσέβαλε θεμελιώδη έννομα αγαθά του ατόμου¹⁴⁶. Οι αυτοτελείς δηλαδή απαγορεύσεις συναρτώνται ευθέως με τις συνταγματικές διατάξεις και αποτελούν μέσο προληπτικής προστασίας των συνταγματικών δικαιωμάτων, καθώς όπως προελέχθη δεν παραβιάζεται κάποια απαγόρευση κτήσεως αλλά προσβάλλεται η «ουσία»¹⁴⁷ αυτών.

Στην περίπτωση των αυτοτελών απαγορεύσεων θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ως «εγγενές» στοιχείο αυτών, ότι ο συνταγματικός κανόνας δικαίου επί του οποίου εδράζεται η απαγόρευση αξιοποίησης είναι «εκ φύσεως» γενικός και αόριστος, με άμεσο επακόλουθο να μη προκύπτει ευθέως η συνταγματική βούληση περί της δυνατότητας συνεκτιμήσεως του αποδεικτικού στοιχείου. Σημαντικότερη αναπτυχθείσα θεωρία περί των αυτοτελών αποδεικτικών απαγορεύσεων αποτελεί αυτήν των τριών βαθμίδων (“Stufentheorie”)^{148 149 150}.

¹⁴⁵ Βλ. και Α. Τζαννετή, ο.π., ΠοινΧρ 1995, σελ.5 επ. ο οποίος αναφέρει ότι οι εξαρτημένες απαγορεύσεις αξιοποίησης αποτελούν ως γνωστόν τις δικονομικές συνέπειες των απαγορεύσεων κτήσεως οι οποίες κατά κανόνα θεσμοθετούνται σε κοινές δικονομικές διατάξεις και Σ. Παπαγεωργίου – Γονατάς, Οι αποδεικτικές απαγορεύσεις ως έκφραση συνταγματικών επιταγών, Πλογ 2003, σελ. 21 σύμφωνα με τον οποίο η απαγόρευση έγκειται στην ad hoc δικαστική αξιοποίηση του συγκεκριμένου αποδεικτικού μέσου στο βαθμό που προσβάλλει έννομα αγαθά του ατόμου ή του κοινωνικού συνόλου.

¹⁴⁶ Βλ. Χ. Νάιντο, Αποδεικτικές Απαγορεύσεις στην ποινική δίκη, εκδ. Σάκκουλας 2010, σελ.513 επ. «Ανεξάρτητες απαγορεύσεις αξιοποίησης είναι αυτές που προκύπτουν κατά το στάδιο της αξιοποίησης του αποδεικτικού υλικού που έχει συλλεχθεί, ακριβώς επειδή παρόλο που συνιστούν δυσανάλογη και γι’ αυτό ανεπίτρεπτη παραβίαση των ατομικών δικαιωμάτων δεν προκύπτει καμία παραβίαση κανενός κανόνα απόκτησης αποδείξεων κατά τη συλλογή τους λ.χ. η περίπτωση τυχαίων ευρημάτων» με περαιτέρω παραπομπή σε Θ. Δαλακούρα, ό.π., ΠοινΧρ 1996, σελ.343 επ. και τη διαπίστωση ότι η κατηγορία των ανεξάρτητων αποδεικτικών απαγορεύσεων είναι άγνωστη στο αμερικάνικο δίκαιο που αντιμετωπίζει τις αποδεικτικές απαγορεύσεις μόνο ως φραγμό στην παράνομη δραστηριότητα των κρατικών οργάνων.

¹⁴⁷ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.520 επ. ο οποίος επισημαίνει ότι η ουσία ενός δικαιώματος προσβάλλεται όταν το δικαίωμα μετά την επέμβαση σε αυτό δεν διαθέτει πλέον κανένα νόημα με περαιτέρω παραπομπή σε J.Wolter, SK – StPO, παρ.151, πλαγιαρ.26g, σελ.25.

¹⁴⁸ Βλ. και Α. Τζαννετή, ο.π. ΠοινΧρ 1995, σελ.7 και την επιλογή προσέγγισης των αυτοτελών αποδεικτικών απαγορεύσεων δια της «θεωρίας των τριών βαθμίδων» (“Stufentheorie”).

3. Σκοπός και λειτουργία αποδεικτικών απαγορεύσεων

Εκκινώντας και πάλι από τη βασική θέση που υπέχουν οι αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική δίκη, την λειτουργία δηλαδή αυτών ως φραγμών στην αναζήτηση της αλήθειας με κάθε τίμημα, θα επιχειρηθεί να εξεταστεί ο σκοπός που επιτελούν κατά την εισδοχή τους στην αποδεικτική διαδικασία.

Αναλυτικότερα στην *πρώτη βαθμίδα* εντάσσεται η προστασία της ανθρώπινης αξίας, ο απόλυτος χαρακτήρας αυτής, δεν προϋποθέτει τη στάθμιση των αντικρουόμενων εννόμων συμφερόντων, καθώς η ανθρώπινη αξία αποτελεί όριο και περιορισμό των επεμβάσεων στην δικαιοσύνη του ατόμου. Στη βαθμίδα όμως αυτή θα πρέπει να εντάσσονται, πέραν των επεμβάσεων στο λεγόμενο *forum internum* του ατόμου, και οι επεμβάσεις, κρατικές ή μη, στον *ουσιαστικό πυρήνα* των καθ' έκαστον ατομικών δικαιωμάτων. Έτσι στην απόλυτη προστασία τη πρώτης βαθμίδας περιλαμβάνεται και ο αυστηρά προσωπικός εσωτερικός χώρος του ατόμου (*Intimsphäre*) όπου λαμβάνουν χώρα ενδιάθετα συμβάντα, ήτοι οι σκέψεις του ατόμου, οι πεποιθήσεις του και τα συναισθήματα, που δεν εξωτερικεύονται ή εκφέρονται ενδοεπικοινωνιακά με τη μορφή μονολόγου ή προσωπικού ημερολογίου, καθώς επίσης και οι εμπιστευτικού χαρακτήρα οικογενειακές συζητήσεις που εμπίπτουν στον πυρήνα των συνταγματικών δικαιωμάτων της οικογένειας και του οικιακού ασύλου. Στη *δεύτερη βαθμίδα* εντάσσονται οι προσβολές τυπικά ισοδύναμων μεταξύ τους συνταγματικών δικαιωμάτων και ιδίως της «απλής» ιδιωτικής σφαίρας. Έτσι, στη βαθμίδα αυτή λαμβάνει χώρα στάθμιση των ανταγωνιζόμενων αξιών, υπό το πρίσμα πάντα της αρχής της αναλογικότητας. Στη βαθμίδα αυτή καθίσταται κατανοητό ότι το ατομικό συμφέρον δεν απολαμβάνει απόλυτης προστασίας έναντι παντός άλλου δικαιώματος, αλλά το άτομο, ως μέλος του κοινωνικού συνόλου, πρέπει να υπομένει κρατικές παρεμβάσεις που επιβάλλονται δυνάμει του κρινόμενου *in concreto* υπέρτερου συμφέροντος προστασίας της κοινωνίας. Στην *τρίτη βαθμίδα προστασίας*, η οποία αφορά κατεξοχήν τον τομέα της δημόσιας δραστηριότητας του ατόμου, τίθεται θέμα στάθμισης μόνο στο βαθμό που συνάπτεται με το συμφέρον του ατόμου να διατηρήσει την ανωνυμία του, με τον αυτοκαθορισμό της κοινωνικής του ταυτότητας και την αυτοδιαχείριση των πληροφοριών που τον αφορούν επί των οποίων αξιώνει τη διαφύλαξή τους. Πρόκειται, δηλαδή, για τη «δημόσια» όψη του δικαιώματος του ατόμου στον πληροφοριακό αυτοκαθορισμό του.

¹⁴⁹ Βλ. όμως και Χ. Νάιντο, ό.π., σελ.519 – 524, ιδίως σελ.523, 524 κριτική για την «θεωρία των τριών βαθμίδων» με αντιπρόταση περί υιοθέτησης της αρχής της στάθμισης με κριτήριο την αρχή της αναλογικότητας και βάση την ένταση της επιβάρυνσης της ηθικοπνευματικής ακεραιότητας του ατόμου. Συγκεκριμένα επικρίνεται η εν λόγω θεωρία για τον στατικό χαρακτήρα της, το υπερβολικά απλουστευμένο μοντέλο ανάλυσης της προσωπικότητας, τη δυσχέρεια διαχωρισμού με σαφήνεια των τριών σφαιρών, τη δυσκολία πρακτικής εφαρμογής, την αδυναμία τους να προστατεύσουν το «ιδιωτικό» σε συνθήκες δημοσιότητας και την αδυναμία χωρισμού της προσωπικότητας ατόμου σε σφαίρες καθώς οι ανθρώπινες σχέσεις είναι τόσο διαφορετικές ώστε δεν υπόκεινται σε ενιαία παρατήρηση.

¹⁵⁰ Βλ. Χ. Νάιντο, ό.π., υποσ.50, με περαιτέρω παραπομπή σε T.Dalakouras, Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre, 1988 σελ.86 – 92 ο οποίος προβαίνει στην διάκριση της ιδιωτικής σφαίρας σε τέσσερα επίπεδα ανάλογα με την αυστηρότητα των προϋποθέσεων προστασίας: α) τον απόλυτα προστατευόμενο πυρήνα (: «forum internum»), στον οποίο το άτομο δεν επικοινωνεί με τους άλλους β) τον οριοθετημένο στο χώρο αντικειμενικό τομέα («στενή» ιδιωτική σφαίρα), με επίκεντρο την κατοικία του ατόμου, ως χώρο απομόνωσης του και εμπιστευτικής επικοινωνίας, γ) την ευρύτερη ιδιωτική σφαίρα που περιλαμβάνει λ.χ. την αλληλογραφία του και τον επαγγελματικό του χώρο και δ) την κοινωνική του σφαίρα, δηλαδή το χώρο της δημοσιότητας, όπου προστατεύεται μόνο το συμφέρον διατήρησης της ανωνυμίας του.

Κρατούσα άποψη¹⁵¹ περί της λειτουργίας των αποδεικτικών απαγορεύσεων στην ποινική δίκη είναι αυτή που δέχεται ότι οι αποδεικτικές απαγορεύσεις κατατείνουν προεχόντως στην προστασία των ατομικών δικαιωμάτων, ενίοτε όμως θάλπουν και έννομα αγαθά της κοινωνικής ολότητας ή ακόμα και του Κράτους¹⁵². Πράγματι σε ορισμένες περιπτώσεις ο νομοθέτης κρίνει ότι ορισμένα ατομικά ή κοινωνικά αγαθά έχουν τέτοια αξία, ώστε να επισκιάζεται η ανάγκη αναζητήσεως της ουσιαστικής αλήθειας. Ευλόγως η προστατευτική λειτουργία των αποδεικτικών απαγορεύσεων¹⁵³ αναπτύσσεται εντός του πλαισίου δράσης των κρατικών οργάνων, τα οποία στην προσπάθεια υλοποίησης των σκοπών της ποινικής δίκης θέτουν σε κίνδυνο καίριες εκφράσεις του περιεχομένου των θεμελιωδών δικαιωμάτων των υποκειμένων της ποινικής δίκης, προεξοχόντως του κατηγορουμένου. Ο λόγος θέσπισης των αποδεικτικών απαγορεύσεων έγκειται ως εκ τούτου στην νομοθετική αναγνώριση της υπεροχής ορισμένων αξιών έναντι της ανάγκης δικαστικής διερεύνησης της αλήθειας και πιο συγκεκριμένα έναντι της αξίας της αποτελεσματικής λειτουργίας της ποινικής δικαιοσύνης. Τα ανωτέρω συνοψίζονται στην εύλογη απαίτηση περί μη δικαστικής αξιοποίησης όλων εκείνων των αποδεικτικών στοιχείων επί των οποίων υφίσταται αναγνωρισμένο δικαίωμα διαφύλαξής τους¹⁵⁴.

¹⁵¹ Βλ. Α. Κωστάρα, Αγιάζει ο σκοπός τα μέσα στην ποινική δίκη; ή η ποινική αξιολόγηση των παράνομα αποκτημένων ή παράνομα χρησιμοποιούμενων αποδεικτικών στοιχείων ΕΕΝ 1984, σελ.174, Δ. Σπινέλλη, Αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική δίκη, ΠοινΧρ ΛΣΤ, σελ. 878, Ν. Δημητράτο, Περί των αποδεικτικών απαγορεύσεων στην ποινική δίκη, εκδ. Σάκκουλα 1992, σελ.31 και Α. Τζαννετή, ο.π., ΠοινΧρ 1995, σελ.5.

¹⁵² Βλ. και διάταξη α.212 ΚΠΔ όπου η εν λόγω αποδεικτική απαγόρευση αποσκοπεί στην εμπέδωση της εμπιστοσύνης του κοινού σε ορισμένα εγκλήματα. Αναλυτικότερα περί αυτής βλ. Α. Κωνσταντινίδη, Καθήκον μαρτυρίας και επαγγελματικό απόρρητό στην ποινική δίκη, Τεύχος Β' (1991), σελ.13 επ.

¹⁵³ Βλ. Ν. Δημητράτο, ο.π., σελ.32 επ. ο οποίος αναφέρει ότι η ratio της διατάξεως είναι στη πραγματικότητα η προστασία της ελευθερίας αποφάσεως και ενέργειας της βουλήσεως (Willensentschließung und Willensbetätigung) ως ουσιαστών συστατικών του δικαιώματος της προσωπικότητας.

¹⁵⁴ Βλ. Θ. Δαλακούρα, ο.π., ΠοινΧρΜΣΤ, σελ.327 επ. την κριτική περί των προληπτικών θεωριών και συγκεκριμένα την επισήμανση του ότι αφενός αυτές πρεσβεύουν μια γενική απαγόρευση αξιοποίησης κάθε παράνομα αποκτηθέντος αποδεικτικού μέσου με αποτέλεσμα να προσδίδουν στις αποδεικτικές απαγορεύσεις ασυμβίβαστη με τη φύση τους λειτουργία ως μέσων προάσπισης των ποινικών κανόνων και αφετέρου τη χρησιμότητα και τη δυνατότητα αξιοποίησης αυτών μόνον στις

Οι κατά καιρούς διατυπωμένες θεωρίες προς τους σκοπούς και την λειτουργία των αποδεικτικών απαγορεύσεων όπως η θεωρία του ενδίκου μέσου, της διατηρήσεως της καθαρότητας της ποινικής διαδικασίας, η θεωρία του ειδικοπροληπτικού σκοπού, του γενικοπροληπτικού σκοπού¹⁵⁵, της ανευρέσεως της αλήθειας, η θεωρία της πειθαρχικής επενέργειας¹⁵⁶ δεν μπόρεσαν να θεωρηθούν πειστικές και να συμβαδίσουν με την μορφή και τη δομή λειτουργίας του δικονομικού μας συστήματος.

Ειδικότερα περί της θεωρίας της πειθαρχικής επενέργειας¹⁵⁷ – δεσπόζουσας στον αμερικανικό ποινικό δικονομικό σύστημα – αυτή ανάγει σε ratio των αποδεικτικών απαγορεύσεων τον συνετισμό και την αποτροπή των ανακριτικών οργάνων από παραβάσεις κατά τη συλλογή των αποδείξεων. Πέραν της παραδοχής του διαφορετικού ρόλου που κατέχει η πολιτειακή εξουσία κατά τη διαδικασία απονομής της δικαιοσύνης μεταξύ αμερικάνικου¹⁵⁸ και ευρωπαϊκού – ιδιαιτέρως γερμανικού και ελληνικού – συστήματος, η αποδοχή της αναγκαιότητας συνετισμού των διωκτικών αρχών και η αναγωγή αυτής σε αυτοσκοπό του θεσμού των αποδεικτικών απαγορεύσεων δεν μπορεί να γίνει δεκτή στο ημέτερο ποινικοδικονομικό σύστημα.

περιπτώσεις είτε προσβολών της ανθρωπίνης αξίας και του πυρήνα των ατομικών δικαιωμάτων, είτε άλλων σημαντικών δικονομικών παραβάσεων.

¹⁵⁵ Βλ. Θ. Δαλακούρα, ο.π., ΠοινΧρΜΣΤ σελ.329 επ.

¹⁵⁶ Βλ. αυτές σε Ν. Δημητράτο, ό.π., σελ.34 επ. με περαιτέρω παραπομπές αυτού για την ανάπτυξη των εν λόγω θεωριών στην γερμανική βιβλιογραφία.

¹⁵⁷ Βλ. Γ. Καμίνη, Παράνομα αποδεικτικά μέσα και συνταγματική κατοχύρωση των ατομικών δικαιωμάτων Οι αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική και την πολιτική δίκη, εκδ. Σάκκουλας, 1998 σελ.54.

¹⁵⁸ Βλ. Ν. Δημητράτο, ό.π., σελ.25 επ. ο οποίος αναλύει την λειτουργία των αποδεικτικών απαγορεύσεων στο αμερικάνικο δικονομικό σύστημα και συγκεκριμένα την αναφορά α) στο σύστημα αντιδικίας που επικρατεί εκεί και την αντίληψη της αντιδικίας ως μια διαρκούς μονομαχίας μεταξύ δύο μέρων της εισαγγελικής αρχής αφενός και της υπερασπίσεως του κατηγορουμένου αφετέρου β) της υποχρέωσης των αντιμαχόμενων μερών για σεβασμό στην αρχή του τίμιου παιχνιδιού, της τίμιας δίκης (fair trial), της ακεραιότητας (integrity) της διαδικασίας με άμεση συνέπεια τη παραδοχή ότι τυχόν παραβάσεις των συνταγματικών διατάξεων εκ μέρους των διωκτικών αρχών προσβάλλουν τους όρους που εγγυώνται την ορθή διεξαγωγή αυτού του αγώνα γ) και τέλος την αναφορά στην φράση «ότι τίποτα δεν είναι σε θέση να καταστρέψει μια πολιτειακή εξουσία γρηγορότερα «από την αποτυχία της να σεβασθεί τους κανόνες που η ίδια έχει θέσει» (Mapp v. Ohio, 367 U.S 643,659, 1961).

Συγκεκριμένα μια τέτοια θεώρηση θα συνεπαγόταν ουσιαστικά έναν *συμψηφισμό* των παραβάσεων του δράστη με εκείνες των κρατικών οργάνων. Όμως στο πλαίσιο του ευρωπαϊκού δικονομικού συστήματος το άδικο του δράστη και οι παραβάσεις των δικωκτικών οργάνων κατά τη συλλογή του αποδεικτικού υλικού δεν επιδέχονται συνυπολογισμού καθώς ανάμεσα τους απουσιάζει οποιαδήποτε μορφή εσωτερικής συνάφειας¹⁵⁹. Ορθώς λοιπόν έχει λεχθεί ότι η αποδοχής της εν λόγω θεωρίας πέραν της υπεραπλούστευσης που οδηγεί αναφορικά με την δικονομική παρατυπία, αφού δεν λαμβάνεται υπόψη ούτε το είδος και η βαρύτητά της, ούτε η επίδρασή της στη συλλογή του αποδεικτικού υλικού, δεν μπορεί να βρει πεδίο εφαρμογής στο χώρο των ανεξάρτητων αποδεικτικών απαγορεύσεων, αφού για την εφαρμογή της προϋποθέτει υποχρεωτικώς την ύπαρξη μιας παράβασης και μάλιστα εκ μέρους μόνον των κρατικών οργάνων κατά την απόκτηση του αποδεικτικού μέσου¹⁶⁰.

Συνεπώς καταλήγοντας, η ανακάλυψη της αλήθειας και μόνο στην ποινική δίκη δεν αποτελεί μία απόλυτη αξία με αυτόνομο και αυθύπαρκτο περιεχόμενο, καθώς τόσο η ποινική δίκη όσο και ευρύτερα το δικαιοσύνη αποτελεί επιμέρους έκφραση και βασική συνιστώσα του Κράτους Δικαίου¹⁶¹. Εντός αυτού του πλαισίου λοιπόν οι αποδεικτικές απαγορεύσεις λειτουργούν ως δικλείδες ασφαλείας στα ενδεχόμενα υπερβάσεων και αυθαιρεσιών εκ μέρους της πολιτειακής εξουσίας κατά την άσκηση και την λειτουργία της ποινικής καταστολής¹⁶². Κατά συνέπεια η συμμόρφωση, ο συνετισμός των δικωκτικών οργάνων και η αποτροπή μελλοντικών παραβάσεων από αυτούς μπορούν να εκληφθούν μόνον ως απλός αντικατοπτρισμός, ήτοι ως ουσιαστική αντανάκλαση των απαγορεύσεων αξιοποίησης των αποδείξεων¹⁶³. Εν τέλει μόνον η αδήριτη

¹⁵⁹ Βλ. *N. Δημητράτο*, ό.π., σελ.36 επ.

¹⁶⁰ Βλ. *Θ. Δαλακούρα*, ο.π., ΠοινΧρΜΣΤ σελ.330 επ.

¹⁶¹ Βλ. *N. Δημητράτο*, ό.π., σελ.36 επ.

¹⁶² Βλ. *N. Δημητράτο*, ό.π., σελ.48 επ. και σελ.38 ο οποίος αναφέρει ότι αυτός ο κίνδυνος κρατικής αυθαιρεσίας τελικά ενυπάρχει εν σπέρματι σε κάθε μορφή πολιτειακής εξουσίας, ανεξαρτήτως του συγκεκριμένου εκάστοτε συστήματος κοινωνικοπολιτικής αναπτύξεως.

¹⁶³ Βλ. *N. Δημητράτο*, ό.π., σελ.36 επ. και *Θ. Δαλακούρα*, ο.π., ΠοινΧρΜΣΤ σελ.330 επ.

ανάγκη προστασίας των θεμελιωδών συνταγματικών δικαιωμάτων στο πλαίσιο των εντάσεων που λαμβάνει χώρα η ποινική δίκη μπορεί να αποτελέσει τον ουσιαστικά δικαιολογητικό λόγο της ύπαρξης και της λειτουργίας των αποδεικτικών απαγορεύσεων.

4. Η αποδεικτική απαγόρευση αξιοποίησης του α.19 παρ.3 του Συντάγματος.

Έχοντας προβεί στους αναγκαίους προσδιορισμούς της έννοιας, των βασικών διακρίσεων και της ratio των αποδεικτικών απαγορεύσεων θα επιχειρηθεί η κριτική προσέγγιση του α.19 παρ.3 του Σ., όπως αυτή προστέθηκε με την τελευταία Αναθεώρηση του 2001 και θα αναπτυχθεί η επιρροή που αυτή ασκεί στην αποδεικτική και κατ' επέκταση συνολικά στην ποινική διαδικασία. Αφετηριακά δέον να διευκρινισθεί ότι στην εν λόγω ενότητα θα αναπτυχθούν οι περιπτώσεις κτήσης αποδεικτικών μέσων κατά παράβαση του α.19 παρ.1 του Σ. (παράνομα αποδεικτικά μέσα¹⁶⁴) τα οποία διακρίνονται από την περίπτωση του α.5 παρ. 10 του Ν 2225/1994, η οποία αφορά θεσπισμένη απαγόρευση αξιοποίησης του νομίμως αποκτηθέντος αποδεικτικού υλικού. Ως παράνομα αποδεικτικά μέσα της διάταξης του α.19 παρ.3 Σ λοιπόν, νοούνται αυτά που αποκτήθηκαν εκτός του πλαισίου που ορίζει το α.19 παρ.1 εδ. β' σχετικά με την άρση του απορρήτου από την δικαστική αρχή για λόγους εθνικής ασφάλειας ή για την διακρίβωση ιδιαίτερων σοβαρών εγκλημάτων¹⁶⁵.

Με την εισαγωγή της εν λόγω διατάξεως προκύπτει ότι αν κριθεί ότι παραβιάστηκε είτε το α.19 είτε το α.9 ή 9Α, αυτόματα αποκλείεται η χρησιμοποίηση του αποδεικτικού μέσου στην ποινική και σε οποιαδήποτε άλλη δίκη. Η διάταξη

¹⁶⁴ Βλ. Σ. Ορφανουδάκη, Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη Από την νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση, εκδ. Σάκκουλας 2003, σελ.153, ο οποίος επισημαίνει ότι στην έννοια των παράνομων αποδεικτικών μέσων στην ποινική δίκη στεγάζονται τόσο αυτά που είναι προϊόντα εγκλήματος όσο και εκείνα που αντιτίθεται σε κάποιο απαγορευτικό ή επιτακτικό δικαιοκάνονα ο οποίος δεν συνεπάγεται ποινική κύρωση.

¹⁶⁵ Βλ. Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα, Χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων και δικαίωμα υπεράσπισης του κατηγορουμένου Η αποδεικτική απαγόρευση του άρθρου 19 παράγραφος 3 του αναθεωρηθέντος Συντάγματος εκδ. Σάκκουλα 2003,σελ.81.

λοιπόν αυτή εισάγει μια αποσπασματική, ρητά προβλεπόμενη, συνταγματική, κατ' αρχήν απόλυτη, εξαρτημένη αποδεικτική απαγόρευση αξιοποίησης των αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί με αντισυνταγματικό τρόπο¹⁶⁶¹⁶⁷. Καθένα από τα ανωτέρω στοιχεία που αποκρυσταλλώνουν τα χαρακτηριστικά της υπό εξέτασης αποδεικτικής απαγόρευσης χρήζουν ανάλυσης για την ευχερέστερη κατανόηση του ρόλου που επιτελεί σε περίπτωση που τεθεί σε εφαρμογή.

Ο αποσπασματικός χαρακτήρας της διάταξης

Ο αποσπασματικός χαρακτήρας αυτής έγκειται στη επιλογή του συνταγματικού νομοθέτη να καταστήσει ως απαγορευμένα αξιοποίησης εκείνα μόνον τα αποδεικτικά μέσα που έχουν αποκτηθεί με αντισυνταγματικό τρόπο, παραβιάζοντας τις διατάξεις των α. 9, 9Α, και 19 Σ και όχι φερ' ειπείν εκείνα που έχουν αποκτηθεί προσβάλλοντας την ανθρώπινη αξιοπρέπεια (α.7 παρ.2 Σ.) ή την προσωπική ελευθερία (α. 5 παρ 3. Σ). Ορθώς έχει υποστηριχθεί ότι η ανωτέρω συνταγματική επιλογή δεν μπορεί να κριθεί ορθή ούτε από την σκοπιά της συνταγματικής πολιτικής ούτε από αυτή της αναθεωρητικής τεχνικής¹⁶⁸. Αρκεί ένας εξ' αντιδιαστολής υποθετικός συλλογισμός για να καταστεί κατανοητή η μη ορθότητα της ανωτέρω επιλογής: θα μπορούσε δηλαδή από την ανωτέρω συνταγματική διατύπωση να υποτεθεί και να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η παράνομη κατά παράβαση άλλων συνταγματικών διατάξεων (λ.χ. δικαίωμα ζωής ή προσωπικής ακεραιότητας), συντελούμενη κτήση, δεν θα εμπόδιζε από συνταγματικής σκοπιάς άνευ άλλου τινός τη χρήση των λοιπών αποδεικτικών μέσων, δηλαδή αυτών που δεν εμπίπτουν στην απαγόρευση του α.19 παρ.3 Σ.

¹⁶⁶ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π. σελ 79.

¹⁶⁷ Βλ. Α. Χαραλαμπίκη, Το αξιόποιο των υποκλοπών και η δικονομική μεταχείριση του προϊόντος τους, ΝοΒ τομ.50, σελ.1072 όπου σημειώνει ότι «η διαφύλαξη στον υπέρτατο δυνατό βαθμό του απορρήτου της επικοινωνίας και γενικότερα του ιδιωτικού βίου αποτελεί το πρώτιστο μέλημα της Πολιτείας καθότι εδώ προστατεύεται το θεμελιώδες έννομο αγαθό συνταγματικά κατοχυρωμένο που αγγίζει το πυρήνα της επίσης συνταγματικά κατοχυρωμένης ανθρώπινης αξιοπρέπειας, θεμελιώδους λίθου του σύγχρονου πολιτισμού».

¹⁶⁸ Βλ. Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα, ο.π.,σελ.105.

Η εν λόγω αναθεωρητική επιλογή δηλαδή προκαλεί την εντύπωση ότι ο αναθεωρητικός νομοθέτης επιφυλάσσει προνομιακή μεταχείριση και δίδει ένα προβάδισμα σε ορισμένα μόνο δικαιώματα παραγνωρίζοντας την απόλυτη προστασία που εγγυάται το Σύνταγμα σε άλλα δικαιώματα ή έννομα αγαθά όπως λ.χ. η απόλυτη προστασία της ζωής, της τιμής, της ελευθερίας (α. 5). Είναι προφανώς παράδοξο να εισάγεται μια βαρύνουσα πρακτικής σημασίας απόλυτη απαγόρευση αποδεικτικής αξιοποίησης που προκύπτει π.χ. από τη παράνομη χρήση οπτικοακουστικών μέσων και να μη εντοπίζεται μια αντίστοιχη απόλυτου χαρακτήρα απαγόρευση αξιοποίησης για την περίπτωση των βασανιστηρίων¹⁶⁹. Τα ανωτέρω επιβεβαιώνονται και από την παραδοχή ότι τα συνταγματικά ατομικά δικαιώματα οφείλονται να εξετάζονται όχι γενικά και αφηρημένα αλλά στο πλαίσιο της συνταγματικής τους αλληλουχίας¹⁷⁰.

Ο ρητά προβλεπόμενος και συνταγματικός χαρακτήρας της διάταξης

Η αποδεικτική αυτή απαγόρευση ρυθμίζεται εξ' ολοκλήρου από τον συνταγματικό νομοθέτη με άμεσο επακόλουθο να μη καταλείπεται στον κοινό νομοθέτη κανένα ρυθμιστικό πεδίο, ούτε στο δικαστή¹⁷¹, καμία δυνατότητα στάθμισης, προκειμένου να εξετάσει τη συνδρομή της δικονομικής αυτής κύρωσης ως ερμηνευτικά συναγόμενης σε κάθε *in concreto* περίπτωση¹⁷². Αυτή η ρύθμιση που έχει χαρακτηριστεί ως «*πανευρωπαϊκή ίσως δε και παγκόσμια πρωτοτυπία*»¹⁷³

¹⁶⁹ Βλ. Ν. Ανδρουλάκη, σε Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα, ο.π., σελ.9.

¹⁷⁰ Βλ. Σ. Ορφανουδάκη, ο.π., υποσ. 319, σελ.158 με περαιτέρω παραπομπή σε Δαγτόγλου, Ατομικά Δικαιώματα Α', ο.π., σελ.109.

¹⁷¹ Βλ. Χ. Σατλάνη, Η μαγνητοταινία ως αποδεικτικό μέσο στη ποινική δίκη (συγχρόνως μια συνεισφορά στη δογματική των αποδεικτικών απαγορεύσεων), εκδ. Σάκκουλα 1996, σελ.61 ο οποίος αναφέρει την ανάγκη παροχής δικονομικής δυνατότητας για βελτιωτική επέμβαση του δικαστή στις ποινικοδικονομικές ρυθμίσεις, η οποία μπορεί να έχει ως συνέπεια και μια *contra legem* ερμηνεία του νόμου που όμως θα εναρμονίζεται με την ιδέα της ελεύθερης ερμηνείας και περαιτέρω διάπλασης του ποινικού δικονομικού δικαίου.

¹⁷² Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π.,σελ.80.

¹⁷³ Κατά την έκφραση της Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα, ό.π. σελ.150 και υποσ.158 και τις αναφορές αυτής στο Σύνταγμα της Πορτογαλίας, το Σύνταγμα της Τουρκίας και τον Καναδικό Χάρτη των Δικαιωμάτων και των Ελευθεριών (1982) και Δ. Γιαννουλόπουλος, Κάποιες σκέψεις σχετικά με το φαινόμενο της χρήσης παρανόμως αποκτηθεισών μαγνητοταινιών σε τηλεοπτικές εκπομπές, ΠoinΔικ 2005, υποσ.25 σελ.220 επ.

φαίνεται να διεισδύει και να οικειοποιείται έναν χώρο, η ρευστότητα του οποίου και η σχέση έντασης¹⁷⁴ που αναπτύσσεται εντός αυτού – μεταξύ της αναζήτησης της ουσιαστικής αλήθειας και της ανάγκης προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων – δέον να επαφίεται στον κοινό νομοθέτη¹⁷⁵ και στις σταθμιστικές διεργασίες του εκάστοτε δικαστή. Αναντίρρητα η ρητή συνταγματική πρόβλεψη της απαγόρευσης αξιοποίησης αποδεικτικών μέσων προκαλεί ιδιαίτερη δυσκαμψία σ' ένα κατεξοχήν ολισθηρό έδαφος¹⁷⁶ όπως είναι αυτό του δικαίου της απόδειξης με ιδιαιτέρως σοβαρές επιπτώσεις και ελάχιστα περιθώρια διακριτικής ευχέρειας για την δικανική κρίση.

Ο απόλυτος χαρακτήρας της απαγόρευσης

Αδιαμφισβήτητα, εκκινώντας από την γραμματική διατύπωση της διάταξης προκύπτει ότι πρόκειται για μια απόλυτη απαγόρευση δεδομένου ότι το ίδιο το άρθρο 19 παρ.3 Σ δεν εισάγει κάποια εξαίρεση. Με τον τρόπο αυτό ο αναθεωρητικός νομοθέτης κατέστησε σαφή τη θέση του ότι δεν επιθυμεί να εκχωρήσει στο δικαστή τη στάθμιση σε περίπτωση σύγκρουσης ατομικών δικαιωμάτων που περιγράφονται στη διάταξη με άλλα συνταγματικά δικαιώματα ή υποχρεώσεις ιδιωτών ή κυρίως του Κράτους. Πρόκειται δηλαδή για ανεπιφύλακτη και απόλυτη¹⁷⁷ διατύπωση που δεν αφήνει κατ' αρχήν πεδίο εξαιρέσεων¹⁷⁸ και έχει

¹⁷⁴ Βλ. Χ. Σατλάνη, ο.π. σελ.53 όπου και αυτός κάνει λόγο για *σχέση εντάσεων* ανάμεσα στην αποστολή του κράτους για αποτελεσματική καταπολέμηση του εγκλήματος και στην αξίωση του ατόμου για ανάγκη προστασίας απέναντι στην κρατική εξουσία.

¹⁷⁵ Βλ. Ν. Ανδρουλάκη, σε Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα, ο.π., σελ.9.

¹⁷⁶ Βλ. Ν. Ανδρουλάκη, σε Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα, ο.π., σελ.9.

¹⁷⁷ Βλ. Γ. Καμίνη, Το πρόβλημα των παράνομων αποδεικτικών μέσων στην ποινική διαδικασία μετά την αναθεώρηση του α.19 του Συντάγματος, Τιμ.Τομ. για τον Ι. Μανωλεδάκη Δημοκρατία – Ελευθερία – Ασφάλεια, εκδ. Σάκκουλα 2005, υποσ.11, σελ.341 επ. όπου αναφέρονται οι αντιδράσεις κάποιων βουλευτών κυρίως της Άννας Μπενάκη – Ψαρούδα και του Αναστάσιου Μαντέλη παρά την ψήφιση αυτής χωρίς πρόβλεψη εξαίρεσης ή επιφύλαξη νόμου και περαιτέρω παραπομπή σε Πρακτικά των Συνεδριάσεων και Έκθεση της Επιτροπής Αναθεώρησης του Συντάγματος, Ζ' Αναθεωρητική Βουλή των Ελλήνων, Περίοδος Ι' Σύνοδος Α', σελ.223 – 225 καθώς και τα Πρακτικά της Συνεδρίασης ΣΤ' της Ολομέλειας (24 Ιανουρίου 2001), σελ.4084 και 4087.

¹⁷⁸ Βλ. σε Κ. Χρυσόγονο, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, 2^η έκδοση, αναθεωρημένη και συμπληρωμένη, εκδ. Σάκκουλα, 2002, σελ.245 την άποψη περί αντίληψης της διάταξης ως μερική έκφραση της γενικής αρχής σύμφωνα με την οποία απαγορεύεται η χρήση αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί με αντισυνταγματικό τρόπο και κριτική Χ. Νάνιτου, ο.π.,σελ.82 βάσει της οποίας η

άμεση εφαρμογή¹⁷⁹ στην εσωτερική έννομη τάξη. Ο απόλυτος χαρακτήρας της απαγόρευσης και η εισαγωγή κανόνα άμεσου εφαρμογής κατατείνει στην παραδοχή, πρώτον ότι η εν λόγω αποδεικτική απαγόρευση υπερισχύει έναντι οποιασδήποτε αντίθετης ρύθμισης¹⁸⁰ του κοινού νομοθέτη και δεύτερον ότι ασκεί βαρύνουσα επιρροή κατά την ερμηνεία άλλων διατάξεων αφού αποτελεί δικονομική διάταξη περιβεβλημένη με συνταγματικό κύρος¹⁸¹.

Η ένταξή της στην κατηγορία των εξαρτημένων αποδεικτικών απαγορεύσεων αξιοποίησης

Από τη γραμματική διατύπωση της διάταξης προκύπτει ότι η απαγόρευση που εισάγεται με το α.19 παρ.3 αποτελεί αποδεικτική απαγόρευση αξιοποίησης καθώς με τον όρο «χρήση»¹⁸², νοείται η «λήψη υπόψη» του αποδεικτικού αυτού υλικού από τα όργανα του κράτους κατά αντισυνταγματικό τρόπο. Επιπλέον η υπό εξέταση αποδεικτική απαγόρευση εντάσσεται στην κατηγορία των εξαρτημένων¹⁸³

ύπαρξη γενικής αρχής θα καταργούσε όλη την προβληματική που έχει αναπτυχθεί στην ελληνική και στις αλλοδαπές έννομες τάξεις και αφορά στην εξέταση των ερμηνευτικά συναγόμενων απαγορεύσεων αξιοποίησης.

¹⁷⁹ Βλ. *Ε. Βενιζέλο*, ό.π., σελ.148 όπου αναφέρει ότι ο κανόνας της παραγράφου 3 του α.19 είναι κανονιστικά πλήρης και άμεσης εφαρμογής ισχύει δε στο πλαίσιο όλων δικαστικών ή διοικητικών διαδικασιών και εισάγεται απευθείας στο σύστημα όλων των δικονομικών κωδίκων (Κ.Πολ.Δ., Κ.Π.Δ., Κ.Δ.Δ., κ.ο.κ) ή άλλων των δικονομικών νόμων και στο σύστημα του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας ή οποιουδήποτε άλλου νόμου.

¹⁸⁰ Βλ. *Κ. Χρυσόγονο*, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, 2η έκδοση, ο.π., σελ.245 «η απαγόρευση είναι άμεσα εφαρμόσιμη και παραμερίζει κάθε αντίθετη διάταξη νόμου».

¹⁸¹ Βλ. *Χ. Νάιντο*, ο.π., σελ.82.

¹⁸² Βλ. *Χ. Νάιντο*, ο.π., σελ.82, ο οποίος επισημαίνει ότι ο όρος «χρήση» εν προκειμένω ταυτίζεται με τον όρο αξιοποίηση με την ευρεία έννοια, δηλαδή την αξιοποίηση που περιλαμβάνει και τα παράγωγα αποδεικτικά μέσα με το επιχείρημα ότι διαφορετικά η προνομιακή προστασία των εν λόγω δικαιωμάτων θα ακυρωνόταν, αν επιτρεπόταν στις διωκτικές αρχές να νομιμοποιήσουν ουσιαστικά τα ευρήματα που συνδέονται με την αρχική παραβίαση του Συντάγματος με την αναζήτηση και εξεύρεση παράγωγων αποδεικτικών μέσων.

¹⁸³ Βλ. *Μ. Καϊάφα Γκμπάντι*, Μοντέλα επιτήρησης στο κράτος ασφάλειας στην δίκαιη ποινική δίκη, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ.14 επ. και την επισήμανση της ότι η εν λόγω αποδεικτική απαγόρευση χαρακτηρίζεται από μια αυστηρότερη θεώρηση της έννοιας της ποινικής δίκης από αυτή που προωθεί η συλλογιστική της συνολικής εκτίμησης του ΕΔΔΑ (overall fairness). «Απαγορεύει έτσι να χρησιμοποιηθεί ήδη σε πρώτη φάση στην ποινική δίκη ένα αποδεικτικό μέσο που αποκτήθηκε κατά παράβαση της συνταγματικής προστασίας συγκεκριμένων ατομικών δικαιωμάτων, θεωρώντας ότι για να είναι δίκαιη η δίκη πρέπει να μη βαρύνεται με αποδεικτικά μέσα που φέρουν το στίγμα της αντισυνταγματικής προσβολής ατομικών δικαιωμάτων και δεν φτάνει να εμφανίζεται δίκαιη στο πλαίσιο μιας συνολικής εκτίμησης των επιμέρους φάσεων της στις οποίες μπορεί να μετριάσει π.χ. η επίδραση της αρχικής παρανομίας στα δικαιώματα του κατηγορουμένου».

απαγορεύσεων, καθώς η απαγόρευση χρήσης του αποδεικτικού μέσου εξαρτάται από την προηγούμενη κατάφαση της παράβασης απαγόρευσης απόκτησης των άρθρων 9, 9Α, και 19Σ¹⁸⁴.

Σ' αυτό το σημείο εντοπίζεται ήδη μία ακόμη πτυχή της εσφαλμένης επιλογής του συνταγματικού Νομοθέτη, να οικειοποιηθεί της διαδικασίας τυποποίησης μιας εξαρτημένης απαγόρευσης αξιοποίησης. Όπως προελέχθη οι ανεξάρτητες απαγορεύσεις αξιοποίησης ονομάζονται και συνταγματικές ακριβώς επειδή η κατάφαση τους δεν ενεργοποιείται από την παραβίαση διατάξεων της Ποινικής δικονομίας αλλά επειδή η ίδια η αξιοποίηση συνιστά αυτοτελή – ad hoc – προσβολή των συνταγματικών δικαιωμάτων. Ο έλληνας αναθεωρητικός νομοθέτης όμως στην προκειμένη περίπτωση επέλεξε να τυποποιήσει στο ίδιο το Σύνταγμα μια εξαρτημένη απαγόρευση αξιοποίησης, αντιμετωπίζοντας το τελευταίο, ως σαν τον Κ.Π.Δ¹⁸⁵ και αντιβαίνοντας στις βασικές διακρίσεις των αποδεικτικών απαγορεύσεων και στην νοηματοδότηση που αυτές προσδίδουν στις εκάστοτε διατάξεις.

5. Η περίπτωση των παράγωγων ή εμμέσως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων εν σχέσει με το α.19 παρ.3 του Συντάγματος

Ι. Βασικές επισημάνσεις επί της προβληματικής των παράγωγων ή εμμέσως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων

Έχοντας αναλύσει τα βασικά χαρακτηριστικά της απαγόρευσης αξιοποίησης που εισάγει η διάταξη του α.19 παρ. 3 του Σ., από την θεματική ενότητα των αποδεικτικών απαγορεύσεων, δεν θα μπορούσε να παραληφθεί η κατηγορία που

¹⁸⁴ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.82 ο οποίος επισημαίνει ότι θα επρόκειτο για ανεξάρτητη απαγόρευση αξιοποίησης αν δεν περιλαμβανόταν η φράση «που έχουν αποκτηθεί».

¹⁸⁵ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π.,σελ.515 ο οποίος αναφέρει ότι παρά το γεγονός ότι πλέον γίνεται δεκτό ότι η προσβολή συνταγματικών δικαιωμάτων των α.9, 9Α και 19 Σ οδηγεί μόνο σε εξαρτημένες απαγορεύσεις αξιοποίησης μέσω του α.19 παρ.3 Σ, δεν αποκλείεται η αξιοποίηση του συλλεγέντος αποδεικτικού υλικού να αντίκειται αυτοτελώς στα α.9, 9Α και 19 Σ., όπως για παράδειγμα όταν η αξιοποίηση αφορά ευαίσθητα προσωπικά δεδομένα που κατασχέθηκαν, χωρίς να παραβιαστούν οι διατάξεις της ποινικής δικονομίας.

αφορά τα «παράγωγα» ή άλλως «έμμεσα» ή «εμμέσως αποκτηθέντα» αποδεικτικά μέσα (: «mittelbar erlangte Beweismittel»). Πρόκειται για τα αποδεικτικά μέσα τα οποία συνδέονται με το κομβικό και αμφιλεγόμενο ζήτημα της έκτασης των απαγορεύσεων αξιοποίησης. Ερωτάται εν προκειμένω αν θα αναγνωριστεί στις απαγορεύσεις αξιοποίησης μία «απώτερη επενέργεια» (: «Fernwirkung») έτσι ώστε να αποκλείεται και η αξιοποίηση των λεγόμενων έμμεσων ή παραγώγων αποδεικτικών μέσων. Δέον να επισημανθεί εξ αρχής προς διασαφήνιση ότι τα έμμεσα ή παράγωγα αποδεικτικά μέσα προκύπτουν με σχέση αιτιότητας¹⁸⁶ από τα άμεσα ή πρωτογενή και όχι από τη παραβίαση του αρχικού κανόνα συλλογής αποδείξεων.

Στο αγγλοσαξωνικό δίκαιο για τα παράγωγα αποδεικτικά μέσα διατυπώθηκε το δόγμα των «καρπών του δηλητηριώδους δένδρου» (: «fruit of the poisonous tree doctrine»)¹⁸⁷, σύμφωνα με το οποίο οι αποδεικτικές απαγορεύσεις αξιοποίησης εκπέμπουν ευρύτερη ακτινοβολία εκτεινόμενες ακόμα και στα παράγωγα αποδεικτικά μέσα¹⁸⁸. Έτσι, το Ανώτατο Δικαστήριο των ΗΠΑ αποκλείει τη χρησιμοποίηση όσων αποδείξεων προέκυψαν από έρευνες ή κατασχέσεις που έγιναν παράνομα. Ως ratio αυτών των «exclusionary rules» αναφέρονται, αφενός μεν η λειτουργία τους ως μέσων εκφοβισμού και αποτροπής των ανακριτικών υπαλλήλων από παραβάσεις των προστατευτικών για τους πολίτες διατάξεων, αφετέρου δε το ηθικά απαράδεκτο της στήριξης μιας καταδίκης στην παρανομία¹⁸⁹.

Κυρίως στο γερμανικό αλλά και στον ελληνικό χώρο, υπό την επιρροή του ανωτέρω «δόγματός των καρπών του δηλητηριώδους δένδρου», αναπτύχθηκε για την περίπτωση των παραγώγων αποδεικτικών μέσων η θεωρία της «απώτερης

¹⁸⁶ Βλ. Δ. Σπινέλλη, ο.π., ΠοινΧρ 1986,σελ.885 όπου κάνει λόγο για αιτιώδη σύνδεσμο («συνδέονται αιτιώδως») ομοίως Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.571.

¹⁸⁷ Βλ. για αυτήν την θεωρία Ν. Δημητράτο, ο.π., σελ.56, 57, 60, Δ. Σπινέλλη, ο.π., ΠοινΧρ 1986, σελ.876, Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.568, Κρ. Κοκκινάκη, Προστασία των «Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα» και «Αποδεικτικές Απαγορεύσεις» στην Ποινική Δίκη, ΠοινΔικ 2000, σελ.756 επ.

¹⁸⁸ Βλ. Ενδεικτικά απόφαση Supreme Court *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 1920.

¹⁸⁹ Βλ. Α. Παπαδαμάκη, ο.π., ΠοινΔικ 2016, σελ. 449.

επενέργειας» που αναμφίβολα δίχασε θεωρία¹⁹⁰ και νομολογία. Σειρά επιχειρημάτων αναπτύχθηκε τόσο υπέρ όσο και κατά της αποδοχής του απώτερου αποτελέσματος των αποδεικτικών απαγορεύσεων. Εν συντομία τα βασικά επιχειρήματα που αναπτύχθηκαν υπέρ της απόρριψης της ήταν τα εξής: με την αποδοχή της υποστηρίχθηκε, ότι «νεκρώνεται» - παραλύει ολόκληρη η ποινική δίκη, ότι ένας τέτοιος περιορισμός των επιπτώσεων ενός δικονομικού σφάλματος είναι αναγκαίος για την αποτελεσματική καταπολέμηση του εγκλήματος, ειδάλως θα οδηγούμεθα στην «τυπική» αθώωση δραστών σοβαρών εγκλημάτων, ματαιώνοντας με αυτόν τον τρόπο την αντεγκληματική πολιτική¹⁹¹.

Στα ανωτέρω επιχειρήματα από την πλευρά των υποστηρικτών της αποδοχής του απώτερου αποτελέσματος αντετάχθη ότι: η «νέκρωση» αποτελεί εγγενές στοιχείο κάθε αποδεικτικής απαγόρευσης, ότι η απόδειξη της ενοχής του κατηγορουμένου παραμένει δυνατή με αποδεικτικά μέσα που αποκτήθηκαν ανεξάρτητα από την δικονομική παράβαση που συντελέστηκε¹⁹² και τέλος ότι η έκταση μιας απαγόρευσης αξιοποίησης δεν επιτρέπεται να καθορίζεται με βάση την απώλεια των αποδείξεων, διότι διαφορετικά θα ακυρωνόταν ολόκληρη η δογματική των αποδεικτικών απαγορεύσεων. Κυρίως όμως αυτό που υποστηρίχθηκε¹⁹³ και

¹⁹⁰ Βλ. Χ. Νάιντο σελ. 571 επ. με αναλυτικές αναφορές στην γερμανική νομολογία και θεωρία περί της αποδοχής της απώτερης επενέργειας.

¹⁹¹ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.572 επ., επιπλέον όπως επισημαίνει σε επίπεδο πρακτικής εφαρμογής εγέρθηκαν αμφιβολίες περί της δυνατότητας θεμελίωσης του απαιτούμενου αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ πρωτογενούς και παράγωγου αποδεικτικού μέσου, του σημείου μέχρι του οποίου εξικνείται η αλυσίδα των απαγορεύσεων και επιπλέον ετέθη εν αμφιβόλω η αξιοπιστία της εφαρμογής της υποθετικής αιτιότητας. Στα ανωτέρω προστίθεται και το επιχείρημα του ευφυούς εγκληματία· η περίπτωση αυτή αφορά τον ευφυή εγκληματία που προκαλεί ο ίδιος την παρεκτροπή των δικωτικών αρχών με αποτέλεσμα το σύνολο του αποδεικτικού υλικού να καλύπτεται από μία απαγόρευση αξιοποίησης και Α. Παπαδαμάκη, ο.π., ΠοινΔικ 2016 σελ. 449.

¹⁹² Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π. σελ.574 επ. υποσ. 37 ο οποίος αναφέρει ότι δεν πρόκειται για νέκρωση άλλα για επαναφορά στην αρχική αποδεικτική κατάσταση και τη διαπίστωση του Α. Τζαννετή, ο.π. ΠοινΧρ 1995, σελ.31, περί υπερεκτίμησης του ανωτέρω κινδύνου.

¹⁹³ Βλ. για λοιπά επιχειρήματα Χ. Νάιντο με περαιτέρω παραπομπές, ο.π., σελ 576 επ. κυρίως την επίκληση των ηθικών αξιολογήσεων περί προσβολής του Κράτους Δικαίου και περί της ανάγκης για ολοκληρωμένη προστατευτική δράση των απαγορεύσεων αξιοποίησης, και την παροχή κινήτρων καταστρατήγησης στα αστυνομικά όργανα για χρήση παράνομων αποδεικτικών μεθόδων και Χ. Σατλάνη, ο.π., σελ.20, ο οποίος εύστοχα επισημαίνει ότι «το Κράτος δεν επιτρέπεται από τη μια μεριά να διαπιστώνει συνταγματικές παραβιάσεις και από την άλλη να τις χρησιμοποιεί προς όφελος του».

χρήζει επισημάνσεως για όλη την προβληματική των εμμέσων αποδεικτικών μέσων αποτελεί το γεγονός ότι δεν δύναται να εντοπιστεί ουδέν σημείο που να διαφοροποιεί ποιοτικά και αξιολογικά τα άμεσο από το έμμεσο αποδεικτικό μέσο ώστε να χρήζουν διαφορετικής δικονομικής μεταχείρισης¹⁹⁴. Κύριο στοιχείο άλλωστε που καθίστα νομικό ανορθολογισμό την διαφορετική αντιμετώπιση τους και εξηγεί την ανωτέρω διαπίστωση είναι ότι βασικό αντικείμενο της απαγόρευσης αξιοποίησης αποτελεί σε κάθε περίπτωση η χρήση του περιεχομένου του παρανόμως κτηθέντος αποδεικτικού μέσου – αδιάφορα αν προέρχεται από άμεσο ή έμμεσο αποδεικτικό μέσο¹⁹⁵.

Αναντίρρητα ορθώς επεσημάνθη ότι δια της μη επεκτάσεως της απαγόρευσης στα παράγωγα αποδεικτικά μέσα, οι απαγορεύσεις απόκτησης θα καταστρατηγούνταν και θα παρέμεναν κενό γράμμα¹⁹⁶ με αποτέλεσμα να διανοίγεται μια κερκόπορτα δια της οποίας θα εισρέουν ακωλύτως και πλαγίως στην ποινική δίκη παράνομα αποδεικτικά στοιχεία με παραλλαγμένη μορφή¹⁹⁷. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι η επέκταση της απαγόρευσης στις έμμεσες αποδείξεις συνιστά τελεολογική αναγκαιότητα και οποιαδήποτε διαφοροποίηση μεταξύ άμεσων και έμμεσων αποδείξεων ελέγχεται ως αδικαιολόγητη.

Έχοντας διαπιστώσει την αναγκαιότητα αναγνώρισης της απώτερης επενέργειας των αποδεικτικών απαγορεύσεων αξιοποίησης, δεύτερο ακόλουθο

¹⁹⁴ Βλ. Ν. Δημητράτο, ο.π., σελ.59., όπου «ερωτάται λοιπόν τι είναι πράγματι εκείνο το οποίο θα μπορούσε να διαφοροποιήσει ποιοτικά και αξιολογικά το άμεσο από το έμμεσο αποδεικτικό στοιχείο», Σ. Παπαγεωργίου – Γονατά, ό.π., ΠοινΧρ 1989, σελ.563 ο οποίος επισημαίνει ότι «Τα ίδια κριτήρια που αναφέρθηκαν για την νομιμοποίηση της αξιοποίησης αυτών των αποδείξεων, που στηρίζονται κατά άμεσο τρόπο σε ένα παράνομο αποδεικτικό μέσο ισχύουν και για τις αποδείξεις εκείνες, που με έμμεσο τρόπο συνάγονται από το συναφές επιλήψιμο αποδεικτικό μέσο», Α. Τζαννετή, ο.π., ΠοινΧρ 1995, σελ.31., ο οποίος αναφέρει ότι «οποιαδήποτε διαφοροποίηση μεταξύ άμεσων και έμμεσων αποδείξεων ελέγχεται ως αδικαιολόγητη» και Δ. Σπινέλλη, ο.π., ΠοινΧρ 1986 σελ.885.

¹⁹⁵ Βλ. Ν. Δημητράτο, ο.π., σελ.51 – 62 και Σ. Παπαγεωργίου – Γονατά, ό.π., ΠοινΧρ 1989, σελ.563 ο οποίος αναφέρει ότι «αυτό που απαγορεύεται κάθε φορά είναι το περιεχόμενο του παράνομα κτηθέντος αποδεικτικού μέσου. Θα ήταν λάθος το απαγορευμένο αυτό περιεχόμενο να το εισαγάγει κανείς με άλλο τρόπο στην ποινική δίκη. Αλλιώς το αποτέλεσμα θα είναι πάντα το ίδιο: οι παράνομες ανακριτικοί μέθοδοι θα στρέφονται διαρκώς με επιτυχία».

¹⁹⁶ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.576.

¹⁹⁷ Βλ. Α. Τζαννετή, ο.π., ΠοινΧρ 1995, σελ.16.

ερώτημα προς απάντηση είναι το σε ποιες περιπτώσεις μια απαγόρευση αξιοποίησης θα αναπτύξει απώτερη επενέργεια και σε ποιες όχι.

Για την ανωτέρω προβληματική αναπτύχθηκαν δύο βασικές θεωρίες: η θεωρία του προστατευτικού σκοπού του κανόνα δικαίου και η θεωρία της στάθμισης. Κατά την πρώτη η λήψη υπόψη ενός παράγωγου αποδεικτικού μέσου συχνά ενισχύει την αρχική δικονομική παράβαση. Στις εξαρτημένες αποδεικτικές απαγορεύσεις ο προστατευτικός σκοπός της παραβιασθείσας απαγόρευσης απόκτησης υποσκάπτεται, αν η απαγόρευση περιοριστεί στα πρωτογενή αποδεικτικά μέσα¹⁹⁸. Κατ' αυτήν την θεωρία η αξιοποίηση μπορεί να γίνει κατ' εξαίρεση δεκτή αν το αποδεικτικό μέσο θα είχε αποκτηθεί ούτως ή άλλως με την νόμιμη διαδικασία (εναλλακτική νόμιμη διαδικασία).

Σ' αυτή τη θεωρία αμφισβήτηση εγείρεται αναφορικά με τις νομοθετικά θεσπισμένες απαγορεύσεις, όπως είναι και αυτή του α.19 παρ. 3 Σ. Κατά μία άποψη η απώτερη επενέργεια θα πρέπει να κριθεί και πάλι βάσει του προστατευτικού σκοπού της διάταξης και της δυνατότητας περί νόμιμης εναλλακτικής απόκτησης του αποδεικτικού μέσου¹⁹⁹, ενώ κατ' άλλη στις νομοθετικά θεσπισμένες απαγορεύσεις αξιοποίησης η απώτερη επενέργεια είναι δεδομένη με αποτέλεσμα να μη χωρούν υποθετικοί συλλογισμοί αφού όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται η υπόθεση αποτελεί μέρος του ζητήματος σχετικά με την δυνατότητα αξιοποίησης ενός αποδεικτικού μέσου και δεν μπορεί να τεθεί όταν ήδη είναι καθορισμένο ότι απαγορεύεται η αξιοποίηση²⁰⁰.

¹⁹⁸ Βλ. Α. Τζαννετή, ο.π., ΠοινΧρ 1995, σελ.16, ο οποίος επισημαίνει ότι «στις αποδεικτικές απαγορεύσεις, που πλήττουν απλώς την ιδιωτική σφαίρα του ατόμου μόνο το γεγονός ότι το αποδεικτικό μέσο είναι παράγωγο του πρωτογενούς αποδεικτικού υλικού δεν προσλαμβάνει καθ' εαυτό τέτοια βαρύτητα, ώστε να αντιστρέφει την κλίση της πλάστιγγας προς τη μεριά του συμφέροντος για την ανακάλυψη της ουσιαστικής αλήθειας».

¹⁹⁹ Βλ. Α. Τζαννετή, ο.π., ΠοινΧρ 1995, σελ.31 – 32 και Α. Παπαδαμάκη, ο.π., ΠοινΔικ 2016 σελ. 449 ο οποίος αναφέρει ότι με την διαδικασία αυτή κρίνεται ότι ένα παρανόμως κτηθέν αποδεικτικό μέσο επιτρέπεται να χρησιμοποιηθεί, αν μπορεί να αποδειχθεί ότι αυτό θα μπορούσε να αποκτηθεί με νόμιμο τρόπο.

²⁰⁰ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.581 με περαιτέρω παραπομπή σε S. Schröder, Hypothese, 1992, σελ.79.

Η δεύτερη επικρατούσα θεωρία είναι αυτή της *στάθμισης*, η οποία επιδιώκει να δώσει απάντηση στο ζήτημα της απώτερης επενέργειας βάσει σταθμιστικών κριτηρίων²⁰¹. Τα αντισταθμιζόμενα κριτήρια και σ' αυτή τη περίπτωση εντοπίζονται στη βαρύτητα της προσβολής των δικαιωμάτων και στο συμφέρον για κρατική δίωξη των εγκλημάτων. Η απώτερη επενέργεια των αποδεικτικών απαγορεύσεων αποτελεί τον κανόνα και σ' αυτήν την περίπτωση, ωστόσο στα υπό επίκληση κριτήρια συμπεριλαμβάνεται και η εναλλακτική δυνατότητα απόκτησης του παράγωγου αποδεικτικού μέσου²⁰². Φραγμό στην στάθμιση συνιστούν οι περιπτώσεις απόκτησης αποδείξεων με προσβολή της ανθρώπινης αξίας ή όταν πρόκειται για βαρύνουσα προσβολή συνταγματικών δικαιωμάτων, διαφορετική άλλωστε αντιμετώπιση θα προκαλούσε σχετικοποίηση της προστασίας της ανθρώπινης αξίας²⁰³²⁰⁴.

II. Έμμεσες ή παράγωγες αποδεικτικές απαγορεύσεις και α.19 παρ.3 Σ

Μετά τις ανωτέρω βασικές αναπτύξεις περί της «απώτερης επενέργειας», θα επιχειρηθεί να συσχετισθεί η προβληματική των έμμεσων αποδεικτικών απαγορεύσεων με την υπό εξέταση θεματική, ήτοι των αποδεικτικών απαγορεύσεων που απορρέουν από την παραβίαση της διάταξης του α.19 παρ.1 Σ. Συγκεκριμένα εν είδει παραδείγματος ερωτάται *ποια η δικονομική αντιμετώπιση της μαρτυρικής κατάθεσης η οποία ελήφθη κατόπιν γνώσης της ταυτότητας του μάρτυρα όπως αυτή προέκυψε από την παράνομη τηλεφωνική παρακολούθηση;*

²⁰¹ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.585 ο οποίος αναφέρει ότι ως κριτήρια προτείνονται η βαρύτητα της παράβασης, η αναγκαιότητα και η προσφορότητα της προστασίας αφενός των συνταγματικών δικαιωμάτων και αφετέρου της αποτελεσματικής δίωξης των εγκλημάτων.

²⁰² Βλ. Θ. Δαλακούρα, ΠοινΧρ 1996, σελ.345, Σ. Παπαγεωργίου – Γονατά, ο.π., ΠοινΧρΛΘ', σελ.563, Δ. Σπινέλλη, ΠοινΧρ 1989, σελ.563.

²⁰³ Βλ. Θ. Δαλακούρα, ΠοινΧρ 1996, σελ.345.

²⁰⁴ Βλ. και την κριτική σ' αυτή την θεωρία σε Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.585 κυρίως για την διαπίστωση υποκειμενισμού και ανασφάλειας δικαίου και μη ανάγκης δεύτερης στάθμισης καθώς η αρχική απαγόρευση αξιοποίησης αποκλείει την απόκτηση των έμμεσων αποδεικτικών μέσων contra βλ. Θ. Δαλακούρα, ΠοινΧρ 1996, σελ.344 -345 ο οποίος ανταπαντά ότι «η νέα στάθμιση παρίσταται ως αναγκαία ακριβώς επειδή η απόκτηση των επίμαχων στοιχείων έχει ήδη συντελεσθεί».

Σε αυτήν την περίπτωση όπως προαναφέρθηκε η διάταξη του α.19 παρ.3 Σ., εισάγει μια νομοθετικά θεσπισμένη απαγόρευση αξιοποίησης. Με τον όρο «αξιοποίηση» νοείται η παραγωγή εννόμων συνεπειών από την απόκτηση του αποδεικτικού μέσου. Η αξιοποίηση αυτή μπορεί να νοηθεί τόσο εν στενή όσο και εν ευρεία έννοια. Στην στενή έννοια της αξιοποίησης θεωρείται ότι εντάσσεται η περίπτωση που το αποδεικτικό μέσο λειτουργεί ως βάση για τη λήψη δικαστικής απόφασης, ήτοι ως τμήμα της αιτιολογίας αυτής, ενώ στην ευρεία έννοια υπάγονται οι περιπτώσεις που το αποδεικτικό μέσο λειτουργεί ως πηγή γνώσης για την απόκτηση άλλων αποδεικτικών μέσων, όπως στο προαναφερθέν παράδειγμα που αφορά μια έμμεση απόδειξη²⁰⁵. Τίθεται λοιπόν το ερώτημα ποια η έννοια της λέξης «χρήσης» στο α.19 παρ. 3 του Σ.; Περιλαμβάνονται στο περιεχόμενο αυτής τα παράγωγα αποδεικτικά μέσα;

Για να απαντηθεί το ανωτέρω ερώτημα θα επιδιωχθεί η ανάπτυξη ενός συλλογισμού με αφετηριακό πυρήνα σκέψης την ratio των αποδεικτικών απαγορεύσεων και την συστηματική ερμηνεία της διατάξεως του α.19 παρ.3 του Σ. σε συνδυασμό με το α.177 παρ.2 ΚΠΔ. Στην περίπτωση των νομοθετικά θεσπισμένων απαγορεύσεων ο νομοθέτης, εν προκειμένω ο συνταγματικός νομοθέτης, έχει προβεί αυθεντικά στην στάθμιση των ανταγωνιζομένων συμφερόντων, η κρίση του δε αυτή καθίσταται δεσμευτική και δεν μπορεί να υποκατασταθεί από μία επάλληλη κρίση του δικαστή ή του ερμηνευτή²⁰⁶. Η εισαγωγή δε περισσότερων σταθμίσεων και αξιολογήσεων σε νομοθετικά θεσπισμένες περιπτώσεις θα παρέβλεπε και θα υποβάθμιζε την ίδια τη μέριμνα του νομοθέτη να ρυθμίσει εξαντλητικά κάποιες περιπτώσεις παραβιάσεων κανόνων απόκτησης αποδείξεων²⁰⁷.

Στις περιπτώσεις λοιπόν ρητής ρυθμίσεως απαγορεύσεων από την πλευρά του νομοθέτη, βασικός επιδιωκόμενος σκοπός αυτού είναι η απαγόρευση της

²⁰⁵ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., σελ 587.

²⁰⁶ Βλ. Α. Τζαννετή, ο.π., ΠοινΧρ 1995, σελ.31.

²⁰⁷ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., σελ 595.

χρήσης του περιεχόμενου του αποδεικτικού μέσου, ανεξαρτήτως αν είναι αμέσως ή εμμέσως κτηθέν. Η άποψη αυτή υπαγορεύεται άλλωστε και από την ίδια την ratio των αποδεικτικών απαγορεύσεων, ως μέσων που προορίζονται και κατατείνουν προεχόντως στην ολόπλευρη προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Ο όρος λοιπόν «χρήση» στην διάταξη του α.19 παρ.3 Σ θα πρέπει να ταυτιστεί με την έννοια της «ευρείας αξιοποίησης» του αποδεικτικού μέσου, ήτοι να συμπεριλάβει και τα παράγωγα αποδεικτικά μέσα²⁰⁸. Διαφορετική αντιμετώπιση του ζητήματος θα κατέληγε στην παρείσφρηση παρανόμων αποδεικτικών μέσων στην ποινική δίκη και στη νομιμοποίηση αυτών παρά την αιτιώδη συνάφεια και σύνδεση τους με την αρχική παραβίαση του Συντάγματος²⁰⁹. Μια τέτοια θεώρηση όμως θα αντιστρατεύονταν τον προστατευτικό σκοπό των αποδεικτικών απαγορεύσεων και θα κατέτεινε στην εισροή δια της πλαγίας οδού «μολυσμένων» αποδεικτικών στοιχείων στην ποινική δίκη, «βαπτιζομένων» ως νομίμων.

Τα ανωτέρα κρίνονται συμβατά και με τη συστηματική θεώρηση των διατάξεων του α.19 παρ.3 Σ. και του α.177 παρ.2 ΚΠΔ, αν λάβει κανείς υπόψη ότι για το τελευταίο όταν ο νομοθέτης ηθέλησε να εννοήσει μια στενότερη έννοια της αξιοποίησης το όρισε ρητά: *«αποδεικτικά μέσα που έχουν αποκτηθεί με αξιόποινες πράξεις ή μέσω αυτών, δεν λαμβάνονται υπόψη για την κήρυξη της ενοχής, την επιβολή ποινής ή τη λήψη μέτρων καταναγκασμού, (προϊσχύον άρθρο 177 παρ.2 ΚΠΔ)*²¹⁰. Συνεπώς στις περιπτώσεις που ο νομοθέτης επιλέγει να τυποποιήσει μια απαγόρευση αξιοποίησης τυποποιεί ταυτόχρονα χωρίς περαιτέρω διατυπώσεις και την απαγόρευση αξιοποίησης των παράγωγων αποδεικτικών μέσων²¹¹.

²⁰⁸ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.594 ο οποίος αναφέρει ότι η έκταση της απαγόρευσης δεν είναι άγνωστη στο δικονομικό νομοθέτη, συγγενής με αυτήν είναι η διάταξη του α.175 εδ.α' Κ.Π.Δ *«η ακυρότητα μιας πράξης καθιστά άκυρες και τις εξαρτημένες από αυτήν μεταγενέστερες πράξεις της ποινικής διαδικασίας ανάλογα και στις αποδεικτικές απαγορεύσεις η επέκταση επιτυγχάνεται με την ευρεία ερμηνεία του όρου αξιοποίηση»*.

²⁰⁹ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.590.

²¹⁰ Ισχύουσα μορφή άρθρου 177 παρ.2 τροποποιηθείσα με το άρθρο 10 παρ. 2 του Ν. 3674/10.07.2008 *«Αποδεικτικά μέσα, που έχουν αποκτηθεί με αξιόποινες πράξεις ή μέσω αυτών, δεν λαμβάνονται υπόψη στην ποινική διαδικασία»*.

²¹¹ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., σελ 594.

Κάμψη της απώτερης επενέργειας των αποδεικτικών απαγορεύσεων αξιοποίησης και νόμιμη εισαγωγή αποδεικτικών μέσων στην ποινική δίκη γίνεται να προκύψει με τη χρήση των πορισμάτων της «νόμιμης εναλλακτικής διαδικασίας»²¹². Συγκεκριμένα παράγωγα αποδεικτικά μέσα που προέκυψαν από άλλα πρωτογενή αποδεικτικά μέσα κατά παράβαση του α.19 παρ.1 Σ. μπορούν νομίμως να εισαχθούν ως αποδεικτικό υλικό εφόσον αποκτηθούν διαμέσω μιας δεύτερης αυτοτελούς νόμιμης μεθόδου. Σ' αυτή τη περίπτωση μολονότι η απαγόρευση αξιοποίησης επενεργεί στο παράγωγο αποδεικτικό μέσο, επιτυγχάνεται το περιεχόμενο αυτού να ληφθεί από μια άλλη μη «δηλητηριασμένη πηγή»²¹³. Επιπλέον «νομιμοποίηση» του παράγωγου αποδεικτικού μέσου δύναται να επέλθει και στις περιπτώσεις που μεταξύ αυτού και του πρωτογενούς αποδεικτικού μέσου μεσολαβούν γεγονότα που εξασθενούν τον αιτιώδη σύνδεσμο με αποτέλεσμα να υπερκεραστεί η αιτιότητα²¹⁴. Στην περίπτωση αυτή το παράγωγο αποδεικτικό μέσο χάνει το χαρακτήρα του ως τέτοιο, καθότι κύριο στοιχείο που το καθίστα επιλήψιμο αποτελεί ο αιτιώδης σύνδεσμός του με το πρωτογενές αποδεικτικό στοιχείο ο οποίος όμως στην παρούσα περίπτωση έχει εκλείψει.

Καταληκτικά, εκ των ανωτέρω καθίσταται κατανοητό ότι η έννοια της «χρήσης» στο α.19 παρ.3 του Σ περιλαμβάνει και τα παράγωγα αποδεικτικά μέσα διαπίστωση που άλλωστε στοιχίζεται με την μη αναγνώριση ποιοτικών διαφορών²¹⁵ που να καθιστούν αναγκαία την διαφορετική αντιμετώπιση άμεσων και έμμεσων

²¹² Βλ. όμως σε Δ. Τσάτσο, Α. Παπαδαμάκη, Κ. Χρυσόγονο, Η νομιμότητα της κατ' οίκον έρευνας και της κατάσχεσης στα πλαίσια της προκαταρκτικής εξέτασης και οι συνέπειές τους στην ποινική δίκη (γνωμ.), ΠοινΔικ2003, σελ.813 την αναφορά στις ενστάσεις που έχουν εγερθεί αναφορικά με την εν λόγω διαδικασία, ήτοι ότι αυτή συνεπάγεται δυσκολίες απόδειξης ότι προεξοφλείται κατά το περιεχόμενό η απόφαση ενός δικαστικού λειτουργού ενώ παράλληλα δεν αναιρείται η προσβολή των δικαιωμάτων του κατηγορουμένου, που ήδη έχει επέλθει.

²¹³ Βλ. Ν. Δημητράτο, ό.π., σελ.25 επ. και Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.595.

²¹⁴ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.594.

²¹⁵ Βλ. Α. Διονυσοπούλου, Η αποδεικτική αξιοποίηση των τυχαίων ευρημάτων στην ποινική διαδικασία, εκδ. Σάκκουλας, 2009, σελ.190 η οποία αναφέρει ότι το γράμμα της διάταξης του α.19 παρ.3 του Σ δεν διακρίνει μεταξύ άμεσως και έμμεσως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, τούτο σημαίνει ότι δεν αποκλείεται η απαγόρευση χρήσης να περιλαμβάνει όλα τα αποδεικτικά μέσα υπό την προϋπόθεση της αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της κτήσης των έμμεσων αποδεικτικών στοιχείων και της παράβασης της συνταγματικής διάταξης, δηλαδή της παραβίασης των προϋποθέσεων επέμβασης στο δικαίωμα που ο εκτελεστικός νόμος προβλέπει.

αποδεικτικών μέσων και εκπληρώνει αναμφίβολα το προστατευτικό σκοπό που επιτελούν οι αποδεικτικές απαγορεύσεις.

6. Η κάμψη της απόλυτης απαγόρευσης του α. 19 παρ.3 Σ

I. Η περίπτωση της αθωότητας του κατηγορούμενου

Έχοντας αναλύσει διεξοδικώς τα βασικά χαρακτηριστικά της διάταξης του α. 19 παρ.3 Σ και την προβληματική των εμμέσων αποδεικτικών απαγορεύσεων εν σχέσει με την υπό εξέταση διάταξη αυτό που αναγκαίως μένει προς εξέταση είναι το εύλογο ερώτημα του αν η «άκαμπτη», κατά γραμματική τουλάχιστον, διατύπωση της διάταξης του α.19 παρ.3 Σ επιδέχεται εξαιρέσεων.

Αναγνωρίζοντας το πεδίο των αποδεικτικών απαγορεύσεων ως το κατεξοχήν πεδίο γνήσιων συγκρούσεων μεταξύ ανταγωνιζόμενων αξιών (αποτελεσματική λειτουργία δικαιοσύνης και κατ' επέκταση αναζήτηση της ουσιαστικής αλήθειας - προστασία θεμελιωδών δικαιωμάτων) οι αντινομίες που δύναται να προκύψουν σ' αυτό είναι ποικίλες· βασική αντινομία, η οποία μπορεί να κλονίσει συθέμελα το δικαιοσύνη status, αποτελεί η περίπτωση κατά την οποία η ατέγκτου χαρακτήρα διάταξη του α.19 παρ.3 Σ. έρχεται σε σύγκρουση με το δικαίωμα του κατηγορουμένου να αποδείξει την αθωότητα του.

Η διάταξη του α.19 παρ. 3 Σ εισάγει όπως προελέχθη έναν απόλυτο περιορισμό στο δικαίωμα απόδειξης²¹⁶, ως ειδικότερη έκφραση του δικαιώματος

²¹⁶Βλ. Κ. Μπέη, σε Κασιμάτη/ Μαυριά, Ερμηνεία του Συντάγματος (ΕρμηΣ), Τόμος Β', Αθήνα Κομοτηνή, 1999, α.20 παρ.1, αριθ.52, ο οποίος παρατηρεί ότι η δημόσια αξίωση για δικαστική ακρόαση περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, «την εξουσία του δικαιούχου να επικαλεστεί και να προσκομίσει ενώπιον του [...] δικαστηρίου κρίσιμα αποδεικτικά μέσα που θα διευκολύνουν το δικαστήριο να σχηματίσει την απαιτούμενη πεποίθηση του, αναφορικά με την αλήθεια του πραγματικού υλικού της δίκης» και την υπ' αριθ. 16/2001 ΣυμβΠλημ Σάμου ΠοινΔικ2001, σελ.819 επ. «και το από το άρθρο 20 του Συντάγματος κατοχυρωμένο δικαίωμα ακρόασης που αναλύεται κυρίως στο δικαίωμα ενημέρωσης - πληροφόρησης, στο δικαίωμα έκφρασης - υπεράσπισης, δηλαδή διατύπωσης παρατηρήσεων, προβολής αιτήσεων ή ενστάσεων ή ισχυρισμών, πρότασης αποδεικτικών μέσων κ.λ.π.» και αναφορά σ' αυτή από Γ. Τριανταφύλλου, Αποδεικτικές απαγορεύσεις και αρχή της αναλογικότητας, ΠοινΧρ 2007, σελ. 295.

ακρόασης²¹⁷ και παροχής εννόμου προστασίας, το οποίο κατοχυρώνεται στο α.20 παρ.1 του Συντάγματος. Η άσκηση λοιπόν των υπερασπιστικών δικαιωμάτων του κατηγορουμένου με την επίκληση και προσαγωγή αποδεικτικών μέσων, κατοχυρώνεται και απορρέει από τη διάταξη του α.20 παρ.1 του Συντάγματος (δικαίωμα εννόμου ακρόασης)²¹⁸ και παράλληλα «συνεπικουρεί» τρόπον τινά την αυτεπάγγελτη συγκέντρωση του αποδεικτικού υλικού²¹⁹.

Πριν την αναθεώρηση του Συντάγματος τόσο σε θεωρητικό²²⁰ επίπεδο όσο και στα πλαίσια της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής²²¹ υποστηρίχθηκε σθεναρά με εύλογα επιχειρήματα η άποψη περί σχετικοποιημένης απαγόρευσης χρήσης παράνομων αποδεικτικών μέσων και ειδικώς υπέρ του κατ' εξαίρεση επιτρεπτού της χρήσης αυτών για την περίπτωση της αθώωσης του κατηγορουμένου. Μολαυταύτα υιοθετήθηκε όπως προελέχθη η απόλυτη συνταγματική απαγόρευση της χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων χωρίς τη δυνατότητα να επιδέχεται – τουλάχιστον εκ της γραμματικής διατύπωσης – εξαιρέσεων από αυτή και μη περιέχοντας επιφύλαξη νόμου²²².

²¹⁷ Βλ. *Μ. Καϊάφα Γκμπάντι*, ο.π.,σελ.21 επ.

²¹⁸ Βλ. *Κ. Κοκκινάκη*, Η σημασία του α.19 παρ.3 Σ για την Ποινική Δίκη, ΠοινΔικ2001 σελ. 876.

²¹⁹ Βλ. *Χ. Παπαχαράλάμπους*, Δικαιώματα των μερών και ιδεολογικές τους χρήσεις ΠοινΧρ2019 σελ.81 επ.

²²⁰ Βλ. *Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα*, ο.π., σελ.58 με περαιτέρω παραπομπή στην πρόταση των Γ. Κατρούγκαλου/Δ. Σαραφιανού, «Θεμελιώδη δικαιώματα και ελευθερίες» σε Γ. Παπαδημητρίου (επιμ.), Αναθεώρηση του Συντάγματος και εκσυγχρονισμός των θεσμών, Αθήνα – Κομοτηνή, 2000, σελ.47 – 91, οι οποίοι πρότειναν στο α.19 να προβλεφθεί ειδικώς ότι «νόμος ορίζει τις εγγυήσεις υπό τις οποίες η δικαστική αρχή δε δεσμεύεται από το απόρρητό για τη διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων ή για την απόδειξη της αθωότητας του κατηγορουμένου», βλ. όμως και αντίθετη άποψη σε Δ. Σπινέλλη, ο.π., ΠοινΧρ 1986, σελ. 880, ο οποίος υποστηρίζει ότι και σ' αυτή την περίπτωση ο δικαστής θα σταθμίσει από τη μία μεριά το είδος και τη βαρύτητα του εγκλήματος και από την άλλη μεριά το είδος του ατομικού δικαιώματος και το μέγεθος της προσβολής που θα προκαλούνταν από την αξιοποίηση του αποδεικτικού μέσου.

²²¹ Βλ. *Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα*, ο.π., σελ.59 την αναφορά στο επιχείρημα του βουλευτή Δ. Γκούσκου περί αποδεικτικής ανισότητας μεταξύ κράτους και πολίτη, ήτοι ότι ενώ η δικαστική αρχή θα μπορεί να αποκτά παράνομα αποδεικτικά μέσα όταν εκείνη κρίνει ότι υπερασπίζεται ένα μείζον συμφέρον, ο ιδιώτης δεν θα έχει αντίστοιχη δυνατότητα όταν υπερασπίζεται την αθωότητα του και επισήμανση της άποψης της Α. Ψαρούδα – Μπενάκη βλ. υποσ.206 ότι η συνταγματική πρόβλεψη μιας απόλυτης απαγόρευσης του α.19 παρ. 3 του Σ. θα είχε ως αποτέλεσμα να μην λειτουργούν ούτε οι διατάξεις περί άμυνας και κατάσταση ανάγκης.

²²² Βλ. *Ε.Βενιζέλο*, Πρακτικά των Συνεδριάσεων, ο.π. , σελ.224 ο οποίος υποστήριξε χαρακτηριστικά ότι «αν δεν βάλαμε τέτοια συνταγματική κατοχύρωση στην παρ.3 δεν κάναμε τίποτε σε αντίθετη περίπτωση θα ήταν προτιμότερο να διαγραφεί», *Κ. Μητσοτάκη*, σελ.223 – 224, ο οποίος διαφώνησε

Πέραν του νομικού «αισθητηρίου» και της κομβικής θέσης που κατέχει η απόδειξη της αθωότητας του κατηγορουμένου στην ποινική δίκη, η σημασία της είναι αναμφισβήτητα βαθιά ριζωμένη στο περί δικαίου αίσθημα των πολιτών και συνοψίζεται στη φράση *«καλύτερα δέκα ένοχοι εκτός φυλακής παρά ένας αθώος μέσα»*. Με αφετηρία την ανωτέρω φράση και έχοντας προβεί στην γραμματική ερμηνεία της διάταξης θα επιχειρηθεί μια συστηματική και τελεολογική ερμηνεία αυτής με σκοπό τη θεμελίωση της άποψης περί εξαιρετικώς επιτρεπτής χρήσης αποδεικτικών μέσων για την απόδειξη της αθωότητας του κατηγορούμενου.

Ευλόγως προκύπτει ότι κάθε περίπτωση καταδίκης ενός αποδείξιμα αθώου, ένεκα του ότι στερήθηκε το μοναδικό αποδεικτικό μέσο που στήριζε πέραν πάσης αμφιβολίας την αθωότητα του, συνιστά μια αναμφισβήτητη περίπτωση προσβολής της ανθρώπινης αξίας²²³. Η δυνατότητα απόδειξης λοιπόν της αθωότητας του κατηγορούμενου συνυφαίνεται και είναι αρρήκτως συνδεδεμένη με τη διάταξη του α.2 παρ. 1 του Συντάγματος, η οποία διέπει και διαπνέει ολόκληρο το δικαιοσύνη σύστημα. Η σημασία της ανωτέρω αρχής²²⁴ έγκειται στο ότι ο άνθρωπος, ως αξία έχει προτεραιότητα έναντι κάθε άλλης δικαιοσύνης αξίας, η δε προτεραιότητα δικαίου της αρχής αυτής σημαίνει ότι καμία θεμελιώδης αρχή του δικαίου, καμία εγγύηση δικαιώματος του ανθρώπου και κανένας κανόνας δικαίου δεν μπορεί να ερμηνευθεί ή να εφαρμοσθεί σε αντίθεση με την αρχή του σεβασμού και της προστασίας της αξίας του ανθρώπου²²⁵.

Η αντίληψη της ανθρώπινης αξίας, ως «ραχοκοκαλιάς» που στηρίζει το δικαιοσύνη μας σύστημα και η αναγνώριση αυτής, ως υπέρτατης ερμηνευτικής αρχής

με την επιφύλαξη νόμου *«άμα θάλουμε όπως ο νόμος ορίζει δεν χρειάζεται να θάλουμε τίποτα»* και υποστήριξε μάλιστα ότι ο μόνος τρόπος για να αντιμετωπιστεί το πρόβλημα των υποκλοπών τηλεφωνικών συνδιαλέξεων είναι να συλληφθεί εκείνος που έκανε χρήση του προϊόντος της παρακολούθησης και Π. Παυλόπουλο, σελ.223 – 224 ο οποίος τόνισε ότι *«ίσα ίσα είναι περισσότερο επικίνδυνο»* να παραβλεφθεί δυνατότητα λήψης υπόψη παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων προς απόδειξη της αθωότητας του κατηγορουμένου και ότι *«εάν υπάρχει οποιαδήποτε σχετικοποίηση της απαγόρευσης θα είναι επικίνδυνο να ανατραπεί πλήρως ο κανόνας στο μέλλον»*.

²²³ Βλ. Ν. Ανδρουλάκη, σε Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα, ο.π., σελ.13.

²²⁴ Βλ. Α. Μάνεση, Συνταγματικά Δικαιώματα α', ατομικές ελευθερίες, 1982, σελ.109 – 110 ο οποίος τονίζει ότι λόγος θέσπισης της είναι η αναγνώριση της αξίας που πρέπει να έχει ο άνθρωπος, ως έλλογο και συνειδητό όν, ως πρόσωπο.

²²⁵ Βλ. Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα, ο.π., σελ.58, σελ.93 – 94.

των νομικών διατάξεων, καθίστα ευλόγως κατανοητό ότι ένα Κράτος δικαίου δεν μπορεί να ανεχθεί την ποινική καταδίκη ενός αθώου. Η ποινή αποτελεί τη σοβαρότερη κύρωση που μπορεί να επιβληθεί σε βάρος ενός προσώπου και γι' αυτό είναι αναπόσπαστα συνδεδεμένη με την απόδειξη της ενοχής του (αρχή της ενοχής). Στην αντίθετη περίπτωση δηλαδή αν γινόταν δεκτό ότι επιτρέπεται να υποστεί κάποιος τις καταθλιπτικές για την προσωπικότητα του συνέπειες της ποινής χωρίς να έχει διαπράξει έγκλημα, το δικαίωμα του α.5 παρ.1 Σ. θα επλήττετο στον πυρήνα του, αφού στον φορέα του δικαιώματος θα επιβαλλόταν ποινική κύρωση χωρίς να φέρει καμία ευθύνη²²⁶. Ο περιορισμός της ελευθερίας μέσω της ποινής προϋποθέτει διττώς: τον άδικο χαρακτήρα της πράξης και τον καταλογισμό του δράστη. Η απουσία μία εκ των δύο προϋποθέσεων και η επιβολή ποινής στον κατηγορούμενο πλήττει το πυρήνα του δικαιώματος στην προσωπικότητα με άμεσο και αναγκαίο επακόλουθο την προσβολή της αξίας του ανθρώπου.(α.2 παρ.1 Σ). Ορθώς και εύγλωττα²²⁷ έχει λεχθεί ότι η ποινική καταδίκη ενός αθώου υποβιβάζει τον τελευταίο σε χρηστικό αντικείμενο στο οποίο «επικολλάται» το στίγμα του εγκληματία.

Όλες οι ανωτέρω χρήσιμες επισημάνσεις δεν κατορθώνουν να δώσουν απάντηση όμως στο αρχικό ερώτημα της παρούσας ενότητας· αν και με ποιο τρόπο μπορεί να καμφθεί η απόλυτη απαγόρευση του α.19 παρ.3 του Σ. για την περίπτωση της απόδειξης της αθωότητας. Σε θεωρητικό επίπεδο έχουν προταθεί δύο ενδιαφέρουσες απόψεις· η πρώτη εκκινεί από τη διάταξη του α.2 παρ. 1 του Σ. και ενδεικνύει την σημασία αναγωγής της σε υψίστης θέσης ερμηνευτική αρχή για την επίλυση της ανωτέρως προβληματικής ενώ η δεύτερη θέτει ως επίκεντρο την σημασία της αρχής της αναλογικότητας (α.25 παρ.1 Σ) και της πρακτικής αρμονίας σε περίπτωση σύγκρουσης της προστασίας της αξίας του ανθρώπου με τη διάταξη που κατοχυρώνει το απόρρητο της επικοινωνίας²²⁸.

²²⁶ Βλ. Γ. Καμίνη, ο.π., σελ.344.

²²⁷ Βλ. Ν. Ανδρουλάκη, σε Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα, ο.π., σελ.9.

²²⁸ Βλ. Ε. Συμεωνίδου – Καστανίδου, Παραβίαση απορρήτου επικοινωνιών και αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική δίκη σε Χ. Παπαχαράλαμπος (επιμ.), Αποδεικτικές απαγορεύσεις στην

Αναλυτικότερα η πρώτη άποψη εκκινεί από τη φύση της διάταξης του α.2 παρ.1. Η αναγνώριση δηλαδή της αρχής σεβασμού και προστασίας της αξίας του ανθρώπου, ως άκρου ορίου οποιουδήποτε περιορισμού ατομικού δικαιώματος, ως κανόνα δικαίου άμεσης ισχύος²²⁹ και ως μη αναθεωρήσιμης διάταξης (110 παρ.1 Σ.)²³⁰ κατατείνει στην άποψη ότι αυτή δεν επιδέχεται καμία συρρίκνωση στο εννοιολογικό και κανονιστικό της περιεχόμενο. Ο μη αναθεωρήσιμος χαρακτήρας της αρχής αυτής, πέραν της δέσμευσης για μη αναθεώρηση κατά το γράμμα της, σημαίνει και την υποχρέωση ελέγχου για τη αποτροπή εισαγωγής διατάξεων στο Σύνταγμα που θα μπορούσαν να μειώσουν την κανονιστική της εμβέλεια και να πλήξουν τον μη αναθεωρήσιμο χαρακτήρα της²³¹. Η διάταξη του α.2 παρ.1 του Σ. θα πρέπει δηλαδή να αναγνωσθεί κατά τέτοιο τρόπο ώστε να αναπτύσσει την ερμηνευτική²³², κανονιστική αλλά και ελεγκτική της λειτουργία εν σχέσει με τις αναθεωρήσιμες διατάξεις.

Συναφώς εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι στην περίπτωση που ο αναθεωρητικός νομοθέτης υιοθετήσει ρυθμίσεις η εφαρμογή των οποίων οδηγεί σε προσβολή της μη αναθεωρήσιμης διάταξης του α.2 παρ.1 του Σ. υπερβαίνει κατά το μέτρο αυτό την αναθεωρητική του αρμοδιότητα με άμεση συνέπεια την ανάγκη περιορισμού των εν λόγω ρυθμίσεων ώστε να αποφευχθεί η καταστρατήγηση του μη αναθεωρήσιμου χαρακτήρα της διάταξης του α.2 παρ.1 του Σ.^{233 234}. Άλλως

ποινική δίκη Συγκριτική προσέγγιση των παραδόσεων του κοινοδικαίου & του ηπειρωτικού δικαίου με αφορμή την κυπριακή & την ελληνική έννομη τάξη, εκδ.Σάκκουλα, 2015 σελ.52 επ.

²²⁹ Βλ. *Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα*, ο.π., υποσ.136, σελ.95.

²³⁰ Βλ. *Γ. Καμίνη*, ο.π., σελ.344 ο οποίος αναφέρεται και στον μη αναθεωρήσιμο χαρακτήρα της διάταξης του α.5 παρ.1 Σ.

²³¹ Βλ. *Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα*, ο.π., σελ.97 επ.

²³² Βλ. *Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα*, ο.π., σελ.98 – 99 επ. η οποία επισημαίνει ότι η ανωτέρω αρχή μπορεί να εννοηθεί και ως πύλη εισδοχής αρχών και κανόνων του φυσικού δικαίου στο θετικό συνταγματικό δίκαιο τονίζοντας την φυσικοδικαιική της προέλευση.

²³³ Βλ. *Ν. Ανδρουλάκη*, σε *Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα*, ο.π., σελ.12.

²³⁴ Βλ. όμως και αντίκρουση της άποψης αυτής από *Κ. Χρυσόγονο*, *Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα*, 2006, ο.π., σελ.266 ο οποίος τονίζει ότι η άποψη αυτή οδηγεί σε διορθωτική συστολή του περιεχομένου της διάταξης και αντίκειται στην ιστορική και γραμματική ερμηνεία αυτής και ότι η αρχή της αναλογικότητας δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί για να οδηγήσει στην ιεράρχηση συνταγματικών διατάξεων και στο παραμερισμό της ειδικότερης από αυτές όμως και αντίλογο *Χ. Νάιντου*, ο.π.,σελ.496 επ.

ειπείν η «εγγύηση αιωνιότητας»²³⁵, που μαρτυρά ο μη αναθεωρήσιμος χαρακτήρας της διάταξης, σημαίνει ότι η ανθρώπινη αξία αποκρυσταλλώνει το άκρο όριο που θέτει αυτή σε περίπτωση σύγκρουσης με άλλα ατομικά δικαιώματα.

Για την οριοθέτηση των ανωτέρω δέον να αναφερθεί ότι οι εγγυήσεις του α.2 παρ.1 αφορούν προσβολές της αξίας του ανθρώπου, οι οποίες λόγω της *βαρύτητας και της φύσης τους* θίγουν τον πυρήνα της ανθρώπινης προσωπικότητας του ανθρώπου ως φυσικού και κοινωνικού όντος. Σ' αυτό το πλαίσιο προστασίας μπορούν να υπαχθούν οι προσβολές των εννόμων αγαθών της ζωής, της τιμής και της ελευθερίας (α. 5 παρ.2 Σ) τα οποία απολαμβάνουν απόλυτης συνταγματικής προστασίας και τίθεται σε διακινδύνευση σε περίπτωση μη απόδειξης της αθωότητας του κατηγορουμένου. Επιπλέον στοιχείο που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη κατά την στάθμιση των δικαιωμάτων είναι η *βαρύτητα* του συγκεκριμένου εγκλήματος, στις περιπτώσεις δηλαδή σοβαρών εγκλημάτων, ήτοι κακουργημάτων και σοβαρών πλημμελημάτων, η απόδειξη της αθωότητας αποκτά βαρύνουσα σημασία. Η βαρύτητα του εκάστοτε τελεσθέντος εγκλήματος, με τη σειρά της εξαρτάται άμεσα από τη δικαιοϊκή σημασία των εκάστοτε προσβαλλομένων και αντιτιθέμενων εννόμων αγαθών²³⁶.

Δεύτερη ερμηνευτική οδός είναι αυτή που επιχειρεί να επιλύσει την σύγκρουση των αντικρουόμενων αξιών κάνοντας χρήση των «εργαλείων» - αρχών της αναλογικότητας²³⁷ και της πρακτικής αρμονίας²³⁸. Η άποψη αυτή εκκινεί από

²³⁵ Βλ. Χ. Νάιντο, ό.π.,υποσ.138 σελ.552 με περαιτέρω παραπομπή σε *J.Wolter*,σε *SK – StPO παρ.151, πλαγιαρ.26 c-e*, σελ.22 – 24 όπου αναφέρει ότι η ανθρώπινη αξία καλύπτεται από *εγγύηση αιωνιότητας* (: «*Ewigkeitsgarantie*»).

²³⁶ Βλ. ΔιατΕισΕφΠειρ 110/2009 ΠοινΔικ 2011 σελ.328 με παρατηρήσεις *Γ. Μπουρμά*.

²³⁷ Βλ. *Α. Τζαννετή*, Ζητήματα εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας σε διεθνή κείμενα. Το παράδειγμα της ΕΣΔΑ και του Καταστατικού του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου, ΠοινΧρ 2006, σελ.201 – 204.

²³⁸ Βλ. *Φ. Σπυρόπουλο*, Η ερμηνεία του Συντάγματος – Εφαρμογή ή υπέρβαση της παραδοσιακής μεθοδολογίας του δικαίου; Αθήνα – Κομοτηνή 1999, σελ.146, ο οποίος επισημαίνει ότι η αρχή της πρακτικής αρμονίας ως γενική αρχή της μεθοδολογίας του δικαίου εφαρμόζεται όχι μόνο στα συνταγματικά δικαιώματα αλλά καταλαμβάνει και το Σύνταγμα των εξουσιών εφαρμόζεται δε και στην αντινομία μιας διάταξης που κατοχυρώνει ένα συνταγματικό δικαίωμα με άλλη συνταγματική αξία ή αρχή ή διάταξη και *Γ. Τριανταφύλλου*, ΠοινΧρ 2007, σελ.295 επ., «η αρχή της πρακτικής αρμονίας επιβάλλει την κατά το δυνατό αποτελεσματικότερη προστασία των δικαιωμάτων που

την διάταξη του α.25 παρ.1 εδ. δ' Σ. στην οποία κατοχυρώνεται ρητά η αρχή της αναλογικότητας: «Οι κάθε είδους περιορισμοί που μπορούν κατά το Σύνταγμα να επιβληθούν στα δικαιώματα αυτά πρέπει να προβλέπονται είτε απευθείας από το Σύνταγμα είτε από το νόμο, εφόσον υπάρχει επιφύλαξη υπέρ αυτού και να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας». Σχηματικά εδώ, μπορεί να ειπωθεί ότι η διάταξη του α.19 παρ. 3 Σ. (απόρρητο των επιστολών και ελευθερίας ανταπόκρισης και επικοινωνίας) κατά την εφαρμογή της επιφέρει μοιραία τον περιορισμό ατομικών δικαιωμάτων, όπως το προαναφερθέν δικαίωμα σε ακρόαση (α.20 παρ.1 Σ.) και το δικαίωμα στην ζωή, τιμή, ελευθερία (α.5 παρ.2 Σ.) που προστατεύονται κατά απόλυτο τρόπο από το Σύνταγμα και τα οποία επιθυμεί να προασπίσει ο κατηγορούμενος αποδεικνύοντας την αθωότητα του.

Καθίσταται λοιπόν εύλογο ότι σ' αυτή την «διαπάλη» συνταγματικών δικαιωμάτων η διάταξη του α.19 παρ.3 του Σ., δεν μπορεί να τεθεί εκτός του πλαισίου του α.25 παρ.1 του Σ., το οποίο λειτουργεί ως εγγυητική και συνεκτική αρχή του συνόλου των συνταγματικά προστατευόμενων δικαιωμάτων εκπορευόμενο από την αρχή του Κράτους Δικαίου. Η αρχή αυτή, που ενεργοποιείται στο πλαίσιο κάθε γνήσιας σύγκρουσης δικαιωμάτων, αναλύεται στις επιμέρους αρχές της αναγκαιότητας, της προσφορότητας και την εν στενή εννοία αναλογικότητας του χρησιμοποιούμενου μέσου για την επίτευξη του συνταγματικώς επιτρεπτού σκοπού²³⁹. Ο ρόλος της κεφαλαιώδους αυτής αρχής, η

συγκρούονται. Η αρχή επιτρέπει τη διαφύλαξη των δικαιωμάτων αυτών αναζητώντας τη βέλτιστη σχέση τους».

²³⁹ Για την αρχή αυτή βλ. Σ. Ορφανουδάκη, ο.π., σελ.201 – 202, Ε. Βενιζέλο, Το αναθεωρητικό κεκτημένο, ο.π., σελ. 140 επ., Σατλάνη, ο.π., σελ.66 ο οποίος αναφέρει ότι η αρχή της προσφορότητας σημαίνει ότι θεμιτά είναι μόνο εκείνα τα περιοριστικά μέτρα τα οποία είναι κατάλληλα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, η αρχή της αναγκαιότητας σημαίνει ότι μόνο εκείνα τα περιοριστικά μέτρα είναι θεμιτά τα οποία είναι αναγκαία είτε γιατί είναι τα μόνα που μπορούν να οδηγήσουν στον επιδιωκόμενο σκοπό είτε γιατί είναι τα ηπιότερα από τα περισσότερα που διατίθενται, ήτοι αυτά συνεπάγονται τις μικρότερες δυνατές επιβαρύνσεις τέλος η αρχή της αναλογικότητας εν στενή εννοία σημαίνει ότι μόνο εκείνα τα περιοριστικά μέτρα είναι θεμιτά των οποίων η βαρύτητα βρίσκεται σε μια παραδεκτή αναλογία με τη σπουδαιότητα του συγκεκριμένου επιδιωκόμενου σκοπού (εύλογη σχέση μέσου – σκοπού) και την ΑΠ 453/2016 ΠοινΧρ 2017 σελ.734 «η αρχή της αναλογικότητας μεταξύ του περιοριστικού μέτρου και του σκοπού που προορίζεται να εξυπηρετεί ο περιορισμός, επιβάλλει στον νομοθέτη: α) ο θεσπιζόμενος περιορισμός να επιδιώκει θεμιτό σκοπό, δηλαδή τον σκοπό που ορίζει ρητά η ειδική νομοθετική επιφύλαξη ή τον σκοπό που

οποία λειτουργεί συμπληρωματικά προς την αρχή της στάθμισης²⁴⁰, είναι η πρόσδοση στην τελευταία των κριτήριων για την ορθή αξιολόγηση και στάθμιση των αντίπαλων εννόμων αγαθών και συμφερόντων και για την διασφάλιση εν τέλει της πρακτικής αρμονίας μεταξύ των συγκρουόμενων συνταγματικών δικαιωμάτων²⁴¹.

Έτσι ο δικαστής θα πρέπει να ελέγξει κατά τον έλεγχο της αναλογικότητας²⁴²

α) αν το παράνομο αποδεικτικό μέσο είναι πρόσφορο για την απόδειξη της αθωότητας του κατηγορουμένου, β) αν είναι το μοναδικό αναγκαίο για την απόδειξη αυτής και γ) αν στη συγκεκριμένη περίπτωση η μη λήψη υπόψη του εν λόγω παράνομου αποδεικτικού μέσου συνεπάγεται προσβολή της αξίας του κατηγορουμένου²⁴³.

Συνεπώς στην περίπτωση σοβαρών προσβολών των ατομικών δικαιωμάτων της ζωής, της τιμής και της ελευθερίας – τα οποία πλήττονται καταφανώς δια της καταδίκης ενός αθώου – θα πρέπει με πυξίδα την αρχή της αναλογικότητας προς διασφάλιση των ανωτέρω δικαιωμάτων να κάμπτεται ο απόλυτος χαρακτήρας της προστασίας του απορρήτου των επιστολών και της ελευθερίας ανταπόκρισης και

εμπίπτει στο νόημα της γενικής νομοθετικής επιφύλαξης (προστασία του κοινωνικού συνόλου ή δικαιωμάτων τρίτων), β) το προβλεπόμενο μέσο ή ο τρόπος του περιορισμού να είναι θεμιτός, γ) ο θεσπιζόμενος περιορισμός να είναι κατάλληλος και αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού, για τον οποίο εισάγεται και δ) η συγκριτική στάθμιση των συγκρουόμενων αγαθών, δηλαδή του αγαθού στο οποίο αποβλέπει ο περιορισμός και του αγαθού που προστατεύει το δικαίωμα, πρέπει στη συγκεκριμένη περίπτωση (in concreto) να αποβαίνει υπέρ του πρώτου». Για την εφαρμογή αυτής στην ποινική δίκη βλ. Γ. Τριανταφύλλου, ο.π., ΠοινΧρ 2007, σελ. 295.

²⁴⁰ Βλ. Σ. Ορφανουδάκη, σελ.18 ο οποίος αναφέρει ότι η αρχή της αναλογικότητας ενέχει σταθμιστική δόμη, δηλαδή ότι η αρχής της στάθμισης αποτελεί δομικό στοιχείο της αρχής της αναλογικότητας.

²⁴¹ Βλ. Σατλάνη, ο.π., σελ.67.

²⁴² Βλ. Σ. Ορφανουδάκη, ο.π., σελ.201 – 202 ο οποίος υποστηρίζει ότι ο έλεγχος αναλογικότητας συμπίπτει με αρνητικό έλεγχο συνταγματικότητας που συνίσταται σε έλεγχο υπέρβασης των ορίων του standard της αναλογικότητας σύμφωνα με τον οποίο ο περιορισμός του συνταγματικού δικαιώματος τότε είναι μόνο θεμιτός αν είναι κατάλληλος, αναγκαίος και συναφής προς τον επιδιωκόμενο με αυτόν σκοπό.

²⁴³ βλ. Γ. Τριανταφύλλου, ο.π., ΠοινΧρ 2007, σελ. 295 «Η αξιοποίηση ενός πρόσφορου και αναγκαίου για τον παραπάνω σκοπό παράνομου αποδεικτικού μέσου προϋποθέτει, όμως, την πρόσθετη κρίση ότι δεν προσβάλλεται η αρχή της αναλογικότητας με στενή έννοια. Κατά την απόφαση η βαρύτητα του εγκλήματος, για το οποίο κατηγορείται ο κατηγορούμενος είναι παράγων, που πρέπει να συνεκτιμάται κατά την στάθμιση. Σοβαρότερα εγκλήματα δικαιολογούν την αξιοποίηση».

επικοινωνίας. Μόνο δια της ανωτέρω οδού επιτυγχάνεται η πρακτική εναρμόνιση των άρθρων 19 παρ.3, 20 παρ.1, 5 παρ.2 και 25 παρ.1 εδ. δ' Σ²⁴⁴.

Αφού αναλύθηκε η σημασία της αρχής της αναλογικότητας και της σταθμιστικής «λογικής» που εμπεριέχεται σε αυτή, επισήμανσης χρήζει τέλος η διαπίστωση ότι η θεωρητική άποψη²⁴⁵ που υποστηρίζει ότι η ανάγκη στάθμισης στην συγκεκριμένη περίπτωση καθίσταται περιττή, καθότι τόσο η αναζήτηση της ουσιαστικής αλήθειας όσο και η ανάγκη προστασίας του κατηγορουμένου συμπλέουν προς τον ίδιο στόχο, ήτοι την απαλλαγή του τελευταίου από τα γρανάζια της ποινικής διαδικασίας, όπου αδικώς έχει μπλεχθεί, παραβλέπει το γεγονός ότι εδώ – όπως αποτυπώνεται και ανωτέρω – περάν από την αναζήτηση της ουσιαστικής αληθείας, τα υπερασπιστικά δικαιώματα του κατηγορούμενου συγκρούονται και με τη συνταγματική προστασία του απορρήτου των επικοινωνιών και της ανταπόκρισης. Συνεπώς πράγματι υπάρχουν αντίρροπα και συγκρουόμενα συμφέροντα αφού το υπερασπιστικό δικαίωμα προς απόδειξη της αθωότητας αναμφίβολα έρχεται σε σύγκρουση με την αξίωση τρίτου προσώπου συνομιλούντος να προστατευτεί το απόρρητο της επικοινωνίας του, ακριβώς γι αυτό το λόγο βρίσκει και πρόσφορο έδαφος η εφαρμογή της αρχής αναλογικότητας και της *in concreto* στάθμισης για την επίτευξη της πρακτική αρμονίας.

II. Νομολογιακή επισκόπηση του ζητήματος

α. Η κάμψη των αποδεικτικών απαγορεύσεων του α.19 παρ.3 Σ υπέρ του κατηγορουμένου

Η ανωτέρω προβληματική έχει τύχει ασφαλώς επεξεργασίας και σε νομολογιακό επίπεδο. Από την επισκόπηση πλήθους αποφάσεων, αυτό που πρωτεύοντως μπορεί να διατυπωθεί είναι ότι η νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων, με γνώμονα την αρχή της αναλογικότητας (α.25 παρ.1 περ.δ' Σ.) και την σύλληψη του άρθρου 2 παρ. 1 Σ ως θεμελιώδους συνταγματικής διατάξεως που ανάγει σε πρωταρχική υποχρέωση της Πολιτείας τον σεβασμό και την προστασία

²⁴⁴ Βλ. Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα, ο.π., σελ.93.

²⁴⁵ Βλ. Σ. Παπαγεωργίου – Γονατά, ο.π., ΠοινΧρΛΘ', σελ.559 και Ν. Δημητράτο, ο.π., σελ.54.

της ανθρώπινης αξίας, δέχεται την κάμψη του κανόνα του άρθρου 19 παρ. 3 του Συντάγματος περί μη χρήσεως των παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, όταν αυτά αποτελούν το μόνο προτεινόμενο από τον (κατηγορούμενο) αποδεικτικό μέσο προς απόδειξη της αθωότητάς του²⁴⁶. Τότε μόνο επιτρέπεται η αξιοποίησή του, όταν η αθωότητα δεν μπορεί να αποδειχθεί με άλλον τρόπο. Συγκεκριμένα η διατύπωση σε σειρά αποφάσεων του Αρείου Πάγου^{247 248} είναι η ακόλουθη: « [...] Ενόψει όμως της θεμελιώδους συνταγματικής διατάξεως του άρθρου 2 παρ. 1 του σεβασμού και της προστασίας της ανθρώπινης αξίας που χαρακτηρίζει το δημοκρατικό μας πολίτευμα ως ανθρωποκεντρικό με θεμέλιο την αξία του ανθρώπου (Ολομ. ΑΠ 40/1998), του γεγονότος ότι τα έννομα αγαθά της ζωής, της τιμής και της ελευθερίας, τα οποία απολαύουν απόλυτης συνταγματικής προστασίας (άρθρο 5 παρ. 2 του Σ), τίθενται σε διακινδύνευση στην περίπτωση μη απόδειξης της αθωότητας του κατηγορουμένου, κάμπτεται ο κανόνας του άρθρου 19 παρ. 3 του Συντάγματος της μη χρήσεως των παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, όταν αυτά αποτελούν το μόνο προτεινόμενο από τον κατηγορούμενο αποδεικτικό μέσο προς απόδειξη της αθωότητάς του, υπό τον

²⁴⁶ Βλ. ερμηνευτική δήλωση Υπουργού Δικαιοσύνης στην συνεδρίαση ΡΞΔ της 12.06.2008 για το σχέδιο νόμου «ενίσχυση του θεσμικού πλαισίου διασφάλισης του απορρήτου τηλεφωνικής επικοινωνίας» η οποία αφορά την τροποποίηση που επήλθε στο α.177 παρ.2 ΚΠΔ με τον Ν. 3674/2008: «β) [...] Έτσι η παράγραφος 2 του α.177 του ΚΠΔ όπως προτείνεται στο α.10 του παρόντος σχεδίου νόμου είναι απόλυτα σύμφωνη με την πιο πάνω συνταγματική διάταξη και τίθεται σε πλήρη εναρμόνιση της ισχύουσας νομοθεσίας προς αυτή, γ) Στην θεωρία και την νομολογία όμως γίνεται δεκτή η εξαίρεση από τον κανόνα του α.19 παρ.3 του Συντάγματος, η οποία θεμελιώνεται στην αρχή του σεβασμού της αξίας του ανθρώπου, όταν από τα αποδεικτικά μέσα, που έχουν κτηθεί κατά παράβαση των άρθρων 9, 9Α και 19 του Συντάγματος, η οποία θεμελιώνεται στην αρχή του σεβασμού της αξίας του ανθρώπου, αποτελούν το μόνο αποδεικτικό μέσο της αθωότητας του κατηγορουμένου, υπό τον περιορισμό της αρχής της αναλογικότητας.

²⁴⁷ Βλ. ΑΠ 813/2018 ΤΝΠ Νομος, Εφ Αθ 2546/2018 ΤΝΠ Νομος, ΑΠ 42/2004 ΤΝΠ Νομος, ΑΠ 840/2011 ΤΝΠ Νομος, ΑΠ 653/2013, ΑΠ 1323/2011 ΤΝΠ Νομος, ΑΠ 611/2006 σε ΠοινΔικ 2006 σελ.857 (= ΝοΒ 2007 σελ.150 με παρατηρήσεις Σ. Χούρσογλου, ΠοινΧρ 2007 σελ. 895, ΔΙΚΗ 2006 με αγόρευση Α. Ζυγούρα σελ.927), ΑΠ 1537/2007 ΠοινΧρ 2008 σελ.216 (= ΝοΒ 2008 σελ.1899), ΔιατΕισΕφΠειρ 110/2009 ΠοινΔικ 2011 σελ.328 με παρατηρήσεις Γ. Μπουρμά, ΑΠ 1261/2009 ΤΝΠ Νομος, 1622/2005 ΤΝΠ Νομος

²⁴⁸ Βλ. και την ΟΛΑΠ 1/2001 ΤΝΠ Νομος (= ΔΙΚΗ 2001, σελ. 517, ΝοΒ 2001, σελ.1803), στην οποία αναφέρεται ότι «η εξαίρεση από τον συνταγματικής ισχύος κανόνα της απαγορεύσεως των εν λόγω αποδεικτικών μέσων ισχύει μόνο χάριν της προστασίας συνταγματικά υπέρτερων έννομων αγαθών, όπως είναι λ.χ. η ανθρώπινη ζωή. Κάθε άλλη εξαίρεση από την ως άνω απαγόρευση, εισαγόμενη τυχόν με διάταξη κοινού νόμου, όπως είναι και ο Ποινικός Κώδικας, είναι ανίσχυρη κατά το μέτρο που υπερβαίνει το κριτήριο της προστασίας συνταγματικά υπέρτερου έννομου αγαθού.»

περιορισμό πάντοτε της αρχής της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος), εάν δηλαδή στη συγκεκριμένη περίπτωση, λαμβανομένης υπόψη και της βαρύτητας του εγκλήματος, για το οποίο κατηγορείται ο κατηγορούμενος, το εν λόγω αποδεικτικό μέσο είναι το μόνο αναγκαίο και πρόσφορο για την απόδειξη της αθωότητάς του. Περί αυτών θα κρίνει ο δικαστής, ο οποίος σε καταφατική περίπτωση, θα συνεκτιμήσει τα ευνοϊκά σημεία του παρανόμου αποδεικτικού μέσου για τον προτείνοντα αυτό κατηγορούμενο. Επομένως, ενόψει του ότι συνταγματικά υπέρτερο αγαθό, από το αγαθό της ελευθερίας της επικοινωνίας, είναι η προσωπική ελευθερία, η οποία κατοχυρώνεται από τις διατάξεις των άρθρων 5, 6 και 7 του Συντάγματος, το απόρρητο της ελευθερίας της επικοινωνίας κάμπτεται και επιτρέπεται η χρήση στο δικαστήριο του προϊόντος της αθέμιτης μαγνητοφώνησης ιδιωτικής συνομιλίας, προκειμένου να απαλλαγεί ένας αθώος και να αποφευχθεί μια άδικη βαρύτερη καταδίκη του κατηγορουμένου».

Σ' αυτό το σημείο δέον να επισημανθεί ότι αιτήσεις αναίρεσεως γίνονται δεκτές²⁴⁹ από τον ΑΠ για τις περιπτώσεις που στη αναιρεθείσα απόφαση δεν

²⁴⁹ ΑΠ 840/2011 ΤΝΠ Νομος «Με τις ως άνω παραδοχές το δικαστήριο της ουσίας, χωρίς να αναφέρει ότι το παραπάνω παράνομα αποκτηθέν αποδεικτικό μέσο δεν είναι το μόνο αναγκαίο και πρόσφορο μέσο για την απόδειξη της αθωότητας του κατηγορουμένου, όπως αυτός ισχυρίζεται, μετά την απόρριψη παράλληλα του συναφούς αιτήματος της κλήσης να προσέλθει να καταθέσει η μάρτυρας Χ. Κ. (με την οποία φέρεται ότι είχε γίνει η τηλεφωνική επικοινωνία με τον αναιρεσείοντα κατηγορούμενο), έσφαλε, καταλήγοντας μάλιστα με την παραπάνω ανεπαρκή και όχι εμπειριστατωμένη αιτιολογία στην απόρριψη του αιτήματος να ακουστεί η ηχογραφημένη συνομιλία που έχει παράνομα ληφθεί μεταξύ του κατηγορουμένου και της Χ.Κ» και η ΑΠ 1323/2011 ΤΝΠ Νομος στην οποία επισημαίνεται η διακριτική ευχέρεια του δικαστηρίου να κρίνει για την κατ' εξαίρεση χρήση και λήψη υπ' όψιν του παράνομου αποδεικτικού μέσου: «Ανεξάρτητα του εάν το ληφθέν υπόψη από το δικαστήριο της ουσίας ως άνω απαγορευμένο αποδεικτικό μέσο ήταν ή όχι στη συγκεκριμένη περίπτωση το μόνο αναγκαίο και πρόσφορο για την απόδειξη της αθωότητας του κατηγορουμένου αποδεικτικό μέσο, η ενέργεια αυτή του δικαστηρίου δεν συνιστά υπέρβαση εξουσίας, κατά την προαναφερθείσα έννοια, αφού τούτο είχε κατά νόμο δικαιοδοσία να κρίνει περί της συνδρομής ή μη της ως άνω προϋποθέσεως για την κατ' εξαίρεση χρήση και λήψη υπόψη του απαγορευμένου τούτου αποδεικτικού μέσου», βλ. όμως και την 813/2018 ΑΠ ΤΝΠ Νομος όπου το δικαστήριο απεφάνθη ότι: «[...] η εν λόγω μαγνητοταινία δεν ήταν το μόνο αποδεικτικό μέσο το οποίο μπορούσε ο κατηγορούμενος να προτείνει για την απόδειξη της αθωότητάς του, (αντίθετα, από τα πρακτικά προκύπτει ότι πρότεινε και άλλα αποδεικτικά μέσα), το Εφετείο το οποίο, με επαρκή και εμπειριστατωμένη αιτιολογία, απαγόρευσε την ανάγνωση του απομαγνητοφωνημένου κειμένου της ως άνω μαγνητοταινίας, δεν στέρησε αυτόν δικαιώματος, το οποίο ρητά παρέχεται από τον νόμο και εντεύθεν ουδεμία ακυρότητα επήλθε στην διαδικασία και ο πρώτος από το άρθρο 510 παρ. 1 στοιχ. Β' Κ.Π.Δ. λόγος αναίρεσεως, με τον οποίο ισχυρίζεται τα αντίθετα, είναι αβάσιμος» αντίστοιχες και οι ΑΠ 1537/2007 ΠοινΧρ 2008 σελ.216 (= ΝοΒ 2008 σελ.1899), ΑΠ 1261/2009, ΠοινΧρ Ξ, σελ. 323.

περιέχεται ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία ως προς την απόρριψη του ισχυρισμού του κατηγορουμένου· ότι δηλαδή η παρανόμως κτηθείσα τηλεφωνική συνομιλία αποτελεί το μοναδικό και πρόσφορο αποδεικτικό μέσο για την απόδειξη της αθωότητας του (έλλειψη ακρόασης, σχετική ακυρότητα α. 510 παρ. 1B ΚΠΔ). Ειδικής επισημάνσεως χρήζει επίσης το γεγονός ότι από αποφάσεις του ΑΠ²⁵⁰, προκύπτει ότι το Δικαστήριο απαιτεί να προβάλλεται *ορισμένα* ο ισχυρισμός περί μοναδικού και αναγκαίου αποδεικτικό μέσου για την απόδειξη της αθωότητας, με άμεσο επακόλουθο σε περίπτωση μη ορισμένης προβολής αυτού τη απόρριψη του επικαλούμενου λόγου αναίρεσης.

Επιπροσθέτως δέον να αναφερθεί ότι το Ανώτατο Ακυρωτικό πέραν από την περίπτωση της αθωότητας του κατηγορούμενου, δέχεται κάμψη του απόλυτου χαρακτήρα της διάταξης του α.19 παρ. 3 Σ και στις περιπτώσεις που το παράνομο αποδεικτικό μέσο δύναται να χρησιμεύσει στην *ελάφρυνση* της θέσεως του κατηγορουμένου. Πρόκειται δηλαδή για τις περιπτώσεις που ο κατηγορούμενος κατηγορείται αδικώς για αξιόποινη πράξη που τιμωρείται βαρύτερα από εκείνη που πράγματι τέλεσε (π.χ. απλή κλοπή - διακεκριμένη κλοπή, ανθρωποκτονία με πρόθεση - ανθρωποκτονία τελεσθείσα από πρόσωπο ελαττωμένης ικανότητας για καταλογισμό)²⁵¹.

Άξια επισήμανσης νομολογιακά για την ανωτέρω περίπτωση κρίνεται η υπ' αριθ. 16/2001 απόφαση του ΣυμβλημΣάμου. Στην εισαγγελική πρόταση διατυπώθηκε η θέση περί λήψεως υπόψη της καταγεγραμμένης βιντεοσκόπησης της ερωτικής συνεύρεσης της συζύγου του κατηγορουμένου με τρίτο πρόσωπο, με

²⁵⁰ ΑΠ 42/2004 ΤΝΠ Νομος «δεν προέβαλε ορισμένο ισχυρισμό ότι η εν λόγω μαγνητοταινία ήταν το μόνο υπ' αυτού προτεινόμενο αποδεικτικό μέσο, (αντίθετα από τα πρακτικά προκύπτει ότι πρότεινε και άλλα αποδεικτικά μέσα προς απόδειξη της αθωότητάς του), το Εφετείο, το οποίο απαγόρευσε την ακρόαση της ως άνω μαγνητοταινίας δεν στέρησε αυτόν δικαιώματος, το οποίο ρητά παρέχεται από τον νόμο και εντεύθεν ουδεμία ακυρότητα επήλθε στην διαδικασία», ΑΠ 653/2013 ΤΝΠ Νομος.

²⁵¹ Βλ. ΣυμβλημΣάμου, ΠοινΔικ 2001, σελ.819 επ και περαιτέρω παραπομπή σε *Satlanis*, DieSubjektstellung des Beschuldigten im griechischen Strafverfahren unter den strafprozessualen Garantien des Art. 6 der europäischen Menschenrechtskonvention, 1988, σελ. 248 επ., όπου γίνεται επίκληση της ΒVerfGE 34, 238 (249) και λόγος για "Entlastung zu Unrecht Beschuldigter"(για ελάφρυνση της θέσης αδικώς κατηγορηθέντων) που είναι ευρύτερη έννοια από την έννοια της «αθώωσης του κατηγορουμένου».

σκοπό την ελάφρυνση της θέσης του για την κατηγορία της απόπειρας ανθρωποκτονίας της τελευταίας, γενομένου δεκτού του βρασμού ψυχικής ορμής από το δικαστήριο, ώστε να υπαχθεί η περίπτωση της απόπειρας στην προνομιούχα παραλλαγή του άρθρου 299 παρ.2 ΠΚ²⁵².

Κατά την εισαγγελική πρόταση η ratio της αποδοχής της παρανόμως καταγεγραμμένης βιντεοσκόπησης συναρτάται με το σκοπό και την λειτουργία των αποδεικτικών απαγορεύσεων, ως μέσων λειτουργούντων προστατευτικά για τα θεμελιώδη δικαιώματα. Διατυπώνεται δηλαδή η θέση ότι η μη αποδοχή παρανόμως κτηθέντος αποδεικτικού μέσου που συντείνει στην υπεράσπιση και ως ακολούθως στην ελάφρυνση της θέσης του κατηγορουμένου έρχεται σε αντίφαση με τον λειτουργικό προστατευτικό σκοπό των αποδεικτικών απαγορεύσεων. Άλλως ειπείν η «φίμωση» του κατηγορούμενου και η στέρηση της δυνατότητας υπεράσπισης του δεν συμβαδίζει με το λόγο θέσπισης των αποδεικτικών απαγορεύσεων· συνεπώς στην περίπτωση που η αποδεικτική απαγόρευση και η υπερασπιστική επιλογή του κατηγορούμενου περί χρήσης αυτής κατατείνουν σε ομόρροπο αποτέλεσμα, ήτοι σε ελάφρυνση της θέσης του τελευταίου είτε σε αθώωση αυτού θα πρέπει να κάμπτεται ο άτεγκτος χαρακτήρας της διάταξης του α.19 παρ.3 Σ.

Στην ανωτέρω προβληματική δεν μπορεί να παραληφθεί η αναφορά στην νομολογιακή αντιμετώπιση²⁵³ της περίπτωσης εισφοράς από τον κατηγορούμενο

²⁵² Έκφευγει της παρούσης διπλωματικής εργασίας ο σχολιασμός υπό την έποψη του ουσιαστικού ποινικού δικαίου, της αποδοχής (κατά την κρίση της γράφουσας εσφαλμένως) στην ανωτέρω μνημονευθείσα εισαγγελική πρόταση του βρασμού ψυχικής ορμής και συνακόλουθα την υπαγωγή της υπό εξέταση αξιόποινης πράξης στην προνομιούχα παραλλαγή του άρθρου 299 παρ.2 ΠΚ.

²⁵³ Βλ. για την ανωτέρω προβληματική την ΑΠ 1351/1997, ΠοινΧρ 1998, σελ. 965, (εκδοθείσα υπό την προϊσχύουσα παρ. 2 αρ. 177ΚΠΔ) στην οποία, αναφέρεται ότι «Σε περίπτωση όμως επίκλησης και προσαγωγής από κατηγορούμενο μαγνητοφωνημένης ιδιωτικής συνομιλίας με συγκατηγορούμενό του για την ίδια πράξη χωρίς τη συναίνεσή του, που περιέχει στοιχεία ευνοϊκά για την αθώωσή του, θα ληφθεί υπόψη από το δικαστήριο και θα συνεκτιμηθεί με τα λοιπά αποδεικτικά μέσα. Εάν όμως αντιλέξει ο παρών συγκατηγορούμενός του, επικαλούμενος την ως άνω διάταξη της παρ. 2 του αρ. 177 ΚΠΔ, δηλαδή ότι η λήψη υπόψη της μαγνητοταινίας θα οδηγήσει στην ενοχή του ή στην επιβολή ποινής, και δεν πρόκειται για κακούργημα απειλούμενο με ποινή ισόθιας κάθειρξης, οπότε η αντίρρησή του θα ήταν άνευ σημασίας, υπό την προϋπόθεση έκδοσης αιτιολογημένης σχετικής απόφασης, το Δικαστήριο, θρισκόμενο ενώπιον αλληλοσυγκρουσμένων και αντιτιθεμένων συμφερόντων, δεν θα αποκλείσει ένα χρήσιμο ενδεχομένως για την αποδεικτική διαδικασία

ενός αποδεικτικού μέσου που συντείνει στην αθώωση ή στην ελάφρυνση της θέσης του, ταυτοχρόνως όμως το ίδιο αποδεικτικό μέσο λειτουργεί επιβαρυντικά - ενοχοποιητικά για τον άλλο συγκατηγορούμενο. Είναι προφανές ότι η περίπτωση αυτή αποτυπώνει το πεδίο των αλληλοσυγκρουόμενων συμφερόντων μεταξύ των κατηγορουμένων και «δοκιμάζει» την δυνατότητα της δικανικής κρίσης να διασφαλίσει την ισορροπία στο σύστημα προστασίας αξιών κατά την αποδεικτική διαδικασία, σύμφωνα με τη βαθύτερη λογική του δικαίου, η οποία στηρίζεται στη στάθμιση των έννομων αγαθών και συμφερόντων και στη σύμμετρη κατ' αναλογία διαφύλαξή τους²⁵⁴. Στη περίπτωση αυτή προκρίνεται η λύση της κατ' έναν τρόπο «μερικής» αξιοποίησης του αποδεικτικού μέσου· θα πρέπει δηλαδή το δικαστήριο να αξιοποιήσει και να συνεκτιμήσει τα ευνοϊκά για τον έναν κατηγορούμενο σημεία π.χ. μιας παρανόμως αποτυπωθείσας συνομιλίας, και συγχρόνως να αγνοήσει τα επιβαρυντικά για τον άλλο συγκατηγορούμενο στοιχεία.

Η ανωτέρω λύση, η οποία έχει εφαρμοστεί και νομολογιακά, δεν θα πρέπει ωστόσο να παραβλεφθεί ότι εγείρει αμφιβολίες ως προς την μεθοδολογική αρτιότητα της και την θέση εν αμφιβόλω της ασφάλειας δικαίου. Ειδικά στην περίπτωση των τηλεφωνικών συνομιλιών, η ροή του λόγου, η εσωτερική συνοχή και η συνεκτικότητα που χαρακτηρίζει το αποτυπωμένο στις εκθέσεις απομαγνητοφώνησης περιεχόμενο αυτών, δεν συμβιβάζεται εύκολα με την πρακτική της απόσπασης, διαχωρισμού και εν τέλει ίσως και κατακερματισμού του αποδεικτικού υλικού για την επίτευξη της διάκρισης και της λήψης υπόψη των ευνοϊκών για τον κατηγορούμενο στοιχείων και τον παραμερισμό των επιβαρυντικών για τον έτερο συγκατηγορούμενο²⁵⁵.

αποδεικτικό μέσο, αλλά θα λάβει υπόψη την μαγνητοταινία και θα συνεκτιμήσει τα ευνοϊκά (υπέρ της αθώωσης) για τον προτείνοντα κατηγορούμενο σημεία της αποτυπωθείσας συνομιλίας μαζί με τα λοιπά αποδεικτικά μέσα, θα αγνοήσει δε τα επιβαρυντικά για τον αντιλέξαντα συγκατηγορούμενό του σημεία αυτής και θα προβεί στην συνεκτίμηση των λοιπών αποδεικτικών μέσων.». Στο ίδιο συμπέρασμα κατέληξε η ΑΠ 611/2006,ΠοινΧρ 2007, σελ. 895 επ.

²⁵⁴ ΑΠ 611/2006,ο.π. ΔΙΚΗ 2006 με παρατηρήσεις Α.Ζυγούρα σελ.927.

²⁵⁵ Βλ. και Χ. Χριστοφορίδη, Ο κατηγορούμενος και η υπεράσπισή του, ΠοινΧρ 2000, σελ. 865 επ. ο οποίος αναφέρει ότι: «Είναι φανερό ότι στην περίπτωση αυτή όπου συνεκδικάζονται κατηγορούμενοι που έχουν αντίθετα συμφέροντα, το Δικαστήριο, που θα λάβει γνώση του περιεχομένου της μαγνητοταινίας ή του εγγράφου που έχει υποκλαπεί, θα το συνεκτιμήσει μόνο για

β. Η κάμψη των αποδεικτικών απαγορεύσεων του α.19 παρ.3 Σ υπέρ του θύματος

Στις περιπτώσεις κάμψης του απόλυτου χαρακτήρα της διάταξης του α.19 παρ.3 Σ περί απαγόρευσης χρήσης αποδεικτικών μέσων έχει υπαχθεί τόσο από θεωρητική²⁵⁶ όσο και από νομολογιακή έποψη και η αξίωση για προστασία του θύματος της αξιόποινης πράξης. Αρχικά εντοπίζεται σειρά αποφάσεων στο σκεπτικό των οποίων γίνεται η έξης αναφορά: «*τα παρανόμως κτηθέντα αποδεικτικά μέσα λαμβάνονται υπόψη με κάμψη του κανόνα του α.19 παρ.3 Σ είτε υπέρ είτε κατά του κατηγορουμένου*»²⁵⁷. Προκύπτει δηλαδή εκ του ανωτέρω χωρίου ότι τα παράνομα αποδεικτικά μέσα μπορούν να χρησιμοποιηθούν και κατά του κατηγορούμενου. Αυτονόητη περίπτωση χρήσης αποδεικτικών μέσων κατά του κατηγορούμενου αποτελεί η χρησιμοποίηση αυτών για την προστασία του θύματος.

Η άποψη αυτή εκκινεί από την αναγνώριση του θύματος – πολιτικώς ενάγοντος, ως υποκειμένου της ποινικής δίκης και κατ' επέκταση ως προσώπου με δικαίωμα ακρόασης και απόδειξης σ' αυτήν. Συνεπώς υποστηρίζεται ότι σε εξαιρετικές περιπτώσεις επιβάλλεται δια της χρήσης της αρχής της αναλογικότητας, η λήψη υπόψη παράνομων αποδεικτικών μέσων κατά του κατηγορουμένου, διαφορετικά η εν λόγω απαγόρευση θα οδηγούσε σε κατάργηση του δικαιώματος του πολίτη σε δικαστική ακρόαση και προστασία (άρθρο 20 παρ. 1 Συντ.), με αποτέλεσμα να πλήττεται ακόμη και η *ανθρώπινη αξία* στο πρόσωπο του απροστάτευτου θύματος αξιολογώντων πράξεων, τα συνταγματικά δικαιώματα του οποίου μπορούν να προστατευθούν μόνο με τη δικαστική αξιοποίηση κάποιου

την αθώωση του συγκατηγορουμένου, αλλά τότε, θα πρέπει το Δικαστήριο να διαλάβει στο σκεπτικό του και ειδική για το θέμα αυτό αιτιολογία».

²⁵⁶ Βλ. Ν. Ανδρουλάκη, ο.π., σελ. 15 επ., ο οποίος εκκινεί τη άποψη αυτή από την εξέχουσα θέση που φέρει το θύμα στο ημέτερο ποινικοδικονομικό σύστημα (θεσμός πολιτικής αγωγής) σύμφωνα Α. Παπαδαμάκης, ο.π., ΠοινΔικ 2016 σελ. 449.

²⁵⁷ Εφ Αθ 2546/2018 ΤΝΠ Νομος, ΑΠ 653/2013 ΤΝΠ Νομος, ΑΠ 611/2006 σε ΠοινΔικ 2006 σελ.857 (= ΝοΒ2007 σελ.150 με παρατηρήσεις Σ. Χούρσογλου, ΠοινΧρ 2007 σελ. 895, ΔΙΚΗ2006 με αγόρευση Α. Ζυγούρα σελ.927 και ΔιατΕισΕφΠειρ 110/2009 ΠοινΔικ 2011, σελ.328 με παρατηρήσεις Γ. Μπουρμά.

παρανόμως κτηθέντος αποδεικτικού μέσου²⁵⁸. Χαρακτηριστική είναι η διατύπωση της υπ' αριθ. 611/2006 απόφαση του ΑΠ, όπου αναφέρεται ότι «[...] Εξάλλου, με τις ίδιες προϋποθέσεις θα ληφθεί υπόψη από το δικαστήριο κατά του κατηγορουμένου, αποδεικτικό μέσο που έχει κτηθεί παρανόμως, όταν αυτό αποτελεί το μοναδικό ενδεχομένως αποδεικτικό μέσο στο οποίο ο παθών μπορεί να στηρίξει την καταγγελία του.[...]».²⁵⁹

Κατά την γράφουσα, οι αντινομίες που προκαλεί ο άκαμπτος χαρακτήρας της διάταξης του α. 19 παρ. 3 Σ αναπόδραστα εντοπίζονται και δρουν επιβαρυντικά και για το θύμα το οποίο αναγνωριζόμενο ως αυτοτελές υποκείμενο της ποινικής δίκης, απολαμβάνει και αυτό του δικαιώματος ακρόασης και του επιμέρους διακριτού δικαιώματος απόδειξης (α.20 Σ). Άλλωστε στους σκοπούς της απονομής της ποινικής δικαιοσύνης εντάσσεται και η προστασία του θύματος²⁶⁰. Και σε αυτήν τη περίπτωση η στάθμιση δέον να γίνεται με τα κριτήρια της αρχής της αναλογικότητας, συγκεκριμένα δέον να κρίνεται η προσφορότητα και η αναγκαιότητα της χρήσης του παρανόμως κτηθέντος αποδεικτικού μέσου. Τέλος, στην απόφαση παράγων που συνεκτιμάται κατά τη σταθμιστική διεργασία αποτελεί η *βαρύτητα* του εγκλήματος. Ειδικώς ως προς την αναγκαιότητα του μέτρου, άκρο όριο και κατ' ουσίαν φραγμό του επιτρεπτού της χρήσης αποδεικτικών μέσων κατά

²⁵⁸ Βλ. όμως και σε Χ. Νάιντο, ο.π., 498 – 499 την επιχειρηματολογία του περί της απόρριψης χρήσης αποδεικτικών μέσων υπέρ του θύματος και κατά του κατηγορουμένου, συγκεκριμένα αναφέρει ότι η προκείμενη περίπτωση διαφέρει από την περίπτωση που το παρανόμως και αντισυνταγματικώς αποκτηθέν αποδεικτικό μέσο αξιοποιείται υπέρ του κατηγορουμένου, καθώς εκεί τα συμφέροντα του κατηγορουμένου και του κράτους για την αναζήτηση της αλήθειας και την απονομή της δικαιοσύνης είναι *ομόρροπα*, ενώ ταυτοχρόνως δεν προσβάλλεται καθόλου και το δικαίωμα απόδειξης του θύματος. Στην εξεταζόμενη όμως περίπτωση το δικαίωμα απόδειξης του πολιτικώς ενάγοντος και η αξίωση για αναζήτηση της αλήθειας είναι αντίρροπα προς την προστασία των ατομικών δικαιωμάτων του κατηγορουμένου και η στάθμιση τους δε δύναται να οδηγήσει στην υπερίσχυση του δικαιώματος του πολιτικώς ενάγοντος να αποδείξει την ενοχή του κατηγορουμένου. «*Η περίπτωση αδυναμίας του κατηγορουμένου να αποδείξει την αθωότητα του δεν μπορεί να παραλληλιστεί με την περίπτωση που ο πολιτικώς ενάγων αδυνατεί να αποδείξει την ενοχή του κατηγορουμένου όσο δύσκολη και αν είναι η θέση του πολιτικώς ενάγοντος*».

²⁵⁹ Βλ. Α. Καρρά, Επίτομη Ερμηνεία ΚΠΔ, β' εκδ., σελ. 466-467 σύμφωνα με τον οποίο η δυνατότητα αυτή υπάρχει και όταν η πιο πάνω χρήση αποτελεί στην ουσία ένα είδος αμυντικής (και συνακόλουθα μη άδικης) πράξης, όπως λ.χ. όταν αξιοποιείται αποδεικτικά η μαγνητοταινία, στην οποία έχουν καταγραφεί οι απειλές του εκβιαστή κ.ά.

²⁶⁰ Βλ. Γ. Τριανταφύλλου, ο.π., ΠοινΧρ 2007, σελ. 295.

του κατηγορούμενου πρέπει να αποτελεί πάντοτε ο «σκληρός πυρήνας» της προσωπικής σφαίρας του κατηγορούμενου, σε κάθε δε περίπτωση απαγορεύεται δηλαδή, η χρήση αποδεικτικών μέσων που πλήττουν καίρια την ανθρώπινη αξία του τελευταίου (άρθρα 2 παρ. 1, 5 παρ.1).

7. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Η Αναθεώρηση του Συντάγματος του 2001 και η προσθήκη με αυτή της αποδεικτικής απαγόρευσης του α.19 παρ.3 Σ. δεν θα μπορούσε να μην επιφέρει έναν κυκλώνα εξελίξεων στο πεδίο της ποινικής διαδικασίας²⁶¹ ²⁶². Η επίμαχη διάταξη άλλωστε επενεργεί πρωτευόντως στη Ποινική Δίκη, όπου το αποδεικτικό υλικό αποτελεί έναν από τους ουσιωδέστερους παράγοντες για τη διαμόρφωση της τελικής δικανικής κρίσης.

Αρχικά, όπως διαπιστώθηκε στην αρχή της παρούσας ενότητας, οι αποδεικτικές απαγορεύσεις εισήχθησαν στην ποινική δίκη ως φραγμοί, ήτοι ως θεσμοθετημένες μορφές παρακάμψεως της αρχής της αναζήτησης της αλήθειας²⁶³ στις περιπτώσεις που η απαρέγκλιτη εφαρμογή της θα προσέκρουε στην αναλογικότητα και θα έπληττε καίρια θεμελιώδη δικαιώματα των μερών της δίκης και πρωτίστως του κατηγορουμένου. Προέκυψε δηλαδή ότι αυτές λειτουργούν εγγυητικά και προστατευτικά προς τα θεμελιώδη δικαιώματα, όταν τα τελευταία τίθενται μοιραία σε διακινδύνευση κατά τη συλλογή και την αξιοποίηση του αποδεικτικού υλικού.

Συγχρόνως όμως όπως προκύπτει εκ της ανωτέρω ανάλυσης, ο θεσμός των αποδεικτικών απαγορεύσεων συνδέεται αναμφίβολα και με ένα άλλο σημαντικό στοιχείο που άπτεται των δικαστικών αποφάσεων. Στον όρο δηλαδή «αξιοποίηση»

²⁶¹ Βλ. και την ομότροπη τροποποίηση του α.177 παρ.2 με με το άρθρο 10 παρ. 2 του Ν. 3674/10.07.2008.

²⁶² Βλ. Ξ. Κοντιάδη, Ο νέος συνταγματισμός και τα θεμελιώδη δικαιώματα μετά την αναθεώρηση του 2001 εκδ. Σάκκουλας, 2002, σελ.220 – 221 ο οποίος επισημαίνει ότι και αυτή η ρύθμιση ενδεχομένως μπορεί να ενταχθεί στα πλαίσια του νέου συνταγματισμού όπου ενισχύονται τα στοιχεία της συνταγματικής τάξης που δεσμεύουν ευρύτερα τις επιλογές και αποφάσεις των κρατικών οργάνων και όπου άμεσος σκοπός είναι η ενίσχυση της ασφάλειας δικαίου και της ενότητας της νομολογίας

²⁶³ Άλλοι περιορισμοί στην προσπάθεια αναζήτησης της αλήθειας αποτελούν π.χ. το δεδικασμένο (άρθρα 57-58 ΚΠΔ) και οι προθεσμίες (βλ. π.χ. άρθρα 166-167 ΚΠΔ).

των αποδεικτικών μέσων συνήχθη ότι υπάγεται και η λειτουργία αυτών, ως τμημάτων της αιτιολογίας της δικαστικής απόφασης και ακολούθως ως βαρύνοντος παράγοντα για την «νομιμοποίηση» αυτής (ενν. της δικαστικής απόφασης) στην περί δικαίου συνείδηση των πολιτών. Γιατί πράγματι κάποιος θα μπορούσε εύλογα να θέσει το ερώτημα :«αφού έγινε ότι έγινε» γιατί να στερηθεί το δικαστήριο από τα πιθανόν χρησιμότερα αποδεικτικά μέσα, όταν δεν μπορεί να επανορθώσει της προσβολής των δικαιωμάτων του κατηγορουμένου, ενώ από την άλλη μεριά κινδυνεύει σοβαρά χωρίς αυτές τις αποδείξεις η αναζήτηση της ουσιαστικής αλήθειας στην υπό κρίση περίπτωση;²⁶⁴

Δια της θέσεως του ανωτέρω ερωτήματος εντοπίζεται και μια δεύτερη πτυχή των αποδεικτικών απαγορεύσεων· Η σύνδεση δηλαδή των τελευταίων με την αντίληψη ότι το Κράτος δεν μπορεί να αποδίδει δίκαιο «στηριγμένο πάνω σε άδικο²⁶⁵». Πράγματι η τήρηση των δικονομικών τύπων και η διαρκής προσπάθεια για αποδέσμευση της ποινικής δίκης από κάθε δικονομικό «ψεγάδι» συνδέεται αναμφίβολα και με τον ειδικοπροληπτικό ρόλο που επιδιώκει να επιτελέσει ο μηχανισμός επιβολής της ποινής, καθώς μόνο δια της αποδοχής της δικαστικής απόφασης και ακολούθως της ποινής «ως δίκαιης» από το κατηγορούμενο, αυτός επιτυγχάνεται²⁶⁶. Ταυτοχρόνως σε γενικοπροληπτικό επίπεδο μια απόφαση που δια της αιτιολογίας της αποκαλύπτεται ότι έχει υποπέσει σε διαδικαστικές αυθαιρεσίες υπολείπεται της απαιτούμενης δημοκρατικής νομιμοποίησης²⁶⁷.

Οι ανωτέρω διαπιστώσεις βέβαια θα πρέπει να τεθούν και να αξιολογηθούν εντός του πλαισίου της Ποινικής Δίκης, ενός χώρου κατεχοχόν ρευστού, σχετικοποιημένου, όχι στατικού αλλά αναμφίβολα δυναμικού, όπου λαμβάνουν

²⁶⁴ Βλ. Σ. Παπαγεωργίου – Γονατάς, ο.π., ΠοινΧρΛΘ' σελ.552.

²⁶⁵ Βλ. Σ. Παπαγεωργίου – Γονατάς, ο.π., ΠοινΧρΛΘ' σελ.555.

²⁶⁶ Βλ. Σ. Παπαγεωργίου – Γονατάς, ο.π., ΠοινΧρΛΘ' σελ. 563 ο οποίος χαρακτηριστικά αναφέρει ότι «ένα φιλελεύθερο Ποινικό οικοδόμημα ενός Κράτους Δικαίου με τις ειδικοπροληπτικές προεκτάσεις του, που διακηρύσσουν ότι ο σκοπός της ποινής δεν πραγματούται μόνο μέσα στα κελιά της φυλακής αλλά εξίσου στην διεξαγωγή της δίκης όταν ο κατηγορούμενος ρητά ή ενδόμυχα λέει: Αυτός ο δικαστής σωστά με δίκασε».

²⁶⁷ Βλ. Α. Παπαδαμάκη, Ποινική Δικονομία, 7^η έκδοση, εκδ. Σάκκουλα, σελ.612 όπου επισημαίνει ότι: η Δικαιοσύνη μέσω της αιτιολογίας των αποφάσεων νομιμοποιείται ως εξουσία (α.26 παρ.3 Σ) «εν τη επιστήμη».

χωρά διαρκείς εντάσεις και συγκρούσεις ανταγωνιζόμενων εννόμων αγαθών και θεμελιωδών δικαιωμάτων.

Σε αυτό το «ηλεκτρισμένο» πλαίσιο διαπάλης, η άκαμπτη και απόλυτη διατύπωση του α.19 παρ.3 του Σ., συνταγματικά θεσπισμένη, προκαλεί τεράστια δυσκαμψία αν όχι «ακινησία» στο κοινό νομοθέτη και ακολούθως στο Δικαστή. Αναγκαία, εξ' αυτής της διαπίστωσης, τίθεται το ερώτημα αν αυτή η «επιλεκτική» ακαμψία που εισήχθη με το α.19 παρ.3 του Σ. συμβιβάζεται με το ρευστό χαρακτήρα της αποδεικτικής διαδικασίας της ποινικής δίκης και αν εν τέλει αυτή η λύση της «συνταγματοποίησης» – κατά απόλυτο τρόπο – ύλης που άνηκε στον κοινό νομοθέτη²⁶⁸ περιπλέκει περισσότερο τα ήδη υπάρχοντα ζητήματα της αποδεικτικής διαδικασίας.

Ήδη εκ της ανωτέρω ενδοσυστηματικής ερμηνείας του Συντάγματος προέκυψε ότι η απόλυτη απαγόρευση αναγκαστικώς κάμπτεται όταν συγκρούεται με το υπέρτατο έννομο αγαθό της ανθρώπινης αξίας. Άκρο όριο λοιπόν της αποδεικτικής απαγόρευσης του α.19 παρ. 3 του Σ., όπως άλλωστε και κάθε κτήσης και αξιοποίησης αποδεικτικού μέσου αποτελεί η προσβολή της αξίας του ανθρώπου. Ο κατηγορούμενος δεν παύει ποτέ να είναι προεχόντως υποκείμενο της, πρόσωπο και όχι πράγμα προσιτό σε κάθε είδους χειρισμούς²⁶⁹. Και στο πεδίο λοιπόν της ποινικής δίκης, κατεξοχήν πεδίο όπου δύναται να θιγεί η προσωπική του ελευθερία, επ' ουδενί λόγο είναι επιτρεπτή η προσβολή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας του²⁷⁰.

Συνεπώς εξ' όλων των ανωτέρω κατέστη κατανοητό ότι η εισαγωγή συνταγματικής αποδεικτικής απαγόρευσης δια του άρθρου 19 παρ.3 του Σ.,

²⁶⁸ Βλ. *Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα*, ο.π.,σελ.105.

²⁶⁹ Βλ. *Ν. Ανδρουλάκη*, *Θεμελιώδεις έννοιες της Ποινικής Δίκης*, 4η έκδοση, Σάκκουλας, σελ. 204 και υποσ.429 Kant, *Gundlegung zur Metaphysik der Sitten* σελ.52, 60, «όταν ο συγκεκριμένος άνθρωπος υποβιβάζεται σε αντικείμενο, σε απλό μέσο, σε αντικαταστατό μέγεθος».

²⁷⁰ Βλ. *Σ. Παπαγεωργίου – Γονατάς*, ο.π., *ΠοινΧρΛΘ'* σελ.565 με περαιτέρω παραπομπή σε *Beling: «Είναι καιρός πια να αντιληφθούμε ότι η ανθρώπινη αξιοπρέπεια πρέπει να γίνεται σεβαστή και στην ποινική δίκη και συνεπώς μια άλυτη σύγκρουση μεταξύ ανθρώπινης αξιοπρέπειας και συμφερόντων ποινικής δικονομίας πρέπει να καταλήγει σε αποδεικτική απαγόρευση. Τώρα το τι είναι ανθρώπινη αξιοπρέπεια, γι' αυτό θα πρέπει να κουράσουν το μυαλό τους πολλές γενιές ακόμη» (Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, Breslau, 1903, σελ.37)*

επιχείρησε να λύσει προκαταβολικά και εξ' ολοκλήρου μια σύγκρουση αντιτιθέμενων συμφερόντων, η οποία όμως εν προκειμένω λαμβάνει χώρα και εξετάζεται εντός του πεδίου της ποινικής διαδικασίας με αποτέλεσμα να αμφισβητείται από δικαιοπολιτικής κυρίως σκοπιάς η νομοτεχνική αρτιότητα και η ενδοσυστηματική συμβατότητά της αναθεωρητικής επιλογής εξεταζόμενη πάντα εν σχέσει με τον ρευστό και ολισθηρό χαρακτήρα που χαρακτηρίζει την ποινική δίκη.

Η ολοκληρωτική στέρηση δηλαδή από τον κοινό νομοθέτη ύλης, που κατεξοχήν θα έπρεπε να δύναται να ψηλαφίσει και να κατεργαστεί ο ίδιος με τα σταθμιστικά του εργαλεία και η καταβάρθρωση του διανοητικού αγώνα του Δικαστή να επεξεργαστεί στο πλαίσιο της εκάστοτε ποινικής δίκης το αποδεικτικό υλικό και να αξιολογήσει την αξία αυτού δυναμικά σε συνάρτηση με το τρόπο κτήσης του, αποκρυσταλλώνει τα μελανά σημεία της προσθήκης του αναθεωρητικού νομοθέτη.

Κατά την γράφουσα, μονή *de lege ferenda* λύση για την υπέρβαση της νομοθετικής αυτής δυσκαμψίας θα ήταν η εισαγωγή επιφύλαξης νόμου στη συνταγματική διάταξη έτσι ώστε κοινός νόμος να μπορεί *εξαιρετικώς* να καθορίσει τις περιπτώσεις εκείνες όπου το δικαστήριο θα έχει την διακριτική ευχέρεια να λάβει υπόψη και ένα παράνομο αποδεικτικό μέσο, κατόπιν σταθμιστικής διεργασίας με βάση την αρχή της αναλογικότητας και της πρακτικής αρμονίας.

8. Επίμετρο Συγκριτική Επισκόπηση: Η προστασία του απορρήτου της επικοινωνίας στις Η.Π.Α. – Ο κανόνας των «exclusionary rules»

Οι Η.Π.Α, επιλέχθηκαν από την γράφουσα προς συγκριτική επισκόπηση της προστασίας του απορρήτου επικοινωνίας, κυρίως α) για να τύχει επεξεργασίας το εν λόγω δικαίωμα υπό την έποψη του αγγλοαμερικάνικου δικαίου (*common law*) και να αναδειχθεί η σημασία της τήρησης του δικαστικού προηγούμενου η οποία έχει ισχύ δεσμευτικού κανόνα στην εν λόγω έννομη τάξη (*rule of precedent*), εν αντιθέσει με τις Χώρες της ηπειρωτικής Ευρώπης όπου η προστασίας της

επικοινωνίας ερείδεται κυρίως σε ρητή συνταγματική διάταξη και β) για να εξεταστεί το εν λόγω δικαίωμα υπό το πρίσμα του κανόνα των «exclusionary rules».

Στις Η.Π.Α. το συνταγματικό θεμέλιο της προστασίας του απορρήτου της επικοινωνίας κείται στην 4^η Τροποποίηση του Αμερικάνικου Ομοσπονδιακού Συντάγματος²⁷¹ σύμφωνα με το οποίο : «*Το δικαίωμα της προσωπικής ασφάλειας των πολιτών, το άσυλο της κατοικίας τους, το απόρρητο των εγγράφων και των προσωπικών ειδών τους είναι απαραβίαστα, εναντίον κάθε χωρίς λόγο έρευνας και κατασχέσεως, δεν εκδίδεται δε σχετικό ένταλμα παρά για προφανή αιτία²⁷² που στηρίζεται σε όρκο ή βεβαίωση και περιγράφει ειδικά τον τρόπο της έρευνας και τα πρόσωπα που θα συλληφθούν ή τα πράγματα που θα κατασχεθούν²⁷³*».

Εκ της γραμματικής διατύπωσης της διατάξεως δεν προκύπτει σαφώς και ρητώς η προστασία του απορρήτου των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων ωστόσο αυτή συνάγεται από το συνολικό νόημα της διάταξης της 4^{ης} Τροποποίησης η οποία στοχεύει στην προστασία του δικαιώματος της ιδιωτικής ζωής εν γένει (privacy) και καθιερώνει υποχρέωση αποχής από ενέργειες που δύνανται να πλήξουν το εν λόγω δικαίωμα.

Από το ανωτέρω συνταγματικό πλαίσιο απορρέει η ειδική απαγόρευση προσβολής του δικαιώματος του απορρήτου των τηλεπικοινωνιών από παρανόμως διενεργηθείσα άρση απορρήτου προερχόμενη εκ των κρατικών οργάνων. Κύριος

²⁷¹ «*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*».

²⁷² Βλ. για την έννοια του «probable cause» σε P. Schwartz, German and U.S. Telecommunications Privacy Law: Legal Regulation of Domestic Law Enforcement Surveillance Berkeley Law (2003) σελ. 793: <https://pdfs.semanticscholar.org/fb49/de5755f90e779a6b6d8c72dbf9cf4242af41.pdf>

²⁷³ Βλ. Π. Τσίρη, Η συνταγματική ,Κατοχύρωση του δικαιώματος του απορρήτου της επικοινωνίας, εκδ. Α.Ν. Σάκκουλα, 2002, σελ.26 την αναφορά στην κατοχύρωση του υπό εξέταση δικαιώματος από τις Διακηρύξεις των Συνταγμάτων των ομόσπονδων πολιτειών και την επισήμανση ότι όλες σχεδόν οι διατάξεις με ορισμένες φραστικές μεταβολές διατυπώνονται κατά το πρότυπο της Ομοσπονδιακής Διακήρυξης ενώ σε ορισμένες από αυτές αναφέρεται ρητά και η προστασία του απορρήτου της επικοινωνίας (υποσ.22): ήτοι στο Συντ. Χαβάης (α.1 παρ.7), Φλώρινας (α.1 παρ.12), Ιλλινόις (α.1 παρ.6), Νέας Κολούμπιας (α.1 παρ.4) και Νέας Υόρκης (Διακ.Δικ. α.12).

δηλαδή αποδέκτης του προστατευτικού πλέγματος που παρέχεται δια της 4^{ης} Τροποποίησης είναι η εκτελεστική εξουσία²⁷⁴. Η ευθύνη των ιδιωτών προκύπτει κυρίως αντανakλαστικά όταν αυτοί μετέχουν στις εν λόγω παρεμβατικές μεθόδους, δρώντας εκ μέρους του κράτους (state actor)²⁷⁵ ή όταν ενεργούν στα πλαίσια προνομίου ή δικαιώματος που πηγάζει από την κρατική εξουσία. Άλλωστε η ανωτέρω διαπίστωση επιβεβαιώνεται εν τοις πράγμασι και από την ιδιαιτέρως συχνή πρακτική των αμερικάνικων δικωκτικών αρχών να επιδιώκουν τη απόκτηση αποδεικτικών μέσων κατά παράβαση του απορρήτου της επικοινωνίας μέσω των ιδιωτών²⁷⁶.

Όπως ελέχθη ανωτέρω το δικαίωμα των ανταποκρίσεων δεν απολαμβάνει ρητώς και ειδικώς την συνταγματική προστασία εκ της 4ης Τροποποίησης. Νομολογιακά βέβαια δείγματα αυτής της προστασίας εντοπίζονται ήδη από πολύ παλαιότερα, όπως λ.χ. στην απόφαση *ex Parte Jackson v. ΗΠΑ (1877)*²⁷⁷, σύμφωνα με την οποία «*κανένας νόμος του Κογκρέσου δεν δίδει στους αξιωματούχους των ταχυδρομικών υπηρεσιών την εξουσία να παραβιάζουν το απόρρητο της αλληλογραφίας*»²⁷⁸. Παρά το συνταγματικό θεμέλιο για την προστασία της

²⁷⁴ Βλ. *Ν. Παπαδόπουλο*, Προστασία του απορρήτου της επικοινωνίας Ερμηνευτική προσέγγιση του α.19 του Συντάγματος της Ελλάδας εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2008 σελ.94 ο οποίος αναφέρει ότι στο αμερικάνικο δίκαιο τα ατομικά δικαιώματα δεν στρέφονται κατά μιας ενιαίας κρατικής εξουσίας άλλα γίνεται διάκριση μεταξύ Κυβέρνησης (εκτελεστικής λειτουργίας) και Κογκρέσου (νομοθετικής λειτουργίας) έτσι ώστε ως αποδέκτης των ατομικών δικαιωμάτων να εμφανίζεται η λειτουργία της κρατικής εξουσίας.

²⁷⁵ Βλ. *Ν. Παπαδόπουλο*, ο.π.σελ.94.

²⁷⁶ Βλ. *Ν. Παπαδόπουλο*, ο.π., σελ. 94 και περαιτέρω παραπομπή σε *S. Grissom, Who is Bound by Fundamental Rights/USA*.

²⁷⁷ Βλ. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/96/727/> και συγκεκριμένες αναφορές «*the constitutional guaranty of the right of the people to be secure in their papers against unreasonable searches and seizures extends to their papers, thus closed against inspection, wherever they may be*» [...] *Whilst in the mail, they can only be opened and examined under like warrant, issued upon similar oath or affirmation, particularly describing the thing to be seized, as is required when papers are subjected to search in one's own household. No law of Congress can place in the hands of officials connected with the postal service any authority to invade the secrecy of letters and such sealed packages in the mail; and all regulations adopted as to mail matter of this kind must be in subordination to the great principle embodied in the Fourth Amendment of the Constitution*».

²⁷⁸ Βλ. όμως και την οριακή εξαίρεση στο γενικά απαραβίαστο των ανταποκρίσεων που εφήρμοσε το Supreme Court στην απόφαση *USA v. Ramsey 431 US 606 (1997)* σύμφωνα με την οποία η

επικοινωνίας όπως προκύπτει από τη 4^η Τροποποίηση, το διάστημα 1928 – 1963²⁷⁹, ένας σημαντικός αριθμός αποφάσεων του Supreme Court αρνήθηκε την εφαρμογή των διατάξεων σε διάφορες πράξεις τηλεφωνικών παρακολουθήσεων με πρώτη και βασικότερη την υπόθεση *Olmstead v. United States* του 1928²⁸⁰ στην οποία κατά τη δικαστική κρίση δεν αναγνωρίζεται παραβίαση της 4^{ης} τροποποίησης με την αιτιολογία ότι η καταγραφή τηλεφωνικής συνδιάλεξης του οικιακού τηλεφώνου με χρήση μηχανημάτων εκτός σπιτιού δεν παραβιάζει την ανωτέρω Τροποποίηση καθότι δεν συνιστά καταπάτηση της ιδιωτικής ζωής, αφού κατά τη κρίση του Δικαστηρίου δεν έλαβε χώρα «φυσική εισβολή» (physical intrusion) στον οικιακό χώρο²⁸¹.

Η στάση αυτή της νομολογίας ωστόσο διάνοιξε ένα ευρύ πεδίο προβληματισμού αναφορικά με την προστασία του απορρήτου των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων και απόρροια αυτού αποτέλεσε αρχικά ο ομοσπονδιακός νόμος περί επικοινωνιών του 1934 (Federal Communication Act)²⁸². Ακόλουθη νομοθετική πρωτοβουλία αποτέλεσε ο κώδικας για την καταπολέμηση της εγκληματικότητας και τη δημόσια ασφάλεια (Omnibus Crime Control and Safe Streets Act) του 1968, ο

Κυβέρνηση έχει πρόσβαση σε επιστολές που εισέρχονται στις ΗΠΑ βάσει μακρόχρονης δικαιοδοσίας να αυτοπροστατεύεται σταματώντας και εξετάζοντας πρόσωπα και πράγματα που διέρχονται τα σύνορα και εισέρχονται στη χώρα.

²⁷⁹ Βλ. Π. Τσίρη, ο.π., σελ.22 και συγκεκριμένα υποσ.5 περιέχουσα σειρά αποφάσεων του Supreme Court προς αυτή τη κατεύθυνση.

²⁸⁰ Βλ. αυτήν σε D. Solove, *The digital person: Technology and privacy in the Information Age*, New York University Press: New York 2004 σελ.188 επ. και συγκεκριμένο χωρίο του σκεπτικού της: «*The Amendment does not forbid what was done here. There was no searching. There was no seizure. The evidence was secured by the use of the sense of hearing and that only. There was no entry of the houses or offices of the defendants. [...] Since there was no trespassing, opening, or rummaging, there was no invasion of Fourth Amendment privacy.*»

²⁸¹ Βλ. Solove D., ο.π., σελ. 188 επ. και *Whitman J.*, *The two western cultures of privacy: Dignity versus Liberty*, *Yale Law Journal*, 2004, σελ. 1211 επ. για την συγκριτική προσέγγιση του όρου «privacy» σε Ευρώπη και Αμερική.

²⁸² Βλ. Π. Τσίρη, ο.π., σελ. 22, υποσ.6, ο οποίος αναφέρει ότι διάταξη του νόμου αυτού σύμφωνα με την οποία «*Κανένα πρόσωπο που δεν είναι εξουσιοδοτημένο από τον αποστολέα δεν μπορεί να παραβιάζει οποιαδήποτε επικοινωνία και να διαδίδει ή να δημοσιεύει την ύπαρξη, το περιεχόμενο, το σκοπό, το αποτέλεσμα ή τη σημασία της παραβιασθείσας επικοινωνίας σε οποιαδήποτε πρόσωπο ...*» και την συναφή απόφαση *Nardonne v. United States* (1938) σύμφωνα με την οποία οι αποδείξεις που συλλέχτηκαν από ομοσπονδιακά όργανα με την ευκαιρία παράνομων τηλεφωνικών υποκλοπών είναι απαράδεκτες («*evidence obtained as the fruit of illegal wiretapping could not be used in court*») και την αντίστοιχης κρίσης απόφαση *Benanti v. United States* (1957).

οποίος τροποποιήθηκε, κατ' επιταγήν των τεχνολογικών εξελίξεων, από τον Νόμο περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών και ιδιωτικού βίου (Electronic Communications and Privacy Act - ECPA) 1986²⁸³. Κύριο σημείο εστίασης του ανωτέρου νομοθετήματος υπήρξε η θέσπιση δικαιοκρατικών εγγυήσεων για την παρακολούθηση των τηλεφωνικών συνομιλιών και η επέκταση της προστασίας του απορρήτου στις νέες μορφές εμφάνισης των τηλεπικοινωνιών²⁸⁴.

Αναλυτικότερα για την παρακολούθηση του περιεχομένου των τηλεφωνικών συνομιλιών απαιτείται καταρχήν δικαστική διαταγή²⁸⁵ ²⁸⁶ (ένταλμα από τον ομοσπονδιακό δικαστή που έχει εξουσιοδοτήσει ο Υπουργός Δικαιοσύνης) η οποία εκδίδεται εφόσον συντρέξουν οι κατωτέρω ρητά τυποποιημένες προϋποθέσεις του νόμου²⁸⁷. Διαφορετικός είναι εν προκειμένω ο νόμος που ρυθμίζει την παρακολούθηση των επικοινωνιών για λόγους εθνικής ασφάλειας παρέχοντας ευρύτερο και ευχερέστερο πεδίο δράσης στις αρχές (Foreign Intelligence Surveillance Act – FISA)²⁸⁸.

Ως προς τον νόμο ECPA, όπως διευτυώθη ανωτέρω αναφορικά με την άδεια της δικαστικής αρχής αυτή δύναται να δοθεί στα εντεταλμένα όργανα εφόσον

²⁸³ Βλ. *N. Παπαδόπουλο*, ο.π.σελ.95.

²⁸⁴ Βλ. *D. Solove*, ο.π.,σελ.68 επ.

²⁸⁵ Βλ. στην απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου *United States v. United States District Court of the Eastern District of Michigan* του 1972 την αναφορά στο δικαστικό ένταλμα για τη συνταγματικότητα της παρακολούθησης και για λόγους εθνικής ασφάλειας σύμφωνα με την οποία «[...]η εθιμική απαίτηση που βασίζεται στην Τέταρτη Τροποποίηση να τυγχάνει προηγούμενης δικαστικής έγκρισης κάθε πρωτοβουλία έρευνας ή παρακολούθησης εφαρμόζεται σε περιπτώσεις που σχετίζονται με τις εσωτερικές όψεις της εθνικής ασφάλειας».

²⁸⁶ Βλ. σε *B. Owsley*, *The Fourth Amendment Implications of the Government's Use of Cell Tower Dumps in its Electronic Surveillance*, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 16, 2013 την προβληματική αναφορικά με την υποχρέωση ή μη έκδοσης δικαστικού εντάλματος κατά την διενέργεια μιας νέας μορφής επιτήρησης των δεδομένων θέσης του κινητού τηλεφώνου («cell dumb tower») και *M. Kortz & C. Bavitz*, «Cell Tower Dumps» προσπελάσιμο σε: <https://bostonbarjournal.com/2019/03/18/cell-tower-dumps/>

²⁸⁷ Βλ. *Π. Τσίρη*, ο.π., σελ. 24, και *N. Παπαδόπουλο*, ο.π.σελ.95.

²⁸⁸ Βλ. *L. Friedman*, *Remnants of Information Privacy in the Modern Surveillance State*, *New England Law Review*, Vol. 52, Issue 1, 2018, Boston Research Paper No. 19-03 προσπελάσιμο στον ιστότοπο: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3383625

συντρέχουν συγκεκριμένες και ιδιαιτέρως αυστηρές προϋποθέσεις²⁸⁹: α) απαιτείται προηγούμενη υποβολή αιτήσεως προς το ομοσπονδιακό δικαστήριο, β) πιθανολόγηση ότι συγκεκριμένα άτομα συνδέονται με τη διάπραξη σοβαρών κακουργημάτων από εκείνα που αναφέρει ο νόμος²⁹⁰, γ) όλα ή μερικά από τα πρόσωπα αυτά χρησιμοποιούν τα συγκεκριμένα μέσα επικοινωνίας ή βρίσκονται σε συγκεκριμένα κτίρια τα οποία ζητείται να παρακολουθηθούν, δ) η χρήση των αποδεικτικών στοιχείων που θα αποκτηθούν από την παρακολούθηση θα χρησιμοποιηθούν σε σχέση με το συγκεκριμένο έγκλημα για το οποίο χορηγήθηκε η άδεια ε) να προκύπτει ότι κάποια άλλη ανακριτική πράξη – λιγότερο επαχθής για τα ατομικά δικαιώματα – είτε εφαρμόστηκε δίχως επιτυχία, είτε δεν υπάρχει πιθανότητα να τελεσφορήσει, είτε είναι πολύ επικίνδυνη στη χρήση της^{291 292}.

Εξ αντιδιαστολής όπως σαφώς προκύπτει από τις διατάξεις του ανωτέρω νόμου η χρήση ηλεκτρονικών μέσων για την παρακολούθηση κινήσεων προσώπων ή πραγμάτων και για την παγίδευση ιδιωτικών συνομιλιών συνιστά ουσιώδη προσβολή της «privacy» με άμεσο επακόλουθο την ποινικοποίηση της χρήσης αυτών των τεχνικών μεθόδων παρακολούθησης όταν πραγματοποιούνται από ιδιώτες. Συγκεκριμένα ποινικοποιείται κάθε εσκεμμένη παγίδευση ενσύρματης, προφορικής ή ηλεκτρονικής επικοινωνίας που δεν θα μπορούσε διαφορετικά να είναι προσιτή στο κοινό β) η χρήση του μέσου της παγίδευσης και γ) η αποκάλυψη των περιεχομένων κάθε επικοινωνίας που έχει παράνομα παγιδευτεί²⁹³.

²⁸⁹ Βλ. *D. Solove*, ο.π., σελ.204 επ., ο οποίος επισημαίνει ότι ο ανωτέρω νόμος εμπεριέχει αυστηρότερες προϋποθέσεις ως προς το δικαστικό ένταλμα από την 4^η Τροποποίηση.

²⁹⁰ Βλ. 18 U.S. C. § 2516. (Authorization for interception of wire, oral, or electronic communications)

²⁹¹ 18 U.S. Code § 2518. (Procedure for interception of wire, oral, or electronic communications)

²⁹² Βλ. και 18 U.S.C., title 18, part I, chapter 119 §2518 όπου αναφέρεται ότι η δικαστική διάταξη θα πρέπει να εξειδικεύει: α) την ταυτότητα του προσώπου, εάν είναι γνωστή, που πρόκειται να τεθεί υπό παρακολούθηση, β) τις επικοινωνίες, τις εγκαταστάσεις και τους χώρους που πρόκειται να παρακολουθηθούν, γ) την εξειδίκευση των μέσων επικοινωνίας στα οποία θα γίνει η παρέμβαση, δ) την ταυτότητα της εξουσιοδοτούμενης υπηρεσίας, καθώς και του εξουσιοδοτούντος, ε) το χρονικό διάστημα της παρακολούθησης και τον αυτοδίκαιο ή μη τερματισμό της.

²⁹³ 18 U.S.C sections 2510 – 2521.

Στο πεδίο που αναλύθηκε ανωτέρω, ήτοι της υπό προϋποθέσεις νόμιμης άρσης απορρήτου των τηλεπικοινωνιών προβλέπεται ότι η χορηγούμενη άδεια παρακολούθησης δίδεται για διάστημα τριάντα (30) ημερών και δύναται να παραταθεί διαδοχικά έπειτα από την υποβολή αίτησης και την αναγνώριση της αναγκαιότητας συνέχισης τοιαύτης²⁹⁴. Επιπλέον η δράση των εντεταλμένων κρατικών οργάνων πρέπει να περιορίζεται στον βαθμό της αναγκαίας δυνατής παρέμβασης και να μη καταγράφονται συζητήσεις που δεν σχετίζονται με άτομα για τα οποία εκδόθηκε η διάταξη της άρσης απορρήτου.

Επιπλέον άξιο αναφοράς κρίνεται το γεγονός, ότι ο ίδιος νόμος επιτρέπει την χωρίς ένταλμα χρήση συσκευών παρακολούθησης της επικοινωνίας από πρόσωπο που συμμετέχει στην επικοινωνία ή όταν ένα από τα πρόσωπα που συμμετέχει στην παρακολουθούμενη επικοινωνία συναινεί τηρουμένων, ωστόσο, ορισμένων κανόνων.²⁹⁵

Όλα όμως τα ανωτέρω αναλυθέντα αναφορικά με τη διαδικασία της άρσης τηλεφωνικού απορρήτου αποκτούν ουσιαστικό αντίκρουσμα όταν ιδωθούν

²⁹⁴ Βλ. *N. Παπαδόπουλο*, ο.π., σελ. 95 – 96 ο οποίος επισημαίνει ότι προβλέπεται ρητώς η υποβολή αναφοράς από τον αρμόδιο δικαστή και το Υπουργείο Δικαιοσύνης προς το «Διοικητικό Γραφείο των Δικαστηρίων των ΗΠΑ» (Administrative Office of U.S. Courts, η οποία θα περιέχει κάθε ηλεκτρονική παγίδευση, που διατάχθηκε καθώς και τις συλλήψεις και τις καταδίκες που ακολούθησαν και την αναφορά περί δυνατότητας προσωρινής άρσης απορρήτου της επικοινωνίας χωρίς έγκριση από τον δικαστή σε εξαιρετικές περιπτώσεις (άμεσο κίνδυνος θανάτου ή σοβαρού σωματικού τραυματισμού, συνομηκτικές δραστηριότητες που είτε συνιστούν απειλή για την εθνική ασφάλεια είτε είναι χαρακτηριστικά οργανωμένου εγκλήματος) όποτε πρέπει να ζητηθεί έγκριση από τον αρμόδιο δικαστή εντός 48 ωρών.

²⁹⁵ Βλ. 18 U.S.C., title 18, part I, chapter 119 §2511 (c) «It shall not be unlawful under this chapter for a person acting under color of law to intercept a wire, oral, or electronic communication, where such person is a party to the communication or one of the parties to the communication has given prior consent to such interception», συναφής με το συγκεκριμένο ζήτημα είναι η απόφαση USA vs Padilla βλ. αυτή σε *N. Παπαδόπουλο*, ο.π., σελ. 97, υποσ. 59 ειδικώς το εξής απόσπασμα: « Όταν ένα επικοινωνούν μέρος συναινεί στην παγίδευση των προφορικών συνομιλιών του, η συσκευή πρέπει να εφάπτεται στο σώμα του και σε καθορισμένη θέση. Κάθε τμήμα και κάθε υπηρεσία που παρακολουθεί τέτοιες συναινετικές παγιδεύσεις πρέπει να διασφαλίζει ότι το μέρος που συναινεί θα είναι παρόν διαρκώς, όταν λειτουργεί ο μηχανισμός. Επιπροσθέτως, κάθε τμήμα και υπηρεσία πρέπει να διασφαλίζει ότι α) κάθε αστυνομικό όργανο, άτομο που συνεργάζεται με τις αρχές δε θα τελέσει παραβίαση των κανόνων που αφορούν την τοποθέτηση του μηχανισμού σε καθορισμένη θέση και β) όσο ο μηχανισμός είναι τοποθετημένος στην καθορισμένη θέση, η υπηρεσία ή το πρόσωπο που συναινεί να είναι σε θέση να ασκεί έλεγχο».

συνδυαστικώς υπό το πρίσμα του θεμελιώδους δικονομικού κανόνα νομολογιακής προέλευσης περί αποκλεισμού των παράνομων αποδεικτικών μέσων («exclusionary rule»)²⁹⁶ που ισχύει στις Η.Π.Α.²⁹⁷. Βάσει αυτού καθίσταται απαράδεκτη η χρήση των τελευταίων όταν αποκτώνται κατά παράβαση των προστατευτικών του απορρήτου της επικοινωνίας διατάξεων (4^η Τροποποίηση). Ορθώς έχει λεχθεί ότι η 4^η Τροποποίηση θα ήταν κενό γράμμα²⁹⁸ χωρίς την ύπαρξη του κανόνα του αποκλεισμού ο οποίος αναπτύσσει πολυεπίπεδα προστατευτική και εγγυητική λειτουργία για τα δικαιώματα που κατοχυρώνονται στην 4^η Τροποποίηση.

Πρώτον, έχει υποστηριχθεί ότι δια αυτού προστατεύεται το κύρος των συνταγματικών διατάξεων, δεύτερον με την εφαρμογή του το Δικαστήριο διαχωρίζει τη θέση του από τις παραβάσεις συνταγματικών διατάξεων και δε δίδει την εντύπωση ότι συμμετέχει σε αυτές (judicial integrity)²⁹⁹ και τρίτον και κυριότερο αποτρέπει μέλλουσες παραβάσεις των διωκτικών οργάνων (deterrence effect)³⁰⁰.

²⁹⁶ Βλ. *M. Re Richard*, *The Due Process Exclusionary Rule* Harvard Law Review, 127 Harv L Rev 1885 (2014), για μια σύγχρονη προσέγγιση του «exclusionary rule» και ειδική αναφορά στο πεδίο της παρακολούθησης τηλεπικοινωνιών.

²⁹⁷ 18 U.S.C., title 18, part I, chapter 119 §2515 «*Whenever any wire or oral communication has been intercepted, no part of the contents of such communication and no evidence derived therefrom may be received in evidence in any trial, hearing, or other proceeding in or before any court, grand jury, department, officer, agency, regulatory body, legislative committee, or other authority of the United States, a State, or a political subdivision thereof if the disclosure of that information would be in violation of this chapter.*».

²⁹⁸ Βλ. *D. Solove*, ο.π. σελ.189 επ. ο οποίος αναφέρει ότι «*Without the exclusionary rule, Justice Holmes observed, the Fourth Amendment would be a mere “form of words.” According to law professor Arnold Loewy: “The exclusionary rule protects innocent people by eliminating the incentive to search and seize unreasonably.*».

²⁹⁹ Βλ. *Γ. Καμίνη*, *Παράνομα αποδεικτικά μέσα και συνταγματική κατοχύρωση των ατομικών δικαιωμάτων* Οι αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική και την πολιτική δίκη, εκδ. Σάκκουλας, 1998 σελ.53 και 59 όπου μνημονεύεται η απόφαση *US. V Calandra* (1974) 414 US 338 σύμφωνα με την οποία ο κανόνας (ενν. exclusionary rules) είναι ένα νομολογιακά δημιουργημένο επανορθωτικό μέτρο που αποσκοπεί εν γένει να διαφυλάξει τα δικαιώματα που απορρέουν από την Τέταρτη Τροπολογία [...] και όχι ένα προσωπικό συνταγματικό δικαίωμα του θιγέντος διαδίκου (δηλ. του κατηγορουμένου).

³⁰⁰ Βλ. *Δ. Σπινέλλη*, *Αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική δίκη*, *ΠοινΧρ ΛΣΤ* σελ. 876 και *Ν. Πατούρη*, *Η απαγόρευση χρησιμοποίησης αποδεικτικού υλικού παράνομα συγκεντρωμένου* (Εφαρμογή της αρχής στο Αμερικάνικο και στο Ευρωπαϊκό δικονομικό σύστημα) *ΠοινΧρ Λ'*, σελ.805 επ.

Η σημασία των «exclusionary rules»³⁰¹ στο πλαίσιο της άρσης τηλεφωνικού απορρήτου μπορεί να γίνει κατανοητή μόνο με την συσχέτιση των τελευταίων με το δικονομικό σύστημα *αντιδικίας* που κρατεί στην αμερικάνικη ποινική δίκη και κατ' επέκταση με την αντίληψη αυτής, ως μια συνεχούς μονομαχίας μεταξύ εισαγγελικής αρχής και κατηγορουμένου³⁰². Σ' αυτόν το δικονομικό αγώνα τα μέρη υποχρεούνται να σέβονται την αρχή της τίμιας δίκης (fair trial), με άμεσο επακόλουθο την προσβολή της τελευταίας σε περίπτωση παράβασης συνταγματικών διατάξεων εκ μέρους των διωκτικών οργάνων. Στο επίκεντρο του σκοπού των κανόνων αποκλεισμού των αποδεικτικών μέσων τίθεται λοιπόν η ανάγκη διασφάλισης της ακεραιότητας της ποινικής διαδικασίας (integrity) αφού τίποτε κατά την ως άνω θεώρηση δεν είναι σε θέση να καταστρέψει μια πολιτειακή εξουσία γρηγορότερα *«από την αποτυχία της να σεβασθεί τους κανόνες, που η ίδια έχει θέσει»*.

Τα προρρηθέντα σχετίζονται βεβαίως και με την λειτουργία του θεσμού των αποδεικτικών απαγορεύσεων στις Η.Π.Α., ως *μέσου πειθάρχησης* των διωκτικών αρχών για την καταστολή της αστυνομικής αυθαιρεσίας. Εδώ η ratio των αποδεικτικών απαγορεύσεων εντοπίζεται στο συνετισμό και την αποτροπή των ανακριτικών οργάνων από παραβάσεις κατά τη συλλογή του αποδεικτικού υλικού. Βέβαια με την πάροδο των χρόνων η λειτουργία της πειθαρχικής επενέργειας αμφισβητήθηκε με αποτέλεσμα την κάμψη της απόλυτης ισχύς των κανόνων αποκλεισμού των αποδεικτικών μέσων και την στροφή του Δικαστηρίου προς μια

³⁰¹ Βλ. Δ. Γιαννουλόπουλο, Κάποιες σκέψεις σχετικά με το φαινόμενο της χρήσης παρανόμως αποκτηθεισών μαγνητοταινιών σε τηλεοπτικές εκπομπές, ΠοινΔικ 2005, υποσ.25 σελ.220 επ. ο οποίος συγκεκριμένα αναφέρει ότι πρόκειται μάλιστα για κανόνα αυτομάτου αποκλεισμού αποδεικτικών μέσων που αφορά στην παραβίαση συγκεκριμένων συνταγματικών διατάξεων, μεταξύ των οποίων και το δικαίωμα στον ιδιωτικό βίο, όπως αυτό θεμελιώνεται από την τέταρτη τροπολογία, και κατά τούτο είναι ίδιας φύσεως με τον κανόνα του άρθρου 19 παρ. 3 και περαιτέρω παραπομπή σε αποφάσεις: Weeks v United States 232 U.S. 383, Mapp v Ohio 367 U.S. 643, 81 S.Ct. 1684, 6 L.Ed.2d. 1081 (1961), Miranda v Arizona, 384 US 436, Dickerson v United States, 530 US 428.

³⁰² Βλ. Ν. Δημητράτο, Περί των αποδεικτικών απαγορεύσεων στην ποινική δίκη, εκδ. Σάκκουλα, 1992, σελ.27 επ.

case – by – case εξέταση των δεδομένων της υπόθεσης³⁰³ και in concreto στάθμισης αυτών. Η ανωτέρω τάση σχετικοποίησης επιβεβαιώνεται και με την αποδοχή από το Δικαστήριο του λεγόμενου όρου «της καλής θέλησης» (good faith clause) και του κριτηρίου της σημαντικής διαταραχής (incremental deterrence) της ποινικής δίκης, τα οποία κατατείνουν στη διαπίστωση ότι η κατάφαση μιας αποδεικτικής απαγόρευσης προϋποθέτει για το δικαστήριο όχι μόνο την κακόπιστη παραβίαση ενός θεμελιώδους δικαιώματος εκ μέρους των διωκτικών οργάνων αλλά και τη διαπίστωση ότι η αξιοποίηση του παράνομα συλλεγέντος υλικού θα προκαλέσει *σημαντική διαταραχή* στην ομαλή εξέλιξη της ποινικής δίκης³⁰⁴.

Εξ' όλων των ανωτέρω αναφερθέντων εξάγεται μια σειρά συμπερασμάτων αναφορικά με την ρύθμιση της προστασίας του απορρήτου της επικοινωνίας στην αμερικανική και στην ελληνική έννομη τάξη. Αρχικά εκκινώντας από το συνταγματικό επίπεδο, η άρση απορρήτου της επικοινωνίας στην ελληνική έννομη τάξη προβλέπεται ρητώς και κατά απόλυτο τρόπο στην συνταγματική διάταξη του α.19 παρ.1 του Σ., σε αντίθεση με τις Η.Π.Α που το απόρρητο της επικοινωνίας δεν βρίσκει ρητή, αυτοτελή συνταγματικά πρόβλεψη αλλά η προστασία του συνάγεται από το συνολικό νόημα της ρύθμισης της 4^η Τροποποίησης η οποία προστατεύει εν γένει τον ιδιωτικό βίο (privacy).

Σε επίπεδο νομοθετημάτων αναφορικά με την άρση απορρήτου των τηλεπικοινωνιών, ως ειδική ανακριτική πράξη, παρατηρείται στις υπό εξέταση δύο έννομες τάξεις η ύπαρξη «κοινού τόπου» στο πεδίο των προβλεπόμενων προϋποθέσεων για την διενέργεια αυτής. Πιο συγκεκριμένα και στις δύο έννομες τάξεις απαιτείται για την διενέργεια της, άδεια εκ της δικαστικής αρχής (α.4 παρ.4

³⁰³ Βλ. Θ. Δαλακούρα, Απαγορευμένα αποδεικτικά μέσα: Δογματικές βάσεις για την θεμελίωση των αποδεικτικών απαγορεύσεων στην ποινική δίκη ΠοινΧρΜΣΤ σελ.331 – 332.

³⁰⁴ Βλ. Ν. Δημητράτο, ο.π., σελ.29 επ., Γ. Καμίνη, ο.π. σελ.59 ο οποίος αναφέρει ότι η εξαίρεση της «καλής πίστης» αφορά τις περιπτώσεις εκείνες που οι αστυνομικές αρχές είχαν διεξάγει παράνομη έρευνα πιστεύοντας καλοπίστως ότι υφίστατο έγκυρο δικαστικό ένταλμα το οποίο όμως εκ των υστέρων αποδείχθηκε άκυρο.

N.2225/1994)³⁰⁵ για συγκεκριμένο περιοριστικά αναφερόμενο αριθμό εγκλημάτων (α.4 παρ.1)³⁰⁶ και κατά συγκεκριμένων προσώπων που έχουν σχέση με την υπόθεση που ερευνάται (α.4 παρ.3)³⁰⁷. Επιπλέον και στις δύο διαδικασίες η διενέργεια της άρσης απόρρητου τελεί υπό τον όρο της αναλογικότητας, ήτοι αυτή θα πρέπει να διατάσσεται μόνο στις περιπτώσεις που η εξιχνίαση του εγκλήματος με άλλη ανακριτική πράξη, λιγότερο επαχθή, κρίνεται ουσιωδώς δυσχερή ή ατελέσφορη (α.4 παρ.2)³⁰⁸. Τέλος και στις δύο νομοθετικές ρυθμίσεις η άρση απορρήτου τηλεπικοινωνιών διατάσσεται για ορισμένο χρονικό διάστημα με δυνατότητα παράτασης (α.5 παρ.6)³⁰⁹.

Ωστόσο παρά τις προαναφερθείσες ομοιότροπες ρυθμίσεις στο πεδίο της διενέργειας της ειδικής ανακριτικής πράξης της άρσης απορρήτου, αυτό που εντοπίζεται ως βασική θεμελιώδη διαφορά των δύο υπό εξέταση εννόμων τάξεων είναι ο αναλυθείς ανωτέρω διαφορετικός λειτουργικός σκοπός των αποδεικτικών απαγορεύσεων που απορρέουν παραδείγματος χάριν από μια μη νομότυπη άρση απορρήτου. Στην περίπτωση αυτή στο ηπειρωτικό δίκαιο κυριαρχεί ο προστατευτικός σκοπός των αποδεικτικών απαγορεύσεων, λειτουργούντων ως φραγμών στην προσβολή των θεμελιωδών δικαιωμάτων ενώ στο αμερικάνικο δίκαιο ο κανόνας των «exclusionary rules» λειτουργεί κυρίως πειθαρχικά και στοχεύει στην συνέτιση των διωκτικών οργάνων. Η εντοπισθείσα βέβαια διαφορά, όπως διετυπώθη και ανωτέρω εκπορεύεται από την συνολικά διαφορετική αντίληψη για το ρόλο της πολιτειακής εξουσίας κατά την απονομή της δικαιοσύνης μεταξύ των δύο υπό εξέταση εννόμων τάξεων, όπου στις Η.Π.Α. το σύστημα αντιδικίας που επικρατεί επιτάσσει την διαρκή μονομαχία μεταξύ κατηγορουμένου και εισαγγελικής αρχής και τον απαρέγκλιτο σεβασμό της αρχής του τίμιου παιχνιδιού (fair trial).

³⁰⁵ Βλ. αντίστοιχο άρθρο: 18 U.S. Code § 2516.

³⁰⁶ Βλ. αντίστοιχο άρθρο: 18 U.S. Code § 2516.

³⁰⁷ Βλ. αντίστοιχο άρθρο 18 U.S. Code § 2518.

³⁰⁸ Βλ. αντίστοιχο άρθρο 18 U.S. Code § 2518.

³⁰⁹ Βλ. αντίστοιχο άρθρο 18 U.S. Code § 2518.

Ε΄ ΕΝΟΤΗΤΑ

Η αντιμετώπιση των τυχαίων ευρημάτων στην ειδική ανακριτική πράξη της άρσης απορρήτου επικοινωνιών κατά το Ν.2225/1994 (α. 5 παρ.10)

1. Η έννοια των τυχαίων ευρημάτων – εισαγωγικές επισημάνσεις

Ανωτέρω αναλύθηκαν οι προκύπτουσες από την άρση απορρήτου τηλεπικοινωνιών εξαρτημένες αποδεικτικές απαγορεύσεις αξιοποίησης και τα παράγωγα ή έμμεσα αποδεικτικά μέσα που προκύπτουν εξ΄ αυτής, εν σχέσει με την επιρροή που ασκείται σ΄ αυτά κατά την εφαρμογή της διάταξης του α.19 παρ.3 του Σ. Αμφότερες οι ανωτέρω, συνιστούν περιπτώσεις κατά παράβαση αξιοποίησης «εν ευρεία εννοία» αποδεικτικού υλικού.

Στην παρούσα θεματική ενότητα θα αναπτυχθεί μια ειδική πτυχή της ειδικής ανακριτικής πράξης της άρσης απορρήτου των τηλεπικοινωνιών – νομοθετικά ρυθμισμένη στην παρ.10 του α.5 του Ν.2225/1994 – κατά την διενέργεια της οποίας μολονότι το αποδεικτικό υλικό αποκτάται νομίμως, ανακύπτουν έτερα ζητήματα, που σχετίζονται με την περίπτωση τυχαίου εντοπισμού ευρημάτων τα οποία αφορούν διαφορετική πράξη από εκείνη για την όποια είχε διαταχθεί η άρση απορρήτου. Τα ευρήματα αυτά καλούνται στην ελληνική βιβλιογραφία «τυχαία ευρήματα» («Zufallsfunde»)³¹⁰, δεν απαντώνται ωστόσο με αυτή την ορολογία σε ελληνικά νομοθετικά κείμενα.

³¹⁰ Η χρήση αυτού του όρου στην ελληνική βιβλιογραφία έγινε πρώτα από τον Ν. Λίθο, Η δικονομική αξιολόγηση των τυχαίων ευρημάτων (Εξ΄ αφορμής της ΑΠ.157/1998, ΠοινΧρ ΜΗ΄, σελ 781 επ.) ΠοινΧρ 1998 σελ.951 επ. και αποτελεί μετάφραση του γερμανικού όρου «Zufallsfunde» ο οποίος απαντάται στο α.108 του γερμΚΠΔ βάσει του οποίου αν επ΄ ευκαιρία έρευνας ανευρεθούν αντικείμενα που δεν έχουν σχέση με τη διαδικασία αλλά αφορούν τέλεση άλλης αξιόποινης πράξης, τότε κατάσχονται προσωρινά και ειδοποιείται ο Εισαγγελέας.

Ως τυχαία ευρήματα νοούνται πράγματα^{311 312} που ανευρίσκονται κατά την διάρκεια διεξαγόμενης έρευνας χωρίς να έχουν σχέση με τον ανακριτικό της σκοπό και θεμελιώνουν είτε αυτά τα ίδια είτε οι περιστάσεις υπό τις οποίες ανακαλύφθηκαν υπόνοιες περί τελέσεως άλλης, άγνωστης μέχρι της στιγμής εκείνης, αξιόποινης πράξης του δράστη ή άλλου προσώπου, ή επιστηρίζουν αποδεικτικώς κατηγορία ως προς την οποία έχει ήδη κινηθεί άλλη ποινική δίωξη³¹³. Τα τυχαία δηλαδή ευρήματα μπορεί να αφορούν αξιόποινη πράξη για την οποία δεν υφίσταντο καν υπόνοιες ή για τις οποίες υπάρχει ήδη άλλη εκκρεμή διαδικασία³¹⁴.

Εκ του ανωτέρω ορισμού προκύπτει ότι τα τυχαία ευρήματα δέον να αντιδιαστέλλονται α) από τα παράγωγα ή εμμέσως αποκτηθέντα αποδεικτικά στοιχεία, τα οποία προκύπτουν εμμέσως ή συμπερασματικώς από το ήδη συγκεντρωθέν και υφιστάμενο για συγκεκριμένη αξιόποινη πράξη αποδεικτικό υλικό β) από τα ευρήματα των οποίων η απόκτηση διόλου τυχαία είναι, τουναντίον αποτελεί σκόπιμη πράξη, καθότι στην συγκεκριμένη περίπτωση απόκρυφός σκοπός των διωκτικών αρχών είναι η προληπτική απόκτηση τους, για την εξιχνίαση άλλων

³¹¹ Βλ. Ν. Λίβο, ΠοινΧρ 1998, σελ.951 επ. που αναφέρει ότι εκτός από πράγματα, ως τυχαίο εύρημα ενδιαφέρει και η ενσωματωμένη σ' αυτό ένδειξη περί τελέσεως αξιόποινης πράξεως αλλά και η περιερχόμενη επ' ευκαιρία της διενεργούμενης πράξης σε γνώση των ανακριτικών υπαλλήλων πληροφορία ότι έχει τελεσθεί άλλο έγκλημα και Α. Διονυσοπούλου, Η αποδεικτική αξιοποίηση των τυχαίων ευρημάτων στην ποινική διαδικασία, εκδ.Σάκκουλας, 2009, σελ. 7 που κάνει λόγο και αυτή πέραν των ενσώματων αντικειμένων για γνώσεις ή πληροφορίες που ενσωματώνονται σε αντικείμενα και οι οποίες υποδηλώνουν την τέλεση μια αξιόποινης πράξης.

³¹² Βλ. όμως και Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ. 7, η οποία επισημαίνει ότι στο ελληνικό δίκαιο απαντώνται στα α.253Α περ.4 ΚΠΔ οι όροι «στοιχείο» και «γνώση» και ο όρος «στοιχεία» στο α.5 παρ.10 εδ. β' του Ν.2225/1994 που έχουν ευρύτερο περιεχόμενο και αναφέρονται σε πληροφορίες.

³¹³ Βλ. Ν.Λίβο, ΠοινΧρ 1998, σελ.951 επ. βλ. και Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ. 7 η οποία αναφέρει ομοίως ότι «ως τυχαία ευρήματα νοούνται είτε τα ενσώματα αντικείμενα είτε οι πληροφορίες τα οποία ανευρίσκονται/ περιέρχονται σε γνώση των ανακριτικών υπαλλήλων κατά την διενέργεια ανακριτικής πράξης και δεν αφορούν την αξιόποινη πράξη η βεβαίωση / διακρίβωση της οποίας ήταν σκοπός της διενεργούμενης ανακριτικής πράξης αλλά άλλη αξιόποινη πράξη. Οι πληροφορίες συγκαταλέγονται στα τυχαία ευρήματα καθότι ενσωματώνονται σε αντικείμενα και υποδηλώνουν την τέλεση μιας αξιόποινης πράξης», και Δ. Τσάτσο, Α. Παπαδαμάκη, Κ. Χρυσόγονο, Η νομιμότητα της κατ' οίκον έρευνας και της κατάσχεσης στα πλαίσια της προκαταρκτικής εξέτασης και οι συνέπειές τους στην ποινική δίκη (γνωμ.), ΠοινΔικ2003, σελ.813.

³¹⁴ Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ. 9.

εγκλημάτων³¹⁵. Στη τελευταία αυτή περίπτωση δηλαδή, η εκάστοτε ανακριτική πράξη διεξάγεται «με την ελπίδα τυχαίας αποκάλυψης αξιόποινων πράξεων, χωρίς την προηγούμενη συνδρομή ενδείξεων περί τελέσεως αυτών»³¹⁶.

Εκ του ανωτέρω δοθέντος ορισμού και εκ της αντιδιαστολής των τυχαίων ευρημάτων από άλλα σκοπίμως κτηθέντα ευρήματα προκύπτει ότι η ανακάλυψη και η συγκέντρωση τυχαίων ευρημάτων και κατ' επέκταση η αξιοποίηση αυτών προϋποθέτει ότι α) διεξάγεται κάποια ανακριτική πράξη στο πλαίσιο ανάκρισης ή προανάκρισης, β) αυτή διεξάγεται νομίμως και γ) αφορά συγκεκριμένο πλημμέλημα ή κακούργημα³¹⁷. Συνεπώς η κτήση τυχαίων ευρημάτων που λαμβάνει χώρα στο πλαίσιο παράνομης έρευνας είναι απαγορευμένη καθώς ελλείπει οποιοδήποτε νομικό έρεισμα για τη συγκεκριμένη ανακριτική πράξη με αποτέλεσμα να ενεργοποιείται η διάταξη του α.177 παρ.2 ΚΠΔ και το κτηθέν υλικό να θεωρείται αποκλεισθέν και μη αξιοποιήσιμο. Επιπλέον συνάγεται ότι οι προϋποθέσεις δεν τηρούνται και η αξιοποίηση των τυχαίων ευρημάτων δεν είναι επιτρεπτή στη περίπτωση που αντί της *in concreto* διενέργειας ανακριτικής πράξης για συγκεκριμένο έγκλημα, η τελευταία παίρνει τη μορφή έρευνας, «εφ' όλης της ύλης του ποινικού δικαίου» (άλλως «έρευνα ανοιχτού ανακριτικού στόχου»)³¹⁸, με υπερκέραση του ανακριτικού σκοπού της, με αποτέλεσμα τα συλλεγόμενα αποδεικτικά στοιχεία να αποκτώνται χωρίς το αναγκαίο, για τον σκοπό αυτό, νομικό έρεισμα. Κατά συνέπεια τα εν λόγω ευρήματα καθίστανται νομικώς και κατ' επέκταση αποδεικτικώς ανίσχυρα καθότι προέρχονται από αξιόποινη πράξη.

³¹⁵ Βλ. Χ. Νάιντο, Αποδεικτικές Απαγορεύσεις στην ποινική δίκη, εκδ. Σάκκουλας 2010, σελ.556 ο οποίος χαρακτηρίζει αυτή τη κατηγορία ως μη γνήσια τυχαία ευρήματα σε αντιδιαστολή με τη συμπτωματική ανεύρεση τους οπότε πρόκειται για γνήσια και Δ. Κολώνια, Η κατ' οίκον έρευνα Νομική Βιβλιοθήκη εκδ.2007, σελ. 133 ο οποίος επισημαίνει ότι «τα τυχαία ευρήματα πρέπει να αποκαλύπτονται πράγματι τυχαία δηλαδή κατά σύμπτωση και όχι μετά από σκόπιμη, προσχεδιασμένη, ή προσχηματική δράση των ενεργούντων την έρευνα οργάνων».

³¹⁶ Βλ. Ν. Λίθο, ΠοινΧρ 1998 σελ.952 – 953 ο οποίος αναφέρει ότι στην κατηγορία των τυχαίων ευρημάτων δεν εμπίπτουν και όσα συμπτωματικά υποπίπτουν στην αντίληψη ανακριτικών υπαλλήλων κατά την συνήθη δραστηριότητα αυτών (ήτοι όχι κατά την διάρκεια διενεργηθείσας ανακριτικής πράξης).

³¹⁷ Βλ. Δ. Τσάτσο, Α. Παπαδαμάκη, Κ. Χρυσόγονο, ο.π., ΠοινΔικ2003, σελ.813 επ. και Χ. Νάιντο, ο.π., , σελ.556.

³¹⁸ Βλ. Ν. Λίθο, ΠοινΧρ 1998 σελ. 953.

Η τελευταία αυτή διαπίστωση περί της αναγκαιότητας διεξαγωγής της ανακριτικής πράξης στο πλαίσιο ενός συγκεκριμένου εγκλήματος συνδέεται άρρηκτα με αυτό που νοείται ως «ανακριτικός σκοπός»³¹⁹. Από τον ορισμό της έννοιας της ανακριτικής πράξης προκύπτει καταφανώς και ο σκοπός αυτής: ανακριτική πράξη θεωρείται κάθε ενέργεια της ανακριτικής αρχής, η οποία διεξάγεται για την βεβαίωση της τελέσεως εγκλήματος, την ανακάλυψη των δραστών, την εξασφάλιση των αποδεικτικών στοιχείων, την βεβαίωση ή αποκατάσταση της επελθούσας με το έγκλημα ζημίας και την διασφάλιση της πορείας της ποινικής δίκης³²⁰. Συνεπώς κάθε ανακριτική πράξη παραγγέλλεται και διενεργείται για τη συγκέντρωση αποδεικτικού υλικού που αφορά ένα συγκεκριμένο έγκλημα. Αυτός είναι και ο σκοπός που την νοηματοδοτεί³²¹.

Άρρηκτα συνδεδεμένη με την έννοια του σκοπού της ανακριτικής πράξης είναι η ύπαρξη υπονοιών³²² των διωκτικών αρχών για την τέλεση αξιόποινης πράξης. Ουσιαστικά ο βαθμός υπόνοιας³²³ αποτελεί προϋπόθεση για την

³¹⁹ Βλ. Ν. Λίθο, ΠοινΧρ 1998 σελ. 954 ο οποίος επισημαίνει ότι ο ανακριτικός σκοπός προκύπτει εκάστοτε αφενός μεν από την γενική έννοια κάθε ανακριτικής πράξης, αφετέρου δε από την νοηματική συνάφεια υπό την οποία τελεί το είδος της διενεργούμενης στην συγκεκριμένη περίπτωση ανακριτικής πράξης προς το είδος, τις περιστάσεις τελέσεως και την πολυπλοκότητα εξιχνιάσεως του υπό δίωξιν εγκλήματος.

³²⁰ Βλ. Ν. Λίθο, ο.π., σελ.959, ο οποίος υποστηρίζει ότι ο ορισμός αυτός προκύπτει κυρίως από τον συνδυασμό των άρθρων 239, 243§ 2, 253 και 296 Κ.Π.Δ και Γ. Τριανταφύλλου, Η ρύθμιση και η λειτουργία των ερευνών κατά τον Κώδικα Ποινικής Δικονομίας σελ.141 επ.

³²¹ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.555 ο οποίος αναφέρει ότι η εστίαση σε συγκεκριμένη πράξη αποτελεί κοινή προϋπόθεση όλων των μέτρων δικονομικού καταναγκασμού πέραν από τις κατ' ιδίαν προϋποθέσεις για την διενέργειά τους.

³²² Βλ. Θ. Δαλακούρα, Η αρχή του προσήκοντος βαθμού υπόνοιας ή δύναμης των ενδείξεων Τιμ.Τομ. για τον Ν. Ανδρουλάκη σελ.851 – 872 που ορίζει ως «αντικειμενική υπόνοια την πιθανολογική κρίση περί της υποτιθέμενης τέλεσης ενός εγκλήματος εκ μέρους ενός προσώπου η οποία κρίση προκύπτει δίχως άλλο από την εφαρμογή των κανόνων της επαγωγικής λογικής και συνεπώς δεν εμφορείται από υποκειμενισμό» και την αναφορά του επίσης στη σημασία των υπονοιών: «Η συνδρομή ενός ορισμένου βαθμού υπόνοιας εγγράφεται ως αναγκαίος όρος για το παραδεκτό των ειδικότερων δικονομικών πράξεων με τις οποίες προωθεί ο νομοθέτης την εξέλιξη της ποινικής δίκης προς την κατεύθυνση της περάτωσης της» και την αναφορά της Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ.20: «[...] αναγκαία η ύπαρξη ενός πυρήνα πραγματικών γεγονότων που θεμελιώνουν υπόνοιες ότι τελέστηκε μια αξιόποινη πράξη διαφορετικά η ανακριτική πράξη είναι παράνομη και συνιστά ανεπίτρεπτη επέμβαση στα ατομικά δικαιώματα».

³²³ Βλ. Χ. Νάιντο, ο.π., σελ.557, ο οποίος αναφέρει ότι ούτε με την πιθανότητα εναλλακτικής νόμιμης απόκτησης δύναται να αξιοποιηθούν τα τυχαία ευρήματα που αποκτήθηκαν στο πλαίσιο προληπτικής έρευνας γιατί αφενός απουσιάζει ο απαιτούμενος βαθμός υπονοιών και αφετέρου μια τέτοιου χαρακτήρα έρευνα δεν υπήρχε περίπτωση να είχε διαταχθεί νομίμως και Η.

στοιχειοθέτηση του ανακριτικού σκοπού και κατ' επέκταση αυτονοήτως για την διενέργεια της ανακριτικής πράξης. Έχοντας αναλύσει τη έννοια και τη σημασία του ανακριτικού σκοπού αλλά και τον ισχυρά στενό σύνδεσμο μεταξύ αυτού και του βαθμού υπονοιών για την τέλεση της αξιόποινης πράξης καθίσταται αναγκαία η σύνδεση τους με την υπό εξέταση έννοια των τυχαίων ευρημάτων.

Στην περίπτωση των τυχαίων ευρημάτων ο ανακριτικός σκοπός δύναται να αποτελέσει τον οδοδείκτη για τη διάκριση μεταξύ ευρήματος ανακριτικής πράξης και τυχαίου ευρήματος. Πράγματι καθίσταται ευκόλως κατανοητό ότι το εύρημα μιας ανακριτικής πράξης εντάσσεται λειτουργικά στον σκοπό αυτής, η ύπαρξη του οποίου προϋποθέτει υπόνοιες των διωκτικών αρχών για την τέλεση της αξιόποινης πράξης, ενώ το τυχαίο εύρημα κείται εκτός σκοπού της ανακριτικής πράξης διότι υποδηλώνει δια της υπάρξεως του ή δια του περιεχομένου του, υπόνοια τέλεσης μιας διαφορετικής από την διερευνώμενη αξιόποινης πράξης³²⁴.

2. Τα τυχαία ευρήματα στην ειδική ανακριτική πράξη της άρσης του απορρήτου (α.5 παρ.10 Ν.2225/1994)

I. Νόμιμη Κτήση

α. Ο κανόνας της απαγόρευσης αξιοποίησης των τυχαίων ευρημάτων σε άλλη ποινική διαδικασία – ανεξάρτητη απαγόρευση αξιοποίησης

Η περίπτωση των τυχαίων ευρημάτων στο πλαίσιο της άρσης απορρήτου τηλεφωνικής επικοινωνίας αποκτά ιδιαίτερη σημασία, καθώς στην εν λόγω ειδική ανακριτική πράξη ανιχνεύεται εξαιρετικά υψηλή πιθανότητα να προκύψουν τα υπό εξέταση «τυχαία ευρήματα», λόγω της δομής της (εισροή μεγάλου όγκου

Αναγνωστόπουλος, «Επικίνδυνοι» κατηγορούμενοι και δικονομικά προληπτικά μέτρα Προσβάσεις και όρια της ειδικής πρόληψης στην ποινική δίκη, ΠοινΧρ 1983, σελ.778 ο οποίος εύστοχα αναφέρει ότι «τα δικονομικά μέτρα δεν επιβάλλονται επειδή ο κατηγορούμενος είναι πιθανόν ένοχος αλλά για να διαπιστωθεί αν είναι πραγματικά ένοχος».

³²⁴ Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ.21.

πληροφοριών), γεγονός που επικαθορίζει και την έκταση της επέμβασης στο δικαίωμα του ιδιωτικού βίου κατά των προσώπων των οποίων στρέφεται³²⁵.

Εισαγωγικά δέον να επισημανθεί ότι η παρούσα υποενότητα αφορά περιπτώσεις νόμιμης κτήσης τυχαίως κηθεισών πληροφοριών, ήτοι την διενέργεια της ειδικής ανακριτικής πράξης σύμφωνα με τους όρους που θέτουν οι διατάξεις του Ν.2225/1994 (α. 4 παρ.1 – 7 και 5 παρ.1,2,6,7,8). Σκοπός in concreto της ειδικής ανακριτικής πράξης της άρσης του απορρήτου των τηλεπικοινωνιών, είναι η διακρίβωση των εγκλημάτων που προβλέπονται στα α.1, 1α ,1β και 2 του Ν.2224/1995³²⁶ καθώς και η εξακρίβωση του τόπου διαμονής. Ο σκοπός της

³²⁵ Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ.102, η οποία αναφέρεται στην έννοια της «διασποράς» (Streubreite) μιας ανακριτικής πράξης δηλαδή της βεβαιότητα επιτεύξεως του στόχου της που προκύπτει από τη δομή της και αποτελεί κριτήριο για το μέγεθος της πιθανότητας να προκύψουν τυχαία ευρήματα. Μεγάλη πιθανότητα να προκύψουν τυχαία ευρήματα στην άρση του απορρήτου γιατί κατά την εν λόγω ανακριτική πράξη έρχεται μεγάλος όγκος πληροφοριών στην γνώση των διωκτικών αρχών και η ίδια σε Χ. Παπαχαλαράμπος (επιμ.), Αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική δίκη Συγκριτική προσέγγιση των παραδόσεων του κοινοδικαίου & του ηπειρωτικού δικαίου με αφορμή την κυπριακή & την ελληνική έννομη τάξη, εκδ.Σάκκουλα, 2015 σελ.115.

³²⁶ Η άρση του απορρήτου είναι επιτρεπτή για τη διακρίβωση των κακουρηγημάτων που προβλέπονται από: α) τα άρθρα 134, 135 παράγραφοι 1, 2, 135Α, 137Α, 137Β, 138, 139, 140, 143, 144, 146, 148 παράγραφος 2, 150, 151, 157 παρ. 1, 159, 159Α, 168 παρ. 1, 187 παράγραφοι 1, 2, 187Α παράγραφοι 1 και 4, 207, 208 παρ. 1, 235 παρ. 2, 236 παρ. 2, 237 παράγραφοι 2 και 3β', 264 περιπτώσεις β' και γ', 270, 272, 275 περίπτωση β', 291 παρ. 1 περιπτώσεις β' και γ', 292Α παρ. 4 εδάφιο β' και παρ. 5, 299, 322, 323Α παράγραφοι 1, 2, 4, 5 και 6, 324 παράγραφοι 2 και 3, 336 σε βάρος ανηλίκου, 338 παρ. 1 σε βάρος ανηλίκου, 339 παράγραφος 1 περιπτώσεις α' και β', 342 παράγραφοι 1 και 2, 348Α παρ. 4, 348Γ παρ. 1 περιπτώσεις α' και β', 349 παρ. 1 και 2, 351 παράγραφοι 1, 2, 4 και 5, 351Α παράγραφοι 1 περιπτώσεις α' και β' και 3, 370Α, 370Δ, 374, 380, 385 παρ. 1 περιπτώσεις α' και β' του Ποινικού Κώδικα, β) τα άρθρα 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 46, 47, 59, 140 και 144 του Στρατιωτικού Ποινικού Κώδικα, γ) το άρθρο 15 παρ. 1 του Ν. 2168/1993, δ) τα άρθρα 20, 22 και 23 του Ν. 4139/2013, ε) το άρθρο 157 παρ. 1γ' του Ν. 2960/2001, στ) το άρθρο 3 περίπτωση ιε' του Ν. 3691/2008, σε συνδυασμό με το άρθρο δεύτερο του Ν. 2656/2000, ζ) το άρθρο 3 παρ. 2 του Ν. 2803/2000, η) το άρθρο 45 παρ. 1 περιπτώσεις α', β' και γ' του Ν. 3691/2008, θ) το άρθρο 28 του Ν. 1650/1986. Επίσης, επιτρέπεται η άρση του απορρήτου για τη διακρίβωση των προπαρασκευαστικών πράξεων για το έγκλημα της παραχάραξης νομίσματος κατά το άρθρο 211 του Ποινικού Κώδικα, καθώς επίσης και για τα εγκλήματα των παραγράφων 1, 2, 3, 4 εδάφιο α' και 6 του άρθρου 292Α, του άρθρου 292Β, του άρθρου 292Γ, των παραγράφων 1 περίπτωση γ' και 4 του άρθρου 339, της παρ. 3 του άρθρου 342, του άρθρου 348, των παραγράφων 1, 2 και 5 του άρθρου 348Α, του άρθρου 348Β, της παρ. 1 περιπτώσεις γ' και δ' του άρθρου 348Γ και της παρ. 1 περίπτωση γ' του άρθρου 351Α, των άρθρων 370Γ και 370Ε, του άρθρου 381 Α, του άρθρου 381Β και του άρθρου 386Α του Ποινικού Κώδικα. Επιπλέον, η άρση του απορρήτου είναι επιτρεπτή για τη διακρίβωση των εγκλημάτων που προβλέπονται από το άρθρο 11 του Ν. 3917/2011, το άρθρο 15 του Ν. 3471/2006 και το άρθρο 10 του Ν. 3115/2003. 1α. Η άρση του απορρήτου είναι επίσης επιτρεπτή για τη διακρίβωση παραβάσεων των άρθρων 3 έως 7, 29 και 30 του ν. 3340/2005. 1β. Επιτρέπεται, επίσης, η άρση του απορρήτου για τη διακρίβωση των κακουρηγημάτων που προβλέπονται από το ν. 3028/2002 "Για την προστασία των Αρχαιοτήτων και εν

ανακριτικής πράξης της άρσης απορρήτου που αποτελεί σαφώς περιορισμό του δικαιώματος υπακούει στη συνταγματική επιταγή όπως αυτή υλοποιείται στον κοινό νόμο. Αυτός είναι ο λόγος που η διενέργεια της άρσης απορρήτου για έγκλημα που δεν περιλαμβάνεται στο κατάλογο αντιβαίνει όχι μόνο στο α.4 του Ν. 2225/1994 αλλά και στο α.19 παρ.1 Σ³²⁷.

Η αξιοποίηση των νομίμως αποκτηθέντων τυχαίων ευρημάτων από την άρση απορρήτου τηλεφωνικής επικοινωνίας διέπεται από το α.5 παρ.10 του Ν.2225/1994. Προβαίνοντας στην ερμηνεία της διατάξεως του εδ. α' της παρ.10 του α.5 του Ν.2225/1994, εκ του γράμματος του νόμου, προκύπτει ότι το περιεχόμενο και τα στοιχεία της επικοινωνίας που προέρχονται από την άρση απορρήτου και αφορούν άλλη ποινική δίκη δεν είναι καταρχήν επιτρεπτός αξιοποιήσιμα. Με την ανωτέρω διάταξη ιδρύεται ανεξάρτητη απαγόρευση αξιοποίησης των ευρημάτων της διενεργηθείσας άρσης απορρήτου για άλλη ποινική δίκη. Εξ' αντιδιαστολής προκύπτει ότι αν το περιεχόμενο της επικοινωνίας αφορά άλλες αξιόποινες πράξεις που ανήκουν στο πλαίσιο της αυτής ποινικής δίκης και οι τελευταίες εντάσσονται στο κατάλογο των εγκλημάτων του α.4 παρ.1, 1α,1β του Ν.2225/1994 τότε αυτό δύναται να αξιοποιηθεί (ίδια ποινική δίκη – πράξη καταλόγου).

Το ερώτημα που τίθεται εν προκειμένω είναι ποια η δικονομική μεταχείριση των ευρημάτων που προέκυψαν από την άρση απορρήτου και αφορούν άλλες πράξεις οι οποίες δεν υπάγονται σε αυτές των παρ.1,1α,1β του α.4 του Ν.2225/1994 και οι οποίες συρρέουν με εγκλήματα του καταλόγου, ανήκουν δηλαδή στην ίδια υπόθεση, ήτοι στο ίδιο εν ευρεία εννοία ιστορικό γεγονός (ίδια ποινική δίκη – πράξη εκτός καταλόγου). Για να δοθεί απάντηση στο ανωτέρω ερώτημα δέον σημείο εκκίνησης να αποτελέσει η προαναφερθείσα «αρχή του σκοπού»³²⁸, βάσει

γένει της Πολιτιστικής Κληρονομιάς", όπως ο νόμος αυτός εκάστοτε ισχύει. 1γ. Η άρση του απορρήτου είναι επίσης επιτρεπτή για τη διακρίβωση παραβάσεων του άρθρου 93α του ν. 4099/2012.

³²⁷ Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ.23 – 24.

³²⁸ Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ.137, η οποία επισημαίνει ότι η αρχή του σκοπού (Zweckbindung) αναπτύχθηκε για το δικαίωμα της πληροφορικής αυτοδιάθεσης και σύμφωνα με αυτήν η αξιοποίηση προσωπικών δεδομένων περιορίζεται από το σκοπό που διατυπώνεται στον κανόνα απόκτησης τους ο οποίος θα πρέπει να είναι νόμιμος, προκαθορισμένος και σαφώς διατυπωμένος και τα δεδομένα

της οποίας η αξιοποίηση των προσωπικών δεδομένων περιορίζεται από τον διατυπωμένο στον κανόνα απόκτησης τους σκοπό, ο οποίος θα πρέπει να είναι νόμιμος, καθορισμένος και σαφώς διατυπωμένος. Σημειωτέον δε ότι η ανωτέρω αρχή δεν αποκλείει μεταβολές σκοπού αρκεί αυτές να προβλέπονται ρητώς στο νόμο, να είναι σύμφωνες με το Σ. , να δικαιολογούνται από τα συμφέροντα της ολότητας και ο νέος σκοπός να μην παρουσιάζει σημεία ασυμβατότητας με τον αρχικό σκοπό απόκτησης των δεδομένων³²⁹.

Θέτοντας τα ανωτέρω κριτήρια στο πλαίσιο της υπό εξέταση προβληματικής περί τυχαίως κτηθεισών πληροφοριών για εγκλήματα εκτός καταλόγου που ανήκουν στην ίδια ποινική δίκη, ερωτάται αν ο νέος σκοπός είναι νόμιμος και συμβατός εν σχέσει με το Σ. και συγκεκριμένα με το α.19 παρ.1 του Σ, όπου θεσπίζεται επιτρεπτή επέμβαση στο δικαίωμα τιθέμενη υπό ειδική επιφύλαξη νόμου, ήτοι επέμβαση μόνο για τη διακρίβωση εγκλημάτων που αναγράφονται στον νομό. Εκ των ανωτέρω καταφανώς προκύπτει ότι τυχαία ευρήματα προκύπτοντα από την άρση απορρήτου, αφορώντα άλλα εγκλήματα, πλην των αναφερόμενων στους εκτελεστικούς του Σ. νόμους κείτονται εκτός του ανακριτικού σκοπού και δεν επιτρέπεται να αξιοποιηθούν (ίδια ποινική δίκη - πράξη εκτός καταλόγου)³³⁰.

πρόσφορα και απαραίτητα για την επιδίωξη του σκοπού και *Γ. Τσόλια*, Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι Απόρρητο ηλεκτρονικών II άρθρα 3 - 5, 7 του Ν2225/1994, εκδ. Σάκκουλας 2013, σελ. 78 – 88, υποσ.196 και περαιτέρω παραπομπή σε *Γ. Καμίνη*, Παράνομα αποδεικτικά μέσα, σελ.311, επ. ο οποίος αναφέρει ότι το συλλεγόν από την άρση απορρήτου υλικό των επικοινωνιών αντιμετωπίζεται ως δεδομένο προσωπικού χαρακτήρα ώστε να εφαρμόζεται η προβλεπόμενη από το συναφές δικαίο αρχή του σκοπού.

³²⁹ Βλ. *Α. Διονυσοπούλου*, ο.π., σελ.137

³³⁰ Βλ. *Ν. Λίβο*, ο.π., σελ.961, ο οποίος επισημαίνει ότι κατά την νομολογία τού γερμανικού Ανωτάτου Ακυρωτικού τυχαία ευρήματα που αφορούν *συναφείς πράξεις* εκτός καταλόγου οι οποίες συνδέονται άρρηκτα με αυτά (ενν. έγκλημα καταλόγου), είτε ως ιστορικό γεγονός (επειδή φέρ' ειπείν συρρέουν κατ' ιδέαν με ένα από αυτά) είτε ως αφορώντα αξιόποινες πράξεις που τελέσθηκαν στο προστάδιο ή στο μεταστάδιο (Vor- und Nachthaten) του κυρίως εγκλήματος (λ.χ. σύσταση και συμμετοχή ή νομιμοποίηση εσόδων), είτε είναι κατ' άλλον τρόπο «συναφείς» με αυτά (υπό την έννοια λ.χ. τού άρθρου 129 ελλκ.Π.Δ.) γίνεται δεκτό ότι μπορούν να αξιοποιηθούν στην ποινική δίκη σε αντιδιαστολή όμως με την ελληνική έννομη τάξη που ο κατάλογος των εγκλημάτων περιέχει και μεγάλο εύρος συναφών εγκλημάτων (ο αντίστοιχος κατάλογος τού άρθρου 100a γερμκ.Π.Δ. περιλαμβάνει μεν την συγκρότηση εγκληματικής ομάδας (άρ. 129 γερμΠ.Κ.), όχι όμως, και τα περισσότερα κακουργήματα του γερμΠ.Κ.. Εκ των ανωτέρων προκύπτει ότι η αντιστρόφου λογικής ελληνική ρύθμιση και ο συνταγματικός κανόνας του α.19 παρ.1 Σ κατατείνουν στη μη επιτρεπτή

β. Η περίπτωση των τυχαίων ευρημάτων αφορώντων άλλη ποινική δίκη σχετικά με αξιόποινη πράξη μη υπαγόμενη στο «κατάλογο» (α.4 και εδ. α'α.5 παρ.10 Ν.2225/1994)

Ανωτέρω επισημάνθηκε ότι η υπό εξέταση περίπτωση εισάγει ανεξάρτητη απαγόρευση αξιοποίησης. Τα κρίσιμα ζητήματα που χρήζουν εδώ ερμηνείας είναι δύο. Το πρώτο αφορά τι νοείται ως «άλλη ποινική δίκη» και το δεύτερο τι συνεπάγεται η έννοια «διαφορετικός σκοπός». Προς αποφυγή επαναλήψεων θα αναλυθεί το πρώτο ζήτημα καθώς ως προς το δεύτερο, ήτοι την έννοια του ανακριτικού σκοπού έγινε εκτενώς ανωτέρω ανάλυση και προέκυψε ότι ως διαφορετικός νοείται ο σκοπός της ανακριτικής πράξης της άρσης απορρήτου τηλεπικοινωνιών που αποβλέπει στην εξακρίβωση άλλων εγκλημάτων απ' αυτών που εξειδικεύονται στο α.4 του Ν.2225/1994, εκτελεστικού της διάταξης του α.19 παρ.1 Σ.

Για την διακρίβωση της έννοιας της «άλλης ποινικής δίκης» θα πρέπει να γίνει αναγωγή στη δικονομική έννοια της πράξης καθότι βάσει του α.250 ΚΠΔ ως αντικείμενο της ποινικής δίκης νοείται η συγκεκριμένη εγκληματική συμπεριφορά κατά τόπο, χρόνο και ιστορικές περιστάσεις³³¹. Είναι προφανές ότι όσο πιο ευρεία έννοια της δικονομικής πράξης³³² υιοθετηθεί τόσο διευρύνεται και ο σκοπός της

αξιοποίηση των τυχαίων ευρημάτων για συναφείς πράξεις εκτός καταλόγου. Για την αντιμετώπιση των συναφών πράξεων, ομοίως Χ. Νάιντο, Ειδικές ανακριτικές πράξεις: επίκαιρα ζητήματα ΠοινΧρ2017 σελ.491 επ. και την υπ' αριθ. 2/2017 γνωμοδότηση της Εισαγγελίας του Αρείου Πάγου, ΠοινΧρ 2017, σελ. 630 με σχολιασμό Α.Κωνσταντινίδη και αναφορά στις περίπτωση των συναφών πράξεων.

³³¹ Βλ. Α. Καρρά, Ποινικό Δικονομικό Δίκαιο, τρίτη έκδοση, Αθήνα Κομοτηνή, 2007. Σελ.296.

³³² Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ.12 – 13 η οποία κάνει αναφορά στο γερμανικό ποινικό δικονομικό δίκαιο και επισημαίνει ότι υιοθετείται μια ευρεία θεώρηση της δικονομικής πράξης, η τελευταία δηλαδή εκλαμβάνεται ως «συνολική συμπεριφορά του κατηγορουμένου στην έκταση που αποτελεί σύμφωνα με την αντίληψη του θίου μια ενιαία διαδικασία μαζί με το περιγραφόμενο από τις διωκτικές αρχές ιστορικό γεγονός» και την επισήμανση ότι «μεταξύ του επιμέρους τρόπου συμπεριφοράς του δράστη θα πρέπει να υπάρχει μια εσωτερική σύνδεση έτσι ώστε η χωριστή εκτίμηση τους σε διαφορετικές ποινικές διαδικασίες θα εμφανιζόταν ως μια αφύσικη διάσπαση ενός ενιαίου βιοτικού γεγονότος» καταλήγοντας ότι σύμφωνα με αυτή τη θεώρηση της δικονομικής

ανακριτικής πράξης άρα και του κύκλου των αποδεικτικών μέσων που ανευρίσκονται κατά την διενέργεια της και αντιστοίχως περιορίζονται τα αποδεικτικά μέσα που εμπίπτουν στην κατηγορία των τυχαίων ευρημάτων³³³.

Κατά την ημεδαπή προσέγγιση της έννοιας της δικονομικής πράξης κυρίως νομολογιακά έχει δοθεί μια στενή ερμηνεία βάσει της οποίας η τελευταία νοείται ως ιστορικό γεγονός που περιλαμβάνει όχι μόνο την ενέργεια ή την παράλειψη αλλά και το αξιόποιο αποτέλεσμα³³⁴. Για την υπό εξέταση περίπτωση στο α.4 παρ.2 του ν.2225/1994 γίνεται λόγος για «υπόθεση», νοώντας το ιστορικό γεγονός το οποίο περιλαμβάνει περισσότερα εγκλήματα τα οποία μπορεί να συρρέουν κατ' ιδέαν ή να είναι συναφή³³⁵. Η ένταξη τους στην ίδια ποινική δίκη εξαρτάται από τα όρια του αντικειμένου της εκκρεμούς δίκης τα οποία προσδιορίζονται από την ποινική δίωξη η οποία ασκείται *in rem*³³⁶. Άκρο όριο όμως μετά την οριοθέτηση της δικονομικής πράξης αποτελεί όπως προελέχθη ασφαλώς, η υπαγωγή της διερευνώμενης πράξης εντός του καταλόγου του α.4, ειδάλως το τυχαίο εύρημα δεν μπορεί να αξιοποιηθεί βάσει της ανεξάρτητης απαγόρευσης που ιδρύει το α.5 παρ.10 του Ν.2225/1994³³⁷.

πράξης σε αυτήν υπάγονται και τα κατ' ιδέαν συρρέοντα εγκλήματα και Α. Τζαννετή, Η ταυτότητα της δικονομικής πράξης, εκδ.Σάκκουλας, 2010, σελ.80.

³³³ Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ.12.

³³⁴ Βλ. ενδεικτικά. ΑΠ 526/90 ΠοινΧρ ΜΑ', σελ.30, ΑΠ 1366/1987 ΠοινΧρ ΛΗ', σελ.460 και την νομολογία βάσει της οποίας οι περιπτώσεις της πραγματικής συρροής συνιστούν διαφορετικές πράξεις δικονομικά (ΑΠ 290/2000 ΠοινΧρ ΝΑ', σελ.886) ενώ αν ένα πρόσωπο καταδικάστηκε για ένα έγκλημα αμετάκλητα μπορεί να διωχθεί εκ νέου και για το κατ' ιδέαν συρρέον το οποίο δεν κρίθηκε (ΑΠ 931/2003 ΠοινΧρ ΝΔ' σελ.218)

³³⁵ Βλ. Α. Διονυσοπούλου σε Χ. Παπαχαραλάμπους (επιμ.), ο.π., σελ.114.

³³⁶ Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ.12

³³⁷ Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ.137, η οποία επισημαίνει ότι στις περιπτώσεις των κατ' ιδέαν συρρέοντων εγκλημάτων με τις πράξεις του καταλόγου το περιεχόμενο της επικοινωνίας θα αξιοποιηθεί στην ίδια ποινική δίκη μόνο για το έγκλημα του καταλόγου του άρθρου 4 παρ.1 α 1β ή για έγκλημα που προβλέπεται στους λοιπούς νόμους περί άρσης διότι το κατ' ιδέαν συρρέον έγκλημα είναι τυπικά άλλο έγκλημα σε σχέση με εκείνο για το οποίο διενεργήθηκε η άρση του απορρήτου.

Νομολογιακά, η παρούσα προβληματική εντοπίζεται στην πρόσφατη απόφαση υπ' αριθ. 978/2018 του Τριμελούς Εφετείου Κακουργημάτων Αθηνών³³⁸ αφορώσα στημένους αγώνες (γνωστή ως «KORIOPOLIS»). Για την εν λόγω υπόθεση είχε διαταχθεί νομίμως άρση απορρήτου τηλεπικοινωνιών για την εξακρίβωση των εγκλημάτων της συγκρότησης και ένταξης σε εγκληματική οργάνωση, της απάτης από κοινού κατ' επάγγελμα και κατά συνήθεια για ποσό άνω των 30.000 ευρώ, της απόπειρα εκβίασης με απειλή βλάβης του επαγγέλματος του εξαναγκαζόμενου κατ' επάγγελμα και κατά συνήθεια, και της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες κατ' επάγγελμα και κατά συνήθεια. Παραλλήλως σε έτερη ποινική υπόθεση, είχε διαταχθεί άρση απορρήτου της τηλεφωνικής σύνδεσης ενός εκ των ως άνω κατηγορουμένων κατόπιν αίτησης του Τμήματος Δίωξης Εκβιαστών για τη διερεύνηση της αξιόποινης πράξης της έκρηξης του άρθρου 270 ΠΚ. Από την τελευταία αυτή ποινική υπόθεση δεν προέκυψαν ενδείξεις συμμετοχής στη διερευνώμενη πράξη για το πρόσωπο που είχε διαταχθεί η άρση, πλην όμως προέκυψε υλικό σχετικό με παραβάσεις της αθλητικής νομοθεσίας και συγκεκριμένα του άρθρου 132 ν.2725/1999 για δωροδοκία και δωροληψία, για την αλλοίωση αποτελέσματος αγώνων και συμμετοχή σε παράνομο στοίχημα (α.2 παρ.2α ν.2433/1996) και σχηματίστηκε ποινική δικογραφία.

Η τελευταία αυτή δικογραφία συσχετίστηκε με την πρώτη που αφορούσε τους στημένους αγώνες («KORIOPOLIS») και οι ψηφιακοί δίσκοι με τις εκθέσεις απομαγνητοφώνησής, προερχόμενοι εκ της άρσης των τηλεφωνικών συνδέσεων, εισήχθησαν στην δικογραφία με αποτέλεσμα να αποτελούν μέρος του αποδεικτικού υλικού. Όμως όπως ορθώς τονίζεται στην ανωτέρω απόφαση «[...] το περιεχόμενο των επίμαχων τηλεφωνικών συνομιλιών ληφθέν νομοτύπως για άλλη ποινική δικογραφία (σε αυτή που διενεργούνταν προανάκριση μεταξύ άλλων και της έκρηξης) αποσπάσματα τα οποία ενσωματώθηκαν στην προκείμενη δικογραφία (ενν. των στημένων αγώνων) δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί στην προκείμενη

³³⁸ Βλ. αυτή στο τευχ.Νο3 του περιοδικού Nova Criminalia (Ιούλιος 2018) προσπελάσιμη στο ιστότοπο: https://hcba.gr/wp-content/uploads/2018/07/NC-3_2018.pdf.

δικογραφία η οποία είναι διαφορετική από εκείνη για την οποία ήρθη το απόρρητο καθώς αντίκειται στο α.5 παρ.10 του Ν.2225/1994, η οποία δεν επιτρέπει τη χρήση άρσης τηλεφωνικού απορρήτου ως αποδεικτικού στοιχείου σε άλλη δικογραφία προς απόδειξη σκοπού και αδικημάτων διαφορετικών από εκείνων που είχαν καθοριστεί με την διάταξη της άρσης (εν προκειμένω η άρση αφορούσε το αδίκημα της έκρηξης). Αναφέρεται τέλος δε ότι «για την χρήση του περιεχομένου της άρσης δεν είχε εκδοθεί από το εκδόν τη διάταξη καθ' ύλην αρμόδιο όργανο, σχετική νεότερη διάταξη που να επιτρέπει να χρησιμοποιηθούν και να ληφθούν υπόψη τα παραπάνω στοιχεία για τη διακρίβωση άλλης ιδιαίτερως σοβαρής αξιόποινης πράξης» (α. 4 παρ.1 Ν.2225/1994)^{339 340}.

γ. Οι κατ' εξαίρεση περιπτώσεις επιτρεπτής αξιοποίησης των τυχαίων ευρημάτων (α. 5 παρ.10 εδ. β' του Ν.2225/1994)

Στο εδ. β' της παρ.10 του α. 5 του Ν.2225/1994³⁴¹ της διάταξης εισάγεται ένας είδος παρέκκλισης – εξαίρεσης από το βασικό κανόνα του εδ. α' περί μη

³³⁹ Βλ. όμως και την αντίθετη μειοψηφική γνώμη της Προέδρου (αδημ.) με επιχείρημα περί της απολύτου συνάφειας των δύο δικογραφιών.

³⁴⁰ Βλ. την υπ' αριθ. 2620/2014 ΠλημΑΘ απόφαση στην οποία διετάχθη χωρισμός των δικογραφιών, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 130 § 2 του ΚΠΔ, διότι κρίθηκε: «ότι δεν είναι συναφείς οι αξιόποινες πράξεις όλων των κατηγορουμένων, καθόσον προέκυψε ότι υπάρχουν επτά ομάδες κατηγορουμένων, των οποίων οι εγκληματικές δραστηριότητες δεν υπάγονται σε καμιά από τις περιπτώσεις του άρθρου 129 ΚΠΔ, διότι αποτελούν ομάδες με διαφορετικούς συμμετοχούς η καθεμία, οι οποίοι στρέφονται κατά διαφορετικών παθόντων. Ενόψει των ανωτέρω, το περιεχόμενο των τηλεφωνικών επικοινωνιών, που προέκυψε ως αποδεικτικό στοιχείο μετά από την άρση του τηλεφωνικού απορρήτου επί της ανακριτικής Μ11/319/2011 δικογραφίας, για πράξεις οι οποίες διώκονται σε βαθμό κακουργήματος, απαγορεύεται με ποινή ακυρότητας, να χρησιμοποιηθεί και να ληφθεί υπόψη ως άμεση ή έμμεση απόδειξη στην προκείμενη δικογραφία, η οποία δεν κρίθηκε ως συναφής με την ως άνω ανακριτική δικογραφία, καθόσον τούτο αντίκειται στη διάταξη του άρθρου 5 § 10 του ν. 2225/1994» και επιπλέον επισημαίνει ότι «δεν έχει εκδοθεί νεότερη διάταξη, που να επιτρέπει να χρησιμοποιηθούν και να ληφθούν υπόψη τα παραπάνω στοιχεία, ούτε άλλωστε είναι νόμιμη η έκδοση τέτοιας διατάξεως, καθόσον οι αξιόποινες πράξεις για τις οποίες σχηματίστηκε η προκείμενη δικογραφία, ως πλημμελήματα, δεν αναφέρονται στην παρ. 1 του άρθρου 4 του ν. 2225/1994, στην οποία καθορίζονται με περιοριστική και όχι ενδεικτική απαρίθμηση τα κακουργήματα, για τη διακρίβωση των οποίων είναι επιτρεπτή η άρση του απορρήτου των επικοινωνιών»

³⁴¹ «Κατ' εξαίρεση η αρχή που εξέδωσε τη διάταξη μπορεί, κατά την αιτιολογημένη κρίση της, να επιτρέψει με νεότερη διάταξή της να χρησιμοποιηθούν και να ληφθούν υπόψη τα παραπάνω στοιχεία, αν χρησιμεύουν για τη διακρίβωση άλλου ιδιαίτερως σοβαρού εγκλήματος από αυτά που αναφέρονται στην παρ. 1 του άρθρου 4 του παρόντος νόμου, καθώς και για υπεράσπιση κατηγορουμένου σε ποινική δίκη για πλημμέλημα ή κακούργημα» και

αξιοποίησης. Αυτή η κατά περίπτωση εξαιρετική δυνατότητα αξιοποίησης των ευρημάτων μπορεί σε πρώτη ανάγνωση να εκληφθεί ως «αποξένωση» από τον αρχικό ανακριτικό σκοπό της άρσης απορρήτου, ήτοι την εξακρίβωση των εγκλημάτων του καταλόγου του Ν.2225/1994, όμως μια προσεκτικότερη επισκόπηση της διάταξης οδηγεί στο αντίθετο συμπέρασμα. Συγκεκριμένα όπως προελέχθη η αρχή του σκοπού δεν αποκλείει μεταβολές σκοπού, εφόσον όμως αυτές προβλέπονται με σαφήνεια από νόμο σε συμφωνία με το Σύνταγμα, δικαιολογούνται από την προστασία άλλων δικαιωμάτων και ο τροποποιημένος σκοπός αξιοποίησης των δεδομένων δεν είναι ασύμβατος με τον σκοπό απόκτησης τους.³⁴²

Η πρώτη περίπτωση επιτρεπτής εξέτασης – αξιοποίησης αποτυπώνει τη σαφή νομοθετική βούληση για χρήση των ευρημάτων σε άλλη ποινική δίκη³⁴³ με σκοπό τη διακρίβωση άλλου ιδιαίτερου σοβαρού εγκλήματος της παρ.1 του α.4 του Ν2225/1994. Πρόκειται για μια κατεξοχήν σταθμιστική επιλογή μεταξύ του δικαιώματος του απορρήτου και της δίωξης των εγκλημάτων του καταλόγου του α.4, κατ' επιταγήν της συνταγματικής διάταξης του α.19 παρ.1 Σ. Η νομιμότητα και η συμβατότητα αυτής με το Σύνταγμα επιβεβαιώνεται από τον εξής υποθετικό συλλογισμό ο οποίος εκκινεί από τη σκέψη ότι στην περίπτωση που κρινόταν αναγκαία η διακρίβωση άλλου εγκλήματος συμπεριλαμβανομένου στο κατάλογο του α.4 παρ.1 του Ν.2225/1994, τότε χωρίς αμφιβολία η άρση απορρήτου θα κρινόταν επιτρεπτή^{344 345}.

³⁴² Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ.137.

³⁴³ Βλ. την υπ' αριθ. 2/2017 γνωμοδότηση της Εισαγγελίας του Αρείου Πάγου, ΠοινΧρ 2017, σελ. 630 με σχολιασμό Κωνσταντινίδη στην οποία αναφέρεται ότι: «πλην, όμως, τα αποκαλούμενα στην περίπτωση αυτή «τυχαία ευρήματα» είναι δυνατόν να ληφθούν υπόψη και να τύχουν της προσήκουσας αποδεικτικής αξιοποίησης όχι μόνο σε άλλη ποινική δίκη, αλλά, ενόψει του αδιάσπικτου της διατύπωσης της συγκεκριμένης διάταξης, και σε διοικητική ή πειθαρχική δίκη και διοικητική εν γένει διαδικασία, ιδίως όταν ο σκοπός δεν είναι διαφορετικός από αυτόν για τον οποίο διατάχθηκε η άρση του απορρήτου, με την προϋπόθεση βέβαια ότι έχει προηγηθεί σχετική, επαρκώς αιτιολογημένη, κρίση της δικαστικής αρχής που εξέδωσε την αρχική διάταξη».

³⁴⁴ Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ.142.

Δεύτερη εξαιρετική περίπτωση αξιοποίησης είναι αυτή που σχετίζεται με το υπερασπιστικό δικαίωμα του κατηγορούμενου και επιτρέπει την αξιοποίηση των ευρημάτων για πλημμέλημα ή κακούργημα. Σ' αυτή την περίπτωση παρατηρείται ότι η νομοθετική επιλογή κινείται εκτός της σφαίρας του α.19 παρ.1 Σ που κάνει αναφορά σε ιδιαίτερος σοβαρό έγκλημα και επικεντρώνεται σε μια αναγκαία από δικαιοπολιτικής σκοπιά στάθμιση μεταξύ της καταδίκης ενός αθώου³⁴⁶ και της προσβολής του δικαιώματος του απορρήτου της επικοινωνίας, η οποία σ' αυτή τη περίπτωση συντελείται λόγω χρήσης του περιεχόμενου αυτής, για σκοπό διαφορετικό από αυτόν για τον οποίο επεβλήθη η άρση απορρήτου.

Αδιαμφισβήτητα όπως αναλύθηκε ενδελεχώς σε προηγούμενο κεφάλαιο της παρούσης και μόνο το παράθυρο πιθανότητας καταδίκης ενός αθώου αρκεί για να κλονιστεί συθέμελα το δικαιοσύνη, καθότι αυτή συνεφέλκεται ανεπίτρεπτη προσβολή της αρχής του σεβασμού της ανθρώπινης αξίας που αποτελεί θεμέλιο λίθο του Κράτους Δικαίου. Επομένως σε κάθε τέτοια στάθμιση η πλάστιγγα «γέρνει» πάντοτε και ορθώς υπέρ της προσβολής του ατομικού δικαιώματος του απορρήτου της επικοινωνίας για την διασφάλιση της ανθρώπινης αξιοπρέπειας. Συνεπώς η φερόμενη ως μεταβολή του σκοπού της ανακριτικής πράξης ελέγχεται ως θεμιτή και νόμιμη, αφού είναι ρητά προβλεπόμενη, συμβατή με το πλέγμα των

³⁴⁵ Βλ. σε Γ. Τσόλια, Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι Απόρρητο ηλεκτρονικών επικοινωνιών IV Παράρτημα Νομολογίας σελ. 9 – 12, εκδ. Σάκκουλας, 2013, την υπ' αριθ.29/2012 ΣυμβΠΛΑΘ σύμφωνα με την οποία: [...] θα πρέπει δε το συμβούλιο σας σύμφωνα με την διάταξη του α.5 παρ.4 Ν.2225/1994 να επιτρέψει να χρησιμοποιηθεί το ανωτέρω αποδεικτικό μέσο και να ληφθεί υπόψη στη παρούσα υπόθεση δεδομένου ότι ερευνάται το ιδιαίτερο σοβαρό έγκλημα της ληστείας το οποίο περιλαμβάνεται στα, α.4 παρ.1 του ανωτέρω νόμου, εγκλήματα και η αξιολόγηση του αποδεικτικού μέσου είναι κρίσιμη για την διερεύνηση του εγκλήματος αυτού τόσο προς τον φυσικό αυτουργό όσο και προς τους φερόμενους ως συμμετόχους, σύμφωνα με την ασκηθείσα ποινική δίωξη.

³⁴⁶ Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ.226 – 227 η οποία επισημαίνει ότι αν στο παρανόμως κτηθέν αποδεικτικό μέσο κατά την άρση απορρήτου περιέχονται πληροφορίες για τη συμμετοχή ενός προσώπου σε σοβαρή αξιόποινη πράξη άλλη από εκείνη για την οποία διατάχθηκε η άρση και ταυτόχρονα υφίσταται εκκρεμής διαδικασία εναντίον ενός άλλου προσώπου για την ίδια αξιόποινη πράξη οπότε οι πληροφορίες αυτές είτε αφορούν έγκλημα για το οποίο επιτρέπεται η άρση είτε όχι θα αξιοποιηθούν για την απαλλαγή του δεύτερου προσώπου αν αποτελούν το μοναδικό αναγκαίο και πρόσφορο μέσο γι' αυτή αλλά όχι για την άσκηση της ποινικής δίωξης ή για την καταδίκη του πρώτου.

συνταγματικών κανόνων και ερείδεται στην μη αναθεωρήσιμη διάταξη του α.2 παρ.1 του Σ. – ύπατη ερμηνευτική αρχή κάθε επιμέρους διάταξης νόμου –.³⁴⁷

II. Παράνομη κτήση

Έτερο ζήτημα προς διερεύνηση αποτελεί η περίπτωση που τα τυχαία ευρήματα αποτελούν «προϊόν» παράνομης άρσης απορρήτου. Τίθεται δηλαδή το ερώτημα πρώτον αν τα εν λόγω ευρήματα είναι αξιοποιήσιμα και δεύτερον ποιες δικονομικές συνέπειες παράγονται σε περίπτωση αξιοποίησης αυτών. Όπως διατυπώθηκε αρχικώς κατά τον εννοιολογικό προσδιορισμό της έννοιας, το τυχαίο εύρημα της άρσης του απορρήτου της τηλεφωνικής επικοινωνίας είναι η πληροφορία που αφορά άλλη αξιόποινη πράξη εκτός του σκοπού της άρσης του απορρήτου. Παρά την ύπαρξη όμως διαφορετικού σκοπού μεταξύ ευρήματος ανακριτικής πράξης και τυχαίου ευρήματος, το τελευταίο δεν παύει να αποτελεί τμήμα του περιεχομένου της τηλεφωνικής συνομιλίας που αποτυπώνεται σε υλικό φορέα³⁴⁸. Σε περίπτωση λοιπόν που το περιεχόμενο της καταγραφείσας συνομιλίας κτήθηκε παρανόμως η αξιοποίηση του καθίσταται παράνομη με άμεσο επακόλουθο και την απαγόρευση αξιοποίησης των τυχαίων ευρημάτων που προκύπτουν από την διενέργεια της παράνομης άρσης απορρήτου κατ' εφαρμογή των α.177 παρ.2 ΚΠΔ σε συνδυασμό με το α.19 παρ.3 Σ.

Αναλυτικότερα αντικείμενο απαγόρευσης αξιοποίησης του α.177 παρ.2 ΚΠΔ αποτελούν τα αποδεικτικά μέσα, δηλαδή ο υλικός φορέας όπου ενσωματώνονται οι πληροφορίες που αφορούν την διερευνώμενη αλλά ενδεχομένως και άλλη αξιόποινη πράξη. Στην περίπτωση λοιπόν της απαγόρευσης αξιοποίησης, αυτή σχετίζεται με το αποδεικτικό μέσο που αποκτήθηκε με αξιόποινη πράξη, αφορά δηλαδή το σύνολο του περιεχομένου που ενυπάρχει σε αυτό είτε αυτό αναφέρεται στην διερευνώμενη είτε σε άλλες αξιόποινες πράξεις³⁴⁹. Συνεπώς εφόσον και τα

³⁴⁷ Βλ. Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα, ο.π., σελ.98 – 99 επ

³⁴⁸ Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ό.π., σελ. 221 επ.

³⁴⁹ Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ό.π., σελ. 224 επ. την επισήμανση ότι για να εφαρμοστεί η διάταξη του α.177 παρ.2 ΚΠΔ θα πρέπει το αποδεικτικό μέσο να αποκτήθηκε με αξιόποινη πράξη ήτοι κατά

τυχαία ευρήματα αποτελούν, όπως προελέχθη, τμήμα του περιεχομένου του αποδεικτικού μέσου θα ισχύσει για την αξιοποίηση τους ό,τι ισχύει για την συνολική αξιοποίηση του αποδεικτικού μέσου στο οποίο περιέχονται.

Σε περίπτωση λοιπόν λήψης υπόψη τυχαίων ευρημάτων προερχόμενων από παρανόμως διενεργηθείσα άρση απόρρητου προκαλείται απόλυτη ακυρότητα κατ' άρθρο 171 παρ.1 περ.δ' ΚΠΔ³⁵⁰. Άλλωστε η έννοια «λήψη υπόψη» είναι προφανές ότι περικλείει και το τμήμα της άσκησης ποινικής δίωξης καθότι αναφέρεται σε όλη την ποινική διαδικασία. Επιπροσθέτως το Δικαστήριο με την απαγορευμένη αυτή αξιοποίηση (άρθρο 19 παρ. 3 Σ) υπερβαίνει την εξουσία του καθότι αντιστρατεύεται την συνταγματική επιταγή της διάταξης. Κατά συνέπεια, δημιουργείται λόγος αναιρέσεως και για υπέρβαση εξουσίας κατ' άρθρο 510 παρ. 1 στοιχ. Θ' ΚΠΔ³⁵¹.

3. Η περίπτωση της άρσης απόρρητου για ιδιαιτέρως σοβαρό έγκλημα εκ του καταλόγου το οποίο εν συνεχεία υποβαθμίζεται απαξιολογικά

Το υπό εξέταση ζήτημα βρίσκει ιδιαιτέρως συχνά πεδίο πρακτικής εφαρμογής και σχετίζεται κυρίως με την πρακτική της αστυνομίας η οποία ουκ ολίγες φορές στο πλαίσιο της αστυνομικής προανάκρισης ή της προκαταρκτικής εξέτασης διενεργεί ειδικές ανακριτικές πράξεις – ιδίως άρση τηλεφωνικού απόρρητου – για εγκλήματα στα οποία κατά εκείνο το χρονικό σημείο αποδίδεται ένας χαρακτηρισμός ιδιαιτέρως μαξιμαλιστικός απαξιολογικά³⁵² («ιδιαιτέρως

παράβαση των ποινικών διατάξεων που προστατεύουν το απόρρητο της επικοινωνίας: α.250 ΠΚ για τους τηλεφωνικούς υπαλλήλους, α.370Α ΠΚ και στο πλαίσιο των ειδικών ποινικών νόμων α.5 παρ.11 εδ.β του Ν.2225/1994 και α.10 παρ.1, 2 του Ν.3115/2003 και ότι σε κάθε περίπτωση η άρση του απορρήτου χωρίς την τήρηση των εγγυήσεων αυτών συνιστά ανεπίτρεπτο περιορισμό του δικαιώματος και άρα παραβίαση της οικείας συνταγματικής διάταξης δηλαδή του α.19 παρ.1 του Σ, η οποία επισύρει ως γνωστόν απαγόρευση αξιοποίησης κατά το α.19 παρ.3.

³⁵⁰ Βλ. αντί πολλών *Καρρά*, Ποινικό Δικονομικό Δίκαιο, σελ.742 και *Α. Τζαννετή*, ΠοινΧρ ΜΗ', σελ.109.

³⁵¹ Βλ. *Δ. Τσάτσο*, *Α. Παπαδαμάκη*, *Κ. Χρυσόγονο*, ΠοινΔικ2003, σελ.819 που αναφέρεται ότι σε κάθε περίπτωση πάντως, η παράκαμψη της ανωτέρω απόλυτης απαγόρευσης αποδεικτικής αξιοποίησης των ευρημάτων παραβιάζει και τα άρθρα 6 παρ. 1 και 8 παρ. 1 και 2 της ΕΣΔΑ με την δικονομική συνέπεια της δημιουργία απόλυτης ακυρότητας της δικαιοδοτικής κρίσης, καθώς προσβάλλεται η υπεράσπιση του κατηγορουμένου (άρθρο 171 παρ. 1 περ. δ' ΚΠΔ).

³⁵² Βλ. *Χ. Νάιντο*, ΠοινΧρ2017 σελ.495.

σοβαρά») εν συνεχεία όμως με την προώθηση της ποινικής δίωξης επέρχεται «υποβάθμιση» της απαξίας τους με αποτέλεσμα να στοιχειοθετούν τελικώς αξιόποινες πράξεις ο οποίες κείτονται εκτός του καταλόγου του α.4 παρ.2 του Ν.2225/1994. Από παράδειγμα και συχνά συναντώμενο αποτελεί η περίπτωση της μη στοιχειοθέτησης του κακουργήματος της εγκληματικής οργάνωσης, γιατί δεν αποδείχθηκε η συμμετοχή περισσότερων από δύο προσώπων ή η απαιτούμενη δομή και διαρκής δράση (άρθρο 187 παρ. 1 ΠΚ) και εν τέλει της μεταβολής της κατηγορίας σε εγκληματική συμμορία (άρθρο 187 παρ. 5 ΠΚ)³⁵³.

Από το ανωτέρω παράδειγμα προκύπτει το εύλογο ερώτημα αν είναι νομίμως αξιοποιήσιμο το περιεχόμενο των τηλεφωνικών συνομιλιών παρά τη συρρίκνωση της αρχικά αποδοθείσας κατηγορίας. Για να απαντηθεί το ανωτέρω ζήτημα θα επιχειρηθεί η ανάπτυξη του κάτωθι συλλογισμού ο οποίος εκκινεί από την συγκριτική επισκόπηση της ελληνικής και της γερμανικής ρύθμισης περί της προστασίας της άρσης απορρήτου. Στη Γερμανία κρατούσα άποψη είναι αυτή που τάσσεται υπέρ της αξιοποίησης των ευρημάτων παρά τη μεταβολή της κατηγορίας, (κατ' ουσίαν τη βελτίωση αυτής), εφόσον υφίσταται ταυτότητα της δικονομικής πράξης, ήτοι όταν αυτά αφορούν το ίδιο ιστορικό γεγονός³⁵⁴. Ωστόσο η πυρηνική διαφορά μεταξύ των ρυθμίσεων των δύο εννόμων τάξεων δεν εντοπίζεται τόσο στην προσέγγιση της έννοιας της δικονομικής πράξης όσο στις διαφορετικές συνταγματικές διατυπώσεις σχετικά με την άρση απορρήτου μεταξύ του α.19 Σ και του α.10 GG. Ακριβώς το περιεχόμενο αυτών των δύο διατάξεων είναι που οδηγεί και σε διαφορετική δικονομική αντιμετώπιση των τυχαίων ευρημάτων³⁵⁵.

³⁵³ Βλ. Χ. Νάιντο, ΠοινΧρ2017 σελ.494 – 495 και την αναφορά του σε ανάλογα παραδείγματα όπως την περίπτωση της διακίνησης ναρκωτικών ουσιών (άρθρο 20 του ν. 4139/2013) η οποία τελικώς αποτελούσε διακίνηση μικροποσοτήτων ναρκωτικών από εξαρτημένο δράστη, με σκοπό να καλύψει τις άμεσες ανάγκες της χρήσης του (άρθρο 21 παρ. 1α του ν.4139/2013) και την περίπτωση κλοπής που τελέστηκε και δεν ήταν διακεκριμένη (άρθρο 374 ΠΚ).

³⁵⁴ Βλ. Α. Τζαννετή, Η ταυτότητα της δικονομικής πράξης, 2010 σελ.44 – 45 και Χ. Νάιντο, ΠοινΧρ2017 σελ.495.

³⁵⁵ Βλ. αγγλική μετάφραση αυτού «Article 10 [Privacy of correspondence, posts and telecommunications] (1) The privacy of correspondence, posts and telecommunications shall be inviolable. (2) Restrictions may be ordered only pursuant to a law. If the restriction serves to protect

Η έρευνα θα πρέπει να εκκινήσει από το πεδίο των αποδεικτικών απαγορεύσεων. Καταρχήν στην υπό εξέταση περίπτωση η άρση απορρήτου σε πρώτο επίπεδο διατάχθηκε νομίμως (π.χ. για την διακρίβωση του κακουργήματος της εγκληματικής οργάνωσης) και τότε συνέτρεχαν οι απαιτούμενες υπόνοιες για την τέλεση αυτού. Εν συνεχεία όμως κατά το στάδιο αξιοποίησης του αποδεικτικού υλικού η νομιμότητα της χρήσης αυτή δέον να επαναξιολογηθεί με βάση τον νέο νομικό χαρακτηρισμό της πράξης. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι κινούμαστε στο χώρο των ανεξάρτητων απαγορεύσεων αξιοποίησης, καθότι η αρχική κτήση ήταν νόμιμη συνεπώς δεν διεκδικούν εφαρμογής οι διατάξεις των α.19 παρ.3 και 177 παρ.2 ΚΠΔ που αναφέρονται στην κατηγορία των εξαρτημένων αποδεικτικών απαγορεύσεων³⁵⁶.

Στο στάδιο λοιπόν της αξιοποίησης για να δοθεί απάντηση στο ζήτημα απαιτείται η διενέργεια ελέγχου νομιμότητας του αποδεικτικού υλικού, δια της διαδικασίας υποθετικής επανάληψης της απόκτησης αυτού (hypothetischer Wiederholungs- Ersatzeingriff). Ερωτάται δηλαδή αν θα ήταν επιτρεπτή η χρήση του κτηθέντος αποδεικτικού υλικού με τον υπάρχοντα ορθότερο νομικό χαρακτηρισμό της πράξης³⁵⁷. Όπως έχει διαπιστωθεί και ανωτέρω, σε περίπτωση που η άρση απορρήτου αφορά εγκλήματα για τα οποία αυτή δεν επιτρέπεται καθότι τα τελευταία δεν υπάγονται στο προβλεπόμενο κατάλογο του α.4 παρ.1 του Ν.2225/1994, η αξιοποίηση του κτηθέντος αποδεικτικού υλικού που προκύπτει

the free democratic basic order or the existence or security of the Federation or of a Land, the law may provide that the person affected shall not be informed of the restriction and that recourse to the courts shall be replaced by a review of the case by agencies and auxiliary agencies appointed by the legislature» διαδικτυακά προσπελάσιμη στον ιστότοπο: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> από το οποίο προκύπτει ότι δεν γίνεται αναφορά *περιοριστικά* σε ιδιαίτερος σοβαρά εγκλήματα παρά μόνο προβλέπει επιφύλαξη νόμου.

³⁵⁶ Βλ. Χ. Νάιντο, ΠοινΧρ2017 σελ.495.

³⁵⁷ Βλ. Α. Διονυσσοπούλου, ο.π., σελ. 134 – 135 και Χ. Νάιντο, ΠοινΧρ2017 σελ.495 και ιδίως υποσ.32, 33 με περαιτέρω παραπομπές στους υποστηρικτές της υποθετικής νόμιμης επέμβασης και Α. Τζαννετή, ο.π., ΠοινΧρ ΜΕ, σελ.33 επ.

οδηγεί σε αυτοτελή προσβολή του α.19 παρ.1 Σ και κατά συνέπεια σε μη δικονομικά επιτρεπτή αξιοποίηση του³⁵⁸.

Καταληκτικά κατά την γράφουσα, εξ' όλων των ανωτέρω προκύπτει ότι η απόλυτη διατύπωση του α.19 παρ.1 Σ («διακρίβωση ιδιαίτερως σοβαρών εγκλημάτων») και ο κατ' επέκταση περιοριστικός κατάλογος των εγκλημάτων για τα οποία καθίσταται επιτρεπτή η άρση του απορρήτου αποτελεί τον πυρήνα της σκέψης του ανωτέρω συλλογισμού και αιτιολογεί τη διαφορετική δικονομική μεταχείριση των τυχαίων ευρημάτων μεταξύ ελληνικής και γερμανικής έννομης τάξης. Στο γερμανικό δίκαιο ο περιορισμός του άρθρου 19 παρ. 1 Σ για τη διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων δεν υφίσταται και το αντικείμενο της άρσης απορρήτου οριοθετείται από το εύρος της ερευνώμενης δικονομικής πράξης ως ιστορικού γεγονότος κι όχι *expressis verbis* από τη βαρύτητα αυτής³⁵⁹.

Τέλος στο επίπεδο της αστυνομικής πρακτικής, η συγκεκριμένη απαγόρευση αξιοποίησης τυχαίων ευρημάτων για την διακρίβωση υποβαθμισμένης απαξίας εγκλημάτων, δέον και ευχής έργο να επενεργήσει αποτρεπτικά³⁶⁰ κατά τη συλλογή του αποδεικτικού υλικού από τις αστυνομικές αρχές με απώτερο στόχο την οριοθέτηση της δράσης τους, αφού οι ίδιες θα γνωρίζουν ότι τα επίμαχα ευρήματα δεν θα δύνανται να αξιοποιηθούν για τη ενοχή και την καταδίκη του κατηγορουμένου.

4. Τρίτα πρόσωπα, τυχαία ευρήματα και άρση απόρρητου τηλεπικοινωνιών

Η άρση απορρήτου τηλεπικοινωνιών, όπως διατυπώθηκε προηγουμένως, εντάσσεται στην κατηγορία των ειδικών ανακριτικών πράξεων, τελούντων σε σχέση υπαλληλίας προς τις ανακριτικές πράξεις εν ευρεία εννοία. Βασική ειδοποιός διαφορά των πρώτων από τις δεύτερες αποτελεί το στενό πεδίο εφαρμογής τους, δηλαδή το περιορισμένο εύρος των εγκλημάτων (περιοριστικά αναφερόμενων στο

³⁵⁸ Βλ. Χ. Νάιντο, ΠοινΧρ2017 σελ.495 και Α. Διονυσοπούλου, ο.π., σελ. 134 – 135

³⁵⁹ Βλ. Χ. Νάιντο, σελ.49

³⁶⁰ Βλ. Χ. Νάιντο, ΠοινΧρ2017 σελ.495.

νόμο) για την εξιχνίαση των οποίων επιτρεπτός διενεργούνται³⁶¹. Ως κύρια ιδεοτυπικά χαρακτηριστικά των ειδικών ανακριτικών πράξεων αναγνωρίζονται πρώτον η απόλυτη *erga omnes* μυστικότητα της διενέργειάς τους³⁶² και δεύτερον η εγκληματοπροληπτική λειτουργία τους. Ακριβώς το δεύτερο χαρακτηριστικό, ήτοι ο προληπτικός χαρακτήρας τους, είναι συνυφασμένος με τη διεύρυνση του κύκλου των θιγόμενων προσώπων, πέραν αυτών στους οποίους αποδίδεται η ιδιότητα του κατηγορουμένου - υπόπτου. Όριο βέβαια και νομιμοποιητική βάση του προληπτικού τους χαρακτήρα αποτελεί η αρχή του προσήκοντος βαθμού υπονοιών ή ισχύος των ενδείξεων τέλεσης του διερευνώμενου εγκλήματος³⁶³.

Ειδικώς για την άρση απορρήτου τηλεπικοινωνιών καθίσταται κατανοητό ότι αφού αφορά την επικοινωνία μεταξύ προσώπων, συνεπάγεται την ύπαρξη περισσότερων του ενός ατόμου (πομπός – δέκτης), ως κοινωνικά εξωτερικευόμενης και απευθυντέας πράξης. Αναγκαστικώς δηλαδή κατά την διενέργεια αυτής συμπτωματικά ή αναπόφευκτα «εισέρχονται στο ανακριτικό στόχαστρο εκτός από τον κατηγορούμενο και τρίτα πρόσωπα»³⁶⁴. Η συμπτωματική αυτή εμπλοκή τρίτων προσώπων δεν είναι δυνατόν εκ των πραγμάτων να αποκλειστεί, παρά το γεγονός ότι για τα τρίτα αυτά πρόσωπα δεν συντρέχει ο απαιτούμενος βαθμός υπονοιών,

³⁶¹ Βλ. Χ. Νάιντο, ΠoinΧρ2017 σελ.491 και Ν. Λίβο, ο.π., σελ.960 ο οποίος επισημαίνει ότι «η διενέργεια αυτών επιτρέπεται για μόνον τα υπό του νόμου προβλεπόμενα εγκλήματα και για καμιά άλλη περίπτωση, ακόμα κι αν επιθανολογείτο ότι με την διενέργειά τους θα εξιχνιάζετο το έγκλημα πληρέστερα, ταχύτερα, ευκολότερα και, υπό περιπτώσεις, ακόμα και ολιγότερον επαχθώς για τον καθ' ου. Είναι ως εκ τούτου σαφές ότι ο νομοθέτης δεν θέλησε να αποκαλύπτονται με τις συγκεκριμένες ανακριτικές πράξεις άλλα εγκλήματα εκτός από εκείνα στα οποία έκανε ειδικότερη, ρητή και σαφή μνεία».

³⁶² Βλ. Ι. Μοροζίνη, Η δημοσιοποίηση στα Μ.Μ.Ε. του περιεχομένου της επικοινωνίας μετά την άρση του απορρήτου αυτής υπό το πρίσμα του ουσιαστικού και του δικονομικού ποινικού δικαίου, ΠoinΧρ2018, σελ.652, ο οποίος επισημαίνει ότι με τον μυστικό χαρακτήρα της πράξης το έλλειμμα ενημέρωσης του θιγομένου προσώπου δεν ισοσταθμίζεται από την απλή παροχή ευχέρειας στην Α.Δ.Α.Ε. κατά το άρθρο 5 § 9 Ν. 2225/1994 να γνωστοποιήσει, δυνητικά, εκ των υστέρων στον θιγόμενο την επιβολή του μέτρου και Ν. Λίβο, Οργανωμένο έγκλημα και ειδικές ανακριτικές πράξεις Τόμος Ι: Δογματική του οργανωμένου εγκλήματος, Σάκκουλας, 2006, σελ. 9 – 11.

³⁶³ Βλ. Χ. Νάιντο, ΠoinΧρ2017 σελ.491.

³⁶⁴ Βλ. Ν. Λίβο, ο.π., σελ.961 – 962 ο οποίος τονίζει τη σημασία της ρητής, σαφής και εξαντλητικής ρύθμισης των προϋποθέσεων νόμιμης διεξαγωγής όταν οι ανακριτικές πράξεις θίγουν προστατευόμενα αγαθά τρίτων, μη ύποπτων προσώπων και ευστόχως διατυπώνει ότι «σε αντίθετη περίπτωση η πορεία της ποινικής δίκης δεν θα είχε τα «εξωτερικά χαρακτηριστικά» απονομής δικαιοσύνης, αλλά θα ενεφάνιζε την εικόνα ενός αγώνα κατά δικαίων και αδίκων».

που αναφέρθηκε ανωτέρω ως όριο του προληπτικού χαρακτήρα των ειδικών ανακριτικών πράξεων. Είναι επίσης προφανές ότι παρά τον συμπτωματικό χαρακτήρα που φέρει η εμπλοκή των τρίτων, μη υπόπτων προσώπων, η προσβολή που υφίστανται τα τελευταία, είναι βεβαία: καθότι η παρακολούθηση μιας τηλεφωνικής συνδιάλεξης του κατηγορουμένου προσβάλλει αναπόφευκτα την ιδιωτική ζωή, το τηλεπικοινωνιακό απόρρητο και το δικαίωμα πληροφορικής αυτοδιάθεσης και του συνομιλούντος με αυτόν προσώπου.³⁶⁵

Κατά το α.4 παρ.3 του Ν.2225/1994³⁶⁶ 3. «η άρση στρέφεται μόνο κατά συγκεκριμένου προσώπου ή προσώπων που έχουν σχέση με την υπόθεση που ερευνάται ή για τα οποία, βάσει συγκεκριμένων περιστατικών, προκύπτει ότι λαμβάνουν ή μεταφέρουν συγκεκριμένα μηνύματα που αφορούν ή προέρχονται από τον κατηγορούμενο ή χρησιμοποιούνται ως σύνδεσμοί του»³⁶⁷. Εκ της ανωτέρω διατάξεως προκύπτει ότι η άρση απορρήτου μπορεί να στρέφεται και κατά τρίτων προσώπων που δεν είναι κατηγορούμενοι - ύποπτοι υπό τις ίδιες προϋποθέσεις³⁶⁸ που στρέφεται κατά των κατηγορουμένων³⁶⁹. Τυχαιά ευρήματα μπορούν να προκύψουν και για τα τρίτα λοιπόν πρόσωπα τα οποία είτε μετέχουν στις

³⁶⁵ Βλ. Ν. Λίβο, ο.π., σελ.962.

³⁶⁶ Βλ. Χ. Λυντέρη, Η άρση του απορρήτου της επικοινωνίας ως μέσο αντεγκληματικής πολιτικής Μια παρουσίαση και κριτική των σχετικών διατάξεων του Ν.2225/1994 ΠοινΧρ ΜΕ σελ.122.

³⁶⁷ Βλ. Α. Διονυσσοπούλου, ό.π., σελ. 149 επ. η οποία αναφέρει ότι η αντίστοιχη ρύθμιση στο άρθρο 100α παρ. 3 του γερμανικού ΚΠΔ (StPO) προβλέπει ότι η άρση απορρήτου τηλεφωνικής επικοινωνίας επιτρέπεται να στρέφεται κατά του κατηγορουμένου και κατά προσώπων για τα οποία προκύπτει από συγκεκριμένα περιστατικά ότι μεταφέρουν μηνύματα του κατηγορουμένου ή ότι ο κατηγορούμενος χρησιμοποιεί την τηλεφωνική σύνδεσή τους.

³⁶⁸ Βλ. όμως Α. Διονυσσοπούλου, ό.π., σελ. 147 η οποία επισημαίνει την διαφοροποίηση των προϋποθέσεων της σωματικής έρευνας σε τρίτους εν σχέσει με το κατηγορούμενο και σημειώνει ότι αυτή αποτελεί ένδειξη ότι ο νομοθέτης έλαβε υπόψη το γεγονός ότι η ρύθμιση της επέμβασης σε τρίτους δηλαδή σε πρόσωπα που δεν αποδίδεται αξιόποινη πράξη πρέπει να διαφοροποιηθεί σε σχέση με την ίδια επέμβαση σε κατηγορούμενο δηλαδή σε πρόσωπο που αποδίδεται μια αξιόποινη πράξη. Καταλήγει δε ότι η αιτία των διαφοροποιημένων προϋποθέσεων είναι ο βαθμός υπόνοιας για τέλεση αξιόποινης πράξης.

³⁶⁹ Βλ. Θ. Δαλακούρα, Τιμ.Τομ. για τον Ν. Ανδρουλάκη σελ.853 την αναφορά στην παραβίαση της αρχής της αθωότητας στο μέτρο που παραβιάζεται η αρχή του προσήκοντος βαθμού υπονοιών και την επισήμανση ότι κάθε μη ανάλογη προς τον προσήκοντα βαθμό υπόνοιας κρατική επέμβαση είναι ασυμβίβαστη με τη βασική επιλογή του συνταγματικού νομοθέτη υπέρ της ελευθερίας του ατόμου αφού υπερβαίνει τα όρια του επιτρεπτού περιορισμού των δικαιωμάτων του, σελ.861.

συνομιλίες με εκείνον κατά του οποίου στρέφεται η άρση, είτε αναφέρονται σε συνομιλίες που παρακολουθούνται.

Το ζήτημα που εγείρεται εδώ είναι αν αυτά τα ευρήματα δύνανται να αξιοποιηθούν³⁷⁰. Για την απάντηση στο ανωτέρω ερώτημα δέον και πάλι να γίνει εστίαση στο σκοπό της συγκεκριμένης ανακριτικής πράξης. Όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων του α. 4 παρ.1,1α,1β και 2 του Ν.2225/1994 ο ανακριτικός σκοπός έγκειται στην διακρίβωση των πράξεων που αναφέρονται στις ανωτέρω διατάξεις ή στην εξακρίβωση του τόπου διαμονής του κατηγορουμένου. Ορθώς έχει διατυπωθεί ότι καταρχήν στο σκοπό της άρσης δεν περιλαμβάνονται πρόσωπα καθότι μέχρι εκείνη τη στιγμή ο δράστης δύναται να είναι ακόμη και άγνωστος³⁷¹. Τα ανωτέρω βρίσκονται σε συμφωνία με την παρ.10 του α.5 του Ν.2225/1994 σύμφωνα με την οποία η αξιοποίηση του περιεχόμενου της επικοινωνίας γίνεται βάσει του σκοπού επιβολής του μέτρου και όχι βάσει των προσώπων των οποίων οι πληροφορίες αφορούν. Δηλαδή σε περίπτωση που το τυχαία εύρημα αφορά τη διακρίβωση άλλου εγκλήματος από αυτά για τα οποία επιτρέπεται η άρση (α.4 παρ.1,1,α,1β) τότε αυτό είναι αξιοποιήσιμο ανεξαρτήτως των προσώπων που μετείχαν στις καταγραφείσες συνομιλίες. Επιχείρημα για τα ως άνω υποστηριζόμενα αντλείται και από τη συνταγματική διάταξη του α.19 παρ.1 Σ σύμφωνα με την οποία η άρση απορρήτου είναι επιτρεπτή για την διακρίβωση ιδιαιτέρως σοβαρών εγκλημάτων χωρίς να τίθενται φραγμοί εν είδη *προσωπικών όριων* στην άρση απορρήτου τηλεπικοινωνίας.

Από τα ανωτέρω λεχθέντα συνάγεται ότι αν η αξιοποίηση των τυχαίων ευρημάτων της επικοινωνίας τρίτων προσώπων – συνομιλούντων αφορά τη συμμετοχή τους σε διερευνώμενη πράξη τότε ο σκοπός κτήσης και ο σκοπός χρήσης

³⁷⁰ Βλ. σε Α. Διονυσοπούλου, ό.π., σελ. 149 – 151 την αντιμετώπιση του ζητήματος στην Γερμανία και την κρατούσα εκεί άποψη η οποία τάσσεται υπέρ της αξιοποίησης με κύριο επιχείρημα ότι ισχύουν οι ίδιες προϋποθέσεις για ύποπτα και μη ύποπτα πρόσωπα και ότι τελικά εν προκειμένω σταθμίζεται ο βαθμός βαρύτητας της επέμβασης όχι με κριτήριο το βαθμό υπονοιών σε βάρος εκείνων κατά των οποίων στρέφεται αλλά με κριτήριο τον χαρακτήρα της διερευνώμενης πράξης.

³⁷¹ Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ό.π., σελ. 153.

ταυτίζεται με αποτέλεσμα να υπάρχει συμβατότητα με τον αρχικό ανακριτικό σκοπό (διακρίβωση διερευνώμενου εγκλήματος, α.19 παρ.1 Σ). Στην περίπτωση που από τα τυχαία ευρήματα, αναφορικά με τα υπό εξέταση «τρίτα πρόσωπα», προκύπτει άλλη αξιόποινη πράξη εκ του καταλόγου (α. 4 παρ.1) και πάλι βάσει της αρχής του σκοπού και της επιτρεπτής μεταβολής αυτού, προκύπτει ότι ο νέος σκοπός είναι νόμιμος και συμβατός με τον αρχικό, συνεπώς αυτά καθίστανται αξιοποιήσιμα. Τέλος στη περίπτωση που τα τρίτα πρόσωπα δεν μετέχουν στη συνομιλία αλλά η εμπλοκή τους σε αξιόποινες πράξεις προκύπτει από το περιεχόμενο της επικοινωνίας των συνομιλητών, τότε προφανώς δεν εντοπίζεται προσβολή του δικαιώματος του απορρήτου επικοινωνίας καθότι τα τρίτα πρόσωπα δεν επικοινωνούν, άλλα μόνο προσβολή του δικαιώματος σε πληροφοριακή αυτοδιάθεση, εφόσον η αξιοποίηση σχετίζεται με τα προσωπικά δεδομένα του τρίτου³⁷². Και σε αυτή τη περίπτωση βάσει της αρχής του σκοπού, αν τα ευρήματα αφορούν άλλο έγκλημα τρίτου προσώπου, υπαχθέν στο κατάλογο, τότε αυτά επιτρεπώς αξιοποιούνται.

Καταληκτικά εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το καθεστώς μυστικότητας υπό το οποίο λαμβάνουν χώρα οι ειδικές ανακριτικές πράξεις όπως η άρση απορρήτου τηλεπικοινωνιών, ο επαχθής χαρακτήρας αυτών και κυρίως η διενέργεια τους κατά τρόπο τέτοιο ώστε στο ανακριτικό στόχαστρο να τίθενται αναπόφευκτα και τρίτα άσχετα προς το έγκλημα πρόσωπα για τα οποία δύναται να προκύψει τυχαίο εύρημα το οποίο θεμελιώνει υπόνοιες για τέλεση άλλης αξιόποινης πράξεις καθιστούν επιτακτική την θεσμοθέτηση προστατευτικών και δικαιοκρατικών εγγυήσεων για τα τελευταία. Ως τέτοιες μπορούν να χαρακτηριστούν α) η λεπτομερής περιγραφή της διαδικασίας της απομαγνητοφώνησης και της σύνταξης της σχετικής αναλυτικής έκθεσης β) η παροχή της δυνατότητας αυτεπάγγελτου

³⁷² Βλ. Α. Διονυσοπούλου, ό.π., σελ. 154.

διορισμού συνηγόρου³⁷³ έτσι ώστε σ' όλες τις περιπτώσεις όπου ο κίνδυνος της προσβολής των θεμελιωδών ελευθεριών ανεπίληπτων προσώπων είναι παρών και απειλητικός να διασφαλίζεται διαμέσω «ελεγκτικών μηχανισμών» το πλαίσιο προστασίας αυτών.

³⁷³ Βλ. *N. Λίθο*, Το πρόβλημα της ασφάλειας και η ασφάλεια ως πρόβλημα: Το παράδειγμα του Ποινικού Δικαίου, σε: Τιμ. Τόμ. για τον Ι Μανωλεδάκη, τόμ. 1, 2005, σελ.205 – 206 και του ιδίου σε Πρακτικά Ζ' Πανελληνίου συνεδρίου της ΕΕΠΔ, Αθήνα 2000, σελ.61 επ.

Αντί επιλόγου

Η επικοινωνία σε όποια μορφή και αν εμφανίζεται και με όποιο μέσο και αν πραγματοποιείται νοείται ως αμφίδρομη κοινωνική διαδικασία ανταλλαγής μηνυμάτων, πληροφοριών, ιδεών, σκέψεων, επιθυμιών και συναισθημάτων. Εύστοχα έχει διατυπωθεί ότι αυτή είναι για τις σχέσεις των ανθρώπων ό,τι είναι η αναπνοή για τη διατήρηση της ζωής³⁷⁴, αποτυπώνοντας έτσι την ζωτική σημασία της για το ανθρώπινο όν και την λειτουργικότητα της ως μέσου εξωτερίκευσης, προσδιορισμού, έκφρασης και ανάπτυξης της προσωπικότητας.

Ιδωμένη υπό το πρίσμα των τεχνολογικών εξελίξεων και εξεταζόμενη στην περίπτωση που λαμβάνει χώρα μέσω των τηλεπικοινωνιών, αυτή αλλάζει διαρκώς μορφή με αποτέλεσμα να παρατηρούνται ποιοτικές αλλαγές ως προς την ταχύτητα, την εμβέλεια της και τον διαδραστικό χαρακτήρα του περιεχομένου της.

Θέτοντας το έγκλημα και τη απόδειξη αυτού, εντός του ανωτέρω πλαισίου και κατανοώντας το όχι μόνο ως νομικό αλλά εξίσου και ως κοινωνικό – πολιτισμικό φαινόμενο³⁷⁵, δεν θα μπορούσε η επικοινωνία και ειδικώς η επικοινωνία που λαμβάνει χώρα μέσω των τηλεπικοινωνιών να παραληφθεί ως «συμβάν» από το χώρο του εγκλήματος. Λειτουργώντας δηλαδή αυτή κυρίως εργαλειακά, είτε ως τρόπος ανταλλαγής πληροφοριών είτε ως μέσο συντονισμού δράσεων για την οργάνωση και τη διάπραξη τελικά της σχεδιαζόμενης αξιόποινης πράξης, καταλαμβάνει αναντίρρητα κομβικό ρόλο στην ευόδωση των εγκληματικών δράσεων, ειδικά στις περιπτώσεις της πολυπρόσωπης ενέργειας αυτών.

³⁷⁴ Βλ. V. Satir, Ανθρώπινη επικοινωνία Καλύτερες σχέσεις με τους εαυτούς και με τους άλλους, εκδ. Δίοδος, 1995.

³⁷⁵ Βλ. Ν. Λίθο, Το πρόβλημα της ασφάλειας και η ασφάλεια ως πρόβλημα: Το παράδειγμα του Ποινικού Δικαίου, σε: Τιμ. Τόμ. για τον Ι. Μανωλεδάκη, τόμ. 1, 2005, σελ. 187, ο οποίος αναφέρει ότι: «αποτελούν κοινό τόπο η διαπίστωση ότι το έγκλημα και η απόδειξη του δεν συνιστούν μόνο νομικά αλλά εξίσου και πολιτισμικά φαινόμενα το γεγονός δε αυτό είναι στη συνείδηση μας ως κοινωνικών όντων τόσο βαθιά χαραγμένο ώστε η ερμηνεία των σχετικών ποινικών διατάξεων πέρα από τη γνώση που μας προσφέρει να προβάλλει στη πραγματικότητα και ως ένα είδος εκλογικευμένης αξιολόγησης να αποτυπώνει δηλαδή την εν γένει στάση μας ως ελλόγων όντων απέναντι στα φαινόμενα αυτά».

Η ανωτέρω διαπίστωση σε συνδυασμό με την τάση του σύγχρονου κράτους προς μεγιστοποίηση της εγκληματοπροληπτικής του παραγωγικότητας με σκοπό την αντιμετώπιση της επισημασμένης, ως αύξουσας, ανασφάλειας από το έγκλημα³⁷⁶ και την βελτιστοποίηση της αντεγκληματικής του πολιτικής, έθεσε στο προσκήνιο τις ειδικές ανακριτικές πράξεις και εν προκειμένω την υπό εξέταση άρση απορρήτου τηλεπικοινωνιών, ως μεθόδων για την επίτευξη των ανωτέρω στοχεύσεων.

Όπως προαναφέρθη και στο πρόλογο της παρούσης η εν λόγω ειδική ανακριτική πράξη θέτει αναπόφευκτα σε «κατά μέτωπον» θέσεις το απόρρητο της επικοινωνίας, ως όψη³⁷⁷ του οικείου θεμελιώδους συνταγματικού δικαιώματος, και την αδήριτη ανάγκη του κράτους για αποτελεσματική λειτουργία των μηχανισμών επιτήρησης και καταστολής της εγκληματικότητας.

Το ανωτέρω «δυναμιτισμένο» πεδίο σύγκρουσης των ανταγωνιζόμενων αυτών αξιών τοποθετείται και λαμβάνει χώρα στο πλαίσιο της ποινικής διαδικασίας. Στο πεδίο αυτό της ποινικής δίκης, ο λειτουργικός ρόλος της ποινικής δικονομίας ως «σεισμογράφου της συνταγματικής τάξης»³⁷⁸, ταυτίζεται με ένα «τεστ δοκιμασίας αντοχής» και κατασφάλισης των δικαιωμάτων του εμπλεκόμενου με την ποινική δικαιοσύνη, υπόπτου ή κατηγορουμένου³⁷⁹.

Κατεξοχήν προνομιακό πεδίο αυτής της δοκιμασίας αποτελούν οι αποδεικτικές απαγορεύσεις. Εδώ ο βίαια παρεμβατικός ρόλος του κράτους στη ιδιωτική ζωή, όπως αποτυπώνεται κατά την διενέργεια των τηλεφωνικών παρακολουθήσεων για την συλλογή του αποδεικτικού υλικού, συγκρούεται με το δικαίωμα του απορρήτου της επικοινωνίας το οποίο, όπως και τα υπόλοιπα συνταγματικά δικαιώματα, προβάλλει ως εστία αντίστασης. Η προστατευτική του

³⁷⁶ Βλ. Χ. Παπαχαραλάμπους (επιμ.), ο.π., σελ. 8 και την επισήμανση του όμως ότι αυτή η τάση πραγματικότητα αναπαράγει ως συμβολική «υπεραξία» τη δική του ανασφάλεια όπως και αυτή της κοινωνίας με την οποία είναι συνδεδεμένο.

³⁷⁷ Βλ. Ν. Λίθο, Η κίνηση της ποινικής δίωξης: Παρελθόν – Παρόν – Μέλλον ΠοινΧρ 2011 σελ.650 επ.

³⁷⁸ Βλ. ανωτέρω σελ.47 υποσ.136.

³⁷⁹ Βλ. Βλ. Χ. Παπαχαραλάμπους (επιμ.), ο.π., σελ. 7

δυναμική νοηματοδοτείται και πραγματώνεται μέσα από το θεσμό των αποδεικτικών απαγορεύσεων.

Λαμβάνοντας ως δεδομένο, αφενός ότι τα τεχνολογικά επιτεύγματα και η αντίστοιχη τεχνογνωσία στο χώρο των τηλεπικοινωνιών επιτυγχάνουν να λειτουργούν ως σαν ένα «τεράστιο μάτι και αυτί», με δυνατότητα ακατάπαυστης καταγραφής της ιδιωτικής μας ζωής και αφετέρου ότι οι απαιτήσεις της αντεγκληματικής πολιτικής καθιστούν ολοένα και πιο «ευπαθή» τα ατομικά δικαιώματα, με άμεσο επακόλουθο η τρώση αυτών να προβάλλει ως διαρκή απειλή, η εφαρμογή των αποδεικτικών απαγορεύσεων στην ποινική διαδικασία καθίσταται επιτακτική από δικαιοκρατικής και προστατευτικής σκοπιάς.

Ουσιαστικά οι αποδεικτικές απαγορεύσεις και εν προκειμένω η κατοχυρωμένη και συνταγματικά αποδεικτική απαγόρευση του α.19 παρ.3 Σ, επιδιώκει να λειτουργήσει ως «φρένο» στην χωρίς φραγμούς αναζήτηση της αλήθειας, η οποία αναμφίβολα δύναται να σαρώσει τον πυρήνα του συνταγματικού δικαιώματος του απορρήτου της επικοινωνίας και μαζί μ' αυτόν το πολιτισμικό και ιστορικό φορτίο που αυτό φέρει. Όλα τα ανωτέρω βεβαία δεν αναιρούν τα προβληματικά σημεία που εντοπίστηκαν κατά την προηγηθείσα ανάλυση περί της απόλυτης αποδεικτικής απαγόρευσης του α.19 παρ.3 Σ, τουναντίον επιβεβαιώνουν ότι ο θεσμός των αποδεικτικών απαγορεύσεων μόνον τότε επιτελεί την προστατευτική ως προς τα θεμελιώδη δικαιώματα λειτουργία του – που αποτελεί και το νομιμοποιητικό λόγο « γέννησης» τους – όταν η πρακτική εφαρμογή του στην ποινική δίκη δεν οδηγεί στα ακριβώς αντίθετα αποτελέσματα και κυρίως όταν δεν προσβάλλεται ένεκα αυτού η ανθρώπινη αξία.

Ειδικώς από τις ανωτέρω ενότητες προέκυψε ότι με την διενέργεια της ειδικής ανακριτικής πράξης των παρακολουθήσεων, οι αστυνομικές αρχές δύνανται να εισβάλλουν στα άδυστα της ιδιωτικής ζωής του υπόπτου ή του κατηγορούμενου ή ακόμη και τρίτων προσώπων (βλ. ανωτέρω περί του «πανοπτικού»³⁸⁰ χαρακτήρα της

³⁸⁰ Η χρήση αυτής της λέξης γίνεται από τον Ν.Λίθο, ό.π., σε Τιμ.Τόμ. Ι. Μανωλεδάκη. σελ.204.

πράξης») και στην προσπάθεια «ανασύνθεσης του εγκληματικού συμβάντος» να αποτυπώσουν ένα ολοκληρωμένο επικοινωνιακό προφίλ του ατόμου που έχει τεθεί στο ανακριτικό στόχαστρο.

Συνεπώς συμπεραίνεται ότι ο αόρατος, αθόρυβος, ανώνυμος, μυστικός και απρόσκοπτος τρόπος με τον οποίο διενεργούνται οι εν λόγω ειδικές ανακριτικές πράξεις δέον να ισοσταθμιστεί με την πιστή τήρηση εκ μέρους των αστυνομικών αρχών των προβλεπόμενων νομίμων προϋποθέσεων διενέργειας τους και την ουσιαστική δικαστική – εισαγγελική εποπτεία τους, ώστε το πλεονέκτημα της κτήσης μεγάλου όγκου πληροφοριών από τις αστυνομικές αρχές να μην προκύπτει από πηγές ανομιμοποίητων «θυλάκων γνώσης» .

Καταληκτικά, εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η άνευ δικαιοκρατικών φραγμών και όρων προσπάθεια των προληπτικών - κατασταλτικών μηχανισμών του κράτους να εξιχνιάσουν το έγκλημα ή να λειτουργήσουν προληπτικώς ως προς την μη τέλεση αυτού, έχοντας στο «βαρύ οπλοστάσιο» τους, ως σύμμαχο τις διαδικασίες επιτήρησης οι οποίες διαρκώς αναβαθμίζονται και βελτιστοποιούνται, βρίσκει το άκρο όριο της στο προστατευτικό πλέγμα των ατομικών δικαιωμάτων που δεν αρκεί να προβλέπονται συνταγματικά και να διακηρύσσεται αφηρημένα η προστασία τους, αλλά πρέπει σε οποιαδήποτε νομικό – κοινωνικό πλαίσιο εφαρμογή τους, να βρίσκουν ουσιαστικό αντίκρουσμα και έκφραση ως πολιτισμικά προϊόντα μιας μακράς ιστορικής πορείας. Όλα τα παραπάνω «καλούν» σε μια επανεστίαση ως προς το ατομικό δικαίωμα του απορρήτου της επικοινωνίας, ώστε κάθε σύγκρουση αυτού με άλλες ανταγωνιζόμενες αξίες, εκ των οποίων απορρέει η απαίτηση περί αποτελεσματικότητας των μηχανισμών εξιχνίασης του εγκλήματος και «ασφάλειας», να μην αναπαράγει τελικά υπό τη μορφή φαύλου κύκλου κοινωνική ανασφάλεια.

Εν τέλει εύλογα μπορεί να διατυπωθεί ότι δεν υπάρχει μεγαλύτερο τίμημα για ένα Κράτος Δικαίου από το να απωλέσει στο βωμό της «απόλυτης ασφάλειας», την εμπιστοσύνη των πολιτών του και εν τέλει τη θέση της τελευταίας να λάβει η

διαρκής αίσθηση κινδύνου και η κοινωνική ανασφάλεια, η οποία δεν θα προκύπτει αυτή τη φορά από τον κλασικό «εγκληματογόνο πυρήνα» αλλά από τους κρατικούς μηχανισμούς συλλογής ανομιμοποίητης γνώσης των πτυχών της ιδιωτικής ζωής των πολιτών. Φραγμό στο κατά το οργουελικό πρότυπο φαντασιακό των αστυνομικών πρακτικών και στην επιταγή της «απόλυτης ασφάλειας» μπορεί να θέσει μόνο μια συστηματική (συνταγματική και ποινικοοικονομική) προσέγγιση του δικαιώματος του απορρήτου της επικοινωνίας με την θέση στο επίκεντρο ως ζητούμενου της *κοινωνικής δικαιοσύνης* η οποία υπερβαίνει κατά πολύ την κατασταλτική όψη του Ποινικού Δικαίου και ανάγεται σε ύψιστο σκοπό κάθε Κράτους δικαίου που επιδιώκει την αποκατάσταση της κοινωνικής ειρήνης και την ηθικοπνευματική ανάπτυξη των πολιτών της.

Βιβλιογραφία

- **Coulthard, M., & Johnson A.** An introduction to forensic linguistics: Language in evidence. Oxford (2007), σελ.119 επ.
- **C. Conley**, Metadata: Piecing Together a Privacy Solution, ACLU of Northern California, 2015.
- **L. Friedman**, Remnants of Information Privacy in the Modern Surveillance State New England Law Review, Vol. 52, Issue 1, 2018, Boston Research Paper No. 19-03 προσπελάσιμο: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3383625 .
- **N. Green και S. Smith**, «A spy in your pocket»? The regulation of Mobile Data in the UK, Surveillance and Society 1 (4): 573 – 578.
- **M.Kortz & C.Bavitz.**, «Cell Tower Dumps» προσπελάσιμο σε: <https://bostonbarjournal.com/2019/03/18/cell-tower-dumps/> .
- **Olsson J.**, “What Is Forensic Linguistics?” προσπελάσιμο: www.thetext.co.uk/what_is.pdf (PDF).
- **B. Owsley**, The Fourth Amendment Implications of the Government's Use of Cell Tower Dumps in its Electronic Surveillance, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol. 16, 2013.
- **M. Re Richard**, *The Due Process Exclusionary Rule*, Harvard Law Review, 127 Harv L Rev 1885, 2014.
- **V. Satir**, Ανθρώπινη επικοινωνία Καλύτερες σχέσεις με τους εαυτούς και με τους άλλους, εκδ. Δίοδος, 1995.
- **D. Solove**, *The digital person: Technology and privacy in the Information Age*, New York University Press: New York 2004.
- **E.Svoboda**, Speech patterns in messages betray a killer προσπελάσιμο: <https://www.nytimes.com/2009/05/12/science/12file-text.html> .
- **P. Schwartz**, German and U.S. Telecommunications Privacy Law: Legal Regulation of Domestic Law Enforcement Surveillance Berkeley Law (2003) προσπελάσιμο: <https://pdfs.semanticscholar.org/fb49/de5755f90e779a6b6d8c72dbf9cf4242af41.pdf> .
- **Whitman J.**, The two western cultures of privacy: Dignity versus Liberty, Yale Law Journal, 2004.

- **H. Αναγνωστόπουλος**, «Επικίνδunami» κατηγορούμενοι και δικονομικά προληπτικά μέτρα Προσβάσεις και όρια της ειδικής πρόληψης στην ποινική δίκη, ΠοινΧρ 1983, σελ.778.
- **H. Αναγνωστόπουλος**, Α.1317/ 2001 ΠοινΧρ2002 σελ.435.
- **N. Ανδρουλάκης**, Θεμελιώδεις έννοιες της Ποινικής Δίκης, 4^η έκδοση, Σάκκουλας
- **A. Αποστολίδου**, Το απόρρητο της επικοινωνίας και του πληροφοριακού αυτοκαθορισμού ως ειδικότερες εκφάνσεις της ιδιωτικής ζωής του ατόμου και οι εγγυήσεις περιορισμού τους μετά τις τελευταίες νομοθετικές εξελίξεις, Τιμ. Τομ. / Μανωλεδάκη Μελέτες ποινικού δικαίου – εγκληματολογίας – ιστορίας του εγκλήματος, σελ.147 – 176 , εκδ. Σάκκουλα 2007.
- **E. Βενιζέλος**, Το αναθεωρητικό κεκτημένο Το συνταγματικό φαινόμενο στον 21ο αιώνα και η εισφορά της αναθεώρησης του 2001, σελ. 132 – 151, εκδ. Σάκκουλα, 2002.
- **K. Γεωργοπούλου**, Ελληνικόν συνταγματικόν δίκαιον, Τεύχος Γ, 1970.
- **Γ. Γεωργίου**, Δικανική γλωσσολογία: η μελέτη της γλώσσας στο νομικό πλαίσιο, (2017) προσπελάσιμη στο ιστότοπο: <http://www.kathimerini.com.cy/gr/politismos/dikaniki-glossologia-i-meleti-tis-glwssas-sto-nomiko-plaisio>
- **Δ. Γιαννουλόπουλος**, Κάποιες σκέψεις σχετικά με το φαινόμενο της χρήσης παρανόμως αποκτηθεισών μαγνητοταινιών σε τηλεοπτικές εκπομπές, ΠοινΔικ 2005, σελ.220.
- **Π. Δαγτόγλου**, Συνταγματικό δίκαιο Ατομικά δικαιώματα, εκδ. Σάκκουλα, 2012.
- **Θ. Δαλακούρας**, Αρχή της αναλογικότητας και μέτρα δικονομικού καταναγκασμού, εκδ.Σάκκουλας, 1993, σελ.184 – 257.
- **Θ. Δαλακούρας**, Απαγορευμένα αποδεικτικά μέσα: Δογματικές βάσεις για την θεμελίωση των αποδεικτικών απαγορεύσεων στην ποινική δίκη ΠοινΧρΜΣΤ σελ.321 – 346.
- **Θ.Δαλακούρας**, Η αρχή του προσήκοντος βαθμού υπόνοιας ή δύναμης των ενδείξεων Τιμ.Τομ. για τον Ν. Ανδρουλάκη σελ.851 – 872.
- **N. Δημητράτος**, Περί των αποδεικτικών απαγορεύσεων στην ποινική δίκη εκδ. Σάκκουλα, 1992.
- **A. Διονυσοπούλου**, Η αποδεικτική αξιοποίηση των τυχαίων ευρημάτων στην ποινική διαδικασία, εκδ.Σάκκουλας, 2009.

- **Χ. Ζαμπίρας**, Το απόρρητο των επικοινωνιών στη σύγχρονη εποχή προσπελάσιμο :<https://www.kathimerini.gr/897876/article/oikonomia/die8nhs-oikonomia/apoygh-to-aporrhtho-twn-epikoinwniwn-sth-sygchronh-epochh>.
- **Χ. Ζέρβα**, «Μάχη» για το ψηφιακό απόρρητο, 6.07.2009, Ελευθεροτυπία, προσπελάσιμο: <http://www.enet.gr/?i=news.el.article&id=60825>
- **Δ. Ζημιανίτης**, Παράνομη βιντεοσκόπηση ή μαγνητοφώνηση και αξιοποίηση του προϊόντος υποκλοπής από τα ΜΜΕ, ΠοινΔικ 2010, 1028 επ.
- **Α. Ζυγούρας**, Η δικονομική αξιοποίησις υπό των ιδιωτών των παρανόμως αποκτηθέντων υπ' αυτών αποδεικτικών μέσων μετά την τελευταίαν νομοθετική μεταβολήν, ΠοινΧρ 2008, σελ.1013.
- **Τ. Ηλιοπούλου – Στράγγα**, Χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων και δικαίωμα υπεράσπισης του κατηγορουμένου Η αποδεικτική απαγόρευση του άρθρου 19 παράγραφος 3 του αναθεωρηθέντος Συντάγματος εκδ. Σάκκουλα 2003.
- **Μ. Καϊάφα Γκμπάντι**, Μοντέλα επιτήρησης στο κράτος ασφάλειας στην δίκαιη ποινική δίκη, εκδ. Νομική βιβλιοθήκη, 2010.
- **Γ. Καμίνης**, Το απόρρητο της τηλεφωνικής επικοινωνίας: Η συνταγματική προστασίας και η εφαρμογή της από τον ποινικό νομοθέτη και τα δικαστήρια ΝοΒ τομ.43 σελ.505 – 522.
- **Γ. Καμίνης**, Παράνομα αποδεικτικά μέσα και συνταγματική κατοχύρωση των ατομικών δικαιωμάτων Οι αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική και την πολιτική δίκη, εκδ. Σάκκουλας, 1998.
- **Γ. Καμίνης**, Το πρόβλημα των παράνομων αποδεικτικών μέσων στην ποινική διαδικασία μετά την αναθεώρηση του α.19 του Συντάγματος σελ.337 επ. Τιμ.Τομ. για τον Ι. Μανωλεδάκη Δημοκρατία – Ελευθερία – Ασφάλεια εκδ. Σάκκουλα 2005.
- **Α. Καρράς**, Επίτομη – Ερμηνεία ΚΠΔ, β' εκδ., Σάκκουλας.
- **Α. Καρράς**, Ποινικό Δικονομικό Δίκαιο, τρίτη έκδοση, Αθήνα Κομοτηνή, 2007.
- **Γ. Κασιμάτης και Κ. Μαυριάς**, Ερμηνεία του Συντάγματος (ΕρμηΣ), Τόμος Β', Αθήνα Κομοτηνή, 1999.
- **Η. Καστανάς**, Αποφάσεις ποινικού ενδιαφέροντος του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (Ιανουάριος - Αύγουστος 1998) Μέρος Ι: Επεμβάσεις στην άσκηση των προστατευομένων ελευθεριών, ΠοινΔικ 1998, σελ.818 επ.

- **Γ. Κατρούγκαλος**, Ελευθερία και ασφάλεια στην κοινωνία της διακινδύνευσης Το παράδειγμα των παρακολουθήσεων, ΝοΒ τόμος 54, σελ 360 – 374.
- **Κρ. Κοκκινάκης**, Προστασία των «Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα» και «Αποδεικτικές Απαγορεύσεις» στην Ποινική Δίκη, ΠοινΔικ 2000, σελ.756 επ.
- **Κ. Κοκκινάκη**, Η σημασία του α.19 παρ.3 Σ για την Ποινική Δίκη, ΠοινΔικ2001, σελ. 876 – 877.
- **Δ. Κολώνιας**, Η κατ' οίκον έρευνα, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2007.
- **Δ.Κονδύλης**, σε ΟΛΑΠ 17/1993 ΠοινΧρ 1993, σελ.1105.
- **Α. Κωνσταντινίδης**, Το δικαίωμα αποδείξεως στην ποινική δίκη, ΠοινΧρ2015 σελ.567.
- **Α. Κωνσταντινίδης**, Καθήκον μαρτυρίας και επαγγελματικό απόρρητό στην ποινική δίκη, Τεύχος Β' (1991).
- **Α. Κωστήρας**, Αγιάζει ο σκοπός τα μέσα στην ποινική δίκη; ή η ποινική αξιολόγηση των παράνομα αποκτημένων ή παράνομα χρησιμοποιούμενων αποδεικτικών στοιχείων ΕΕΝ 1984, σελ.174.
- **Ξ. Κοντιάδης**, Ο νέος συνταγματισμός και τα θεμελιώδη δικαιώματα μετά την αναθεώρηση του 2001, εκδ. Σάκκουλας, 2002.
- **Ν. Λίβος**, Η ποινική προστασία των συνδεδεμένων δεδομένων των τηλεπικοινωνιών, ΠοινΧρ 1997, σελ.737.
- **Ν.Λίβος**, Η δικονομική αξιολόγηση των τυχαίων ευρημάτων (Εξ' αφορμής της ΑΠ.157/1998, ΠοινΧρ ΜΗ', σελ 781 επ.), ΠοινΧρ 1998, σελ.951 – 963.
- **Ν. Λίβος**, σε Πρακτικά Ζ' Πανελληνίου συνεδρίου της ΕΕΠΔ, Αθήνα 2000, σελ.61 επ.
- **Ν. Λίβος**, Το πρόβλημα της ασφάλειας και η ασφάλεια ως πρόβλημα: Το παράδειγμα του Ποινικού Δικαίου, σε: Τιμ. Τόμ. για τον Ι. Μανωλεδάκη, τόμ. 1, 2005.
- **Ν. Λίβος**, Οργανωμένο έγκλημα και ειδικές ανακριτικές πράξεις Τόμος Ι: Δογματική του οργανωμένου εγκλήματος, εκδ. Σάκκουλας, 2006.
- **Ν. Λίβος**, Η κίνηση της ποινικής δίωξης: Παρελθόν – Παρόν – Μέλλον ΠοινΧρ 2011 σελ.650 επ.
- **Χ. Λυντέρης**, Η άρση του απορρήτου της επικοινωνίας ως μέσο αντεγκληματικής πολιτικής Μια παρουσίαση και κριτική των σχετικών διατάξεων του Ν.2225/1994, ΠοινΧρ ΜΕ σελ.119 – 127.
- **Γ. Μαγκάκης**, Περί της ποινικής προστασίας του απορρήτου των τηλεφωνημάτων ΠοινΧρ ΙΔ' σελ. 10 – 16.

- **A. Μάνεσης**, Συνταγματικά Δικαιώματα α' Ατομικές ελευθερίες πανεπιστημιακές παραδόσεις γ' έκδοση, εκδ. Σάκκουλα 1981.
- **I. Μοροζίνης**, Η δημοσιοποίηση στα Μ.Μ.Ε. του περιεχομένου της επικοινωνίας μετά την άρση του απορρήτου αυτής υπό το πρίσμα του ουσιαστικού και του δικονομικού ποινικού δικαίου, ΠοινΧρ2018, σελ.652.
- **Γ. Μπουρμάς**, παρατηρήσεις στην υπ' αριθ. 110/2009 ΔιατΕισΕφΠειρ, ΠοινΔικ 2011 σελ.328.
- **Χ. Νάιντος**, Αποδεικτικές Απαγορεύσεις στην ποινική δίκη εκδ. Σάκκουλας 2010.
- **Χ. Νάιντος**, Ειδικές ανακριτικές πράξεις: επίκαιρα ζητήματα, ΠοινΧρ2017, σελ.491.
- **Σ. Ορφανουδάκης**, Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη Από την νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση, εκδ. Σάκκουλας, 2003.
- **Σ. Παπαγεωργίου – Γονατάς**, Το πρόβλημα των παράνομα αποκτηθέντων εμμέσων αποδεικτικών μέσων στην ποινική δίκη, ΠοινΧρΛΘ', σελ.545 – 565.
- **Σ. Παπαγεωργιού – Γονατάς**, Οι αποδεικτικές απαγορεύσεις ως έκφραση συνταγματικών επιταγών Πλογ 2003 σελ. 17 – 27 .
- **A. Παπαδαμάκης**, Αποδεικτικές απαγορεύσεις και «δίκαιη» δίκη, ΠοινΔικ2016, σελ. 449.
- **A. Παπαδαμάκης**, Ποινική Δικονομία, 7η έκδοση, εκδ. Σάκκουλα.
- **A. Παπαδαμάκης**, Ανακριτική διείσδυση και άρση απορρήτου ως ανακριτικές πράξεις κατά του οργανωμένου εγκλήματος, Τιμ.Τομ (II) για τον Ι. Μανωλεδάκη, 2007.
- **N. Παπαδόπουλος**, Προστασία του απορρήτου της επικοινωνίας Ερμηνευτική προσέγγιση του α.19 του Συντάγματος της Ελλάδας εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2008
- **Δ. Παπαδοπούλου**, Η νομική προστασία του δικαιώματος για ελεύθερη επικοινωνία ΠοινΔικ 2009 σελ.214 – 215 τροποποιήσεις με τον Ν.3674/2008
- **Χ. Παπαχαράλμπους**, Δικαιώματα των μερών και ιδεολογικές τους χρήσεις ΠοινΧρ2019 σελ.81
- **Χ. Παπαχαράλμπους** (επιμ.), Αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική δίκη Συγκριτική προσέγγιση των παραδόσεων του κοινοδικαίου & του ηπειρωτικού δικαίου με αφορμή την κυπριακή & την ελληνική έννομη τάξη, εκδ.Σάκκουλα, 2015.
- **N. Παρασκευόπουλος**, Η επίδραση της σύγχρονης αντεγκληματικής πολιτικής στο ποινικό δικονομικό δίκαιο, ΠοινΧρ 2002 σελ. 583 επ.

- **Σ. Πατεράκης**, Η δυνατότητα αξιολόγησης στην πολιτική και ποινική δίκη αποδεικτικών μέσων που αποκτήθηκαν παράνομα ή κατά παράβαση συνταγματικών διατάξεων, ΝοΒ τομ.31, σελ.1123 – 1129.
- **Ν. Πατούρης**, Η απαγόρευση χρησιμοποίησης αποδεικτικού υλικού παράνομα συγκεντρωμένου (Εφαρμογή της αρχής στο Αμερικάνικο και στο Ευρωπαϊκό δικονομικό σύστημα) ΠοινΧρ Λ', σελ.805 επ.
- **Π. Παυλόπουλος**, Τεχνολογική εξέλιξη και συνταγματικά δικαιώματα οι σύγχρονες περιπέτειες του απορρήτου των ανταποκρίσεων ΝοΒ τομ.35 σελ.1511 – 1520.
- **Σ. Παύλου**, Η μαγνητοφώνηση τηλεφωνικών συνδιαλέξεων υπόπτων από τις αρχές Θεσμικό πλαίσιο, δικαιοκρατικά όρια, πρακτικές στρεβλώσεις και εκτροπές. Μία πρώτη καταγραφή προβλημάτων και σκέψεων, ΠοινΧρ 2015 σελ.161.
- **Χ. Σατλάνης**, Η μαγνητοταινία ως αποδεικτικό μέσο στη ποινική δίκη (συγχρόνως μια συνεισφορά στη δογματική των αποδεικτικών απαγορεύσεων), εκδ. Σάκκουλα, 1996.
- **Δ. Σπινέλλης**, Αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική δίκη σελ. 865 – 885 ΠοινΧρ ΛΣΤ'.
- **Δ. Σπυράκος**, Το απόρρητο της επικοινωνίας. Βασικές αρχές και επιλογές για την δικαιοπολιτική αντιμετώπιση του, ΤοΣ 1993, σελ.522.
- **Φ. Σπυρόπουλος**, Η ερμηνεία του Συντάγματος – Εφαρμογή ή υπέρβαση της παραδοσιακής μεθοδολογίας του δικαίου; Αθήνα – Κομοτηνή 1999, σελ.146.
- **Ε. Συμεωνίδου – Καστανίδου**, Παραβίαση απορρήτου επικοινωνιών και αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική δίκη σε *Χ. Παπαχαραλάμπους (επιμ.)*, Αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική δίκη Συγκριτική προσέγγιση των παραδόσεων του κοινοδικαίου & του ηπειρωτικού δικαίου με αφορμή την κυπριακή & την ελληνική έννομη τάξη, 2015, εκδ.Σάκκουλα.
- **Β. Τζαλαβρά**, Η ποινικού ενδιαφέροντος προληπτική παρακολούθηση των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, ΠοινΧρ 2005, σελ.565.
- **Α. Τζαννετής**, Αποδεικτικές απαγορεύσεις και εναλλακτική νόμιμη κτήση αποδείξεων ΠοινΧρ 1995, σελ.5 επ.
- **Α. Τζαννετής**, Ζητήματα εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας σε διεθνή κείμενα. Το παράδειγμα της ΕΣΔΑ και του Καταστατικού του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου, ΠοινΧρ 2006, σελ.201 – 204.
- **Α. Τζαννετής**, Η ταυτότητα της δικονομικής πράξης, εκδ.Σάκκουλας, 2010, σελ.80.

- **B. Τουντόπουλος**, Η προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στο τομέα των τηλεπικοινωνιών, ΔΕΕ 2000, 475 επ.,
- **Γ. Τριανταφύλλου**, Αποδεικτικές απαγορεύσεις και αρχή της αναλογικότητας ΠοινΧρ 2007, σελ. 295
- **Γ. Τριανταφύλλου**, Η ρύθμιση και η λειτουργία των ερευνών κατά τον Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, σελ.63 επ.
- **Σ. Τσακυράκης**, Το απόρρητο της επικοινωνίας Απόλυτα απαραβίαστο ή ευχή της έννομης τάξης, ΝοΒ 1993, σελ.1006 – 1007
- **Δ. Τσάτσος, Α. Παπαδαμάκης, Κ. Χρυσόγονος**, Η νομιμότητα της κατ' οίκον έρευνας και της κατάσχεσης στα πλαίσια της προκαταρκτικής εξέτασης και οι συνέπειές τους στην ποινική δίκη (γνωμ.), ΠοινΔικ2003, σελ.813.
- **Π. Τσίρης**, Η συνταγματική κατοχύρωση του δικαιώματος του απορρήτου της επικοινωνίας, εκδ. Α.Ν. Σάκκουλα, 2002.
- **Γ. Τσόλιας**, Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι Απόρρητο ηλεκτρονικών επικοινωνιών I Συνταγματικό πλαίσιο προστασίας του απορρήτου στο τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών εκδ. Σάκκουλας 2013 σελ.2 – 8
- **Γ. Τσόλιας**, Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι Απόρρητο ηλεκτρονικών II άρθρα 3 -5, 7 του Ν2225/1994 σελ. 78 – 88 εκδ.Σάκκουλας 2013.
- **Γ. Τσόλιας**, Ειδικοί Ποινικοί Νόμοι Απόρρητο ηλεκτρονικών επικοινωνιών IV Παράρτημα Νομολογίας εκδ. Σάκκουλας 2013.
- **Γ. Τσόλιας**, Τα τηλεπικοινωνιακά δεδομένα υπό το πρίσμα του απορρήτου: προβληματισμοί εν όψει της ενσωμάτωσης της οδηγίας 2002/58/ΕΚ ΔιΜΕΕ 3/2004 σελ.365.
- **Γ. Τσόλιας**, Εξελίξεις στον τομέα της επιτήρησης των ηλεκτρονικών επικοινωνιών: από την Ασφάλεια στην Ελευθερία και τη διεύρυνση της προστατευόμενης επικοινωνίας (Εισαγωγικό Σημείωμα), ΠοινΔικ 2017, σελ.789.
- **Α. Χαραλαμπίκης**, Το αξιόποινο των υποκλοπών και η δικονομική μεταχείριση του προϊόντος τους ΝοΒ τομ.50 σελ.1061 – 1072.
- **Σ. Χούρσογλου**, παρατηρήσεις στην ΑΠ 611/2006, ΝοΒ 2007 σελ.150.
- **Χ. Χριστοφορίδης**, Ο κατηγορούμενος και η υπεράσπισή του, ΠοινΧρ 2000, σελ. 865 επ.
- **Κ. Χρυσόγονος**, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, εκδ. Σάκκουλα, 1998.

- **Κ.Χρυσόγονος**, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, 2η έκδοση αναθεωρημένη και συμπληρωμένη εκδ. Σάκκουλα, 2002, σελ.245.
- **Κ. Χρυσόγονος**, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, εκδ. Σάκκουλας, 2006, σελ.266
- **Α. Ψαρούδα – Μπενάκη**, Το μαγνητόφωνο εις την ποινικήν δίκην και η ανάγκης προστασίας του προφορικού λόγου, ΠοινΧρ ΙΕ' (1965), σελ. 397 - 403

Νομολογία

I. Ελληνική

- 31/1952 Γνωμ. ΕισΑΠ
- 38/1959 Γνωμ. ΕισΑΠ
- 526/90 ΑΠ
- 673/1983 ΑΠ
- 11/1984 Πλημ Εδ
- 1366/1987 ΑΠ
- 17/1993 ΟΛΑΠ
- 1351/1997 ΑΠ
- 1366/1987 ΑΠ
- 3533/1999 ΣυμβΠλημΑθ
- 290/2000 ΑΠ
- 1/2001 Ολ.ΑΠ
- 16/2001 ΣυμβΠλημ Σάμου
- 931/2003 ΑΠ
- 2765/2005 Μονομελούς
Πρωτοδικείου Πατρών
- 1/2005 Γνωμ. Α.Δ.Α.Ε.
- 570/2006 ΑΠ
- 611/2006 ΑΠ
- Διάταξη ΑΒΥΑ 174/95-23/Β
- 42/2004 ΑΠ
- 14/2004 Γνωμ.ΕισΠρωτΘεσ
- 1622/2005 ΑΠ
- 626/2006 ΑΠ
- 86/2006 ΣυμβΠλΖακ
- 1537/2007 ΑΠ
- 6/2008 Γνωμ.ΕισΑΠ
- 1432/2008 ΑΠ
- 924/2009 ΑΠ
- 9/2009 Γνωμ.ΕισΑΠ
- 12/2009 Γνωμ.ΕισΑΠ
- 110/2009 ΔιατΕισΕφΠειρ
- ΑΠ 1261/2009
- 1421/2010 ΑΠ
- 840/2011 ΑΠ
- 1448/2011 ΑΠ
- 1323/2011 ΑΠ
- 3274/2011 ΣυμβΠλημΑθ
- 29/2012 ΣυμβΠλημΑθ
- 653/2013 ΑΠ
- 2620/2014 ΠλημΑθ
- 1593/2016 ΣτΕ

- 453/2016 ΑΠ
- 2/2017 Γνωμ. ΕισΑΠ
- 813/2018 ΑΠ
- 978/2018 ΤΕΚ ΑΘ
- 2546/2018 Εφ ΑΘ
- 8/2019 ΜΟΔ Ηρακλείου

II. Αλλοδαπή

- Ex Parte Jackson v. United States
- Ramsey v. United States
- Nardonne v. United States
- Olmstead v. United States
- Benanti v. United States
- United States v. United States District Court of the Eastern District of Michigan
- Padilla v. United States

III. Αποφάσεις ΕΔΔΑ

- Malone κατά Η.Β.
- Kruslin κατά Γαλλίας
- Hunig κατα Γαλλίας
- Κορρ κατά Ελβετίας
- Valenzuela Contreras κατά Ισπανίας
- Lambert κατά Γαλλίας
- Copland κατά Η.Β.

IV. Απόφασεις ΔΕΕ

- C-203/15 Tele2 Sverige AB
- C-293/12 και C-594/12
Digital Rights Ireland και Seitlinger κ.λπ.