

Πάντειο Πανεπιστήμιο
Κοινωνικών και Πολιτικών Επιστημών
(Πρόγραμμα Μεταπτυχιακών Σπουδών: Δίκαιο και Ευρωπαϊκή Ενοποίηση)

Τίτλος διπλωματικής εργασίας

**«Η ποινική (ουσιαστική και δικονομική) προστασία του απορρήτου
των επικοινωνιών κατά το άρθρο 19 του Συντάγματος»**

Συγγραφή :

Ερωτοκρίτου Αντιγόνη

Επιβλέπουσα καθηγήτρια :

Όλγα Τσόλκα, Λέκτορας

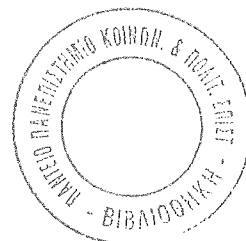
Τριμελής Επιτροπή :

Αγάπιος Παπανεοφύτου, Επίκουρος Καθηγήτριας

Όλγα Τσόλκα, Λέκτορας

Ευγενία Κριτσέλη, Λέκτορας

Αθήνα, Οκτώβριος 2006



*Στους γονείς μου, που είναι κοντά μου σε κάθε μου βήμα και
στη Σοφία, που υπήρξε η αφορμή αυτού του μεταπτυχιακού...*

“Ex injuria jus non oritur”

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΕΙΣΑΓΩΓΗ.....	σελ.	1-2
----------------------	------	-----

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Ι

Αντικείμενο προστασίας : Το δικαίωμα στο απόρρητο της επικοινωνίας

α) Η προστατευτική λειτουργία του δικαιώματος	σελ.	2-3
β) Το περιεχόμενο του προστατευόμενου δικαιώματος	σελ.	3-4
γ) Φορείς και αποδέκτες του δικαιώματος	σελ.	5
δ) Η συνταγματική και νομοθετική έκφραση της προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών		
δ.1) Η σταδιακή διαμόρφωση της συνταγματικής διάταξης.....	σελ.	5-6
δ.2) Το άρθρο 19 § 1 του Συντάγματος και η κατ' εξουσιοδότηση κοινή νομοθεσία	σελ.	6-9
δ.3) Το άρθρο 19 §§ 2,3 του Συντάγματος και η κατ' εξουσιοδότηση κοινή νομοθεσία	σελ.	9-13

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΙ

Η διάκριση μεταξύ των παραγράφων 1 και 3 του άρθρου 19 του Συντάγματος

α) Η σχετική απαγόρευση του άρθρου 19 § 1 του Συντάγματος	σελ.	13-14
β) Η «απόλυτη» απαγόρευση του άρθρου 19 § 3 του Συντάγματος	σελ.	14-16

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΙΙ

Η εφαρμογή της παραγράφου 1 του άρθρου 19 σε ουσιαστικό και δικονομικό επίπεδο

α) Η εφαρμογή της παραγράφου 1 του άρθρου 19 κατά την τυποποίηση αξιόποινων συμπεριφορών	σελ.	16-21
β) Οι γενικοί λόγοι άρσης του αδίκου ως νόμιμος λόγος άρσης του αδίκου	σελ.	21-23

γ) Η εφαρμογή της παραγράφου 1 του άρθρου 19 σε δικονομικό επίπεδο	σελ. 23-30
---	------------

ΚΕΦΑΛΑΙΟ IV

Η εφαρμογή της παραγράφου 3 του άρθρου 19 σε νομοθετικό και νομολογιακό επίπεδο	σελ. 30-34
--	------------

ΚΕΦΑΛΑΙΟ V

Ο κανόνας των αποδεικτικών απαγορεύσεων και η εξαιρέσή του προς υπεράσπιση του κατηγορουμένου

α) Εννοιολογική προσέγγιση, είδη και δογματική θεμελίωση των αποδεικτικών απαγορεύσεων	σελ. 34-36
β) Η δυνατότητα χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων προς υπεράσπιση του κατηγορουμένου	σελ. 37-40
γ) Προϋποθέσεις επιτρεπτής χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων προς υπεράσπιση του κατηγορουμένου	σελ. 40-41
δ) Η θέση της νομολογίας για τη χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων προς υπεράσπιση του κατηγορουμένου πριν και μετά την αναθεώρηση του Συντάγματος	σελ. 41-44

ΚΕΦΑΛΑΙΟ VI

Η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) για τη χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων

α) Οι αποφάσεις του ΕΔΔΑ	σελ. 44-52
β) Κριτική επισκόπηση των αποφάσεων-Συμφωνία της ελληνικής νομοθεσίας με τις επιταγές της ΕΣΔΑ	σελ. 52-53

ΚΕΦΑΛΑΙΟ VII

**Παρουσίαση της Αρχής Διασφάλισης του Απορρήτου
των Επικοινωνιών**

σελ. 53-57

ΕΠΙΛΟΓΟΣ

σελ. 58-59

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Το απόρρητο της επικοινωνίας κατοχυρώθηκε για πρώτη φορά στο Σύνταγμα του 1844. Ο συντακτικός νομοθέτης αναγνωρίζοντας την καταλυτική σημασία του δικαιώματος στην εν γένει ανάπτυξη της προσωπικότητας κάθε ανθρώπου και λαμβάνοντας υπόψη τις εκάστοτε κοινωνικοπολιτικές συνθήκες, προέκρινε ως αναγκαία την αυξημένη προστασία του εν λόγω ατομικού δικαιώματος.

Στην κρίση του αυτή οδηγήθηκε μέσα από αξιολογικές σταθμίσεις, ενόψει της σύγκρουσης του απορρήτου της επικοινωνίας με άλλα συνταγματικά κατοχυρωμένα δικαιώματα, όπως το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας και με θεμελιώδεις αρχές της έννομης τάξης, όπως η αρχή αναζήτησης της ουσιαστικής αλήθειας στην ποινική δίκη.

Το ισχύον Σύνταγμα -μετά και την πρόσφατη αναθεώρηση- αποτυπώνει τις ανωτέρω σταθμίσεις του νομοθέτη σε μία σχετική και μία απόλυτη ρύθμιση της κανονιστικής ισχύος του δικαιώματος. Ειδικότερα, η πρώτη παράγραφος του άρθρου 19 θέτει την προστασία του απορρήτου υπό την ειδική επιφύλαξη νόμου, ενώ στην τρίτη παράγραφο του ίδιου άρθρου θεσπίζεται απόλυτη απαγόρευση της χρήσης αποδεικτικών μέσων που αποκτήθηκαν κατά παράβαση της παρεχόμενης κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 1 προστασίας.

Από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγονται τα ακόλουθα συμπεράσματα : Κατ' αρχάς, ο συντακτικός νομοθέτης συνεκτιμώντας τα αντικρουόμενα συμφέροντα, αποδέχτηκε την άρση του απορρήτου από τη δικαστική αρχή μόνο για λόγους εθνικής ασφάλειας ή για τη διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων και μόνο υπό την τήρηση αυστηρών εγγυήσεων που τάσσει ο κατ' εξουσιοδότηση του Συντάγματος νόμος. Επιπλέον με τη ρηξικέλευθη διάταξη της παραγράφου 3, ενισχύεται η συνταγματική προστασία του δικαιώματος, καθώς η χρήση αποδεικτικών μέσων που αποκτήθηκαν με παραβίαση του απορρήτου είναι εφεξής ανεπίτρεπτη, ως αντισυνταγματική.

Αντικείμενο της παρούσας εργασίας αποτελεί αφενός η ανάλυση του νομοθετικού πλαισίου που διέπει το απόρρητο των επικοινωνιών σε ποινικό ουσιαστικό και δικονομικό επίπεδο και αφετέρου η κριτική επισκόπηση των νομοθετημάτων, παλαιότερων και σύγχρονων που ρυθμίζουν τη διαδικασία άρσης του απορρήτου. Στη συνέχεια, επιχειρείται να δοθεί απάντηση στο ερώτημα κατά πόσο η απόλυτη κατά τη γραμματική της διατύπωση απαγόρευση της χρήσης αποδεικτικών μέσων που αποκτήθηκαν κατά

παράβαση των άρθρων 9, 9^Α και 19 του Συντάγματος κάμπτεται έναντι του γενικού δικαιώματος άμυνας-υπεράσπισης του κατηγορουμένου.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Ι

Αντικείμενο προστασίας : Το δικαίωμα στο απόρρητο της επικοινωνίας

α) Η προστατευτική λειτουργία του δικαιώματος

Κλειδί για την κατανόηση του ατομικού δικαιώματος που κατοχυρώνεται στο άρθρο 19 του Συντάγματος (:(«Το απόρρητο των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας με οποιονδήποτε άλλο τρόπο είναι απόλυτα απαραβίαστο») είναι η ένταξη του εν λόγω δικαιώματος στο προστατευτικό πεδίο της ιδιωτικής σφαίρας του ατόμου. Το απαραβίαστο της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής, το άσυλο της κατοικίας και το απόρρητο της ανταπόκρισης και επικοινωνίας συνθέτουν την ιδιωτική σφαίρα του ατόμου, η οποία αποτελεί συστατικό στοιχείο της προσωπικότητάς του.¹

Κατά συνέπεια, η συνταγματική κατοχύρωση του δικαιώματος δεν αποσκοπεί μόνο στη διασφάλιση της προστασίας του περιεχομένου της επικοινωνίας, αλλά υπαγορεύεται από την ανάγκη της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας του ανθρώπου. Ενόψει της διαρκώς αυξανόμενης τεχνολογικής δυνατότητας διείσδυσης στην ιδιωτική σφαίρα τρίτων παρά τη θέληση ή εν αγνοία τους καθώς και της καταχρηστικής και συχνά παράνομης χρησιμοποίησης των πληροφοριών που προκύπτουν από τις ανωτέρω παραβιάσεις, προβάλλει επιτακτική η ανάγκη καθορισμού ενός πλαισίου προστασίας των επιμέρους εκφάνσεων της ιδιωτικής σφαίρας, προκειμένου το άτομο να αναπτύσσει ελεύθερα την προσωπικότητά του.²

Επιπλέον, η επιλογή του συντακτικού νομοθέτη να περιβάλλει με ιδιαίτερες εγγυήσεις το απόρρητο της επικοινωνίας οφείλεται στην ιδιόμορφη φύση του εν λόγω δικαιώματος. Συγκεκριμένα, το δικαίωμα στο απόρρητο προσβάλλεται πάντα «εν κρυπτώ και παραβύστω», αποστερώντας έτσι από τους φορείς του τη δυνατότητα δικαστικής προστασίας. Η προσβολή του θίγει αόριστο αριθμό προσώπων, η δε αναπόσπαστη σύνδεσή του με την ενάσκηση άλλων συνταγματικών δικαιωμάτων (δικαίωμα ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, ελευθερία έκφρασης και διάδοσης της γνώμης, προστασία

¹ Βλ. Σταύρο Τσακυράκη, Το απόρρητο της επικοινωνίας, Απόλυτα απαραβίαστο ή ευχή της έννομης τάξης, ΝοΒ 1993, σελ. 995-1008.

² Βλ. Π. Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα Α', Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα-Κομοτηνή 1991, σελ. 319-321.

ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής και προστασία προσωπικών δεδομένων), τα καθιστά και αυτά με τη σειρά τους ευάλωτα.

Υπ' αυτό το πρίσμα, γίνεται αντιληπτό ότι η αυστηρή και σύμφωνη με τη συνταγματική επιταγή ερμηνεία των διατάξεων που αφορούν το απόρρητο της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας δεν αποτελεί προσήλωση σε έναν ακραιφνή θετικισμό, αλλά απορρέει πρωτίτως από τον ανθρωποκεντρικό χαρακτήρα του νομικού μας πολιτισμού, καθώς και τις φιλελεύθερες καταβολές του δημοκρατικού μας πολιτεύματος.

β) Το περιεχόμενο του προστατευόμενου δικαιώματος

Η συνταγματική προστασία του απορρήτου των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας με οποιονδήποτε τρόπο περιλαμβάνει κάθε ιδιωτική επικοινωνία, ανεξάρτητα αν έχει προσωπικό ή επαγγελματικό χαρακτήρα, αρκεί να διεξάγεται σε συνθήκες εμπιστευτικότητας. Από το γράμμα της διάταξης συνάγεται ότι η προστασία εκτείνεται τόσο στην εξ' αποστάσεως εμπιστευτική επικοινωνία που λαμβάνει χώρα με τη χρήση κάποιου μέσου, όσο και την ενόπιος ενωπία επικοινωνία, της οποίας μάλιστα το απόρρητο παραμένει απολύτως απαραβίαστο, ελλείψει σχετικής νομοθετικής διάταξης που να προβλέπει την υπό όρους άρση του.

Δεδομένου ότι στο άρθρο 19 προστατεύεται εν γένει το αγαθό της ελεύθερης ανταπόκρισης και επικοινωνίας, προστατεύεται κατ' επέκταση και το επιμέρους δικαίωμα κάποιου να καθορίζει ελεύθερα το *εάν, πότε, πώς και με ποιον*, θα επικοινωνήσει εμπιστευτικά. Έτσι η προστασία του απορρήτου περιλαμβάνει όχι μόνο το περιεχόμενο του μηνύματος, αλλά και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας.³ Η παρούσα θέση που είχε αμφισβητηθεί υπό το καθεστώς των προηγούμενων Συνταγμάτων υιοθετήθηκε οριστικά με την τελευταία αναθεώρηση του Συντάγματος του έτους 2001 και τα κατ' εξουσιοδότηση αυτού νομοθετικά κείμενα (Ν. 3115/2003 και Π.Δ 47/2005).

Ειδικότερα, στη δεύτερη παράγραφο του άρθρου 3 του Π.Δ 47/2005 αναφέρονται ενδεικτικά τα είδη και οι μορφές επικοινωνίας που υπάγονται στην προστασία του απορρήτου (επιστολογραφία, συνδρομητική επικοινωνία, σταθερή-κινητή τηλεφωνία, διαδίκτυο, ασυρματική και δορυφορική επικοινωνία).

³ Βλ. Γεώργιο Β. Καμίνη, Παράνομα Αποδεικτικά Μέσα και Συνταγματική Κατοχύρωση των Ατομικών Δικαιωμάτων, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1998, σελ. 204-209.

Της αυτής προστασίας απολαμβάνουν σύμφωνα με την ως άνω διάταξη και οι υπηρεσίες προστιθέμενης αξίας, οι οποίες συνίστανται σε κάθε μη τηλεπικοινωνιακή υπηρεσία που παρέχεται ή υποστηρίζεται από δίκτυα τηλεπικοινωνιών. Ως τέτοιες υπηρεσίες χαρακτηρίζονται ο αυτόματος τηλεφωνητής, η τηλεομοιοτυπία (fax), τα γραπτά μηνύματα εικόνας ή λόγου (mms, sms), οι υπηρεσίες πληροφοριών, το ηλεκτρονικό ταχυδρομείο, η πρόσβαση σε ιστοσελίδες και βάσεις δεδομένων, οι ηλεκτρονικές συναλλαγές, οι τηλεδιασκέψεις, οι πληροφορίες καταλόγου και οι υπηρεσίες έκτακτης ανάγκης.

Στην πρώτη παράγραφο του άρθρου 4 παρατίθενται αναλυτικά τα στοιχεία που εμπίπτουν στην προστασία του απορρήτου και τα οποία είναι δυνατό να περιέχονται στην οικεία διάταξη άρσης του απορρήτου, ανάλογα με το είδος της επικοινωνίας. Στα εν λόγω στοιχεία συμπεριλαμβάνονται τόσο τα εσωτερικά, όσο και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας.

Ειδικότερα, ως εσωτερικά στοιχεία νοούνται οι πληροφορίες που ανταλλάσσουν τα μέρη, μέσω δικτύου ή παρόχου υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, οι οποίες αποσκοπούν στην επίτευξη της επικοινωνίας : το περιεχόμενο του φωνητικού μηνύματος (ακόμα και του καταγεγραμμένου σε τηλεφωνητή, του κειμένου (fax, telex, sms, τηλεγράφημα, e-mail), της εικόνας (mms, internet), των προγραμμάτων των Η/Υ κ.λ.π.

Ως εξωτερικά στοιχεία νοούνται οι πληροφορίες που προσδιορίζουν τις περιστάσεις υπό τις οποίες διενεργείται η εσωτερική επικοινωνία και την εξατομικεύουν⁴. Περαιτέρω τα εξωτερικά στοιχεία διακρίνονται σε δεδομένα κίνησης και δεδομένα θέσης. Στα πρώτα ανήκουν το ονοματεπώνυμο και ο αριθμός συνδέσεως καλούντος και καλούμενου χρήστη, η ώρα έναρξης και λήξης και η διάρκεια της κλήσης. Στα δεύτερα υπάγονται τα στοιχεία που προσδιορίζουν τη γεωγραφική θέση των συνομιλητών («γεωγραφικός εντοπισμός»). Η επεξεργασία των δεδομένων θέσης αποσκοπεί πρωτίτως στην επίτευξη της μετάδοσης των τηλεπικοινωνιών και συνακόλουθα, πρώτον, στην παροχή μιας *υπηρεσίας προστιθέμενης αξίας*, δεύτερον, στην ενεργοποίηση μιας *υπηρεσίας έκτακτης ανάγκης* για την αποτροπή κινδύνου και τρίτον, στη διαφύλαξη της δημόσιας ασφάλειας, στην πρόληψη και καταστολή της εγκληματικότητας.⁵

⁴ Βλ. Γρηγόρη Τσόλια, Προς ένα σύγχρονο νομικό πλαίσιο προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών (Παρουσίαση και σχολιασμός των διατάξεων του Π.Δ 47/2005), ΠοινΔικ 7/2005, σελ. 792-803.

⁵ Ο Ν. Λίβος διακρίνει τα εσωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας σε κύρια και συνδεδετικά δεδομένα. Ως κύρια στοιχεία νοούνται όσα αφορούν το περιεχόμενο του διαβιβαζόμενου μηνύματος, ενώ ως

γ) Φορείς και αποδέκτες του δικαιώματος

Υποκείμενα του δικαιώματος του απορρήτου της επικοινωνίας είναι σύμφωνα με το άρθρο 19 του ισχύοντος Συντάγματος τόσο τα φυσικά πρόσωπα, ανεξαρτήτως εθνικότητας, εφόσον έχουν συμπληρώσει το δέκατο έτος της ηλικίας τους, όσο και τα ημεδαπά και αλλοδαπά νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, καθώς και οι ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα, εφόσον το δικαίωμα του απορρήτου μπορεί να ασκηθεί και συλλογικά. Το Κράτος και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου δε μπορούν να είναι συγχρόνως φορείς και αποδέκτες των ίδιων δικαιωμάτων.

Αποδέκτες του δικαιώματος του απορρήτου της επικοινωνίας είναι όλοι οι φορείς κρατικής εξουσίας, (η νομοθετική, εκτελεστική και δικαστική λειτουργία), τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και τα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, αποκλειστικός ή κύριος μέτοχος των οποίων είναι το Κράτος, εφόσον αυτά ασκούν δημόσια εξουσία. Μετά τη ρητή καθιέρωση της αρχής της τριτενέργειας των ατομικών δικαιωμάτων στο τρίτο εδάφιο του άρθρου 25 § 1 του Συντάγματος, το απόρρητο της επικοινωνίας δεσμεύει και τους ιδιώτες.⁶

δ) Η συνταγματική και νομοθετική έκφραση της προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών.

δ.1) Η σταδιακή διαμόρφωση της συνταγματικής διάταξης

Η πρώτη ρητή κατοχύρωση του δικαιώματος απαντά στο άρθρο 14 του Συντάγματος του 1844. Έκτοτε, το εν λόγω δικαίωμα υπέστη διάφορες τροποποιήσεις, άλλοτε ως προς το περιεχόμενο του δικαιώματος (επέκταση του απορρήτου των επιστολών στα τηλεγραφήματα και τα τηλεφωνήματα στο Σύνταγμα του 1927 και σε καθ' οιονδήποτε άλλο τρόπο ανταπόκρισης στο Σύνταγμα του 1952), και άλλοτε ως προς το βαθμό προστασίας του δικαιώματος (προσθήκη του επιρρήματος «απολύτως» στο Σύνταγμα του 1864, απαλοιφή του στα δικτατορικά συντάγματα των 1968 και 1973 και επαναφορά του στο Σύνταγμα του 1975)⁷.

συνδεδεμένα δεδομένα νοούνται τα στοιχεία που καταγράφονται αυτομάτως καθ' οιανδήποτε χρήση του τηλεπικοινωνιακού δικτύου (αριθμοί κλήσης καλούντος και καλούμενου, τόπος, χρόνος και διάρκεια κλήσης, συχνότητα προσπαθειών επικοινωνίας και ηλεκτρονικά χαρακτηριστικά εκπομπής). Βλ. Νικόλαο Λίβο, Η ποινική προστασία των συνδεδεμένων δεδομένων των τηλεπικοινωνιών, ΠοινΧρ ΜΖ/1997, σελ. 737 επόμενα.

⁶ Βλ. Παναγιώτη Β. Τσιρή, Η συνταγματική κατοχύρωση του δικαιώματος του απορρήτου της επικοινωνίας, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2002, σελ. 87-92.

⁷ Βλ. Παναγιώτη Β. Τσιρή, ό.π., σελ. 63-74.

Η σημερινή διατύπωση του άρθρου 19 του Συντάγματος υιοθέτησε μερικώς τη ρύθμιση των δικτατορικών συνταγμάτων, τα οποία προέβλεπαν για πρώτη φορά την εξαίρεση από την προστασία του απορρήτου για λόγους εθνικής ασφάλειας, δημόσιας τάξης και για τη διακρίβωση απεχθών εγκλημάτων.

Ειδικότερα, το άρθρο 19 του Συντάγματος του 1975 διατήρησε τη δυνατότητα θέσπισης εξαιρέσεων από την προστασία του απορρήτου για λόγους εθνικής ασφαλείας και για τη διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων, αποκλείοντας ωστόσο την άρση του απορρήτου για λόγους δημόσιας ασφαλείας. Περαιτέρω, προστέθηκε ο όρος «απολύτως» στην κατοχύρωση του απαραβίαστου των επιστολών και της με οιονδήποτε άλλο τρόπο ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας⁸.

Το εν λόγω άρθρο αποτέλεσε αντικείμενο της πρόσφατης αναθεώρησης στο πλαίσιο της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής. Συγκεκριμένα, κατόπιν διαβουλεύσεων ψηφίστηκε η μετατροπή του άρθρου 19 του Συντάγματος του 1975 σε παράγραφο 1 του ίδιου άρθρου, η προσθήκη δεύτερης παραγράφου για τη σύσταση Ανεξάρτητης Διοικητικής Αρχής για τη διασφάλιση του απορρήτου των επικοινωνιών και τρίτης παραγράφου για την τυποποίηση της απαγόρευσης χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων⁹. Έτσι, το άρθρο 19 του Συντάγματος προσλαμβάνει σήμερα την ακόλουθη μορφή :

6.2) Το άρθρο 19 § 1 άρθρο του Συντάγματος και η κατ' εξουσιοδότηση κοινή νομοθεσία

- **άρθρο 19 § 1 Συντάγματος 2001** : «Το απόρρητο των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας με οποιονδήποτε άλλο τρόπο είναι απολύτως απαραβίαστο. Νόμος ορίζει τις εγγυήσεις υπό τις οποίες η δικαστική αρχή δεν δεσμεύεται από το απόρρητο για λόγους εθνικής ασφαλείας ή για τη διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων».

Σε εκτέλεση της ως άνω συνταγματικής επιταγής, εκδόθηκαν οι ακόλουθες νομοθετικές διατάξεις :

⁸ Βλ. Πρακτικά των Συνεδριάσεων της Ολομελείας της Βουλής επί του Συντάγματος 1975, σελ. 425-439.

⁹ Βλ. Πρακτικά της Συνεδρίασης ΠΝΕ' της 6-4-2001 της Ολομελείας της Βουλής.

- **N. 1291/1982** : «Για την καταστολή της υποκλοπής των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων και των σοβαρών προσβολών του απορρήτου της προφορικής επικοινωνίας και τροποποίηση άλλων διατάξεων».

Με το νόμο αυτό προστέθηκε στον Ποινικό Κώδικα το άρθρο 370^A, με το οποίο ποινικοποιήθηκε η παραβίαση του απορρήτου των τηλεφωνημάτων και της προφορικής συνομιλίας και προβλέφθηκε ότι η χρησιμοποίηση από το δράστη των πληροφοριών ή μαγνητοταινιών που αποκτήθηκαν παρանόμως θεωρείται επιβαρυντική περίπτωση. Επιπλέον, η ίδια διάταξη ποινικοποίησε και μόνη τη χρήση από τρίτο των παρανόμως κτηθεισών πληροφοριών ή μαγνητοταινιών, χωρίς ωστόσο να προβλέπει δικονομικής φύσης κυρώσεις για τη χρήση αυτή.¹⁰

- **N. 1941/1991** : «Τροποποίηση των διατάξεων του Ποινικού Κώδικα, του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας και άλλες διατάξεις».

Με το νόμο αυτό προστέθηκε στον Ποινικό Κώδικα το άρθρο 370Δ¹¹, με το οποίο προβλέφθηκε ποινή φυλάκισης τουλάχιστον έξι μηνών σε κάθε περίπτωση όχι μόνο αθέμιτης αποτύπωσης με οποιονδήποτε τρόπο και με κάθε είδους συσκευή ηχοληψίας ή εικονοληψίας ή ηχοεικονοληψίας σε κασέτα, βιντεοκασέτα ή άλλο προϊόν που αναπαράγει ήχο ή εικόνα ή ήχο και εικόνα του μη δημόσια εκφραζόμενου προφορικού λόγου ή της μη δημόσια διενεργούμενης πράξης άλλου προσώπου χωρίς τη συναίνεσή του, αλλά και χρησιμοποίησης με οποιονδήποτε τρόπο ή θέσης σε διάθεση τρίτου των ανωτέρω διατυπώσεων. Περαιτέρω, ο ίδιος νόμος θέσπισε για πρώτη φορά δικονομικές κυρώσεις σε περίπτωση χρήσης αθέμιτων αποτυπώσεων, ορίζοντας ρητά ότι «η επίκληση και προσαγωγή ενώπιον οποιουδήποτε ποινικού δικαστηρίου, ανακριτικής ή δημόσιας αρχής των κατά τα ανωτέρω αθέμιτων αποτυπώσεων είναι απαράδεκτη» .

- **N. 2172/1993** : «Τροποποίηση και αντικατάσταση διατάξεων του Ν. 1756/1988 (Κώδικας οργανισμού δικαστηρίων και κατάσταση δικαστικών λειτουργών), του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, του Ποινικού Κώδικα και του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας».

¹⁰ Η μη πρόβλεψη δικονομικών κυρώσεων επέτρεπε, κατά συνέπεια, τη δικονομική επίκληση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, βασιζόμενη στις διατάξεις των άρθρων 178, 179 § 1 του Κ.Ποιν.Δ.

¹¹ Βλ. άρθρο 31 Ν. 1941/1991. Η διάταξη αυτή του Π.Κ αριθμήθηκε ως άρθρο 370Δ με το άρθρο 19 §4 του Ν. 1968/1991.

Με το νόμο αυτό σχετικοποιήθηκε η απόλυτη απαγόρευση της χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων που θέσπισε ο Ν. 1941/1991, καθώς επέφερε σημαντικές τροποποιήσεις στο νομοθετικό πλαίσιο που διέπει τη χρήση αθέμιτων αποτυπώσεων, όχι μόνο ως προς το ουσιαστικό πεδίο εφαρμογής της διάταξης¹², αλλά και ως προς τις προβλεπόμενες κυρώσεις σε περίπτωση παραβίασης της σχετικής απαγόρευσης.

Ειδικότερα, ο νόμος 2172/1993 κατήργησε το άρθρο 370Δ του Ποινικού Κώδικα και συνεπώς και την σε αυτό προβλεπόμενη δικονομική κύρωση του απαραδέκτου για τη χρήση αθέμιτων αποτυπώσεων¹³. Περαιτέρω, αν και εξακολούθησε να προβλέπει ποινικές κυρώσεις σε περίπτωση χρήσης πληροφοριών ή μαγνητοσκοπήσεων που αποκτήθηκαν αθέμιτα, θέσπισε έναν ειδικό λόγο άρσης του άδικου χαρακτήρα τέτοιων αποτυπώσεων.

Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τη νέα παράγραφο 4 του άρθρου 370^Α του Ποινικού Κώδικα, η χρήση των πληροφοριών, μαγνητοταινιών ή μαγνητοσκοπήσεων που αποκτήθηκαν αθέμιτα δεν είναι άδικη «αν η χρήση έγινε ενώπιον οποιουδήποτε δικαστηρίου, ανακριτικής ή άλλης δημόσιας αρχής για τη διαφύλαξη δικαιολογημένου συμφέροντος που δεν μπορούσε να διαφυλαχθεί διαφορετικά, και ιδίως σε ποινικό δικαστήριο για την υπεράσπιση του κατηγορουμένου, και γενικά, αν η χρήση έγινε για την εκπλήρωση καθήκοντος του κατηγορουμένου ή για τη διαφύλαξη εννόμου ή άλλου δικαιολογημένου ουσιώδους δημοσίου συμφέροντος».¹⁴

- **Ν. 2225/1994** : «Για την προστασία της ελεύθερης ανταπόκρισης και επικοινωνίας και άλλες διατάξεις».

Ο νόμος αυτός, ο οποίος κατ' εξουσιοδότηση του συντακτικού νομοθέτη ρυθμίζει τη διαδικασία άρσης του απορρήτου, ορίζει στο άρθρο 5 § 10 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 σε άλλη ποινική, πολιτική, διοικητική και πειθαρχική δίκη και διοικητική διαδικασία για σκοπό διαφορετικό από εκείνον που είχε καθορισθεί με τη διάταξη» .

¹² Ως προς την έννοια των αθέμιτων αποτυπώσεων ο νόμος 2172/1993 απαγόρευσε ρητώς την αθέμιτη μαγνητοσκόπηση των μη δημόσιων πράξεων τρίτων (άρθρο 370^Α § 2, εδάφ. 1), καθώς και τη μαγνητοφώνηση ιδιωτικής συνομιλίας μεταξύ του μαγνητοφωνούντος και τρίτου, χωρίς τη συναίνεση του τελευταίου (άρθρο 370^Α § 2, εδάφιο 2).

¹³ Άρθρο 33 § 9β Ν. 2171/1993.

¹⁴ Η διάταξη αυτή προστέθηκε με το άρθρο 33 § 7 Ν. 2172/1993.

Από τον κανόνα αυτό εισάγονται ταυτόχρονα δύο εξαιρέσεις, δυνάμει των οποίων η αρχή που εξέδωσε τη διάταξη, μπορεί με νεότερη αιτιολογημένη διάταξή της να επιτρέψει να χρησιμοποιηθούν και να ληφθούν υπόψη τα παραπάνω στοιχεία.

Η πρώτη εξαίρεση αφορά τη διακρίβωση άλλου ιδιαίτερα σοβαρού εγκλήματος από αυτά που αναφέρονται περιοριστικά στην πρώτη παράγραφο του άρθρου 4 του παρόντος νόμου, ενώ η δεύτερη αφορά την υπεράσπιση κατηγορουμένου σε ποινική δίκη για πλημμέλημα ή κακούργημα.

Στο σημείο αυτό πρέπει να επισημανθεί ότι τα αποδεικτικά μέσα στα οποία αναφέρεται η εν λόγω διάταξη αφενός δεν «αποκτήθηκαν» παράνομα (αφού εμπίπτουν στην εξαίρεση του δευτέρου εδαφίου του άρθρου 19 του Συντάγματος), αφετέρου δεν «αξιοποιούνται» παράνομα (αφού η χρησιμοποίηση τους προβλέπεται από το νόμο και λαμβάνει χώρα τηρουμένης της διαδικασίας και των λοιπών προϋποθέσεων που ο νόμος ορίζει).

- **N. 2408/1996** : *«Τροποποίηση διατάξεων του Ποινικού Κώδικα, του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, του Κώδικα Βασικών Κανόνων για τη μεταχείριση των κρατουμένων και άλλες διατάξεις».*

Με το νόμο αυτό θεσπίστηκε ρητά η κατά κανόνα απαγόρευση χρήσης των παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων που επιβαρύνουν τον κατηγορούμενο. Ειδικότερα με το άρθρο 2 § 7 του Ν. 2408/1996 προστέθηκε στο άρθρο 177 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας (το οποίο καθιερώνει την αρχή της ηθικής απόδειξης) μία δεύτερη παράγραφος, η οποία προβλέπει, κατ' εξαίρεση του από την πρώτη παράγραφο συναγόμενου κανόνα της επιτρεπτής χρήσης όλων των αποδεικτικών μέσων, ότι : «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, εκτός εάν πρόκειται για κακουργήματα που απειλούνται με ποινή ισόβιας κάθειρξης και εκδοθεί για το ζήτημα αυτό ειδικά αιτιολογημένη απόφαση του δικαστηρίου.

δ.3) Το άρθρο 19 §§ 2,3 άρθρο του Συντάγματος και η κατ' εξουσιοδότηση κοινή νομοθεσία

- **άρθρο 19 § 2 Συντάγματος 2001** : *«Νόμος ορίζει τα σχετικά με τη συγκρότηση, τη λειτουργία και τις αρμοδιότητες ανεξάρτητης αρχής που διασφαλίζει το απόρρητο της παραγράφου 1» .*

- **άρθρο 19 § 3 Συντάγματος 2001** : «Απαγορεύεται η χρήση αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί κατά παράβαση του άρθρου αυτού και των άρθρων 9 και 9^Α» .

Μετά την αναθεώρηση του ως άνω άρθρου, εκδόθηκαν οι ακόλουθοι νόμοι :

- **Ν. 3090/2002** : «Σύσταση Σώματος Επιθεώρησης και ελέγχου των καταστημάτων κράτησης» .

Με το άρθρο 6 § 8 του ως άνω νόμου αντικαταστάθηκε η τέταρτη παράγραφος του άρθρου 370^Α του Ποινικού Κώδικα. Η νέα παράγραφος 4 ορίζει ότι : «Η πράξη της παραγράφου 3 (δηλαδή η χρήση πληροφοριών ή μαγνητοταινιών ή μαγνητοσκοπήσεων που αποκτήθηκαν παράνομα) δεν είναι άδικη, αν η χρήση έγινε ενώπιον οποιασδήποτε δικαστικής ή άλλης ανακριτικής αρχής για τη διαφύλαξη δικαιολογημένου συμφέροντος που δε μπορούσε να διαφυλαχθεί διαφορετικά» .

Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 370^Α απαλείφεται η στην τροποποιούμενη διάταξη ενδεικτική απαρίθμηση των λόγων άρσης του άδικου χαρακτήρα της χρήσης παρανόμως κτηθεισών πληροφοριών, μαγνητοταινιών ή μαγνητοσκοπήσεων και παραμένει μόνο η γενική αρχή, σύμφωνα με την οποία η χρήση των ανωτέρω αποτυπώσεων δεν είναι άδικη, όταν αποβλέπει στη διαφύλαξη δικαιολογημένου συμφέροντος που δεν μπορούσε να διαφυλαχθεί διαφορετικά.¹⁵

Σκοπός της τροποποίησης της διάταξης, σύμφωνα με την Εισηγητική Έκθεση του νόμου ήταν αφενός να περιοριστούν στο μέτρο του απολύτως αναγκαίου και αφετέρου να οριοθετηθούν με σαφήνεια οι περιπτώσεις στις οποίες είναι δυνατή η άρση του άδικου χαρακτήρα της χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων.

¹⁵ Στην Εισηγητική Έκθεση του νόμου 3090/2002, η τροποποίηση αυτή δικαιολογείται με αναφορά στη συνταγματική αναθεώρηση του 2001, με την οποία διευρύνθηκε το περιεχόμενο του άρθρου 19 του Συντάγματος και αναδείχθηκε με επίταση η σημασία του συγκεκριμένου δικαιώματος. Όπως περαιτέρω τονίζεται, «με δεδομένη...τη σοβαρότητα του θέματος, η νομοθετική παρέμβαση για τη θέσπιση ειδικών λόγων άρσης του αξιοποιούν της συγκεκριμένης συμπεριφοράς, η οποία και τυποποιείται στις διατάξεις του άρθρου 370^Α του Ποινικού Κώδικα, πρέπει να είναι περιορισμένη στο μέτρο του απολύτως αναγκαίου και οι ρυθμίσεις να είναι συγκεκριμένες», ενώ η τροποποίηση της παραγράφου 4 του άρθρου 370^Α του Ποινικού Κώδικα είναι επιβεβλημένη «έτσι ώστε να μην καταλείπεται καμία αμφιβολία για τις περιπτώσεις άρσης του άδικου χαρακτήρα της χρήσης των πληροφοριών, μαγνητοταινιών ή των μαγνητοσκοπήσεων που αποκτήθηκαν αθεμίτως». Σημειώνεται τέλος ότι με την εισαγόμενη τροποποίηση «οριοθετείται με ακρίβεια το συγκεκριμένο πλαίσιο και αίρεται το δυσδιάγνωστο της ισχύουσας ρύθμισης ως προς την ευρύτητα των ορίων εφαρμογής της».

- **N. 3115/2003** : «*Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών*» .

Ο νόμος αυτός προβλέπει σε εκτέλεση του άρθρου 19 § 2 του Συντάγματος τη σύσταση της «Αρχής Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών» (Α.Δ.Α.Ε), με σκοπό την προστασία του απορρήτου των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας με οποιονδήποτε τρόπο. Στην έννοια της προστασίας περιλαμβάνεται και ο έλεγχος της τήρησης των όρων και της διαδικασίας άρσης του απορρήτου.

Στο άρθρο 10 ο ανωτέρω νόμος θεσπίζει ποινικές κυρώσεις για την με οποιονδήποτε τρόπο παραβίαση του απορρήτου των επικοινωνιών ή των όρων και της διαδικασίας άρσης αυτού, καθώς επίσης για τη γνωστοποίηση από μέλος της Α.Δ.Α.Ε πληροφοριών και δεδομένων που είναι προσιτά σε αυτό λόγω της υπηρεσίας του ή για την ανοχή στη λήψη γνώσης αυτών από τρίτο. Εντούτοις, ο νόμος δεν καθιέρωσε δικονομικές κυρώσεις για την περίπτωση της χρήσης αποδεικτικών μέσων που αποκτήθηκαν κατά παράβαση του συνταγματικά κατοχυρωμένου απορρήτου των επικοινωνιών.

Η πρόθεση του νομοθέτη να προσδώσει την αποτελεσματικότερη δυνατή προστασία στο απόρρητο των επικοινωνιών μέσω της διάταξης, τον οδήγησε σε μία διατύπωση τόσο αόριστη που αντιστρατεύεται τον κανόνα του άρθρου 7 § 1 του Συντάγματος : «Nullum crimen, nulla poena, sine lege certa» ¹⁶. Κατ' αποτέλεσμα, η υπερβολική διεύρυνση των ορίων του αξιοποιήσιμου, αντί να ενισχύει, αποδυναμώνει την παρεχόμενη προστασία.

- **Π.Δ 47/2005** : «*Διαδικασίες-εγγυήσεις άρσης απορρήτου των επικοινωνιών και διασφάλισή του*» .

Με το άρθρο 9 του νόμου 3115/2003, εισήχθη νομοθετική εξουσιοδότηση για την έκδοση προεδρικού διατάγματος, το οποίο θα ρυθμίζει τις διαδικασίες, καθώς και τις τεχνικές και οργανωτικές εγγυήσεις για την άρση του απορρήτου των επικοινωνιών. Ειδικότερα, το εν λόγω προεδρικό διάταγμα προσδιορίζει τα στοιχεία στα οποία θα επιτρέπεται η πρόσβαση, την τεχνική μέθοδο πρόσβασης στα στοιχεία, το είδος του χρησιμοποιούμενου τεχνολογικού εξοπλισμού, τις υποχρεώσεις των τηλεπικοινωνιακών παροχών, τις τεχνικές μεθόδους λήψης, αναπαραγωγής και μεταβίβασης των ζητούμενων στοιχείων και καθορίζει τις εγγυήσεις για τη χρήση και καταστροφή των στοιχείων.

¹⁶ Βλ. Γεώργιο Νούσκαλη, Ο Ν. 3115/2003 για την Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών : Ορισμένες επισημάνσεις και προβληματισμοί, ΠοινΔικ 3/2003, σελ. 248-249.

Η αναλυτική παράθεση των ειδών και των στοιχείων της επικοινωνίας, καθώς και η ρητή πρόβλεψη των όρων, διατυπώσεων, διαδικασιών και εγγυήσεων υπό τις οποίες λαμβάνει χώρα η άρση του απορρήτου, διασφαλίζει τα δικαιώματα του πολίτη, αλλά και του κάθε κατηγορουμένου και καθιστά εναργέστερο το πλαίσιο προστασίας του απορρήτου εν γένει και δη των νομίμως κτηθέντων και προσαγόμενων αποδεικτικών μέσων στην ποινική διαδικασία.¹⁷

- **N. 3471/2006** : «Προστασία προσωπικών δεδομένων και ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών και τροποποίηση του ν. 2472/1997» .

Ο νόμος αποσκοπεί στην προστασία της ιδιωτικής ζωής, των προσωπικών δεδομένων και του απορρήτου στις ηλεκτρονικές επικοινωνίες. Οι σχετικές ρυθμίσεις εφαρμόζονται μόνο στα δημόσια δίκτυα ηλεκτρονικής επικοινωνίας και στις διαθέσιμες στο κοινό υπηρεσίες ηλεκτρονικής επικοινωνίας. Ειδικότερα το απόρρητο των ηλεκτρονικών επικοινωνιών καλύπτει κάθε χρήση των υπηρεσιών τους που γίνεται από συνδρομητή ή χρήστη.

Συγκεκριμένα, το άρθρο 4 απαγορεύει τη χωρίς άδεια πρόσβαση (ακρόαση, υποκλοπή, αποθήκευση ή άλλο είδος παρακολούθησης ή επιτήρησης) στις ηλεκτρονικές επικοινωνίες, επεκτείνοντας ρητά την προστασία του απορρήτου στα δεδομένα κίνησης και θέσης. Οποιαδήποτε εξαίρεση οφείλει να τηρεί τις εγγυήσεις του άρθρου 19 του Συντάγματος και των εκτελεστικών αυτού νόμων.

Στο ίδιο άρθρο περιλαμβάνονται ρυθμίσεις για τη χρησιμοποίηση των δικτύων για την αποθήκευση πληροφοριών ή την απόκτηση πρόσβασης σε πληροφορίες, ιδίως με την εγκατάσταση κατασκοπευτικών λογισμικών, δικτυακών κοριών ή κρυφών αναγνωριστικών στοιχείων. Η εγκατάσταση τέτοιων διατάξεων εν αγνοία του χρήστη συνιστά σοβαρή παραβίαση της ιδιωτικής του σφαίρας και καταρχήν απαγορεύεται. Επιτρέπεται μόνο για συγκεκριμένους σκοπούς, και εφόσον είναι αναγκαία για τη διενέργεια ή διευκόλυνση μιας επικοινωνίας ή για την παροχή υπηρεσίας την οποία έχει ζητήσει ο χρήστης. Απαραίτητη προϋπόθεση επίσης για τη νομιμότητα μιας τέτοιας ενέργειας, είναι η παροχή σαφών και εμπεριστατωμένων πληροφοριών στο συγκεκριμένο

¹⁷ Βλ. Γρηγόρη Τσόλια, Προς ένα σύγχρονο νομικό πλαίσιο προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών, (Παρουσίαση και σχολιασμός των διατάξεων του ΠΔ 47/2002), ΠoinΔικ 7/2005, σελ. 792-803.

συνδρομητή ή χρήστη, ώστε να εξασφαλίζεται η εις γνώση του αποθήκευση στοιχείων στον τερματικό εξοπλισμό που χρησιμοποιεί¹⁸.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ II

Η διάκριση μεταξύ των παραγράφων 1 και 3 του άρθρου 19 του Συντάγματος

α) Η σχετική απαγόρευση του άρθρου 19 § 1 του Συντάγματος :

Αν και «το απόρρητο των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας με οποιονδήποτε άλλο τρόπο είναι **απολύτως** απαραβίαστο», σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της διάταξης του άρθρου 19 § 1 του Συντάγματος, το δεύτερο εδάφιο της ίδιας παραγράφου : («*Νόμος ορίζει τις εγγυήσεις υπό τις οποίες η δικαστική αρχή δεν δεσμεύεται από το απόρρητο για λόγους εθνικής ασφάλειας ή για τη διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων*»), θέτει το απόρρητο υπό την ειδική επιφύλαξη του νόμου.

Αναφορικά με τη νομική συνέπεια της ρητής αναφοράς στο απόλυτα απαραβίαστο του απορρήτου της επικοινωνίας, οι απόψεις διίστανται. Σύμφωνα με μία άποψη, η προσθήκη του επιρρήματος «απολύτως» στη συνταγματική διατύπωση συνεπάγεται τη δέσμευση όχι μόνο των φορέων δημόσιας εξουσίας, αλλά και των ιδιωτών από το απόρρητο της επικοινωνίας. Υπ' αυτή την ερμηνευτική εκδοχή, η απόλυτη κατοχύρωση εμφανίζεται περιττή, ενόψει της θεσμοθέτησης της άμεσης τριτενέργειας στο άρθρο 25 § 1 του αναθεωρημένου Συντάγματος.

Κατ' άλλη γνώμη, το «απολύτως» αντιτάσσεται στους φορείς άλλων ατομικών δικαιωμάτων με τα οποία συγκρούεται το απόρρητο της επικοινωνίας, με περαιτέρω συνέπεια την αυξημένη προστασία του απορρήτου έναντι των άλλων ατομικών δικαιωμάτων σε περίπτωση σύγκρουσής τους. Υπ' αυτή την άποψη, η κάμψη της απόλυτης προστασίας είναι εφικτή μόνο υπό τους όρους που θέτει το δεύτερο εδάφιο του άρθρου 19 § 1 του Συντάγματος.¹⁹

Στο τελευταίο, ο όρος «νόμος» χρησιμοποιείται με την ουσιαστική και όχι με την τυπική του έννοια. Συνεπώς, για τον περιορισμό του δικαιώματος του απορρήτου της επικοινωνίας δεν απαιτείται τυπικός νόμος, αλλά αρκεί και κανονιστική πράξη της διοίκησης (ουσιαστικός νόμος), η οποία εκδίδεται στο

¹⁸ Βλ. Εισηγητική έκθεση του νόμου.

¹⁹ Βλ. Γεώργιο Καμίνη, Το απόρρητο της τηλεφωνικής επικοινωνίας : Η συνταγματική προστασία και η εφαρμογή της από τον ποινικό νομοθέτη και τα δικαστήρια, ΝοΒ 1995, σελ. 507-511.

πλαίσιο νομοθετικής εξουσιοδότησης, κατά το άρθρο 43 § 2 του Συντάγματος. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί το Π.Δ 47/2005.

Η ύπαρξη της γενικής επιφύλαξης του νόμου δε συνεπάγεται την ελευθερία του νομοθέτη να επιτρέψει οποιεσδήποτε παραβιάσεις του απορρήτου κρίνει σκόπιμες. Η επιλογή του νομοθέτη περιορίζεται αφενός από την «αρχή της αναλογικότητας» μεταξύ του περιορισμού του ατομικού δικαιώματος και του επιδιωκόμενου σκοπού, αφετέρου από την «αρχή της απαγόρευσης προσβολής της ουσίας του δικαιώματος» .

Η πρώτη αρχή επιτάσσει ο περιορισμός του δικαιώματος να είναι το πρόσφορο, αναγκαίο και ανάλογο μέσο για την πραγματοποίηση του επιδιωκόμενου σκοπού.²⁰ Κατά συνέπεια, απαγορεύονται ως αυθαίρετοι και πλέον αντίθετοι στο Σύνταγμα οι νομοθετικοί περιορισμοί που υπερβαίνουν το απολύτως αναγκαίο μέτρο. Στην περίπτωση του δικαιώματος του απορρήτου της επικοινωνίας, η αρχή της αναλογικότητας πραγματώνεται μέσα από τη θέσπιση από το νόμο²¹ των απαραίτητων προϋποθέσεων και την πρόβλεψη επαρκών εγγυήσεων για την άρση του απορρήτου.

Η δεύτερη αρχή επιβάλλει την απόλυτη προστασία του πυρήνα του δικαιώματος, των ιδιοτήτων εκείνων δηλαδή που συνθέτουν τη φύση και την ουσία κάθε δικαιώματος. Αποφασιστικό κριτήριο αποτελεί ο ενυπάρχων σε κάθε δικαίωμα ειδικός σκοπός.

Στο υπό κρίση δικαίωμα, ως ενυπάρχων ειδικός σκοπός νοείται η οποιασδήποτε μορφής ανεμπόδιση εμπιστευτική κάθε προσώπου, το απαραβίαστο της οποίας δε δύναται να αρθεί χωρίς τη θέλησή του ή χωρίς αποχρώντα λόγο.²²

β) Η «απόλυτη» απαγόρευση του άρθρου 19 § 3 του Συντάγματος :

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

Το εύρος της απαγόρευσης που θεσπίζει ο συντακτικός νομοθέτης εξαρτάται από το είδος της ερμηνείας που υιοθετεί κανείς. Συγκεκριμένα, εκκινώντας από τη γραμματολογική ερμηνεία, η κρατούσα γνώμη στην ελληνική συνταγματική θεωρία τάσσεται υπέρ της απαρέγκλιτης εφαρμογής της ως άνω διάταξης, χωρίς διάκριση ως προς την αξιολόγηση μεταξύ αποδεικτικών

²⁰ Η αρχή της αναλογικότητας καθιερώνεται ρητά πλέον στο άρθρο 25 § 1 εδάφιο δ του ισχύοντος Συντάγματος.

²¹ Βλ. κατωτέρω την ανάλυση των όρων του Ν. 2225/1994.

²² Βλ. Παναγιώτη Β. Τσιρή, ό.π., σελ. 109-110.

μέσων που καταδεικνύουν την ενοχή και αυτών που συμβάλλουν στην αθώωση ενός προσώπου που κατηγορείται άδικα.

Εμμένοντας στην ανεπιφύλακτη και ανεξάρτητη διατύπωση της παραγράφου 3 του άρθρου 19, οι εκφραστές της ανωτέρω θέσης υποστηρίζουν ότι τα αποδεικτικά μέσα που αποκτήθηκαν κατά παράβαση των άρθρων 9, 9^Α και 19 του Συντάγματος απαγορεύεται να χρησιμοποιηθούν με οποιονδήποτε τρόπο, σε οποιαδήποτε διαδικασία και ενώπιον οποιουδήποτε οργάνου.

Επιπλέον, επισημαίνεται ότι ο κανόνας του άρθρου 19 § 3 είναι κανονιστικά πλήρης και άμεσης εφαρμογής, ισχύει δε στο πλαίσιο όλων των δικαστικών και διοικητικών διαδικασιών και εισάγεται απευθείας στο σύστημα όλων των ουσιαστικών και δικονομικών διατάξεων. Κατά συνέπεια, οι σχετικές διατάξεις της κοινής νομοθεσίας που αποκλίνουν, πρέπει να εναρμονιστούν απολύτως με τη νέα ρύθμιση, η οποία ισχύει άμεσα και δεσμεύει όλα τα κρατικά όργανα, ανεξάρτητα από την έκδοση ή μη σχετικού νόμου.²³

Αμετακίνητη παραμένει η κρατούσα θέση και ως προς το ενδεχόμενο κάμψεων της συνταγματικής προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών λόγω σύγκρουσης με άλλες συνταγματικές διατάξεις. Ειδικότερα, στην περίπτωση σύγκρουσης της προστασίας του απορρήτου με το δικαίωμα υπεράσπισης του κατηγορουμένου, υποστηρίζεται ότι «όπως συνάγεται από τη διατύπωση του άρθρου 19 § 3 του Συντάγματος, αλλά και από τη διερεύνηση της βούλησης του αναθεωρητικού νομοθέτη, η ρύθμιση της ανωτέρω διάταξης δεν επιτρέπει εξαιρέσεις από την απαγόρευση της χρήσης αντισυνταγματικών μέσων, καθιστώντας ανενεργή κάθε αντίθετη διάταξη νόμου και μη επιδεχόμενη σταθμίσεις σε περίπτωση σύγκρουσης με άλλα συνταγματικά δικαιώματα».²⁴

Από τα παραπάνω ευχερώς συνάγεται η άποψη ότι εξαιρέσεις από το κατά το Σύνταγμα «απόλυτα απαραβίαστο» του απορρήτου των επικοινωνιών είναι θεμιτές, μόνο εφόσον λαμβάνουν χώρα υπό τους όρους που θέτει το ίδιο το Σύνταγμα στο άρθρο 19 § 1 εδάφιο β, ενώ κάθε άλλη διάταξη που ξεπερνά τα όρια του επιτρεπτού περιορισμού είναι αντισυνταγματική.

Υιοθετώντας την τεολογική ερμηνεία, η αντίθετη πλευρά θεωρεί ότι η πρόθεση του συντακτικού νομοθέτη δεν ήταν να θεσπίσει απόλυτη απαγόρευση της χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, καθώς μια τέτοια

²³ Βλ. Ελευθέριο Βενιζέλο, Το Αναθεωρητικό Κεκτημένο-Το συνταγματικό φαινόμενο στον 21^ο αιώνα και η εισφορά της αναθεώρησης του 2001, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2002, σελ. 147-148.

²⁴ Βλ. Κώστα Χ. Χρυσόγονο, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2002, σελ. 245.

εκδοχή δε λαμβάνει υπόψη τις προβλεπόμενες στο ίδιο το Σύνταγμα κάμψεις του απορρήτου, παραβλέποντας ότι το άρθρο 19 § 3 δεν έχει υπέρτερο κύρος έναντι των άλλων συνταγματικών διατάξεων, όπως το άρθρο 20 που διασφαλίζει το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας και δικαστικής ακρόασης, στο πλαίσιο του οποίου προστατεύεται συνταγματικά το δικαίωμα απόδειξης²⁵.

Σύμφωνα με την τελευταία άποψη, ο δικαστής επιφορτισμένος με το έργο απονομής της δικαιοσύνης, καλείται να σταθμίσει *in concreto* αν θα επιβληθούν περιορισμοί στο δικαίωμα απόδειξης ή στο αντίρροπο δικαίωμα, προβαίνοντας σε έναν ιδιαίτερα σύνθετο έλεγχο αναλογικότητας. Στην περίπτωση που το παράνομο αποδεικτικό μέσο δεν είναι το μόνο που διαθέτει αυτός που το επικαλείται, δεν υφίσταται καν δίλημμα, αφού το μέσο δεν πληρεί το κριτήριο της αναγκαιότητας. Αν όμως το παράνομο αποδεικτικό μέσο είναι το μόνο που δύναται να επικαλεστεί ο φορέας του δικαιώματος απόδειξης, η προστασία του ατομικού δικαιώματος (εν προκειμένω του απορρήτου της επικοινωνίας) υποχωρεί, εφόσον η πρόταξη του δικαιώματος απόδειξης συνάδει με την αρχή της αναλογικότητας. Για να διαπιστωθεί η τήρηση της εν λόγω αρχής, ο δικαστής συνεκτιμά τον τρόπο κτήσης του παράνομου αποδεικτικού μέσου, το είδος και το βαθμό προσβολής του θιγόμενου εννόμου συμφέροντος, καθώς και το κατά πόσο το παράνομο αποδεικτικό μέσο αποδεικνύει άμεσα το αποδεικτέο.²⁶

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΙΙ

Η εφαρμογή της παραγράφου 1 του άρθρου 19 σε ουσιαστικό και δικονομικό επίπεδο

α) Η εφαρμογή της παραγράφου 1 του άρθρου 19 κατά την τυποποίηση αξιόποινων συμπεριφορών

Η συνταγματική επιταγή της προστασίας του απορρήτου των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας υλοποιείται μέσα από την ποινικοποίηση των συμπεριφορών που παραβιάζουν το εν λόγω δικαίωμα. Οι διατάξεις που ακολουθούν, συνθέτουν το πλαίσιο της ουσιαστικής ποινικής προστασίας του δικαιώματος.

²⁵ Βλ. Χρήστο Μπάκα, Το δικαίωμα ακρόασης του κατηγορουμένου στην ποινική δίκη, ΠοινΧρ ΛΖ/1987, σελ. 353 επόμε. και Λάμπρο Μαργαρίτη, Τα δικαιώματα του κατηγορουμένου στην προανάκριση και κύρια ανάκριση σε : Πρακτικά Γ' Πανελληνίου Συνεδρίου της Ελληνικής Εταιρείας Ποινικού Δικαίου, Τα δικαιώματα του κατηγορουμένου στην ποινική διαδικασία γενικά, Εκδόσεις Αφοί Π. Σάκουλα, Αθήνα 1991, σελ. 51-57.

²⁶ Βλ. Τζούλια Ηλιοπούλου-Στράγγα, Χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων και δικαίωμα υπεράσπισης του κατηγορουμένου, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκουλα 2003, σελ. 62-65.

1) **Π.Κ 248** : «Ταχυδρομικός υπάλληλος που παράλληλα ανοίγει, υπεξάγει ή καταστρέφει επιστολή ή άλλο αντικείμενο εμπιστευμένο στο ταχυδρομείο και που του είναι προσιτό λόγω της υπηρεσίας του ή όποιος εν γνώσει επιτρέπει σε άλλον να επιχειρήσει μία τέτοια πράξη ή τον βοηθά σε αυτό ή γνωστοποιεί σε τρίτο το περιεχόμενο ενός κλειστού τέτοιου αντικειμένου, τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους» .

Σκοπός της διάταξης είναι όχι μόνο η εξασφάλιση του απορρήτου των ταχυδρομικών ανταποκρίσεων, αλλά και η προστασία της ελευθερίας, της ασφάλειας και της ακεραιότητας της ταχυδρομικής επικοινωνίας. Πρόκειται για μη γνήσιο περί την υπηρεσία έγκλημα, με το οποίο προσβάλλεται η ελευθερία της επικοινωνίας.

Κατά τη σχετική διάταξη, υποκείμενο της πράξης είναι μόνο ταχυδρομικός υπάλληλος, ανεξαρτήτως βαθμού και τίτλου, δηλαδή υπάλληλος που βάσει των καθηκόντων του ασκεί τέτοια έργα (π.χ ο στρατιωτικός) και όχι μόνο ο υπάλληλος των Ε.Λ.Τ.Α. Αντικείμενο της πράξης είναι η επιστολή ή άλλο αντικείμενο που το έχουν εμπιστευθεί στο ταχυδρομείο και που είναι προσιτό στον υπάλληλο λόγω της θέσης του. Το έγγραφο ή τα λοιπά αντικείμενα θεωρούνται εμπιστευμένα στο ταχυδρομείο από τη στιγμή της εναπόθεσής τους μέχρι τη στιγμή της επίδοσης ή της παράδοσής τους στον παραλήπτη.

Η αξιόποινη συμπεριφορά συνίσταται διαζευκτικά : αα) στο άνοιγμα της επιστολής ή άλλου αντικειμένου εμπιστευμένου στο ταχυδρομείο, ββ) στην υπεξαγωγή των παραπάνω αντικειμένων, γγ) στην καταστροφή τους, δδ) στη διάπραξη των ως άνω πράξεων από άλλο πρόσωπο, στο οποίο ο ταχυδρομικός υπάλληλος εν γνώσει του επιτρέπει να επιχειρήσει μία τέτοια πράξη ή το βοηθάει σε αυτό και εε) στη γνωστοποίηση σε τρίτο του περιεχομένου του κλειστού αντικειμένου. Η πλήρωση της υποκειμενικής υπόστασης του εγκλήματος απαιτεί άμεσο δόλο πρώτου βαθμού, ο οποίος περιλαμβάνει τόσο τη γνώση, όσο και τη επιδίωξη των στοιχείων της πράξης²⁷.

2) **Π.Κ 249** : «Τηλεγραφικός υπάλληλος που παράλληλα ανοίγει, υπεξάγει ή καταστρέφει τηλεγράφημα εμπιστευμένο σε τηλεγραφικό γραφείο που του είναι προσιτό λόγω της υπηρεσίας του, ή εν γνώσει επιτρέπει σε άλλον να επιχειρήσει

²⁷ Βλ. Μιχαήλ Μαργαρίτη, Ποινικός Κώδικας, Ερμηνεία-Εφαρμογή, Εκδόσεις Π. Ν. Σάκκουλα Αθήνα 2003, σελ. 660-664.

τέτοια πράξη ή του βοηθά σε αυτό ή γνωστοποιεί σε τρίτο το περιεχόμενο τέτοιου τηλεγραφήματος, τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους» .

Υποκείμενο της πράξης είναι ο τηλεγραφικός υπάλληλος. Τέτοιοι θεωρούνται σήμερα, βάσει του Ν.Δ 1049/1949 «Περί οργανώσεως των Τηλεπικοινωνιών της Ελλάδος» οι υπάλληλοι του Ο.Τ.Ε. Αντικείμενο της πράξης είναι τηλεγράφημα εμπιστευμένο στο τηλεγραφείο (είτε με την παράδοση ενός γραπτού κειμένου, είτε με την προφορική ή τηλεφωνική εντολή για τηλεγράφηση) και προσιτό στον υπάλληλο λόγω της θέσης του. Κατά τα λοιπά ισχύουν όσα αναφέρθηκαν για το άρθρο 248 του Ποινικού Κώδικα.

3) **Π.Κ 250** : «Τηλεφωνικός υπάλληλος που γνωρίζει λόγω της υπηρεσίας του το περιεχόμενο τηλεφωνήματος και το γνωστοποιεί σε τρίτον ή που εν γνώσει του επιτρέπει σε τρίτον να ακούσει κάποια τηλεφωνική ανακοίνωση, τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους» .

Υποκείμενο της πράξης είναι ο τηλεφωνικός υπάλληλος, υπάλληλος δηλαδή του Ο.Τ.Ε, ενώ η αξιόποινη συμπεριφορά συνίσταται στην παράνομη γνωστοποίηση σε τρίτο του περιεχομένου τηλεφωνήματος ή στην παροχή άδειας σε τρίτο να ακούσει κάποια τηλεφωνική ανακοίνωση.

Είναι σαφές ότι το απόρρητο των τηλεφωνημάτων προστατεύεται ποινικά κατά τη διάταξη του ως άνω άρθρου μόνο έναντι των τηλεφωνικών υπαλλήλων, και όχι έναντι άλλων υπαλλήλων ή τρίτων. Ωστόσο, από το συνδυασμό των διατάξεων του Ποινικού Κώδικα που αναπτύχθηκαν και του άρθρου 19 § 1 του Συντάγματος που καθιερώνει το απολύτως απαραβίαστο των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας, προκύπτει ότι απαγορεύεται στην Πολιτεία να παραβιάζει άμεσα ή έμμεσα το προστατευόμενο από το νόμο και το Σύνταγμα απόρρητο²⁸.

4) **Π.Κ 370 § 1** : «Όποιος αθέμιτα και με σκοπό να λάβει γνώση του περιεχομένου τους ανοίγει κλειστή επιστολή ή άλλο κλειστό έγγραφο ή παραβιάζει του κλειστό χώρο στον οποίο είναι φυλαγμένα, ή με οποιονδήποτε τρόπο εισχωρεί σε ξένα απόρρητα διαβάζοντας ή αντιγράφοντας ή αποτυπώνοντας με άλλο τρόπο επιστολή ή άλλο έγγραφο, τιμωρείται με χρηματική ποινή ή με φυλάκιση μέχρι ενός έτους.

²⁸ Βλ. Νικόλαο Ε. Μπιτζιλέκη, Τα υπηρεσιακά εγκλήματα, Β' Έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2001, σελ. 486-512.

Υποκείμενο του εγκλήματος μπορεί να είναι οποιοσδήποτε, εκτός από ταχυδρομικό ή τηλεγραφικό υπάλληλο, γιατί τότε τυγχάνουν εφαρμογής τα άρθρα 248-249 Π.Κ. αντίστοιχα. Αντικείμενο του εγκλήματος είναι κλειστή επιστολή, κλειστό έγγραφο ή τέλος κλειστός χώρος στον οποίο φυλάσσονται η επιστολή ή ο έγγραφο. Είναι αδιάφορο αν το έγγραφο είναι δημόσιο ή ιδιωτικό, καθώς και αν η επιστολή αποστέλλεται με το ταχυδρομείο ή με άλλο μέσο. Η αξιόποινη συμπεριφορά πραγματώνεται με τρεις τρόπους : με το άνοιγμα κλειστής επιστολής ή άλλου κλειστού εγγράφου, με την παραβίαση του κλειστού χώρου στον οποίο φυλάσσονται αυτά και με την εισχώρηση σε ξένα απόρρητα, αντιγράφοντας ή αποτυπώνοντας την επιστολή ή το άλλο έγγραφο.

Η ανωτέρω αξιόποινη πράξη συνιστά έγκλημα αφηρημένης διακινδύνευσης και θεωρείται τελειωμένο με το άνοιγμα του αντικειμένου, ανεξάρτητα από τη δυνατότητα γνώσης του περιεχομένου του από το δράστη. Για την πλήρωση της υποκειμενικής του υπόστασης απαιτείται δόλος, ο οποίος περιλαμβάνει αφενός τη γνώση ότι η επιστολή ή το έγγραφο είναι κλειστά, ή φυλάσσονται σε κλειστό χώρο, ή ότι είναι απόρρητα, αφετέρου την πρόθεση του δράστη να λάβει γνώση του περιεχομένου τους, ανεξάρτητα αν ο σκοπός επιτεύχθηκε ή όχι.

5) Π.Κ 370 Α § 1 : «Όποιος αθέμιτα παγιδεύει ή με οποιονδήποτε άλλο τρόπο παρεμβαίνει σε τηλεφωνική σύνδεση ή συσκευή, με σκοπό να πληροφορηθεί ή να μαγνητοφωνήσει το περιεχόμενο τηλεφωνικής συνδιάλεξης μεταξύ τρίτων, τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους. Η χρησιμοποίηση από το δράστη των πληροφοριών ή μαγνητοταινιών που αποκτήθηκαν με αυτό τον τρόπο θεωρείται επιβαρυντική περίπτωση» .

Π.Κ 370 Α § 2 : «Όποιος αθέμιτα παρακολουθεί με ειδικά τεχνικά μέσα ή μαγνητοφωνεί προφορική συνομιλία μεταξύ τρίτων που δεν διεξάγεται δημόσια ή μαγνητοσκοπεί μη δημόσιες πράξεις τρίτων τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους. Με την ίδια ποινή τιμωρείται και όποιος μαγνητοφωνεί ιδιωτική συνομιλία μεταξύ αυτού και τρίτου, χωρίς τη συναίνεση του τελευταίου. Το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 αυτού του άρθρου εφαρμόζεται και σε αυτή την περίπτωση» .

Π.Κ. 370 Α § 3 : «Με φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους τιμωρείται όποιος κάνει χρήση των πληροφοριών ή των μαγνητοταινιών ή των μαγνητοσκοπήσεων που αποκτήθηκαν με τους τρόπους που προβλέπονται στις παραγράφους 1 και 2 αυτού του άρθρου» .

Το κενό στην ποινική προστασία του απορρήτου των τηλεφωνημάτων κάλυψε η διάταξη του άρθρου 370 Α Π.Κ, που προστέθηκε με το άρθρο 1 του Ν. 1291/1982, όπως αυτό αντικαταστάθηκε και συμπληρώθηκε με το άρθρο 33 § 7 του Ν. 2172/1993. Αντικείμενο προστασίας του εν λόγω άρθρου είναι το προφορικό απόρρητο, όπως επιτάσσει και το άρθρο 19 του Συντάγματος. Υποκείμενο του εγκλήματος μπορεί να είναι οποιοσδήποτε τρίτος, ιδιώτης ή δημόσιος υπάλληλος, εξαιρουμένων των υπαλλήλων του Ο.Τ.Ε για τους οποίους εφαρμόζεται το άρθρο 250.

Στοιχεία του ποινικού αδικήματος είναι : Η παγίδευση ιδιωτικής συνομιλίας μεταξύ τρίτων ή γενικά παρέμβαση σε τηλεφωνική σύνδεση ή συσκευή, η αθέμιτη παρακολούθηση ή μαγνητοφώνηση προφορικής συνομιλίας μεταξύ τρίτων, η μαγνητοσκοπήση ιδιωτικών πράξεων τρίτων, η μαγνητοφώνηση ιδιωτικής συνομιλίας από έναν εκ των συνδιαλεγομένων χωρίς τη συναίνεση του άλλου και η δόλια προαίρεση, που συνίσταται στη γνώση του δράστη ότι παρακολουθεί με ειδικά τεχνικά μέσα την ιδιωτική συνομιλία ή μαγνητοφωνεί τη συνομιλία μεταξύ τρίτων ή του προσώπου που συνδιαλέγεται, παρ' ότι γνωρίζει ότι η ενέργειά του είναι αθέμιτη, ανεξάρτητα από τα κίνητρα που τον ώθησαν σε αυτή. Δεν απαιτείται να πληροφορηθεί ο δράστης το περιεχόμενο της συνδιάλεξης.²⁹

6) άρθρο 10 § 1 Ν. 3115/2003 : «Όποιος παραβιάζει με οποιονδήποτε τρόπο το απόρρητο των επικοινωνιών ή τους όρους και τη διαδικασία αυτού, τιμωρείται με ποινή φυλάκισης τουλάχιστον ενός (1) έτους και χρηματική ποινή από 15.000-60.000 ευρώ, εφόσον δεν προβλέπονται βαρύτερες ποινές από άλλες ισχύουσες διατάξεις. Σε περίπτωση που ο παραβάτης της παρούσας διάταξης ανήκει στο προσωπικό δημόσιας υπηρεσίας, οργανισμού ή επιχείρηση του ευρύτερου δημόσιου τομέα, καθώς και ιδιωτικής επιχείρησης που ασχολείται με ταχυδρομικές, τηλεπικοινωνιακές ή άλλες υπηρεσίες σχετικές με την ανταπόκριση και την επικοινωνία, η επιβαλλόμενη ποινή φυλάκισης είναι τουλάχιστον δύο (2) ετών και χρηματική ποινή τουλάχιστον 30.000 ευρώ.

άρθρο 10 § 2 Ν. 3115/2003 : «Μέλος της Α.Δ.Α.Ε το οποίο γνωστοποιεί με οποιονδήποτε τρόπο πληροφορίες και δεδομένα που είναι προσιτά σ' αυτό λόγω της υπηρεσίας του ή αφήνει άλλον να λάβει γνώση αυτών, τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον δύο (2) ετών και χρηματική ποινή τουλάχιστον 6.000-30.000 ευρώ.

²⁹ Βλ. Παναγιώτη Τσιρή, ό.π., σελ. 144-159.

Αν όμως τέλεσε την πράξη με σκοπό να προσπορίσει στον εαυτό του ή άλλου αθέμιτο όφελος ή να βλάψει άλλον επιβάλλεται κάθειρξη. Αν η πράξη του πρώτου εδαφίου τελέστηκε από αμέλεια, επιβάλλεται φυλάκιση τουλάχιστον τριών (3) μηνών και χρηματική ποινή τουλάχιστον 3.000 ευρώ.

Όπως προαναφέρθηκε, η εν λόγω διάταξη έπασχε από αοριστία πριν την έκδοση του προεδρικού διατάγματος 47/2005, με το οποίο εξειδικεύονται οι όροι και οι διαδικασίες νόμιμης άρσης του απορρήτου. Ίσως γι' αυτό ο νομοθέτης θέτει ρήτρα επικουρικότητας, δηλαδή εξαρτά την εφαρμογή της διάταξης από τη μη τιμώρηση της αξιόποινης πράξης με βαρύτερη ποινή. Μετά την επαύξηση του πλαισίου ποινής του άρθρου 370^A Π.Κ με το νόμο 3090/2002, η διάταξη του άρθρου 10 του Ν. 3115/2003 προβλέπει ίδια όρια ποινής φυλάκισης με το ως άνω άρθρο, αλλά υψηλότερα όρια χρηματικής ποινής³⁰.

β) Οι γενικοί λόγοι άρσης του αδίκου ως νόμιμος λόγος άρσης του απορρήτου των επικοινωνιών

Στο πλαίσιο της παρούσας προβληματικής, τίθεται το ερώτημα κατά πόσο η συνδρομή γενικού λόγου άρσης του αδίκου νομιμοποιεί την άρση του απορρήτου. Στο σημείο αυτό επιβάλλεται η ξεχωριστή εξέταση του ζητήματος ανάλογα με το αν η προσβολή του απορρήτου προέρχεται από πράξη κρατικού οργάνου ή ιδιωτών.

Ειδικότερα, σε ό,τι αφορά τις πράξεις των κρατικών οργάνων, επισημαίνεται ότι οι γενικές διατάξεις δεν υποκαθιστούν τις ειδικές διατάξεις του άρθρου 19 § 1 του Συντάγματος και του κατ' εξουσιοδότηση αυτού νόμου 2225/1994. Άλλωστε οι γενικοί λόγοι άρσης του αδίκου έχουν κατ' αρχάς θεσπιστεί, προκειμένου να άρουν την ποινική ευθύνη των ιδιωτών έναντι της Πολιτείας, και όχι για να λειτουργούν αντίστροφα, να νομιμοποιούν δηλαδή τις παραβιάσεις των ατομικών δικαιωμάτων εκ μέρους των κρατικών οργάνων.

Επιπλέον, η ασφάλεια του δικαίου, η οποία αποτελεί άμεση απόρροια της αρχής του Κράτους Δικαίου επιτάσσει την ειδική και σαφώς οριοθετημένη πρόβλεψη των προϋποθέσεων υπό τις οποίες είναι επιτρεπτή η επέμβαση στα ατομικά δικαιώματα. Διαφορετική προσέγγιση, κατά την οποία θα αρκούσε η επίκληση των γενικών λόγων άρσης του αδίκου για την άρση του απορρήτου θα

³⁰ Βλ. Γεώργιο Νούσκαλη, Ο Ν. 3115/2003 για την Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών : Ορισμένες επισημάνσεις και προβληματισμοί, ΠοινΔικ 3/2003, σελ. 248-249.

αποδυνάμωνε πλήρως τις εγγυήσεις που θέτει το Σύνταγμα και ο εκτελεστικός αυτού νόμος 2225/1994 για το θεμιτό περιορισμό του εν λόγω δικαιώματος.

Κατά συνέπεια, μόνη η «εκπλήρωση καθήκοντος» ή η «εκτέλεση προσταγής» κατά τα άρθρα 20, 21 του Ποινικού Κώδικα αντίστοιχα, δεν καθιστούν νόμιμη την άρση του απορρήτου. Περαιτέρω, η συνδρομή της άμυνας ή της κατάστασης ανάγκης ως νόμιμου λόγου άρσης του απορρήτου αποκλείεται από την ύπαρξη ειδικότερων ρυθμίσεων, σύμφωνα με τον κανόνα «lex specialis derogat legis generalis» .

Συγκεκριμένα, την *in abstracto* σύγκρουση των εννόμων αγαθών που προβλέπει το άρθρο 25 του Ποινικού Κώδικα την έχει *in concreto* επιλύσει ο συντακτικός νομοθέτης, επιτρέποντας την άρση του απορρήτου μόνο για λόγους εθνικής ασφάλειας και για τη διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων. Η συμπληρωματική εφαρμογή της διάταξης για την κατάσταση ανάγκης, προκειμένου να αποτραπούν κίνδυνοι κατά του προσώπου ή της παρουσίας τρίτων είναι συνταγματικά ανεπίτρεπτη, διότι η απαρίθμηση των λόγων περιορισμού του ατομικού δικαιώματος στο άρθρο 19 § 1 του Συντάγματος δεν είναι ενδεικτική, αλλά περιοριστική.

Ως προς την άμυνα, πρέπει ειδικότερα να υπογραμμισθεί ότι η άρση του απορρήτου από τα κρατικά όργανα ως μέσο πρόληψης των εγκλημάτων αντιτίθεται στην ίδια τη *ratio* του άρθρου 22 του Ποινικού Κώδικα, καθώς η άμυνα προϋποθέτει «παρούσα» επίθεση. Ωστόσο, η επίκληση της άμυνας είναι θεμιτή στις περιπτώσεις κατά τις οποίες το απόρρητο χρησιμοποιείται ως μέσο «άδικης» επίθεσης. Η συνταγματική προστασία δεν καλύπτει εκείνους που ασκούν το ατομικό τους δικαίωμα προκειμένου να προσβάλλουν άλλα έννομα αγαθά. Όπως, η ελευθερία της έκφρασης ή του τύπου δεν εξικνείται μέχρι την ελευθερία της συκοφαντικής δυσφήμισης, έτσι η συνταγματική αξίωση σεβασμού του απορρήτου δεν περιλαμβάνει τα υβριστικά, απειλητικά ή εκβιαστικά μηνύματα, δεδομένου ότι οι εν λόγω αξιόποινες συμπεριφορές δεν εμπίπτουν στο προστατευτικό πεδίο του δικαιώματος.

Σε κάθε περίπτωση, η αυξημένη προστασία του απορρήτου απαιτεί την αυστηρή τήρηση των προϋποθέσεων της άμυνας. Δε δικαιολογείται δηλαδή η διεύρυνση των ορίων της σε βαθμό που να γίνει αποδεκτή η παραβίαση του απορρήτου δυνάμει «προληπτικής άμυνας» ή «αποδεικτικής κατάστασης ανάγκης» .

Στα ίδια συμπεράσματα, αλλά με διαφορετική αιτιολογική βάση, οδηγούμαστε και στην περίπτωση της επίκλησης των γενικών λόγων άρσης του

αδίκου, όταν οι προσβολές του απορρήτου απορρέουν από πράξεις ιδιωτών. Εν προκειμένω, δεν ισχύει το ερμηνευτικό επιχείρημα ότι οι ειδικές ρυθμίσεις εκτοπίζουν τις γενικές των άρθρων 20-25 του Ποινικού Κώδικα, αφού η συνταγματική διάταξη και ο κατ' εξουσιοδότηση αυτής νόμος αφορούν αποκλειστικά πράξεις κρατικών οργάνων.

Η εφαρμογή ενός γενικού λόγου άρσης του αδίκου ως νόμιμου λόγου άρσης του απορρήτου προσκρούει στην ενισχυμένη προστασία του κατοχυρωμένου στο άρθρο 19 του Συντάγματος δικαιώματος. Επομένως, η άρση του απορρήτου εκ μέρους ιδιώτη λόγω ενάσκησης δικαιώματος, εκπλήρωσης καθήκοντος, άμυνας ή κατάστασης ανάγκης παραμένει άδικη, με μόνη επιφύλαξη την κάμψη του απορρήτου σε περιπτώσεις απειλής, εξύβρισης ή εκβιασμού, στις οποίες το δικαίωμα χρησιμοποιείται ως μέσο για την τέλεση άδικης και αξιόποινης πράξης³¹.

γ) Η εφαρμογή της παραγράφου 1 του άρθρου 19 σε δικονομικό επίπεδο

Ο ίδιος ο συντακτικός νομοθέτης έθεσε το δικαίωμα του απορρήτου υπό την ειδική επιφύλαξη νόμου, εξουσιοδοτώντας τον κοινό νομοθέτη να καθορίσει αυτός με τη σειρά του τους όρους και τη διαδικασία άρσης του απορρήτου. Κατωτέρω παρατίθεται η κατ' εξουσιοδότηση νομοθεσία, όπως αυτή διαμορφώθηκε μέχρι σήμερα, σε μία προσπάθεια εναρμόνισης με τις σύγχρονες τεχνολογικές εξελίξεις στον τομέα των επικοινωνιών.

1) **N. 2225/1994** : «Για την προστασία της ελευθερίας της ανταπόκρισης και επικοινωνίας και άλλες διατάξεις» .

Παρά την αρχική διακήρυξη στο άρθρο 19 § 1 του ισχύοντος Συντάγματος ότι το απόρρητο της επικοινωνίας είναι «απολύτως απαραβίαστο», εν τούτοις ο συντακτικός νομοθέτης εισάγει στο δεύτερο εδάφιο του ανωτέρω άρθρου τη δυνατότητα άρσης του απορρήτου υπό τέσσερις προϋποθέσεις : α) να προβλέπεται από (τυπικό ή ουσιαστικό) νόμο, β) να επιβάλλεται από τη δικαστική αρχή, γ) να αποφασίζεται μόνο για λόγους εθνικής ασφαλείας η διακρίβωσης ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων και δ) υπό καθεστώς εγγυήσεων που, αφενός περιορίζουν τον τρόπο και τις συνέπειες της άρσης στο μέτρο του αναγκαίου, αφετέρου αποτρέπουν την πρόσβαση στην επικοινωνία προσώπων άλλων εκτός των νομίμως καθορισμένων.

³¹ Βλ. Γεώργιο Καμίνη, Το απόρρητο της τηλεφωνικής επικοινωνίας : Η συνταγματική προστασία και η εφαρμογή της από τον ποινικό νομοθέτη και τα δικαστήρια, ό.π., σελ. 520-522.

Την εν λόγω συνταγματική επιταγή υλοποιεί ο Ν. 2225/1994, ρυθμίζοντας τη διαδικασία άρσης του απορρήτου. Συγκεκριμένα προβλέπονται περιοριστικά δύο λόγοι άρσης του απορρήτου (η εθνική ασφάλεια και η διακρίβωση εγκλημάτων) με διαφορετική διαδικασία άρσης για καθένα από τους λόγους αυτούς, καθώς και επαρκείς εγγυήσεις για την άρση του απορρήτου της επικοινωνίας.

Κατά τη διάταξη του άρθρου 3, **η άρση για λόγους εθνικής ασφαλείας** επιβάλλεται με διάταξη του Εισαγγελέως Εφετών του τόπου της αιτούσας αρχής ή του τόπου όπου πρόκειται να επιβληθεί η άρση. Σχετική αίτηση μπορεί να υποβάλλει δικαστική ή άλλη πολιτική, στρατιωτική ή αστυνομική δημόσια αρχή στην αρμοδιότητα της οποίας υπάγεται το θέμα εθνικής ασφαλείας που επιβάλλει την άρση.

Ο Εισαγγελέας αποφασίζει μέσα σε 24 ώρες με διάταξη που, κατά το άρθρο 5 § 1, εφόσον επιβάλλει την άρση πρέπει να περιέχει : α) το όργανο που τη διατάσσει, β) τη δημόσια αρχή που ζητεί την επιβολή της, γ) το σκοπό επιβολής, δ) τα μέσα ανταπόκρισης ή επικοινωνίας στα οποία εκτείνεται, ε) την εδαφική έκταση εφαρμογής και τη χρονική διάρκειά της, καθώς και στ) την ημερομηνία έκδοσης της διάταξης. Εάν κατά την κρίση του Εισαγγελέως, ύστερα από εισήγηση της αιτούσας αρχής, ειδικές περιστάσεις εθνικής ασφαλείας επιβάλλουν την παράλειψη ή συνοπτική παράθεση ορισμένων από τα στοιχεία αυτά, γίνεται σχετική μνεία στη διάταξη.

Η διαδικασία άρσης του απορρήτου για λόγους εθνικής ασφαλείας εμφανίζει κενά στην κατοχύρωση της προστασίας του θιγόμενου ατόμου, καθώς δεν εξειδικεύει τους λόγους για τους οποίους διατάσσεται η άρση, ούτε απαιτεί να αιτιολογείται η επιβολή της. Επίσης δεν προσδιορίζει τον αριθμό των προσώπων κατά των οποίων στρέφεται η άρση, ούτε οριοθετεί τη χρονική διάρκεια της τελευταίας.

Ειδικότερα, η μη εξειδίκευση των λόγων εθνικής ασφαλείας δημιουργεί σοβαρά προβλήματα εναρμόνισης του νόμου με τις διατάξεις του άρθρου 8 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των δικαιωμάτων του Ανθρώπου, όπως αυτό ερμηνεύεται από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Συγκεκριμένα σύμφωνα με τη νομολογία του δικαστηρίου³², σε μια δημοκρατική κοινωνία ο νόμος που περιορίζει ένα θεμελιώδες δικαίωμα πρέπει

³² Βλ. Βασίλη Αλεξανδρή, Οι παρακολουθήσεις των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων και η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Υπεράσπιση 1993, σελ. 1051 και Αντώνη Δ. Μαγγανά-Λίλα Χ. Καρατζά, Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Αποφάσεις και πρακτική του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου, Β΄ Έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη 2005, σελ. 208.

αφενός να είναι προσιτός, δηλαδή να μπορεί ο πολίτης να πληροφορηθεί ευχερώς το περιεχόμενό του και αφετέρου να παρέχει τη δυνατότητα προβλεψιμότητας, δηλαδή να είναι σαφής ώστε να γνωρίζει ο καθένας πότε μια συμπεριφορά επισύρει την επέμβαση της πολιτείας. Η δεύτερη αυτή ιδιότητα του νόμου απουσιάζει στη συγκεκριμένη περίπτωση, αφού η αόριστη και ασαφής έννοια των λόγων εθνικής ασφαλείας δεν προσδιορίζεται καθόλου από τον Ν. 2225/1994.

Επιπλέον, το γεγονός ότι η άρση διατάσσεται χωρίς υποχρεωτική εξέταση της απόλυτης αναγκαιότητάς της, αντίκειται στη συνταγματικά κατοχυρωμένη πλέον αρχή της αναλογικότητας (άρθρο 25 § 1).

Τέλος, προβληματική σε επίπεδο συνταγματικότητας εμφανίζεται και η διάταξη του άρθρου 5 § 6 που ρυθμίζει τη χρονική διάρκεια της άρσης. Στην ως άνω διάταξη ορίζεται ότι η εφαρμογή του μέτρου της άρσης δεν μπορεί να υπερβαίνει τους δύο μήνες. Στη συνέχεια όμως προβλέπεται η δυνατότητα χορήγησης παρατάσεων με τη διαδικασία που προβλέπεται για την υποβολή του μέτρου και υπό τον όρο ότι εξακολουθούν να υφίστανται οι λόγοι της άρσης. Για τις παρατάσεις αυτές, ορίζεται μεν ότι δεν μπορούν να υπερβαίνουν κάθε φορά τους δύο μήνες, αλλά δεν τίθεται ανώτατο χρονικό όριο της συνολικής τους διάρκειας. Η έλλειψη αυτή, η οποία οδηγεί ουσιαστικά σε κατάλυση του ατομικού δικαιώματος του απορρήτου και μάλιστα αναίτιολόγητα, αντίκειται προφανώς στη βούληση του συντακτικού νομοθέτη.

Στην περίπτωση της άρσης του απορρήτου για τη διακρίβωση εγκλημάτων, η διαδικασία και το όλο πνεύμα του νόμου διαφοροποιούνται. Σύμφωνα με το άρθρο 4 η άρση επιβάλλεται με διάταξη του καθ' ύλην και κατά τόπο αρμόδιου Συμβουλίου Εφετών ή Πλημμελειοδικών, μόνο αν αυτό αιτιολογημένα διαπιστώσει ότι η διερεύνηση της υπόθεσης ή εξακρίβωση του τόπου διαμονής του κατηγορουμένου είναι αδύνατη ή ουσιαδώς δυσχερής χωρίς αυτήν. Την αίτηση υποβάλλει στο Συμβούλιο ο καθ' ύλην και κατά τόπο αρμόδιος εισαγγελέας, ο οποίος εποπτεύει ή ενεργεί προανάκριση ή προκαταρκτική εξέταση και ο ανακριτής που ενεργεί τακτική ανάκριση για το συγκεκριμένο έγκλημα. Σε εξαιρετικά επείγουσες περιπτώσεις την άρση μπορεί να διατάξει και ο εν λόγω εισαγγελέας ή ανακριτής. Έχουν την υποχρέωση όμως να απευθύνουν σχετική αίτηση στο Συμβούλιο εντός 3 ημερών, ειδάλλως η άρση παύει αυτοδικαίως.

Σε κάθε περίπτωση το Συμβούλιο αποφασίζει την άρση εντός 24 ωρών με διάταξη που πρέπει να περιέχει, εκτός των στοιχείων που αναφέρθηκαν στην

περίπτωση της άρσης για λόγους εθνικής ασφαλείας, α) το όνομα του προσώπου ή των προσώπων κατά των οποίων λαμβάνεται το μέτρο της άρσης και τη διεύθυνση της διαμονής τους εάν είναι γνωστή και β) την αιτιολογία επιβολής της άρσης (άρθρο 5 § 2).

Συνεπώς, η διάταξη που αίρει το απόρρητο για λόγους διακρίβωσης εγκλημάτων πρέπει να είναι αιτιολογημένη και να στρέφεται κατά συγκεκριμένων προσώπων. Ειδικότερα, στρέφεται κατά προσώπων που «έχουν σχέση με την συγκεκριμένη 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». Η διατύπωση του νόμου επιτρέπει επομένως την παραβίαση του απορρήτου της επικοινωνίας όχι μόνο του κατηγορουμένου ή του υπόπτου, αλλά και τρίτων προσώπων, όπως π.χ. ο συνήγορος υπεράσπισης, αφού αυτός κατεξοχήν λαμβάνει ή μεταφέρει μηνύματα που αφορούν ή προέρχονται από τον κατηγορούμενο.

Σε αντίθεση με την περίπτωση της άρσης του απορρήτου για λόγους εθνικής ασφαλείας, εν προκειμένω ο νόμος στο άρθρο 4 § 1 απαριθμεί περιοριστικά τα εγκλήματα για την διακρίβωση των οποίων είναι επιτρεπτή η άρση του απορρήτου. Στο σημείο αυτό κρίνεται σκόπιμο να επισημανθεί ότι η επέκταση της άρσης του απορρήτου για τη διακρίβωση των προπαρασκευαστικών πράξεων του εγκλήματος της παραχάραξης νομίσματος (άρθρο 211 Π.Κ.) είναι συνταγματικά προβληματική, καθώς πρόκειται για πλημμέλημα και συνεπώς είναι αμφίβολο κατά πόσο συγκαταλέγεται στα «ιδιαίτερα σοβαρά εγκλήματα» για τα οποία και μόνο είναι επιτρεπτή η άρση του απορρήτου κατ' άρθρο 19 § 1 εδάφιο β του Συντάγματος.

Θετική εξέλιξη αποτελεί η πρόβλεψη ανώτατου χρονικού ορίου της διάρκειας της άρσης. Συγκεκριμένα, στο άρθρο 5 § 6 ορίζεται ότι η χρονική διάρκεια της άρσης δε μπορεί να υπερβαίνει τους δύο μήνες. Δυνατότητα παράτασης παρέχεται και εδώ, εν προκειμένω όμως οι παρατάσεις δε μπορεί να υπερβαίνουν τους δύο μήνες κάθε φορά, και συνολικά τους δέκα μήνες.

Εν κατακλείδι, ο νόμος θεσπίζει ορισμένες εγγυήσεις κοινές και στις δύο διαδικασίες άρσης του απορρήτου της επικοινωνίας, προκειμένου να διασφαλίσει ένα *minimum* προστασίας των δικαιωμάτων του θιγόμενου προσώπου. Ειδικότερα ορίζεται ότι :

1^ο) μετά τη λήξη της διάρκειάς της ή το τέλος του ανωτέρω χρονικού ορίου της, η άρση παύει αυτοδικαίως ενώ μπορεί να παύσει και πριν την πάροδο της

διάρκειας αυτής αν κρίνει το όργανο που την επέβαλε ότι εκπληρώθηκε ο σκοπός ή εξέλειψαν οι λόγοι επιβολής του μέτρου (άρθρο 5 § 7, 8).

2^ο) είναι δυνατόν να αποφασιστεί από την Α.Δ.Α.Ε η γνωστοποίηση της επιβολής της άρσης στους θιγόμενους, εφόσον δεν διακινδυνεύεται ο σκοπός για τον οποίο διατάχθηκε (άρθρο 5 § 9). Η διατύπωση της διάταξης αφήνει να εννοηθεί ότι εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της Αρχής να γνωστοποιήσει ή όχι την άρση του απορρήτου στους θιγόμενους, ακόμα και αν δε διακυβεύεται ο σκοπός επιβολής του μέτρου. Μία τέτοια πρακτική δε φαίνεται να συμβαδίζει με την επιταγή του άρθρου 19 § 1 του Συντάγματος που επιτρέπει την όλως κατ' εξαίρεση άρση του απορρήτου και υπό αυστηρά οριζόμενες στο νόμο και στενά ερμηνευόμενες προϋποθέσεις.

3^ο) τα στοιχεία που αποκτήθηκαν κατά την άρση απαγορεύεται με ποινή ακυρότητας να χρησιμοποιηθούν ή να ληφθούν υπόψη σε άλλη ποινική, πολιτική, διοικητική και πειθαρχική δίκη ή διαδικασία για σκοπό διαφορετικό από εκείνον που είχε καθοριστεί με τη διάταξη. Κατ' εξαίρεση όμως η αρχή που εξέδωσε τη διάταξη μπορεί (με νέα διάταξη) να επιτρέψει τη χρησιμοποίησή τους, αν χρησιμεύουν είτε για τη διακρίβωση άλλου ιδιαίτερα σοβαρού εγκλήματος από αυτά που αναφέρονται στην § 1 του άρθρου 4, είτε για την υπεράσπιση κατηγορουμένου για πλημμέλημα ή κακούργημα (άρθρο 5 § 10).³³

2) **Ν. 2928/2001** όπως αυτός συμπληρώθηκε με το **άρθρο 42** του **Ν. 3251/2004** : «Τροποποίηση διατάξεων του Ποινικού Κώδικα και του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας και άλλες διατάξεις για την προστασία του πολίτη από αξιόποινες πράξεις εγκληματικών οργανώσεων» & «Ευρωπαϊκό Ένταλμα Σύλληψης-Εγκληματικές οργανώσεις-Τρομοκρατικές Πράξεις (τροποποίηση Ν. 2928/2001 - Κ.Ποιν.Δ.)

Το άρθρο 6 του ως άνω νόμου προσέθεσε στον Κώδικα Ποινικής Δικονομίας τη διάταξη 253 Α, δυνάμει της οποίας, προβλέπεται μία σειρά ανακριτικών πράξεων (μεταξύ των οποίων και η άρση του απορρήτου), οι οποίες διεξάγονται αν προκύπτουν σοβαρές ενδείξεις ότι έχει τελεστεί αξιόποινη πράξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 187 του Ποινικού Κώδικα, και η εξάρθρωση της εγκληματικής οργάνωσης είναι διαφορετικά αδύνατη ή ιδιαίτερα

³³ Βλ. Χρηστο Στ. Λυντέρη, Η άρση του απορρήτου της επικοινωνίας ως μέσο αντεγκληματικής πολιτικής, Μία παρουσίαση και κριτική των σχετικών διατάξεων του ν. 2225/1994, ΠοινΧρ ΜΕ/1995, σελ. 119-126.

δυσχερής. Η ίδια η διάταξη παραπέμπει στη διαδικασία άρσης του απορρήτου που προβλέπεται στα άρθρα 4, 5 του Ν. 2225/1994, προκειμένου να τηρηθούν και στην περίπτωση αυτή οι εγγυήσεις που ο ανωτέρω νόμος διασφαλίζει.

Η παράγραφος 4 του ανωτέρω άρθρου σύμφωνα με την οποία «τα στοιχεία ή οι γνώσεις που αποκτήθηκαν κατά τη διενέργεια των ανακριτικών πράξεων μπορεί να χρησιμοποιηθούν μόνο για τους λόγους που όρισε το δικαστικό συμβούλιο και μόνο κατ' εξαίρεση και κατόπιν ειδικής απόφασης του δικαστικού συμβουλίου για τη βεβαίωση εγκλήματος, τη σύλληψη των δραστών και την εξάρθρωση άλλης εγκληματικής οργάνωση» τελεί σε αντιστοιχία με τη ρύθμιση της παραγράφου 10 του άρθρου 5 του Ν. 2225/1994.

Οι ως άνω ρυθμίσεις αποτελούν έκφραση θεμελιώδους κανόνα του δικαιού προστασίας προσωπικών δεδομένων, ο οποίος επιτάσσει τα προσωπικά δεδομένα να χρησιμοποιούνται μόνο για το συγκεκριμένο, από νόμο προβλεπόμενο σκοπό για τον οποίο συνελέγησαν, η δε κατ' εξαίρεση χρήση τους για άλλο σκοπό να προβλέπεται επίσης από νόμο και να υπακούει στην αρχή της αναλογικότητας.

Όσον αφορά την εφαρμογή του μέτρου της άρσης του απορρήτου για την αξιόποινη πράξη της παραγράφου 2 του άρθρου 187 Π.Κ ανακύπτει το ίδιο ζήτημα συνταγματικότητας της διάταξης, καθώς τα πλημμελήματα δε φαίνεται να εμπίπτουν στην κατηγορία των «ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων» για τη διακρίβωση των οποίων είναι θεμιτή η άρση του απορρήτου.

3) Π.Δ 47/2005 : «Διαδικασίες-εγγυήσεις άρσης απορρήτου των επικοινωνιών και διασφάλισή του» .

Κινούμενο στο πνεύμα της Οδηγίας 2002/58/ΕΚ («σχετικά με την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και την προστασία της ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών») το εν λόγω Προεδρικό Διάταγμα συμπληρώνει το νόμο 2225/1995. Συγκεκριμένα, από τη μία πλευρά, περιγράφει αναλυτικά τα είδη και τα στοιχεία της επικοινωνίας, αίροντας κάθε προηγούμενη αμφισβήτηση για την υπαγωγή τους ή μη στη διαδικασία προστασίας του απορρήτου. Από την άλλη, καθίστανται πλέον γνωστές και προβλέπονται ρητά οι τεχνικές και οι μέθοδοι παρακολούθησης των επικοινωνιών, ώστε να γνωρίζει το άτομο τους κινδύνους που διατρέχει στον ιδιωτικό του βίο από τη χρήση της ηλεκτρονικής επικοινωνίας.

Για να διασφαλιστεί η επιδιωκόμενη προστασία και να μην καταλήξει το νομοθέτημα σε κερκόπορτα για τη διευκόλυνση των παραβιάσεων του

απορρήτου ενόψει του πολλαπλασιασμού των μέσων επικοινωνίας, είναι απαραίτητη η εφαρμογή του διατάγματος πάντα σε συνδυασμό με το νόμο 2225/1994, προκειμένου η άρση του απορρήτου στις σύγχρονες μορφές επικοινωνίας και με τα προηγμένα τεχνολογικά μέσα να εξακολουθεί να αποτελεί την εξαίρεση, και όχι τον κανόνα.

4) **N. 3471/2006** : «Προστασία προσωπικών δεδομένων και ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών και τροποποίηση του ν. 2472/1997» .

Ο νόμος αυτός ενσωματώνει την Οδηγία 2002/58/EK στο ελληνικό δίκαιο υλοποιώντας την επιταγή για επέκταση του απορρήτου στις ηλεκτρονικές επικοινωνίες που παρέχονται μέσω δημόσιων δικτύων. Πράγματι, το συνταγματικό πεδίο προστασίας του απορρήτου καταλαμβάνει πλέον και μορφές χρήσης του διαδικτύου ή άλλες υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών που δεν εμπίπτουν στην άλλοτε προστατευόμενη παραδοσιακή έννοια της προσωπικής και εμπιστευτικής επικοινωνίας.

Εντούτοις, δεδομένου ότι ο κυβερνοχώρος αποτελεί πρόσφορο έδαφος για την τέλεση παραβιάσεων του απορρήτου, προβάλλει επιτακτική η ανάγκη σαφούς και οριοθετημένης διατύπωσης των εξαιρέσεων από τον κανόνα της προστασίας του απορρήτου των ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Ειδικότερα, η εξαίρεση που εισάγει η παράγραφος 2 του άρθρου 4 στην απαγόρευση ακρόασης, υποκλοπής, αποθήκευσης ή άλλου είδους παρακολούθησης ή επιτήρησης στις ηλεκτρονικές επικοινωνίες, πρέπει να τελεί υπό τη ρητή επιφύλαξη της τήρησης των προϋποθέσεων που θέτει το άρθρο 19 § 1 του Συντάγματος και ο εκτελεστικός αυτού νόμος 2225/1994.

Επιπλέον, η παράγραφος 4 του ίδιου άρθρου επιτρέπει την κατ' εξαίρεση αποθήκευση πληροφοριών ή πρόσβαση σε αυτές, εφόσον είναι αναγκαία για τη διενέργεια ή τη διευκόλυνση μιας επικοινωνίας ή για την παροχή υπηρεσίας την οποία έχει ζητήσει ο χρήστης. Η άρση του απορρήτου εν προκειμένω νομιμοποιείται από την προηγούμενη πληροφόρηση του συγκεκριμένου συνδρομητή ή χρήστη για την εγκατάσταση κατασκοπευτικού λογισμικού ή άλλου ανάλογου εξοπλισμού στον τερματικό εξοπλισμό που χρησιμοποιεί.

Η τεχνική διατύπωση της ανωτέρω διάταξης αφήνει όμως αναπάντητο το ερώτημα πώς προστατεύεται το απόρρητο της επικοινωνίας των συνδιαλεγομένων με τον υπό παρακολούθηση χρήστη. Παράλληλα, η αόριστη αναφορά στο λόγο άρσης του απορρήτου δημιουργεί σοβαρότατα ερμηνευτικά

προβλήματα όσον αφορά την αποσαφήνιση των περιπτώσεων εκείνων, στις οποίες αυτή είναι νόμιμη.

Περαιτέρω, πρόδηλη καθίσταται και η ακόλουθη διαπίστωση : Από τη μία πλευρά η ελλιπής κατάρτιση στα πολύπλοκα τεχνικά ζητήματα που αναφύονται των φορέων εκείνων που είναι αρμόδιοι να αποφασίσουν για την άρση του απορρήτου στις σύγχρονες μορφές επικοινωνίας και από την άλλη πλευρά η τεχνολογική δυνατότητα παραβιάσεων του απορρήτου κατά παρέκκλιση της νόμιμης διαδικασίας καθιστούν ευάλωτο το πλαίσιο προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών.

Μόνη ασπίδα προφύλαξης απέναντι στον κίνδυνο αυθαιρεσιών που ελλοχεύει, αποτελεί αφενός η σαφέστερη κατά το δυνατό διατύπωση του νόμου, προκειμένου αυτός να γίνεται κατανοητός, αφετέρου η με τυπολατρική ακρίβεια και «θηρσκευτική ευλάβεια» τήρηση των όρων και των εγγυήσεων που τάσσει ο νόμος 2225/1994 για την άρση του απορρήτου.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ IV

Η εφαρμογή της παραγράφου 3 του άρθρου 19 σε νομοθετικό και νομολογιακό επίπεδο

Η ρητή θέσπιση από το συντακτικό νομοθέτη *ad hoc* αποδεικτικής απαγόρευσης με διάταξη αυξημένης τυπικής ισχύος δεν επιδέχεται παρερμηνεία τόσο ως προς το εννοιολογικό της περιεχόμενο, όσο και ως προς την έννομη συνέπεια της παραβίασης αυτής της διάταξης. Όσον αφορά τη δικονομική λειτουργία της διάταξης, γίνεται δεκτό ότι πρόκειται για ρύθμιση εισάγουσα απόλυτη αποδεικτική απαγόρευση που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη και αυτεπάγγελα.

Κατά συνέπεια, δε μπορεί να αποτελέσει αποδεικτικό μέσο, επιτρεπτός αξιοποιήσιμο στο πλαίσιο ποινικής διαδικασίας, οποιοδήποτε υλικό αποκτήθηκε κατά παράβαση των άρθρων 9, 9^Α και 19 του Συντάγματος, εφόσον δεν έχουν τηρηθεί οι εγγυήσεις των ειδικών νόμων που το επιτρέπουν. Κατά μείζονα λόγο, δε μπορεί να αξιοποιηθεί αποδεικτικά υλικό, το οποίο συλλέγεται, χωρίς να υφίσταται καν αντίστοιχο νομικό πλαίσιο που να το προβλέπει ρητά, καθιερώνοντας ταυτόχρονα τις εγγυήσεις τήρησης των οικείων συνταγματικών κανόνων.

Η αξιολόγηση από το δικαστικό συμβούλιο ή το δικαστήριο παράνομων κατά τα ανωτέρω αποδεικτικών μέσων συνιστά υπέρβαση εξουσίας και κατ'

επέκταση θεμελιώνει τον προβλεπόμενο στα άρθρα 484 § 1 στοιχείο ζ και 510 § 1 στοιχείο η του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας λόγο αναίρεσης.³⁴

Στο σημείο αυτό πρέπει να επισημανθεί ότι η έννομη τάξη και μάλιστα στο υψηλότερο δυνατό επίπεδο, αφού πρόκειται για συνταγματική ρύθμιση, έχει ήδη κάνει τις σταθμίσεις της. Συγκεκριμένα, ο συντακτικός νομοθέτης έχοντας προφανώς σταθμίσει τις αντικρουόμενες αξίες, επέλεξε την προστασία των αναφερόμενων στη διάταξη εννόμων αγαθών σε βάρος της αποτελεσματικής λειτουργίας της ποινικής δικαιοσύνης, αποδεχόμενος το γεγονός ότι με τη ρύθμιση αυτή ενδέχεται να δυσχερανθεί ή να καταστεί αδύνατη η εξακρίβωση της αλήθειας. Είναι αυτονόητο ότι κάθε περαιτέρω στάθμιση εκ μέρους του δικαστή καταστρατηγεί τη συνταγματική διάταξη και φαλκιδεύει την αποδεικτική απαγόρευση³⁵.

Συμπερασματικά, η εφαρμογή της παραγράφου 3 του άρθρου 19 του Συντάγματος έχει κατ' αρχάς ως αποτέλεσμα την απαγόρευση αξιοποίησης των αποδεικτικών μέσων που αποκτώνται κατά παράβαση των άρθρων 248-250, 370 και 370Α του Ποινικού Κώδικα³⁶. Από την άλλη πλευρά, νομοθετικές διατάξεις που επιτρέπουν τη χρησιμοποίηση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, καθίστανται ανενεργείς.

Ειδικότερα, η διάταξη του άρθρου **177 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας**, που προβλέπει κατ' εξαίρεση τη λήψη υπόψη αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί με αξιόποινες πράξεις ή μέσω αυτών «*αν πρόκειται για κακουργήματα που απειλούνται με ποινή ισόβιας κάθειρξης και εκδοθεί για το ζήτημα αυτό ειδικά αιτιολογημένη απόφαση του δικαστηρίου*» προσκρούει στη συνταγματική απαγόρευση και κατά συνέπεια δεν επιτρέπεται η εφαρμογή της. Ο συντακτικός νομοθέτης αποδέχθηκε την πιθανότητα να στερηθεί το δικαστήριο (ή οι παράγοντες της δίκης) ένα μέρος αποδεικτικών στοιχείων ικανών να οδηγήσουν στην ανεύρεση της ουσιαστικής αλήθειας και στην τιμώρηση εγκληματικών συμπεριφορών ιδιαίτερης απαξίας.

Άλλωστε, εάν γινόταν δεκτή η εξαίρεση των κακουργημάτων θα υπονομευόταν η ratio της συνταγματικής διάταξης, η οποία αποσκοπεί να λειτουργήσει ως αντικίνητρο έναντι όλων αυτών (κρατικών οργάνων και ιδιωτών) που παραβιάζουν το απόρρητο της ιδιωτικής σφαίρας, προκειμένου να

³⁴ Βλ. Γνωμοδότηση Στέφανου Παύλου, Αικατερίνης Φουντεδάκη, Γιώργου Δημήτρη, Αποδεικτικές απαγορεύσεις και νιοθεσία, ΠοινΔικ 8-9/2002, σελ. 919-922.

³⁵ Βλ. Αργύριο Καρρά, Ποινικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα 1998, σελ. 640-641.

³⁶ Βλ. Ιωάννη Μανωλεδάκη, Το απόρρητο του ιδιωτικού βίου και η έλλογη ποινική προστασία του, ΠοινΔικ 6/2005, σελ. 723-732.

αντλήσουν αποδεικτικά μέσα σε βάρος του κατηγορουμένου, ανεξάρτητα από τη βαρύτητα και την απαξία της αξιόποινης πράξης.

Ζήτημα συνταγματικότητας ανακύπτει περαιτέρω και ως προς το άρθρο **370 Α § 4 του Ποινικού Κώδικα**, παρά την τροποποίησή του με το Ν. 3090/2002 μετά την Αναθεώρηση του Συντάγματος, προκειμένου να συνάδει με τη συνταγματική επιταγή.³⁷ Η μέχρι πρότινος κριτική της διάταξης για γενικότητα και αοριστία συνεχίζει να έχει σοβαρά ερείσματα, καθώς η υπό την προηγούμενη μορφή ενδεικτική απαρίθμηση των λόγων άρσης του άδικου χαρακτήρα της πράξης αντικαταστάθηκε από τον υποτιθέμενο περιορισμό των καταρχήν τως άνω λόγων στη *«διαφύλαξη δικαιολογημένου συμφέροντος που δε μπορούσε να διαφυλαχθεί διαφορετικά»*. Η ανάλυση των επιμέρους στοιχείων της παρούσας διάταξης εμφανίζεται όμως άνευ σημασίας, ενόψει της ευθείας αντίθεσής της στη συνταγματική απαγόρευση της παραγράφου 3 του άρθρου 19 του Συντάγματος, που δεν αφήνει περιθώρια νομιμοποίησης της χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων.³⁸

Διατυπώθηκε η θέση ότι ο νεότερος νόμος 2225/1994 καταργεί σιωπηρά το άρθρο 370^Α § 4 (που εισήχθη με το νόμο 2172/1993), θέτει τα όρια επιτρεπτής άρσης του απορρήτου, τα οποία προσδιορίζονται εφεξής αποκλειστικά από το συνδυασμό των διατάξεων του άρθρου 19 § 1 και τον ως άνω εκτελεστικό αυτού νόμο³⁹. Κατά τη γνώμη μου, το ρυθμιστικό πεδίο των δύο διατάξεων διαφέρει, καθώς το άρθρο του Ποινικού Κώδικα αναφέρεται στη χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, ενώ ο νόμος 2225/1994 αφορά αποδεικτικά μέσα που αποκτήθηκαν με νόμιμες διαδικασίες.

Η νομολογία του Αρείου Πάγου⁴⁰ ενσωματώνει σταδιακά στις αποφάσεις της τις ανωτέρω θέσεις, δεχόμενη ότι η μαγνητοταινία, στην οποία αποτυπώνεται συνομιλία εν αγνοία και χωρίς τη συναίνεση του ενός των συνομιλητών, συνιστά συνταγματικά απαγορευμένο αποδεικτικό μέσο και κατά συνέπεια δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιηθεί. Θεμελιώνοντας την απόφασή του⁴¹, το Δικαστήριο αποφαινεται ότι *«η απονομή της δικαιοσύνης δε θα πρέπει να γίνεται έναντι οποιουδήποτε τιμήματος. Η αντίθετη άποψη θα μπορούσε να*

³⁷ Βλ. ανωτέρω, Εισηγητική Έκθεση του νόμου, υποσημείωση 12.

³⁸ Βλ. Γεώργιο Β. Καμίνη, Το πρόβλημα των παράνομων αποδεικτικών μέσων στην ποινική διαδικασία μετά την αναθεώρηση του άρθρου 19 του Συντάγματος, Τιμητικός Τόμος Ι για Ι. Μανωλεδάκη, Δημοκρατία-Ελευθερία-Ασφάλεια, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005, σελ. 337-360.

³⁹ Βλ. Αριστοτέλη Χαραλαμπίκη, Το αξιόποινο των υποκλοπών και η δικονομική μεταχείριση του προϊόντος τους, ΝοΒ 50/2002, σελ. 1061-1072.

⁴⁰ Βλ. Α.Π 622/2003, ΠοινΧρ ΝΔ/2004, σελ. 130-132.

⁴¹ Βλ. Ολομέλεια Α.Π 1/2001, ΝοΒ 49/2001, σελ. 1803-1804.

οδηγήσει -υπό την επίκληση της ανάγκης αποκτήσεως αποδεικτικού μέσου για ενδεχόμενα δικαιώματα- στη γενίκευση της χρήσεως μαγνητοφώνου από τους συνομιλητές προσώπων, η φωνή των οποίων θα καταγραφόταν χωρίς τη συναίνεσή τους. Κατ' αυτόν τον τρόπο όμως, η ελευθερία της επικοινωνίας θα περιοριζόταν, διότι ο καθένας θα ζούσε με το καταθλιπτικό συναίσθημα ότι κάθε αστόχαστη ή υπερβολική, έστω, έκφρασή του στα πλαίσια μιας προφορικής ιδιωτικής συνομιλίας θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί στη συνέχεια υπό άλλες περιστάσεις ως αποδεικτικό μέσο εναντίον του, πολύ περισσότερο μάλλον όταν τα σύγχρονα τεχνικά μέσα παρέχουν ευρείες δυνατότητες αλλοιώσεως του περιεχομένου των αποτυπώσεων, οι οποίες είναι πολύ δύσκολο ή και αδύνατο να διαγνωσθούν» .

Στην ίδια κρίση κατέληξε με διάταξή της και η Εισαγγελέας Εφετών Θεσσαλονίκης⁴², όταν κλήθηκε να αποφανθεί για το παραδεκτό της μήνυσης που στηρίχθηκε σε προϊόν τηλεφωνικής υποκλοπής. Συγκεκριμένα, στην απαλλακτική πρότασή της προς το Συμβούλιο Πλημμελειοδικών υποστήριξε ότι «από τις διατάξεις των άρθρων 9,9^Α και 19 § 3 του Συντάγματος και 8 § 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου συνάγεται ότι η μαγνητοφώνηση τηλεφωνικής συνδιάλεξης που γίνεται χωρίς τη γνώση και τη συναίνεση όλων των μερών που συνομιλούν, απαγορεύεται απολύτως ως αποτελούσα παρέμβαση στην ιδιωτική ζωή και προσβολή της αξιοπρέπειας του ανθρώπου. Επομένως, δε μπορεί να αποτελέσει αποδεικτικό υλικό δυνάμενο να εκτιμηθεί στα πλαίσια ποινικής διαδικασίας οποιοδήποτε υλικό αποκτάται κατά παραβίαση της συνταγματικά κατοχυρωμένης προστασίας της ιδιωτικής ζωής και οικογενειακής ζωής του ατόμου, εφόσον δεν έχουν τηρηθεί οι εγγυήσεις των ειδικών νόμων που ενδεχομένως το επιτρέπουν» .

Κάνοντας ένα βήμα παραπέρα, η Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα προτείνει σε γνωμοδότησή της την τροποποίηση των άρθρων 177 § 2 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας και 370Α § 4 του Ποινικού Κώδικα, προκειμένου να συνάδουν με τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001⁴³.

Εντούτοις, μέρος της νομολογίας φαίνεται να εμμένει ακόμα στην επίκληση των παλαιότερων διατάξεων (άρθρο 177 § 2 Κ.Ποιν.Δ και άρθρο 370Α § 4 Π.Κ) που ρύθμιζαν το ζήτημα της χρησιμοποίησης των παρανόμως

⁴² Βλ. ΔιατΕισΕφΘες 83-84/2003, Ποιν Δικ 3/2003, σελ. 274-276.

⁴³ Βλ. Γνωμοδότηση 83/2003 Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα, ΠοινΧρ ΝΓ/2003, σελ. 80-81.

κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, παραγνωρίζοντας δηλαδή τη θέσπιση της ρητής απαγόρευσης από το συντακτικό νομοθέτη⁴⁴.

Τέλος, η διατύπωση του άρθρου 370 Α § 1 εδάφιο β, κατά την οποία « η χρησιμοποίηση από τον δράστη των πληροφοριών ή μαγνητοταινιών που αποκτήθηκαν με παράνομο τρόπο θεωρείται επιβαρυντική περίπτωση», αφήνει να εννοηθεί ότι η υπό κρίση συμπεριφορά δεν έχει αυτοτελή ποινική υπόσταση, αλλά αποτελεί συντιμωρητή ύστερη πράξη, η οποία μένει ατιμώρητη σε περίπτωση παραγραφής του κυρίου εγκλήματος.⁴⁵

Το ενδεχόμενο παρερμηνείας ήρθε να αποκλείσει η νεότερη νομολογία του Αρείου Πάγου⁴⁶, σύμφωνα με την οποία η άρση του άδικου χαρακτήρα της χρήσης παρανόμως αποδεικτικών μέσων είναι κατ' άρθρο 370 Α § 4 δυνατή, μόνο όταν η χρησιμοποίησή τους γίνεται από τρίτο. Αντίθετη άποψη, κατά την οποία ο φυσικός ή ηθικός αυτουργός νομίμως επικαλείται αθέμιτα αποδεικτικά μέσα υπερακοντίζει το γράμμα και το πνεύμα της διάταξης και αφήνει ατιμώρητες τις υποκλοπές, οι περισσότερες από τις οποίες γίνονται για την υπεράσπιση δικαιολογημένου συμφέροντος.

Ενόψει της κατάργησης της ως άνω διάταξης από το άρθρο 19 § 3 του Συντάγματος, εξετάζεται σε επόμενο κεφάλαιο της παρούσας μελέτης αν η συνταγματική απαγόρευση είναι απόλυτη ή σχετικοποιείται στην περίπτωση της χρήσης των παράνομων αποδεικτικών μέσων από τον κατηγορούμενο για την απόδειξη της αθωότητάς του.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ V

Ο κανόνας των αποδεικτικών απαγορεύσεων και η εξαιρέσή του προς υπεράσπιση του κατηγορουμένου

α) Εννοιολογική προσέγγιση, είδη και δογματική θεμελίωση των αποδεικτικών απαγορεύσεων

Στο μεταίχμιο της σύγκρουσης δύο συνταγματικά κατοχυρωμένων συμφερόντων (του δημόσιου συμφέροντος για απονομή της ποινικής δικαιοσύνης και του ατομικού συμφέροντος για προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων) κείται ο θεσμός των αποδεικτικών απαγορεύσεων.

Υπό τον όρο αυτό, νοούνται οι περιορισμοί της εν ευρεία έννοια αποδεικτικής διαδικασίας που αφορούν είτε στην απόκτηση, είτε στην

⁴⁴ Βλ. Α.Π 1317/2001, ΠoinΛόγ 5/2001, σελ. 1822-1829 & Α.Π 42/2004, ΠoinΛόγ 1/2004, σελ. 66-68.

⁴⁵ Βλ. υπ' αριθ. 232/1988 Βούλευμα ΣυμβΠλημ/κών Χαλκίδος, Αρμεν ΜΓ/1989, σελ. 65-67.

⁴⁶ Βλ. Απόφαση Α.Π 1709/1995, ΠoinΧρ ΜΣΤ/1996, σελ. 1280-1282.

αξιοποίηση ορισμένου αποδεικτικού μέσου. Από την ανάλυση του ως άνω ορισμού διαφαίνονται ήδη δύο κατηγορίες αποδεικτικών απαγορεύσεων, ανάλογα με το αν ο επιβαλλόμενος αυτοπεριορισμός της κρατικής εξουσίας αφορά τη συλλογή του αντίστοιχου υλικού ή επεκτείνεται και στην αξιοποίησή του στα διάφορα στάδια της ποινικής δίκης. 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 απόδειξης⁴⁷.

Οι αποδεικτικές απαγορεύσεις διακρίνονται σε : τέλειες και ατελείς, εξαρτημένες και ανεξάρτητες ή αυτοτελείς και ρυθμισμένες και αρρυθμιστες. Συγκεκριμένα, η τέλεια αποδεικτική απαγόρευση καταλαμβάνει τόσο την κτήση, όσο και την αξιοποίηση του οικείου αποδεικτικού μέσου από τα δικαστήρια, ενώ η ατελής εκτείνεται μόνο στη συλλογή του αποδεικτικού μέσου. Η εξαρτημένη αποδεικτική απαγόρευση προϋποθέτει την προηγούμενη παράνομη κτήση του αποδεικτικού υλικού, ενώ η ανεξάρτητη ή αυτοτελής καταφάσκει ανεξάρτητα από την προγενέστερη παράνομη ή μη δραστηριότητα των κρατικών οργάνων ή ιδιωτών. Τέλος, η ρυθμισμένη αποδεικτική απαγόρευση προβλέπεται απευθείας στο νόμο, ενώ η αρρυθμιστη επαφίεται στην αξιολογική κρίση του εφαρμοστή του δικαίου⁴⁸.

Υπό το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς, τα δικαιώματα που συνθέτουν τη συνταγματικώς προστατευόμενη «ιδιωτική σφαίρα», δηλαδή το άσυλο της κατοικίας, το απαραβίαστο της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής, η προστασία των προσωπικών δεδομένων και το απόρρητο της ανταπόκρισης και επικοινωνίας ενείκταν ατελείς και αρρυθμιστες αποδεικτικές απαγορεύσεις.

Στο πλαίσιο αυτό διατυπώθηκαν διάφορες θεωρίες προκειμένου να θεμελιωθεί η σκοπιμότητα των αποδεικτικών απαγορεύσεων, μεταξύ των οποίων η θεωρία του σκοπού του κανόνα δικαίου, η θεωρία της διπλής λειτουργίας των διαδικαστικών ενεργειών, η θεωρία του κύκλου των δικαιωμάτων, η θεωρία της βαρύτητας ή σπουδαιότητας, η θεωρία της πειθαρχικής επενέργειας, οι προληπτικές θεωρίες⁴⁹, η θεωρία των τριών βαθμίδων⁵⁰ και η κρατούσα

⁴⁷ Βλ. Βλ. Θεοχάρη Ι. Δαλακούρα, Πρακτικά του ΣΤ΄ Πανελληνίου Συνεδρίου της Ελληνικής Εταιρείας Ποινικού Δικαίου, Η απόδειξη στην Ποινική Δίκη, Εκδόσεις Π. Ν. Σάκκουλα 1998, σελ.43-44.

⁴⁸ Βλ. Νικόλαο Γ. Δημητράτο, Περί των Αποδεικτικών Απαγορεύσεων στην Ποινική Δίκη, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα 1992, σελ. 14-23.

⁴⁹ Βλ. Αλέξανδρο Π. Κωστάρα, Η Ποινική Δικονομική Αξιολόγηση των παράνομα αποκτημένων ή παράνομα χρησιμοποιούμενων αποδεικτικών στοιχείων, ΕΕΝ 1984, σελ.173-174.

ανάμεσά τους θεωρία της στάθμισης⁵¹. Κοινό τόπο των ως άνω θεωριών αποτελεί η παραδοχή ότι η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων του κατηγορουμένου προκρίνεται ως σπουδαιότερη έναντι της αρχής αναζήτησης της ουσιαστικής αλήθειας, μέσα από διαφορετική κάθε φορά συλλογιστική διαδρομή.

Οι ανωτέρω θεωρίες δε φαίνεται να παρουσιάζουν ενδιαφέρον για την παρούσα μελέτη ενόψει της ρητής θέσπισης του άρθρου 19 § 3 του Συντάγματος. Σήμερα, ως απολύτως κρατούσα θεωρείται η άποψη, η οποία εντοπίζει το σκοπό των αποδεικτικών απαγορεύσεων στην προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων και εννόμων αγαθών του ατόμου, όπως αυτά περιγράφονται στις αντίστοιχες συνταγματικές διατάξεις. Επομένως, η ratio των αποδεικτικών απαγορεύσεων έγκειται στην αποδοχή εκ μέρους της δικαιοσύνης της τάξης της υπεροχής ορισμένων αξιών έναντι της ανάγκης δικαστικής διερεύνησης της αλήθειας και αποτελεσματικής λειτουργίας της ποινικής δικαιοσύνης⁵².

Η ισχύουσα θεώρηση των αποδεικτικών απαγορεύσεων μεταθέτει το κέντρο βάρους από τη σχετική προστασία των εννόμων αγαθών του κατηγορουμένου στην απόλυτη προστασία των εννόμων αγαθών κάθε ατόμου. Φορέας του δικαιώματος προστασίας του ασύλου της κατοικίας, της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής, των προσωπικών δεδομένων και του απορρήτου της επικοινωνίας που το Σύνταγμα προστατεύει απόλυτα δεν είναι μόνο ο κατηγορούμενος, αλλά μία σειρά από πρόσωπα, ακόμα και αν δεν είναι διάδικοι στη συγκεκριμένη ποινική δίκη. Ο συντακτικός νομοθέτης, σταθμίζοντας την απονομή της ποινικής δικαιοσύνης με την προστασία των εν λόγω ατομικών δικαιωμάτων έγειρε την πλάστιγγα υπέρ της τελευταίας⁵³.

Έτσι, μένει να διερευνηθεί αν η προστασία παραμένει απόλυτη ή κάμπτεται, όταν αντίβαρο κατά τη στάθμιση αποτελεί η απόδειξη της αθωότητας προσώπου που κατηγορείται άδικα.

⁵⁰ Βλ. Διονύσιο Δ. Σπινέλλη, Αποδεικτικές Απαγορεύσεις στην Ποινική Δίκη, ΠοινΧρ ΛΣΤ/1986, σελ. 883-884.

⁵¹ Βλ. Αριστομένη Β. Τζαννετή, Αποδεικτικές Απαγορεύσεις και Εναλλακτική Νόμιμη Κτήση Αποδείξεων, ΠοινΧρ ΜΕ/1995 σελ. 8-12

⁵² Βλ. Νικόλαο Γ. Δημητράτο, Η εξέλιξη του θεσμού των αποδεικτικών απαγορεύσεων στο ελληνικό ποινικό δικονομικό δίκαιο-συγχρόνως μία συγκριτική επισκόπηση του αντίστοιχου αμερικανικού και γερμανικού δικαιοσύνης πλαισίου, ΠοινΧρ ΝΑ/2001, σελ. 6-8.

⁵³ Βλ. Στυλιανό Παπαγεωργίου-Γονατά, Οι Αποδεικτικές Απαγορεύσεις ως έκφραση Συνταγματικών Επιταγών, ΠοινΛόγ 1/2003, σελ. 24-26.

β) Η δυνατότητα χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων προς υπεράσπιση του κατηγορουμένου

Η γραμματική διατύπωση της διάταξης του άρθρου 19 § 3 του Συντάγματος, μη προβλέποντας εξαιρέσεις και μη περιέχοντας η ίδια επιφύλαξη νόμου, δημιουργεί εκ πρώτης όψεως την εντύπωση ότι δεν επιδέχεται εξαιρέσεις. Ωστόσο, μία ενδελεχέστερη προσέγγιση του ζητήματος οδηγεί σε διαφορετικά συμπεράσματα.

Κατ' αρχάς, ανατρέχοντας στην αρχική λειτουργία των αποδεικτικών απαγορεύσεων, την επίλυση δηλαδή της σύγκρουσης ανάμεσα στο συμφέρον της Πολιτείας για ορθή απονομή της δικαιοσύνης και στην αξίωση του κατηγορουμένου για διαφύλαξη των δικαιωμάτων του, παρατηρείται ότι η αξιοποίηση ενός παρανόμως κτηθέντος αποδεικτικού μέσου για την υπεράσπιση του κατηγορουμένου δε μπορεί παρά να επιτρέπεται ελεύθερα, καθώς εν προκειμένω το δημόσιο συμφέρον για ανεύρεση της ουσιαστικής αλήθειας συμπλέει με το συμφέρον του κατηγορουμένου για την απόδειξη της αθωότητάς του⁵⁴.

Ενόψει όμως της διεύρυνσης της προστασίας των αποδεικτικών απαγορεύσεων, η οποία εφεξής καταλαμβάνει κάθε φορέα των δικαιωμάτων που μνημονεύονται στη διάταξη του άρθρου 19 § 3 του Συντάγματος, ερωτάται αν και οι υπό ποιες προϋποθέσεις το δικαίωμα υπεράσπισης του κατηγορουμένου δύναται να υπερσκελίσει την ως άνω «απόλυτη» προστασία.

Ένα πρώτο επιχείρημα υπέρ της θετικής απάντησης στο ως άνω ερώτημα εκκινεί από την παραδοχή ότι δεν υπάρχουν αντισυνταγματικές διατάξεις του Συντάγματος. Κατά συνέπεια, οι συνταγματικές διατάξεις που εμφανίζουν αντινομία μεταξύ τους, πρέπει να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή της πρακτικής αρμονίας⁵⁵. Κριτήριο για την εφαρμογή της εν λόγω αρχής αποτελεί η συνταγματικά πλέον κατοχυρωμένη στο άρθρο 25 § 1 εδάφιο δ «αρχή της αναλογικότητας», η οποία επιβάλλει το χρησιμοποιούμενο μέσο να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και εν στενή έννοια ανάλογο για την επίτευξη ενός συνταγματικά επιτρεπτού σκοπού⁵⁶.

Στην υπό κρίση περίπτωση, η απόλυτη απαγόρευση του άρθρου 19 § 3 του Συντάγματος οδηγεί σε περιορισμό άλλων συνταγματικά κατοχυρωμένων

⁵⁴ Βλ. Αριστομένη Β. Τζαννετή, Η αξιόποινη απόκτηση αποδεικτικών μέσων, ΠοινΧρ ΜΗ/1998, σελ. 107-108.

⁵⁵ Βλ. Φίλιππο Σπυρόπουλο, Η ερμηνεία του Συντάγματος, Εφαρμογή ή υπέρβαση της παραδοσιακής μεθοδολογίας του δικαίου, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα-Κομοτηνή 1999, σελ. 143-146.

⁵⁶ Βλ. Σαράντη Ορφανουδάκη, Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2003, σελ. 154-157.

δικαιωμάτων, όπως το δικαίωμα σε δικαστική ακρόαση και παροχή εννόμου προστασίας (άρθρο 20 § 1), το δικαίωμα στη ζωή, την τιμή και την προσωπική ελευθερία (άρθρο 5 § 2) τα οποία επιδιώκει να προστατίσει καθένας αποδεικνύοντας την αθωότητά του.

Η πρακτική εναρμόνιση των ως άνω διατάξεων συνεπάγεται ότι σε όλως εξαιρετικές περιπτώσεις, κατά τις οποίες ατομικά δικαιώματα του κατηγορουμένου, όπως τα προαναφερθέντα, δε θα μπορούν να διαφυλαχθούν παρά μόνο με κάμψη της απόλυτης προστασίας του ασύλου της κατοικίας, του απορρήτου της επικοινωνίας, της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής και των προσωπικών δεδομένων, πρέπει να γίνουν δεκτές εξαιρέσεις από τον κανόνα που εισάγει η συνταγματική διάταξη του άρθρου 19 § 3.

Ένα δεύτερο επιχείρημα αφορμάται από τη δυσμενή θέση του κατηγορουμένου στην ποινική δίκη. Ειδικότερα, από τη στιγμή που ασκείται η ποινική δίωξη, προσβάλλεται η τιμή και η υπόληψη του κατηγορουμένου, ενώ με την κατάγνωση της ποινής, στερείται και το δικαίωμα της ελευθερίας του. Οι εν λόγω περιορισμοί των ατομικών δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται στο άρθρο 5 § 2 του Συντάγματος είναι επιβεβλημένοι, προκειμένου να καταπολεμηθεί το έγκλημα και να τιμωρηθούν οι ένοχοι αξιόποινων συμπεριφορών. Επιπλέον, οι αναπόφευκτες ανάγκες της ποινικής προδικασίας καθιστούν θεμιτούς τους περιορισμούς στην τιμή -ακόμα και στην ελευθερία μέσω του θεσμού της προσωρινής κράτησης- ακόμα και αθώων προσώπων, που εκ των υστέρων απαλλάσσονται της κατηγορίας.

Όμως, ουδεμία ποινή επιτρέπεται να επιβληθεί σε βάρος του αθώου κατηγορουμένου, αφού έτσι όχι μόνο δεν εξυπηρετείται οιαδήποτε συνταγματική σκοπιμότητα, αλλά απεναντίας κλονίζεται το θεμέλιο της δικαιοσύνης μας τάξης που είναι ο σεβασμός και η προστασία της αξίας του ανθρώπου. Ανακεφαλαιώνοντας, εξαιτίας της δυσχερούς θέσης του κατηγορουμένου, ο οποίος έχει ήδη υποστεί την περιστολή των ατομικών του δικαιωμάτων και ο οποίος αντιμετωπίζει τον κίνδυνο της πλήρους αποστέρησης αυτών, είναι *de lege ferenda* δίκαιο να προκρίνεται η προστασία της υπεράσπισης του κατηγορουμένου έναντι της προστασίας των ατομικών δικαιωμάτων των τρίτων προσώπων που κατοχυρώνει το άρθρο 19 § 3 του Συντάγματος.

Η προτεραιότητα στο δικαίωμα υπεράσπισης του κατηγορουμένου, πρέπει να παρέχεται τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας, μόνο δηλαδή αν η απόδειξη της αθωότητάς του είναι άλλως αδύνατη και εφόσον ο τρόπος

κτήσης ή η αξιοποίηση των αποδεικτικών μέσων που αποκτήθηκαν κατά παράβαση των άρθρων 9, 9^Α και 19 του Συντάγματος δε συνιστά προσβολή της ανθρώπινης αξίας των φορέων των εννόμων αγαθών⁵⁷.

Τέλος, το τρίτο επιχείρημα υπέρ της πρόταξης του δικαιώματος απόδειξης του κατηγορουμένου έναντι της προστασίας του απορρήτου της επικοινωνίας των τρίτων προσώπων ανάγεται σε ένα πρωθύστερο ερώτημα : *«αν ο αναθεωρητικός νομοθέτης μπορούσε να καθιερώσει και καθιέρωσε την απαγόρευση της χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, κατά τρόπο απόλυτο, μη επιδεχόμενο οποιαδήποτε εξαίρεση»* .

Την απάντηση στο τελευταίο αυτό κεντρικής σημασίας ερώτημα, θα πρέπει να αναζητήσει κανείς στο άρθρο 110 § 1 του Συντάγματος, το οποίο ορίζει τις μη αναθεωρήσιμες διατάξεις, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγεται το άρθρο 2 § 1 του Συντάγματος.

Σχετικά με τις μη αναθεωρήσιμες διατάξεις, γίνεται δεκτό ότι δεν επιδέχονται καμία συρρίκνωση του εννοιολογικού τους περιεχομένου με αναθεώρηση της διατύπωσής τους. Ούτε η άμεση, ούτε η έμμεση κατάργησή τους είναι επιτρεπτή⁵⁸. Πράγματι, ο περιορισμός της απαγόρευσης αναθεώρησης των μη αναθεωρήσιμων διατάξεων στην απαγόρευση της φραστικής τους μόνο τροποποίησης θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση της «εγγύησης αιωνιότητας», με την οποία ο συντακτικός νομοθέτης θέλησε να περιβάλλει ορισμένες θεμελιώδεις επιλογές του.

Συνεπώς, η ένταξη του άρθρου 2 § 1 στις μη αναθεωρήσιμες διατάξεις δε σημαίνει απλώς ότι ο αναθεωρητικός νομοθέτης δεσμεύεται να μην αναθεωρήσει τη διάταξη αυτή κατά το γράμμα της, κατά τρόπο δηλαδή άμεσο. Σημαίνει επίσης ότι δεν επιτρέπεται ούτε η εισαγωγή, μέσω αναθεώρησης του Συντάγματος, άλλων διατάξεων, οι οποίες έστω και έμμεσα, ενδέχεται να μειώσουν την κανονιστική της εμβέλεια και να καταστρατηγήσουν κατ' επέκταση το μη αναθεωρήσιμο χαρακτήρα της.

Παρότι η διάταξη του άρθρου 2 § 1 του Συντάγματος έχει την ίδια τυπική ισχύ με τις υπόλοιπες συνταγματικές διατάξεις απέναντι σε όλα τα συντεταγμένα όργανα, εξαιρουμένων των οργάνων της αναθεωρητικής εξουσίας, η θεμελιώδης αρχή που αποτυπώνεται στην εν λόγω διάταξη, ως βάση του συστήματος αξιών του δικαίου, αποτελεί τον ύπατο ερμηνευτικό κανόνα όλων

⁵⁷ Βλ. Γεώργιο Β. Καμίνη, Παράνομα Αποδεικτικά Μέσα και Συνταγματική Κατοχύρωση των Ατομικών Δικαιωμάτων, ό.ο., σελ. 261-264.

⁵⁸ Βλ. Γ. Κασιμάτη σε Κασιμάτη / Μαυριά, Ερμηνεία του Συντάγματος, Τόμος Β', Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα-Κομοτηνή 1999, άρθρο 1, αριθ. 198 επόμ.

των νομικών διατάξεων. Πέραν αυτού, ο μη αναθεωρήσιμος χαρακτήρας της διάταξης αυτής, όχι μόνο επιτείνει το χαρακτήρα της ως ερμηνευτικού κανόνα, αλλά την καθιστά επιπλέον και κανόνα ελέγχου των αναθεωρηθείσων διατάξεων.

Από την ανάλυση που προηγήθηκε προκύπτει ότι ο αναθεωρητικός νομοθέτης δεν είχε την αρμοδιότητα να θεσπίσει έναν απολύτως άκαμπτο κανόνα ως προς την απαγόρευση χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων. Απώτατο όριο της έκτασης της αποδεικτικής απαγόρευσης του άρθρου 19 § 3 του Συντάγματος θα πρέπει να θεωρηθεί η προσβολή της ανθρώπινης αξίας. Επομένως, στις περιπτώσεις κατά τις οποίες η άτεγκτη εφαρμογή του συνταγματικού κανόνα συνεπάγεται προσβολή της ανθρώπινης αξίας, καταστρατήγηση με άλλα λόγια της μη αναθεωρήσιμης διάταξης του άρθρου 2 § 1 του Συντάγματος, η αποδεικτική απαγόρευση υποχωρεί⁵⁹.

Προς επίρρωση της ανωτέρω θέσης μπορεί να διατυπωθεί το εξ αντιδιαστολής επιχείρημα ότι αποδεικτικά μέσα, τα οποία αποκτήθηκαν με παραβίαση άλλων συνταγματικά κατοχυρωμένων δικαιωμάτων δεν απαγορεύεται τουλάχιστον κατ' αρχάς να χρησιμοποιούνται, εφόσον ο αναθεωρητικός νομοθέτης δεν τα συμπεριέλαβε στην απαγόρευση του άρθρου 19 § 3 του Συντάγματος. Είναι προφανές ότι η βούληση του συντακτικού νομοθέτη με τη θέσπιση της αποδεικτικής απαγόρευσης δεν ήταν η επιλεκτική προστασία ορισμένων μόνο ατομικών δικαιωμάτων, αλλά μία μερική έκφραση της γενικής αρχής, σύμφωνα με την οποία απαγορεύεται η χρήση αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί κατά παράβαση του Συντάγματος.

γ) Προϋποθέσεις επιτρεπτής χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων προς υπεράσπιση του κατηγορουμένου

Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, η αποδεικτική απαγόρευση του άρθρου 19 § 3 του Συντάγματος αίρεται, όταν η εφαρμογή της προσκρούει στην προστασία της ανθρώπινης αξίας. Εναπόκειται λοιπόν στον εφαρμοστή του δικαίου να αποφανθεί σε ποιες περιπτώσεις η απαγόρευση της χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων συνεπιφέρει προσβολή της ανθρώπινης αξίας του κατηγορουμένου.

Δεδομένου ότι η τιμή και η ελευθερία ανήκουν στον πυρήνα της ανθρώπινης προσωπικότητας, γίνεται δεκτό ότι η στέρηση στον κατηγορούμενο της δυνατότητας χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, όταν αυτά αποτελούν το μοναδικό μέσο για την απόδειξη της αθωότητάς του, εμπίπτει

⁵⁹ Βλ. Τζούλια Ηλιοπούλου-Στράγγα, ό.π., σελ. 87-101.

κατ' αρχάς στις περιπτώσεις που η επίκληση της ανθρώπινης αξίας δικαιολογεί αποκλίσεις από την αποδεικτική απαγόρευση της συνταγματικής διάταξης.

Εντούτοις, οι εξαιρέσεις από το συνταγματικό κανόνα θα πρέπει να οριοθετούνται αυστηρά και να ερμηνεύονται στενά. Ειδικότερα, ο δικαστής πρέπει να σταθμίζει κατά περίπτωση μεταξύ των δικαιωμάτων που κατοχυρώνει το άρθρο 19 § 3 του Συντάγματος και των δικαιωμάτων που διακινδυνεύονται από τη μη χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων και να αποφασίσει αν η παραβίαση των τελευταίων συνιστά ταυτόχρονα και προσβολή της ανθρώπινης αξίας. Μία τέτοια περίπτωση συντρέχει λόγου χάριν όταν η απαγόρευση της χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων αποκλείει την απόδειξη της αθωότητας του κατηγορουμένου που δικάζεται για κακούργημα ή σοβαρό πλημμέλημα.

Κατά τη στάθμιση αυτή γνώμονα αποτελεί η αρχή της αναλογικότητας. Συγκεκριμένα, ο δικαστής οφείλει να ελέγχει αφενός κατά πόσο η χρήση του παράνομου αποδεικτικού μέσου αποτελεί το *μοναδικό, αναγκαίο και πρόσφορο* μέσο για την απόδειξη της αθωότητάς του κατηγορουμένου, και αφετέρου εάν στην υπό κρίση περίπτωση η τελευταία επιβάλλεται από τη συνταγματική επιταγή προστασίας της ανθρώπινης αξίας.

Από την άλλη πλευρά, εφαρμόζοντας την αρχή της αναλογικότητας, ο δικαστής υποχρεούται να λάβει υπόψη του τη βαρύτητα και τη φύση της προσβολής που συντελείται μέσω της παράνομης κτήσης αποδεικτικών μέσων στα προστατευόμενα στο άρθρο 19 § 3 δικαιώματα του τρίτου και να εξετάσει, αν ο τρόπος κτήσης προσβάλλει επίσης την ανθρώπινη αξία του τρίτου.

Τα κριτήρια για την ανωτέρω στάθμιση είναι προτιμότερο να προσδιορίζονται από το νομοθέτη, τόσο λόγω του εξαιρετικού χαρακτήρα της κάμψης του συνταγματικού κανόνα, όσο και για λόγους ασφάλειας δικαίου⁶⁰.

δ) Η θέση της νομολογίας για τη χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων προς υπεράσπιση του κατηγορουμένου πριν και μετά την αναθεώρηση του Συντάγματος

Ανέκαθεν η νομολογία υπήρξε ευνοϊκή ως προς την αποδοχή εξαιρέσεων από τις αποδεικτικές απαγορεύσεις προς όφελος του κατηγορουμένου. Υπό το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς, νομικό έρεισμα για την παραδεκτή χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, αντλούσε ο Άρειος Πάγος από τη διατύπωση της διάταξης του άρθρου 177 § 2 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας.

⁶⁰ Βλ. Τζούλια Ηλιοπούλου-Στράγγα, ό.π., σελ. 101-104.

Η εν λόγω διάταξη, όπως ίσχυε πριν την αναθεώρηση του Συντάγματος, απαγόρευε την επίκληση και αξιοποίηση αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί με αξιόποινες πράξεις, προβλέποντας ως μόνη εξαίρεση τη χρήση τους για την απόδειξη κακουργημάτων που απειλούνται με την ποινή της ισόβιας κάθειρξης και κατόπιν έκδοσης ειδικά αιτιολογημένης απόφασης του δικαστηρίου.

Σε απόφασή του⁶¹, ο Άρειος Πάγος αποφάνθηκε ότι «από την ίδια αυτή διάταξη, εξ αντιδιαστολής συνάγεται ότι δεν απαγορεύεται η από το δικαστήριο λήψη υπόψη επικαλούμενου τέτοιου παράνομου μέσου (και συνεπώς θεμελιώνεται σχετικό δικαίωμα του κατηγορουμένου) που αποβλέπει ή συντείνει ή άγει στην αθώωση αυτού από οποιαδήποτε αξιόποινη πράξη, συμπεριλαμβανομένου και του κακουργήματος που απειλείται με ισόβια κάθειρξη».

Αξίζει να αναφερθεί ότι στην απόφαση αυτή, το Δικαστήριο αντιμετώπισε την περίπτωση επίκλησης και προσαγωγής από κατηγορούμενο ιδιωτικής συνομιλίας με συγκατηγορούμενό του για την ίδια πράξη, η οποία περιείχε στοιχεία ευνοϊκά για τον κατηγορούμενο και επιβαρυντικά για το συγκατηγορούμενό του. Καλούμενο να αποφασίσει επί του παραδεκτού της αξιολόγησης της παράνομης μαγνητοταινίας, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι θα λάβει υπόψη τη μαγνητοταινία, συνεκτιμώντας τα ευνοϊκά για τον προτείνοντα κατηγορούμενο σημεία της αποτυπωθείσας συνομιλίας και αγνοώντας τα επιβαρυντικά για το συγκατηγορούμενό του.

Υπό το ισχύον συνταγματικό καθεστώς, ο Άρειος Πάγος θεωρεί ως δικαιολογητική βάση για την αποδοχή εξαιρέσεων από την απόλυτη απαγόρευση του άρθρου 19 § 3 του Συντάγματος την προστασία της ανθρώπινης αξίας. Συγκεκριμένα, στην απόφαση 1/2001⁶² της Ολομέλειας, κρίθηκε ότι : «εξαίρεση από τον συνταγματικής ισχύος κανόνα της απαγόρευσης των εν λόγω αποδεικτικών μέσων ισχύει μόνο χάριν της προστασίας συνταγματικά υπέρτερων εννόμων αγαθών, όπως είναι λ.χ η ανθρώπινη ζωή. Κάθε άλλη εξαίρεση από την ως άνω απαγόρευση, εισαγόμενη τυχόν με διάταξη κοινού νόμου, όπως είναι ο Ποινικός Κώδικας, είναι ανίσχυρη κατά το μέτρο που υπερβαίνει το κριτήριο της προστασίας συνταγματικά υπέρτερου εννόμου αγαθού».

⁶¹ Βλ. ΑΠ 1351/1997 ΣΤ' Τμήμα, ΠονΔικ 1-2/1998, σελ. 96-97.

⁶² Βλ. ΑΠ Ολομέλεια Α.Π 1/2001, Επιθεώρηση Δικαίου Κοινωνικής Ασφάλισης, τόμος ΜΓ/2001, σελ. 214-215.

Πιο κατηγορηματικά αποφάνθηκε το Μεικτό Ορκωτό Εφετείο στην απόφασή του 213/2003⁶³, με την οποία επέτρεψε τη χρήση μαγνητοταινίας που αποτύπωνε υποκλαπίσα τηλεφωνική συνομιλία ερωτικού περιεχομένου μεταξύ του θύματος και του φίλου της, προκειμένου να στοιχειοθετηθεί ο βρασμός ψυχικής ορμής και να αποφευχθεί μία άδικη βαρύτερη καταδίκη του κατηγορουμένου. Συγκεκριμένα, το Δικαστήριο υιοθέτησε την πρόταση του Εισαγγελέα, ο οποίος υποστήριξε ότι : *«συνταγματικώς υπέρτερο αγαθό από το αγαθό της ελευθερίας της επικοινωνίας, είναι η προσωπική ελευθερία, που καθιερώνεται στα άρθρα 5,6 και 7 του Συντάγματος, και συνεπώς, το απόρρητο της ελευθερίας της επικοινωνίας κάμπτεται και επιτρέπεται η χρήση στο δικαστήριο του προϊόντος της αθέμιτης μαγνητοφώνησης ιδιωτικής συνομιλίας, ήτοι μαγνητοταινίας, προκειμένου : α) να απαλλαγεί ένας αθώος και β) να αποφευχθεί μία άδικη βαρύτερη καταδίκη του κατηγορουμένου»* .

Στο ίδιο πνεύμα κινείται και η απόφαση 42/2004⁶⁴ του Αρείου Πάγου, με την οποία κρίθηκε ότι : *«ενόψει της θεμελιώδους συνταγματικής διατάξεως του άρθρου 2 § 1 του σεβασμού και της προστασίας της ανθρώπινης αξίας που χαρακτηρίζει το δημοκρατικό μας πολίτευμα ως ανθρωποκεντρικό με θεμέλιο την αξία του ανθρώπου και δεδομένου ότι τα έννομα αγαθά της ζωής, της τιμής και της ελευθερίας, τα οποία απολαύουν απόλυτης συνταγματικής προστασίας κατ' άρθρο 5 § 2 του Συντάγματος, τίθενται σε διακινδύνευση στην περίπτωση μη απόδειξης της αθωότητας του κατηγορουμένου, κάμπτεται ο κανόνας του άρθρου 19 § 3 του Συντάγματος που απαγορεύει τη χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, όταν αυτά αποτελούν το μόνο προτεινόμενο από τον κατηγορούμενο αποδεικτικό μέσο προς απόδειξη της αθωότητάς του, υπό τον περιορισμό πάντοτε της αρχής της αναλογικότητας...»* .

Στην εν λόγω απόφαση, ενδιαφέρον παρουσιάζει η κρίση του Δικαστηρίου σύμφωνα με την οποία η μη λήψη υπόψη παρανόμως κτηθείσης μαγνητοταινίας, από την οποία προκύπτει η αθωότητα του κατηγορουμένου, δεν επιφέρει ακυρότητα της διαδικασίας, αν δεν προβλήθηκε από τον κατηγορούμενο ο ισχυρισμός ότι η μαγνητοταινία αποτελεί το μοναδικό αποδεικτικό μέσο της αθωότητάς του. Κατά τη γνώμη μου, η αξιολόγηση του παράνομου αποδεικτικού μέσου πρέπει να διερευνάται «αυτεπαγγέλτως», ανεξάρτητα δηλαδή από το σχετικό ισχυρισμό του κατηγορουμένου, εκτός αν η αθωότητά του συνάγεται από άλλα προσκομισθέντα στοιχεία.

⁶³ Βλ. Μ.Ο.Ε Αθηνών 213/2003, ΠοινΛόγ 1/2003, σελ. 383-384.

⁶⁴ Βλ. ΑΠ 42/2004, ΠοινΛόγ 1/2004, σελ. 66-68.

Συναφής είναι τέλος και η επισήμανση⁶⁵ στην απόφαση 1351/1997 του Αρείου Πάγου, κατά την οποία «τα επιβαρυντικά για τον συγκατηγορούμενο στοιχεία δε θα πρέπει να συνεκτιμηθούν, ακόμα κι αν δεν αντιλέξει ο ίδιος, καθώς η θεσπιζόμενη απαγόρευση αξιοποίησης σε βάρος του κατηγορουμένου είναι απόλυτη, αφορά την έννομη τάξη και δεν εξαρτάται από τη συμπεριφορά ή τη βούληση του κατηγορουμένου» .

ΚΕΦΑΛΑΙΟ VI

Η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) για τη χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων

α) Οι αποφάσεις του ΕΔΔΑ

Έργο του ΕΔΔΑ αποτελεί κατ' αρχάς η ερμηνεία των άρθρων της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (εφεξής ΕΣΔΑ) και κατ' επέκταση η διαπίστωση ενδεχόμενων παραβιάσεων τους εκ μέρους των εθνικών δικαστηρίων. Στις αποφάσεις που ακολουθούν το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο διευκρίνισε το περιεχόμενο του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ, ορίζοντας ποιες περιπτώσεις συνιστούν παραβίαση του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή και την επικοινωνία και παράλληλα έθεσε τους όρους που πρέπει να πληρεί κάθε εθνικός νόμος που περιορίζει την άσκηση του ως άνω δικαιώματος.

Αναφορικά με το ζήτημα της χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι οι κανόνες της ΕΣΔΑ δεν επιδρούν στο παραδεκτό των αποδεικτικών μέσων, παρά μόνο εφόσον η αξιολόγησή τους έχει ως αποτέλεσμα η διαδικασία, θεωρούμενη στο σύνολό της, να μην είναι δίκαιη υπό την έννοια του άρθρου 6 § 1 της Σύμβασης.

1) Η υπόθεση Klass κατά Γερμανίας (6.9.1978)

Η προσφυγή πέντε γερμανών υπηκόων στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο εξαιτίας της παρακολούθησης των τηλεφωνικών τους γραμμών με υπουργική εντολή στάθηκε η αφορμή για την πρώτη «επαφή» του Δικαστηρίου με την ερμηνεία του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ. Το Δικαστήριο υπήγαγε στο περιεχόμενο του δικαιώματος και τις τηλεφωνικές συνδιαλέξεις, παρά τη μη ρητή αναφορά τους.

Στη συνέχεια, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, αποφάνθηκε ότι «σε μία δημοκρατική κοινωνία για να θεωρούνται τα μέσα

⁶⁵ Βλ. Γιώργο Συλλίκο, ΠοινΔικ 1-2/1998, σελ. 98-99.

παρακολούθησης απολύτως αναγκαία, δεν αρκεί να λαμβάνονται για την προάσπιση της εθνικής ασφάλειας και της δημόσιας τάξης. Πρέπει επίσης να υπάρχει μία προφανής αναλογία μεταξύ της ζημίας που υφίσταται το άτομο από την κρατική παρέμβαση σε ένα θεμελιώδες δικαίωμά του και του επιδιωκόμενου από το Κράτος σκοπού. Πράγματι, όλα τα μέσα δε μπορεί να κριθούν ως αναγκαία, γιατί «ο σκοπός δεν αγιάζει τα μέσα». Έτσι ο νόμος δεν πρέπει να επιτρέπει αόριστα τη γενικευμένη παρακολούθηση εξερευνητικού περιεχομένου. Αντίθετα, η παρακολούθηση μπορεί να διεξάγεται μόνο όταν υπάρχουν σοβαρές ενδείξεις κατά συγκεκριμένων ατόμων ότι προετοιμάζουν ή έχουν τελέσει σοβαρά εγκλήματα κατά της ασφάλειας του Κράτους ή της δημοκρατικής τάξης».

Το ΕΔΔΑ έκρινε ότι ο γερμανικός νόμος παρείχε τα εκέγγυα μιας αποτελεσματικής προστασίας των θιγομένων προσώπων. Συγκεκριμένα, προέβλεπε ότι η νομιμότητα των παρακολουθήσεων εξαρτάται από τη δυσχέρεια απόδειξης των γεγονότων που ερευνώνται με οποιοδήποτε άλλο μέσο, λιγότερο επαχθές για τα ατομικά δικαιώματα. Επιπλέον, όριζε ότι τα μέτρα αυτά πρέπει να λαμβάνονται μόνο κατά του προσώπου που θεωρείται ύποπτο και να υπόκεινται σε μία διοικητική διαδικασία με σκοπό την αποφυγή παρακολουθήσεων που γίνονται στην τύχη, άτακτα ή χωρίς την απαιτούμενη σκέψη και μελέτη. Υπ' αυτές τις συνθήκες, το Δικαστήριο απέρριψε τον ισχυρισμό των αιτούντων ότι παραβιάστηκε το δικαίωμά τους στην ιδιωτική ζωή και την επικοινωνία, κατά παράβαση του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ⁶⁶.

2) Η υπόθεση **Malone κατά Ηνωμένου Βασιλείου (2.8.1984)**

Ο αιτών απευθύνθηκε στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο, καταγγέλοντας ότι η υποκλοπή των τηλεφωνικών του συνδιαλέξεων και η θέση «μετρητή» στο τηλέφωνο του, προκειμένου να καταγράψει τους καλούμενους αριθμούς, συνιστά διπλή παραβίαση του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ. Η βρετανική κυβέρνηση προέβαλε ότι η παρακολούθηση της τηλεφωνικής γραμμής προκειμένου να αποκαλυφθεί ο ένοχος σοβαρού αδικήματος ήταν θεμιτή, αρκεί να προηγηθεί η έκδοση εντάλματος από τον Υπουργό.

Το ΕΔΔΑ δεν αμφισβήτησε την ύπαρξη νομοθετικού κειμένου, το οποίο να προβλέπει τη δυνατότητα άρσης του απορρήτου της επικοινωνίας. Εισάγοντας όμως για πρώτη φορά την έννοια της «ποιότητας του νόμου» και προϋποθέτοντας την προβλεψιμότητα ως στοιχείο αυτής, το Δικαστήριο

⁶⁶ Βλ. Βασίλη Αλεξανδρή, Οι παρακολουθήσεις των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων και η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Υπεράσπιση 1993, σελ. 1048-1050.

αποφάνθηκε ότι «πρέπει ο πολίτης να μπορεί να προβλέπει αν και πότε οι επικοινωνίες του διατρέχουν τον κίνδυνο παρακολούθησης από τις Αρχές, ώστε να ρυθμίζει ανάλογα τη συμπεριφορά του. Ο νόμος πρέπει να χρησιμοποιεί όρους αρκετά σαφείς, ώστε να φαίνεται επαρκώς υπό ποιες συνθήκες και προϋποθέσεις, επιτρέπει στη δημόσια εξουσία μία συγκαλυμμένη και οπωσδήποτε επικίνδυνη προσβολή του δικαιώματος στο σεβασμό της ιδιωτικής ζωής και της ανταπόκρισης»

Στη συγκεκριμένη περίπτωση το ΕΔΔΑ έκρινε ότι το αγγλικό δίκαιο δεν αποτυπώνει με αρκετή σαφήνεια την έκταση και τις μορφές άσκησης της κρατικής εξουσίας στον τομέα των υποκλοπών. Κατά συνέπεια, δεν εξασφαλίζεται ο ελάχιστος βαθμός νομικής προστασίας που επιβάλλει η πρωταρχική θέση του Δικαίου σε μία δημοκρατική κοινωνία.

Όσον αφορά την *αναγκαιότητα* του μέτρου για την επίτευξη ενός σκοπού αναγνωρισμένου από το νόμο, η ύπαρξη νομοθεσίας που επιτρέπει την άρση του απορρήτου μπορεί εκ πρώτης όψης να φαίνεται αναγκαία για τη διαφύλαξη της τάξης και την πρόληψη του εγκλήματος σε μία δημοκρατική κοινωνία. Ωστόσο, εξαιτίας του κινδύνου καταχρήσεων που υποκρύπτει μία τέτοια πρακτική, η επέμβαση της δημόσιας εξουσίας δε μπορεί να θεωρηθεί αναγκαία, παρά μόνο αν ο δικαστικός έλεγχος περιλαμβάνει επαρκείς εγγυήσεις έναντι των καταχρήσεων.

Με αυτές τις σκέψεις, το Δικαστήριο κατέληξε ότι συντρέχει παραβίαση του άρθρου 8 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης, τόσο ως προς την υποκλοπή, όσο και ως προς την παράδοση των στοιχείων του μετρητή στην αστυνομία.⁶⁷

3) Η υπόθεση **Schenk κατά Ελβετίας (απόφαση 12.7.1988)**

Στην εν λόγω υπόθεση τέθηκε το ζήτημα, εάν η χρησιμοποίηση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων στην αποδεικτική διαδικασία συνάδει με την κατοχύρωση του δικαιώματος σε δίκαιη δίκη. Εν προκειμένω, ο προσφεύγων επικαλέστηκε παραβίαση του δικαιώματός του σε δίκαιη δίκη, στηριζόμενος στην αξιοποίηση μαγνητοταινίας εκ μέρους των ελβετικών Αρχών, η οποία αποτύπωνε τηλεφωνική συνομιλία του.

Το Δικαστήριο έκρινε ότι δε μπορεί να αποκλείσει ως ζήτημα αρχής και κατά τρόπο αφηρημένο τη χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, αλλά οφείλει να διακριβώσει αν η δίκη στο σύνολό της υπήρξε δίκαιη. Όπως

⁶⁷ Βλ. Αντώνη Δ. Μαγγανά - Λίλα Χ. Καρατζά, Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Αποφάσεις και πρακτική του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου, Β' Έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη 2005, σελ. 205-209.

ειδικότερα επισημάνθηκε, το άρθρο 6 της ΕΣΔΑ κατοχυρώνει μεν το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη, δε θεσπίζει ωστόσο κανόνες για το παραδεκτό των αποδεικτικών μέσων, ζήτημα που επαφίεται στην αρμοδιότητα των εθνικών δικαστηρίων.

Στην απόφασή του το ΕΔΔΑ θεώρησε ότι το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη δεν παραβιάστηκε, καθώς είχε παρασχεθεί στον κατηγορούμενο η δυνατότητα να αμφισβητήσει τη γνησιότητα της μαγνητοταινίας και να αντιταχθεί στη χρήση της, αποδίδοντας παράλληλα ιδιαίτερη βαρύτητα στο γεγονός ότι η επίμαχη μαγνητοταινία δεν ήταν το μοναδικό αποδεικτικό μέσο στο οποίο βασίστηκε η καταδίκη⁶⁸.

4) Η υπόθεση *Kruslin* κατά Γαλλίας (απόφαση 24.4.1990)

Στην απόφαση αυτή τέθηκε το ζήτημα κατά πόσο συμβιβάζεται με τη διάταξη του άρθρου 8 της Σύμβασης η παρακολούθηση των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων ενός υπόπτου που διατάσσεται από τις ανακριτικές αρχές μιας χώρας βάσει ρητών διατάξεων του εθνικού νόμου. Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο έκρινε ότι «οι παρακολουθήσεις των τηλεφωνικών συνομιλιών καθώς και άλλα μέσα παρεμβολής αποτελούν σοβαρή προσβολή του δικαιώματος κάθε ατόμου στο σεβασμό της ιδιωτικής του ζωής. Πρέπει συνεπώς οι παρακολουθήσεις που διατάσσονται από τις δικαστικές αρχές να εδράζονται επί ενός νόμου του οποίου οι διατάξεις να είναι ιδιαίτερα σαφείς, ευκρινείς και λεπτομερείς.

Το Δικαστήριο τονίζει ότι δεν αρκεί να υπάρχει νόμος, αλλά πρέπει αυτός να έχει και μία «ποιότητα». Ερμηνεύοντας τον όρο «**ποιότητα νόμου**» επισημαίνει ότι η υπεροχή του Δικαίου σε μία Δημοκρατία προϋποθέτει ότι ο **νόμος** που περιορίζει το θεμελιώδες δικαίωμα του απορρήτου της επικοινωνίας, πρέπει να είναι **προσιτός** (να μπορεί δηλαδή ο πολίτης ευχερώς να πληροφορηθεί το περιεχόμενό του) και **προβλέψιμος** (να είναι δηλαδή διατυπωμένος με σαφήνεια, ενάργεια και ευκρίνεια, ώστε να γνωρίζει το άτομο σε ποιες περιπτώσεις και υπό ποιες συνθήκες μία συμπεριφορά επισύρει την επέμβαση της Πολιτείας και την περιστολή του ατομικού του δικαιώματος)».

Εξετάζοντας τη γαλλική νομοθεσία, το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν παρέχει στους πολίτες ικανοποιητική «ασφάλεια δικαίου», καθώς οι εγγυήσεις που θεσπίζει ο νόμος δεν εξασφαλίζουν τη δέουσα προστασία απέναντι σε απειλούμενες καταχρήσεις. Ειδικότερα, το ΕΔΔΑ αποφάνθηκε ότι «το γαλλικό δίκαιο δεν περιέχει ορισμό της κατηγορίας των ατόμων που ενδέχεται να τεθούν υπό παρακολούθηση, ούτε προσδιορίζει την κατηγορία των εγκλημάτων για τα

⁶⁸ Βλ. www.echr.coe.int/ Απόφαση της 12.7.1988, Προσφυγή αριθμ. 10862/1984.

οποία γίνονται οι παρακολουθήσεις. Εξάλλου, θα έπρεπε η άρση του απορρήτου να υπόκειται σε ένα χρονικό περιορισμό και να προβλέπονται ρητά ο τρόπος σύνταξης των πρακτικών που καταγράφουν τις τηλεφωνικές συνδιαλέξεις, ποιες προφυλάξεις τηρούνται για την πιστότητα του περιεχομένου των μαγνητοταινιών, ο τρόπος άσκησης του δικαστικού ελέγχου σ' αυτούς που εκτελούν την εντολή άρσης του απορρήτου, οι περιστάσεις υπό τις οποίες σβήνονται ή καταστρέφονται οι μαγνητοταινίες, καθώς και ο τρόπος με τον οποίο η υπεράσπιση μπορεί να ελέγξει αν τηρήθηκαν οι παραπάνω προϋποθέσεις» .

Στην απόφασή του το Δικαστήριο καταλήγει ότι ο γαλλικός νόμος δεν προβλέπει με την πρέπουσα ακρίβεια τα κριτήρια άρσης του απορρήτου της ελεύθερης επικοινωνίας. Ως εκ τούτου, *ο προσφεύγων στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο πολίτης Kruslin που καταδικάστηκε βάσει των αποδείξεων που προέκυψαν από την παρακολούθηση των τηλεφωνικών του συνομιλιών δεν απολάμβανε τον ελάχιστο βαθμό προστασίας που απαιτεί η υπεροχή του Δικαίου σε μία δημοκρατική κοινωνία.*⁶⁹

5) Η υπόθεση Κορρ κατά Ελβετίας (25.3.1998)

Η επίδικη υπόθεση αφορούσε την παρακολούθηση των τηλεφωνικών γραμμών ενός δικηγορικού γραφείου, κατόπιν σχετικής παραγγελίας του Γενικού Εισαγγελέα της Ελβετίας. Το Δικαστήριο δε δυσκολεύτηκε να διαπιστώσει παραβίαση του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ, αφού οι τηλεφωνικές κλήσεις από και προς επαγγελματικούς χώρους εμπίπτουν στην έννοια της «ιδιωτικής ζωής» και της «ανταπόκρισης» που προστατεύει το εν λόγω άρθρο. Πιο περίπλοκη ήταν η ανάλυση της αρχής της νομιμότητας, σύμφωνα με την οποία το επιβαλλόμενο μέτρο δεν αρκεί να απορρέει από το εσωτερικό δίκαιο, αλλά πρέπει πρωτίστως να προβλέπεται από νόμο προσιτό στον ενδιαφερόμενο, σαφή, προβλέψιμο και σύμφωνο με την αρχή της υπεροχής του δικαίου.

Στη συγκεκριμένη περίπτωση, το Δικαστήριο αναγνώρισε την ύπαρξη ενός σαφούς νομοθετικού κειμένου που απαγορεύει την παρακολούθηση των τηλεφωνικών γραμμών ενός δικηγόρου, σε περίπτωση που ο τελευταίος δεν είναι ύποπτος, ούτε κατηγορούμενος. Ο νόμος αυτός αποσκοπεί στην προστασία των επαγγελματικών σχέσεων μεταξύ των δικηγόρων και των πελατών τους, διασφαλίζοντας την εμπιστευτικότητα των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων.

⁶⁹ Βλ. Τάκη Νικολόπουλο, Τηλεφωνικές υποκλοπές και Απαρτία των ιδιωτικών ανταποκρίσεων, ΠονΧρ ΜΒ/1992, σελ. 471-475.

Εντούτοις, η πρακτική των αρμόδιων Αρχών καταστρατηγούσε το νόμο, αφού οι τηλεφωνικές συνδιαλέξεις του δικηγορικού γραφείου του προσφεύγοντα είχαν αποτελέσει αντικείμενο παρακολούθησης. Στον ισχυρισμό της εγκαλούμενης κυβέρνησης, ότι το επαγγελματικό απόρρητο του δικηγόρου αφορά μόνο την άσκηση του επαγγέλματός του, και όχι όλες ανεξαιρέτως τις συνομιλίες του, το Δικαστήριο αντέταξε ότι «η παρακολούθηση των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων συνιστά έντονο περιορισμό του δικαιώματος στην ελεύθερη επικοινωνία και πρέπει γι' αυτό να προβλέπεται από νόμο σαφή, που να περιέχει ακριβείς και αναλυτικούς κανόνες, οι οποίοι θα συμβαδίζουν με τις συνεχείς τεχνολογικές εξελίξεις στον τομέα αυτό» .

Δεδομένου ότι ο ελβετικός νόμος δε διευκρίνιζε από ποιο όργανο και υπό ποιες προϋποθέσεις θα γίνεται ο διαχωρισμός ανάμεσα στις συνδιαλέξεις που αφορούν την επαγγελματική δραστηριότητα του θιγόμενου και σε εκείνες που είναι άσχετες με τα καθήκοντά του, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι το δίκαιο της Ελβετίας δεν καθόριζε με την απαιτούμενη σαφήνεια την έκταση και τον τρόπο άσκησης της διακριτικής ευχέρειας των αρμόδιων Αρχών, με αποτέλεσμα το ισχύον νομικό καθεστώς να υπολείπεται του ελάχιστου βαθμού προστασίας που επιτάσσει η αρχή υπεροχής του δικαίου σε μία δημοκρατική κοινωνία.

6) Η υπόθεση Valenzuela Contreras κατά Ισπανίας (30.7.1998)

Η προβληματική τήρηση της αρχής της νομιμότητας από τις εθνικές αρχές στον τομέα των τηλεφωνικών παρακολουθήσεων, οδήγησε το Δικαστήριο να διαπιστώσει, και στην υπόθεση αυτή, παραβίαση του άρθρου 8 της Σύμβασης. Η ιδιομορφία της περίπτωσης αυτής έγκειται στο ότι το ίδιο το Ισπανικό Σύνταγμα επιτρέπει την άρση του απορρήτου των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων με δικαστική απόφαση.

Επιδιώκοντας να περιορίσει κατά το μέγιστο δυνατό τον κίνδυνο αυθαιρεσίας, ο δικαστής που διέταξε το μέτρο προχώρησε σε μία αναλογική εφαρμογή των διατάξεων του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας για την είσοδο και έρευνα σε κλειστούς χώρους. Ωστόσο, οι εγγυήσεις σεβασμού του απορρήτου δεν προέκυπταν ούτε από το Σύνταγμα, ούτε από τον Κώδικα Ποινικής Δικονομίας. Έτσι, κανένα κείμενο με νομική δεσμευτική ισχύ δεν πληρούσε το κριτήριο της προβλεψιμότητας που απαιτεί η Σύμβαση για το θεμιτό περιορισμό του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή και την ανταπόκριση.

Εξειδικεύοντας την έννοια της προβλεψιμότητας, το ΕΔΔΑ υπήγαγε στο περιεχόμενο του νόμου που επιβάλλει τον περιορισμό, την πρόβλεψη για : τον

ορισμό της κατηγορίας των προσώπων που οι συνδιαλέξεις τους παρακολουθούνται, τον καθορισμό της φύσης των αδικημάτων για την αποκάλυψη των οποίων διατάσσονται οι παρακολουθήσεις, τον προσδιορισμό ενός χρονικού ορίου στη λήψη του μέτρου, τη σύνταξη πρακτικών για το περιεχόμενο των συνδιαλέξεων και τον ορισμό του χρόνου και του τρόπου καταστροφής των στοιχείων.⁷⁰

7) Η υπόθεση Khan κατά Ηνωμένου Βασιλείου (12.5.2000)

Η υπό κρίση υπόθεση αφορούσε την αξιοποίηση εκ μέρους των βρετανικών δικαστικών Αρχών μαγνητοταινίας με ενοχοποιητικές δηλώσεις του κατηγορουμένου, η οποία αποκτήθηκε μετά από εγκατάσταση μηχανισμού ακουστικής παρακολουθήσης στην οικία φίλου του, ύποπτου για τη διάπραξη άλλου εγκλήματος. Ο προσφεύγων στο ΕΔΔΑ επικαλέστηκε παραβίαση του άρθρου 8 και συνεπεία αυτής παραβίαση του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ.

Η αγγλική κυβέρνηση παραδέχτηκε ότι η παρακολούθηση του αιτούντος συνιστά επέμβαση στο δικαίωμά του στην ιδιωτική ζωή, ισχυρίστηκε όμως ότι μία τέτοια επέμβαση προβλεπόταν από το νόμο και ήταν απαραίτητη σε μία δημοκρατική κοινωνία για την πρόληψη ποινικών παραβάσεων.

Το Δικαστήριο αρνήθηκε την ύπαρξη νομικού πλαισίου, το οποίο να διέπει τη χρήση μηχανισμών παρακολουθήσης, αφού την εποχή των εξεταζόμενων γεγονότων η δυνατότητα χρησιμοποίησης τέτοιων μηχανισμών προβλεπόταν μόνο από κατευθυντήριες αρχές του Υπουργείου Εσωτερικών προς την Αστυνομία. Στην απόφασή του το ΕΔΔΑ διαπίστωσε παραβίαση του άρθρου 8 της Σύμβασης, δεχόμενο ότι «οι κατευθυντήριες αρχές του Υπουργείου Εσωτερικών ούτε ήταν νομικά δεσμευτικές, ούτε δημόσια πρόσβαση υπήρχε σε αυτές» .

Αίσθηση προκάλεσε η απόφαση του Δικαστηρίου ως προς το δεύτερο σκέλος της, την απάντηση στον ισχυρισμό του κατηγορουμένου ότι παραβιάστηκε το δικαίωμά του σε δίκαιη δίκη. Υποστηρίζοντας αφενός ότι ο κατηγορούμενος είχε τη δυνατότητα σε κάθε στάδιο της εθνικής διαδικασίας να αμφισβητήσει την ορθότητα της αξιοποίησης της μαγνητοταινίας, και αφετέρου ότι τα εθνικά δικαστήρια είχαν τη διακριτική ευχέρεια να αποκλείσουν το συγκεκριμένο αποδεικτικό μέσο, αν η αποδοχή του προκαλούσε ουσιαστική

⁷⁰ Βλ. Ηλία Καστανά, Το καθεστώς του ελέγχου των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων, ΠοινΔικ 8/1998, σελ. 818-819.

αδικία, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι δε στοιχειοθετείται παραβίαση του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ.

Στο επιχείρημα της υπεράσπισης ότι δεν υπήρχε κανένα άλλο αποδεικτικό μέσο, το οποίο να θεμελιώνει την ενοχή του κατηγορουμένου, εκτός από την παρανόμως αποκτηθείσα μαγνητοταινία, το ΕΔΔΑ αντέτεινε αναιρώντας προηγούμενη νομολογία του,⁷¹ ότι η ανάγκη για επιπρόσθετα αποδεικτικά μέσα ελαχιστοποιείται, όταν το προσκομιζόμενο αποδεικτικό μέσο, καίτοι παράνομο είναι αξιόπιστο.

Η αιτιολογία της παρούσας απόφασης υποπίπτει σε αντίφαση, καθώς το Δικαστήριο από τη μία πλευρά διατείνεται ότι δεν είναι αρμόδιο να αποφανθεί για το παραδεκτό των παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, καθότι πρόκειται για θέμα, το οποίο άπτεται της εθνικής δικαιοδοσίας, από την άλλη υπογραμμίζει ότι το ερώτημα το οποίο καλείται να απαντήσει είναι αν η διαδικασία θεωρούμενη στο σύνολό της, ήταν δίκαιη⁷².

Είναι προφανές ο κίνδυνος που ελλοχεύει για την προστασία των δικαιωμάτων που κατοχυρώνει η Σύμβαση αν γίνει δεκτή η άποψη κατά την οποία η αξιοποίηση αποδεικτικών μέσων ληφθέντων κατά παράβαση αρχών της ΕΣΔΑ, δεν αντίκειται κατ' ανάγκη στην επιταγή του άρθρου 6 για δίκαιη δίκη.

Όπως επισημαίνει ο δικαστής Λουκαΐδης στη μειοψηφούσα γνώμη του, «η παραβίαση του δικαίου με σκοπό την επιβολή του αποτελεί εννοιολογική αντίφαση και παράλογη πρόταση» .

8) Η υπόθεση Amann κατά Ελβετίας (16.12.2000)

Στην εν λόγω υπόθεση το Δικαστήριο διαπίστωσε παραβίαση του δικαιώματος σεβασμού της ανταπόκρισης στην περίπτωση που μία τηλεφωνική επικοινωνία του προσφεύγοντος παρακολουθήθηκε «κατά τύχη» από τις Αρχές, με αποτέλεσμα να εντοπίσουν ύποπτα στοιχεία με βάση τα οποία στη συνέχεια καταδικάστηκε, χωρίς να υφίσταται νομική βάση για την επίδικη παρακολούθηση.

Το Δικαστήριο επισήμανε ότι τα άρθρα της Ποινικής Δικονομίας, τα οποία επικαλέστηκε η Κυβέρνηση, σύμφωνα με τα οποία «η Εισαγγελία εξασφαλίζει τη διενέργεια ερευνών και την πληροφόρηση χάριν του η συμφέροντος της εσωτερικής και εξωτερικής ασφάλειας της Συνομοσπονδίας» ,

⁷¹ Βλ. ανωτέρω, υπόθεση Schenk κατά Ελβετίας.

⁷² Βλ. Δημήτριο Γιαννουλόπουλο, Παράνομα αποδεικτικά μέσα-Δίκαιη δίκη, ΠοινΔικ 6/2001, σελ. 614-625.

έχουν διατυπωθεί κατά τρόπο υπερβολικά γενικό εν όψει της απαίτησης της προβλεψιμότητας. Άλλωστε, όπως η ίδια η Κυβέρνηση παραδέχτηκε, ο προσφεύγων «κατά τύχη» κατέστη αντικείμενο παρακολούθησης, ενώ τα ανωτέρω άρθρα της Ποινικής Δικονομίας αφορούν την παρακολούθηση ατόμων που κατηγορούνται ή είναι ύποπτα για την τέλεση κακουργήματος ή πλημμελήματος, ή τρίτων που δέχονται ή μεταδίδουν πληροφορίες απευθυνόμενες στα παραπάνω πρόσωπα, αλλά δε ρυθμίζουν κατά τρόπο ακριβή και λεπτομερή την περίπτωση συνομιλιών που δεν εμπίπτουν σε καμία από τις προαναφερόμενες περιπτώσεις.

Ως προς τη συνδρομή της αναγκαιότητας του μέτρου εντός δημοκρατικής κοινωνίας για την επίτευξη θεμιτού σκοπού, το ΕΔΔΑ απαιτεί οι παρακολουθήσεις να περιβάλλονται κατά τη διενέργειά τους από ένα πλέγμα εγγυήσεων το οποίο διασφαλίζει ότι η επίμαχη παρακολούθηση θα κινηθεί στο αναγκαίο όριο για την επίτευξη του σκοπού και ότι τα δικαιώματα του θιγόμενου προσώπου θα τύχουν της δέουσας προστασίας. Θεμελιώδεις εγγυήσεις αποτελούν αφενός το όργανο που αποφασίζει για την πραγματοποίηση των παρακολουθήσεων και αφετέρου η δικαστική προστασία που παρέχεται στον ενδιαφερόμενο.⁷³

β) Κριτική επισκόπηση των αποφάσεων-Συμφωνία της ελληνικής νομοθεσίας με τις επιταγές της ΕΣΔΑ

Από την παράθεση των ανωτέρω υποθέσεων, συνάγεται σαφώς το συμπέρασμα ότι η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των δικαιωμάτων του ανθρώπου, προσανατολιζόμενη στην τήρηση των άρθρων της ΕΣΔΑ, δεν αποκλείει *a priori* τη χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, ούτε καν για τη θεμελίωση της ενοχής του κατηγορουμένου, εφόσον αυτή δεν προσκρούει στην επιταγή του δικαιώματός του για δίκαιη δίκη.

Κατά τη γνώμη μου, η επιδίωξη δίκαιης δίκης που διεξάγεται με παράνομα μέσα αποτελεί οξύμωρο, καθώς δε μπορεί να είναι δίκαιη η δίκη που στηρίζεται στην παραβίαση θεμελιωδών ατομικών ελευθεριών. Επιπλέον δε, μία τέτοια παραδοχή καταλύει ουσιαστικά την προστασία των δικαιωμάτων που κατοχυρώνει η ίδια η Σύμβαση.

⁷³ Βλ. Ιωάννη Δ. Σαρμά, Κράτος και Δικαιοσύνη Ι, Ελευθερία με υπεροχή του Δικαίου, Η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκουλα 2003, σελ. 135-136.

Διαφορετική είναι η περίπτωση της χρήσης παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων για την υπεράσπιση του κατηγορουμένου, καθώς η αποκάλυψη της αλήθειας που οδηγεί στην αποφυγή της καταδίκης ενός αθώου, όχι μόνο δεν αντιστρατεύεται, απεναντίας πραγματώνει την επιταγή για δίκαιη δίκη, τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας.

Όσον αφορά την εξαίρεση που εισάγει στο σεβασμό της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής, της κατοικίας και της επικοινωνίας η παράγραφος 2 του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ, η ευρεία διατύπωση της διάταξης αρκείται στο να θέσει τις κατευθυντήριες γραμμές στα κράτη που έχουν επικυρώσει τη σύμβαση για τη θέσπιση θεμιτών περιορισμών στο προστατευόμενο δικαίωμα από τις επιμέρους εθνικές νομοθεσίες.

Συγκεκριμένα, η ως άνω διάταξη αναφέρει ότι : *«Δεν επιτρέπεται να υπάρξει επέμβαση δημόσιας Αρχής στην άσκηση του δικαιώματος τούτου, εκτός αν η επέμβαση αυτή προβλέπεται από το νόμο και αποτελεί μέτρο το οποίο, σε μία δημοκρατική κοινωνία, είναι αναγκαίο για την εθνική ασφάλεια, τη δημόσια ασφάλεια, την οικονομική ευημερία της χώρας, την προάσπιση της τάξης και την πρόληψη ποινικών παραβάσεων, την προστασία της υγείας ή της ηθικής, ή την προστασία των δικαιωμάτων και ελευθεριών άλλων»* .

Ερμηνεύοντας τη σχετική διάταξη, το ΕΔΔΑ έχει τονίσει επανειλημμένως ότι ο εσωτερικός νόμος που θα περιορίζει το εν λόγω δικαίωμα πρέπει να είναι σαφής, ώστε να μπορούν οι πολίτες να προβλέψουν πότε μία συμπεριφορά επισύρει την επέμβαση της Πολιτείας και προσβάσιμος, ώστε να μπορούν ευχερώς να πληροφορηθούν το περιεχόμενό του. Η σχετική νομολογία αποτελεί ιδιαίτερο ερμηνευτικό εργαλείο για την εξέταση της εναρμόνισης των επιμέρους εθνικών νομοθεσιών με τις επιταγές της ΕΣΔΑ.

Από την ανάλυση της ελληνικής νομοθεσίας που διέπει την άρση του απορρήτου των επικοινωνιών, προκύπτει ότι ο νόμος 2225/1994 και το προεδρικό διάταγμα 47/2005 πληρούν εν μέρει τα κριτήρια της προσβασιμότητας και της προβλεψιμότητας που θέτει η ΕΣΔΑ. Όπως έχει παρατηρηθεί σε προηγούμενο κεφάλαιο, προβληματική εμφανίζεται η άρση του απορρήτου για λόγους εθνικής ασφάλειας, δεδομένου ότι ο νόμος δεν αποσαφηνίζει τις περιπτώσεις που είναι επιτρεπτός ο περιορισμός του ατομικού δικαιώματος.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ VII

Παρουσίαση της Αρχής Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών

Με το νόμο 3115/2003 συστήθηκε, σε εκτέλεση της παραγράφου 2 του άρθρου 19 του Συντάγματος, η Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών (ΑΔΑΕ), η οποία αποτελεί μία πρόσθετη θεσμική εγγύηση της προστασίας του απορρήτου επικοινωνιών. Πρόκειται για ανεξάρτητη αρχή με διοικητική αυτοτέλεια που αποσκοπεί στην προστασία του απορρήτου των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας με οποιονδήποτε άλλο τρόπο.

Η Αρχή αποτελείται από επτά (7) μέλη και ισάριθμα αναπληρωματικά, τα οποία απολαμβάνουν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους πλήρη προσωπική και λειτουργική ανεξαρτησία. Ωστόσο, έχουν καθήκον εχεμύθειας, το οποίο υφίσταται και μετά την αποχώρησή τους. Τα πρόσωπα που απαρτίζουν την ΑΔΑΕ πρέπει να τυγχάνουν ευρείας κοινωνικής αποδοχής και να διακρίνονται για την επιστημονική τους κατάρτιση και την επαγγελματική τους ικανότητα στο νομικό ή τον τεχνικό τομέα των επικοινωνιών.

Προκειμένου να εκπληρώσει την αποστολή της, η ΑΔΑΕ είναι επιφορτισμένη με εκτεταμένες αρμοδιότητες προληπτικού και κατασταλτικού χαρακτήρα έναντι όλων των φυσικών και νομικών προσώπων που δραστηριοποιούνται στον τομέα των επικοινωνιών. Στο πλαίσιο των ανωτέρω ελεγκτικών αρμοδιοτήτων περιλαμβάνονται :

- Η διενέργεια τακτικών και έκτακτων ελέγχων, αυτεπαγγέλτως ή κατόπιν καταγγελίας σε δημόσιες υπηρεσίες, οργανισμούς και ιδιωτικές επιχειρήσεις που ασχολούνται με τηλεπικοινωνιακές επιχειρήσεις
- Η κατάσχεση των μέσων παραβίασης του απορρήτου και ο διορισμός της Αρχής ως μεσεγγυούχου.
- Η καταστροφή πληροφοριών ή στοιχείων ή δεδομένων, τα οποία αποκτήθηκαν με παράνομη παραβίαση του απορρήτου των επικοινωνιών.
- Η διεξαγωγή ερευνών στα γραφεία και τις εγκαταστάσεις των ελεγχόμενων προσώπων κατόπιν καταγγελίας για την προστασία των δικαιωμάτων των καθ' ων η άρση του απορρήτου.
- Ο έλεγχος τήρησης των τυπικών όρων και της διαδικασίας άρσης του απορρήτου, χωρίς να εξετάζει την κρίση των αρμόδιων δικαστικών αρχών, χωρίς δηλαδή να υπεισέρχεται στον έλεγχο της σκοπιμότητας επιβολής της άρσης.

- Ο έλεγχος των βιβλίων, αρχείων, εγγράφων και κάθε είδους στοιχείων των προαναφερόμενων επιχειρήσεων και οργανισμών και η λήψη ενόρκων και ανωμοτί καταθέσεων για τη διαπίστωση παραβιάσεων της νομοθεσίας περί προστασίας του απορρήτου⁷⁴.

Βαρύνουσα σημασία έχει η διάκριση μεταξύ διοικητικών και ανακριτικών πράξεων της ΑΔΑΕ, ενόψει του γεγονότος ότι διέπονται από διαφορετικές αρχές, λαμβάνουν χώρα υπό διαφορετικές προϋποθέσεις και διατυπώσεις, παρέχονται διαφορετικά δικαιώματα στον καθού η έρευνα και τέλος προσβάλλονται ενώπιον διαφορετικών οργάνων.

Σύμφωνα με το άρθρο 253 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, η διενέργεια ανακριτικών πράξεων προϋποθέτει την τέλεση πλημμελήματος ή κακουργήματος, για το οποίο διεξάγεται ανάκριση και συνεπακόλουθα την απόδοση σε βάρος συγκεκριμένου προσώπου της ιδιότητας του κατηγορουμένου κατ' άρθρο 72 Κ.Ποιν.Δ. Επομένως, όταν η Διοικητική Αρχή προβαίνει σε έρευνες προληπτικά, χωρίς την ύπαρξη υπονοιών ή ενδείξεων σε βάρος συγκεκριμένου προσώπου και δειγματοληπτικά, στρεφόμενες δηλαδή κατά αόριστου αριθμού προσώπων, οι τελευταίες είναι πάντα διοικητικής φύσης

Ζήτημα γεννάται ως προς τη νομική φύση των ανακριτικών πράξεων που διενεργούνται κατόπιν καταγγελίας σε βάρος συγκεκριμένου φυσικού ή νομικού προσώπου για παράβαση της νομοθεσίας περί προστασίας του απορρήτου. Στις περιπτώσεις αυτές γίνεται δεκτό ότι οι ενέργειες των μελών και του προσωπικού της ΑΔΑΕ έχουν τόσο διοικητικό, όσο και ανακριτικό χαρακτήρα.

Επιπρόσθετα, οι διατάξεις για τον έλεγχο της τήρησης των όρων και της διαδικασίας άρσης του απορρήτου είναι ατελείς, καθώς ο νομοθέτης δεν προέβλεψε τις δυνατότητες της ΑΔΑΕ σε περίπτωση διαπίστωσης παραβιάσεων. Το υφιστάμενο κενό δικαίου αναιρεί κατ' ουσία την ελεγκτική αρμοδιότητα της ΑΔΑΕ, όπως αυτή προβλέπεται στα άρθρα 1 § 1 εδάφιο β και 6 § 1 εδάφιο στ του νόμου 3115/2003.

Κατά συνέπεια, οι ανωτέρω διατάξεις χρήζουν περαιτέρω επεξεργασίας και νομοθετικής συμπλήρωσης, προκειμένου η υπό κρίση αρμοδιότητα της ΑΔΑΕ να καταστεί λειτουργική και αποτελεσματική. Απώτερος στόχος είναι να προσλάβει η Αρχή το ρόλο του «αυτεπαγγέλτως διοριζόμενου ανεξάρτητου νομικού παραστάτη» που αφενός ελέγχει την τήρηση των όρων και της

⁷⁴ Βλ. Συχνές ερωτήσεις & απαντήσεις για την Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών, www.go-online.gr/ebusiness/specials/article.

διαδικασίας άρσης του απορρήτου σε προγενέστερο χρόνο της έκδοσης της οικείας διατάξεως, αφετέρου εγγυάται την αποκατάσταση σε περίπτωση παραβίασης με την παροχή στην ΑΔΑΕ του δικαιώματος άσκησης ενδίκων μέσων για λογαριασμό του θιγόμενου⁷⁵.

Από την άλλη πλευρά, η ΑΔΑΕ είναι επιφορτισμένη με μία σειρά αρμοδιοτήτων προληπτικού χαρακτήρα, στο πλαίσιο των οποίων δύναται :

- Να καλεί σε ακρόαση τις διοικήσεις, τους νόμιμους εκπροσώπους και τους υπαλλήλους των ως άνω δημόσιων ή ιδιωτικών εταιρειών.
- Να συνεργάζεται με άλλες Αρχές της χώρας, με αντίστοιχες Αρχές άλλων κρατών και με ευρωπαϊκούς και διεθνείς οργανισμούς.
- Να γνωμοδοτεί και να απευθύνει συστάσεις και υποδείξεις για τη λήψη μέτρων διασφάλισης του απορρήτου των επικοινωνιών, καθώς και για τη διαδικασία άρσης αυτού.

Χαρακτηριστική είναι η γνωμοδότηση της ΑΔΑΕ με αφορμή την προσφυγή εταιρειών κινητής τηλεφωνίας, εξαιτίας αιτημάτων που δέχονται για παροχή στοιχείων επικοινωνίας των συνδρομητών τους από δημόσιες Αρχές, κυρίως δικαστικές ή προανακριτικές, χωρίς την τήρηση της προβλεπόμενης στο Ν. 2225/1994 διαδικασίας άρσης του απορρήτου. Στην υπό κρίση περίπτωση, η Αρχή αποφάνθηκε καταρχήν ότι στην προστατευτική σφαίρα του απορρήτου εμπίπτουν και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας, και κατ' επέκταση ότι η χορήγησή τους από τους τηλεπικοινωνιακούς φορείς προϋποθέτει τη συνδρομή των όρων του ως άνω νόμου⁷⁶.

Περαιτέρω, ο νόμος προβλέπει σωρευτικά την επιβολή ποινής φυλάκισης και χρηματικής ποινής κατά των παραβατών του απορρήτου, ενώ η ίδια η ΑΔΑΕ μπορεί με αιτιολογημένη απόφασή της και πάντα μετά από προηγούμενη κλήτευση και ακρόαση του φερόμενου ως υπαιτίου να επιβάλλει διοικητικές κυρώσεις.

Τέλος, αξίζει να αναφερθεί ότι κατ' εφαρμογή των άρθρων 11 του νόμου 3115/2003 και 370^A § 2, 3 του Ποινικού Κώδικα, η ΑΔΑΕ επέβαλε τη διοικητική κύρωση της σύστασης για συμμόρφωση στις ανωτέρω παραβιασθείσες διατάξεις σε δημοσιογράφο λόγω της μαγνητοφώνησης από αυτόν ιδιωτικής συνομιλίας με τρίτο, χωρίς τη συναίνεση του τελευταίου, και σε

⁷⁵ Βλ. Γρηγόρη Τσόλια, Οι ελεγκτικές αρμοδιότητες της Αρχής Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών, ΔΙΜΕΕ 4/2005, σελ. 539-545.

⁷⁶ Βλ. Γνωμοδότηση 1/3-2-2005 της ΑΔΑΕ, www.adae.gr.

τηλεοπτικό σταθμό εξαιτίας της χρήσης του υλικού αυτού εν γνώσει της παράνομης προέλευσής του⁷⁷.

⁷⁷ Βλ. Απόφαση 41/10-4-2006 της ΑΔΑΕ, www.adae.gr.

ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Η ίδια η πραγματικότητα-επικαιρότητα επιβεβαιώνει, πέρα από κάθε θεωρητική θεμελίωση, το μέγεθος της ανάγκης για αποτελεσματική προστασία του απορρήτου των επικοινωνιών. Οι πρόσφατες καταγγελίες σε βάρος εταιρείας κινητής τηλεφωνίας για υποκλοπές τηλεφωνικών συνδιαλέξεων καταδεικνύει πως όσο ευχερέστερα διεξάγεται η επικοινωνία χάρη στη ραγδαία εξέλιξη της τεχνολογίας, τόσο δυσχερέστερη καθίσταται η προστασία της.

Αντιλαμβάνεται κανείς ότι ο πλουραλισμός των μέσων και των μεθόδων επικοινωνίας (επιστολογραφία, σταθερή και κινητή τηλεφωνική επικοινωνία, τηλετυπική επικοινωνία, επικοινωνία μέσω διαδικτύου, ασυρματική και δορυφορική επικοινωνία) πολλαπλασιάζει τον κίνδυνο να καταστεί το άτομο αντικείμενο παρακολούθησης σε κάθε εξωτερίκευση των σκέψεών του.

Ήδη ο νομοθέτης προσαρμοζόμενος στα νέα τεχνολογικά δεδομένα, εξέδωσε το προεδρικό διάταγμα 47/2005 και πολύ πρόσφατα το νόμο 3471/2006, προκειμένου να ρυθμίσει την προστασία του απορρήτου και τη νόμιμη άρση του στις νέες μορφές επικοινωνίας. Απομένει να τροποποιηθούν οι υφιστάμενες διατάξεις του Ποινικού Κώδικα ή να εισαχθούν νέες, ώστε η ειδική υπόσταση των εγκλημάτων να συμπεριλαμβάνει και τις νέες αξιόποινες συμπεριφορές. Από την άλλη πλευρά, η δικονομική απαγόρευση της αξιοποίησης στην ποινική δίκη παράνομα αποκτηθέντων αποδεικτικών μέσων αποτελεί σημαντικό βήμα στην ουσιαστική προστασία του απορρήτου, καθώς λειτουργεί ως αντικίνητρο στην τέλεση παραβιάσεων.

Ο απόλυτος κανόνας της απαγόρευσης που θεσπίστηκε με την τελευταία αναθεώρηση του Συντάγματος έχει απασχολήσει έντονα τη θεωρία, υπό την έποψη της δυνατότητας εξαιρέσής της προς όφελος του κατηγορουμένου. Από την προβληματική που αναπτύχθηκε στο πλαίσιο της εργασίας, προέκυψε ότι θεωρία και νομολογία συγκλίνουν στην παραδοχή της αξιοποίησης των αποδεικτικών μέσων που αποκτήθηκαν κατά παράβαση των άρθρων 9, 9^Α και 19 του Συντάγματος, μόνο εφόσον συντρέχουν σωρευτικά δύο προϋποθέσεις : η προσβολή της ανθρώπινης αξίας του κατηγορουμένου από τη μη αξιολόγησή τους και η εφαρμογή από το δικαστή της αρχής της αναλογικότητας μεταξύ χρησιμοποιούμενου μέσου και επιδιωκόμενου σκοπού.

Εν κατακλείδι, η προστασία του απορρήτου των επικοινωνιών αποτελεί ένα περίπλοκο και ακανθώδες ζήτημα, η επίλυση του οποίου απαιτεί το συγκερασμό της προληπτικής δράσης των Ανεξάρτητων Διοικητικών Αρχών με το κατασταλτικό έργο της ποινικής δικαιοσύνης.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

BIBΛΙΑ

-  Ελευθέριος Βενιζέλος, Το Αναθεωρητικό Κεκτημένο - Το συνταγματικό φαινόμενο στον 21^ο αιώνα και η εισφορά της αναθεώρησης του 2001, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2002.
 -  Π. Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα Α', Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα-Κομοτηνή 1991.
 -  Θεοχάρης Ι. Δαλακούρας, Πρακτικά του ΣΤ' Πανελληνίου Συνεδρίου της Ελληνικής Εταιρείας Ποινικού Δικαίου, Η απόδειξη στην Ποινική Δίκη, Εκδόσεις Π. Ν. Σάκκουλα 1998.
 -  Νικόλαος Γ. Δημητράτος, Περί των Αποδεικτικών Απαγορεύσεων στην Ποινική Δίκη, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα 1992.
 -  Γεώργιος Β. Καμίνης, Παράνομα Αποδεικτικά Μέσα και Συνταγματική Κατοχύρωση των Ατομικών Δικαιωμάτων, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1998.
 -  Γεώργιος Β. Καμίνης, Το πρόβλημα των παράνομων αποδεικτικών μέσων στην ποινική διαδικασία μετά την αναθεώρηση του άρθρου 19 του Συντάγματος, Τιμητικός Τόμος Ι για Ιωάννη Μανωλεδάκη, Δημοκρατία-Ελευθερία-Ασφάλεια, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005.
 -  Αργύριος Καρράς, Ποινικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα 1998.
 -  Γεώργιος Κασσιμάτης σε Κασσιμάτη / Μαυριά, Ερμηνεία του Συντάγματος, Τόμος Β', Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα-Κομοτηνή 1999.
 -  Αντώνης Δ. Μαγγανάς - Λίλα Χ. Καρατζά, Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Αποφάσεις και πρακτική του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου, Β' Έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη 2005.
-



Λάμπρος Μαργαρίτης, Τα δικαιώματα του κατηγορουμένου στην προανάκριση και κύρια ανάκριση σε : Πρακτικά Γ' Πανελληνίου Συνεδρίου της Ελληνικής Εταιρείας Ποινικού Δικαίου, Τα δικαιώματα του κατηγορουμένου στην ποινική διαδικασία γενικά, Εκδόσεις Αφοί Π. Σάκκουλα Αθήνα 1991.



Μιχαήλ Μαργαρίτης, Ποινικός Κώδικας, Ερμηνεία-Εφαρμογή, Εκδόσεις Π. Ν. Σάκκουλας Αθήνα 2003.



Νικόλαος Ε. Μπιτζιλέκης, Τα Υπηρεσιακά Εγκλήματα, Β' Έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2001.



Σαράντης Ορφανουδάκης, Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2003.



Ιωάννης Δ. Σαρμάς, Κράτος και Δικαιοσύνη Ι, Ελευθερία με υπεροχή του Δικαίου, Η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα 2003.



Φίλιππος Σπυρόπουλος, Η ερμηνεία του Συντάγματος, Εφαρμογή ή υπέρβαση της παραδοσιακής μεθοδολογίας του δικαίου, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα-Κομοτηνή 1999.



Τζούλια Ηλιοπούλου-Στράγγα, Χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων και δικαίωμα υπεράσπισης του κατηγορουμένου, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα 2003.



Παναγιώτης Β. Τσιρής, Η συνταγματική κατοχύρωση του δικαιώματος του απορρήτου της επικοινωνίας, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2002.



Κώστας Χ. Χρυσόγονος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2002.

ΝΟΜΙΚΑ ΠΕΡΙΟΔΙΚΑ



Αλέξανδρος Π. Κωστάρας, Η Ποινική Δικονομική Αξιολόγηση των παράνομα αποκτημένων ή παράνομα χρησιμοποιούμενων αποδεικτικών στοιχείων, ΕΕΝ 1984.



Διονύσιος Δ. Σπινέλλης, Αποδεικτικές Απαγορεύσεις στην Ποινική Δίκη, ΠοινΧρ ΛΣΤ/1986.



Χρήστος Μπάκας, Το δικαίωμα ακρόασης του κατηγορουμένου στην ποινική δίκη, ΠοινΧρ ΛΖ/1987.



Τάκης Νικολόπουλος, Τηλεφωνικές υποκλοπές και Απαραβίαστο των ιδιωτικών ανταποκρίσεων, ΠοινΧρ ΜΒ/1992.



Βασίλης Αλεξανδρής, Οι παρακολουθήσεις των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων και η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Υπεράσπιση 1993.



Σταύρος Τσακυράκης, Το απόρρητο της επικοινωνίας, Απόλυτα απαραβίαστο ή ευχή της έννομης τάξης, ΝοΒ 1993.



Γεώργιος Καμίνης, Το απόρρητο της τηλεφωνικής επικοινωνίας : Η συνταγματική προστασία και η εφαρμογή της από τον ποινικό νομοθέτη και τα δικαστήρια, ΝοΒ 1995.



Χρήστος Στ. Λυνιέρης, Η άρση του απορρήτου της επικοινωνίας ως μέσο αντεγκληματικής πολιτικής, Μία παρουσίαση και κριτική των σχετικών διατάξεων του ν. 2225/1994, ΠοινΧρ ΜΕ/1995.



Αριστομένης Β. Τζαννετής, Αποδεικτικές Απαγορεύσεις και Εναλλακτική Νόμιμη Κτήση Αποδείξεων, ΠοινΧρ ΜΕ/1995.



Νικόλαος Λίβος, Η ποινική προστασία των συνδετικών δεδομένων των τηλεπικοινωνιών, ΠοινΧρ ΜΖ/1997.



Ηλίας Καστανάς, Το καθεστώς του ελέγχου των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων, ΠοινΔικ 8/1998.



Αριστομένης Β. Τζαννετής, Η αξιόποινη απόκτηση αποδεικτικών μέσων, ΠοινΧρ ΜΗ/1998.



Δημήτριος Γιαννουλόπουλος, Παράνομα αποδεικτικά μέσα- Δίκαιη δίκη, ΠοινΔικ 6/2001.



Νικόλαος Γ. Δημητράτος, Η εξέλιξη του θεσμού των αποδεικτικών απαγορεύσεων στο ελληνικό ποινικό δικονομικό δίκαιο-συγχρόνως μία συγκριτική επισκόπηση του αντίστοιχου αμερικανικού και γερμανικού δικαϊκού πλαισίου, ΠοινΧρ ΝΑ/2001.



Γνωμοδότηση Στέφανου Παύλου, Αικατερίνης Φουντεδάκη, Γιώργου Δημήτρη, Αποδεικτικές απαγορεύσεις και υιοθεσία, ΠοινΔικ 8-9/2002.



Αριστοτέλης Χαραλαμπίδης, Το αξιόποινο των υποκλοπών και η δικονομική μεταχείριση του προϊόντος τους, ΝοΒ 50/2002.



Γνωμοδότηση 83/2003 Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα, ΠοινΧρ ΝΓ/2003.



Γεώργιος Νούσκαλης, Ο Ν. 3115/2003 για την Αρχή Διασφάλιση του Απορρήτου των Επικοινωνιών : Ορισμένες επισημάνσεις και προβληματισμοί, ΠοινΔικ 3/2003.



Γεώργιος Νούσκαλης, Ο Ν. 3115/2003 για την Αρχή Διασφάλιση του Απορρήτου των Επικοινωνιών : Ορισμένες επισημάνσεις και προβληματισμοί, ΠοινΔικ 3/2003.



Στυλιανός Παπαγεωργίου-Γονατά, Οι Αποδεικτικές Απαγορεύσεις ως έκφραση Συνταγματικών Επιταγών, ΠοινΛογ 1/2003.



Ιωάννης Μανωλεδάκης, Το απόρρητο του ιδιωτικού βίου και η έλλογη ποινική προστασία του, ΠοινΔικ 6/2005.



Γρηγόρης Τσόλιας, Προς ένα σύγχρονο νομικό πλαίσιο προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών (Παρουσίαση και σχολιασμός των διατάξεων του Π.Δ 47/2005), ΠοινΔικ 7/2005.



Γρηγόρης Τσόλιας, Προς ένα σύγχρονο νομικό πλαίσιο προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών, (Παρουσίαση και σχολιασμός των διατάξεων του ΠΔ 47/2002), ΠοινΔικ 7/2005.



Γρηγόρης Τσόλιας, Οι ελεγκτικές αρμοδιότητες της Αρχής Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών, ΔΙΜΕΕ 4/2005.

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

- Βούλευμα ΣυμβΠλημ/κών Χαλκίδος 232/1988, Αρμεν ΜΓ/1989.
- Α.Π 1709/1995, ΠοινΧρ ΜΣΤ/1996.
- Α.Π 1351/1997 ΣΤ' Τμήμα, ΠοινΔικ 1-2/1998.
- Α.Π 1/2001, ΝοΒ 49/2001.
- Α.Π 1317/2001, ΠοινΛογ 5/2001.
- ΔιατΕισΕφΘες 83-84/2003, ΠοινΔικ 3/2003.
- Μ.Ο.Ε Αθηνών 213/2003, ΠοινΛογ 1/2003.
- Α.Π 622/2003, ΠοινΧρ ΝΔ/2004.
- Α.Π 42/2004, ΠοινΛογ 1/2004.

ΕΙΣΗΓΗΤΙΚΕΣ ΕΚΘΕΣΕΙΣ

- Νόμου 3090/2002
- Νόμου 3471/2006

ΠΡΑΚΤΙΚΑ ΒΟΥΛΗΣ

- Των Συνεδριάσεων της Ολομέλειας της Βουλής των συζητήσεων επί του Συντάγματος 1975.
- Της Συνεδρίασης ΠΝΕ' της 6-4-2001 της Ολομέλειας της Βουλής.