

Το άρθρο 370Α και η κατάσταση ανάγκης του άρθρου 25 ΠΚ.

Το τελευταίο διάστημα το αποδεικτικό, (εντός ή εκτός εισαγωγικών), μέσο των, (παρανόμως αποκτηθέντων), κασετών απασχολεί πολύ συχνά όχι μόνον τα Δικαστήρια και τη νομική θεωρία αλλά και αυτή την ίδια την κοινωνία.

Η κατοχή δε των κασετών λειτουργεί, μάλλον, εκβιαστικά. Η λογική των "κατεχόντων" κασέτες είναι περίπου η εξής: "Θα τον κρατώ (τον μελλοντικό αντίδικο) στο χέρι, αν κινηθεί ή αν διαφωνήσει μαζί μου θα τον πάω στα κανάλια και θα τον στείλω και στον Εισαγγελέα". Έτσι ο χρόνος εμφάνισης των κασετών, συνήθως, απέχει από τον χρόνο υποκλοπής. Προηγείται δε η δημοσιοποίηση των κασετών στα ΜΜΕ από τη νόμιμη (όσο μπορεί αυτή να είναι νόμιμη) εμφάνιση τους (ενώπιον των αρμοδίων αρχών), σε μια προσπάθεια των "κατεχόντων" να διαμορφώσουν ένα ευμενές για αυτούς προ-δικαστικό κλίμα (θυμίζοντας τις γνωστές επισημάνσεις του Ο. Έκο).

Η συνέχεια όλων αυτών, είναι γνωστή. Κάποιος (ή κάποιοι) βρίσκονται κατηγορούμενοι (τουλάχιστον) για παραβίαση των διατάξεων του άρθρου 370Α του ΠΚ. Μόνιμη υπερασπιστική επωδός των κατηγορουμένων η επίκληση της άμυνας και της κατάστασης ανάγκης. Η κοινωνιολογική εξήγηση του νέου αυτού φαινομένου χρήζει έρευνας και μελέτης από ειδικούς επιστήμονες. Η προσέγγιση, όμως, της νομιμότητας των ισχυρισμών του κατηγορουμένου αφορά τους νομικούς. Με αφορμή το παρακάτω πραγματικό παράδειγμα θα

επιχειρηθεί μια προσέγγιση στην δυνατότητα άρσης του αδίκου στην περίπτωση των υποκλοπών.

Ο Α εφοδίασε τον Β με μαγνητόφωνο και του ζήτησε να υποκλέπτει όλες τις συνομιλίες του (προφορικές και τηλεφωνικές), με τον Γ, έτσι ώστε να συγκεντρώσει αποδεικτικά στοιχεία σχετικά με τις (πιθανά εχθρικές) διαθέσεις του Γ έναντι του Α. Πράγματι ο Β υπέκλεπτε επί 25, περίπου, ημέρες κάθε επικοινωνία του με τον Γ. Στη συνέχεια ο Α, (με βάση το υλικό των υποκλοπών), ειδοποίησε, (ουσιαστικά απείλησε-εκβίασε), τον Γ να απέχει από κάθε ενέργεια εναντίον του. Μετά από ένα χρόνο ο Α υπέβαλε, τελικά, έγκληση, κατά του Γ με βάση το υλικό των παράνομων υποκλοπών, τμήμα του οποίου ο Α εντέχνως διέρρευσε (πριν την υποβολή της έγκλησης) και στον τύπο. Στη συνέχεια ο Γ υπέβαλε μήνυση κατά του Α για παραβίαση του άρθρου 370Α του ΠΚ. Απολογούμενος ο Α επικαλέστηκε την κατάσταση ανάγκης του άρθρου 25 του ΠΚ, ως λόγο άρσης του αδίκου των πράξεων του ("κινδύνευα άμεσα από τις ενέργειες, που ετοίμαζε ο Γ, και έσπευσα να τον μαγνητοφωνήσω, έτσι ώστε να αποκρούσω τον επικείμενο, και μη αναπότρεπτο με άλλα μέσα, κίνδυνο"). Έχει (και ποιά) νομική αξία ο ισχυρισμός του Α;

1.Η Ελληνική Πολιτεία, μόλις πρόσφατα, ρύθμισε το θέμα των διαδικασιών άρσης του απορρήτου, με τον ν. 2225/94. Στις διατάξεις του νεαρού αυτού νόμου προβλέπονται συγκεκριμένες, ταχύτατες και το κυριότερο ΝΟΜΙΜΕΣ ενέργειες άρσης του απορρήτου. Η, κατ' αυθαίρετη υποκειμενική εκτίμηση, επίκληση άμεσου, παρόντος και άλλως αναπότρεπτου κινδύνου, δεν μπορεί να υποκαθιστά την έννομη

τάξη, να παρακάμπτει την συντεταγμένη Πολιτεία και να αναγάγει το έγκλημα σε κοινωνικά αναγκαία δράση.

2.Ας μη διαφεύγει δε ότι το απόρρητο της επικοινωνίας προστατεύεται με Συνταγματική ρύθμιση (άρθρο 19 του Συντάγματος). Η συνταγματική κατοχύρωση του απορρήτου δεν αναιρείται από νόμους κοινής ισχύος, όπως ο ΠΚ (ειδικότερα από το άρθρο 25 ΠΚ). Όπως επισημαίνει και ο Α. Μάνεσης¹ "το απόρρητο της επικοινωνίας είναι απολύτως απαραβίαστο. Και απόρρητο είναι το απολύτως μυστικό" (βλ. και Γ. Τασόπουλο²).

3.Άλλωστε στο ίδιο το Σύνταγμα καταγράφονται ρητά οι τέσσερις (συγκεκριμένες και αποκλειστικές) προϋποθέσεις άρσης του απορρήτου: α.ύπαρξη νόμου, β.να επιβάλλεται από δικαστική αρχή, γ. να αποφασίζεται για λόγους εθνικής ασφαλείας ή διακρίβωσης ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων, και δ.να τηρείται το μέτρο του αναγκαίου και να γίνεται υπό καθεστώς εγγυήσεων. Κάτω από αυτές τις προϋποθέσεις είναι προφανές ότι δεν μπορεί, σε καμία περίπτωση, να θεωρηθεί επιτρεπτή η άρση του απορρήτου των επικοινωνιών (δηλ. η υποκατάσταση της Πολιτείας) από ιδιώτη. "Η τριτενέργεια των ατομικών δικαιωμάτων εκδηλώνεται και στο επίπεδο της χρησιμοποίησης των αθέμιτων αποδεικτικών μέσων", βλ. έτσι Κ. Καλαβρός³.

¹ «Συνταγματικά Δικαιώματα», Α, Ατομικές ελευθερίες, 1982, σελ. 232.

² «Ζητήματα προστασίας του απορρήτου και ελευθερίες του Τύπου», ΥΠΕΡΑΣΠΙΣΗ, 1993, σελ. 1449.

³ «Η μαγνητοταινία στην πολιτική δίκη», εκδόσεις Σάκκουλα, 1984, σελ. 90.

4.Όταν, μάλιστα, στο άρθρο 5 του ν. 2225/94, προβλέπονται πρόσθετες εγγυήσεις, όπως ότι τα αποδεικτικά στοιχεία που αποκτήθηκαν απαγορεύεται να χρησιμοποιηθούν ή να ληφθούν υπόψιν σε άλλη ποινική ή αστική δίκη ή διαδικασία, από αυτήν που είχε καθορίσει η διάταξη του Συμβουλίου, ή όταν είναι δυνατόν να αποφασιστεί ακόμη και η γνωστοποίηση της άρσης στους θιγόμενους, δεν νοείται καν ανάληψη ανάλογων δραστηριοτήτων από τον ιδιώτη. Όπως σημειώνει και ο Σ. Αλεξιάδης⁴, «οι τεχνολογικές μέθοδοι πρέπει να αντιμετωπίζονται με μεγαλύτερη αυστηρότητα... Ακόμη και για τις μαγνητοφωνήσεις ή μαγνητοσκοπήσεις σε δημόσιο χώρο απαιτείται συναίνεση του υποκειμένου. Για το λόγο αυτό ... σε μεγάλα καταστήματα είναι τοποθετημένες επιγραφές, όπως "χαμογελάστε, σας παίρνει η τηλεόραση" ή σε δρόμους αναγράφεται η επισήμανση ότι η ταχύτητα ελέγχεται από ραντάρ».

5.Ο ισχυρισμός δε του κατηγορουμένου περί ταχύτητας καλύπτεται από τον χαρακτήρα των διατάξεων του ν. 2225/94. Οι σχετικές διατάξεις θεσπίστηκαν με βάση την άμεση αντίδραση και λειτουργία του κρατικού μηχανισμού. Συνεπώς δεν υφίστατο ζήτημα καθυστερημένης αντίδρασης των αρχών, όταν, μάλιστα, η φύση του εγκλήματος της υποκλοπής είναι σχετικά διαρκής και πάντως όχι στιγμιαία.

6.Αλλωστε η όλη υπόθεση (της υποκλοπής) εξελισσόταν σε διάρκεια 25 ημερών, από την στιγμή που υποτίθεται ότι ο Α έλαβε, για πρώτη φορά, γνώση των διαθέσεων και των ενεργειών του Γ. Το

⁴ «*Ανθρώπινα Δικαιώματα , ποινική καταστολή*», εκδόσεις Σάκκουλα, 1990, σελ. 114.

διάστημα ήταν πολύ μεγάλο και υπήρχε ο χρόνος επίκλησης της βοήθειας των αρχών, βλ. σύμφωνη γνώμη Κ. Καλαβρού⁵.

7.Ανάλογη τακτική με την υιοθέτηση αντίστοιχων επιχειρημάτων παραβιάζει και περιγράφει την διάταξη του άρθρου 370Α του ΠΚ, ενώ παράλληλα η επίκληση και δικαιώματος για την δικαιολόγηση των υποκλοπών στοιχειοθετεί το έγκλημα της αυτοδικίας.

8.Όσον αφορά ειδικότερα το έγκλημα της χρήσης σημειώνεται ότι αυτή έγινε μετά από έναν ολόκληρο χρόνο από τον χρόνο της υποκλοπής, (όταν υποβλήθηκε η έγκληση κατά του Γ), και συνεπώς, όπως είναι αυτονόητο, καμία προϋπόθεση κατάστασης ανάγκης δεν συνέτρεχε αντικειμενικά, βλ. σχετικά και Θ. Δαλακούρα⁶, ο οποίος σημειώνει ότι «άμυνα δικαιολογείται μόνον από τον εκβιαζόμενο. Η μετέπειτα χρησιμοποίηση της μαγνητοφωνημένης συνομιλίας δεν πληροί τους όρους της άμυνας αφού ελλείπει η προϋπόθεση της παρούσας επιθέσεως».

9.Ούτε η χρήση έγινε το πρώτον ενώπιον αρχής ή δικαστηρίου. Οι κασέτες, (με ευθύνη του Α), δημοσιεύτηκαν στον έντυπο και ηλεκτρονικό τύπο, (πριν την υποβολή της έγκλησης κατά του Γ), σε μια προσπάθεια εκμαίευσης ή διαμόρφωσης προ-δικαστικής κρίσης και επηρεασμού της κοινής γνώμης. Έκτοτε δε συχνά, πυκνά αποσπάσματα αυτών των κασετών έβλεπαν το φως της δημοσιότητας σε

⁵ Ο.π. σελ. 79-80.

⁶ «Η αποδεικτική απαγόρευση αξιοποίησως αθέμιτων φωνοληψιών και αεπικονίσεων», ΥΠΕΡΑΣΠΙΣΗ, 1992, σελ. 40-41.

σκανδαλοθηρικά περιοδικά, ενώ η δίκη για την οποία, υποτίθεται ότι, αφορούσαν οι κασέτες δεν είχε ακόμη γίνει.

10. Το δε υποτιθέμενο συμφέρον του κατηγορουμένου θα μπορούσε κάλλιστα να διαφυλαχθεί με πολλούς άλλους νόμιμους και πλέον αξιόπιστους τρόπους. Μπορούσε π.χ. να διαφυλαχθεί με την μαρτυρία του Β, ο οποίος ήταν αυτήκοος μάρτυς του όλου θέματος ή (το κυριότερο) με την συνδρομή των αρχών, οι οποίες θα κατέγραφαν τον Γ και θα αποκάλυπταν τα (όποια) σχέδια του. Άλλωστε αν και ο Α γνώριζε (υποτίθεται) τόπο, χρόνο, και τρόπο δράσης του Γ, δεν προσέφυγε στις αρχές, δεν επιζήτησε την συνδρομή τους για μια σύλληψη "εν τω πράττεσθαι" αλλά υπέκλεψε. Συνεπώς ο υποτιθέμενος κίνδυνος δεν ήταν αναπότρεπτος με άλλα μέσα, το αντίθετο μάλιστα. Ο ισχυρισμός, λοιπόν, περί αδυναμίας διαφύλαξης του συμφέροντος με άλλον τρόπο καταρρίπτεται πανηγυρικά με την προσφυγή στην απλή λογική.

11. Ούτε κατηγορούμενος σε κάποια δίκη ήταν ο Α (έτσι ώστε να θεωρηθεί θεμιτή η διακρίβωση της τυχόν αθωότητας του, μέσω των κασετών, (βλ. σχετικά και Ν. Δημητράτου⁷), ούτε καθήκον είχε, προβλεπόμενο ή καταγεγραμμένο, ούτε η περίπτωση του συνιστούσε, φυσικά, ουσιώδες δημόσιο συμφέρον.

12. Της χρήσης, όμως, προηγείται η αθέμιτη παρακολούθηση. Η παρ. 4 του άρθρου 370Α αίρει τον άδικο χαρακτήρα της χρήσης, όχι όμως και των πράξεων των προβλεπομένων στις παρ. 1 και 2. Η χρήση

⁷ «Περί των αποδεικτικών απαγορεύσεων στην ποινική δίκη», εκδόσεις Σάκκουλα, 1992, σελ. 53.

συνιστά οιοσδήποτε επιβαρυντική περίπτωση των δυο προηγουμένων παραγράφων (βλ. και σύμφωνη γνώμη Μ. Παπαδογιάννη⁸).

13. Το τι προστατεύτηκε δεν το γνωρίζουμε. Το υποθέτει ο κατηγορούμενος Α. Το τι προσεβλήθη είναι γνωστό (εξ' ου και η συνταγματική κατοχύρωση του απορρήτου). Συνεπώς στο όνομα υποθετικών κινδύνων δεν μπορεί να παρακαμφθεί η άμεσα ορατή βλάβη του Γ αλλά και της έννομης τάξης. Ούτε είναι δυνατό να "ανεχθούμε την διακωμώδηση των συνταγματικών εγγυήσεων", όπως αναφέρει η Εισηγητική έκθεση του άρθρου 370Α.

14. Αφού, λοιπόν, υπήρχε η δυνατότητα νόμιμης απόκτησης συγκεκριμένου αποδεικτικού μέσου είναι απαραίτητη η παραπομπή του Α. Άλλωστε σύμφωνα και με την νομολογία του Γερμανικού Ακυρωτικού η απαγόρευση αξιοποίησης παράνομου αποδεικτικού υλικού δεν αναιρείται από το ενδεχόμενο ότι τα αρμόδια δικαστικά όργανα θα είχαν εκδώσει σχετική παραγγελία για νόμιμη υποκλοπή.

15. Άλλωστε η κατάσταση ανάγκης, την οποία επικαλείται ο κατηγορούμενος Α, συνιστά, από νομική άποψη, "αποδεικτική κατάσταση ανάγκης", η οποία έχει χαρακτήρα προληπτικό (εξασφάλισης, υποτίθεται, αποδείξεων) και δεν δικαιολογεί σε καμία περίπτωση άρση του αδίκου, αφού δεν έγινε για αποτροπή του κινδύνου αλλά για συλλογή στοιχείων (βλ. σύμφωνη γνώμη Κ. Καλαβρού⁹). Βλ. και τη

⁸ «Η παραβίαση του απορρήτου των τηλεφωνημάτων και της προφορικής συνομιλίας», Π. Χρονικά, ΛΓ/788.

⁹ ό.π. σελ. 83.

σύμφωνη γνώμη του Θ. Δαλακούρα¹⁰, ο οποίος σημειώνει ότι «η υποκλοπή συνομιλιών υπόπτων τρίτων από ιδιώτη, με μοναδικό σκοπό την συλλογή αποδεικτικού υλικού, οφείλει να θεωρείται αθέμιτη και δεν καλύπτεται από την διάταξη του άρθρου 25 ΠΚ».

16.Θα μπορούσε να ισχύσει ο λόγος της κατάστασης ανάγκης στις περιπτώσεις π.χ. των "παντοειδών και ιδίως επανειλημμένων απειλητικών ή εκβιαστικών τηλεφωνικών παρενοχλήσεων ... ενόψει του ότι εδώ η μαγνητοφώνηση μπορεί να καταστήσει δυνατή την εξακρίβωση της ταυτότητας του δράστη και την έγκαιρη επέμβαση των αρχών για την αποτροπή της απειλούμενης μείζονος βλάβης"¹¹.

17.Όλα αυτά είχε υπόψιν της η εγκύκλιος του Εισαγγελέως του Αρείου Πάγου¹², και επισημαίνει την αυστηρότητα της (συνταγματικά προβλεπόμενης) ρύθμισης του 370Α του ΠΚ. Όπως σημειώνει και ο Χρ. Αργυρόπουλος¹³, (επικαλούμενος τα ισχυρότατα, όπως ο ίδιος τα χαρακτηρίζει, επιχειρήματα θεωρίας και νομολογίας), παράνομα αποδεικτικά μέσα δεν μπορούν να στηρίζουν κατηγορία (αποδεχόμενος, εμμέσως πλην σαφώς, ότι η παραβίαση του 370Α δεν δικαιολογείται σε καμία περίπτωση).

¹⁰ *ό.π. σελ. 42.*

¹¹ *Βλ. έτσι υπ' αριθμ. 1643/12.5.1993 έγγραφη πρόταση του Εισαγγελέα ΑΠ Γ. Πλαγιαννάκου προς την Ολομέλεια του ΑΠ για τις μαγνητοταινίες, ΥΠΕΡΑΣΠΙΣΗ, 1993, σελ. 1499 επόμ.*

¹² *υπ' αριθμ. 2466/18 της 2.9.1996.*

¹³ *ΝοΒ 37/1264.*

18.Προς επίρρωση των ανωτέρω αναφέρεται και η υπ' αριθμ. 7996-7997/1987 σχετική απόφαση του Εφετείου Αθηνών όπως και η υπ' αριθ. 136/1989 απόφαση του ΑΠ, η οποία αποτελεί επικύρωση της πρώτης. Ανάλογη άποψη διατυπώνεται και στην υπ' αριθμ. 9/1984 έκθεση αναίρεσης του τότε αντι-Εισαγγελέως Α. Βενάρδου. Στο αυτό, περίπου, μήκος κύματος κινούνται και οι, κλασσικές πλέον, αποφάσεις του Γερμανικού Ακυρωτικού Tonband-Fall¹⁴ και Tagebuch-Fall¹⁵, στις οποίες το δικαστήριο απέρριψε μαγνητοταινία στην πρώτη περίπτωση και ημερολόγιο στην δεύτερη, στηριζόμενο στην απαγόρευση αξιοποίησης παράνομων αποδεικτικών μέσων και στην θεμελιακή διάταξη περί προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, η οποία έχει καταγραφεί στο άρθρο 8 της Σύμβασης της Ρώμης (την οποία έχει επικυρώσει και η Ελλάδα, και η οποία Σύμβαση έχει αυξημένο τυπικό κύρος έναντι της εσωτερικής έννομης τάξης).

19."...συνεπώς πρέπει να κηρυχθούν ένοχοι οι κατηγορούμενοι ... αφού κατά τον χρόνο που έγινε η χρήση της μαγνητοταινίας δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις της άμυνας (παρούσα επίθεση) ή της κατάστασης ανάγκης (παρών και αναπότρεπτος με άλλα μέσα κίνδυνος) ή εκπλήρωση καθήκοντος που επιβάλλεται από το νόμο, το οποίο κατά πάσα περίπτωση, δεν μπορεί να κατισχύσει συνταγματικώς κατοχυρωμένου δικαιώματος, όπως είναι το απόρρητο της τηλεφωνικής συνδιαλέξεως ..." (απόσπασμα από την παραπάνω αναφερόμενη Εφετειακή απόφαση).

¹⁴ BGHSt τ. 14, σελ. 358 επόμε.

¹⁵ BGHSt τ. 19, σελ. 325 επόμε.

20."Είναι καιρός πια να αντιληφθούμε, ότι η ανθρώπινη αξιοπρέπεια πρέπει να γίνεται σεβαστή και στην ποινική δίκη και συνεπώς μια άλυτη σύγκρουση μεταξύ ανθρώπινης αξιοπρέπειας και συμφερόντων πρέπει να καταλήγει σε αποδεικτική απαγόρευση. Τώρα το τι είναι η ανθρώπινη αξιοπρέπεια, γι' αυτό πρέπει να κουράσουν το μυαλό τους πολλές γενιές ακόμα"¹⁶.

21.Είναι προφανές ότι η παραπάνω ακροβασία, (συχνά συναντώμενη στην πράξη τον τελευταίο καιρό), ανάμεσα στην νομιμότητα και την παρανομία, με την επίκληση λόγων άρσης του αδίκου στηρίζεται στη διστακτική στάση των Δικαστηρίων. Θα πρέπει να γίνει κατανοητό ότι η αυστηρότητα και η συνέπεια στην εφαρμογή του νόμου λειτουργούν ως «κοινωνική μοντελιστική» (σύμφωνα με την προσφυή έκφραση του V. Ferrari). Παράλληλα θα πρέπει να θεσμοθετηθεί στάδιο και διαδικασία απομάκρυνσης και καταστροφής των παράνομα αποκτηθέντων αποδεικτικών μέσων, προ πάσης ουσιαστικής εξέτασης της υπόθεσης, έτσι ώστε να μην υπάρχει καμία πιθανότητα επηρεασμού του κρίνοντος, ακόμη και ανεπιγνώτως.

¹⁶ *Beling Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozes, Breslau 1903, σ. 37.*