

Αποδεικτικές απαγορεύσεις και «δίκαιη» δίκη*

Αδάμ Χ. Παπαδαμάκης

Καθηγητής Νομικής Σχολής ΑΠΘ, Δικηγόρος

1. Ουσιώδεις όψεις του προβλήματος

Το ζήτημα αν υπάρχουν όρια στην αναζήτηση της ουσιαστικής αλήθειας και ειδικότερα αν μπορεί ο δικαστής να αναζητεί αποδεικτικά μέσα με οποιονδήποτε τρόπο και να τα αξιολογεί στο πλαίσιο της ελεύθερης εκτίμησης των αποδείξεων είναι μεν παλιό, πλην όμως συχνά απασχολεί τη θεωρία και νομολογία ενώ κατά καιρούς εμφανίζεται και πιεστικά επίκαιρο.

Πρόκειται για την λεγόμενη αποδεικτική αξιοποίηση παράνομων αποδεικτικών μέσων η οποία από μόνη της θέτει το δίλημμα: Θα προτιμηθεί η ανεύρεση της ουσιαστικής αλήθειας, έστω και με ένα παράνομο (ή και δικονομικά ανεπίτρεπτο) αποδεικτικό μέσο και κατ' επέκταση η αποκάλυψη και τιμωρία εγκλήματος ή η προστασία αγαθών που προσβάλλονται από την παράνομη αναζήτηση και αξιοποίηση των αποδεικτικών μέσων με κίνδυνο το έγκλημα να μείνει αναπόδεικτο και επομένως ατιμώρητο;

α) Σε απόφαση του Γερμανικού Ακυρωτικού (BGHSt. 14, 358, 365) υπάρχει η περίφημη διατύπωση *«Δεν αποτελεί αρχή του ποινικού δικονομικού δικαίου η αναζήτηση της αλήθειας με οποιοδήποτε τίμημα»*. Οι περιορισμοί στην ελεύθερη αναζήτηση αποδεικτικών στοιχείων προκύπτουν πρωτίστως από την ανάγκη προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων του ατόμου. Έτσι η απόσπαση της ομολογίας του κατηγορουμένου με βασανιστήρια όχι μόνο

* Κείμενο εισήγησης στην επιστημονική εκδήλωση με θέμα *«Ποινική δίκη και Παράνομα αποδεικτικά μέσα»* που διοργάνωσε η Επιτροπή Επιμόρφωσης και Επαγγελματικής κατάρτισης Δικηγόρων του Δικηγορικού Συλλόγου Θεσσαλονίκης και ο Σύλλογος Μεταπτυχιακών φοιτητών και Υποψηφίων Διδασκόντων Νομικής ΑΠΘ, στη Θεσσαλονίκη την Δευτέρα 15 Φεβρουαρίου 2016.

απαγορεύεται (και τιμωρείται ως βαρύτατη αξιόποινη πράξη) αλλά εκθέτει και ένα ολόκληρο σύστημα νομικού πολιτισμού. Ούτε λόγος φυσικά για αποδεικτική αξιοποίηση μιας τέτοιας ομολογίας. Άλλης τάξεως ζήτημα είναι κατ' αρχήν - όπως θα δούμε - η μέσω της υποκλοπής ενός τηλεφωνήματος, ανάμεσα στο δράστη και σε συνεργάτη του, ανεύρεση του όπλου και των δακτυλικών αποτυπωμάτων του. Επίσης η κατ' οίκον έρευνα (ή η σωματική έρευνα) για την ανακάλυψη αποδεικτικών στοιχείων επιτρέπεται μόνο κάτω από συγκεκριμένες συνθήκες και εφόσον τηρηθούν ορισμένες διασφαλιστικές προϋποθέσεις (άρθρα 5 και 9 Συντάγματος, 8 ΕΣΔΑ, 253-258 ΚΠΔ). Οι προϋποθέσεις αυτές περιορίζουν βέβαια την αρχή της αναζήτησης της ουσιαστικής αλήθειας και, μαζί με άλλες, αγγίζουν τον ίδιο τον πυρήνα της «ηθικής απόδειξης». Το πρόβλημα, αν υπάρχουν ή όχι αληθινές εξαιρέσεις από την αρχή της ηθικής απόδειξης (απεριόριστο των αποδεικτικών μέσων) προκύπτει από τη στιγμή που οι περιορισμοί θα παραγνωριστούν και θα παραβιαστούν. Αν, λοιπόν, αποδεικτικά μέσα που αποκτήθηκαν κατά παράβαση των απαγορεύσεων γίνονται προσιτά στο δικαστήριο, μπορεί το τελευταίο να χρησιμοποιήσει και να εκτιμήσει ελεύθερα και αυτού του είδους τις αποδείξεις; Πρόκειται για ζήτημα λεπτό και δυσχερές ενώ συχνά κατά το παρελθόν βρέθηκε στο επίκεντρο έντονων αμφισβητήσεων¹.

β) Εδραιωμένη είναι πλέον η άποψη ότι η λειτουργία και αποστολή των αποδεικτικών απαγορεύσεων συνδέεται άρρηκτα με την αρχή της δίκαιης

¹ Βλ. *Ανδρουλάκη*, Θεμελιώδεις έννοιες της ποινικής δίκης 2008³, σελ. 207 επ., 468 επ., *A. Σπινέλλη*, Αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική δίκη, ΠοινΧρον 1986.869 επ., *N. Δημητράτου*, Περί των αποδεικτικών απαγορεύσεων στην ποινική δίκη, 1992, σελ. 25 επ., *X. Νάϊντου*, Αποδεικτικές απαγορεύσεις στην ποινική δίκη, 2010, σελ. 1-24, *Denker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, 1977, σελ. 3 επ., *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 1998²⁵, § 24 III

δίκης, όπως αυτή αποτυπώνεται στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ². Τότε μόνο μία δίκη είναι «έντιμη και δίκαιη», όταν ένα παρανόμως κτηθέν αποδεικτικό μέσο δεν επιτρέπεται να αξιοποιηθεί. Αν, λοιπόν, δεν αποτελεί σκοπό της ποινικής δίκης η με οποιοδήποτε τίμημα αναζήτηση της αλήθειας, πρέπει ασφαλώς να διαφυλαχθεί με κάθε τίμημα ο κατηγορούμενος, προκειμένου να μην καταστεί από δικονομικό υποκείμενο σε απλό αντικείμενο³. Επομένως, η αρχή της δίκαιης δίκης και η προστασία των ατομικών εννόμων αγαθών μπορούν να αποτελέσουν αφετηρία για το αξιοποιήσιμο ή μη των αποδεικτικών μέσων στην ποινική δίκη⁴.

γ) Σιγά-σιγά, ωστόσο, άρχισε να αποσαφηνίζεται ότι το αληθινό και πράγματι μεγάλο πρόβλημα σε σχέση με μία παράνομη ή άκυρη ανακριτική πράξη βρισκόταν αλλού. Ανέκυψε, λοιπόν, το ζήτημα, αν μπορεί ο δικαστής να αξιολογήσει και εκτιμήσει ελευθέρως νέα αποδεικτικά μέσα (νόμιμα καθεαυτά), που όμως παρήχθησαν, είτε μέσω μιας άκυρης (συχνά και παράνομης ανακριτικής πράξης, λ.χ. εκβιασθείσα ομολογία, επέμβαση στο σώμα, βασανισμός) είτε από προηγούμενη δικονομικά άκυρη ανακριτική πράξη⁵. Προς την κατεύθυνση αυτή υποστηρίχθηκε κατ' αρχάς ότι το αποδεικτικό στοιχείο που παρήχθη από την παράνομη ανακριτική πράξη δεν επιτρέπεται να αξιοποιηθεί, δεδομένου ότι υπάρχει μία απώτερη επενέργεια (Fernwirkung) των αποδεικτικών απαγορεύσεων που είναι παρόμοια με την αμερικανική θεωρία των «καρπών του απαγορευμένου-δηλητηριώδους δέντρου» (fruits of the poisonous tree doctrine). Έτσι το Ανώτατο Δικαστήριο

² Βλ. *Körper*, JZ 1990.416.

³ Βλ. *Ανδρουλάκη*, ό.π., σελ. 207, *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1947, σελ. 52 επ.

⁴ Βλ. *Roxin*, ό.π., *Körper*, ό.π., σελ. 416, *Dalakouras*, Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimshäre, 1988, σελ. 122 επ.

⁵ Βλ. *Σπινέλλη*, ό.π., σελ. 865 επ., *Δημητράτου*, ό.π., σελ. 56, *Τζαννετή*, Αποδεικτικές απαγορεύσεις και εναλλακτική νόμιμη κτήση αποδείξεων, ΠοινΧρον 1995.31 επ.

των ΗΠΑ αποκλείει τη χρησιμοποίηση όσων αποδείξεων προέκυψαν από έρευνες ή κατασχέσεις που έγιναν παράνομα. Ως ratio αυτών των «exclusionary rules» αναφέρονται, αφενός μεν ο εκφοβισμός και η αποτροπή των ανακριτικών υπαλλήλων από παραβάσεις των προστατευτικών για τους πολίτες διατάξεων, οι οποίες κατά κανόνα απολαύουν συνταγματικό κύρος, αφετέρου δε το ηθικά απαράδεκτο της στήριξης μιας καταδίκης στην παρανομία⁶. Έρεισμα φαίνεται να βρήκε και η αντίθετη εκδοχή, κατά την οποία η απαγόρευση χρησιμοποίησης και των έμμεσων αποδεικτικών μέσων θα παρεμπόδιζε την εξέλιξη της ποινικής δίκης και θα αντιστρατευόταν μία αποτελεσματική αντεγκληματική πολιτική⁷.

δ) Μία προσπάθεια σύζευξης των ανωτέρω αντιτιθέμενων εκδοχών φαίνεται να συνιστά η υποθετική νόμιμη κτήση των αποδεικτικών μέσων («εναλλακτική νόμιμη διαδικασία»), κατά την οποία και ένα παρανόμως κτηθέν αποδεικτικό μέσο επιτρέπεται να χρησιμοποιηθεί, αν μπορεί να αποδειχθεί ότι αυτό θα μπορούσε να αποκτηθεί με νόμιμο τρόπο. Η άποψη αυτή, ωστόσο, σωστά αποκρούεται με μία σειρά από επιχειρήματα όπως ότι: βασίζεται σε μία υποθετική αιτιότητα με δυσκολίες απόδειξης, προεξοφλεί κατά το περιεχόμενό της την απόφαση ενός δικαστικού λειτουργού ενώ παράλληλα δεν αναιρείται η προσβολή των δικαιωμάτων του κατηγορουμένου, που ήδη έχει επέλθει⁸.

ε) Περισσότερο διαδεδομένες είναι οι λεγόμενες «σταθμιστικές θεωρίες», σύμφωνα με τις οποίες η νομιμότητα ή το παράνομο της αξιοποίησης ενός

⁶ Βλ. Ανδρουλάκη, ό.π., σελ. 212, Σπινέλλη, ό.π., σελ. 875, Δημητράτου, ό.π., σελ. 26, Langbein, Comparative Criminal Procedure, 1977, σελ. 68 επ.

⁷ BGHSt 32.71, BGHSt 34.362.

⁸ Βλ. σχετ. Τζαννετή, ό.π., σελ. 16 επ., Γ. Τριανταφύλλου, Η ρύθμιση και η λειτουργία των ερευνών κατά τον Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, 1997, σελ. 415, Λίβου, Η δικονομική αξιολόγηση των τυχαίων ευρημάτων, Τιμ. Τόμος Γ.Α. Μαγκάκη, 1999, σελ. 525 επ., Roxin, ό.π. παρ. 148.

αποδεικτικού στοιχείου προκύπτει από την έκβαση μιας *in concreto* στάθμισης ανάμεσα σε δύο συγκρουόμενες δικαιοίκες αρχές, την προστασία των ατομικών δικαιωμάτων αφενός και την αποτελεσματική λειτουργία της δικαιοσύνης αφετέρου. Εδώ, λοιπόν, οφείλουμε να σταθμίσουμε μεταξύ της βαρύτητας του διωκόμενου εγκλήματος, της σοβαρότητας της δικονομικής παρατυπίας, του προστατευτικού σκοπού του παραβιασθέντος κανόνα δικαίου αλλά και της ανάγκης προστασίας του *θιγομένου από* την παραβίαση της αποδεικτικής απαγόρευσης. Πρόκειται ασφαλώς για διατύπωση απόψεως με ενδιαφέρουσες πτυχές εξορθολογισμού και αναζήτησης αποδεκτών κάθε φορά λύσεων. Το αδύνατο σημείο των θεωριών αυτών είναι ότι καταφεύγουν σε ελαστικά και περιστασιακά κριτήρια, τα οποία δεν εγγυώνται την ενότητα των εξακτέων συμπερασμάτων, καθώς κάποιες φορές συνδέονται με το περί δικαίου αίσθημα του εκάστοτε ερμηνευτή, οπότε πια η στάθμιση χάνει και την εσωτερική της θεμελίωση. Συχνά μάλιστα οι θεωρίες αυτές παρακάμπτουν θεμελιώδεις εγγυήσεις και σοβαρούς δικονομικούς τύπους για χάρη μιας ασαφώς νοούμενης καταπολέμησης «βαρέων εγκλημάτων». Άλλωστε, κατά κανόνα, τη στάθμιση μεταξύ δύο αντιτιθέμενων δικαιοικών αρχών την έχει κάνει ο ίδιος ο νομοθέτης και έτσι ο δικαστής δεν χρειάζεται να επιχειρεί, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, νέα στάθμιση. Μόνο όταν οι αξιολογήσεις του νομοθέτη, είτε δεν εκφέρονται καθόλου είτε παραμένουν ασαφείς ή «ανοιχτές», υπάρχει περιθώριο για επικουρική προσφυγή στην στάθμιση των παραμέτρων, που ενδιαφέρουν την εκάστοτε περίπτωση⁹.

⁹Βλ. *σχετ. Σπινέλλη, ό.π., σελ. 880, Δημητράτου, ό.π., σελ. 59, Τζαννετή, ό.π., σελ. 10 επ., Αγγ. Κωνσταντινίδη, Έρευνες και κατασχέσεις σε δικηγορικά γραφεία, ΜΝΗΜΗ II, Β', 1996, σελ. 583 επ., Λίβου, ό.π., σελ. 538, Rogal, ZStW 91 (1979) 35, BGHSt 24.130, BGHSt 38.148-149.*

στ) Ειδικά στο χώρο των *συνταγματικών αποδεικτικών απαγορεύσεων*, ούτε η στάθμιση ούτε και οι αναγωγές στην υποθετική αιτιότητα είναι ευχερώς εφαρμόσιμες. Όταν, λοιπόν, το έννομο αγαθό που πλήττεται από την παράνομη αξιοποίηση αποδεικτικών μέσων έχει *συνταγματικό κύρος*, αναγνωρίζεται δηλαδή ως θεμελιώδες δικαίωμα, τότε κατ' αρχάς κατισχύει της αρχής της αναζήτησης της ουσιαστικής αλήθειας. Έτσι, η ανεπιφύλακτη προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας (άρθρο 2 παρ. 1 Σ) προέχει απέναντι και στην αρχή της αναζήτησης της ουσιαστικής αλήθειας¹⁰. Επομένως, η διά της βίας εκμαιευόμενη ομολογία είναι απολύτως ανεπίδεκτη αξιοποίησεως, γιατί συνιστά βάναυση καταπάτηση της αξιοπρέπειας του κατηγορουμένου (πρβλ, όμως και την ΑΠ 761/1973 ΠοινΧρ 1973.806, που - καθόλου πειστικά- αναγνώρισε την αποδεικτική αξία της διά της βίας αποσπασθείσας ομολογίας του κατηγορουμένου). Η αναγνώριση μιας πρώτης βαθμίδας προστασίας ή, με άλλη διατύπωση, ενός πρώτου προχώματος ασφάλειας, υπερβαίνει το διαγραφόμενο από το άρθρο 2 παρ. 1 Συντ. πλαίσιο και *εκτείνεται* και σε εκείνες τις αποδεικτικές απαγορεύσεις, οι οποίες πλήττουν το σκληρό πυρήνα των καθ' έκαστον δικαιωμάτων και κυρίως του δικαιώματος επί της προσωπικότητας. Έτσι η κρυφή μαγνητοφώνηση ή βιντεοσκόπηση συνομιλιών καθώς και οι *τηλεφωνικές* υποκλοπές προσβάλλουν βάναυσα το συνταγματικά προστατευόμενο δικαίωμα στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας (άρ. 5 § 1 Συντ.), της ελευθερίας της

¹⁰ Βλ. *Ανδρουλάκη*, Θεμελιώδεις έννοιες, ό.π., σελ. 208, *Σπινέλλη*, ό.π., σελ. 884, *Δημητράτου*, ό.π., σελ. 43, *Τζαννετή*, ό.π., σελ. 14, *Kürper*, NStZ 1990.417· πρόκειται για τη λεγόμενη «*θεωρία των βαθμίδων*» («*Stufentheorie*»), η οποία διαμορφώθηκε στη νομολογία του Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου: BVerfGE 34.238, BVerfGE 44.372 και έχει επιδοκιμασθεί από την πλειοψηφία των θεωρητικών.

επικοινωνίας (άρ. 19 § 1α Συντ.) ενώ κάποτε και της ανθρώπινης αξιοπρέπειας (άρ. 2 § 1 Συντ.)¹¹.

Στο χώρο που απομένει και κείται πέραν του σκληρού πυρήνα θεμελιωδών δικαιωμάτων η προστασία της προσωπικότητας- ιδιωτικότητας ενώ μέχρι πρότινος ήταν σχετικοποιημένη (: η αξιοποίηση του παράνομου αποδεικτικού μέσου κατ' αρχήν ήταν απαγορευμένη· αν όμως επρόκειτο για σοβαρό κακούργημα μπορούσε με απόφαση του δικαστηρίου να επιτραπεί η αποδεικτική αξιοποίησή του) με το άρ. 10 ν. 3674/2008 τροποποιήθηκε το άρ. 177 § 2 ΚΠΔ και προβλέφθηκε ότι: *αποδεικτικά μέσα που έχουν αποκτηθεί με αξιόποινες πράξεις ή μέσω αυτών, δεν λαμβάνονται υπόψη στην ποινική διαδικασία*. Η εν λόγω ρύθμιση βρίσκεται σε αντιστοιχία με τη διάταξη του άρ. 19 § 3 του Συντάγματος και συνιστά επέκταση της αποδεικτικής απαγόρευσης σε κάθε αποδεικτικό μέσο που έχει αποκτηθεί με αξιόποινη πράξη ή μέσω αυτής¹².

ζ) Εντελώς πρόσφατα με το άρθρο 65 του ν. 4356/2015 για το «Σύμφωνο συμβίωσης κλπ» προβλέφθηκε μια εξαίρεση από τον κανόνα του αρ. 177§2 ΚΠΔ αλλά – παρά το ότι δεν ομολογείται και από τον κανόνα του αρ. 19. § 3 Συντ. Ειδικότερα όταν πρόκειται για κακούργηματα που εμπίπτουν στην

¹¹ Έτσι *Ανδρουλάκης*, ό.π., σελ. 209. Πρβλ. ΑΠ 560/2010, ΠοινΧρον 2011.193, η οποία ενώ δέχεται ότι η χρησιμοποίηση στη δίκη, παρά την εναντίωση του κατηγορουμένου, παράνομου αποδεικτικού μέσου δημιουργεί απόλυτη ακυρότητα της διαδικασίας στο ακροατήριο, γιατί προσβάλλει τα υπερασπιστικά δικαιώματα του κατηγορουμένου, καταλήγει ότι το υλικό των φωτογραφικών αποτυπώσεων δεν αποτελεί στοιχείο ανταπόκρισης ή επικοινωνίας και επομένως δεν ισχύουν οι διατάξεις των άρ. 19 § 1 Συντ. και ν. 2225/1994. Πρόκειται νομίζω για μια γενίκευση που αντιπαρέρχεται τις παρενέργειες της κρυφής (παράνομης) φωτογράφισης στο πεδίο των προσωπικών δεδομένων (άρ. 9Α Συντ., ν. 2472/1997). Έπειτα οι φωτογραφικές αποτυπώσεις από βιντεοκασέτα και η, μετά ταύτα, αποδεικτική τους αξιοποίηση δεν αποτελούν τον πυρήνα απαγόρευσης του άρ. 9Α Συντ.;

¹² Βλ. σχετ. *Α. Ζύγουρα*, Η δικονομική αξιοποίηση υπό των ιδιωτών των παρανόμως αποκτηθέντων υπ' αυτών αποδεικτικών μέσων μετά την τελευταία νομοθετική μεταβολή, ΠοινΧρον2008.1013, *Γ. Καλφάλη*, Παράβαση της ιδιωτικότητας και κάμερες, ΠοινΧρον 2009.865 επ., *Δ. Ζαμιανίτη*, Παράνομη βιντεοσκόπηση ή μαγνητοφώνηση και αξιοποίηση του προϊόντος υποκλοπής από τα ΜΜΕ, ΠοινΔικ 2010.1028 επ.

αρμοδιότητα του εισαγγελέα οικονομικού εγκλήματος ή του εισαγγελέα διαφθοράς, μιλάμε δηλαδή κατ' ουσίαν για πράξεις φοροδιαφυγής και διαφθοράς, δεν εφαρμόζεται η απαγόρευση του άρ. 177§2 ΚΠΔ εφόσον το αποδεικτικό μέσο αφορά πληροφορίες ή στοιχεία, στα οποία οι ανωτέρω εισαγγελείς έχουν κατά νόμο δικαίωμα πρόσβασης. Ενώ στη συνέχεια επεξηγείται ότι η χρήση των παραπάνω αποδεικτικών μέσων, τόσο για την παραπομπή όσο και για τη δίκη, γίνεται δεκτή εφόσον κριθεί αιτιολογημένα: α) ότι η βλάβη που προκαλείται με την κτήση είναι σημαντικά κατώτερη κατά το είδος, την σπουδαιότητα και την ένταση από τη βλάβη ή τον κίνδυνο που προκάλεσε η ερευνώμενη πράξη β) η απόδειξη της αλήθειας θα είναι διαφορετικά αδύνατη και γ) η πράξη με την οποία το αποδεικτικό μέσο αποκτήθηκε δεν προσβάλλει την ανθρώπινη αξία.

Παρά τις φιλότιμες, όπως εκτιμώ, διαθέσεις των συντακτών της τελευταίας ρύθμισης, εντούτοις ο νόμος αυτός βαρύνεται από προχειρότητα, έλλειψη νομοτεχνικής αρτιότητας και εν τέλει καταλήγει να αποπνέει ανάγκες επικοινωνιακής σπουδής. Ενώ περαιτέρω, υπό μια έννοια, η ρύθμιση καθιερώνει ένα πλαστό δίλημμα, που επισείεται ως μέτρο ελέγχου και αποτίμησης του «δημόσιου συμφέροντος» κλείνοντας στον ερμηνευτή και κυρίως στον εφαρμοστή πονηρά το μάτι! Το θέμα βέβαια είναι μεγάλο και εδώ μόνο ο σχηματικός του πρόλογος θα είχε θέση. Περιορίζομαι, λοιπόν, ενείδει μιας πρωτοβάθμιας κριτικής να εκθέσω τα ακόλουθα:

Πρώτον, από την αιτ. έκθεση [έκθεση αξιολόγησης συνεπειών διάταξης] και το κείμενο του νόμου προκύπτει μία πρώιμη – προκαταβολική στάθμιση της φοροδιαφυγής και της διαφθοράς με το τρωθέν θεμελιώδες ατομικό δικαίωμα. Έτσι όμως ό,τι δεν επιτρέπεται για μια ανθρωποκτονία με πρόθεση,

ένα βιασμό ή μια εγκληματική (ή τρομοκρατική) οργάνωση, επιτρέπεται για τη φοροδιαφυγή ή τη διαφθορά. Είναι φανερό ότι ανατρέπεται η ιεραρχία των νομικών αξιών και το μήνυμα που εκπέμπεται είναι πρώτα τα δημοσιονομικά έσοδα και μετά η ανθρώπινη ζωή. Πρώτα η είσπραξη των φόρων και μετά η προσωπική ελευθερία του πολίτη! Εξάλλου, το επιχείρημα «ότι το κύρος της Δικαιοσύνης βλάπτεται» αν δεν διαλευκανθεί η τέλεση των εγκλημάτων φοροδιαφυγής και διαφθοράς και ως εκ τούτου μπροστά στη «δυσκολία της απόδειξης» οφείλει να υποχωρεί η απαγόρευση των παράνομων αποδεικτικών μέσων, διαβάλλει την αποτελεσματικότητα ενός ολόκληρου συστήματος ποινικής καταστολής και εκθέτει τη δημόσια εικόνα της ίδιας της Δικαιοσύνης.

Δεύτερον, όσοι επιχειρηματολογούν υπέρ της ρύθμισης διατείνονται ότι και μετά την Αναθεώρηση του Συντάγματος (2001) και τη θέσπιση του άρ. 19§3 τα δικαστήρια προέβαιναν σε σταθμίσεις και έκαναν δεκτή και τη χρήση παράνομων αποδεικτικών μέσων. Εδώ ωστόσο υπάρχει μια παρανόηση. Πράγματι υπήρχε ερμηνευτική διέξοδος για τη χρήση παρανόμων αποδεικτικών μέσων. Πότε όμως; Μόνο σε οριακά ακραίες υπαρξιακές καταστάσεις σύγκρουσης θεμελιωδών δικαιωμάτων. Πρόκειται για σύγκρουση αντίπαλων θεμελιωδών δικαιωμάτων, η οποία δημιουργούσε μια *αποδεικτική κατάσταση ανάγκης*, και η οποία πράγματι επέβαλε τη διαδικασία της στάθμισης. Παράδειγμα: Κάποιος εκβιάζει τηλεφωνικά ένα πρόσωπο με την απειλή θανάτωσης ή ομηρίας του παιδιού του. Εν προκειμένω μπορεί να σταθμιστεί η ζωή του παιδιού ως υπερέχουσα αξία και να καμφθεί το δικαίωμα επικοινωνίας του υπαιτίου. Στην ίδια κατεύθυνση κινείται και η χρήση παράνομου αποδεικτικού μέσου για την απόδειξη αθωότητας εφόσον

είναι το μόνο αποδεικτικό μέσο. Επομένως οι σταθμίσεις αφορούν *αντίπαλα θεμελιώδη δικαιώματα* και όχι με το δημόσιο συμφέρον. Τυχόν επίκληση του τελευταίου πλήττει την αμυντική λειτουργία των ατομικών δικαιωμάτων ενώ και η όποια στάθμιση διολισθαίνει πια ανάμεσα στις πολιτικές του κράτους και στα θεμελιώδη δικαιώματα, γεγονός που καταργεί τον φιλελεύθερο χαρακτήρα της ποινικής διαδικασίας και τείνει να αποθεώσει το «υγιές περί δικαίου αίσθημα».

Επ' αυτού πρέπει να είμαστε υποψιασμένοι, ακριβώς γιατί η υιοθέτηση του κριτηρίου αυτού οδηγεί, χωρίς βεβαίως να αποδίδεται σχετική πρόθεση στους συντάκτες του νόμου, σε απρόβλεπτα άκρα με υπέρτατο ιστορικό παράδειγμα την υιοθέτηση τέτοιων εννοιών κατά την εθνικοσοσιαλιστική εποχή¹³. Φυσικά η άσκηση της φορολογικής πολιτικής και η συγκέντρωση πληροφοριών από τη Διοίκηση είναι μια αναγκαιότητα για την οποία όλοι συμφωνούμε. Το ίδιο κατά μείζονα λόγο ισχύει και στην αποκάλυψη της διαφθοράς από τους εντεταλμένους διοικητικούς μηχανισμούς. Άλλο ζήτημα είναι όμως η απόδειξη της ενοχής στην ποινική διαδικασία, όπου το τεκμήριο αθωότητας οφείλει να κάμπτεται μόνο με όρους νομιμότητας και πάντοτε επί τη βάσει των αρχών της «δίκαιης δίκης».

2. Οι υφιστάμενες ρυθμίσεις

Η σε βαρύτητα και σημασία υπεροχή εννόμων αγαθών με συνταγματικό κύρος αποτυπώνεται σήμερα στην αναθεωρημένη διάταξη του άρθρου 19 παρ. 3 του Συντάγματος. Σύμφωνα με την εν λόγω διάταξη, *απαγορεύεται η*

¹³ Βλ. και Η.Αναγνωστόπουλου, Εισήγηση στο σεμινάριο της Ένωσης Ελλήνων Ποινικολόγων, του Δικ. Συλλόγου Αθηνών και της Ελληνικής Εταιρίας Ποινικού Δικαίου, Αθήνα, 19-1-2016, (αδημ.). Επίσης την Παρέμβαση την ίδια δημόσια συζήτηση του Αρ. Τζαννετή (αδημ.)

χρήση αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί κατά παράβαση του άρθρου αυτού και των άρθρων 9 και 9Α. Γίνεται, λοιπόν, φανερό ότι οι κανόνες επίλυσης της σύγκρουσης μεταξύ αποδεικτικών απαγορεύσεων που πλήττουν θεμελιώδη συνταγματικά δικαιώματα και της αποκάλυψης των εγκλημάτων προτάσσουν την προστασία των δικαιωμάτων και παραμερίζουν την αποδεικτική αποκάλυψη των εγκλημάτων. Επομένως στην περίπτωση που αποδεικτικά στοιχεία αποκτώνται με κατάλυση του θεμελιώδους δικαιώματος του ασύλου της κατοικίας, η απαγόρευση χρήσης αυτών των αποδεικτικών μέσων είναι ρητή (άρθρο 19 παρ. 3Σ). Γεννάται, ως εκ τούτου, από πρώτη άποψη, απόλυτη απαγόρευση αξιοποίησης, η οποία και ουδέποτε κάμπτεται χάριν της αποτελεσματικής λειτουργίας της ποινικής δικαιοσύνης. Δεν χωρεί, λοιπόν, στάθμιση αλληλοσυγκρουόμενων συμφερόντων ούτε και συνεκτίμηση της υποθετικής αιτιότητας. Αν, λοιπόν, μπορεί να συναχθεί ένα πρώτο συμπέρασμα από τα παραπάνω, αυτό ασφαλώς ευνοεί την παραδοχή της άποψης, ότι αποδεικτικά μέσα τα οποία αποκτήθηκαν κατά παράβαση των άρθρων 9, 9Α και 19 § 3 Συντ., ουδέποτε αξιοποιούνται αποδεικτικά σε όλο το φάσμα της ποινικής διαδικασίας. Πρόκειται ήδη, μετά την αναθεώρηση του Συντάγματος τον Απρίλιο του 2001, για απόλυτη απαγόρευση αξιοποίησεως η οποία υποχρεώνει τον δικαστή να αποχωρίζει τα παρανόμως κτηθέντα αποδεικτικά μέσα (ευρήματα) από το αξιολογούμενο αποδεικτικό υλικό, δεδομένου ότι η απαγόρευση του άρθρου 19 παρ. 3 Σ, κατά «ευρωπαϊκή αλλά ίσως και παγκόσμια πρωτοτυπία» είναι απόλυτη, άμεσα εφαρμόσιμη και παραμερίζει κάθε αντίθετη διάταξη νόμου¹⁴.

¹⁴ Βλ. Ε. Βενιζέλου, Το Αναθεωρητικό κεκτημένο, 2002, σελ. 148· πρβλ. και Γ. Καμίνη, Παράνομα αποδεικτικά μέσα και συνταγματική κατοχύρωση των ατομικών δικαιωμάτων, 1998, σελ. 202-204., Ανδρουλάκη, ό.π., σελ. 470.

Αντίστοιχη απαγόρευση, δηλαδή απόλυτη και χωρίς καμιά στάθμιση θεσμοθετείται, όπως ήδη αναφέρθηκε, με τη νέα διάταξη του άρ. 177 § 2 ΚΠΔ, η οποία αποκλείει από όλο το φάσμα της ποινικής διαδικασίας την αποδεικτική αξιοποίηση μέσων που αποκτήθηκαν με (οποιαδήποτε) αξιόποινη πράξη ή μέσω αυτής. Πρόκειται εδώ, χωρίς αμφιβολία, για μια ακραία και άστοχη μορφή αποδεικτικής απαγόρευσης η οποία νομίζω θα μπορούσε να διατυπωθεί έτσι, ώστε να υπόκειται σε μια διαβάθμιση (σχετικοποίηση), κυρίως με βάση την αρχή της αναλογικότητας όπως άλλωστε συνέβαινε με την μορφή που έλαβε το αρ. 177 με τον ν. 2408/1996. Και με τη μορφή αυτή πάντως η ρύθμιση του άρ. 177 § 2 ΚΠΔ θα πρέπει οπωσδήποτε να υπόκειται σε μια στάθμιση με βάση τους γενικούς λόγους άρσης του αδικού και του καταλογισμού σε σχέση με την αξιόποινη πράξη με την οποία αποκτάται το μέσο (λ.χ. τηλεφωνική καταγραφή των απειλών του εκβιαστή¹⁵).

Σε συνάρτηση προς τα ήδη αναφερθέντα η διάταξη του άρ. 19§3 Συντ. αλλά και η διάταξη του άρ. 177§2 ΚΠΔ δεν μπορούν να αποκλείσουν την αξιοποίηση παράνομα αποκτηθέντος αποδεικτικού μέσου *προς όφελος του κατηγορουμένου*, ιδίως αν η αθωότητά του προκύπτει άμεσα από αυτό και δεν μπορεί να αποδειχθεί κατ' άλλο τρόπο. Και αυτό γιατί υπέρ της αξιοποίησης συνηγορεί, μαζί με την αναζήτηση της ουσιαστικής αλήθειας, και η ελευθερία και κατ' επέκταση η αξιοπρέπεια του αθώου κατηγορουμένου¹⁶.

¹⁵ Βλ. σχετ. *Ανδρουλάκη*, ό.π., σελ. 216.

¹⁶ Βλ. σχετ. *Μανωλεδάκη*, Ασφάλεια και Ελευθερία, 2002, σελ. 175, *Ανδρουλάκη*, ό.π., σελ. 211, *Δημητράτου*, ό.π., σελ. 52 επ., *Τζ. Ηλιοπούλου-Στράγγα*, Χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων και δικαίωμα υπεράσπισης του κατηγορουμένου, 2003, σελ. 81 επ., ΑΠ 1351/1997, ΠοινΧρον 1998.965, ΟΛΑΠ (πολιτ.) 1/2001, ΠοινΛογ 2001.2201. Επίσης ΑΠ 611/2006 ΝοΒ 2007.150 με παρατ. 27. *Χούρσογλου*, ΔιατΕισΕφΘεσ 83-84 (*Β. Θεοδώρου*), ΠοινΔικ 2003.274 επ. με παρατ. *Γ. Νούσκαλη*. - Αν το αποδεικτικό μέσο αποδεικνύει την ενοχή ενός συγκατηγορουμένου και την αθωότητα άλλου είναι νομίζω επιβεβλημένο για τον

Ένα πρώτο συμπέρασμα: κατ' ορθή εκδοχή ο περιορισμός του απόλυτου χαρακτήρα της απαγόρευσης θα πρέπει να προχωρήσει ακόμη παραπέρα κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας. Έτσι τουλάχιστον σε κάποιες ακραίες περιπτώσεις, όπου η απαγόρευση οδηγεί σε κατάλυση του δικαιώματος του πολίτη σε δικαστική ακρόαση και έννομη προστασία (άρ. 20§1 Συντ), με συνέπεια να θίγεται ως και η ανθρώπινη αξία στο πρόσωπο ενός σε απόγνωση ευρισκόμενου απροστάτευτου *θύματος* αξιόποινων πράξεων, που μόνο με την αξιοποίηση παράνομα κτηθέντος μέσου («εκβίαση με απειλή της ζωής του παιδιού») μπορεί να προστατευθεί, η χρησιμοποίηση του μέσου επιβάλλεται από την αρχή της αναλογικότητας¹⁷.

Μια τελευταία κατηγορία αποδεικτικών απαγορεύσεων προκύπτει από διατάξεις το ΚΠΔ. Ενδεικτικά μπορεί να αναφερθεί η απαγόρευση αξιοποίησης (σε βάρος του εννοείται) της σιωπής του κατηγορουμένου (άρ. 273 ΚΠΔ), η παράτυπη εξέταση του «υπόπτου» στην προκαταρκτική εξέταση (άρ. 31 § 2 ΚΠΔ), η «μαρτυρική κατάθεση» του κατηγορουμένου στην αστυνομική προανάκριση (άρ. 105 ΚΠΔ), μόνη η μαρτυρία-απολογία συγκατηγορουμένου για θεμελίωση ενοχής άλλου συγκατηγορουμένου (άρ. 211Α ΚΠΔ) κ.λπ.

3. Αξιολογική Ανάλυση

Έχοντας υπόψη τα αναφερθέντα μπορούμε να κατανείμουμε τις αποδεικτικές απαγορεύσεις σε τρεις κατηγορίες:

α) Στην πρώτη εμπίπτουν οι *συνταγματικές απαγορεύσεις* με προεξάρχουσα εκείνη που αφορά την προστασία της όντως απόλυτης

τελευταίο να λαμβάνει χώρα ένα είδος «μερικής» αξιοποίησης· βλ. σχετ. ΑΠ 1351/1997 ό.π., ΑΠ 611/2006 ό.π.

¹⁷ Βλ. Ανδρουλάκη, ό.π., σελ. 471.

ανθρώπινης αξίας (άρ. 2 § 1 Συντ), η οποία ευλόγως παραμερίζει την αναζήτηση της όποιας ουσιαστικής αλήθειας, και σε σύστοιχη προέκταση τη διάταξη του άρ. 19§3 Συντ., η οποία, με την επιφύλαξη της, κατά τα άνω, θεμιτής ερμηνευτικής σύζευξης με την αρχή της αναλογικότητας, απαγορεύει τη χρήση αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί κατά παράβαση του άρθρου αυτού (: απόρρητο των επιστολών και της ελεύθερης επικοινωνίας) και των άρθρων 9 (: παραβίαση του ασύλου της κατοικίας, της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του ατόμου) και 9Α (: προστασία προσωπικών δεδομένων).

β) Στη δεύτερη κατηγορία εμπίπτουν οι *ποινικές απαγορεύσεις* δηλαδή εκείνες οι οποίες, χωρίς να συνιστούν συνταγματικές απαγορεύσεις, προϋποθέτουν τέλεση αξιόποινης πράξης για την απόκτηση ενός αποδεικτικού μέσου (λ.χ. η εξασφάλιση αποδεικτικού στοιχείου με κλοπή, υπεξαγωγή εγγράφου, δωροδοκία, ή με την παραβίαση της επαγγελματικής εχεμύθειας κατ' άρ. 371 ΠΚ). Στις περιπτώσεις αυτές, κατ' ορθή εκδοχή, μπορεί να υπάρξει αξιολογική στάθμιση με ερμηνευτική αιχμή την αρχή της αναλογικότητας (άρ. 25 Συντ.). Εδώ υπό τις προβλεφθείσες προϋποθέσεις μπορεί να ενταχθεί και η αναφερθείσα νεοπαγής ρύθμιση του άρ. 65 ν. 4356/2015.

γ) Τέλος στην τρίτη κατηγορία αποδεικτικών απαγορεύσεων μπορούν να ενταχθούν οι *δικονομικές απαγορεύσεις*. Πρόκειται για δικονομικές ρυθμίσεις οι οποίες, είτε προβλέπουν ρητά τη μη αξιοποίηση ενός αποδεικτικού μέσου (λ.χ. η παράτυπη εξέταση του «υπόπτου» στην προκαταρκτική εξέταση κατ' άρθρο 31 § 2 ΚΠΔ), είτε με βάση τη νοηματική και λογική τους σημασία προδιαθέτουν τη μη αξιοποίηση (λ.χ. το δικαίωμα σιωπής δεν μπορεί να

αποτελέσει αντικείμενο αποδεικτικής αξιοποίησης σε βάρος του κατηγορουμένου, γιατί τότε θα έπαιε να είναι δικαίωμα)¹⁸.

Στις περιπτώσεις αυτές η απαγόρευση της αποδεικτικής αξιοποίησης επιφέρει απόλυτη ακυρότητα της απόφασης που εκδίδεται κατά παράβασή της (άρ. 171 § 1δ' ΚΠΔ). Σήμερα ιδίως και μετά την τροποποίηση του άρθρου 171 § 1δ' ΚΠΔ η αναγνώριση απόλυτης ακυρότητας είναι επιβεβλημένη όχι μόνο επειδή προσβάλλονται τα δικαιώματα της υπεράσπισης αλλά επειδή πλήττεται το δικαίωμα σε «δίκαιη δίκη» (άρ. 6 § 1 ΕΣΔΑ).

4. Κάποια συμπεράσματα

Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι το πλέγμα των ρυθμίσεων για τις αποδεικτικές απαγορεύσεις θέτει, από τη φύση και τη λειτουργία του, ένα είδος φραγμού στην αναζήτηση της αλήθειας και ίσως από την άποψη αυτή προκαλεί και μια αποδυνάμωση ή και μηδενισμό στην ποινική αξίωση της πολιτείας. Φυσικά είναι ανάγκη να παραμερίζεται η αξίωση της πολιτείας για τιμωρία των εγκλημάτων όταν η ίδια επιστρατεύει και «νομιμοποιεί» μεθόδους απόδειξης οι οποίες διέρχονται μέσα από την παρανομία και πλήττουν σημαντικά αγαθά του πολίτη. Συχνά εξάλλου και σε συνάρτηση προς τα προηγούμενα γίνεται αισθητή η ανάγκη μιας ορθολογικής και σύμμετρης στάθμισης, προκειμένου ο παραμερισμός της αναζήτησης της ουσιαστικής αλήθειας (κατ' εξοχήν για εγκλήματα με ιδιαίτερη βαρύτητα) να γίνεται μόνο για χάρη μιας υπέρτερης

¹⁸ Βλ. σχετ. *Δαλακούρα*, Αρμ 1989, σελ. 321 επ., *Ανδρουλάκη*, ό.π., σελ. 214, *Roxin*, ό.π., § 15 c II.2 b.

αξίας¹⁹. Το ερώτημα δεν είναι, όπως ίσως φαίνεται, σοφιστικό και σχολαστικό. Γιατί όντως *μια άκαμπτη και απόλυτη απαγόρευση είναι ελάχιστα συμβατή με τον ρευστό και σχετικοποιημένο χώρο της νομικής διαδικασίας*. Έπειτα πως μπορεί κανείς να παρακάμψει τα βαριά ενοχοποιητικά στοιχεία για τον κατηγορούμενο και να μείνει στα ανεπαρκή υπόλοιπα, με ορθάνοιχτη πλέον την εκδοχή της αθώωσης. Τα προβλήματα αυτά δεν είναι φυσικά δυνατό να τα αγνοήσει κανείς. Όμως δεν θα πρέπει να αγνοήσει και τη νομιμότητα και κυρίως το απαράδεκτο της στήριξης μιας καταδίκης στην απροκάλυπτη παρανομία. Και βέβαια εδώ θα αναρωτηθεί κανείς: Γιατί επιδείχθηκε τόσο προωθημένη μέριμνα έτσι ώστε η απόλυτη αποδεικτική απαγόρευση να αποτελεί σήμερα υπόθεση του συνταγματικού νομοθέτη (άρ. 19 § 3), την οποία στη συνέχεια έσπευσε να ενστερνισθεί και ο κοινός νομοθέτης με την ομότροπη τροποποίηση του άρ. 177 § 2 ΚΠΔ. Υπαινικτικά διαισθάνεται κανείς ότι η ρύθμιση του άρ. 19 § 3 Συντ. (μαζί με εκείνη του αρ. 177 § 2 ΚΠΔ), αλλά υπό άλλη οπτική, και η πρόσφατη ρύθμιση του άρ. 65 του ν.4356/2015 σχετιζόταν με την τρέχουσα επικαιρότητα, δηλαδή με τις συγκεκριμένου περιεχομένου φοβίες ή και εμμονές κάποιων. Έτσι το ζήτημα έκλεισε και η πλάστιγγα για μια σειρά από ατομικά δικαιώματα έγερσε, τότε μεν βαριά προς το μέρος της απόλυτης απαγόρευσης ενώ και η πρόσφατη παρεμπίπτουσα νομοθέτηση, ως εξαίρεση αυτής της απαγόρευσης, θέτει ζήτημα συνολικής συνταγματικής θεώρησης καθώς εγκαταλείπεται η ανθρωποκεντρική αντίληψη του Συντάγματος.

Η στάθμιση, ως μια διανοητική κατεργασία και δικονομικά προσφερόμενη λύση στην επιλογή υπεροχής της αναζήτησης της αλήθειας ή του υπέρτερης

¹⁹ Βλ. *Ανδρουλάκη*, ό.π., σελ. 215, BGHSt 14.358, BVerfGE 34.238. Επίσης *Ε. Συμεωνίδου – Καστανίδου*, Παραβίαση απορρήτου επικοινωνιών και αποδεικτικές απαγορεύσεις στην Ποινική δίκη, ΠοινΔικ2015.961 επ.

αξίας αγαθού που έπληξε η παρανομία, ίσως έπρεπε να έχει, υπό προϋποθέσεις βέβαια, τη θέση της στη δικονομική σκηνή και όχι να παρακαμφθεί προκαταβολικά και εξ ολοκλήρου. Και όχι μόνο αυτό. Και ο λόγος του δικαστή πιστεύω ότι έχει το δικό του μέτρο σταθμιστικής συμβολής, με κριτήρια ωστόσο που δεν θα εκμηδενίζουν τα περιθώρια της κρίσης του, ιδίως όταν διατυπώνονται με τη μορφή «φύλλου συκής» παρά αληθινής διασφάλισης²⁰. Όταν όμως στερείς από το δικαστή την οποιαδήποτε επαφή με την αποδεικτική ύλη και κυρίως να προβληματιστεί και να διαγνώσει την αναγκαιότητα του παράνομα αποκτώμενου αποδεικτικού μέσου και την υπέρτερη ή μη αξία του αγαθού που προσέβαλε η ίδια η απόκτηση του μέσου, τότε τον οδηγείς στη σιωπή ενώ θα έπρεπε εδώ οπωσδήποτε να μιλήσει. Και πάντως δεν μπορεί και δεν πρέπει η ουσία της απόδειξης να διαφεύγει στο χώρο της πολιτικής επιχειρηματολογίας. Αν, κατά τις περιστάσεις, και επιλεκτικά συρρικνώνουμε τη νομιμότητα των αποδείξεων ίσως βραχυπρόθεσμα επιτευχθεί η αποκάλυψη μεγάλης εγκληματικότητας όμως θα έχουμε χάσει την ψυχή μας και τον πολιτισμό μας!

²⁰ Πρβλ. εδώ *N. Παρασκευόπουλου*, Ο γρίφος της προστασίας προσωπικών δεδομένων, «Ελευθεροτυπία» 6-2-2008, ο οποίος ορθά τονίζει «κλασικό λάθος, για παράδειγμα, αποτελεί να ζυγίζονται από τη μία το δημόσιο συμφέρον και η δικαιοσύνη και από την άλλη κάποιο ατομικό δικαίωμα του δικαζόμενου πολίτη». Μήπως όμως με το άρ. 65 του ν. 4356/2015 «ζυγίζονται» ακριβώς αυτά τα μεγέθη με την αναγνώριση μάλιστα και μιας προκαταβολικής υπεροχής στο «δημόσιο συμφέρον»;