

# ΠΟΙΝΙΚΑ ΧΡΟΝΙΚΑ

ΕΚΤΥΠΩΣΗ  
ΜΑΪΟΣ 2021

ΜΗΝΙΑΙΟ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΟ ΠΕΡΙΟΔΙΚΟ

## ΙΔΡΥΤΕΣ

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΓΑΡΔΙΚΑΣ / ΗΛΙΑΣ ΓΑΦΟΣ / ΙΑΚΩΒΟΣ ΖΑΓΚΑΡΟΛΑΣ / ΑΓΓΕΛΟΣ ΜΠΟΥΡΟΠΟΥΛΟΣ / ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΧΩΡΑΦΑΣ

## ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ

ANNA ΨΑΡΟΥΔΑ-ΜΠΕΝΑΚΗ Ομότιμη Καθηγήτρια Παν/μίου Αθηνών – Ακαδημαϊκός  
Σίνα 58, 10672, Αθήνα, τηλ.: 2103602634

## ΕΚΔΟΤΗΣ

ΠΑΝΑΓΙΩΤΗΣ Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ Ακαδημίας 43, 106 72 Αθήνα

## ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ

† Νικόλαος Ανδρουλάκης Ομ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών – Ακαδημαϊκός  
† Ιωάννης Μανωλεδάκης Ομ. Καθ. Παν/μίου Θεσ/νίκης  
Καλλιόπη Σπινέλλη Ομ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
† Διονύσιος Σπινέλλης Ομ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Ηλίας Αναγνωστόπουλος Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Ιωάννης Γιαννίδης Ομ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Θεοχάρης Δαλακούρας Καθ. Παν/μίου Θράκης  
Γρηγόριος Καλφέλης Καθ. Παν/μίου Θεσ/νίκης  
Λεωνίδας Κοτσαλής Ομ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Άγγελος Κωνσταντινίδης Ομ. Καθ. Παν/μίου Θράκης  
Αλέξανδρος Κωστήρας Καθ. Παν/μίου Θράκης  
Γιάννης Μπέκας Καθ. Παν/μίου Θράκης  
Νικόλαος Μπιτζιλέκης Καθ. Παν/μίου Θεσ/νίκης  
Νίκος Παρασκευόπουλος Ομ. Καθ. Παν/μίου Θεσ/νίκης  
Στέφανος Παύλου Καθ. Παν/μίου Θράκης  
Αριστοτέλης Χαριλαμπάκης Καθ. Παν/μίου Θράκης

## ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΟΙ ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ

Ιωάννης Ανδρουλάκης Επ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Κωνσταντίνος Βαθιώτης Αν. Καθ. Παν/μίου Θράκης  
Αλέξανδρος Δημάκης Επ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Γεώργιος Δημήτρηνας Επ. Καθ. Παν/μίου Θράκης  
Νικόλαος Δημητράτος Επ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Αθανασία Διονυσίου Επ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Αθανάσιος Ζαχαριάδης Επ. Καθ. Παν/μίου Θεσ/νίκης  
Δημήτριος Κιούπης Αν. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Νικόλαος Λίβος Επ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Αγλαΐα Λιούρδη Επ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Θεόδωρος Παπακυριάκου Αν. Καθ. Παν/μίου Θεσ/νίκης

Δημήτριος Συμεωνίδης Επ. Καθ. Παν/μίου Θράκης  
Αντωνία-Ιόλη Τζαννετάκη Επ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Αριστομένης Τζαννετής Επ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Γεώργιος Τριανταφύλλου Επ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Όλγα Τσόλκα Επ. Καθ. Παντείου Παν/μίου

## ΣΥΝΤΑΚΤΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ

Ιωάννης Γιαννίδης Ομ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Ηλίας Αναγνωστόπουλος Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Νικόλαος Λίβος Επ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Θωμάς Σάμιος Λέκτωρ Παν/μίου Θράκης

## ΤΑΚΤΙΚΟΙ ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ

Παναγιώτης Βασιλακόπουλος Δ.Ν. – Δικηγόρος  
Δημήτριος Βούλγαρης Δ.Ν. – Δικηγόρος  
Γεώργιος Γιαννούλης Επ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών  
Ιωάννης Μοροζίνης Δ.Ν. – Δικηγόρος  
Οββαδίας Ναμίας Δ.Ν. – Δικηγόρος  
Βασίλειος Πετρόπουλος Δ.Ν. – Δικηγόρος  
Δημήτρης Σπυράκος Δ.Ν. – Δικηγόρος  
Παναγιώτης Χριστόπουλος Δ.Ν. – Δικηγόρος

## ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ ΥΛΗΣ

Εμμανουήλ Αποστολάκης ΜΔΕ – Δικηγόρος  
Νικόλαος Γανιάρης ΜΔΕ – Δικηγόρος  
Παναγιώτης Δεριζιώτης ΜΔΕ – Ασκ. Δικηγόρος  
Αντώνης Μπαλτάς ΜΔΕ – Δικηγόρος  
Πολυτίμη-Άννα Οικονόμου ΜΔΕ – Δικηγόρος  
Βασιλική Τζαλαβρά ΜΔΕ – Δικηγόρος  
Κωνσταντίνος Χατζόπουλος ΜΔΕ – Ασκ. Δικηγόρος

ΚΩΔΙΚΟΣ ΕΝΤΥΠΟΥ: 3935

Προτεινόμενος τρόπος παραπομπής: ΠοινΧρ, με ένδειξη έτους και σελίδας (π.χ.: ΠοινΧρ 2021, 241)

Τα ΠΟΙΝΙΚΑ ΧΡΟΝΙΚΑ έχουν μόνιμη ανταπόκριση με το περιοδικό NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT (NStZ), εκδ. οίκος BECK, Μόναχο

ΠΟΙΝΙΚΑ ΧΡΟΝΙΚΑ: Monatliche Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft – Gegründet 1951, Herausgegeben vom Verlag Recht & Wirtschaft - P.N. SAKKOULAS. Manuskripte sind an die Schriftleitung bzw. an den Verlag zu senden.

## ΕΚΔΟΣΗ - ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ

Π.Ν.  
ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ

Ακαδημίας 43, 106 72 Αθήνα  
Τηλ. 210-3256.000, 3257.000

www.sakkoulas.com  
info.journals@sakkoulas.com

ΦΙΛΙΠΠΟΣ ΔΩΡΗΣ

**ΟΙ ΔΙ' ΑΝΤΙΠΡΟΣΩΠΟΥ  
ΣΥΝΑΛΛΑΓΕΣ  
ΣΤΟ ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ**

Π.Ν.  
ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ

**ΟΙ ΔΙ' ΑΝΤΙΠΡΟΣΩΠΟΥ ΣΥΝΑΛΛΑΓΕΣ  
ΣΤΟ ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ**

**Φίλιππος Δωρής**

Αθήνα 2021

σελ. 650

ISBN 978-618-203-035-6

τιμή 75,00 €

Στόχος του βιβλίου είναι να αναδείξει το υποσύστημα της όλης ρύθμισης για τις –κατά τον τίτλο του– «δι' αντιπροσώπου συναλλαγές στο ιδιωτικό δίκαιο». Η λέξη «συναλλαγές» είναι δηλωτική της συναλλακτικής λειτουργίας που έχει ο μηχανισμός της αντιπροσώπευσης. Ο αντιπρόσωπος έχει την εξουσία [είτε εκ του νόμου (συνήθως ύστερα από δικαστική απόφαση) είτε δυνάμει πληρεξου-

σιότητας παρεχόμενης από τον αντιπροσωπευόμενο] να προβαίνει, όχι σε υλικές πράξεις, όπως συμβαίνει όταν πρόκειται για βοηθούς εκπλήρωσης (ΑΚ 334) ή προστηθέντες (ΑΚ 922), αλλά σε δικαιοπραξίες ή σε οιονεί δικαιοπραξίες ή σε πράξεις με ευρύτερη συναλλακτική λειτουργία, όπως είναι λ.χ. η είσπραξη απαίτησης δι' αντιπροσώπου και η κτήση της νομής δι' άλλου (ΑΚ 979). Πρόκειται γενικότερα για συναλλαγές στις οποίες προβαίνει ο αντιπρόσωπος, οι οποίες ισχύουν ευθέως για τον αντιπροσωπευόμενο, επενεργώντας άμεσα στη δική του έννομη σφαίρα. Το πεδίο στο οποίο εξετάζεται η αντιπροσωπεία, ως συναλλακτικός κατά τα προεκτεθέντα μηχανισμός είναι το πεδίο εφαρμογής των κανόνων ολόκληρου του ιδιωτικού δικαίου και όχι μόνο του αστικού δικαίου. Ιδιαίτερη έμφαση δίδεται επίσης, ως εκ της λειτουργίας που επιτελεί ο αντιπρόσωπος σε ένα περιβάλλον παγκοσμιοποιημένης οικονομίας, στη δικαιοσυγκριτική θεώρηση, που είναι σήμερα όσο ποτέ άλλοτε αναγκαία για τους νομικούς.

Στα **ΠΟΙΝΙΚΑ ΧΡΟΝΙΚΑ** δημοσιεύονται πρωτότυπες και μη δημοσιευμένες εργασίες που απευθύνονται αποκλειστικά στο περιοδικό. Υλικό προς δημοσίευση αποστέλλεται προς την Διεύθυνση ή τον Εκδότη.

**ΠΟΙΝΙΚΑ ΧΡΟΝΙΚΑ  
ΣΥΝΔΡΟΜΕΣ ΕΤΟΥΣ 2021**

<b>• Φυσικών Προσώπων</b>		<b>• Νομικών Προσώπων</b>	
Έντυπη & ψηφιακή μορφή	€ 130,00	Έντυπη μορφή	€ 190,00
Ψηφιακή μορφή	€ 110,00	Ψηφιακή μορφή	€ 210,00
<b>• Ασκουμένων δικηγόρων</b>		<b>• Εξωτερικού</b>	
Έντυπη & ψηφιακή μορφή	€ 110,00	Έντυπη μορφή	€ 220,00
<b>• Δικηγορικών εταιρειών</b>		<b>ΤΙΜΕΣ ΜΕΜΟΝΩΜΕΝΩΝ ΤΕΥΧΩΝ, ΤΟΜΩΝ, ΒΙΒΛΙΟΔΕΣΙΑΣ</b>	
Έντυπη & ψηφιακή μορφή	€ 140,00	• Τεύχος	€ 15,00
Ψηφιακή μορφή	€ 120,00	• Τόμος βιβλιοδετημένος	€ 150,00
<b>• Φοιτητική</b>		• Βιβλιοδεσία τόμου	€ 25,00
Έντυπη μορφή	€ 90,00		

**Τρόποι εξόφλησης**

Με ταχυδρομική επιταγή, τηλεφωνικά με χρέωση κάρτας ή κατάθεση στην **Εθνική Τράπεζα** (IBAN: GR 65 0110 1460 0000 1462 0554 577), **Τράπεζας Πειραιώς** (IBAN: GR 91 0172 0320 0050 3201 6779 463), **Alpha Bank** (IBAN: GR 64 0140 1010 1010 0232 0003 359), **Eurobank** (IBAN: GR 07 0260 2010 0009 8020 1664 900), και ενημέρωσή μας με αποστολή της απόδειξης κατάθεσης στο Fax 210 3312710.

## ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

### ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

<b>Δημήτριος Τσιλίκης</b> Η διασυννοριακή συλλογή ηλεκτρονικών αποδείξεων στον ενωσιακό χώρο – Προβληματισμοί για την σχεδιαζόμενη νομοθετική ρύθμιση της η-απόδειξης (e-evidence) .....	241
<b>Γεώργιος Φουσακάρης</b> Η «έμμονη καταδίωξη» (stalking): Εγκληματολογικός φαινότυπος και ερμηνεία του άρθρου 333 παρ. 1 εδ. β΄ ΠΚ.....	256

### ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΑΡΕΙΟΥ ΠΑΓΟΥ

#### Αιτιολογία

<b>ΑΠ 37/2020:</b> Αθωωτική απόφαση. Λήψη υπόψιν πραγματογνωμοσύνης. Ζητήματα αιτιολογίας ....	267
--	-----

#### Αμέλεια

<b>ΑΠ 566/2020:</b> Καταδίκη για ανθρωποκτονία εξ αμελείας (τροχαίο ατύχημα). Ζητήματα αιτιολογίας και νομίμου βάσεως .....	268
---	-----

#### Απάτη

<b>ΑΠ 937/2020:</b> Καταδίκη για κακουργηματική απάτη. Ζητήματα αιτιολογίας .....	270
---	-----

#### Βεβαίωση ψευδής

<b>ΑΠ 285/2020:</b> Ψευδής βεβαίωση, τελεσθείσα από υπάλληλο γραμματείας Πανεπιστημίου .....	271
--	-----

#### Γενετήσιας αξιοπρέπειας προσβολή

<b>ΑΠ 930/2020:</b> Καταδίκη για προσβολή γενετήσιας αξιοπρέπειας. Ζητήματα ελλείψεως νομίμου βάσεως .....	273
--	-----

#### Δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα

<b>ΑΠ 96/2020:</b> Επεξεργασία ευαίσθητων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και ανάρτηση αυτών σε ιστοσελίδα. Ορθή και αιτιολογημένη καταδίκη .....	275
--	-----

<b>ΑΠ 505/2020:</b> Χωρίς δικαίωμα διατήρησης και μετάδοση-ανακοίνωση ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων. Διαχρονικό δίκαιο.....	278
---	-----

#### Δικαστήρια – Δικαστικά συμβούλια – Δικαστές

<b>ΑΠ 982/2020 (Συμβ.):</b> Αποχή δικαστή από τα καθήκοντά του. Συνδρομή λόγων ευπρέπειας .....	282
---	-----

#### Δυσφήμιση συκοφαντική

<b>ΑΠ 378/2020:</b> Καταδίκη για συκοφαντική δυσφήμιση. Ζητήματα αιτιολογίας.....	283
---	-----

#### Ενδοοικογενειακή βία (σωματική βλάβη)

<b>ΑΠ 565/2020:</b> Ενδοοικογενειακή σωματική βλάβη. Ζητήματα αιτιολογίας και νομίμου βάσεως.....	284
---	-----

#### Ποινή

<b>ΑΠ 96/2020:</b> Επιμέτρηση ποινής. Ζητήματα αιτιολογίας .....	285
--	-----

#### Τόπος τέλεσης εγκλήματος

<b>ΑΠ 378/2020:</b> Τόπος τέλεσης συκοφαντικής δυσφήμισης με αποστολή ηλεκτρονικού μηνύματος (e-mail) .....	287
---	-----

#### Ψευδείς υπεύθυνες δηλώσεις

<b>ΑΠ 774/2020:</b> Παράσταση πολιτικής αγωγής επί ψευδούς υπεύθυνης δηλώσεως προς την αρχή. Απόλυτη ακυρότητα .....	288
--	-----

### ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΜΙΚΤΩΝ ΟΡΚΩΤΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

<b>ΜΟΕΑΘ 400/2019:</b> Μεταβολή κατηγορίας από αποπλάνηση ανηλίκου (άρ. 339 παρ. 1 περ. β΄ ΠΚ) σε προσβολή γενετήσιας αξιοπρέπειας (άρ. 337 παρ. 1 ΠΚ). Οριστική παύση της ποινικής δίωξης λόγω υφ' όρων παραγραφής κατ' άρ. 4 παρ. 1 περ. β΄, 4 του Ν. 4043/2012.....	288
--	-----

### ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΕΦΕΤΕΙΩΝ

<b>ΤρΕφΑΘ 3243/2019:</b> Αθώωση για κακουργηματική απιστία σχετική με την υπηρεσία (άρ. 256 ΠΚ), δωροληψία υπαλλήλου (άρ. 235 ΠΚ) και νομιμοποίηση εσόδων .....	290
---	-----

<b>ΣυμβΕφΑΘ 143/2020:</b> Αντικατάσταση της προσωρινής κράτησης του εκζητουμένου με περιοριστικούς όρους.....	290
---	-----

### ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΟΔΙΚΕΙΩΝ

<b>ΣυμβΠλημΠατρ 354/2020:</b> Παραπομπή του κατηγορουμένου για βιασμό σε φαινομένη συρροή	
---	--

με κατάχρηση ανικάνου προς αντίσταση σε γενετήσια πράξη κατ' εξακολούθησιν (εισ. πρότ. <b>Ευ-γενίας Μαγκλάρα</b> ) .....	292
<b>ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΣΤΡΑΤΙΩΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ</b>	
<b>ΤρΑναθΔικ 132/2020:</b> Αθώωση κατά πλειοψηφίαν του κατηγορουμένου, στρατιωτικού ιατρού, για δωροληψία κατ' άρ. 235 παρ. 3 πΠΚ λόγω αμφιβολιών ως προς την συνδρομή της ιδιότητας του υπαλλήλου κατ' άρ. 13 περ. α' .....	297
<b>ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ – ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ – ΑΝΑΦΟΡΕΣ</b>	
<b>ΓνωμΕισΑΠ 11/2021:</b> Ευεργετικός υπολογισμός ημερών ποινής των κρατουμένων μαθητών στα Σχολεία Δεύτερης Ευκαιρίας κατά την διάρκεια αναστολής της λειτουργίας τους λόγω κορωνοϊού ( <b>Δ. Παπαγεωργίου</b> ) .....	302
<b>ΓνωμΕισΑΠ 13/2021:</b> Χορήγηση αντιγράφων πρακτικών των συνεδριάσεων του ΕΣΡ κατόπιν ει-σαγγελικής παραγγελίας κατά το άρ. 25 παρ. 4 στοιχ. β' Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ. ( <b>Δ. Παπαγεωργίου</b> ).....	302
<b>ΓνωμΕισΑΠ 14/2021:</b> Δέσμευση περιουσιακών στοιχείων κατ' άρ. 261 παρ. 1 εδ. α' και 262 παρ. 4 ΚΠΔ. Διαχρονικό δίκαιο ( <b>Γ. Γεράκης</b> ).....	304
<b>ΔιατΕισΕφΑθ ΠΡΦ 20-147/2020:</b> Προβολή ακυρότητας του κλητηρίου θεσπίσματος με την κατ' άρ. 322 ΚΠΔ προσφυγή ( <b>Γ. Βούλγαρης</b> ).....	307
<b>ΔιατΕισΠλημΚαβ 123/2021:</b> Φοροδιαφυγή περί τον ΦΠΑ. Παραγραφή. Διαχρονικό δίκαιο ( <b>Β. Αδάμπα</b> ) .....	308
<b>ΝΟΜΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ</b>	
<b>Βασιλική Τζαλαβρά</b> Η μη στοιχειοθέτηση του εγκλήματος της χωρίς δικαίωμα διάδοσης μέσω του διαδικτύου δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δίχως προηγούμενη επέμβαση σε "σύστημα αρχειοθέτησης" .....	312

Τα Ποινικά Χρονικά δημοσιεύουν ευχαρίστως πρωτότυπες μελέτες των αναγνωστών τους που συμβάλλουν στην προώθηση των Ποινικών Επιστημών. Από τις μελέτες αυτές παρακαλούμε τα μεν άρθρα να μην υπερβαίνουν τις 12.000 λέξεις, τα δε νομικά ζητήματα τις 3.500 και οι παρατηρήσεις σε αποφάσεις των δικαστηρίων τις 2.000 λέξεις. Τα άρθρα και τα νομικά ζητήματα θα πρέπει να συνοδεύονται από σύντομη περίληψη, η οποία ωστόσο δεν είναι δεσμευτική για την συντακτική επιτροπή του περιοδικού. Οι μελέτες αποστέλλονται στην διεύθυνση των Ποινικών Χρονικών ή στον εκδότη.

## ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

# Η διασυνοριακή συλλογή ηλεκτρονικών αποδείξεων στον ενωσιακό χώρο – Προβληματισμοί για την σχεδιαζόμενη νομοθετική ρύθμιση της η-απόδειξης (e-evidence)

ΔΗΜΗΤΡΙΟΥ Η. ΤΣΙΛΙΚΗ

Υπ. Διδ. Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Ζυρίχης – Δικηγόρου

Στην παρούσα συμβολή αναλύονται, κατ' αρχάς, τα τεχνικά και νομικά ζητήματα που αντιμετωπίζουν οι κρατικές αρχές κατά την συλλογή ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων παράλληλα με την ευρεία διάδοση και αξιοποίηση της τεχνολογίας του υπολογιστικού νέφους. Εν συνεχεία εξετάζονται οι νομοθετικές εξελίξεις στον ενωσιακό χώρο για την διασυνοριακή συλλογή της λεγόμενης η-απόδειξης (e-evidence) και ειδικότερα οι καινοτόμες προτάσεις για την θέσπιση της Ευρωπαϊκής Εντολής Υποβολής και της Ευρωπαϊκής Εντολής Διατήρησης ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων. Στο επίκεντρο των προβληματισμών βρίσκεται η δημιουργία ενός νέου μοντέλου διασυνοριακής σύμπραξης δημόσιου και ιδιωτικού τομέα, ήτοι κράτους έκδοσης και ιδιώτη παρόχου ηλεκτρονικών υπηρεσιών, καθώς και η δικαστική προστασία των θιγόμενων προσώπων ενόψει του σχεδιαζόμενου εκτοπισμού του κράτους εκτέλεσης.

## 1. Εισαγωγή στην θεματική\*

Τα ηλεκτρονικά αποδεικτικά στοιχεία στην ποινική διαδικασία με την εδώ και δεκαετίες συλλογή και αξιοποίηση των αναλογικών δεδομένων δεν αποτελούν καινούργια προβληματική για τον ερμηνευτή και τον εφαρμοστή του δικαίου<sup>1</sup>. Πολλά νέα ερωτήματα αναφέρονται αντιθέτως με την πλήρη επικράτηση της ψηφιοποίησης (digitalisation) και της χρήσης του διαδικτύου, και την εξ αυτών προκληθείσα εκρηκτική αύξηση ηλεκτρονικών δεδομένων, πλέον κυρίως ψηφιακών, τα οποία εν συνεχεία δύναται να συλλεχθούν και αξιοποιηθούν για την αναζήτηση της ουσιαστικής αλήθειας σε ένα ποινικό δικαστήριο<sup>2</sup>.

Στην συνέχεια αυτή, πρώτο κρίσιμο ζήτημα αποτελεί η θέση, ο ρόλος και οι υποχρεώσεις που αντιστοιχούν στους ι-

διώτες παρόχους ψηφιακών μεθόδων επικοινωνίας και υπηρεσιών: Εταιρείες όπως οι Google, Amazon, Yahoo!, Facebook, Microsoft, Twitter, eBay, λόγω της διαχείρισης και μετάδοσης σε οποιοδήποτε χρόνο και τόπο πρωτοφανούς σε όγκο και περιεχόμενο ηλεκτρονικών δεδομένων, δεν έχουν απλώς κεντρική θέση στην υπό συζήτηση θεματική, αλλά διαδραματίζουν πρωταγωνιστικό ρόλο στις κρατικές ανακριτικές έρευνες<sup>3</sup>.

Στον ευρωπαϊκό χώρο, μία από τις μεγαλύτερες προκλήσεις στην ψηφιακή εποχή για τις δικαστικές, αλλά συχνά και τις αστυνομικές αρχές, έγκειται στο γεγονός ότι οι πάροχοι ψηφιακών υπηρεσιών είναι εγκατεστημένοι σε τρίτες χώρες, κατά βάση στις ΗΠΑ, ενώ συχνά τα ηλεκτρονικά δεδομένα είναι αποθηκευμένα σε διακομιστές (servers) εγκατεστημένους σε διάφορες ανά την υφήλιο χώρες. Με αυτόν τον τρόπο, ακόμα και πέραν του ειδικού πεδίου της διαδικτυακής εγκληματικότητας, η εν γένει διερεύνηση εγκληματικών συμπεριφορών χωρίς κανένα συνδετικό στοιχείο με μία άλλη έννομη τάξη (βλ. ιδίως ιθαγένεια δράστη/θύματος, αλλοδαπό ένομο αγαθό, τόπο τέλεσης στην αλλοδαπή κ.ά.), αποκτά με την διασυνοριακή συλλογή ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων αντιστοίχως *διασυνοριακό χαρακτήρα*<sup>4</sup>.

3. Για την συνεργασία, τα πλεονεκτήματα και τον ρόλο τέτοιων επιχειρήσεων στην συλλογή αποδείξεων και στην επιτήρηση του ατόμου, βλ. το παράδειγμα των ΗΠΑ στην στήλη Developments in the Law, Cooperation or Resistance? The role of tech companies in government surveillance, 131 Harvard Law Review (2018), 1722 (1725 επ., 1729 επ., 1737 επ.).

4. Βλ. και *Cybercrime Convention Committee (T-CY)*, Preparation of a 2nd Additional Protocol to the Budapest Convention on Cybercrime, Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced cooperation and disclosure of electronic evidence, Draft Protocol version 2, T-CY (2020)7, Version 12 April 2021, παρ. 90, σελ. 42, υπό: <https://rm.coe.int/2nd-additional-protocol-budapest-convention-en/1680a2219c>. Σύμφωνα με έρευνα της Επιτροπής η διασυνοριακή πρόσβαση σε ηλεκτρονικά αποδεικτικά στοιχεία υπήρξε αναγκαία σε ποσοστό 55% επί του συνόλου των ανακριτικών ερευνών στα κράτη μέλη της ΕΕ, *European Commission*, Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings, Brussels, 17.4.2018,

\* Οι αποφάσεις υπερεθνικών και ανώτατων εθνικών δικαστηρίων είναι προσπελάσιμες στους αντίστοιχους ιστοτόπους/ιστοσελίδες των δικαστηρίων. Το ίδιο ισχύει για τα νομοπαρασκευαστικά έγγραφα της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της ΕΕ.

1. Οι διαφορές μεταξύ αναλογικών και ψηφιακών ηλεκτρονικών αποδείξεων δεν είναι βεβαίως άνευ σημασίας για τα δικαστήρια, ιδίως σε ό,τι αφορά στην αποτύπωση των αναλογικών και ψηφιακών δεδομένων σε αναγνώσιμη μορφή. Βλ. π.χ. *Mason/Seng*, The foundations of evidence in electronic form, σε: *Ιδιών* (ed.), *Electronic Evidence*<sup>4</sup>, London 2017, σελ. 36 (37-38).

2. Για μια πρώτη παρουσίαση πάντως των προβλημάτων για τις ελληνικές δικαστικές αρχές ειδικώς στο πεδίο της διαδικτυακής εγκληματικότητας βλ. ήδη *Αγγελή*, Έγκλημα στον κυβερνοχώρο (Cybercrime – Internet Crime), *ΠοινΧρ* 2000, 675 (684 επ). Εν προκειμένω ενδιαφέρον παρουσιάζουν από το πεδίο της ηλεκτρονικής εγκληματικότητας επιμέρους εσωτερικές διακρίσεις. Επί παραδείγματι, η ανάλυση των ψηφιακών πειστηρίων, συχνά με χρήση ειδικών λογισμικών, σε ειδικά εγκληματολογικά εργαστήρια διαχωρίζεται από την συλλογή (ψηφιακών) δεδομένων ιχνών (data trails), δηλαδή δεδομένων ήχου, εικόνας, βίντεο, στην πραγματικότητα αποτυπωμάτων του υπόπτου/θύματος στον ψηφιακό κόσμο. Οι διακρίσεις αυτές έχουν κατ' αρχήν μόνο θεωρητικό χαρακτήρα, αφού στην πράξη οι διαφορετικές αυτές δραστηριότητες συνδυάζονται. Για όλα τα παραπάνω, βλ. εισαγωγικά *Graham/Smith*, *Cybercrime and Digital Deviance*, New York 2020, σελ. 114 επ., 119 επ. Ως προς τις νέες ανακριτικές μεθόδους γενικώς για την συλλογή πληροφοριών για τις ανακριτικές αρχές, βλ. από τον ευρωπαϊκό χώρο την επικαιροποιημένη συνοπτική επισκόπηση της γερμανικής νομοθεσίας από τον *Rückert*, *Herausforderungen der Digitalisierung für das Strafverfahren*, σε: *Hoven/Kudlich* (Hrsg.), *Digitalisierung und Strafverfahren*, Baden-Baden 2020, σελ. 9 (18-19).



Με άξονα τις εξελίξεις στον ενωσιακό χώρο, ήτοι τις προτάσεις τις Ευρωπαϊκής Επιτροπής (εφεξής: Επιτροπή) για την συλλογή της λεγόμενης η-απόδειξης (e-evidence), και τις συνέπειες για την δικαστική συνεργασία στον Χώρο Ελευθερίας Ασφάλειας και Δικαιοσύνης (εφεξής: ΧΕΑΔ), θα επιχειρηθεί μια πρώτη κριτική προσέγγιση των πρακτικών εμποδίων που ανακύπτουν από τις ιδιαιτερότητες των ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων στην ψηφιακή εποχή για την δικαστική ποινική συνεργασία, αλλά και ορισμένων από τις προτεινόμενες λύσεις εντός ΕΕ.

## 2. Η αναγκαιότητα ρύθμισης της διασυνοριακής συλλογής η-αποδείξεων

### 2.1. Οι ιδιαιτερότητες των ηλεκτρονικών δεδομένων ως πρακτικά εμπόδια κατά την συλλογή η-αποδείξεων

Πλην των προβλημάτων που προέκυψαν από την ψηφιοποίηση των επικοινωνιών και των συναλλαγών στο πεδίο του δικαίου της απόδειξης<sup>5</sup>, δυσχερές είναι και ο ακριβής προσδιορισμός της έννοιας της η-απόδειξης. Παρά τις επιμέρους διαφωνίες και τις διαφορετικές προσεγγίσεις στον προσδιορισμό του ακριβούς περιεχομένου των ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων<sup>6</sup>, σε επίπεδο θετικού δικαίου μια πρώτη αναφορά εντοπίζεται στο άρθρο 14 παρ. 2 στοιχ. γ' της Σύμβασης της Βουδαπέστης περί «συλλογής[ς] αποδεικτικών στοιχείων σε ηλεκτρονική μορφή ενός ποινικού αδικήματος». Ως συνήθως, ούτε στην περίπτωση της κύρωσης της συγκεκριμένης Σύμβασης υπήρξε κάποια ομοιογενής πρακτική μεταξύ των κρατών μερών: Στην ελληνική έννομη τάξη για παράδειγμα, εισήχθη ορισμός των ψηφιακών δεδομένων (όπως ισχύει πλέον υπό το άρθρο 13 στοιχ. ζ' νΠΚ)<sup>7</sup>.

Και στην θεωρία βέβαια, εξαιτίας και της δυσκολίας να εντοπιστούν και να ταξινομηθούν καταλλήλως τα διαφορετικά ηλεκτρονικά δεδομένα<sup>8</sup>, δεν ανευρίσκει εύκολα κανείς ορισμούς ή εννοιολογικές οριοθετήσεις των ηλεκτρονικών αποδείξεων<sup>9</sup>. Σύμφωνα ωστόσο με έναν από τους πιο διαδεδομένους

ορισμούς στην βιβλιογραφία, ηλεκτρονική απόδειξη ("electronic evidence") είναι «κάθε δεδομένο (συμπεριλαμβανομένου του εξαγομένου από αναλογικές συσκευές ή των δεδομένων σε ψηφιακή μορφή), το οποίο μπορεί κανείς μέσω τεχνικής συσκευής, ηλεκτρονικού υπολογιστή ή πληροφοριακού συστήματος να χειριστεί/αλλοιώσει, να αποθηκεύσει ή να κοινοποιήσει, ή να μεταδώσει μέσω συστήματος επικοινωνιών, και το οποίο μπορεί να ενισχύσει ή να αποδυναμώσει την αξιοπιστία των πραγματικών ισχυρισμών που επικαλούνται οι διάδικοι, συγκριτικά με την αξιοπιστία τους χωρίς την απόδειξη αυτή»<sup>10</sup>.

Η δυσκολία ορισμού, απόρροια και της ανεξάντλητης καινοτομίας της πληροφορικής ως προς την παραγωγή νέων κατηγοριών ηλεκτρονικών δεδομένων και του συνδυασμού ήχου, εικόνας, βίντεο, κειμένου κ.ά. σε περισσότερες διαστάσεις, δεν αποτελεί την μοναδική ιδιαιτερότητα που διακρίνει την κατηγορία των ηλεκτρονικών από τα παραδοσιακά αποδεικτικά μέσα. Η συλλογή αλλά και η αξιολόγηση των ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων, αδύνατη χωρίς την χρήση πληροφοριακών συστημάτων και λογισμικών<sup>11</sup>, πρακτικώς οδηγεί σε μεγάλη χρονική ή και οικονομική επιβάρυνση των διωκτικών και ανακριτικών αρχών· ο εντοπισμός, η ανάκτηση, η ανάγνωση, η ανάλυση αλλά και η πιστή αναπαραγωγή ενός ηλεκτρονικού δεδομένου, και δη σε εύλογο χρόνο, αποτελεί συχνά πρόκληση για την επίτευξη μιας δίκαιης και αποτελεσματικής διαδικασίας<sup>12</sup>.

Εν προκειμένω, σημαντική παράμετρο αποτελεί και η συχνά αμφισβητούμενη αξιοπιστία του περιεχομένου του ηλεκτρονικού αποδεικτικού μέσου. Τα ηλεκτρονικά δεδομένα, λόγω του ευμετάβλητου (volatile) χαρακτήρα τους, μπορούν πολύ εύκολα να αλλοιωθούν ή και να διαγραφούν, με συνέπειες τόσο για την αναζήτηση της ουσιαστικής αλήθειας όσο και για τα υπεραστικά δικαιώματα των κατηγορουμένων<sup>13</sup>. Οι αλλοιώσεις αυτές

αντικρούει έναν ισχυρισμό σχετικά με το πώς συνέβη μια πράξη, ή αναφέρεται σε κρίσιμες πτυχές της πράξης, όπως η πρόθεση ή το αλλοθι» (σύμφωνα με το πρωτότυπο: «any data stored or transmitted using a computer that support or refute a theory of how an offense occurred or that address critical elements of the offense such as intent or alibi»), *Reconstructing Digital Evidence*, σε: Chisum/Turvey (ed.), *Crime Reconstruction*<sup>2</sup>, Amsterdam et al. 2011, σελ. 531 (546). Βλ. πάντως και *Jahn/Brodowski* (υποσημ. 5), σελ. 67 (70), οι οποίοι αναφέρονται σε ψηφιακά ίχνη (digitale Spuren), εστιάζοντας σε δεδομένα που αποθηκεύονται ή μεταφέρονται μέσω πληροφοριακών συστημάτων, συμπεριλαμβανοντας με αυτόν τον τρόπο τελικά και δεδομένα αναλογικών πληροφοριακών συστημάτων.

10. Πρόκειται για ορισμό των *Schafer/Mason*: «[...] electronic evidence: data (comprising the output of analogue devices or data in digital form) that is manipulated, stored or communicated by any manufactured device, computer or computer system or transmitted over a communication system, that has the potential to make the factual account of either party more probable or less probable than it would be without the evidence», από την συμβολή τους *The characteristics of electronic evidence*, σε: *Mason/Seng* (υποσημ. 1), σελ. 18 (19). Ο ευρύς αυτός ορισμός ανταποκρίνεται, σύμφωνα με τους εμπνευστές του, στους σκοπούς τόσο της πολιτικής όσο και της ποινικής δίκης. Το αν πρέπει να υπάρχει κοινός ορισμός για αποδεικτικά μέσα που εξυπηρετούν δίκες με εντελώς διαφορετικούς σκοπούς, είναι φυσικά ένα άλλο ζήτημα.

11. Βλ. ιδίως *Schafer/Mason*, σε: *Mason/Seng* (υποσημ. 1), σελ. 18 (21-22), οι οποίοι κάνουν λόγο για εξάρτηση από την μία πλευρά σε συσκευές ανάγνωσης, και από την άλλη σε υλισμικό (hardware) και λογισμικό (software). *Casey*, σε: *Chisum/Turvey* (υποσημ. 9), σελ. 531 (537-538); για τα διαφορετικά στάδια κατά την κτήση η-αποδείξεων βλ. ενδεικτικά *Walden*, *Computer Crimes and Digital Investigations*<sup>2</sup>, New York 2016, σελ. 215, πλγαφρ. 4.35.

12. Παρέλκει δε οποιαδήποτε αναφορά σε αντίστοιχα αλλά και μεγαλύτερα προβλήματα σε ακόμα πιο σύνθετες διαδικασίες συλλογής και επεξεργασίας ηλεκτρονικών δεδομένων, όπως είναι οι διαδικασίες αποκρυπτογράφησης δεδομένων.

13. Βλ. για τους κινδύνους εις βάρος των κατηγορουμένων και

SWD (2018) 118 final, σελ. 14.

5. Σε αντιπαράβολή με τις διατάξεις του γερμΚΠΔ βλ. μόνο *Jahn/Brodowski*, *Digitale Beweismittel im deutschen Strafprozess – Ermittlungsverfahren, Hauptverhandlung und Revision*, σε: *Hoven/Kudlich* (υποσημ. 2), σελ. 67 (70-71).

6. Τέτοιες προσπάθειες εντοπίζει κανείς, για παράδειγμα, σε μη δεσμευτικούς ορισμούς εντός της Συμβουλίου της Ευρώπης, της ΕΕ και των κρατών μελών της. Βλ. π.χ. *Depaun*, *Electronic Evidence in Criminal Matters: How about E-Evidence Instruments 2.0*, *EuCLR* 2018, 62 (66-67), με περαιτέρω παραπομπές.

7. Άρθρο 13 στοιχ. ζ' νΠΚ: «Ψηφιακά δεδομένα είναι η παρουσίαση γεγονότων, πληροφοριών ή εννοιών σε μορφή κατάλληλη προς επεξεργασία από πληροφοριακό σύστημα, συμπεριλαμβανομένου προγράμματος που παρέχει τη δυνατότητα στο πληροφοριακό σύστημα να εκτελέσει μια λειτουργία». Βλ. και άρθρο 1 στοιχ. β' της Σύμβασης της Βουδαπέστης, σύμφωνα με το οποίο τα δεδομένα υπολογιστή «σημαίνει[ουν] αναπαράσταση γεγονότων, πληροφοριών ή εννοιών σε μορφή κατάλληλη για να υποστούν επεξεργασία σε ένα σύστημα υπολογιστή, περιλαμβανομένου και ενός προγράμματος κατάλληλου για να προκαλέσει την εκτέλεση μιας λειτουργίας από ένα σύστημα υπολογιστή». βλ. π.χ. *Ναζίρη*, Η κατάσχεση των ψηφιακών δεδομένων (Μέρος Α': Εννοιολογικό και ευρύτερο κανονιστικό πλαίσιο), *ΠοινΔικ* 2021, 178 (183 επ.).

8. Βλ. και *European Commission*, *Commission Staff Working Document* (υποσημ. 4), σελ. 30-31.

9. Οι προσπάθειες που εστιάζουν στον ορισμό της ψηφιακής απόδειξης (digital evidence) αποκλείουν τις, ομολογουμένως όλο και μικρότερης εμφάνισης στην πράξη, ηλεκτρονικές αποδείξεις σε αναλογική μορφή. Για παράδειγμα, σύμφωνα με τον ορισμό του *Casey*, ψηφιακή απόδειξη (digital evidence) είναι «κάθε δεδομένο που αποθηκεύεται ή μεταδίδεται μέσω της χρήσης υπολογιστή και επιρρωννύει ή

στην πράξη δύσκολα μπορούν εν γένει να εντοπιστούν, πολλώ μάλλον εγκαίρως, δηλαδή σε αποφασιστικό χρονικό σημείο για την πορεία και την εξέλιξη των ερευνών<sup>14</sup>. Τυπικό παράδειγμα αποτελεί η δυσκολία διαχωρισμού ενός αυθεντικού ηλεκτρονικού ψηφιακού εγγράφου από τα αμέτρητα αντίγραφα του<sup>15</sup>.

Οι δυσχέρειες που ανακύπτουν λόγω του ευμετάβλητου χαρακτήρα επιτείνονται ομοίως ενόψει της συχνά εμφανιζόμενης διεθνικότητας (*transnationality*) των ηλεκτρονικών έναντι των κλασικών αποδεικτικών μέσων. Ο διεθνικός χαρακτήρας τους είναι προϊόν της εξέλιξης και της επικράτησης των λεγόμενων τεχνολογιών υπολογιστικού νέφους (*cloud computing*) στον τομέα της πληροφορικής<sup>16</sup>. Οι τεχνολογίες αυτές έχουν κυρίαρχη θέση στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης, στις υπηρεσίες ηλεκτρονικής αλληλογραφίας αλλά και στις διαδικτυακές πλατφόρμες on-line αγορών. Ένα σημαντικό πρόβλημα από την χρήση τους στο πλαίσιο της η-απόδειξης είναι η αδυναμία εντοπισμού της ακριβούς τοποθεσίας (*loss of location*) των ηλεκτρονικών δεδομένων<sup>17</sup>: Ο τόπος αποθήκευσης των δε-

τον «μύθο», όπως την αποκαλεί ο συγγραφέας, της αντικειμενικότητας των ψηφιακών αποδεικτικών μέσων, *Momsen, Digitale Beweismittel aus der Sicht der Strafverteidigung*, σε: Beck/Meier/ιδίου, *Cybercrime und Cyberinvestigations*, Baden-Baden 2015, σελ. 67 (69 επ., 74 επ.).

14. *Ligeti/Robinson*, *Transnational Enforcement of Production Orders for Electronic Evidence: Beyond Mutual Recognition?*, σε: Kert/Lehner (Hrsg.), *Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext*, FS-Höpfel, Wien-Graz 2018, σελ. 625 (628-629).

15. Βλ. στο σημείο αυτό και *Schafer/Mason* (υποσημ. 10), σελ. 18 (20-21), για την σύγκριση μεταξύ ηλεκτρονικών και παραδοσιακών εγγράφων.

16. Σύμφωνα με τον ορισμό του Εθνικού Ινστιτούτου Προτύπων και Τεχνολογίας του αμερικανικού Υπουργείου Εμπορίου (η απόδοση του γράφοντος): «Το υπολογιστικό νέφος είναι ένα μοντέλο που καθιστά εφικτή την καθολική, ανεμπόδιστη και κατά παραγγελία διαδικτυακή πρόσβαση σε κοινόχρηστες πηγές πόρων συστημάτων υπολογιστών (π.χ. δίκτυα, εξυπηρετητές, αποθηκευτικοί χώροι, εφαρμογές και υπηρεσίες), οι οποίες δύνανται να τροφοδοτηθούν και να τεθούν προς διάθεση ταχύτατα και με ελάχιστη διαχειριστική επιβάρυνση ή αλληλεπίδραση εκ μέρους του παρόχου υπηρεσιών». Σύμφωνα με το πρωτότυπο: «Cloud computing is a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction», *Mell/Grance*, *The NIST Definition of Cloud Computing*, Recommendations of the National Institute of Standards and Technology, National Institute of Standards and Technology – U.S. Department of Commerce, Gaithersburg 2011, σελ. 2, υπό: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>. Ένα από τα βασικά χαρακτηριστικά της τεχνολογίας του υπολογιστικού νέφους είναι η ταυτόχρονη προσφορά σε περισσότερους ανά τον κόσμο χρήστες υπηρεσιών λογισμικού και υλισμικού. Τέτοιες υπηρεσίες είναι λ.χ. η αποθήκευση ηλεκτρονικών δεδομένων· βλ. αντί πολλών *Bell*, *Strafverfolgung und die Cloud*, Berlin 2019, σελ. 25-26, με περαιτέρω παραπομπές. Για τα κρίσιμα ως προς το ποινικό δίκαιο χαρακτηριστικά της τεχνολογίας αυτής, όπως και τις μορφές εμφάνισής της με έμφαση στα μοντέλα λειτουργίας και παροχής υπηρεσιών, *Müller*, *Cloud Computing. Strafrechtlicher Schutz privater und geschäftlicher Nutzerdaten vor Innentäter – Angriffen de lege lata und de lege ferenda*, Berlin 2020, σελ. 34 επ.· *Buschling*, *Der Schutz „privater“ Informationen bei Cloud Computing*, Tübingen 2019, σελ. 11 επ., 22 επ., 33 επ, με πλήθος παραπομπών. Για την δυνατότητα πρόσβασης σε μεγαλύτερο αριθμό χρηστών από διαφορετικά πληροφοριακά συστήματα βλ., όλως ενδεικτικώς, στην τελευταία μονογραφία, σελ. 17-18.

17. *Bell* (υποσημ. 16), σελ. 175-176· *Daskal*, *Microsoft Ireland, the CLOUD Act, and International Lawmaking 2.0*, 71 *Stan. L. Rev. Online* 9 (2018), 9 (10).

δομένων, μέσω της αυξανόμενης χρήσης του υπολογιστικού νέφους, δεν ταυτίζεται με τον τόπο της έδρας του παρόχου της ψηφιακής υπηρεσίας<sup>18</sup>. Όσο λοιπόν οι αρχές αδυνατούν να εντοπίσουν την τοποθεσία των ηλεκτρονικών δεδομένων, λόγω της αποθήκευσής τους σε διαφορετικούς διακομιστές σε διαφορετικές χώρες, παραμένει υπαρκτός ο κίνδυνος απώλειας ή έστω αλλοίωσης των δεδομένων· ακόμη και αν οι αρχές μπορέσουν με κάποιο τρόπο να συλλέξουν ηλεκτρονικά δεδομένα, δεν γνωρίζουν με ασφάλεια το ακριβές περιεχόμενο και την κρίσιμη, όπως θα αναφερθεί κατωτέρω, τελική τοποθεσία αποθήκευσής τους<sup>19</sup>.

## 2.2. Η διασυνοριακή συλλογή των η-αποδείξεων στον διεθνή χώρο

Κρίσιμο σημείο σε σχέση με τα τυπικά χαρακτηριστικά των ηλεκτρονικών δεδομένων είναι η προαναφερόμενη και συχνά εμφανιζόμενη διεθνικότητά τους<sup>20</sup>. Οι πάροχοι ψηφιακών υπηρεσιών, εγκατεστημένοι σε διάφορες ανά την υφήλιο χώρες, με έδρα συχνά στις ΗΠΑ, διατηρούν παράλληλα και άλλες έδρες όπως και διακομιστές σε άλλες χώρες (Καναδάς, Ιρλανδία, Σκανδιναβικές χώρες κ.ά.) με φιλική επιχειρηματική πολιτική στον τομέα της πληροφορικής και των ψηφιακών τεχνολογιών<sup>21</sup>.

Σε ό,τι αφορά ειδικότερα στην διασυνοριακή συλλογή ηλεκτρονικών αποδείξεων με συνεργασία από την πλευρά των παρόχων αυτών, η εν λόγω πρακτική είναι ευρέως διαδεδομένη τουλάχιστον στα σχετιζόμενα με την ηλεκτρονική εγκληματικότητα αδικήματα<sup>22</sup>. Επιπλέον, οι εθνικές κυβερνήσεις και οι

18. *Bell* (υποσημ. 16), σελ. 34, 174-175.

19. Βλ. και *European Commission*, *Commission Staff Working Document* (υποσημ. 4), SWD (2018) 118 final, σελ. 32-33· *Europol*, 2<sup>nd</sup> Annual Sirius EU Digital Evidence Situation Report, 2020, σελ. 21· *Europol-Eurojust*, *Common Challenges in combating cybercrime*, Joint Report, Europol and Eurojust Public Information, June 2019, σελ. 13, υπό: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/common-challenges-in-combating-cybercrime>· *Daskal* (υποσημ. 17), 9 (10).

20. Την συχνά εμφανιζόμενη διεθνή φύση των ηλεκτρονικών δεδομένων παραβλέπει η άποψη που κατατάσσει το υπολογιστικό νέφος ως ένα εικονικό, απομακρυσμένο αποθηκευτικό μέσο παρομοιάζοντάς το με ένα εξωτερικό σκληρό δίσκο ή άλλο εξωτερικό αποθηκευτικό μέσο, για το οποίο δεν απαιτείται καν προηγούμενη διαδικασία άρσης του απορρήτου· έτσι όμως η μειοψηφία του Συμβλήματος 613/2016, ΠοινΔικ 2016, 424 (428-429).

21. Βλ. ενδεικτικά *Bell* (υποσημ. 16), σελ. 175· *Hamel*, *Schnellerer grenzüberschreitender Zugriff auf elektronische Beweismittel: die E-evidence Vorschläge der Europäischen Kommission*, σε: Hoven/Kudlich (υποσημ. 2), σελ. 103 (105-106)· *Currie*, *Cross-Border Evidence Gathering in Transnational Criminal Investigations: Is the Microsoft Ireland Case the “Next Frontier”?*, *The Canadian Yearbook of International Law* 2016, 65 (68).

22. Η διαπίστωση αυτή ισχύει και παρ'ήμιν. Σύμφωνα πάντως με τα συνολικά στοιχεία των παρόχων που συγκέντρωσε η *Europol*, 2<sup>nd</sup> Annual Sirius EU Digital Evidence Situation Report (υποσημ. 19), η Ελλάδα καταλαμβάνει την 11<sup>η</sup> θέση στην ΕΕ στην υποβολή αιτημάτων παροχής δεδομένων σε παρόχους on-line υπηρεσιών (1658 αιτήματα για το 2019, σελ. 46), την 6<sup>η</sup> θέση στην υποβολή αιτημάτων επείγουσας γνωστοποίησης δεδομένων (249 αιτήματα για το 2019, σελ. 47) και την 14<sup>η</sup> θέση ως προς την τελικώς επιτυχή λήψη των δεδομένων (ποσοστό 61% επί των υποβληθέντων αιτημάτων, ενώ ο μ.ό. της ΕΕ ανέρχεται στο 68% για το 2019, σελ. 48). Από την νομολογία για την πρακτική της απευθείας σύμπραξης με ιδιώτες παρόχους βλ. ενδεικτικώς ΣυμβΑΠ 472/2019, ΠοινΧρ 2020, 270 = ΠοινΔικ 2019, 1346: υπόθεση παραβίασης του Ν. 4039/2012 μέσω παράνομης πώλησης κουταβιών με αγγελία στο facebook· βλ. επίσης ΣυμβΕφθεσ 831/2019, Ισοκράτης (ΤΝΠ ΔΣΑ), και ΜΟΔΑΘ 650/2015, Ισοκράτης (ΤΝΠ ΔΣΑ, αμφότερα για υποθέσεις παιδικής πορνογραφίας. Βλ. επίσης, με αναφορά και στην θεωρία, Νάνιου,



αστυνομικές αρχές με βάση τις σημερινές τεχνολογικές εξελίξεις μπορούν να βρουν τρόπους πρόσβασης σε ηλεκτρονικά δεδομένα εκτός της εδαφικής κυριαρχίας τους<sup>23</sup>: Σύγχρονες μυστικές ανακριτικές πράξεις με την χρήση πληροφοριακών συστημάτων τεχνικά μπορούν να διεξαχθούν και εκτός εδαφικής κυριαρχίας των κρατικών αρχών, στην αλλοδαπή, επιτυγχάνοντας την επιτήρηση του υπόπτου οπουδήποτε και αν βρίσκεται. Τέτοια παραδείγματα αποτελούν οι ανακριτικές πράξεις της on-line ανακριτικής έρευνας ή της επιτήρησης των πηγών των τηλεπικοινωνιών, ή ακόμα και η τοποθέτηση συσκευής γεωεντοπισμού ("Global Position System", "GPS") ή/και (ψηφιακών) μικροφώνων π.χ. στο αυτοκίνητο του υπόπτου διακίνησης ναρκωτικών, το οποίο συνεχίζει την διαδρομή του και εκτός εθνικών συνόρων, εισερχόμενο σε άλλη έννομη τάξη<sup>24</sup>.

Η πρόσβαση ωστόσο σε ηλεκτρονικά δεδομένα ελλείπει σχετικών κρατικών συμβατικών δεσμεύσεων ή έστω χωρίς την συναίνεση ή έγκριση του κράτους όπου είναι αποθηκευμένα τα δεδομένα αυτά – ακόμα και αν στηρίζεται σε (αμφισβητήσιμες πάντως) αντιλήψεις περί οικουμενικότητας του κυβερνοχώρου (global cyberspace) – είναι μία πρακτική που αντίκειται στο διεθνές δίκαιο, διότι παραβιάζει την αρχή της εδαφικότητας (παρ' ημίν άρθρο 5 παρ. 1 ν.ΠΚ)<sup>25</sup>. Η διχογνωμία για τις ιδιαιτερότητες

ιδιαιτερότητες στην ποινική αντιμετώπιση του ρατσισμού που εκδηλώνεται μέσω του διαδικτύου, σε: Δαλακούρα (επιμ.), Ηλεκτρονικό Έγκλημα, Αθήνα 2019, σελ. 113 (131).

23. Για την απεξάρτηση του τόπου πρόσβασης στα ηλεκτρονικά δεδομένα από τον τόπο αποθήκευσης βλ. π.χ., με αναφορές και στην αμερικανική δικαστηριακή πράξη, *Daskal*, *The Un-Territoriality of Data*, 125 *The Yale Law Journal* (2015), 326 (369 επ.).

24. Βλ. σχετική πρόσφατη υπόθεση του ελβετικού Ανώτατου Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου (Bundesgericht), BGE 146 IV 36, με κριτικές παρατηρήσεις της *Ludwiczak-Glassey*, *Mesures de surveillance suisses et résultats obtenus à l'étranger – Remarques à propos de l'ATF 146 IV 36*, *forumproenale* 2020, 410 επ. *Husmann*, *AJP* 2020, 364 επ.

25. Για την αρχή της εδαφικότητας και το ποινικό δίκαιο βλ. *Μυλωνόπουλου*, *Διεθνές & Ευρωπαϊκό Ποινικό Δίκαιο*<sup>3</sup>, Αθήνα 2021, σελ. 171 επ. Για το ζήτημα της παραβίασης της αλλοδαπής κρατικής κυριαρχίας, τους περιορισμούς και τις αντίστοιχες εξαιρέσεις όπως διατυπώθηκαν από το Διεθνές Δικαστήριο (Permanent Court of International Justice, PCIJ), βλ. PCIJ, *Case of the SS Lotus (France v Turkey)*, 1927 PCIJ (Ser A) No 10, σελ. 4 επ., 18-19, 31 [Lotus], αντί άλλων πηγών υπό: [https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/ss\\_lotus\\_-\\_pcij\\_-\\_1927.pdf](https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/ss_lotus_-_pcij_-_1927.pdf). στην θεωρία βλ. ενδεικτικώς *Sieber/Neubert*, *Transnational Criminal Investigations in Cyberspace: Challenges to National Sovereignty*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2017, 241 (252 επ., 309) *Currie* (υποσημ. 21), 65 (69 επ., 74 επ. και ιδίως 93 επ.). Βλ. επίσης *Burchard*, *Der grenzüberschreitende Zugriff auf Clouddaten im Lichte der fundamentalen Prinzipien der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen – Teil 2. Hintergründe des Kommissionsentwurfs zum grenzüberschreitenden Zugang zu elektronischen Beweismitteln im Strafermittlungsverfahren wie auch zum sog. Microsoft Ireland Case*, *ZIS* 2018, 249, για την συζήτηση στην γερμανική έννομη τάξη με περαιτέρω παραπομπές. Στην βιβλιογραφία επισημαίνεται ωστόσο ότι είναι αναγκαίες περαιτέρω διακρίσεις, διότι όλες οι κρατικές δραστηριότητες στον κυβερνοχώρο δεν παραβιάζουν κατ' ανάγκην αλλοδαπή κρατική κυριαρχία· βλ. π.χ. *Delerue*, *Cyber Operations and International Law*, Cambridge 2020, σελ. 200-201, 206 επ., 222 επ., 232. Για την χρήσιμη διάκριση μεταξύ εξωεδαφικών και τελούμενων σε ξένο έδαφος κυριαρχικών πράξεων βλ. *Dombrowski*, *Extraterritoriale Strafrechtsanwendung im Internet*, Berlin 2014, σελ. 11-12. Για την αντίθετη γνώμη περί μη παραβίασης της αλλοδαπής κυριαρχίας και την αντίστοιχη επιχειρηματολογία (η οποία εν πολλοίς εστιάζεται στην χρήση και κατοχή των δεδομένων από τον χρήστη, στην αμφισβήτηση του τόπου αποθήκευσης ως αποφασιστικό κριτήριο, στην συχνή έλλειψη γνώσης πολλών μάλλον βούλησης των κρατικών αρχών να δράσουν εκτός των ορίων της εδαφικής κυριαρχίας τους, καθώς και στην αναγκαιότητα πρόσβασης στα δεδομένα

ή μη των ηλεκτρονικών έναντι των λοιπών αποδεικτικών στοιχείων, η ενδεχόμενη έλλειψη γνώσης της τελικής τοποθεσίας αποθήκευσης, ή η συχνή στην πράξη απουσία οποιασδήποτε σύνδεσης της τελικής τοποθεσίας αποθήκευσης των δεδομένων με το κράτος που ερευνά την τέλεση αξιόποινων συμπεριφορών, δεν αναιρούν το πραγματικό γεγονός της τελικής αποθήκευσης (και) των δεδομένων υπολογιστικού νέφους (cloud data) σε εξυπηρετητές ή τεχνικά μέσα που ευρίσκονται φυσικά τοποθετημένα ή εγκατεστημένα στο έδαφος συγκεκριμένης έννομης τάξης<sup>26</sup>. Η συλλογή των δεδομένων αυτών ανήκει επομένως σύμφωνα με το διεθνές δίκαιο κατ' αρχήν στην αποκλειστική κυριαρχία και δικαιοδοσία των αστυνομικών ή δικαστικών αρχών του κράτους όπου αυτά είναι αποθηκευμένα. Μόνη η δυνατότητα πρόσβασης σε ηλεκτρονικά δεδομένα δεν αρκεί για να θεωρηθεί σύμφωνη με το διεθνές δίκαιο η πράξη της διασυννοριακής συλλογής.

Σε σχέση με την δικαιοδοσία εφαρμογής των κανόνων και εκδίκασης της υπόθεσης ("*jurisdiction to enforce and to adjudicate*"), σύμφωνα με τις σχετικές ερειδόμενες στο δημόσιο διεθνές δίκαιο θεωρίες, την ειδικότερη εξουσία να διώκουν και να τιμωρούν ("*authority to prosecute and to punish*") ποινικά αδικήματα εντός της εδαφικής κυριαρχίας τους έχουν, κατ' αρχήν, μόνο οι αρχές του κράτους αυτού<sup>27</sup>. Σημαντική περίπτωση κρατικής συναίνεσης πάντως στην υπό συζήτηση θεματική είναι η μέχρι σήμερα πρακτική των αμερικανικών αρχών να επιτρέπουν στους παρόχους ψηφιακών υπηρεσιών να αποστέλλουν κατά βούληση σε αλλοδαπές αρχές ηλεκτρονικά δεδομένα, με

ελλείψει αποτελεσματικών διαδικασιών δικαστικής συνεργασίας) βλ. *Wicker*, *Cloud Computing und staatlicher Strafanspruch*, Baden-Baden 2016, σελ. 336 επ., 415 επ., 433 επ., 438.

26. Για την διχογνωμία ως προς την ιδιαίτερη ή μη φύση των ηλεκτρονικών δεδομένων ως αποδεικτικών στοιχείων βλ. από την αμερικανική βιβλιογραφία, υπέρ αυτής και για την ανάγκη αποεδαφικοποίησης των ηλεκτρονικών δεδομένων *Daskal*, (υποσημ. 23), 326 (365 επ., 369 επ.)· για την αντίθετη γνώμη βλ. *Woods*, *Against Data Exceptionalism*, *Stanford Law Review* 2016, 729 (754 επ., 774 επ.), ο οποίος απορρίπτει την αντίληψη περί ιδιαιτερότητας των ηλεκτρονικών δεδομένων, εντοπίζοντας ως βασικό πρόβλημα την έλλειψη λύσεων στο ζήτημα της άσκησης ποινικής δικαιοδοσίας στο διαδίκτυο, ενόψει ιδίως και των προβλημάτων που ανακύπτουν κατά την χρήση της τεχνολογίας του υπολογιστικού νέφους. Για τον αντίστοιχο προβληματισμό στην Γερμανία, με έμφαση στα αναφερόμενα ζητήματα προστασίας προσωπικών δεδομένων και με κριτικές σκέψεις για την αποεδαφικοποίηση του υπολογιστικού νέφους, βλ. *Burchard* (υποσημ. 25), 249 επ., 253 επ., 263-264. Σε de facto (αλλά πάντως όχι de jure) αποεδαφικοποίηση των ηλεκτρονικών δεδομένων οδηγεί κατ' αποτέλεσμα η άποψη ότι η επιβολή κυρώσεων στο θιγόμενο φυσικό/νομικό πρόσωπο που προσφέρει τις υπηρεσίες του στην ημεδαπή για μη εκπλήρωση της υποχρέωσης παροχής δεδομένων αποθηκευμένων σε διακομιστές στην αλλοδαπή δεν συνιστά άσκηση εξωεδαφικής κυριαρχίας· έτσι όμως το βελγικό Ακυρωτικό στην υπόθεση *Yahoo!*, *Cour de cassation de Belgique*, Numéro d'arrêt P.13.2082.N, 1.12.2015, σκ. 8.

27. Για τις διακρίσεις των εξουσιών αυτών βλ. δικαιοσυγκριτικά και με πληθώρα παραπομπών *Ambos*, *Internationales Strafrecht*<sup>5</sup>, München 2018, § 1 πλαγιάρ. 4· για το ζήτημα της εξωεδαφικής άσκησης δικαιοδοσίας *Sieber/Neubert* (υποσημ. 25), 241 (252 με περαιτέρω παραπομπές). Παρ' ημίν βλ. ήδη *Μυλωνόπουλου* (υποσημ. 25), σελ. 63-64, και την διάκριση μεταξύ *εκτάσεως ποινικής εξουσίας*, δηλ. εφαρμογής των ποινικών κανόνων σε πράξεις που συνδέονται με την έννομη τάξη, και *άσκησης πράξεων κυριαρχίας*: Οι τελευταίες, αν δεν υφίστανται αντίθετες διεθνείς συμβατικές δεσμεύσεις των κρατών, περιορίζονται μόνο στην εδαφική κυριαρχία του ίδιου κράτους. Όπως επισημαίνει ο *Μυλωνόπουλος*, όπ. παρ., σελ. 73, το ερώτημα της ύπαρξης ή μη ποινικής αξίωσης του κράτους είναι ουσιαστικό και διαφέρει από το *δικονομικό* ερώτημα της άσκησης ή μη ποινικής δικαιοδοσίας από τα δικαστήρια του ίδιου κράτους.



την εξαίρεση ωστόσο των κρίσιμων δεδομένων περιεχομένου<sup>28</sup>. Σύμφωνα δε με τα στατιστικά στοιχεία που δημοσίευσαν οι πάροχοι για το έτος 2019, τα κράτη μέλη της ΕΕ συνολικά υπέβαλαν απευθείας σε αυτούς πάνω από 200.000 αιτήματα παροχής δεδομένων, με την επιτυχή λήψη των δεδομένων από τα κράτη μέλη να κυμαίνεται κατά τον μ.ό. της ΕΕ σε ποσοστό 68%<sup>29</sup>.

Η κτήση βεβαίως των ηλεκτρονικών δεδομένων χωρίς την συναίνεση/συγκατάθεση του αλλοδαπού κράτους στο πλαίσιο της εθνικής ποινικής δίκης με παραβίαση του διεθνούς δικαίου λόγω της προσβολής της αλλοδαπής κρατικής κυριαρχίας έχει κομβική σημασία και κατά την διεξαγωγή της εθνικής δίκης, διότι καθιστά περαιτέρω την αποδεικτική αξιοποίηση των ηλεκτρονικών αποδεικτικών μέσων, τουλάχιστον κατ' αρχήν, απαγορευμένη<sup>30</sup>.

Ο σεβασμός της αλλοδαπής κρατικής κυριαρχίας δεν σημαίνει όμως και την ανοχή ενός καθεστώτος ποινικής ασυλίας, εξαιτίας της ιδιαίτερης φύσης των ηλεκτρονικών δεδομένων και της αποθήκευσής τους σε διακομιστές εγκατεστημένους στο εξωτερικό. Η διεθνής δικαστική συνεργασία στην απόδειξη, δεν εκφράζει απλώς την διεθνή αλληλεγγύη στην καταπολέμηση του εγκλήματος, αλλά αποτελεί για όλο το υπό συζήτηση πεδίο το ενδεδειγμένο θεσμικό πλαίσιο για την κτήση και την αξιοποίηση αποδεικτικών μέσων που βρίσκονται στην αλλοδαπή<sup>31</sup>. Στην περίπτωση των ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων όμως τα πράγματα είναι και πάλι πιο σύνθετα. Ενόσω εθνικές και αλλοδαπές αρχές διαβουλεύονται για την επίμαχη δικαστική συνδρομή (παρ' ημίν άρθρα 458 επ. κΠΔ) ή αλλοδαπές δικαστικές αρχές συνεδριάζουν και αποφασίζουν για την τύχη του αλλοδαπού αιτήματος δικαστικής συνεργασίας, οι ηλεκτρονικές αποδείξεις μπορούν εντός δευτερολέπτων να

αλλοιωθούν, διαγραφούν ή να μεταφερθούν σε διακομιστή σε άλλη χώρα<sup>32</sup>. Από την δυσκολία εντοπισμού των ηλεκτρονικών δεδομένων προκύπτει άλλωστε και η αδυναμία των κρατικών αρχών να απευθύνουν το αίτημα συνεργασίας σε συμφωνία με το διεθνές δίκαιο, δηλαδή, με βάση τα μέχρι σήμερα ισχύοντα, στην χώρα αποθήκευσης των δεδομένων<sup>33</sup>.

Πέραν της εφαρμογής διαδικασιών δικαστικής συνεργασίας, στον διεθνή χώρο δεν εντοπίζεται κάποια παγιωμένη πρακτική μεταξύ των κρατών που να επιτρέπει την πρόσβαση σε δεδομένα που είναι αποθηκευμένα σε μια άλλη έννομη τάξη<sup>34</sup>. Εξαίρεση αποτελεί το άρθρο 32 (στοιχ. α' και β') της Σύμβασης της Βουδαπέστης, προϊόν συμβιβασμού μεταξύ των κρατών μερών της Σύμβασης<sup>35</sup>, το οποίο επιτρέπει μεν τέτοια πρόσβαση, αλλά δεν μπορεί να τύχει ευρείας εφαρμογής στην υπό συζήτηση περίπτωση: Αφενός, τα δεδομένα στην περίπτωση χρήσης της τεχνολογίας του υπολογιστικού νέφους συνήθως δεν είναι διαθέσιμα στο κοινό (εξαίρεση στοιχ. α')<sup>36</sup>. Αφετέρου, η συναίνεση του ίδιου του προσώπου (εξαίρεση στοιχ. β') δεν αφορά στους παρόχους, αλλά κατά βάση στους χρήστες των υπηρεσιών τους<sup>37</sup>.

Ελλείψει αποτελεσματικών και σύμφωνων με το διεθνές δίκαιο λύσεων, εντός του Συμβουλίου της Ευρώπης ήδη προετοιμάζεται δεύτερο πρόσθετο πρωτόκολλο της Σύμβασης της Βουδαπέστης, της σημαντικότερης διεθνούς συνθήκης για την καταπολέμηση του εγκλήματος στον κυβερνοχώρο<sup>38</sup>.

28. Βλ. ήδη μια πρώτη ενδιαφέρουσα παρουσίαση στατιστικών στοιχείων αυτής της προαιρετικής συνεργασίας των παρόχων με αλλοδαπές κρατικές αρχές από τον Burchard (υποσημ. 25), 249 (257 επ. με περαιτέρω παραπομπές)· ομοίως από την πλευρά της ΕΕ, Europol, 2<sup>nd</sup> Annual Sirius EU Digital Evidence Situation Report (υποσημ. 19), σελ. 12 επ., 21 επ.· βλ. επίσης Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen<sup>3</sup>, 47<sup>n</sup> ενημέρωση, Heidelberg 2019, IRG vor § 1, πλ. για γράφ. 38· Böse, Der Kommissionvorschlag zum transnationalen Zugriff auf elektronische Beweismittel – Rückzug des Staates aus der Rechtshilfe?, KriPoZ 2019, 140 (141).

29. Πρόκειται κατά βάση για τους παρόχους Airbnb, Apple, Automattic, Cloudflare, Dropbox, Facebook, Google, LinkedIn, Microsoft, Snap, TikTok, Twitter και Verizon Media. Βλ. Europol, 2<sup>nd</sup> Annual Sirius EU Digital Evidence Situation Report (υποσημ. 19), σελ. 46, 48. Για την Ελλάδα ειδικότερα, βλ. ανωτέρω, υποσημ. 22.

30. Βλ. όμως ενδεικτικώς Ambos, Beweisverwertungsverbote, Berlin 2010, σελ. 98, με περαιτέρω παραπομπές. Για το σύνθετο ζήτημα της αποδεικτικής αξιοποίησης των αποδεικτικών μέσων στις διασυνοριακές υποθέσεις, που ξεπερνά τους σκοπούς της παρούσας συμβολής, βλ. εισαγωγικά και διαφωτιστικά, αντί πολλών και με πληθώρα παραπομπών στην γερμανόφωνη θεωρία και νομολογία, Schuster, Verwertbarkeit von Beweismitteln bei grenzüberschreitender Strafverfolgung, ZIS 2016, 564 επ. παρ' ημίν Γ. Τριανταφύλλου, Διεθνής δικαστική συνδρομή στην ποινική απόδειξη, Αθήνα 2009, σελ. 276 επ., 326 επ., και ιδίως 335 επ., για την αυτεπάγγελτη υποχρέωση του δικαστή να λάβει υπόψη μια αποδεικτική απαγόρευση στηριζόμενη σε παραβίαση του διεθνούς δικαίου· για το συναφές ζήτημα των εννόμων συνεπειών από την παραβίαση της αρχής της ειδικότητας, αλλά και την ενίοτε προβληματική πρόσληψή της από τα ελληνικά δικαστήρια, βλ. προσφάτως Ναμιά, Η αξία της αρχής της ειδικότητας ως γενικών αναγνωρισμένου κανόνα του διεθνούς δικαίου για την καταπολέμηση του διασυνοριακού εγκλήματος, σε: Βαθιώτη/Κιούπη/Τζαννετή/Δημάκη (επιμ.), Τιμητικός Τόμος (Liber Discipulorum) Γιαννίδη, Αθήνα 2020, σελ. 633 (644 επ., 650 επ.).

31. Βλ. αναλυτικώς Γ. Τριανταφύλλου (υποσημ. 30), σελ. 27 επ., 59 επ., 67 επ.

32. European Commission, Commission Staff Working Document (υποσημ. 4), σελ. 5-6, 20. Βλ. ωστόσο και τον ορθό αντίλογο της χρήσης της τεχνολογίας του υπολογιστικού νέφους στην αντίστροφη κατεύθυνση, δηλαδή για την αποφυγή των προβλημάτων, κατά βάση του ευμετάβλητου χαρακτήρα των δεδομένων, κατά την διασυνοριακή συλλογή των η-αποδείξεων, από τον Burchard, Europäische E-Evidence-Verordnung. Rechtsstaatlich defizitär, der Realität immer hinterher und langfristig konträr zu europäischen Interessen, ZRP 2019, 164 (165). Στην μέχρι τώρα συζήτηση άλλωστε δεν δίδεται βάρος στην αντίστροφη κατεύθυνση, δηλαδή στο πως οι τεχνολογικές εξελίξεις μπορούν να συμβάλουν στην εξασφάλιση αξιόπιστων αποδεικτικών μέσων.

33. Βλ. για το πρόβλημα ήδη στην σχετική συζήτηση στις ΗΠΑ Daskal (υποσημ. 17), 9 (10).

34. Bell (υποσημ. 16), σελ. 181.

35. Currie (υποσημ. 21), 65 (77-78).

36. Bell (υποσημ. 16), σελ. 161.

37. Βλ. ενδεικτικά παραδείγματα Council of Europe, Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, Budapest, 23.11.2001, σελ. 53 παρ. 294, υπό: <https://rm.coe.int/16800c5e5b>· Καργόπουλου, Δικαιικοί άξονες και προβληματισμοί, σε: Δαλακούρα (υποσημ. 22), σελ. 201 (219). Η συναίνεση στην πρόσβαση θα πρέπει πάντως να δίδεται στις κρατικές αρχές και όχι λ.χ. σε άλλο χρήστη ηλεκτρονικής επικοινωνίας. Για την περίπτωση της τελευταίας συναίνεσης και της σχετικής αποδεικτικής αξιοποίησης στο ελληνικό δίκαιο, χωρίς όμως αναφορά στην διεθνούς δικαίου διάσταση του ζητήματος, βλ. τις σκέψεις της ΜΟΔΗρακλ 21/2019 Ισοκράτης (ΤΝΠ ΔΣΑ), ειδικώς ως προς τις ιδιωτικές συνομιλίες στο Messenger.

38. Convention on Cybercrime, ETS no. 185, Budapest 23.11.2001. Την εν λόγω σύμβαση, υπογράφεσα από όλα τα κράτη μέλη του Συμβουλίου της Ευρώπης πλην της Ρωσικής Ομοσπονδίας, έχουν κυρώσει όλα τα κράτη αυτά πλην της Ιρλανδίας. Την Σύμβαση της Βουδαπέστης έχει κυρώσει όμως και μια σειρά κρατών παγκοσμίως, όπως ΗΠΑ, Καναδάς, Ιαπωνία, Ισραήλ, Αυστραλία κ.ά. (τελευταία ενημέρωση: 24.5.2021, υπό: [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures?p\\_auth=nnvnmGf](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures?p_auth=nnvnmGf)). Πέραν της ευρωπαϊκής δικαιοταξίας, τρέχουσες εξελίξεις εντοπίζονται και σε επίπεδο διεθνούς κοινότητας έπειτα από σχετικές πρωτοβουλίες της Κίνας και της Ρωσίας και την πρόσφατη απόφαση της Γενικής Συνέλευσης του Ο.Η.Ε. στα τέλη του 2019 για την σύναψη μιας διεθνούς συνθήκης για την καταπολέμηση της χρήσης των τεχνολογιών της πληροφορικής και των επικοινωνιών για εγκληματικούς σκοπούς, βλ. United Nations (General Assembly), A/RES/74/247, Countering the use of information and communications technologies for criminal

οι προβλεπόμενες δικονομικές διατάξεις της, άλλωστε, έχουν παραμείνει σε όχι λίγες περιπτώσεις κενό γράμμα για διάφορες έννομες τάξεις<sup>39</sup>. Στην παρούσα φάση των διαπραγματεύσεων, στις οποίες συμμετέχει και η ΕΕ, διαφαίνεται να προκρίνεται αντί της παραδοσιακής οδού της δικαστικής συνεργασίας, η απευθείας διασυνοριακή σύμπραξη κράτους μέρους της Σύμβασης με τον ιδιώτη πάροχο στην αλλοδαπή<sup>40</sup>.

Στην δικαστηριακή πρακτική των κρατών η κατάσταση πάντως δεν είναι καθόλου σαφής ούτε τυχάνει ομοιόμορφης αντιμετώπισης. Η υπόθεση όμως με τον μεγαλύτερο διεθνή αντίκτυπο έλαβε χώρα στις ΗΠΑ. Οι αμερικανικές αρχές βρέθηκαν αντιμέτωπες με την άρνηση της εταιρίας *Microsoft* να επιτρέψει σε αυτές αμφισβητούμενης νομιμότητας εξωεδαφική πρόσβαση σε μηνύματα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας και σε δεδομένα περιεχομένου αποθηκευμένα σε διακομιστές στην Ιρλανδία. Ενόσω η υπόθεση εκκρεμούσε ενώπιον του Ανώτατου Δικαστηρίου των ΗΠΑ (Supreme Court), ο νομοθέτης έδωσε «λύση» και η δικαστική διαμάχη κατέστη άνευ αντικειμένου<sup>41</sup>: Στον νέο Νόμο για τον Ακριβή Καθορισμό των Προϋποθέσεων της Νόμιμης Εξωεδαφικής Χρήσης Δεδομένων (*“Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act”, “CLOUD Act”*)<sup>42</sup> προβλέφθηκε ρητώς η υποχρέωση των παρόχων για διατήρηση, δημιουργία αντιγράφων ασφαλείας και αποστολή όλων των δεδομένων, ανεξαρτήτως της τοποθεσίας τους, εντός ή εκτός ΗΠΑ<sup>43</sup>.

Πλην της εξωεδαφικής υποχρέωσης των παρόχων με έδρα στις ΗΠΑ για αποστολή των ηλεκτρονικών δεδομένων, θεσπίστηκε όμως στο αμερικανικό δίκαιο και η δυνατότητα αλλοδαπές αρχές να έχουν πρόσβαση σε δεδομένα περιεχομένου έπειτα από απευθείας αίτημά τους στους παρόχους ψηφιακών υπηρεσιών με έδρα στις ΗΠΑ, χωρίς προηγούμενο αίτημα δικαστικής συνδρομής, υπό τον όρο της αμοιβαιότητας και στη βάση «εκτελεστικών συμφωνιών» (*“executive agreements”*) μεταξύ των κυβερνήσεων τους και των ΗΠΑ<sup>44</sup>. Μια τέτοια συμ-

φωνία έχει ήδη επιτευχθεί π.χ. μεταξύ ΗΠΑ και Ηνωμένου Βασιλείου<sup>45</sup>.

Για τον αντίκτυπο των παραπάνω εξελίξεων στον ενωσιακό χώρο, από την στιγμή που η πλειονότητα των παρόχων ψηφιακών υπηρεσιών εδρεύει ή διαθέτει εγκαταστάσεις στις ΗΠΑ, κομβικής σημασίας θα είναι η ολοκλήρωση των σχετικών διαπραγματεύσεων και επίτευξη διεθνούς συμφωνίας μεταξύ ΕΕ-ΗΠΑ για την διεθνή συνεργασία στην συλλογή η-αποδείξεων<sup>46</sup>. Η συνθήκη θα πρέπει στην συνέχεια να διέλθει και τον γνωμοδοτικό έλεγχο του ΔΕΕ ως προς την συμβατότητά της με το ενωσιακό πρωτογενές δίκαιο (Συνθήκες, ΧΘΔΕΕ).

### 3. Οι ενωσιακές εξελίξεις στο πεδίο της η-απόδειξης

#### 3.1. Εισαγωγικά

Στην υπό εξέταση προβληματική αποτελεσματικές λύσεις δεν προσφέρονται ούτε στον ενωσιακό χώρο. Στο δευτερογενές ενωσιακό δίκαιο, η πρόσφατη αναθεώρηση του δικαίου δικαστικής συνδρομής στην απόδειξη με την θέσπιση της νέας *Ευρωπαϊκής Εντολής Έρευνας* (εφεξής: ΕΕΕ) δεν συνοδεύτηκε από ουσιώδεις ρυθμίσεις για το ζήτημα της συλλογής ηλεκτρονικών αποδείξεων. Κατά συνέπεια ούτε το εν λόγω νεοπαγές, κατά τα άλλα, νομοθετικό εργαλείο στον ενωσιακό χώρο μπορεί να ανταποκριθεί εν γένει στις παραπάνω εκτεθείσες δυσκολίες που αντιμετωπίζουν οι αρχές των κρατών μελών κατά την πρόσβαση σε ηλεκτρονικές αποδείξεις<sup>47</sup>. Χαρακτηριστικά παραδείγματα είναι οι περιορισμένες σε έκταση και χρονοβόρες διαδικασίες κατά την επιτήρηση των επικοινωνιών με την τεχνική βοήθεια άλλου κράτους μέλους (άρθρο 30) ή έστω, όταν δεν απαιτείται τέτοια βοήθεια, με κοινοποίηση προς το κράτος μέλος στο οποίο βρίσκεται ο επιτηρούμενος και από το οποίο δεν απαιτείται παροχή τεχνικής βοήθειας (άρθρο 31)<sup>48</sup>.

purposes, 27.12.2019, υπό: <https://undocs.org/en/A/RES/74/247>.

39. Έτσι για την ελληνική έννομη τάξη ο *Καργόπουλος* (υποσημ. 37), σελ. 201 (209-210). Βλ. και την παρουσίαση των δικονομικών διατάξεων της Σύμβασης από τον *Δαλακούρα*, Ουσιαστικές και δικονομικές διατάξεις της Σύμβασης του Συμβουλίου της Ευρώπης για το έγκλημα στον κυβερνοχώρο (Ν. 4411/2016), σε: ίδιου (υποσημ. 22), σελ. 1 (16 επ.).

40. Ως προς τα κρίσιμα για τις ανακριτικές έρευνες στοιχεία συνδρομητή (subscriber information) με βάση το άρθρο 18 παρ. 3 της Σύμβασης. Πρόκειται για πληροφορίες από τις οποίες προκύπτει π.χ. ο τύπος της χρησιμοποιούμενης υπηρεσίας επικοινωνιών, η ταυτότητα των συνδρομητών, η διεύθυνσή τους, το τηλέφωνό τους, αλλά και η στατική ή δυναμική διεύθυνση διαδικτυακού πρωτοκόλλου (IP) κ.ά., *Cybercrime Convention Committee* (υποσημ. 4), σελ. 9 επ. Για το περιεχόμενο του 2<sup>ου</sup> πρόσθετου πρωτοκόλλου βλ. επίσης *Daskal/Kennedy-Mayo*, Budapest Convention: What is and how is it being updated?, 2.7.2020, υπό: <https://www.crossborderdataforum.org/budapest-convention-what-is-it-and-how-is-it-being-updated/>.

41. *United States v. Microsoft Corp.* (Per Curiam), 584 U.S. 2018, 38 S. Ct. 1186 (2018). Για την υπόθεση βλ. *Daskal* (υποσημ. 17), 9 επ.

42. Βλ. το κείμενο του νόμου υπό: <https://www.justice.gov/dag/page/file/1152896/download>.

43. Βλ. § 103(a)(1) CLOUD Act (κωδικοποίηση υπό: 18 U.S.C. § 2713 περί Αιτούμενης διατήρησης και γνωστοποίησης δεδομένων επικοινωνιών και καταγραφών [*“Required preservation and disclosure of communications and records”*], υπό: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title18/part1/chapter121&edition=prelim..>

44. CLOUD Act § 105(a) (κωδικοποίηση σε: 18 U.S.C. § 2523(b). Τα απευθείας αυτά αιτήματα θα αφορούν σε μη ηηκόδους ΗΠΑ, οι οποίοι κατοικούν εκτός ΗΠΑ, για σοβαρές εγκληματικές πράξεις, και θα επιτρέπονται μόνο εφόσον η αλλοδαπή δικαιοταξία διαθέτει επαρκείς προστατευτικές διατάξεις για την προστασία της ιδιωτικότητας και τις θεμελιώδεις ελευθερίες του ατόμου, βλ. *Daskal* (υποσημ. 17), 9 (13 επ.).

45. Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland on access to electronic data for the purpose of countering serious crime, Washington, 3.10.2019, υπό: <https://www.justice.gov/ag/page/file/1207496/download>.

46. *Council of the European Union*, Council gives mandate to Commission to negotiate international agreements on e-evidence in criminal matters, 6.6.2019, υπό: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/06/06/council-gives-mandate-to-commission-to-negotiate-international-agreements-on-e-evidence-in-criminal-matters/>.

47. Κριτικός επ' αυτών ο *Böse* (υποσημ. 28), 140 (147). Εξάιρεση πάντως αποτελεί η δυνατότητα αναγνώρισης προσώπων που έχουν συνδρομή σε συγκεκριμένη διεύθυνση διαδικτυακού πρωτοκόλλου (IP) κατά το άρθρο 10 παρ. 2 στοιχ. ε' της οδηγίας 2014/41/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 3.4.2014 περί της ευρωπαϊκής εντολής έρευνας σε ποινικές υποθέσεις, ΕΕ-ΕΕ 1.5.2014, L 130, σελ. 1 (10). *European Commission*, Commission Staff Working Document (υποσημ. 4), σελ. 209· βλ. και *Leonhardt*, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, Wiesbaden 2017, σελ. 89-90· *Smuha*, Towards the EU Harmonization of Access to Cross-Border E-Evidence: Challenges for Fundamental Rights & Consistency, EuCLR 2018, 83 (91-92)· βλ. και *Wortmann*, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, Baden-Baden 2020, σελ. 203 επ. Για την ενσωμάτωση της οδηγίας για την ΕΕΕ στο ελληνικό δίκαιο, βλ. *Αρβανίτη*, Η Ευρωπαϊκή Εντολή Έρευνας, Αθήνα 2021, σελ. 159 επ., 303 επ., 342 επ., 349 επ., 372 επ.· *Τζαννετή*, Η Ευρωπαϊκή Εντολή Έρευνας, ΠοινΧρ 2018, 81 επ.· βλ. επίσης *Δασκαλόπουλου*, Ευρωπαϊκή Εντολή Έρευνας (Ε.Ε.Ε.): Ο νέος θεσμός Δικαστικής Συνεργασίας επί ποινικών υποθέσεων εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ΠοινΧρ 2018, 173 επ.

48. Επ' αυτών βλ. *Leonhardt* (υποσημ. 47), σελ. 88 επ.· *Αρβανίτη* (υποσημ. 47), σελ. 332 επ. Από την δικαστηριακή πρακτική βλ. π.χ. για την δυνατότητα λήψης δεδομένων κινήσεως και θέσεως ηλεκτρονικών επικοινωνιών κατόπιν έκδοσης ΕΕΕ, (Γενικού Ει-



Ούτε όμως το νομοθετικό status quo στις εσωτερικές νομοθεσίες των κρατών μελών εγγυάται αποτελεσματικές διαδικασίες. Το σχετικό νομοθετικό πλαίσιο των κρατών μελών συνολικότερα άλλωστε, απαρτίζεται από, όχι πάντα ρητώς προβλεπόμενα, αλλά γενικώς διαφορετικά νομοθετικά εργαλεία, στηριζόμενα σε ετερογενείς ρυθμίσεις. Αποτέλεσμα αυτών είναι όχι μόνο μεγάλες καθυστερήσεις αλλά συχνά και εφαρμογή διαδικασιών που δεν συνοδεύονται από τις απαραίτητες εγγυήσεις για την αποτελεσματική προστασία των θιγόμενων προσώπων<sup>49</sup>.

Στα καθ' ημάς, εξαίρεση στην νομοθετική απραγία συνιστά η ρύθμιση του άρθρου 265 νΚΠΔ περί κατάσχεσης ψηφιακών δεδομένων. Ανεξάρτητα από το αν τα δεδομένα που είναι "αποθηκευμένα και προσβάσιμα" μέσω της τεχνολογίας του υπολογιστικού νέφους (άρθρο 265 περ. γ' εδ. β' ΚΠΔ), εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της εν λόγω διάταξης, η εξωεδαφική κατάσχεση των ηλεκτρονικών δεδομένων υπολογιστικού νέφους, κατά κανόνα δεδομένων που είναι αποθηκευμένα σε διακομιστές στην αλλοδαπή, δεν είναι συμβατή με το διεθνές δίκαιο (βλ. ανωτέρω υπό 2.2.)<sup>50</sup>. Πάντως, εκτός της προαναφερθείσας αρρhythμιστής απευθείας σύμπραξης με τους ιδιώτες παρόχους που εδρεύουν ως επί το πλείστον στις ΗΠΑ, πρόνοια στην κατεύθυνση της αποτελεσματικής και δικαιοκρατικής διασυνοριακής συλλογής ηλεκτρονικών δεδομένων στο ελληνικό δίκαιο μέχρι σήμερα δεν υφίσταται.

Σε αυτό το αναποτελεσματικό και δικαιολογικά αμφίβολο τοπίο, σημαντικές είναι οι εξελίξεις στον ενωσιακό χώρο: Σε εσωτερικό επίπεδο, δηλαδή εντός ΕΕ, σημείο τομής αποτελεί το αποκαλούμενο νομοθετικό πακέτο για την η-απόδειξη (e-evidence package), αποτελούμενο από την πρόταση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (εφεξής: Επιτροπή), ενός κανονισμού και μίας οδηγίας για την συλλογή ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων. Σε εξωτερικό επίπεδο, ο ενωσιακός σχεδιασμός συμπληρώνεται με τον σχεδιασμό σύναψης, όπως προαναφέρθη-

σαγγελέα) Sánchez-Bordona, προτ. της 20.5.2021, υποθ. C-724/19 (Spetsializirana prokuratura κατά HP), σκ. 11 επ. Βλ. επίσης για την επιτήρηση των τηλεπικοινωνιών Εφετείο Βρέμης (OLG Bremen), Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20, NStZ-RR 2021, 158 (υπόθεση EncroChat).

49. Αντί πολλών Smuha (υποσημ. 47), 83 (93 επ.).

50. Για τα δεδομένα αυτά που βρίσκονται στην αλλοδαπή, εξακολουθεί να απαιτείται de lege lata όχι απλώς η (εσωτερική) διαδικασία άρσης του απορρήτου, αλλά και η ταυτόχρονη υποβολή αιτήματος δικαστικής συνδρομής με την χώρα που εδρεύει ο πάροχος. Ως εναλλακτική παραμένει η αμφιβόλου νομιμότητας αρρhythμιστή διαδικασία της απευθείας σύμπραξης με τον πάροχο. Για την διαδικασία εφαρμογής της δικαστικής άρσης του απορρήτου σε δεδομένα αποθηκευμένα σε υπολογιστικό νέφος, βλ. ΣυμπλημΑθ 613/2016, ΠοινΔικ 2016, 424 επ. (με εισ. πρότ. Μανώλη και αντίθετη μειοψηφία)· βλ. και Καργόπουλου (υποσημ. 37), σελ. 201 (211). Για την νεοπαγή ρύθμιση του άρθρου 265 νΚΠΔ βλ. ΓνμΔΕισΑΠ 6/2021 (Χ. Βουρλιώτη), ΠοινΧρ 2021, 140 = ΠοινΔικ 2021, 276· Ναζίρη, Η κατάσχεση των ψηφιακών δεδομένων (Μέρος Β': Οι ρυθμίσεις του νέου Κώδικα Ποινικής Δικονομίας), ΠοινΔικ 2021, 355 επ. Από την διεθνή δικαστηριακή πρακτική βλ. ιδίως Πρωτοδικείο Μονάχου (LG München), Beschl. v. 7.7.2017 – 6 Qs 15/1 κατά παραπομπή από το γερμανικό ΣυντΔικ. BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17 – 2 BvR 1583/17, σκ. 7, 9, και Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17 – 2 BvR 1780/17 –, σκ. 14, 36: Ανάμεσα στα έγγραφα που κατέσχεσαν οι γερμανικές αρχές, συμπεριλαμβανόταν και πληθώρα ηλεκτρονικών αρχείων, τα οποία κατόρθωσαν να «κατεβάσουν» διαδικτυακά και να τα αντιγράψουν. Επρόκειτο ωστόσο για αρχεία που ήταν εγκατεστημένα σε εξυπηρετητές στο Βέλγιο. Το δικαστήριο διέταξε ειδικώς ως προς τα αρχεία αυτά, ακριβώς επειδή ήταν αποθηκευμένα σε διακομιστές στην αλλοδαπή, αφενός την επιστροφή τους στην προσφεύγουσα και αφετέρου την καταστροφή κάθε αντιγράφου αυτών.

κε (υπό 2.2.) μιας διεθνούς συνθήκης ΕΕ-ΗΠΑ για την συνεργασία στην η-απόδειξη στις ποινικές υποθέσεις.

Η πρόταση για την η-απόδειξη (e-evidence proposal) αποτελείται αντιστοίχως από μία πρόταση κανονισμού σχετικά με την Ευρωπαϊκή Εντολή Υποβολής (European Production Order) και την Ευρωπαϊκή Εντολή Διατήρησης (European Preservation Order) ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων σε ποινικές υποθέσεις<sup>51</sup>, αλλά και μία πρόταση οδηγίας σχετικά με την θέσπιση εναρμονισμένων κανόνων για τον ορισμό νόμιμων εκπροσώπων (legal representatives) ορισμένων παρόχων υπηρεσιών με σκοπό τη συγκέντρωση αποδεικτικών στοιχείων στο πλαίσιο ποινικών διαδικασιών<sup>52</sup>. Με το σχέδιο αυτό η Επιτροπή φιλοδοξεί να ξεπεράσει τις πρακτικές και νομικές δυσχέρειες λόγω της φύσης των ηλεκτρονικών δεδομένων.

Με δεδομένο ότι η πρόταση οδηγίας αφορά κατά βάση στην εκπροσώπηση, στην επιβολή κυρώσεων και στον συντονισμό των παρόχων υπηρεσιών στην ΕΕ μέσω της παραλαβής, συμμόρφωσης και της εκτέλεσης αποφάσεων και εντολών των αρχών των κρατών μελών, θα στρέψουμε τον ενδιαφέρον μας εν προκειμένω μόνο στην εξέταση της πρότασης κανονισμού (εφεξής: ΠροτΚανονισμού). Αλλωστε η επιλογή από την Επιτροπή ενός κανονισμού αντί οδηγίας, δηλαδή μιας νομοθετικής πράξης με άμεση εφαρμογή στα κράτη μέλη από την έναρξη ισχύος της, παρότι στο πεδίο της ενωσιακής δικαστικής συνεργασίας δεν αποτελεί πια πρωτοφανή περίπτωση<sup>53</sup>, είναι συζητήσιμη, ενόψει του μικρού περιθωρίου που αφήνει στα κράτη μέλη ως προς την προσαρμογή του εθνικού πλαισίου τους στις επιταγές του ενωσιακού δικαίου.

Περαιτέρω, αμφότερες οι προτάσεις σε εσωτερικό επίπεδο, βρίσκονται στο στάδιο διαπραγματεύσεων μεταξύ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου (εφεξής: Ευρωκοινοβούλιο) και Συμβουλίου της ΕΕ (εφεξής: ΣυμβΕΕ) σύμφωνα με την συνήθη νομοπαρασκευαστική διαδικασία (άρθρο 294 ΣΛΕΕ). Η αρμόδια Επιτροπή Πολιτικών Ελευθεριών, Δικαιοσύνης και Εσωτερικών Υποθέσεων του Ευρωκοινοβουλίου (Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, εφεξής: Επιτροπή LIBE) έχει ήδη εισηγηθεί και τον περασμένο Δεκέμβριο (2020) επικαιροποίησε αντίστοιχα Σχέδια Νομοθετικών Ψηφισμάτων του Ευρωκοινοβουλίου για την θέση του επί των προτάσεων της Επιτροπής σε πρώτη ανάγνωση (άρθρο 294 περ. 3 ΣΛΕΕ). Στην εισήγηση αυτή εκτός από αλλαγές στις προτάσεις της Επιτροπής διατυπώνονται και σοβαρές αντιρρήσεις: Η σημαντικότερη από αυτές είναι η πλήρης απόρριψη του σχεδίου οδηγίας ως μη αναγκαίας και η ενσωμάτωση των προβλέψεων της στον υπό διαπραγμάτευση κανονισμό<sup>54</sup>. Το ΣυμβΕΕ τήρησε προη-

51. Πρόταση Κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με την ευρωπαϊκή εντολή υποβολής και την ευρωπαϊκή εντολή διατήρησης ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων σε ποινικές υποθέσεις, COM(2018) 225 final, Στρασβούργο, 17.4.2018. Παρ' ημίν για μια πρώτη παρουσίαση των προτάσεων της Επιτροπής βλ. συνοπτικώς Ζημιανίτη, σε: Ένωση Ελλήνων Ποινολόγων (8<sup>ο</sup> Συνέδριο), Η Ποινική Δικονομία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Αθήνα 2020, σελ. 337 (350 επ.)· αναλυτικώς Φαρμακίδης, Ευρωπαϊκή Εντολή Υποβολής και Ευρωπαϊκή Εντολή Διατήρησης στοιχείων. Η προσαρμογή των θεσμών δικαστικής συνεργασίας σε ποινικές υποθέσεις στην ψηφιακή εποχή, ΠοινΔικ 2021, σελ. 28 επ.

52. Πρόταση Οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με τη θέσπιση εναρμονισμένων κανόνων για τον ορισμό νόμιμων εκπροσώπων με σκοπό τη συγκέντρωση αποδεικτικών στοιχείων στο πλαίσιο ποινικών διαδικασιών, COM(2018) 226 final, Στρασβούργο, 17.4.2018.

53. Βλ. τον ήδη σε εφαρμογή (από 19.12.2020) Κανονισμό (ΕΕ) 2018/1805 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 14.11.2018 σχετικά με την αμοιβαία αναγνώριση των αποφάσεων δέσμευσης και δήμευσης, ΕΕΕΕ 28.11.2018 L 303, σελ. 1.

54. Η προτεινόμενη οδηγία, με νομοθετικά θεμέλια τα άρθρα 53 και 62 ΣΛΕΕ, σύμφωνα με την επιτροπή LIBE δεν είναι αναγκαία, στηρίζεται σε προβληματική για τους σκοπούς της νομική βάση, ενώ αν

γουμενως διαφορετική στάση, καταλήγοντας με αντίστοιχες γενικές προσεγγίσεις σε διάφορες τροποποιήσεις στις προτάσεις κανονισμού (εφεξής: ΓενΠροσέγγΚανονισμού)<sup>55</sup> και οδηγίες (εφεξής: ΓενΠροσέγγΟδηγίας)<sup>56</sup> της Επιτροπής.

Εν συνεχεία, θα εκτεθούν εν συντομία οι κεντρικές προτάσεις της Επιτροπής, με έμφαση ιδίως στις καινοτομίες στο πεδίο της διασυνοριακής πρόσβασης στην συλλογή αποδείξεων, λαμβάνοντας υπόψη και ορισμένες διατυπωμένες θέσεις/αντιπροτάσεις του Συμβουλίου και, εν αναμονή της σε πρώτη ανάγνωση της του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, της Επιτροπής LIBE στο σχετικό Σχέδιο Νομοθετικού Ψηφίσματος για τον κανονισμό (εφεξής: ΣχΝομοθΨηφισμΚανονισμΕΚ)<sup>57</sup>.

### 3.2. Ορισμένες διευκρινίσεις

Στην ΠροτΚανονισμού διατυπώνονται οι προϋποθέσεις για την έκδοση και εκτέλεση των νέων Ευρωπαϊκών Εντολών Υποβολής (εφεξής: ΕΕΥΠοβ.) και Διατήρησης (εφεξής: ΕΕΔιατ.) ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων για ποινικές διαδικασίες. Ήδη από το πεδίο του ορισμού των ηλεκτρονικών αποδεικτικών μέσων και την κατηγοριοποίηση των ηλεκτρονικών δεδομένων ανακύπτουν οι πρώτες αποκλίσεις μεταξύ των ενωσιακών νομοθετικών οργάνων. Η Επιτροπή προκρίνει ως *ηλεκτρονικά αποδεικτικά στοιχεία*, κατά την επίσημη απόδοση του όρου *electronic evidence*, εκείνα «[...] που είναι αποθηκευμένα σε ηλεκτρονική μορφή από πάροχο υπηρεσιών ή για λογαριασμό του κατά τον χρόνο παραλαβής του πιστοποιητικού εντολής υποβολής ή διατήρησης στοιχείων, τα οποία συνίστανται σε αποθηκευμένα δεδομένα συνδρομητή, δεδομένα πρόσβασης, δεδομένα συναλλαγών και δεδομένα περιεχομένου» (άρθρο 2 περ. 6 ΠροτΚανονισμού). Με βάση τις τέσσερις αυτές κατηγορίες δεδομένων<sup>58</sup> που συνιστούν τα ηλεκτρονικά αποδεικτικά

ψηφιστεί ως έχει, ενδέχεται να επεκταθεί και σε άλλα πεδία πέραν της συλλογής η-αποδείξεων. Βλ. *Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου*, Έκθεση σχετικά με την πρόταση οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για τη θέσπιση εναρμονισμένων κανόνων για τον ορισμό νόμιμων εκπροσώπων με σκοπό τη συγκέντρωση αποδεικτικών στοιχείων στο πλαίσιο ποινικών διαδικασιών, Επιτροπή Πολιτικών Ελευθεριών, Δικαιοσύνης και Εσωτερικών Υποθέσεων (εισηγήτρια: Birgit Sippel), (COM(2018)0226 – C8-0154/2018 – 2018/0107(COD)), A9-0257/2020, 11.12.2020, σελ. 6.

55. Για την επεξεργασία της Πρότασης Κανονισμού από την πλευρά του ΣυμβΕΕ, βλ. *Council of the European Union*, Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and preservation orders for electronic evidence in criminal matters, general approach, doc. no. 10206/19, Brussels, 11.6.2019.

56. Για την επεξεργασία της Πρότασης Οδηγίας αντιστοίχως, βλ. *Council of the European Union*, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings, general approach, doc. no. 7348/19, Brussels, 11.3.2019.

57. Βλ. *Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου*, Έκθεση σχετικά με την πρόταση κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου που αφορά την ευρωπαϊκή εντολή υποβολής και την ευρωπαϊκή εντολή διατήρησης ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων σε ποινικές υποθέσεις (COM(2018)0225 – C8-0155/2018 – 2018/0108(COD)), Επιτροπή Πολιτικών Ελευθεριών, Δικαιοσύνης και Εσωτερικών Υποθέσεων (Εισηγήτρια: Birgit Sippel), A9-0256/2020, 11.12.2020, σελ. 5 επ.

Για την εξέλιξη της νομοπαρασκευαστικής διαδικασίας εν αναμονή της θέσης του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου σε πρώτη ανάγνωση (τελευταία ενημέρωση: 24.5.2021), βλ. *European Parliament*, Legislative Observatory: European production and preservation orders for electronic evidence in criminal matters, 2018/0108(COD), [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2018/0108\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2018/0108(COD)&l=en).

58. Βλ. Άρθρο 2 περ. 7-10 ΠροτΚανονισμού (υποσημ. 51). Τα δε-

στοιχεία, διατυπώνονται ειδικώς ως προς την ΕΕΥΠοβ. διαφορετικές προϋποθέσεις έκδοσης και διαφορετικά προαπαιτούμενα πλαίσια ποινών στο κράτος έκδοσης<sup>59</sup>.

Αντιτιθέμενη στον εν λόγω ορισμό η Επιτροπή LIBE εισήχθη στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο την τριμερή διάκριση των *ηλεκτρονικών πληροφοριών (electronic information)*, ήτοι σε δεδομένα συνδρομητή, δεδομένα κίνησης –αντί των δεδομένων συναλλαγών– και δεδομένα περιεχομένου<sup>60</sup>. Ως προς τα απαιτούμενα πλαίσια ποινών αξίζει να αναφερθεί ιδίως η εισαγωγή της αρχής του διπλού αξιοποιήσιμου στην εκτέλεση ΕΕΥΠοβ. για τα δεδομένα κίνησης και περιεχομένου (άρθρο 10α περ. 2β ΣχΝομοθΨηφισμΚανονισμΕΚ), με αντίστοιχο πάντως κατάλογο εγκλημάτων-εξαιρέσεων.

Επίσης, για την αποφυγή του κινδύνου απώλειας, διαγραφής ή αλλοίωσης των στοιχείων προτάσσεται, χωρίς πάντως να είναι αναγκαία, η *διατήρησή τους* μέσω της ΕΕΔιατ. ενόψει επακόλουθου αιτήματος υποβολής των εν λόγω δεδομένων είτε μέσω ΕΕΥΠοβ. ή ΕΕΕ<sup>61</sup> για τα κράτη μέλη είτε μέσω δικαστικής συνδρομής σε περίπτωση τρίτων χωρών. Δεν πρόκειται πάντως για μέτρα επιτήρησης. Ειδικώς για την διατήρηση, διευκρινίζεται ότι αυτή δεν ταυτίζεται με την διατήρηση για προληπτικούς αστυνομικούς σκοπούς, όπως προβλέπεται σε εθνικές ρυθμίσεις<sup>62</sup>. Αμφότερες πάντως οι νέες εντολές εκδίδονται στο

*δεδομένα συνδρομητή (subscriber data)* αποτελούν δεδομένα που αφορούν στην ταυτότητα του συνδρομητή/ πελάτη (π.χ. όνομα, ημερομηνία γέννησης, ταχυδρομική/γεωγραφική/ηλεκτρονική διεύθυνση κ.ά.), στο είδος της υπηρεσίας και την διάρκειά της· τα *δεδομένα πρόσβασης (access data)* σχετίζονται με την έναρξη και τη λήξη της περιόδου πρόσβασης (π.χ. ημερομηνία και ώρα χρήσης, ή σύνδεση και αποσύνδεση από την υπηρεσία, μαζί με τη διεύθυνση IP που έχει χορηγηθεί από τον πάροχο υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο στον χρήστη της υπηρεσίας, το αναγνωριστικό χρήστη κ.ά.)· τα *δεδομένα συναλλαγών (transactional data)* σχετίζονται με την παροχή μιας υπηρεσίας από πάροχο υπηρεσιών (πηγή και προορισμός μηνύματος ή άλλου είδους αλληλεπίδρασης, δεδομένα σχετικά με την τοποθεσία της συσκευής, ημερομηνία, ώρα, διάρκεια, μέγεθος, δρομολόγηση, μορφή, το χρησιμοποιούμενο πρωτόκολλο και το είδος της συμπίεσης κ.ά.)· τα *δεδομένα περιεχομένου (content data)* περιλαμβάνουν οποιαδήποτε δεδομένα αποθηκεύονται σε ψηφιακή μορφή, όπως κείμενο, φωνή, βίντεο, εικόνες και ήχος, άλλα από δεδομένα συνδρομητή, πρόσβασης ή συναλλαγών. Για μια πρώτη προσέγγιση στην θεωρία αντί πολλών *Rogalski*, The European Commission's e-Evidence Proposal – Critical Remarks and Proposals for Changes, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2020, 333 (337 επ.). Για το ζήτημα των ηλεκτρονικών δεδομένων συνολικότερα βλ. και τις προτάσεις για την ανάγκη νέων διακρίσεων της *Warken*, Classification of Electronic Data for Criminal Law Purposes, *eucri* 2018, 226 (228 επ.).

59. Βλ. ιδίως Άρθρο 5-6 ΠροτΚανονισμού (υποσημ. 51). Για κράτη μέλη πάντως, όπως η Ελλάδα, όπου η συμμετοχή δικαστικής αρχής είναι συνταγματική προϋπόθεση (άρθρο 19 παρ. 1 εδ. β' Σ.) για την διαδικασία άρσης απορρήτου των επικοινωνιών, είναι προβληματικές οι προβλέψεις για εκ των υστέρων έγκριση από δικαστική αρχή έστω μόνο σε επείγουσες περιπτώσεις, είτε μετά την υποβολή δεδομένων συνδρομητή ή πρόσβασης είτε μετά την διατήρηση ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων. Βλ. άρθρο 4 παρ. 5 ΓενΠροσέγγΚανονισμού (υποσημ. 55) και τις εκεί προβλεπόμενες διαδικαστικές εγγυήσεις. Για την συνταγματική πρόβλεψη του άρθρου 19 παρ. 1 εδ. β' Σ., βλ. Σπυρόπουλου/Κοντιάδη/Ανθόπουλου/Γεραπετρίτη/Παπαδόπουλου, Σύνταγμα (Κατ' άρθρο ερμηνεία), Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2017, Άρθρο 19, πλ. 44.

60. Βλ. άρθρο 2 περ. 6-10 ΣχΝομοθΨηφισμΚανονισμΕΚ (υποσημ. 57).  
61. Για μια σύγκριση πάντως των προϋποθέσεων και του πεδίου εφαρμογής μεταξύ της ΕΕΥ και της ΕΕΕ βλ. *Tosza*, All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other: The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order, *NJECL* 2020, 161 (177 επ.).

62. ΠροτΚανονισμού (υποσημ. 51), σελ. 5.



πλαίσιο συγκεκριμένης ποινικής δίκης (προδικασίας/κύριας δίκης) σε βάρος φυσικού ή νομικού προσώπου, ακόμα και αν το κράτος εκτέλεσης δεν αναγνωρίζει στο δίκαιο του ποινική ευθύνη νομικού προσώπου (άρθρο 3 παρ. 2 ΠρωτοΚανονισμού)<sup>63</sup>.

### 3.3. Δικαιολογητική βάση και βασικά σημεία της πρότασης

Και στο κείμενο της ΠρωτοΚανονισμού εντοπίζεται η ολοένα αυξανόμενη τάση εντός της Ένωσης, τόσο σε νομοθετικό όσο και σε νομολογιακό επίπεδο, για επίκληση του κινδύνου της ατιμωρησίας (impunity)<sup>64</sup> ως δικαιολογητικής βάσης των εκάστοτε περιοριστικών της ελευθερίας του ατόμου μέτρων στο ενωσιακό ποινικό δίκαιο<sup>65</sup>. Σημαντική εξαίρεση αποτελεί πάντως η πρόταση της Επιτροπής LIBE, κατ' αντιστοιχία με την ΕΕΕ (παρ' ημίν ήδη άρθρο 7 παρ. 1 Ν. 4489/2017), για προσθήκη στον κανονισμό για την η-απόδειξη δυνατότητας αίτησης από την πλευρά των υπόπτων ή κατηγορουμένων για έκδοση ΕΕΥ και ΕΕΔ ηλεκτρονικών στοιχείων στο πλαίσιο των υπερασπιστικών δικαιωμάτων που προβλέπει η εθνική ποινική δικονομία<sup>66</sup>. Στην προσέγγιση αυτή διαφαίνεται η σύγχρονη θεώρηση της δικαστικής συνεργασίας όχι μόνο ως μέσου αλληλεγγύης των κρατών μελών στην πάταξη της ατιμωρησίας, αλλά και ως εγ-

γώσης για την διασυνοριακή άσκηση των υπερασπιστικών δικαιωμάτων των κατηγορουμένων<sup>67</sup>.

Αντιπαραβάλλοντας στο σημείο αυτό την νέα προσέγγιση της Επιτροπής προς τα μέχρι τώρα ισχύοντα στην διεθνή δικαστική συνδρομή στην απόδειξη, βασικά σημεία της πρότασης είναι, πρώτον, οι αποδέκτες των εντολών υποβολής και διατήρησης ηλεκτρονικών αποδεικτικών μέσων, και, δεύτερον, η απεξάρτηση από το κριτήριο του τόπου αποθήκευσης των ηλεκτρονικών δεδομένων, ως συνδυαστικού στοιχείου μεταξύ παρόχου και κράτους όπου αυτός εδρεύει. Πιο συγκεκριμένα:

1. Οι νέες εντολές με την μορφή του Πιστοποιητικού Εντολής Υποβολής («European Production Order Certificate», EPOC) και του Πιστοποιητικού Εντολής Διατήρησης («European Preservation Order Certificate», EPOC-PR), εκδίδονται μεν από τις αρμόδιες αρχές του κράτους έκδοσης, δεν απευθύνονται όμως σε δημόσιες αρχές του κράτους εκτέλεσης: Αμεσος αποδέκτης των εντολών αυτών είναι ο νομικός εκπρόσωπος του ιδιώτη παρόχου υπηρεσιών, τον οποίο έχει ορίσει ειδικώς ο πάροχος για τον σκοπό της συγκέντρωσης αποδεικτικών στοιχείων στο πλαίσιο ποινικών διαδικασιών. Θα πρόκειται για τον νομικό εκπρόσωπο ενός φυσικού ή νομικού προσώπου παρόχου υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας ή υπηρεσιών ονομάτων χώρου και αρίθμησης διαδικτυακού πρωτοκόλλου (IP) του διαδικτύου (άρθρο 2 περ. 3 σε συνδυασμό με άρθρο 7 παρ. 1 ΠρωτοΚανονισμού). Εντούτοις νομοθετικό θεμέλιο της ΠρωτοΚανονισμού για την σύμπραξη των ιδιωτών παραμένει το άρθρο 82 παρ. 1 ΣΛΕΕ, η βασική δηλαδή διάταξη πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου στην δικαστική συνεργασία στις ποινικές υποθέσεις<sup>68</sup>.

Με άλλα λόγια στην χρονοβόρα και αναποτελεσματική ενόψει των ιδιαιτεροτήτων της η-απόδειξης προσφυγής στις αλλοδαπές δικαστικές αρχές του κράτους εκτέλεσης, κατά το παραδοσιακό δίκαιο της διεθνούς δικαστικής συνδρομής, η Επιτροπή αντιτάσσει την απευθείας διασυνοριακή λήψη των Ευρωπαϊκών Εντολών Υποβολής και Διατήρησης και την αντίστοιχη εκπλήρωση της υποχρέωσης υποβολής ή διατήρησης από τον ιδιώτη πάροχο υπηρεσιών. Ο πάροχος οφείλει κατ' αρχήν εντός 10 ημερών από την παραλαβή του πιστοποιητικού ΕΕΥποβ. να υποβάλει τα ηλεκτρονικά αποδεικτικά στοιχεία. Ως προς την ΕΕΔιατ., τα δεδομένα διατηρούνται χωρίς αδικαιολόγητη καθυστέρηση από την παραλαβή του πιστοποιητικού και κατ' αρχήν για διάστημα 60 ημερών (βλ. αναλυτικώς άρθρα 9-10). Οι αρχές του κράτους του αποδέκτη των ΕΕΥποβ. και ΕΕ-

63. Βλ. *Tosza*, The European Commission's Proposal on Cross-Border Access to E-Evidence, *eucri* 2018, 212 (215), όπου και αναφορά στην σχετική εγκατάληψη της αρχής του διπλού αξιοποιήσιμου. Σύμφωνα πάντως με το άρθρο 3 παρ. 2 ΓενΠροσέγγΚανονισμού (υποσημ. 55), εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του κανονισμού οι διαδικασίες εκτέλεσης σε περιπτώσεις ερήμην καταδίκης.

64. Βλ. τις σχετικές αναφορές της Επιτροπής στην ατιμωρησία στην ΠρωτοΚανονισμού (υποσημ. 51) ως προς τα εγκλήματα σε βάρος ή μέσω πληροφοριακών συστημάτων (σελ. 11), ή ως προς το χαμηλό απαιτούμενο επαπειλούμενο πλαίσιο ποινής για την έκδοση ΕΕΥ δεδομένων συναλλαγών ή περιεχομένου κατά βάση στο πεδίο της ηλεκτρονικής εγκληματικότητας (σελ. 20, και γενικότερα σελ. 37).

65. Την τάση αυτή, η οποία δεν έχει τύχει μέχρι σήμερα αντίστοιχης θεωρητικής επεξεργασίας, επιχειρεί τελευταία να εξετάσει συστηματικά ο *Mitsilegas*, σε σχέση ιδίως με τους επιδιωκόμενους σκοπούς του ενωσιακού δικαίου, διακρίνοντάς τους σε σκοπούς εσωτερικού (*internal*) και εξωτερικού (*external*) ενωσιακού δικαίου. Στην πρώτη κατηγορία εντάσσει αφενός μεν την προστασία των οικονομικών συμφερόντων της Ένωσης, ενόψει ιδίως της εφαρμογής από τα κράτη μέλη διατάξεων ουσιαστικού ή δικονομικού δικαίου αλλά και της μελλοντικής δράσης της Ευρωπαϊκής Εισαγγελίας, αφετέρου δε την σταδιακή δημιουργία και εξέλιξη του ΧΕΑΔ σε έναν χώρο χωρίς εσωτερικά σύνορα, παράλληλα με την εμπέδωση της αρχής της αμοιβαίας αναγνώρισης και της ισχύος των ενωσιακών θεμελιωδών δικαιωμάτων. Στους εξωτερικούς σκοπούς εντάσσει την αποφυγή του κινδύνου της ατιμωρησίας στα σχετικά με τρίτες χώρες δικαστικής συνεργασίας ζητήματα (κατά βάση πρόκειται για υποθέσεις έκδοσης ενωσιακών υπηκόων σε τρίτες χώρες) αλλά και στην εδώ εξεταζόμενη χρήση των δεδομένων στον ψηφιακό κόσμο, με χαρακτηριστικό το παράδειγμα της η-απόδειξης. Ο συγγραφέας αναγνωρίζει πάντως ότι δεν υπάρχει μέχρι σήμερα μία ξεκάθαρη ενωσιακή θεωρητική σύλληψη (concept) της ατιμωρησίας ή έστω μια συστηματικά σχεδιασμένη και συντονισμένη πολιτική αντιμετώπισή της. Για τις θέσεις αυτές βλ. *Mitsilegas*, *Conceptualising Impunity in the Law of the European Union*, σε: *Marin/Montaldo* (ed.), *The Fight Against Impunity in EU Law*, Great Britain 2020, σελ. 13 (14 επ., 21 επ., 26 επ., 30 επ., 36 επ., 41). Για την ανάγκη καταπολέμησης της ατιμωρησίας στον ενωσιακό χώρο ως νομιμοποιητική βάση και τις διαφορετικές συνέπειες σε αντίστοιχα πεδία του ενωσιακού ποινικού δικαίου, βλ. τις συμβολές στο τελευταίο έργο, *passim*.

66. Χωρίς πάντως περαιτέρω διευκρινίσεις από πλευράς του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου. Βλ. άρθρο 1 παρ. 1α ΣχΝομΨήφισμαΕΚ (υποσημ. 57): «Την έκδοση ευρωπαϊκής εντολής υποβολής ή διατήρησης στοιχείων μπορεί επίσης να ζητήσει ύποπτος ή κατηγορούμενος, στο πλαίσιο των δικαιωμάτων υπεράσπισης που προβλέπει η εθνική ποινική δικονομία».

67. Συγκρίνοντας ωστόσο τις συμπερασματικές σκέψεις της *Gless* γενικώς για το διασυνοριακό δίκαιο της απόδειξης, η θεώρηση αυτή προϋποθέτει μια κοινή διασυνοριακή αντίληψη για την νομιμοποίηση της απονομής ποινικής δικαιοσύνης, *Transnational Access to Evidence, Witnesses, and Suspects*, σε: *Brown/Turner/Weisser* (ed.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, 2019, σελ. 587 (600 επ. και ιδίως 607). Η προσπάθεια αυτή αποτελεί μακρινό αλλά λιγότερο ανέφικτο στόχο εντός του ΧΕΑΔ ενόψει ιδίως της (περιορισμένης έστω) εναρμόνισης του δικονομικού δικαίου των έννομων τάξεων των κρατών μελών. Σε ό,τι αφορά πάντως στην νομολογία του ΕΔΔΑ, το δικαίωμα πρόσβασης και στα ηλεκτρονικά αποδεικτικά μέσα της δικογραφίας έχει ήδη αναγνωρισθεί (στο πλαίσιο της εθνικής δίκης) ως εκδήλωση του δικαιώματος υπεράσπισης κατά την ΕΣΔΑ· βλ. π.χ. ΕΔΔΑ, απόφ. της 25.7.2019, αρ. προσφ. 1586/15 – *Rook κατά Γερμανίας*, σκ. 21 επ., 61 επ. 70 επ. Στην εν λόγω υπόθεση βέβαια, κρίθηκε ότι δόθηκε τέτοια δυνατότητα στον κατηγορούμενο και τον συνήγορό του ως προς τα κρίσιμα έγγραφα της δικογραφίας, με αποτέλεσμα ο προσφεύγων να μην στερηθεί το δικαίωμα υπεράσπισης κατά το άρθρο 6 παρ. 3 στοιχ. β' ΕΣΔΑ.

68. Αναλυτικά *Streinz/Satzger*, *EUV/AEUV*<sup>3</sup>, München 2018, *AEUV* Art. 82, πλαγιάρ. 6 επ.· *von der Groeben/Schwarze/Hatje/Meyer*, *Europäisches Unionsrecht*, Baden-Baden 2015, *AEUV* Art. 82, πλαγιάρ. 5 επ.· *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Vogel/Eisele*, *Das Recht der EU*, 57<sup>η</sup> ενημέρωση (Αύγουστος 2015), München 2020, *AEUV* Art. 82, πλαγιάρ. 11 επ.

Διατ., δηλ. του κράτους εκτέλεσης (σύμφωνα με την επίσημη απόδοση του *enforcing state*, βλ. άρθρο 2 περ. 13, σε συνδυασμό με άρθρα 7 και 14 ΠροτΚανονισμού), θα εμπλέκονται στην όλη υπόθεση, μόνο εφόσον ο ιδιώτης πάροχος δεν εκπληρώνει, αντίθετα με τον κανονισμό, τις υποχρεώσεις του για υποβολή ή διατήρηση ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων (άρθρο 9 ΠροτΚανονισμού).

2. Ο τόπος αποθήκευσης δεν είναι πια αποφασιστικό στοιχείο για την σύνδεση με το κράτος έδρας του παρόχου. Όπως εκτέθηκε ανωτέρω και αποδέχεται και η Επιτροπή στην πρότασή της<sup>69</sup>, ο τόπος αποθήκευσης αρκούσε στην πράξη για να θεμελιώσει τον σύνδεσμο μεταξύ των δεδομένων και του κράτους του παρόχου υπηρεσιών. Η εγκατάλειψη του στοιχείου του τόπου αποθήκευσης των δεδομένων ως συνδετικού στοιχείου για την πρόσβαση των ανακριτικών αρχών στην περίπτωση του υπολογιστικού νέφους, συνιστά εκδήλωση *αποεδαφικοποίησης* των δεδομένων<sup>70</sup>.

Στην ΠροτΚανονισμού επιλέγεται ως αποφασιστικό στοιχείο για την εφαρμογή του νέου πλαισίου της διασυνοριακής συλλογής ηλεκτρονικών αποδεικτικών μέσων, το αν το φυσικό ή νομικό πρόσωπο προσφέρει τις υπηρεσίες του με βάση το ενωσιακό δίκαιο. Σύμφωνα με τον κανόνα αυτό, δηλαδή την αρχή του *τόπου προσφοράς υπηρεσιών* (Markortprinzip) αντί του τόπου αποθήκευσης, παροχή υπηρεσιών στην ΕΕ σημαίνει παροχή δυνατότητας προς φυσικά ή νομικά πρόσωπα σε ένα ή περισσότερα κράτη μέλη να χρησιμοποιούν τις ως άνω προσφερόμενες υπηρεσίες συνδυαστικά με την ύπαρξη ουσιώδους σχέσης του παρόχου με τα τελευταία (άρθρο 2 στοιχ. 4 ΠροτΚανονισμού). Η εν λόγω επιλογή μεταφέρει στο ποινικό δίκαιο ένα πρότυπο από τελείως διαφορετικό χώρο του ενωσιακού δικαίου, ήτοι τον κανονισμό 1215/2012 για την αναγνώριση και εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, όπως διατυπώνεται και στο ίδιο το κείμενο της ΠροτΚανονισμού<sup>71</sup>. Η εν λόγω εξέλιξη αποτυπώνεται μερικώς και στο δευτερογενές ενωσιακό δίκαιο προστασίας προσωπικών δεδομένων και ειδικότερα στον ΓΚΠΔ<sup>72</sup>.

Ός προς τις νόμιμες ενστάσεις/αντιρρήσεις του παρόχου κατά της εκτέλεσης της ευρωπαϊκής εντολής υποβολής στοιχείων, προβλέπεται μεν η περίπτωση σύγκρουσης, ως συνέπεια της συμμόρφωσης με την εντολή του κράτους έκδοσης, με την ισχύουσα νομοθεσία τρίτης χώρας η οποία απαγορεύει την γνωστοποίηση των σχετικών δεδομένων. Εν όψει της σύγκρουσης αυτής, το αρμόδιο δικαστήριο του κράτους μέλους, εξετάζοντας την αποδοχή ή απόσυρση του αιτήματος υποβολής στοιχείων, συνυπολογίζει κατά την κρίση του τον βαθμό σύνδεσης του παρόχου με την τρίτη χώρα· για την κατάφαση

69. ΠροτΚανονισμού (υποσημ. 51), σκ. 7.

70. *Enterritorialisierung* κατά τον Burchard (υποσημ. 25), 249· επίσης *Smuha* (υποσημ. 47), 83 (84-85), με περαιτέρω παραπομπές. Για το ζήτημα της αποεδαφικοποίησης των ηλεκτρονικών δεδομένων ενόψει της ιδιαίτερης φύσης τους, βλ. πάντως, από την αμερικανική ωστόσο συζήτηση, το βασικό στην βιβλιογραφία άρθρο της *Daskal* (υποσημ. 23), 326 (334 επ., 365 επ., 378 επ., 397).

71. Τουλάχιστον ως προς το άρθρο 17 παρ. 1 στοιχ. γ' (Διεθνής δικαιοδοσία σε συμβάσεις καταναλωτών) του Κανονισμού (ΕΕ) 1215/2012 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 12.12.2012, για τη διεθνή δικαιοδοσία, την αναγνώριση και την εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, ΕΕΕΕ 2012 L 351, σελ. 1 (9). Βλ. ΠροτΚανονισμού (υποσημ. 51), σελ. 18, 36 (σκ. 28).

72. Βλ. άρθρο 3 παρ. 2 στοιχ. α' Κανονισμού (ΕΕ) 2016/679 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 27.4.2016, ΕΕΕΕ 2016 L, 119, σελ. 1, 32-33· *Simitis/Hornung/Spiecker genannt Döhmann/Hornung*, DSGVO mit BDSG, Baden-Baden 2019, DSGVO Art. 3, πλαγιάρ. 40 επ. Κριτικός πάντως ως προς τις αποκλίνουσες ρυθμίσεις για τα δεδομένα υπολογιστικού νέφους μεταξύ ποινικού δικονομικού δικαίου και δικαίου προστασίας προσωπικών δεδομένων ο Burchard (υποσημ. 25), 249 (251).

ή όχι της σύνδεσης αυτής όμως, ο τόπος αποθήκευσης των δεδομένων δεν επαρκεί, από μόνος του, για να στοιχειοθετηθεί ουσιώδης βαθμός σύνδεσης (άρθρο 16 παρ. 5 στοιχ. γ' ΠροτΚανονισμού).

#### 4. Κριτική στις ενωσιακές νομοθετικές προτάσεις

##### 4.1. Η υποχρεωτική και απευθείας σύμπραξη των ιδιωτών στην συλλογή η-αποδείξεων ως τομή των μεταρρυθμίσεων: Ιδιωτικοποίηση της δικαστικής συνεργασίας;

Ένα από τα πρώτα σημεία που πρέπει να εξεταστούν είναι το νέο μοντέλο διασυνοριακής πρόσβασης των κρατικών αρχών σε ηλεκτρονικά αποδεικτικά στοιχεία στην αλλοδαπή. Για πρώτη φορά επιχειρείται νομοθετικά εντός ΕΕ η ρύθμιση της διασυνοριακής απευθείας σύμπραξης ενός κράτους (κράτος έκδοσης) και ενός ιδιώτη στην αλλοδαπή (πάροχος). Δεν πρόκειται δηλαδή πλέον, κατ' αρχήν τουλάχιστον, για διαδικασία συνεργασίας μεταξύ δικαστικών αρχών δύο κρατών ή έστω για συλλογή αποδείξεων έπειτα από συναίνεση, ανοχή ή ενημέρωση του θιγόμενου ως προς τα κυριαρχικά δικαιώματά του κράτους. Το βασικό ερώτημα μέχρι σήμερα στη βιβλιογραφία είναι αν μέσω της διαδικασίας αυτής και της απευθείας διαβίβασης των εντολών υποβολής και διατήρησης στον πάροχο *ιδιωτικοποιείται η διασυνοριακή διαδικασία δικαστικής συνδρομής στην απόδειξη*<sup>73</sup>, αν δηλαδή πρόκειται για μεταφορά κρατικών εξουσιών και αρμοδιοτήτων στον ιδιωτικό τομέα<sup>74</sup>. Ενδεχόμενη εκχώρηση αρμοδιοτήτων της ποινικής δικαιοσύνης σε ιδιώτες (όπως είναι η Amazon, Apple, Facebook, Google, Microsoft, Twitter, Yahoo!) δεν είναι συμβατή με την δικαιοκρατική απονομή της και μόνο εκ του γεγονότος ότι οι τελευταίοι δεν φέρουν εχέγγυα ανεξαρτησίας και αμεροληψίας, ούτε έχουν οποιαδήποτε δημοκρατική νομιμοποίηση να αντικαταστήσουν κρατικά όργανα<sup>75</sup>. Με δεδομένο δε ότι στηρίζουν την λήψη των αποφάσεών τους σε επιχειρηματικά κριτήρια (κατ' εξοχήν λ.χ. άμεσα ή έμμεσα κέρδη, κάθε είδους έξοδα, φήμη κ.ά.)<sup>76</sup>, δεν μπορούν ούτε πρέπει να λαμβάνουν αποφάσεις που αφορούν και επηρεάζουν την απονομή της ποινικής δικαιοσύνης.

Στον αντίποδα των όποιων θεωρητικών ενστάσεων, σε κανονιστικό επίπεδο η κατάσταση είναι εντελώς διαφορετική και διαρκώς εξελισσόμενη<sup>77</sup>: Στην προσπάθεια καταπολέμησης του οργανωμένου εγκλήματος, της τρομοκρατίας και της διαφθοράς, οι αρχές συνεργάζονται με φυσικά πρόσωπα στην συλλογή πληροφοριών (έμπιστα πρόσωπα/πληροφοριοδότες, υποχρεώσεις αναφοράς αξιόπινων πράξεων από διάφορες επαγγελματικές ομάδες προσώπων, αξιοποίηση μηχανισμών εσωτερικού ελέγχου στον ιδιωτικό και στον δημόσιο

73. Βλ. κάποιες πρώτες σκέψεις σε Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard (υποσημ. 28), IRG vor § 1, πλαγιάρ. 38-39.

74. Για την έννοια της ιδιωτικοποίησης των ανακριτικών δραστηριοτήτων βλ. π.χ. *Stoffer*, Wie viel Privatisierung „verträgt“ das strafprozessuale Ermittlungsverfahren?, Tübingen 2016, σελ. 14, πλαγιάρ. 8, με περαιτέρω παραπομπές.

75. Πρβλ. *Stoffer* (υποσημ. 74), σελ. 61.

76. Έτσι και η *Galli*, Information Sharing as a Tool in the Fight against Impunity in the European Union, σε Marin/Montaldo (υποσημ. 65), σελ. 171 (187).

77. Παρ' ημίν για την τάση ιδιωτικοποίησης βλ. μόνο σε νομοθετικό επίπεδο ήδη από την προηγούμενη δεκαετία *Παπακυριάκου*, Η ανάθεση αστυνομικών καθηκόντων σε ιδιώτες ως εργαλείο της σύγχρονης αντεγκληματικής πολιτικής και τα όρια ποινικής ευθύνης για την παράβασή τους, σε: Καϊάφα-Γκμπάντι/Prittwitz, Επιτήρηση και ποινική καταστολή, Αθήνα 2011, σελ. 169 (170 επ.). Για τις εξελίξεις σε διασυνοριακό επίπεδο βλ. *Schomburg/Lagodny* (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen<sup>6</sup>, München 2020, Einleitung: Das internationale-arbeitsteilige Strafverfahren, πλαγιάρ. 262 επ.



τομέα [whistleblowing], συμμετοχή ιδιωτών στην διεξαγωγή κεκαλυμμένων ανακριτικών πράξεων [ανακριτή διείσδυση, συγκαλυμμένη έρευνα κλπ.] κ.ά.). Στα νομικά πρόσωπα από την άλλη, η προβληματική της ιδιωτικοποίησης είναι γνωστή πρώτα απ' όλα στο πεδίο της οικονομικής εγκληματικότητας με την εγκατάσταση και λειτουργία εντός νομικών προσώπων με σημαντική θέση στον τομέα της προσφοράς αγαθών και υπηρεσιών τμημάτων κανονιστικής συμμόρφωσης (compliance), με την διεξαγωγή εντός της επιχείρησης εσωτερικών ερευνών (internal investigations)<sup>78</sup> κ.ά.

Πιο συναφής με την εδώ εξεταζόμενη θεματική είναι η συνδρομή των ιδιωτών παρόχων διάφορων υπηρεσιών από τις αερομεταφορές (π.χ. συλλογή και διαβίβαση ονομαστικών καταστάσεων επιβατών [Passenger Name Records, PNR]), μέχρι τις τηλεπικοινωνίες (διατήρηση και παραγωγή δεδομένων για τους σκοπούς των ανακριτικών ερευνών, πρόληψη/καταστολή της διάδοσης τρομοκρατικού περιεχομένου στο διαδίκτυο κ.ά.)<sup>79</sup>. Στο πεδίο αυτό προστίθενται τώρα και οι πάροχοι υπηρεσιών, όπως ορίζονται στην ΠροτΚανονισμού, με την σύμπραξή τους στην διαδικασία διασυνοριακής συλλογής ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων.

Η προβληματική της ιδιωτικοποίησης της ποινικής διαδικασίας ήδη στο επίπεδο της εθνικής έννομης τάξης δεν είναι επομένως ούτε εν προκειμένω καινοφανής. Παρά το γεγονός ότι οι ιδιώτες εμπλέκονται όλο και περισσότερο στο έργο των κρατικών οργάνων, τί συνιστά ιδιωτικοποίηση και τί όχι, πολλών μάλλον επιτρεπόμενη ή απαγορευμένη, δεν είναι προφανές ούτε προκύπτει έπειτα από αξιολόγηση των δραστηριοτήτων των ιδιωτών με προδιατυπωμένα κριτήρια<sup>80</sup>. Για να δοθεί απάντηση στο υπό συζήτηση ερώτημα της ιδιωτικοποίησης, πρέπει πάντως να διερευνηθεί πρώτα αν ο ενωσιακός σχεδιασμός αποτλεί περίπτωση απόσπασης από το κράτος και εκχώρησης σε ιδιώτες, υπό την μορφή εξωτερικής αναθέσεως (outsourcing)<sup>81</sup> κρατικών αρμοδιοτήτων στο πεδίο της διεθνούς δικαστικής συνεργασίας. Ως προς τον *χαρακτήρα* των δραστηριοτήτων των ιδιωτών, στην περίπτωση της ΠροτΚανονισμού υπάρχουν, κατ' αρχήν τουλάχιστον, πολλά γνώριμα στοιχεία από το πεδίο της συλλογής η-αποδείξεων στο πλαίσιο της εθνικής δίκης<sup>82</sup>. Εν προκειμένω δεν πρόκειται λ.χ. για κάποια εθελοντική σύμπραξη ιδιωτών στο πλαίσιο ποινικής διαδικασίας, αλλά για υποχρεωτική συμμετοχή στο έργο των οργάνων του κράτους έκδοσης μέσω της διεξαγωγής συγκεκριμένων πράξεων και παραλείψε-

ων, όπως είναι η διατήρηση και η υποβολή των ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων ή η διαφύλαξη του μουσικού χαρακτήρα της διαδικασίας όταν τίθεται εν αμφιβόλω η αποτελεσματικότητα των ποινικών ερευνών. Αντιθέτως, η σύμπραξη αυτή των ιδιωτών έχει έναν *εξαναγκαστικό* χαρακτήρα. Όσοι πάροχοι δεν συμμορφώνονται προς τις υποχρεώσεις τους με βάση την ΠροτΚανονισμού και την ΠροτΟδηγία βρίσκονται αντιμέτωποι με οικονομικές κυρώσεις<sup>83</sup>, ώστε το τίθεμένο δίλημμα για εκείνους να συνοψίζεται ως εξής: *συμμόρφωση ή τιμώρηση (compliance or punishment)*. Η όλη διαδικασία μέχρι την συμμόρφωση του παρόχου κινείται άλλωστε με πρωτοβουλία και την διεύθυνση του κράτους έκδοσης. Σε περίπτωση μη συμμόρφωσης εμπλέκεται στην διαδικασία το κράτος εκτέλεσης.

Υποχρεωτικώς επομένως οι ιδιώτες πάροχοι συμμορφώνονται με τις οδηγίες του κράτους έκδοσης, η δε συμμόρφωση, αν χρειαστεί, διασφαλίζεται μέσω κυρώσεων που επιβάλλει το κράτος εκτέλεσης. Η σύμπραξη πάντως των ιδιωτών, οι οποίοι είναι εκ των πραγμάτων σε προνομιακή θέση να διατηρήσουν ή να υποβάλλουν τα ηλεκτρονικά δεδομένα και μάλιστα σε εύλογο για τους σκοπούς της ποινικής διαδικασίας χρόνο, κατ' αντιστοιχία με τα οριζόμενα σε μια συνήθη περίπτωση δίωξης πράξης χωρίς διεθνείς όψεις, ακόμα και όταν αυτό γίνει σε διασυνοριακό επίπεδο με απευθείας αιτήματα αλλοδαπών αρχών, δεν αρκεί από μόνη της για να προσδώσει ιδιωτικοποιημένο χαρακτήρα στην όλη διαδικασία. Ο κρατικός έλεγχος αυτής υποδηλώνει εξάλλου ότι οι σχετικές (νόμιμες/παράνομες) δραστηριότητες των ιδιωτών που θίγουν ατομικές ελευθερίες πρέπει κατά λογική αναγκαιότητα να καταλογιστούν *πρωτίστως σε κρατικά όργανα*<sup>84</sup>. Οι περιορισμένες δυνατότητες των παρόχων να αποκλίνουν από τις εντολές του κράτους έκδοσης αποδεικνύονται και από την μεταγενέστερη παρέμβαση του κράτους έκδοσης με σκοπό την συμμόρφωση του παρόχου. Σε κάθε περίπτωση η απόφαση εκτέλεσης της εντολής ανήκει και πρέπει να καταλογίζεται αντιστοίχως στις αρμόδιες αρχές εκτέλεσης.

Αντιθέτως, η Επιτροπή κινήθηκε σε διαφορετική κατεύθυνση ως προς το *περιεχόμενο* των δραστηριοτήτων των ιδιωτών και κυρίως τον *έλεγχο* των αιτημάτων του κράτους έκδοσης. Το περιθώριο απόκλισης από τις εντολές των κρατικών οργάνων είναι μεν και πάλι ελάχιστο από την στιγμή που προβλέπονται πολλοί τυπικοί λόγοι άρνησης σύμπραξης των ιδιωτών (μη έκδοση της εντολής από αρμόδια αρχή, άλλο αδίκημα από τα προβλεπόμενα, εντολές με ελλιπή στοιχεία, πρόδηλα σφάλματα, μη αποθηκευμένα δεδομένα, κ.ά., άρθρο 14 παρ. 4-5 ΠροτΚανονισμού). Ωστόσο, στην ΠροτΚανονισμού προβλέφθηκε, τουλάχιστον σε πρώτη φάση και πριν από ενδεχόμενη ανάμειξη του κράτους εκτέλεσης, η δυνατότητα ελέγχου από την πλευρά των ιδιωτών της συμβατότητας των αιτημάτων του κράτους έκδοσης με τις *διατάξεις του ΧΘΔΕΕ* όπως και ο, δυσχερής ήδη για δικαστικά όργανα, έλεγχος *καταχρηστικότητας* των εντολών (άρθρο 9 παρ. 5 υποπαρ. β' σε συνδυασμό με άρθρο 14 παρ. 4, στοιχ. στ' και παρ. 5 στοιχ. ε' ΠροτΚανονισμού). Η ανάληψη εκ μέρους ιδιωτών του ελέγχου νομιμότητας αλλοδαπών κρατικών πράξεων και ιδίως της συμβατότητας κρατικών εντολών με τον ΧΘΔΕΕ αποτελεί ιδιωτικοποίηση της διαδικασίας συνεργασίας και συνιστά μια λανθασμένη και ανομιμοποίητη επιλογή. Πρόκειται ίσως για άστοχη μεταφορά της ολόενα αυξανόμενης τάσης ανάμειξης των ιδιωτών στον έλεγχο δραστηριοτήτων στον ψηφιακό χώρο από το ιδιωτικό και διοικητικό δίκαιο (ιδίως δίκαιο ΜΜΕ)<sup>85</sup> στο ευαίσθητο και

78. Για τις τελευταίες, δικαιουσγκριτικά και ως προς την αξιοποίηση των πορισμάτων τους στην αποδεικτική διαδικασία της ελληνικής δικαστηριακής πρακτικής, βλ. προσφάτως *Αναστασπούλου*, Εσωτερικές έρευνες σε επιχειρήσεις: Προβληματισμοί στην πορεία «ιδιωτικοποίησης» της έρευνας του εγκλήματος, σε: ΤιμΤομ Γιαννίδη (υποσημ. 30), σελ. 431 (437 επ. και 464 επ.).

79. Βλ. και σχετική καταγραφή σε *Mitsilegas/Mouzakiti*, Data-Driven Operational Co-Operation in Europe's Area of Criminal Justice, σε: Billet/Turmo (direct.), Coopération opérationnelle en droit pénal de l'Union européenne, Bruxelles 2020, σελ. 129 (149 επ.). Από το πεδίο της αστυνομικής συνεργασίας και την συνεργασία της Ευρωπαϊκής (Europol) με ιδιωτικούς φορείς βλ. τελευταία και την Πρόταση Κανονισμού για την τροποποίηση του Κανονισμού 2016/794, COM(2020) 796 final, Βρυξέλλες, 9.12.2020.

80. Βλ. π.χ. *Donatsch/Blocher*, Outsourcing im Strafverfahren, ZStrR 2008, 347 (348 επ.).

81. Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Vogel/Burchard (υποσημ. 28), IRG vor § 1, πλαγιάρ. 39.

82. Στην διαπίστωση αυτή καταλήγει κανείς αν δει, σε διακηρυκτικό επίπεδο, και την βούληση της Επιτροπής, όταν συγκρίνει την διασυνοριακή εκτέλεση των ΕΕΥποβ. και ΕΕΔιατ. στην ΠροτΚανονισμού με τις εθνικές εντολές που απευθύνονται στους παρόχους κατά το εθνικό δίκαιο. Για τέτοιες διαδικασίες, πάντα στο πλαίσιο του εθνικού δικαίου, βλ. διεξοδικά στο παράδειγμα της γερμανικής έννομης τάξης προσφάτως *von zur Mühlen*, Zugriffe auf elektronische Kommunikation, Berlin 2019, σελ. 270 επ., 363 επ.

83. Βλ. άρθρο 13 ΠροτΚανονισμού (υποσημ. 55) και άρθρο 5 Προτ Οδηγίας (υποσημ. 56).

84. Γενικώς για την προβληματική *Stoffer* (υποσημ. 74), σελ. 313 επ.· SK-StPO<sup>5</sup>/Meyer, Köln 2019, EMRK Art. 1, πλαγιάρ. 18 και Art. 6, πλαγιάρ. 213· πρβλ. για τον καταλογισμό των πράξεων ιδιωτή πληροφοριοδότη της αστυνομίας ΕΔΔΑ (ευρεία σύνθεση), απόφ. της 10.3.2009, άρ. προσφ. 7378/02 – *Bykon κατά Ρωσίας*, πλαγιάρ. 72.

85. Βλ. για την τάση αυτή π.χ. *Bassini*, Fundamental rights and

πλέον περιοριστικό για τις ατομικές ελευθερίες πεδίο της απονομής ποινικής δικαιοσύνης. Οι ιδιώτες πάροχοι ούτε μπορούν ούτε πρέπει να ελέγχουν την νομιμότητα πράξεων οργάνων της ποινικής δικαιοσύνης. Η λανθασμένη θέση της Επιτροπής ήδη εγκαταλείφθηκε πλήρως και ορθώς από το ΣυμβΕΕ και εν συνεχεία, μερικώς μόνο, από την Επιτροπή LIBE<sup>86</sup>.

Συν τοις άλλοις, η εμπλοκή των ιδιωτών παρόχων στο διασυνοριακό έργο των ανακριτικών οργάνων, συζητήσιμη λόγω της αναπόφευκτης συμβολής τους στην αποτελεσματική καταστολή του εγκλήματος, θα μπορούσε να μετατραπεί σε ιδανική ευκαιρία για τις εθνικές ή αλλοδαπές ανακριτικές αρχές, για την παράκαμψη σημαντικών θεμελιωδών δικαιωμάτων που δυσχεραίνουν τις δραστηριότητές τους, όταν αυτά θεωρούνται –αδικαιολόγητα– όχι δικαιοκρατικές εγγυήσεις της δράσης των κρατικών οργάνων αλλά εμπόδια πάταξης της εγκληματικότητας. Κατά τούτο είναι σωστή η θέση της περαιτέρω ενίσχυσης του κρατικού ελέγχου των ιδιωτών στην διασυνοριακή πρόσβαση στις ηλεκτρονικές αποδείξεις<sup>87</sup>. Το πώς αυτό θα κατοχυρωθεί στην πράξη μέσω ενός συγκεκριμένου συστήματος ελέγχου και καταλογισμού της νομιμότητας των πράξεων των ιδιωτών δεν προκύπτει από την ΠροτΚανονισμού και είναι αμφίβολο αν πρέπει να επιφυλάσσεται στο έτσι και αλλιώς κατακερματισμένο νομοθετικό πλαίσιο των κρατών μελών. Με την επιλογή δε του κανονισμού αντί της οδηγίας γεννάνται και το εξής ζήτημα: Η συμπλήρωση του κανονισμού με ορισμένες ελάχιστες κατευθύνσεις/εγγυήσεις για τον καταλογισμό των πράξεων των ιδιωτών στα κρατικά όργανα σε ό,τι αφορά στην κτήση των αποδείξεων είναι αναγκαία ενόψει της εύλογης αξίωσης για νομική σαφήνεια και άρα ασφάλεια δικαίου από την ψήφιση ενός αμέσου εφαρμογής ενωσιακού κανόνα. Σύμφωνα όμως με το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο (άρθρο 82 παρ. 2 εδ. α' στοιχ. γ' ΣΛΕΕ) τέτοιες ελάχιστες προϋποθέσεις με σκοπό λ.χ. το αμοιβαίως παραδεκτό των αποδείξεων (mutual admissibility of evidence), δηλαδή διατάξεις *εναρμόνισης του εθνικού δικονομικού δικαίου* (άρθρο 82 παρ. 2 ΣΛΕΕ), μπορούν να εισαχθούν μόνο με οδηγία<sup>88</sup>.

Οι διαφορετικές προσεγγίσεις για την η-απόδειξη εντός των ενωσιακών νομοθετικών οργάνων, αλλά και οι γενικές επικλήσεις διατάξεων δευτερογενούς ενωσιακού δικαίου, όπως ιδίως το πακέτο οδηγιών για την ενίσχυση των υπερασπιστικών δικαιωμάτων των κατηγορουμένων ή η οδηγία για την προστασία των προσωπικών δεδομένων που επαναλαμβάνει σε επιμέρους σημεία και το ΣχΝομΨηφισμΚανονισμΕΚ, σε κάθε περίπτωση δεν ρυθμίζουν τα της σύμπραξης ιδιωτών με αλλοδαπές δικαστικές αρχές στο πεδίο της ποινικής δίκης.

private enforcement in the digital age, Eur Law J. 2019, 182 (187 επ., 195 επ. με περαιτέρω παραπομπές).

86. Βλ. τις διαγραφές στα ίδια άρθρα της ΓενΠροσέγγΚανονισμού (υποσημείωση 55). Για την διατήρηση του ελέγχου καταχρηστικότητας και την προσθήκη ελέγχου υπέρβασης του σκοπού της ΕΕΥποβ. βλ. 9 παρ. 5 υποπαρ. β' ΣχΝομΨηφισμΚανονισμΕΚ (υποσημ. 57)· κατά της σχετικής πρόβλεψης της ΠροτΚανονισμού Burchard (υποσημ. 25), 249 (266)· βλ. επίσης Mitsilegas, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2018, 263 (264-265).

87. Ήδη σ' αυτή την κατεύθυνση Burchard (υποσημ. 25), 249 (265).

88. Galli, (υποσημ. 76), σελ. 171 (181). Για την (περιορισμένη) εναρμονιστική αρμοδιότητα της ΕΕ, βλ. Σκουρή/Παπακυριάκου, Η Συνθήκη της Λισαβόνας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2020, ΣΛΕΕ Άρθρο 82, πλαγιάρ. 28, 31. Βλ. πάντως το Άρθρο 11 γ ΣχΝομΨηφισμΚανονισμΕΚ (υποσημ. 57) περί παραδεκτού των ηλεκτρονικών πληροφοριών στις δικαστικές διαδικασίες: «Ηλεκτρονικές πληροφορίες που έχουν ληφθεί κατά παράβαση του παρόντος κανονισμού, συμπεριλαμβανομένων των περιπτώσεων στις οποίες δεν πληρούνται τα κριτήρια του παρόντος κανονισμού, δεν γίνονται δεκτές ενώπιον δικαστηρίου. Ηλεκτρονικές πληροφορίες που συλλέχθηκαν πριν από την επίκληση ενός από τους λόγους μη αναγνώρισης που απαριθμούνται στο άρθρο 10α (νέο) δεν γίνονται δεκτές ενώπιον δικαστηρίου.»

Χωρίς αντίστοιχες νομοθετικές πρωτοβουλίες από τα ενωσιακά νομοθετικά όργανα, τα κράτη μέλη θα κληθούν από μόνα τους, με κατακερματισμένες εν πολλοίς εθνικές διατάξεις, να σηκώσουν το βάρος ανεύρεσης νέων δρόμων προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην ψηφιακή εποχή μέσα από ένα καινοτόμο μεν, πλην όμως γεμάτο κινδύνους για τα δικαιώματα των θιγόμενων προσώπων πλαίσιο σύμπραξης αλλοδαπών κρατικών αρχών και ιδιωτών.

#### 4.2. Συνέπειες για την προστασία του ατόμου: Η αποδυνάμωση του δικαστικού ελέγχου ως γενικότερο πρόβλημα από την αυτοματοποίηση της διαδικασίας αναγνώρισης

##### 4.2.1. Ο εκτοπισμός του κράτους εκτέλεσης

Ανεξάρτητα από την ιδιωτικοποίηση ή όχι της δικαστικής συνεργασίας, δεν πρέπει να λησμονείται, παράλληλα με την απευθείας σύμπραξη ιδιώτη παρόχου – κράτους έκδοσης, ο ταυτόχρονος εκτοπισμός του κράτους εκτέλεσης από την όλη διαδικασία. Δεν είναι τυχαία άλλωστε η εγκατάλειψη της αρχής του διπλού αξιοποιούν στην ΠροτΚανονισμού<sup>89</sup>. Ο εκτοπισμός του κράτους εκτέλεσης βέβαια συνεπάγεται εκ των πραγμάτων μια εξωεδαφική άσκηση κυριαρχικών πράξεων από την πλευρά του κράτους έκδοσης στο έδαφος αλλοδαπής κρατικής κυριαρχίας<sup>90</sup>, ήδη γνώριμη από τις διατάξεις της Συνθήκης Σένγκεν για την *διασυνοριακή επιτήρηση* κατ' άρθρο 40 παρ. 1-2 (cross-border surveillance) ή την *συνεχιζόμενη καταδίωξη στην αλλοδαπή* κατ' άρθρο 41 (hot-pursuit)<sup>91</sup>.

Οι εξαιρέσεις αυτές πάντως δεν αναιρούν το γεγονός ότι ο ΧΕΑΔ αποτελείται ακόμα από εθνικές ποινικές δικαιοδοσίες περιορισμένες στο αντίστοιχο εθνικό έδαφος. Συν τοις άλλοις, οι ΕΕΥποβ. και ΕΕΔιατ. ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων του κράτους έκδοσης με εξωεδαφική ισχύ, όπως προβλέπονται στην ΠροτΚανονισμού, δεν συνοδεύονται με αντίστοιχες εγγυήσεις για την αποτελεσματική δικαστική προστασία των θιγόμενων προσώπων στο κράτος εκτέλεσης: Μέσω της απευθείας σύμπραξης του κράτους έκδοσης με τους παρόχους, το κράτος εκτέλεσης, όπως έχει προσφυώς διατυπωθεί, μετατρέπεται σε *επιτρέπον κράτος*<sup>92</sup>. Η Επιτροπή δεν ζητεί μεν από τα κράτη μέλη να επιδείξουν την έτσι και αλλιώς από όλους απορριπτέα τυφλή εμπιστοσύνη, αλλά σε κάθε περίπτωση θεωρεί ως προαπαιτούμενο για την αποτελεσματική λειτουργία των νέων διαδικασιών στα ηλεκτρονικά αποδεικτικά στοιχεία ένα υψηλό *επίπεδο αμοιβαίας εμπιστοσύνης* (ΠροτΚανονισμού, σκ. 11). Αντιθέτως στα υπόλοιπα αποδεικτικά μέσα, κατά την εκτέλεση ΕΕΕ, το τεκμήριο συμμόρφωσης του κράτους έκδοσης με τα θεμελιώδη δικαιώματα είναι *μαχητό* (Οδηγία 2014/41/ΕΕ για την ΕΕΕ, σκ. 19)<sup>93</sup>.

89. Βλ. ήδη Böse (υποσημ. 28), 140 (145-146)· *ιδίου*, An assessment of the Commission's proposals on electronic evidence, European Parliament, Study Requested by the LIBE committee, European Union 2018, σελ. 7: υπό: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604989/IPOL\\_STU\(2018\)604989\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604989/IPOL_STU(2018)604989_EN.pdf).

90. Σε αυτήν την κατεύθυνση ήδη Ligeti/Robinson (υποσημ. 14), σελ. 625 (626).

91. Βλ. ήδη Böse, An assessment of the Commission's proposals on electronic evidence (υποσημ. 89) σελ. 37. Για τις εν λόγω διατάξεις βλ. Schomburg/Lagodny/Gleß (υποσημ. 77), SDÜ Art. 40, πλαγιάρ. 1, 7, 12-13, 19 και Art. 41, πλαγιάρ. 9 επ.· Ambos/König/Rackow/Kubiciel, Rechtshilfe in Strafsachen<sup>2</sup>, 2020, 4. Hauptteil, 2. Teil Schengener Durchführungsübereinkommen, SDÜ Art. 40 πλαγιάρ. 226, 228, 230 και Art. 41 πλαγιάρ. 231 και 234.

92. Έτσι ο Burchard (υποσημ. 25), 249 (260): «[...] zum gestattenden Staat».

93. Jähnke, Anerkennungsprinzip und Vertrauensgrundsatz in einer Europäischen Sicherheitsunion. Zum Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über den grenzüberschreitenden Zugang zu



Η απουσία διαδικασίας δικαστικής προστασίας στο κράτος εκτέλεσης ειδικώς για την κατηγορία των ηλεκτρονικών αποδεικτικών μέσων αποτελεί ρήγμα στο υπάρχον οικοδόμημα της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων των θιγόμενων προσώπων, ως αναγνωρισμένου περιορισμού της εφαρμογής της αρχής της αμοιβαίας αναγνώρισης στον ενωσιακό χώρο. Η αυτοματοποιημένη διαδικασία αναγνώρισης χωρίς (δικαστική) διαδικασία εκτέλεσης, συγκρίσιμη με το εντελώς διαφορετικό πεδίο της δικαστικής συνεργασίας σε αστικές υποθέσεις και τις απευθείας διεξαγωγές αποδείξεων σε άλλο κράτος μέλος<sup>94</sup>, αποτελεί εκδήλωση μιας προωθημένης αντίληψης της ενωσιακής έννομης τάξης ως ολοκληρωμένου ενιαίου νομικού χώρου (single legal area), όπου το κράτος έκδοσης ασκεί εξωεδαφικές πράξεις εθνικής κρατικής κυριαρχίας εντός του ΧΕΑΔ. Στις δικαστικές αρχές του ίδιου κράτους ανήκει λοιπόν και η δικαστική προστασία των θιγόμενων προσώπων.

#### 4.2.2. Η δικαστική προστασία στο κράτος εκτέλεσης

Η έλλειψη ενημέρωσης των θιγόμενων προσώπων (άρθρο 11 ΠρωτοΚανονισμού)<sup>95</sup> και ο εκτοπισμός του κράτους εκτέλεσης σε συνδυασμό με την επακόλουθη απώλεια δικαστικού ελέγχου στο κράτος εκτέλεσης οδηγεί σε αποστέρωση του κατοχυρωμένου στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο δικαιώματος πραγματικής προσφυγής του θιγόμενου προσώπου (άρθρο 47 παρ. 1 ΧΘΔΕΕ). Η προσήλωση στην αποτελεσματικότητα αποτελεί μεν θεμιτό σκοπό ιδίως λόγω των νέων εμποδίων που ανακύπτουν στην ψηφιακή εποχή για την τιμώρηση του εγκλήματος. Η βασική ιδέα ωστόσο πίσω από το νέο μοντέλο σύμπραξης δημόσιου-ιδιωτικού τομέα μέσω της παράκαμψης του κράτους εκτέλεσης ή έστω της αποψίλωσης των εξουσιών του κατά την διαδικασία εκτέλεσης, όπως αυτές έχουν διαμορφωθεί στο ενωσιακό δίκαιο της δικαστικής συνεργασίας ιδίως μετά την Συνθήκη της Λισαβόνας<sup>96</sup>, έχει ως βασικότερη

elektronischen Beweismitteln im Strafverfahren, JZ 2021, 23 (25): αντίθετοι με την εφαρμογή της αρχής της αμοιβαίας αναγνώρισης στην συλλογή ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων με βάση την ΠρωτοΚανονισμού οι *Ambos/Rackow*, Grundsatz gegenseitiger Anerkennung und Europäische Ermittlungsanordnung, JZ 2021, 329 (337). Για το μαχητό τεκμήριο στην ΕΕΕ βλ. ήδη (Γενικού Εισαγγελέα) *Bot*, προτ. της 11.4.2019, υποθ. C-324/17 (Gavanozon), σκ. 57 επ., 80, 83, 90.

94. Βλ. ήδη σχετική αναφορά στο άρθρο 81 παρ. 2 στοιχ. α' ΣΛΕΕ από τον *Böse* (υποσημ. 28), 140 (142).

95. Η έννομη προστασία στο κράτος έκδοσης (Άρθρο 17 ΠρωτοΚανονισμού) για χρήστες που δεν είναι κατηγορούμενοι στην ποινική διαδικασία, φαίνεται αδύνατη εν προκειμένω, βλ. *von Galen*, Kritische Anmerkungen zur E-Evidence-Verordnung, σε: *Hoven/Kudlich* (υποσημ. 2), 127 (135 επ.).

96. Για την επιμέρους διάκριση σε αναγνώριση χωρίς/με εκτέλεση, βλ. *Böse*, Die gegenseitige Anerkennung strafgerichtlicher Entscheidungen – zum Verhältnis von Vertrauen und Kontrolle im Spiegel des Unionssekundärrechts, GA 2020, 521 (522 επ., 527 επ.). Από την ανεξάντλητη βιβλιογραφία για την αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης βλ. *Lenaerts*, The principle of mutual recognition in the area of freedom, security and justice, The fourth lecture in honour of Sir Jeremy Lever, All Souls College, Oxford, 30.1.2015, [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/the\\_principle\\_of\\_mutual\\_recognition\\_in\\_the\\_area\\_of\\_freedom\\_judge\\_lenaerts.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/the_principle_of_mutual_recognition_in_the_area_of_freedom_judge_lenaerts.pdf). *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung: die strafjustizielle Zusammenarbeit in Europa im Lichte des Unionsverfassungsrechts, Frankfurt a.M. 2019, σελ. 68 επ., 189 επ. *Andreou*, Gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen in Strafsachen in der Europäischen Union, Baden-Baden 2009 σελ. 39 επ. Για πολιτική (policy) και όχι αρχή του δικαίου κάνει λόγο ο *Mylonopoulos*, Strafrechtsdogmatik in Europa nach dem Vertrag von Lissabon – Zur materiellen Legitimation des Europäischen Strafrechts, ZStW 123 (2011), 633 (640-641).

συνέπεια την αποδυνάμωση της προστασίας των δικαιωμάτων των θιγόμενων προσώπων στο κράτος εκτέλεσης. Στο ήδη υπάρχον καθεστώς αναζήτησης ισορροπίας μεταξύ αμοιβαίας εμπιστοσύνης και απαρέγκλιτης προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων των θιγόμενων προσώπων<sup>97</sup>, δεν είναι βέβαιο ότι το νέο μοντέλο θα περιοριστεί μόνο στην συλλογή ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων<sup>98</sup>.

Σύμφωνα με το μοντέλο αυτό, στο κράτος εκτέλεσης δεν λαμβάνει χώρα κάποιος δικαστικός έλεγχος των ΕΕΥποβ. ούτε όταν ο ιδιώτης πάροχος αρνείται να συμπράξει στο έργο των αρχών του κράτους εκτέλεσης. Η ΕΕΥποβ. ελέγχεται δικαστικά μόνο στο κράτος έκδοσης (άρθρο 17 παρ. 3 ΠρωτοΚανονισμού)<sup>99</sup>. Με αυτόν τον τρόπο ματαιώνεται κάθε προσπάθεια του κράτους εκτέλεσης να εγγυηθεί και να προστατεύσει τα δικαιώματα των θιγόμενων προσώπων από δραστηριότητες που λαμβάνουν χώρα εντός της εδαφικής κυριαρχίας του, κυριαρχία που ανεξαρτήτως τεχνολογικών εξελίξεων δεν καταργείται απλώς και μόνο με την υπερκέραση των φυσικών συνόρων του μέσω του διαδικτύου. Βεβαίως, στην περίπτωση προηγούμενης άρνησης σύμπραξης του ιδιώτη παρόχου, στις αρχές του κράτους εκτέλεσης απομένει η άρνηση συνεργασίας για τους λόγους που προβλέπει η ΠρωτοΚανονισμού<sup>100</sup>. Η απουσία ωστόσο δυνατότητας προσβολής της ΕΕΥποβ. εκτός της ίδιας έννομης τάξης, δηλαδή μόνο στο κράτος έκδοσης, δεν εγγυάται κάποια σύμφωνη με το ενωσιακό δίκαιο διαδικασία<sup>101</sup>. Το επιχείρημα ότι τα δικαστικά όργανα του κράτους έκδοσης είναι σε θέση «[...] είναι τα πλέον αρμόδια [...]» σύμφωνα με την ΠρωτοΚανονισμού<sup>102</sup> να κρίνουν καλύτερα την συμβατότητα της ΕΕΥποβ. με το δίκαιο του κράτους έκδοσης, οδηγεί στην υιοθέτηση μιας αυτοματοποιημένης (στην πραγματικότητα: *ipso jure*) διαδικασίας αναγνώρισης ειδικώς για τα ηλεκτρονικά αποδεικτικά στοιχεία. Στην κατεύθυνση ενίσχυσης του ρόλου του κράτους εκτέλεσης το ΣυμβΕΕ πρότεινε να ενημερώνεται το κράτος εκτέλεσης ταυτόχρονα με την υποβολή ΕΕΥποβ. στον αποδέκτη, ειδικώς για τα δεδομένα περιεχομένου<sup>103</sup>. Η Επιτροπή LIBE εισηγήθηκε πάντως όχι μόνο την ταυτόχρονη με τον ιδιώτη πάροχο λήψη των ΕΕΥποβ. και ΕΕΔιατ. από τις αρχές εκτέλεσης, αλλά επιπλέον την δυνατότητα προσβολής και των δύο εντολών εναλλακτικώς και στο κράτος εκτέλεσης (άρθρο 17 παρ. 1 ΣχΝομοθψηφισμΚανονισμΕΚ)<sup>104</sup>.

Εκτός αυτών, η επιλογή της ΠρωτοΚανονισμού είναι ανακόλουθη σε σχέση με τις τρέχουσες εξελίξεις σε ενωσιακό νομοθετικό επίπεδο (1) και την νομολογία του ΔΕΕ (2), και μπορεί να ακυρώνει εν τοις πράγμασι κατοχυρωμένα θεμελιώδη δικαιώματα (3).

97. Βλ. προσφάτως *Τζαννιτή*, Η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων του εκζητουμένου στην ενωσιακή ποινική συνεργασία, Αθήνα 2020, σελ. 75 επ. για το παράδειγμα της γερμανικής έννομης τάξης όλως ενδεικτικώς *Gaede*, § 3 Grund- und Verfahrensrechte im europäisierten Strafverfahren, σε: *Böse* (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, Enzyklopädie Europarecht Band 11<sup>2</sup>, Baden-Baden 2020, πλαγιάρ. 50 επ.

98. Έτσι ήδη ο *Böse*, (υποσημ. 96), 521 (531).

99. Λόγω της μη γνωστοποίησης δεδομένων δεν υπάρχει σχετική πρόβλεψη έννομης προστασίας στην περίπτωση έκδοσης ΕΕΔ, ΠρωτοΚανονισμού (υποσημ. 51), σελ. 27.

100. Βλ. ιδίως άρθρο 14 παρ. 2 και 6 ΠρωτοΚανονισμού (υποσημ. 51).

101. Βλ. και *Böse* (υποσημ. 28), 140 (146 επ.), με έμφαση στο συνολικότερο έλλειμμα δικαστικής προστασίας για τον θιγόμενο χρήστη, αλλά και για τον πάροχο υπηρεσιών.

102. ΠρωτοΚανονισμού (υποσημ. 51), σελ. 27.

103. Άρ. 7α ΓενΠροσεγγΚανονισμ (υποσημ. 55).

104. Σύμφωνα πάντως με το άρθρο 17 παρ. 3α ΣχΝομοθψηφισμΚανονισμΕΚ (υποσημ. 57), οι ουσιαστικοί λόγοι για την έκδοση ΕΕΥποβ. και ΕΕΔιατ. προσβάλλονται στο κράτος έκδοσης, με την επιφύλαξη των εγγυήσεων των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο κράτος εκτέλεσης.

(1) Οι νεοπαγείς αυτές εντολές υπόκεινται σε έλεγχο, από τις δικαστικές αρχές του ίδιου του κράτους έκδοσης, ή ως προς τον ΧΘΔΕΕ, με βάση την πρόταση της Επιτροπής, και από τον ιδιώτη πάροχο υπηρεσιών. Αντιθέτως, στην ενωσιακή δικαστική ποινική συνεργασία, ιδίως μετά την Συνθήκη της Λισαβόνας, ήδη σε νομοθετικό επίπεδο ενισχύεται η θέση του θιγόμενου προσώπου, τόσο στο κράτος έκδοσης, όσο και στο κράτος εκτέλεσης, μέσω ρητής κατοχύρωσης του ΧΘΔΕΕ ως λόγου άρνησης συνεργασίας ελεγχόμενου από τα δικαστήρια του κράτους εκτέλεσης<sup>105</sup>. Για όλες τις υπόλοιπες κατηγορίες αποδείξεων, οι οποίες εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της ΕΕΕ, η επέκταση του δικαστικού ελέγχου στο κράτος εκτέλεσης όχι απλώς επιβεβαιώθηκε, αλλά ενισχύθηκε με ρητή κατοχύρωση της ενδεχόμενης παραβίασης του ΧΘΔΕΕ ως λόγου άρνησης συνεργασίας, ελεγχόμενης από τις δικαστικές αρχές του κράτους εκτέλεσης<sup>106</sup>.

Για την ειδική κατηγορία των ηλεκτρονικών αποδεικτικών μέσων αντιθέτως ο δικαστικός έλεγχος επιφυλάσσεται μόνο στις αρχές του κράτους έκδοσης της ΕΕΥποβ., άρα σε δικαστικές αρχές εντός του ίδιου κράτους. Με τον τρόπο αυτό διαμορφώνεται μια αδικαιολόγητη –ποιοτική και ποσοτική– διαφοροποίηση ως προς την προστασία των δικαιωμάτων του θιγόμενου προσώπου ανάλογα με την ηλεκτρονική ή μη φύση του αποδεικτικού μέσου. Οι ενστάσεις αποτελεσματικότητας και η βούληση για σύντομες διαδικασίες είναι σαφώς θεμιτές. Ωστόσο, η προηγούμενη διατήρηση των δεδομένων μπορεί να αποτελέσει δικλείδα ασφαλείας για την εγκυρότητα των ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων, την μη απώλειά τους και ως εκ τούτου την αποτελεσματικότητα των ερευνών στο κράτος έκδοσης<sup>107</sup>. Επίσης, η δικαστική προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων των θιγόμενων προσώπων, μπορεί μεν να οδηγήσει σε καθυστερήσεις στις διαδικασίες συνεργασίας, δεν ακυρώνει όμως κανένα αίτημα τιμώρησης ούτε είναι ασυμβίβαστη με την προάσπιση των δικαιωμάτων των παθόντων ή την επίτευξη κοινωνικής ειρήνης. Η ισορροπία αυτή αποτελεί πάντα υποχρέωση και αποστολή των κρατικών οργάνων.

(2) Στην ίδια κατεύθυνση η νομολογία του ΔΕΕ, μετά την απόφαση *Aranyosi και Căldăraru*<sup>108</sup>, αναγνωρίζει τον κίνδυνο παραβίασης των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο κράτος έκδοσης ως αντίθετο με το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο (ήδη άρθρο 6 ΣΕΕ), με αποτέλεσμα δικαστικές αρχές του κράτους μέλους να μην δύνανται να εκτελούν ανεμπόδιστα αλλοδαπά αιτήματα δικαστικής συνεργασίας στις σχετικές περιπτώσεις. Διατάξεις για την αποτελεσματική προστασία έναντι του κινδύνου αυτού στο κράτος εκτέλεσης στην ΠροτΚανονισμού δεν προβλέπονται. Μόνη η αντίστοιχη προσθήκη της ενδεχόμενης παραβί-

ασης του ΧΘΔΕΕ ως λόγου άρνησης συνεργασίας, αφενός δεν λύνει το πρόβλημα, αφού οι διατάξεις του ΧΘΔΕΕ, ούτως ή άλλως ούτε μπορούν ούτε πρέπει να παρακαμφθούν ως υπέρτερης τυπικής ισχύος. Κρίσιμη δεν είναι επομένως η απλή αναφορά στο δευτερογενές θετικό δίκαιο μιας ανώτερης τυπικής ισχύος πηγής του ενωσιακού δικαίου, αναγνωρισμένης πλέον και από την νομολογία του ΔΕΕ, αλλά η κατοχύρωση αποτελεσματικής δικαστικής διαδικασίας ελέγχου μιας ενδεχόμενης παραβίασης του Χάρτη, ώστε τα θιγόμενα πρόσωπα να προστατεύονται και δη αποτελεσματικά και στο κράτος εκτέλεσης. Στην κατεύθυνση αυτή συμβάλλει κάπως η προαναφερθείσα σχετική εισήγηση της Επιτροπής LIBE για (εναλλακτική έστω) δικαστική προστασία και στο κράτος εκτέλεσης και η αναλυτικότερη ρύθμιση της ενημέρωσης των θιγόμενων χρηστών<sup>109</sup>.

(3) Η αυτοματοποίηση της διαδικασίας αναγνώρισης στο παράδειγμα των ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων οδηγεί στην *de facto* ακύρωση συγκεκριμένων κατοχυρωμένων θεμελιωδών δικαιωμάτων που μπορούν να τύχουν αποτελεσματικής προστασίας μόνο στο κράτος εκτέλεσης. Δύο παραδείγματα καταδεικνύουν ότι στην μη ολοκληρωμένη διαμόρφωση ως ενιαίου νομικού χώρου (*single legal area*) εντός ΕΕ, η παράκαμψη της δικαστικής προστασίας στο κράτος εκτέλεσης αποτελεί εμπόδιο και όχι πρόοδο της ενωσιακής ποινικής συνεργασίας. Το πρώτο (α) αφορά στο κρίσιμο και επίκαιρο ζήτημα της διαφύλαξης της *δικαστικής ανεξαρτησίας* στον ενωσιακό χώρο, και το δεύτερο (β) στην διακρατική ισχύ του θεμελιώδους πλέον δικαιώματος *ne bis in idem* (άρθρο 50 ΧΘΔΕΕ), ενός από τα διαχρονικά σημαντικότερα επιτεύγματα της Ένωσης στον τομέα της αναγνώρισης και εκτέλεσης αλλοδαπών ποινικών αποφάσεων.

(α) Η αμφισβήτηση του κράτους δικαίου μέσω της παραβίασης της δικαστικής ανεξαρτησίας σε χώρες της ΕΕ (κατά βάση στην Πολωνία και στην Ουγγαρία) έχει οδηγήσει σε νέα νομολογιακά δεδομένα και στον χώρο της ενωσιακής ποινικής δικαστικής συνεργασίας, σε σχέση με την άρνηση εκτέλεσης ΕΕΣ, το οποίο εκδίδουν ένομες τάξεις χωρίς εγγυήσεις δικαστικής ανεξαρτησίας<sup>110</sup>. Πρόκειται για αμφισβήτηση του δικαιώματος του εκζητούμενου προσώπου να δικαστεί από ένα ανεξάρτητο δικαστήριο στην χώρα έκδοσης (άρθρο 47 παρ. 2 ΧΘΔΕΕ)<sup>111</sup>. Ελλείψει δικαστικής διαδικασίας στο κράτος εκτέλεσης με βάση την ΠροτΚανονισμού, είναι προφανές ότι ο δικαστικός έλεγχος της ΕΕΥποβ. επαφίεται στις δικαστικές αρχές του κράτους έκδοσης, δηλαδή του ίδιου κράτους το οποίο ελέγχεται για επηρεασμό της δικαστικής εξουσίας. Στην περίπτωση των ηλεκτρονικών αποδείξεων, επομένως, δεν παρέχεται κάποια εγγύηση ότι τα θιγόμενα από τις διασυνοριακές διαδικασίες συλλογής ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων πρόσωπα θα προσφεύγουν σε ανεξάρτητα από την εκτελεστική εξουσία δικαστήρια<sup>112</sup>.

105. Βλ. ήδη άρθρα 11 παρ. 1 στοιχ. στ' και 14 της οδηγίας για την ΕΕΕ (υποσημ. 47), σελ. 1 (11-13)· άρθρα 8 παρ. 1 στοιχ. στ', 19 παρ. 1 στοιχ. η' και άρθρο 33 του Κανονισμού (ΕΕ) 2018/1805 για την αναγνώριση και αποφάσεων δέσμευσης και δήμευσης (υποσημ. 53), σελ. 1 (8, 16-17, 22).

106. ΔΕΕ (τμήμα μείζονος συνθέσεως), απόφ. της 8.12.2020, υπόθ. C-584/19 (*Staatsanwaltschaft Wien* [Ordres de virement falsifiés]), σκ. 68· Γενικός Εισαγγελέας *Bot*, υποθ. C-324/17 (υποσημ. 93), σκ. 57 επ., 80, 83· παρ' ημίν βλ. *Τζαννετή* (υποσημ. 47), 81 (90). Για το ζήτημα της δικαστικής προστασίας σε υποθέσεις έκδοσης και εκτέλεσης ΕΕΕ, βλ. αντί πολλών, *Ronsfeld, Rechtshilfe, Anerkennung und Vertrauen – Die Europäische Ermittlungsanordnung*, Berlin 2015, σελ. 189 επ.· *Wortmann* (υποσημ. 47), σελ. 207 επ.

107. Παρόμοια ήδη ο *Mitsilegas*, (υποσημ. 65), σελ. 13 (44).

108. ΔΕΕ (τμήμα μείζονος συνθέσεως), απόφ. της 5.4.2016, συνεκδ. υποθ. C-404/15 και C-659/15 PPU (*Aranyosi και Căldăraru*), σκ. 77, 89, 104, με σχόλια *Böhm*, NJW 2016, 1709 και *Meyer*, JZ 2016, 621. Παρ' ημίν, βλ. ήδη *Καϊάφα-Γκμπάντι*, Η πρόσφατη νομολογία του ΔΕΕ σε ποινικές υποθέσεις: Η προστασία θεμελιωδών δικαιωμάτων στο ενωσιακό δίκαιο και η σημασία της για τον Έλληνα εφαρμοστή του δικαίου, ΠοινΧρ 2017, 561 (570 επ.).

109. Βλ. Άρθρο 11 ΣχΝομΨηφίσμΚανονισμΕΚ (υποσημ. 57).

110. Βλ. *Βηλαρά*, Δικαστική Ανεξαρτησία και Αρχές της Αμοιβαίας Εμπιστοσύνης και Αναγνώρισης στην Πρόσφατη Νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ΕυΔικ 2019, 128 (133-134)· από την πλέον πρόσφατη νομολογία ΔΕΕ, απόφ. της 17.12.2020, υπόθ. C-354/20 PPU (*Openbaar Ministerie* [Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission]), σκ. 69.

111. Βλ. όμως για το επίκαιρο ζήτημα της μειωμένης προστασίας που κατοχυρώνεται στο άρθρο 47 ΧΘΔΕΕ έναντι του άρθρου 19 παρ. 1 εδ. β' ΣΕΕ, *Τζαννετή*, Δικαστική ανεξαρτησία και κρίση του κράτους δικαίου στην Ευρωπαϊκή Ένωση, σε: ΤιμΤομ Γιαννίδη (υποσημ. 30), σελ. 73 (85 επ.), με περαιτέρω παραπομπές.

112. Η δικαστική ανεξαρτησία του κράτους έκδοσης αποτελεί ζήτημα και για τις εν εξελίξει διαπραγματεύσεις της ΕΕ με τις ΗΠΑ (βλ. ανωτέρω 2.2.), διότι στο αμερικανικό δίκαιο (CLOUD-Act) για την επίτευξη εκτελεστικών συμφωνιών με άλλες ένομες τάξεις προβλέπεται ως προϋπόθεση συνεργασίας από τις ΗΠΑ ο έλεγχος του αιτήματος απευθείας σύμπραξης με τον πάροχο από δικαστήριο, δικαστή, ή άλλη ανεξάρτητη αρχή του κράτους έκδοσης. Βλ. *Daskal* (υποσημ. 17), 9 (14).



Περαιτέρω, ως προς τις αρχές έκδοσης, στο πεδίο των ηλεκτρονικών αποδείξεων, υπάρχει πρόβλεψη έκδοσης ΕΕΥποβ. για τα δεδομένα συνδρομητή ή πρόσβασης ή ΕΕΔιατ. και από εισαγγελέα (άρθρα 4 παρ. 1 περ. β' και 4 παρ. 3 περ. β' ΠροτΚανονισμού). Συναφώς, το ΔΕΕ, με αφορμή προδικαστικό ερώτημα για την ανεξαρτησία της γερμανικής Εισαγγελίας, έχει επιβεβαιώσει σε μια σειρά νέων αποφάσεων του την επιταγή ανεξαρτησίας των οργάνων έκδοσης αλλά και εκτέλεσης ΕΕΣ ενόψει και των διαφοροετικών (ιδίως εισαγγελικών) οργάνων που εκδίδουν ή εκτελούν ΕΕΣ στα κράτη μέλη της ΕΕ και της σχέσης τους με την εκτελεστική εξουσία<sup>113</sup>. Η εν λόγω δικαστηριακή πρακτική πάντως, με πρόσφατη απόφαση της μείζονος συνθέσεως του ΔΕΕ, δεν επιβεβαιώθηκε στο πεδίο εφαρμογής της ΕΕΕ, ήτοι στην εντός ΕΕ δικαστική συνδρομή στην απόδειξη: Ο κίνδυνος η εκδίδουσα την ΕΕΕ εισαγγελία να υπόκειται σε υποδείξεις, εντολές ή οδηγίες από την εκτελεστική εξουσία δεν επηρεάζει την εκτέλεσή της. Η απόκλιση από την συναφή νομολογία στο ΕΕΣ αιτιολογείται κατά το ΔΕΕ, διότι τα μέτρα που προβλέπονται στην ΕΕΕ είναι κατά κύριο λόγο λιγότερο επεμβατικά στα δικαιώματα του ατόμου, σε σχέση με το δικαίωμα στην προσωπική ελευθερία (άρθρο 6 ΧΘΔΕΕ) που θίγει η εκτέλεση του ΕΕΣ<sup>114</sup>. Ανεξαρτήτως της τελικής έκβασης των νομοθετικών διαπραγματεύσεων και της μελλοντικής νομολογίας του ΔΕΕ, η σχετική πρόβλεψη στην ΠροτΚανονισμού θα εγείρει ζητήματα εκτέλεσης των νέων εντολών σε όσες έννομες τάξεις τα εισαγγελικά όργανα λαμβάνουν οδηγίες ή υποδείξεις από την εκτελεστική εξουσία<sup>115</sup>.

(β) Στην δικαστική συνδρομή στην απόδειξη, ο ενωσιακός νομοθέτης εσχάτως με την συνολική αναδιαμόρφωση του νομοθετικού πλαισίου, προέβλεψε το θεμελιώδες πλέον δικαίωμα της απαγόρευσης διπλής δίωξης ή διπλής καταδίκης για την ίδια αξιόποινη πράξη (άρθρο 50 ΧΘΔΕΕ σε συνδυασμό με το άρθρο 54 ΣυνθΣένγκεν) ως λόγο άρνησης συνεργασίας στη (νέα θεσπισθείσα) ΕΕΕ<sup>116</sup>. Η διασυνοριακή συλλογή των ηλεκτρονικών αποδείξεων αντιθέτως δεν εμποδίζεται με κάποιο τρόπο κατά την ΠροτΚανονισμού από αιτιάσεις παραβίασης της αρχής *ne bis in idem* στο κράτος εκτέλεσης. Ο έλεγχος τυχόν παραβίασης του δικαιώματος απαγόρευσης δεύτερης δίωξης και καταδίκης επαφίεται σύμφωνα με προσθήκη του ΣυμβΕΕ στο κράτος έκδοσης<sup>117</sup>. Συνεπεία τούτου οι αρχές του κράτους που εκδίδουν τις εντολές σε ήδη εκκρεμούσα ενώπιόν τους ποινική διαδικασία, θα ελέγχουν οι ίδιες αν με την έκδοση της εντολής παραβιάζεται η αρχή *ne bis in idem* για την ποινική διαδικασία που οι ίδιες έχουν κινηθεί. Με άλλα λόγια η διακρατική ισχύς της αρχής *ne bis in idem*, παρά το γεγονός ότι τα ηλεκτρονικά αποδεικτικά στοιχεία συλλέγονται από την

αλλοδαπή, ελέγχεται μόνο από το κράτος που ζητεί τα στοιχεία αυτά<sup>118</sup>. Η ρητή κατοχύρωση από πλευράς της Επιτροπής LIBE της αρχής *ne bis in idem* ως λόγου άρνησης συνεργασίας, κινείται μεν στην σωστή κατεύθυνση, παρότι πρόκειται και πάλι για διάταξη του ΧΘΔΕΕ, δηλαδή για ούτως ή άλλως κανόνα πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου<sup>119</sup>. Για να διαφυλαχθεί όμως ο διακρατικός χαρακτήρας της αρχής *ne bis in idem* πρέπει η εγγύηση αυτή να καταστεί αντικείμενο ελέγχου σε ένα συνολικότερα διαμορφωμένο πλαίσιο δικαστικής προστασίας του θιγόμενου προσώπου και στο κράτος εκτέλεσης.

Η τελευταία διαπίστωση έχει ιδιαίτερη σημασία και για τα εγκλήματα μέσω/κατά πληροφοριακών συστημάτων, εξαιτίας της συχνής σύγκρουσης δικαιοδοσιών<sup>120</sup>. Ως γνωστόν, δεν υφίσταται κάποια παγιωμένη πρακτική επίλυσης του γενικότερου προβλήματος της σύγκρουσης δικαιοδοσιών στον ενωσιακό χώρο, ιδίως από την στιγμή που η σχετική απόφαση πλαίσιο δεν έχει ενσωματωθεί από όλα τα κράτη μέλη, μεταξύ αυτών ούτε από την Ελλάδα<sup>121</sup>. Τα προβλήματα είναι ακόμη μεγαλύτερα όταν οι έννομες τάξεις, όπως έδειξε παρ' ημίν η περίπτωση του (καταργηθέντος πλέον) άρθρου 5 παρ. 3 ΠΚΚ αντιλαμβάνονται το διαδικτυο ως επέκταση των εδαφικών ορίων τους ή τέλος πάντων υιοθετούν μία νέα αντίληψη περί ψηφιακής εδαφικότητας<sup>122</sup>.

## 5. Επίλογος

Αντί της σημερινής –αρρύθμιστης και αμφισβητούμενης νομιμότητας– εθελοντικής σύμπραξης ιδιωτών με αλλοδαπές κρατικές αρχές ή της μετατόπισης του αντικείμενου της διεθνούς δικαστικής συνεργασίας σε αστυνομικά όργανα μέσω της διεθνούς αστυνομικής συνεργασίας, οι ενωσιακές προτάσεις στον ΧΕΑΔ συνιστούν απόπειρες μιας πρώτης νομοθετικής ρύθμισης στο πεδίο της ενωσιακής ποινικής δικαστικής συνεργασίας, συγκριτικά πιο κοντά στην επίτευξη ασφάλειας δικαίου. Η απευθείας διασυνοριακή σύμπραξη με τους ιδιώτες παρόχους, δηλαδή τους παράγοντες με θέση κλειδί στην όλη σύνθετη διαδικασία της συλλογής ηλεκτρονικών αποδεικτικών στοιχείων, με βάση και την διεθνή εμπειρία, είναι από την πλευρά των ενωσιακών οργάνων καινοτόμος και αναγκαία λύση-ωστόσο όχι από μόνη της ικανή να οδηγήσει στην ιδιωτικοποίηση της διαδικασίας δικαστικής συνεργασίας γενικότερα.

Με την ρύθμιση της απευθείας διασυνοριακής σύμπραξης του κράτους έκδοσης με τον ιδιώτη πάροχο ψηφιακών υπηρεσιών ιδρύεται όμως ταυτόχρονα ένα νέο μοντέλο συνεργασίας δημόσιου-ιδιωτικού τομέα σε διασυνοριακό επίπεδο, στο πλέον επεμβατικό για τα δικαιώματα των θιγόμενων προσώπων πεδίο της ποινικής δίκης. Ελλείψει ενίσχυσης της θέσης του

113. ΔΕΕ (τμήμα μείζονος συνθέσεως), απόφ. της 27.5.2019, συνεκδ. υπόθ. C-508/18 και C-82/19 PPU (OG [Parquet de Lübeck]), σκ. 88 επ. Επίσης από την πλούσια πρόσφατη νομολογία βλ. μόνο ΔΕΕ (τμήμα μείζονος συνθέσεως), απόφ. της 24.11.2020, υπόθ. C-620/19 (Openbaar Ministerie [Faux en écritures]), σκ. 66 επ. Στην θεωρία Τζαννιέρη (υποσημ. 111), σελ. 73 (97 επ.).

114. ΔΕΕ (τμήμα μείζονος συνθέσεως), υπόθ. C-584/19 (υποσημ. 106), σκ. 73 επ.

115. Βλ. και τις σχετικές τοποθετήσεις των κρατών μελών σε αντίστοιχο ερωτηματολόγιο που απέστειλε η Eurojust, *Council of the European Union, Questionnaire on the CJEU's judgments in relation to the independence of issuing judicial authorities and effective judicial protection – Updated compilation of replies and certificates*, doc. no. 7182/1/20 REV 1, Brussels, 6.4.2020 για τις απαντήσεις της Ελλάδος βλ. σελ. 29 επ.

116. Βλ. ήδη άρθρα 11 παρ. 1 στοιχ. δ' της οδηγίας για την ΕΕΕ (υποσημ. 47), σελ. 1 (11). Για το ενδεχόμενο παραβίασης της απαγόρευσης δεύτερης δίωξης και καταδίκης και την ορθή κριτική κατά της νομοθετικής επιλογής για δυνητικό και όχι υποχρεωτικό λόγο άρνησης εκτέλεσης, βλ. Wortmann, (υποσημ. 47), σελ. 161 επ., με περαιτέρω παραπομπές.

117. ΓενΠροσεγγΚανονισμού (υποσημ. 55), σκ. 12α.

118. Böse (υποσημ. 28), 140 (145).

119. Βλ. για την ΕΕΥποβ. Άρθρο 10α παρ. 1 στοιχ. β' ΣχΝομΨηφισμΚανονισμΕΚ (υποσημ. 57).

120. Βλ. για το ζήτημα Robinson, Choice of Forum and Cybercrime, σε: Ligeti/ίδιου (ed.), Preventing and Resolving Conflicts of Jurisdiction in EU Criminal Law, Oxford 2018, σελ. 182 (186 επ., 195 επ., με περαιτέρω παραπομπές).

121. Απόφαση πλαίσιο 2009/948/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 30.11.2009, για την πρόληψη και τον διακανονισμό συγκρούσεων δικαιοδοσίας σε ποινικές υποθέσεις, ΕΕΕΕ 2009 L 328, σελ. 42 επ. Για την ενσωμάτωσή της (τελευταία ενημέρωση 24.5.2021): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/NIM/?uri=CELEX%3A32009F0948>.

122. Επ' αυτού και για τα αδιέξοδα στα οποία οδηγεί η εν λόγω αντίληψη Κιούπης, Ο τόπος τέλεσης του διαδικτυακού εγκλήματος και η απροσδόκητη διεύρυνση της έννοιας της «ημεδαπής» (άρθρο 5 παρ. 3 ΠΚ), ΠοινΧρ 2014, 561 (562 επ. και 570, με περαιτέρω παραπομπές). Εξάλλου είναι αμφίβολο κατά πόσο οι υπάρχουσες διαδικασίες διαβούλευσης και ο συντονισμός μέσω της Eurojust μπορεί να δώσει αποτελεσματικές, δηλαδή γρήγορες και ουσιαστικές λύσεις, σε ένα πεδίο που χαρακτηρίζεται από πρωτοφανές σε όγκο για τις κρατικές αρχές έργο συλλογής αποδείξεων.

κράτους εκτέλεσης στην υπό εξέταση διαδικασία μέσω ιδίως ενός μηχανισμού δικαστικής προστασίας και ενόψει των διαπραγματεύσεων μεταξύ Ευρωκοινοβουλίου και ΣυμβΕΕ, ανα-

πάντητο παραμένει το ερώτημα αν και πώς μπορεί να εξισορροπηθεί η απώλεια της δικαστικής προστασίας στο κράτος εκτέλεσης μόνο με δικαστικές διαδικασίες στο κράτος έκδοσης.

## Η «έμμομη καταδίωξη» (stalking): Εγκληματολογικός φαινότυπος και ερμηνεία του άρθρου 333 παρ. 1 εδ. β' ΠΚ

ΓΕΩΡΓΙΟΥ ΦΟΥΣΚΑΡΙΝΗ  
Δικηγόρου – Υποψ. Δ.Ν.

Η παρούσα μελέτη πραγματεύεται το ζήτημα του φαινομένου “stalking”. Ιδιαίτερη σημασία δίδεται αρχικώς στην εμπειρική διάσταση του φαινομένου, ώστε να γίνει κατανοητός ο εγκληματολογικός του φαινότυπος. Στην συνέχεια επιχειρείται μια ερμηνευτική προσέγγιση του εγκλήματος που τυποποιείται στο άρθρο 333 παρ. 1 εδ. β' του Ποινικού Κώδικα, με έμφαση στην ανάλυση των βασικών στοιχείων της αντικειμενικής του υπόστασης.

### Α. Εισαγωγή

«Όπου κι αν πήγαίνα, ήταν αυτός εκεί. Δεν μπορούσα να πάω πουθενά. Δεν μπορούσα να εργαστώ με ηρεμία. Αυτός ο άντρας με απειλούσε και με ακολουθούσε συνεχώς. Κάθεται έξω από το σπίτι μου όλη νύχτα. Όταν ξεκινώ να πάω στη δουλειά στις 23.00 τη νύχτα, βρίσκεται εκεί, στον χώρο στάθμευσης. Δεν θέλω να καταλήξω νεκρή... Δεν θέλω να με γράψουν οι εφημερίδες»<sup>1</sup>.

Το παραπάνω απόσπασμα αποτελεί μια συμπυκνωμένη, βιωματική απεικόνιση του φαινομένου του stalking μέσα από τα μάτια του θύματος. Ο όρος “stalking”, ο οποίος έχει επιλεγεί προς απόδοση της εν λόγω συμπεριφοράς, και κατά κυριολεξία σημαίνει «κυνήγι», έχει προφανείς σημασιολογικές προεκτάσεις. Αντικατοπτρίζει τον τρόπο με τον οποίον ο δράστης αντιμετωπίζει το θύμα και, προ πάντων, την προσπάθεια κυριαρχίας και απόκτησης ελέγχου επί της ζωής αυτού<sup>2</sup>, η οποία επιδιώκεται κυρίως με ένα είδος ψυχολογικής διείσδυσης του δράστη και την πρόκληση συνακόλουθων ψυχικών διαταραχών στο θύμα<sup>3</sup>. Παρατηρείται όμως ιδιαίτερη δυσχέρεια εξεύρεσης ενός κοινώς αποδεκτού ορισμού. Αναφέρεται, μάλιστα, χαρακτηριστικά ότι το φαινόμενο αυτό είναι όπως η υψηλή τέχνη: δεν μπορείς να το ορίσεις, το αναγνωρίζεις όμως όταν το βλέπεις<sup>4</sup>.

Το stalking ορίζεται συνήθως ως μια διαρκής συμπεριφορά, που αποτελείται από περισσότερες πράξεις ή παραλείψεις και όχι από μια μεμονωμένη ενέργεια<sup>5</sup>, η οποία κατευθύνεται σε ένα άτομο και συνιστά μια μορφή επίμονης, προσωπικής παρενόχλησης<sup>6</sup>. Κατ' άλλη προσέγγιση ορίζεται ως μοτίβο εμπρόθετων, επαναλαμβανόμενων, αδιάκριτων ή εκφοβιστικών πράξεων, κατευθυνόμενων σε ένα συγκεκριμένο άτομο, εφόσον προκαλούν στο τελευταίο αίσθημα ντροπής, ανησυχίας και φόβου, ή εφόσον μπορούσαν να προκαλέσουν ευλόγως τέτοιο αίσθημα<sup>7</sup>. Βασικό χαρακτηριστικό του φαινομένου είναι η επαναλαμβανό-

μενη και συστηματική φύση της συμπεριφοράς, με την οποία ο δράστης επιδιώκει να έρθει σε επαφή με ένα συγκεκριμένο πρόσωπο ενάντια στην βούλησή του<sup>8</sup>. Πρόκειται για μια ενοχλητική ή απειλητική συμπεριφορά<sup>9</sup>, η επανάληψη, η διάρκεια και η μεθοδικότητα της οποίας περιάγουν το θύμα σταδιακά σε κατάσταση διαρκούς αγωνίας και ισχυρού φόβου<sup>10</sup>, συνεπώς δε αγγίζει συχνά τα όρια της ψυχολογικής τρομοκρατίας<sup>11</sup>.

Το stalking αναγνωρίζεται διεθνώς ως σημαντικό και ευρέως εξαπλωμένο κοινωνικό πρόβλημα<sup>12</sup>, το οποίο επάγεται σοβαρότατες συνέπειες σε μεγάλο ποσοστό του πληθυσμού που κυμαίνεται στην περίπτωση λ.χ. της Ολλανδίας μεταξύ 4,5 και 23,4%<sup>13</sup>. Οι ΗΠΑ ήταν η πρώτη χώρα που πήρε την πρωτοβουλία για την θέσπιση νομοθεσίας κατά του φαινομένου αυτού το 1990<sup>14</sup>. Κατά το 1993 ήδη υπολογιζόταν ότι στις ΗΠΑ υπήρχαν περί τους 200.000 stalkers<sup>15</sup> και σταδιακά όλες οι πολιτείες των ΗΠΑ θέσπισαν νομοθεσία κατά του stalking στα πρότυπα της Καλιφόρνια<sup>16</sup>. Ακολούθησε η ποινικοποίηση του φαινομένου και στην Ευρώπη, χωρίς όμως να λάβει την καθολικότητα και εν πολλοίς την ομοιογένεια που συναντάται στις διαφορετικές νομοθεσίες εντός των ΗΠΑ<sup>17</sup>.

8. Valerius, Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung, JuS 2007, σ. 319.

9. S. Van der Aa, New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States, Eur J Crim Policy Res 24 2018, σ. 315.

10. M. Κατσογιάννου, ό.π.π., σ. 276.

11. Βλ. Gazeas, Der Stalking-Straftatbestand (Nachstellung), 238 StGB, JR 2007, σ. 498, Mitsch, Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch, NJW 2007, σ. 1237.

12. Γαλανού, Επίμονη και διαρκής διατάραξη της ιδιωτικής ζωής, Πλογ 2 2008, σ. 453.

13. S. Van der Aa, R. Roemkens, The state of the art in stalking legislation, ECLR 3 2013, σ. 233.

14. Βλ. Αντί πολλών, C. B. Gregson, California's Antistalking Statute: The Pivotal Role of Intent, Golden Gate U. L. Rev. 28 1998, σ. 221 επ.

15. K. A. Tolhurst, A Search for Solutions: Evaluating the Latest Anti-Stalking Developments and the National Institute of Justice Model Stalking Code, 1 Wm. & Mary J. Women & L. 269 1994, σ. 271.

16. Βλ. ενδ. Για το stalking στη νομοθεσία των ΗΠΑ, T. B. Carter, Local, State, and Federal Responses to Stalking: Are Anti-Stalking Laws Effective?, Wm. & Mary J. Women & L. 22 2016, σ. 333, Lingg, Richard A., Stopping Stalkers: A Critical Examination of Anti-Stalking Statutes, St. John's Law Review 67 2012, σ. 347, A. N. Beagle, Modern Stalking Laws: A Survey of State Anti-Stalking Statutes Considering Modern Mediums and Constitutional Challenges, Chap. L. Rev. 14 2011, σ. 457, K. A. Tolhurst, ό.π.π., R. N. Miller, “Stalk Talk”: A First Look At Anti-Stalking Legislation, Wash. & Lee L. Rev. 50 1993, σ. 1303.

17. Βλ. S. Vander Aa, ό.π.π., S. Vander Aa, R. Roemkens, ό.π.π., σχετικά με την ποινική αντιμετώπιση του φαινομένου στις νομοθεσίες των

1. Απόσπασμα από την κατάθεση του θύματος, People v. Daniel, 670 N.E.2d 861, 862 (Ill. App. Ct. 1996).

2. Βλ. M. Κατσογιάννου, Η έμμομη διαδικτυακή παρενόχλητική παρακολούθηση (“Cyberstalking”), σε: Τιμητικός Τόμος Ν. Κουράκη Ι, σ. 1463, Meyer, Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von “Stalking” im deutschen Recht, ZStW 115 2003, σ. 252.

3. Κάβουρας, Stalking – μια έντονα αντικοινωνική συμπεριφορά στο στόχαστρο του νομοθέτη, Πλογ 2 2008, σ. 439 επ.

4. L. Sheridan, G. M. Davies, J. C. W. Boon, Stalking: Perceptions and Prevalence, JInterpersViolence 16 2001, σ. 152.

5. L. Sheridan, E. Blaauw, G. M. Davies, Stalking: Knowns and Unknowns, Trauma Violence Abuse 4 2003, σ. 151.

6. L. Sheridan, G. M. Davies, J. C. W. Boon, ό.π.π.

7. L. Miller, Stalking: Patterns, motives, and intervention strategies, Aggression and Violent Behavior 17 2012, σ. 495.



## Β. Η εμπειρική διάσταση του “stalking”

### Β.1. Τυπολογία δραστών

Οι δράστες του υπό ανάλυση φαινομένου διακρίνονται ανάλογα με τα κίνητρά τους και τις ιδιαίτερες συνθήκες δράσης τους. Για την διάκριση αυτή έχουν αναπτυχθεί διάφορα μοντέλα κατηγοριοποιήσεων, τα οποία βέβαια σε πολλές περιπτώσεις αλληλεπικαλύπτονται. Η τυπολογία των δραστών μπορεί να διακριθεί σε τρεις ευρύτερες κατηγορίες:

Στην πρώτη κατηγορία υπάγονται κυρίως αυτοί που επιδιώκουν την σύναψη νέου ερωτικού δεσμού<sup>18</sup>. Σε αυτούς συγκαταλέγονται μεταξύ άλλων ο «ερωτικά εμμονικός διώκτης» (love obsessional stalker), ο οποίος πιστεύει ότι είναι ερωτευμένος με μια γυναίκα, η οποία είναι ήδη ερωτευμένη μαζί του, αλλά κατά την άποψή του δεν μπορεί να το δείξει ή βρίσκεται σε άρνηση<sup>19</sup>. ο «ερωτομανής» (erotomaniac), ο οποίος επιδιώκει «χαλαρές» γνωριμίες και ανήκει συνήθως στο γυναικείο φύλο<sup>20</sup>. ο δράστης, που αγαπά χωρίς ανταπόκριση<sup>21</sup>, ή, που πιστεύει ότι αυτός και το αντικείμενο του έρωτά του προορίζονται να είναι μαζί, αλλά εξωτερικοί παράγοντες τους εμποδίζουν<sup>22</sup>. ο «παραισθητικός», που πιστεύει ότι είναι θέμα χρόνου να συνάψει δεσμό με το άτομο που παρενοχλεί λόγω των επίμονων προσπαθειών του<sup>23</sup> κ.ά. Κοινό, βασικό χαρακτηριστικό των παραπάνω περιπτώσεων είναι η προσπάθεια του δράστη να κερδίσει την αγάπη, την προσοχή ή τον θαυμασμό του θύματος, η αποτυχία της οποίας μπορεί να οδηγήσει στην εκδήλωση φαινομένων stalking<sup>24</sup>.

Στην δεύτερη κατηγορία υπάγονται αυτοί που επιδιώκουν τον εκφοβισμό, την παρενόχληση, τον εξαναγκασμό ή την τιμωρία του θύματος λόγω προγενέστερης απόρριψης, κυρίως ερωτικής φύσεως<sup>25</sup>. Σε αυτούς συγκαταλέγονται μεταξύ άλλων ο «απλά εμμονικός διώκτης» (simple obsessional stalker), ο οποίος πάσχει συνήθως από διαταραχές προσωπικότητας και καταδιώκει αδιάκοπα είτε τον πρώην σύντροφό του είτε άτομα τα οποία πιστεύει ότι τον αδικήσαν<sup>26</sup>. ο διώκτης που αντιμετώπισε απόρριψη (rejected stalker) και ταλαντεύεται μεταξύ προσπάθειας επανασύνδεσης και εκδίκησης<sup>27</sup>. ο «πικραμένος διώκτης» (resentful stalker), ο οποίος θέλει να εκδικηθεί για την απόρριψη που έλαβε μέσω του εκφοβισμού και της τρομοκράτησης του θύματος και του περιβάλλοντός του<sup>28</sup>, και ο πρώην ερωτικός σύντροφος (former intimate partner stalker), ο οποίος μάλιστα καταφεύγει συνήθως σε λεκτική ή σωματική βία<sup>29</sup>.

Στην τρίτη κατηγορία υπάγονται αυτοί που επιδιώκουν την εξουσία και τον έλεγχο πάνω στο θύμα<sup>30</sup>. Σε αυτούς συγκαταλέγονται ο επιθετικός τύπος διώκτη (predatory stalker),

ευρωπαϊκών κρατών.

18. Βλ. L. Miller, *όπ.π.*, σ. 498.

19. Βλ. Αναλυτικά Zona, M. A., Sharma, K. K., & Lane, J. C., A comparative study of erotomaniac and obsessional subjects in a forensic sample, *Journal of Forensic Sciences* 38 1993, σ. 894 επ.

20. Zona, M. A., Sharma, K. K., & Lane, J. C., *όπ.π.*

21. Βλ. αναλυτικά, Mullen, P. E., Pathe, M., Purcell, R., & Stuart, Study of stalkers, *The American Journal of Psychiatry* 156 1999, σ. 1244 επ.

22. Mullen, P. E., Pathe, M., Purcell, R., & Stuart, *όπ.π.*

23. Βλ. αναλυτικά, Sheridan, L. P., & Boon, J, Stalker typologies: Implications for law enforcement, σε: J. Boone, & L. Sheridan (Επιμ.), *Stalking and psychological obsession: Psychological perspectives for prevention, policing, and treatment* 2002, σ. 63 επ.

24. L. Miller, *όπ.π.*, σ. 498.

25. Βλ. L. Miller, *όπ.π.*, σ. 498.

26. Zona, M. A., Sharma, K. K., & Lane, J. C., *όπ.π.*

27. Mullen, P. E., Pathe, M., Purcell, R., & Stuart, *όπ.π.*

28. Mullen, P. E., Pathe, M., Purcell, R., & Stuart, *όπ.π.*

29. Sheridan, L. P., & Boon, J, *όπ.π.*

30. Βλ. L. Miller, *όπ.π.*, σ. 498.

ο οποίος παραμένει ανώνυμος και χρησιμοποιεί μεθόδους συγκεκαλυμμένης παρακολούθησης, που αποτελούν συνήθως προετοιμασία σεξουαλικών επιθέσεων ή επιθέσεων κατά της ζωής του θύματος<sup>31</sup>. ο «σαδιστικός διώκτης» (sadistic stalker), ο οποίος αντλεί ευχαρίστηση από τον εκφοβισμό και την τρομοκράτηση, δηλαδή από την άσκηση εξουσίας επί του θύματος<sup>32</sup>. Σημειωτέον, τέλος, ότι σύμφωνα με μελέτες μέχρι και οι μισοί εκ των δραστών (stalkers) κατά μέσο όρο πάσχουν από κάποια αναγνωρισμένη ψυχιατρική πάθηση<sup>33</sup>.

### Β.2. Τυπολογία συμπεριφορών

#### Β.2.1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Το υπό ανάλυση φαινόμενο, όπως θα καταδειχθεί παρακάτω, αποτελείται από ποικίλες ετερόκλητες συμπεριφορές. Συνηθέστερες είναι η παρενόχληση του θύματος με συνεχή επικοινωνία ενάντια στην βούληση του τελευταίου (λ.χ. με τηλεφωνικές κλήσεις, e-mails, επιστολές και δώρα), η παραμονή και παρακολούθηση επί μακρόν έξω από την οικία ή τον χώρο εργασίας του θύματος, η διάδοση αρνητικών σχολίων για το θύμα, η καταστροφή πραγμάτων του θύματος, η στοχοποίηση τρίτων ατόμων που ανήκουν στον κύκλο του θύματος, η εξαπόλυση απειλών, καθώς και η πραγματοποίησή τους<sup>34</sup>. Βασικό χαρακτηριστικό, και συνάμα πηγή νομικών και όχι μόνο προβλημάτων του φαινομένου, είναι ότι πολλές από τις συμπεριφορές που υπάγονται στο υπό κρίση φαινόμενο είναι δύσκολο να διακριθούν από απλές καθημερινές δραστηριότητες<sup>35</sup>. Για τον λόγο αυτό αποκτά ιδιαίτερη σημασία η αντίληψη του μέσου κοινωνού σχετικά με τις συμπεριφορές εκείνες που υπάγονται στον πυρήνα του φαινομένου.

#### Β.2.2. Η αντίληψη του μέσου κοινωνού περί stalking

Σύμφωνα με σχετική έρευνα<sup>36</sup>, η οποία κατέγραψε την αντίληψη των πολιτών σχετικά με το ποιες συμπεριφορές συνιστούν stalking, οι συμπεριφορές αυτές κατηγοριοποιήθηκαν σε τέσσερις ομάδες. Στην πρώτη ομάδα εντάχθηκε η διενέργεια υπερβολικών σε αριθμό ανεπιθύμητων τηλεφωνικών κλήσεων στην εργασία ή στο σπίτι του θύματος ανεξαρτήτως περιεχομένου, η φωτογράφιση του θύματος χωρίς την γνώση του τελευταίου, η παρακολούθηση του θύματος, η προσέγγιση και παραμονή του δράστη στην οικία ή στον χώρο εργασίας του θύματος, η αποστολή ακατάλληλων και ανεπιθύμητων επιστολών ή δώρων, καθώς και η το γεγονός ότι ο δράστης περιφέρεται στην γειτονιά του θύματος<sup>37</sup>.

Στην δεύτερη ομάδα εντάχθηκε η πραγματοποίηση απειλητικών τηλεφωνικών κλήσεων ή κλήσεων με άσεμνο ή προσβλητικό περιεχόμενο χωρίς την αποκάλυψη της ταυτότητας του δράστη, η αποστολή ακατάλληλων σεξουαλικού περιεχομένου επιστολών, η διατύπωση θανατικών απειλών, η κατακράτηση του θύματος ενάντια στην βούλησή του, η υποκλοπή της αλληλογραφίας του θύματος, η απειλητική συμπεριφορά

31. Mullen, P. E., Pathe, M., Purcell, R., & Stuart, *όπ.π.*

32. Sheridan, L. P., & Boon, J, *όπ.π.*

33. Βλ. Whyte, S., Petch, E., Penny, C., & Reiss, D., Factors associated with stalking behavior in patients admitted to a high security hospital, *Journal of Forensic Psychiatry and Psychology* 18 2007, σ. 16 επ.

34. Βλ. D.V. Canter, M. Ioannou, A multivariate model of stalking behaviours, *Behaviormetrika* 31, 2004, σ. 114.

35. Βλ. B.H. Spitzberg, W.R. Cupach, The state of the art of stalking: Taking stock of the emerging literature, *Aggression and Violent Behavior* 12 2007, σ. 70.

36. Βλ. L. Sheridan, G. M. Davies and J. C. W. Boon, Stalking: Perceptions and Prevalence, *J Interpers Violence* 16 2001, σ. 152 επ.

37. L. Sheridan, G. M. Davies and J. C. W. Boon, *όπ.π.*, σ. 156-157.

απέναντι στην οικογένεια και στους φίλους του θύματος, καθώς και οι βανδαλισμοί στην ιδιοκτησία του θύματος<sup>38</sup>. Στην τρίτη ομάδα εντάχθηκε η συνεχής εκδήλωση ανεξέλεγκτης, επιθετικής ή προσβλητικής συμπεριφοράς κατά την θέαση του θύματος με άλλους άνδρες/γυναίκες, η απειλή του δράστη ότι θα αυτοκτονήσει σε περίπτωση που το θύμα δεν συναντηθεί μαζί του, καθώς και η χρήση απειλητικής ή χυδαίας φρασολογίας<sup>39</sup>. Τέλος, στην τέταρτη ομάδα εντάχθηκε η αποστολή περιέργων ή απειλητικών αντικειμένων στην εργασία ή στην οικία του θύματος, η μετακόμιση του δράστη πλησίον της οικίας του θύματος μόνο και μόνο για να είναι κοντά του και παρά το γεγονός ότι δεν έχουν δεσμό, οι τακτικές απρόσκλητες επισκέψεις, καθώς και οι συχνές επισκέψεις σε μέρη όπου ο δράστης γνωρίζει ότι συχνάζει το θύμα<sup>40</sup>.

### B.2.3. Κατηγοριοποίηση συμπεριφορών

Ανεξάρτητα από την αντίληψη του μέσου κοινωνού περί stalking, η ανάλυση πλήθους εμπειρικών ερευνών διακρίνει μεταξύ ορισμένων ομάδων συμπεριφορών που υπάγονται στο υπό ανάλυση φαινόμενο ανάλογα με την φύση των εκδηλούμενων πράξεων<sup>41</sup>. Στην πρώτη ομάδα περιλαμβάνονται τυπικές δραστηριότητες που χαρακτηρίζουν τις περισσότερες ερωτικές σχέσεις, οι οποίες όμως στην προκειμένη περίπτωση εκδηλώνονται σε υπερβολικό βαθμό, όπως λ.χ. με την αποστολή υπερβολικού αριθμού λουλουδιών, με την πραγματοποίηση πολλών τηλεφωνικών κλήσεων αντί μίας κ.ά.

Στην δεύτερη ομάδα εντάσσονται οι προσπάθειες του δράστη να επικοινωνήσει με το θύμα είτε μέσω της χρήσης της τεχνολογίας είτε εκ του σύνεγγυς. Οι πράξεις στις οποίες προβαίνει συνήθως ο δράστης είναι η παρακολούθηση της ηλεκτρονικής επικοινωνίας του θύματος, η αποστολή προσβλητικών ή απειλητικών ηλεκτρονικών μηνυμάτων, η διατάραξη της λειτουργίας του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου μέσω αποστολής υπερβολικού αριθμού μηνυμάτων ή κακόβουλου λογισμικού, η απλή ανεπιθύμητη επικοινωνία μέσω e-mail, κινητού κ.λπ.<sup>42</sup>, όπως επίσης η φυσική προσέγγιση του θύματος, η εμφάνιση σε διάφορα μέρη όπου βρίσκεται το θύμα, η επιδίωξη κοινών δραστηριοτήτων με το θύμα, η προσέγγιση προσώπων του οικογενειακού και φιλικού περιβάλλοντος του θύματος κ.ά.<sup>43</sup>.

Στην τρίτη ομάδα περιλαμβάνεται όχι απλώς η προσπάθεια επικοινωνίας, αλλά η φυσική και ηλεκτρονική παρακολούθηση του θύματος εκ μέρους του δράστη. Έτσι, ο δράστης συνήθως παρακολουθεί το θύμα, βγάζει φωτογραφίες ή βίντεο, αποκτά παράνομη πρόσβαση στο γραμματοκιβώτιο του θύματος ή σε ηλεκτρονικούς λογαριασμούς (π.χ. e-mail, facebook), τοποθετεί GPS στο αυτοκίνητο του θύματος κ.ά.<sup>44</sup>. Οι πράξεις αυτές αποσκοπούν δε στην συστηματική συγκέντρωση γνώσης και πληροφοριών για το θύμα εκ μέρους του δράστη.

Στην τέταρτη ομάδα περιλαμβάνονται συμπεριφορές που συνιστούν ευθέως παραβίαση της ιδιωτικότητας του θύματος, όπως λ.χ. κλοπή πληροφοριών ή άλλων αντικειμένων, παράνομη πρόσβαση σε υπολογιστή, παράνομη είσοδος στην κατοικία ή σε άλλους προσωπικούς χώρους<sup>45</sup>, και αποτελούν συνήθως κλιμάκωση των συμπεριφορών που εντάσσονται στην αμέσως προηγούμενη κατηγορία<sup>46</sup>.

Στην πέμπτη ομάδα περιλαμβάνονται λεκτικές ή μη ενέργειες ικανές να προκαλέσουν ενόχληση ή άγχος στο θύμα, ό-

πως λ.χ. διάδοση αρνητικών σχολίων ή δημοσίευση σε πραγματικό χρόνο λ.χ. σε μέσα κοινωνικής δικτύωσης σχολίων ή πληροφοριών, συχνά ψευδών ή αρνητικών για το θύμα με σκοπό τον δημόσιο εξευτελισμό του ή τον εξαναγκασμό του σε ικανοποίηση των επιθυμιών του δράστη<sup>47</sup>, προσβολές της τιμής, παρενόχληση συναδέλφων στο χώρο εργασίας, υποβολή καταγγελιών για παράνομες πράξεις του θύματος (λ.χ. στις φορολογικές αρχές)<sup>48</sup>.

Στην έκτη ομάδα εντάσσονται συμπεριφορές που συνιστούν κλιμάκωση της προηγούμενης κατηγορίας, όπως ρητές ή συμπερασματικά συναγόμενες απειλές του δράστη προς το θύμα εις βάρος του θύματος ή αγαπημένων προσώπων του, κατοικιδίων, αντικειμένων ιδιοκτησίας του, ή ακόμα και του ίδιου του δράστη, οι οποίες αποσκοπούν συνολικά στην άσκηση επιρροής και ελέγχου στο θύμα<sup>49</sup>.

Στην τελευταία κατηγορία του φαινομένου περιλαμβάνονται πράξεις βίας, όπως λ.χ. σωματικές βλάβες και απόπειρες ανθρωποκτονίας<sup>50</sup>.

### B.3 Επιπτώσεις στο θύμα

Γίνεται δεκτό ότι το stalking έχει άμεσες επιπτώσεις στην ψυχική και συναισθηματική κατάσταση του θύματος, προκαλώντας σε αυτό ψυχικό πόνο<sup>51</sup>, όπως άλλωστε συμβαίνει με τις περισσότερες σοβαρές εγκληματικές ενέργειες<sup>52</sup>. Αυτό που διαφοροποιεί το υπό ανάλυση φαινόμενο από άλλες εγκληματικές πράξεις είναι η επιπρόσθετη αβεβαιότητα και μη οριστικότητα του «μαρτυρίου» που υφίσταται το θύμα. Έτσι, το θύμα δεν γνωρίζει ποιος είναι ο δράστης, πώς θα εξελιχθεί η συμπεριφορά του και πότε θα λάβει τέλος, δεδομένου ότι ακόμα κι αν μάθει την ταυτότητα του δράστη, αντιλαμβάνεται ταυτόχρονα ότι δεν μπορεί να εμποδίσει την δραστηριότητα του τελευταίου<sup>53</sup>.

Σύμφωνα με σχετική μελέτη η πλειονότητα των θυμάτων stalking εμφάνισαν σημαντικά συμπτώματα άγχους, εφιάλτες, ψυχολογικά επίπονες αναμνήσεις, ανορεξία και καταθλιπτική διάθεση<sup>54</sup>, ενώ σύμφωνα με άλλη μελέτη η πλειονότητα επίσης των θυμάτων εμφανίζει τουλάχιστον μία αναγνωρισμένη ψυχιατρική πάθηση<sup>55</sup>. Κατά την ίδια μελέτη μάλιστα τα ποσοστά εμφάνισης σωματικών συμπτωμάτων, άγχους, κοινωνικής δυσλειτουργίας και κατάθλιψης είναι συγκρίσιμα με αυτά που εμφανίζουν κλινικά πάσχοντες ασθενείς. Σε κλινικό επίπεδο οι συνηθέστερες παθήσεις που εμφανίζει το θύμα είναι διαταραχές άγχους, καταθλιπτικές διαταραχές και διαταραχή μετατραυματικού άγχους<sup>56</sup>. Περαιτέρω, σε κοινωνικό επίπεδο το θύμα γίνεται ιδιαίτερα επιφυλακτικό και ανήσυχος, περιορίζεται η δυνατότητά του να μετακινείται και να ταξιδεύει σε δημόσιους χώρους, μειώνονται οι δυνατότητες εύρεσης εργασίας και κοινωνικοποίησης, ενώ επιδεινώνονται και οι τυχόν υφιστάμενες ψυχολογικές αδυναμίες<sup>57</sup>.

47. E. E. Spence-Almaguer, Stalking and Technology: The Double-Edged Sword, *Journal of Technology in Human Services*, 22 2003, σ. 10.

48. B.H. Spitzberg, W.R. Cupach, ό.π.

49. B.H. Spitzberg, W.R. Cupach, ό.π.

50. B.H. Spitzberg, W.R. Cupach, ό.π.

51. Βλ. T.K. Logan, R. Walker, Partner Stalking: Psychological Dominance or "Business as Usual"? *Trauma Violence Abuse* 10 2009, σ. 247, 252, με περαιτέρω παραπομπή σε βιβλιογραφία.

52. L. Miller, ό.π., σ. 501.

53. L. Miller, ό.π., σ. 502.

54. Βλ. M. Pathé, P. Mullen, The impact of stalking on their victims, *British Journal of Psychiatry* 170 1997, σ. 12-17.

55. Βλ. Blaauw, E., Winkel, F., Arensman, E., Sheridan, L., & Freeve, A., The toll of stalking: The relationship between features of stalking and psychopathology of victims, *Journal of Interpersonal Violence* 17 2002, σ. 50 επ.

56. L. Miller, ό.π., σ. 502.

57. L. Miller, ό.π., σ. 502.

38. L. Sheridan, G. M. Davies and J. C. W. Boon, ό.π., σ. 157.

39. L. Sheridan, G. M. Davies and J. C. W. Boon, ό.π.

40. L. Sheridan, G. M. Davies and J. C. W. Boon, ό.π., σ. 158.

41. B.H. Spitzberg, W.R. Cupach, ό.π.

42. L. Miller, ό.π., σ. 501.

43. B.H. Spitzberg, W.R. Cupach, ό.π.

44. L. Miller, ό.π., σ. 498.

45. L. Miller, ό.π., σ. 498.

46. B.H. Spitzberg, W.R. Cupach, ό.π.

Τα αποτελέσματα του stalking στο θύμα έχουν συνολικά κατηγοριοποιηθεί σε διάφορες ομάδες<sup>58</sup>. Στην πρώτη ομάδα υπάγονται οι γενικότερες συναισθηματικές και ψυχολογικές συνέπειες που επηρεάζουν και δυσχεραίνουν την καθημερινότητα του θύματος. Στην δεύτερη ομάδα, της «συναισθηματικής υγείας», υπάγονται συγκεκριμένες συναισθηματικές καταστάσεις που προκαλούνται στο θύμα, όπως λ.χ. θυμός, άγχος, φόβος, κατάθλιψη. Η τρίτη ομάδα, της «κοινωνικής υγείας», αναφέρεται στις συνέπειες που έχει το stalking στις διαπροσωπικές σχέσεις του θύματος με την οικογένεια, τους φίλους και τους συναδέλφους του. Στην ομάδα της «διανοητικής υγείας» εντάσσονται συνέπειες όπως σύγχυση, έλλειψη εμπιστοσύνης, καχυποψία, χαμηλή αυτοεκτίμηση, αυτοκτονικός ιδεασμός κ.λπ. Τέλος, στην ομάδα της σωματικής υγείας εντάσσονται διάφορες εξαρτήσεις, διαταραχές όρεξης ή ύπνου, καθώς και γενικότερες αλλαγές στον τρόπο ζωής του θύματος.

## Γ. Το έγκλημα του άρθρου 333 παρ. 1 εδ. β' ΠΚ

### Γ.1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

#### Γ.1.1. Η προσθήκη του εδαφίου β' στην παράγραφο 1 του άρθρου 333 ΠΚ

Με το άρθρο 2 παρ. 4 Ν. 4531/2018<sup>59</sup> προστέθηκε δεύτερο εδάφιο στην πρώτη παράγραφο του άρθρου 333 ΠΚ (Απειλή). Θεσπίστηκε ένα νέο αδίκημα –άνευ τίτλου– με το οποίο ο νομοθέτης επιδιώκει την ποινικοποίηση συγκεκριμένων πράξεων που εντάσσονται στο φαινόμενο του stalking<sup>60</sup>. Η νέα αυτή διάταξη εισήχθη σε συμμόρφωση με το άρθρο 34 της Σύμβασης του Συμβουλίου της Ευρώπης για την Πρόληψη και την Καταπολέμηση της Βίας κατά των γυναικών και της Ενδοοικογενειακής Βίας. Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση πρόκειται για μια επίμονη συμπεριφορά καταδίωξης ή παρακολούθησης, με την οποία η επέμβαση στην ιδιωτική σφαίρα του θύματος είναι ιδιαίτερα επαχθής<sup>61</sup>, ορισμός ο οποίος είναι ελλιπής, διότι δεν συλλαμβάνει τα βασικά χαρακτηριστικά της εν λόγω συμπεριφοράς.

#### Γ.1.2. Η διάκριση από το αδίκημα της απειλής

Σύμφωνα με την ίδια αιτιολογική έκθεση φαίνεται ότι ο νομοθέτης αντιμετωπίζει το stalking ως υποκατηγορία του αδικήματος της απειλής, ανάγοντας σε ειδοποιό διαφορά μεταξύ των δύο αδικημάτων την απειλή βίας ή άλλης παράνομης πράξης ή παράλειψης, η χρήση της οποίας ως μέσο τέλεσης του εγκλήματος οριοθετεί το πρώτο εδάφιο του άρθρου 333 ΠΚ σε σχέση με το δεύτερο<sup>62</sup>. Η προσέγγιση αυτή δεν είναι ορθή, κείται δε εκτός της εμπειρικής πραγματικότητας, όπως αναλύθηκε συνοπτικά παραπάνω, κατά την οποία το stalking συνιστά ένα ιδιαίτερο φαινόμενο και μια αυτοτελή μορφή εγκληματικής συμπεριφοράς, ποιοτικώς διάφορη από τις επιμέρους πράξεις που την αποτελούν και από άλλες συναφείς εγκληματικές πράξεις. Έτσι, ενώ σε εννοιολογικό και εμπειρικό επίπεδο υπάρχει μεταξύ τους σχέση υπαλληλίας, καθόσον οι μορφές εκδήλωσης του stalking μπορεί υπό προϋποθέσεις να περιλαμβάνουν και την

εξαγγελία απειλών<sup>63</sup>, σε κανονιστικό επίπεδο θεσπίζεται σχέση αλληλοαποκλεισμού.

### Γ.2. Νομικό αντικείμενο προστασίας

Τίθεται περαιτέρω το ερώτημα περί του προστατευόμενου εννόμου αγαθού. Εκκινώντας από την συστηματική κατάσταση του αδικήματος στον Ποινικό Κώδικα, διαπιστώνουμε ότι εντάσσεται στο 18° κεφάλαιο του Ειδικού Μέρους αυτού, περί εγκλημάτων κατά της προσωπικής ελευθερίας<sup>64</sup>. Ωστόσο, η προστασία της προσωπικής ελευθερίας ως εννόμου αγαθού δεν περιλαμβάνει κάθε πτυχή των ελευθεριών του ατόμου. Πρόκειται άλλωστε για ένα έννομο αγαθό «ενδοκοινωνικό» (intrasozial), το οποίο αποκτά νόημα μόνο στο κοινωνικό πλαίσιο και στο πεδίο εντάσεων αντιτιθέμενων συμφερόντων, ως εκ τούτου δε η προστασία του είναι πάντα σχετική έναντι συγκεκριμένων μορφών προσβολής<sup>65</sup>.

Στην προκειμένη περίπτωση έχει υποστηριχθεί ότι προστατεύεται η ελευθερία διαμόρφωσης της βούλησης του ατόμου και πραγμάτωσης αυτής στο πλαίσιο της προσωπικής του ζωής<sup>66</sup>, ή, κατ' άλλη διατύπωση, η ελεύθερη διαμόρφωση του τρόπου διαβίωσης<sup>67</sup>. Σύμφωνα με άλλη παρεμφερή άποψη προστατεύεται η απαλλαγμένη φόβου ζωή<sup>68</sup> ή η ατομική ειρήνη, η οποία προσβάλλεται ακριβώς από τον περιορισμό της ελευθερίας ενέργειας και βούλησης που προκαλεί η πρόκληση φόβου και αγωνίας<sup>69</sup>. Λόγω μάλιστα της «γεινιάσης» της διάταξης αυτής με την διάταξη της απειλής<sup>70</sup>, θα μπορούσε να προστεθεί ως προστατευόμενη πτυχή της προσωπικής ελευθερίας η εμπιστοσύνη του ατόμου στην ασφάλεια που του παρέχει το δίκαιο απέναντι στις πράξεις που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση διάταξη<sup>71</sup>. Κατ' άλλη συναφή άποψη προστατεύεται η ασφάλεια και η ελευθερία του ατόμου κατά την διαμόρφωση του βίου του απέναντι σε διαρκείς προσβολές που επιβαρύνουν την απόλαυσή του<sup>72</sup>.

63. B.H. Spitzberg, W.R. Cupach, όπ.π.

64. Ομοίως όσον αφορά στα άρθρα 238 και 107α του γερμανικού και αυστριακού ΠΚ αντιστοίχως. Για τον ορισμό της προσωπικής ελευθερίας βλ. ενδεικτικά Χωραφά, Ελληνικών Ποινικών Δίκαιον, τ. Β', εγκλήματα κατά του ατόμου, 1945, σ. 54, όπου προσδιορίζεται ως «η εξουσία του ανθρώπου να πράττει ή να μην πράττει εντός των ορίων των νόμων εκείνο το οποίο αυτός μόνος αποφασίζει», Τούση-Γεωργίου, Ποινικός Κώδικς, ημτ. Β', 1967, σ. 828, όπου αναφέρεται ως «η ευχέρεια του ατόμου να προσδιορίζει τούτο τις φυσικές και πνευματικές του κινήσεις και τη θέση του χωρίς να παρεμβάλλεται κάποιο κώλυμα ή πίεση», Γάφου, Ποινικών Δίκαιον, Ειδικό Μέρος, τευχ. Δ', 1963, σ. 9, όπου πρόκειται για «τον ανεμπόδιο σχηματισμό της βούλησεως του ατόμου και την ακώλυτη πραγματοποίησή της», Στάικου, Επίτομος Ερμηνεία Ελληνικού Ποινικού Κώδικος, τ. Γ', Ειδικόν Μέρος, 1961, σ. 365, σύμφωνα με τον οποίο προσωπική ελευθερία είναι «η ελεύθερη στο χώρο κίνηση και ενέργεια του ατόμου και η διάθεση των φυσικών και πνευματικών αυτού δυνάμεων κατά την ιδίαν αυτού ελεύθερη βούληση».

65. Βλ. Krüger, Stalking als Straftatbestand, 2007, σ. 86.

66. Έτσι, η άποψη του Γερμανού νομοθέτη, BT-Drs, 16/575, σ. 7 (αιτιολογική έκθεση του νόμου για την τροποποίηση του άρθρου 238 ΓερμΠΚ).

67. Smischek, Stalking – Eine strafrechtswissenschaftliche Untersuchung, σ. 284, Valerius, Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung, JuS 2007, σ. 321, Mitgutsch, Strafrechtliche Aspekte des „Anti-Stalking-Pakets“ 2006, RZ 2006, σ. 186.

68. Köhl, Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, σ. 3.

69. Meyer, όπ.π., σ. 284.

70. Βλ. BT-Drs, 16/575, σ. 7.

71. Πρβλ. Eser/Eisele, σε: Schönke-Schröder, 29<sup>η</sup> έκδ. 2014, § 241, πλγρ. 2.

72. Roxin, Der Stalking – Tatbestand, Zur Frage seiner Berechtigung und Auslegung, GA 2020, σ. 465.

58. Βλ. B.H. Spitzberg, W.R. Cupach, The state of the art of stalking: Taking stock of the emerging literature, Aggression and Violent Behavior 12 2007, σ. 74.

59. ΦΕΚ Α 62/5.4.2018.

60. Βλ. αιτιολογική έκθεση στο σχέδιο νόμου «Ι) Κύρωση της Σύμβασης του Συμβουλίου της Ευρώπης για την Πρόληψη και την Καταπολέμηση της Βίας κατά των γυναικών και της Ενδοοικογενειακής Βίας και προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας...», σ. 3.

61. Αιτιολογική έκθεση, όπ.π., σ. 3.

62. Αιτιολογική έκθεση, όπ.π.



Ο νομοθέτης, παρά την ένταξη της διάταξης στο κεφάλαιο των εγκλημάτων κατά της προσωπικής ελευθερίας, φαίνεται ότι εντοπίζει το αντικείμενο προστασίας στην ιδιωτική σφαίρα του ατόμου<sup>73</sup>. Πράγματι, μέσω του *stalking* θίγεται η ιδιωτικότητα του ατόμου, όχι μόνο με πράξεις που καθ' εαυτές προσβάλλουν ευθέως την ιδιωτικότητα, αλλά κυρίως με την διείσδυση του δράστη και την προσπάθεια κυριάρχησής στην ιδιωτική ζωή του θύματος, όπως αυτή εκδηλώνεται με την συνολική εγκληματική του συμπεριφορά<sup>74</sup>. Ωστόσο, η ιδιωτικότητα του ατόμου συνδέεται στενά με την προσωπική ελευθερία, καθόσον η προσωπική ελευθερία περιλαμβάνει τόσο την γενικότερη αυτονομία του ατόμου όσο και την πληροφορική –και όχι μόνο– αυτοδιάθεση<sup>75</sup>. Έτσι, μέσω της παρείσφρησης του δράστη στην ιδιωτική ζωή του θύματος, της επιβολής της παρουσίας του και της έμμεσης, ψυχικής επιρροής επί των ενεργειών και αποφάσεών του, διαταράσσεται η ομαλότητα, η ηρεμία, και εν τέλει η αυτονομία του θύματος ως προς την ελεύθερη διαμόρφωση της ζωής του, με αποτέλεσμα την προσβολή της σφαίρας προσωπικής ελευθερίας του<sup>76</sup>. Αντιθέτως δεν οδηγεί πάντοτε και εξ ορισμού σε παραβίαση συγκεκριμένων πτυχών της ιδιωτικότητας, όπως αυτές που προβλέπονται στις διατάξεις λ.χ. για το απόρρητο της επικοινωνίας, γεγονός που προκύπτει και από την διάρθρωση της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος.

Εκτός αυτών, το *stalking* προκαλεί σοβαρότατες επιπτώσεις στην συναισθηματική και ψυχική υγεία του θύματος, όπως προαναφέρθηκε, ιδίως διά της μακράς περιόδου σωρευτικής και εντατικής ψυχολογικής πίεσης που υφίσταται το τελευταίο. Η παραδοχή αυτή οδήγησε στην άποψη ότι το εν λόγω έγκλημα διαταράσσει την ψυχική υγεία του θύματος<sup>77</sup>, η οποία ανάγεται έμμεσα σε προστατευόμενο έννομο αγαθό<sup>78</sup>. Ωστόσο, η αναγωγή της ψυχικής υγείας ή ακεραιότητας σε αυτοτελές ή συμπροστατευόμενο έννομο αγαθό, μολονότι αναγνωρίζεται η σημασία της *de lege ferenda*<sup>79</sup>, *de lege lata* έρχεται αντιμέτωπη με σοβαρή κριτική<sup>80</sup>. Σημειωτέον ότι παρ' ημίν η ψυχική υγεία αναγνωρίζεται έμμεσα ως άξια ποινικής προστασίας στο πλαίσιο του εννόμου αγαθού της υγείας, δεδομένου ότι γίνεται παντάσχι δεκτό ότι η «βλάβη της υγείας» μπορεί να είναι είτε σωματική είτε ψυχική<sup>81</sup>. Άλλωστε ρητή μνεία του συναφούς όρου της «ψυχικής βλάβης» γίνεται στα άρθρα 137Α παρ. 5 και 312 ΠΚ.

Τελικώς, για την ανεύρεση του προστατευόμενου εννόμου αγαθού κρίσιμη είναι η ίδια η ειδική υπόσταση του εγκλήματος, δεδομένου ότι διά της διαμόρφωσής της καταδεικνύεται η κατεύθυνση της εγκληματικής προσβολής και συνεπώς, εξ αντανάκλασής, το νομικό αντικείμενο που προστατεύει αφηρημένα ο ποινικός νόμος. Αντικείμενο της υπό ανάλυση διάταξης είναι κυρίως συμπεριφορές, οι οποίες κατά κανόνα δεν

είναι παράνομες, σωρευτικά όμως, όπως θα εκθέσουμε στην συνέχεια, περιορίζουν την ελευθερία του ατόμου ως προς την διαμόρφωση του ιδιωτικού του βίου, με την έννοια ότι έμμεσα και κυρίως διά του ψυχολογικού εξαναγκασμού που επιτυγχάνεται με την πρόκληση συναισθημάτων τρόμου ή ανησυχίας, το άτομο στερείται της αυτονομίας του και της αυτοδιάθεσής του στον τομέα της προσωπικής ζωής. Ο περιορισμός αυτός της ελευθερίας του ατόμου αποτελεί ειδικότερη έκφανση της προσωπικής ελευθερίας, η οποία αποτελεί και το βασικό βλαπόμενο έννομο αγαθό. Πέραν αυτού, όμως, βασικό εγκληματικό μέγεθος αποτελεί και ο προκαλούμενος στο θύμα τρόμος ή ανησυχία. Ο τρόμος και η ανησυχία συνιστούν συναισθήματα που σχετίζονται με την μείωση του αισθήματος ασφάλειας του θύματος. Γι' αυτό και στο αδίκημα της απειλής, όπου συναντώνται, συνδέονται με έτερη έκφανση της προσωπικής ελευθερίας, την προσβολή του αισθήματος δικαίου του προσώπου και την εμπιστοσύνη στην εξακολούθησή του<sup>82</sup>. Συνιστούν όμως ταυτόχρονα και όρους εκδήλωσης σοβαρότερων ψυχικών και σωματικών διαταραχών, επηρεάζοντας ευθέως τον τρόπο ζωής και την υγεία του θύματος<sup>83</sup>. Έτσι, ο τρόμος και η ανησυχία δεν αποτελούν όρο διατάραξης της υγείας, ούτε θέτουν σε κάθε περίπτωση την υγεία σε συγκεκριμένο κίνδυνο. Αποτελούν, όμως, όρο δυνητικής διακινδύνευσης του εννόμου αγαθού της υγείας. Κατά τούτο νομικό αντικείμενο προστασίας συνιστά τόσο η προσωπική ελευθερία όσο και η ψυχική υγεία του θύματος.

Επιπλέον, δεν πρέπει να παραβλέπεται ότι πρόκειται για μια πολυσύνθετη συμπεριφορά, που μπορεί να απαρτίζεται τόσο από πράξεις, οι οποίες αυτοτελώς δεν είναι, κατ' αρχήν, αξιόποινες, όσο και από αξιόποινες πράξεις, οι οποίες μπορεί να πλήττουν διαφορετικά έννομα αγαθά (λ.χ. διατάραξη της οικιακής ειρήνης, φθορά ξένης ιδιοκτησίας, σωματικές βλάβες, απόπειρα ανθρωποκτονίας, παραβίαση προσωπικών δεδομένων). Αυτό αποτυπώνεται σε επίπεδο νομοθετικής τυποποίησης του αδικήματος με τα στοιχεία της «καταδίωξης» ή «παρακολούθησης», που αποτελούν και τους αξιόποινους τρόπους συμπεριφοράς, για την στοιχειοθέτηση των οποίων, όπως θα αναφερθεί παρακάτω, μπορεί να ληφθούν υπόψη και συμπεριφορές που στρέφονται ενάντια σε άλλα έννομα αγαθά. Στην περίπτωση αυτή υποστηρίζεται ότι συμπροσβαλλόμενα έννομα αγαθά είναι και όσα προσβάλλονται από τις επιμέρους αξιόποινες πράξεις, οι οποίες αποτελούν τον τρόπο τέλεσης του *stalking*, όπως λ.χ., η ιδιοκτησία, η υγεία, η ζωή, ο ιδιωτικός βίος<sup>84</sup>. Ωστόσο, η ποινική κύρωση της διάταξης, βάσει της οποίας κατατάσσεται το έγκλημα σε ελαφρύ πλημμέλημα, φανερώνει ότι δεν έχει συνυπολογιστεί η απαξία των αξιόποινων συμπεριφορών που αποτελούν σε ορισμένες περιπτώσεις τον τρόπο τέλεσης του εγκλήματος. Επομένως η συρροή της υπό κρίση διάταξης με άλλες ποινικές διατάξεις, στην παραπάνω περίπτωση, θα είναι κατά κανόνα αληθινή, όχι μόνο λόγω της ετερότητας των εννόμων αγαθών αλλά και λόγω της μη πρόσκρουσης στην αρχή της απαγόρευσης της διπλής απαξιολόγησης, η οποία αποτελεί την δικαιολογητική βάση της φαινομένης συρροής.

### Γ.3. Τα στοιχεία του εγκλήματος

#### Γ.3.1. Υποκείμενο του εγκλήματος

Πρόκειται για «κοινό» έγκλημα, διότι, του νόμου μη διακρίνοντος, υποκείμενο του εγκλήματος μπορεί να είναι οποιοσδήποτε, ακόμα και ο σύντροφος ή ο σύζυγος του θύματος. Ωστό-

73. Βλ. αιτιολογική έκθεση, ό.π., σ. 3. Έτσι, έμμεσα και Γαλανού, ό.π.

74. Βλ. Κατσογιάννου, ό.π., σ. 1449 επ., 1476 επ.

75. Βλ. Κατσογιάννου, ό.π., σ. 1452.

76. Κατσογιάννου, ό.π., σ. 1452, 1476, Neubacher/Seher, Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ 238 StGB), JZ 21 2007, σ. 1030.

77. Βλ. Gazeas, Der Stalking-Straftatbestand (Nachstellung), 238 StGB, JR 2007, σ. 498, Mitsch, Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch, NJW 2007, σ. 1237.

78. Βλ. Kai Valerius, ό.π., σ. 320, Steinberg, JZ 2006, σ. 31.

79. Βλ. αναλυτικά Bloy, FS-Eser, σ. 233 επ.

80. Βλ. Smischek, ό.π., σ. 286, Krüger, ό.π., σ. 90 επ.

81. Ανδρουλάκης, Ποινικών Δίκαιον, Ειδικών Μέρους, σ. 126 επ., Γάφρος, Ποινικών Δίκαιον, Ειδικών Μέρους, τομ. Δ', σ. 97, Μαργαρίτης, ό.π., σ. 161-162, Μπουρόπουλος, ΕρμΠΚ Β' τ. 1960, σ. 504, Φαρσεδάκης-Σατλάνης, Ειδικό Μέρος ΠΚ, σ. 829, Στάικος, Επίτομος Ερμ. Ελλ. ΠΚ, Γ' τ., σ. 281, Κονταξής, ΠΚ 2000, σ. 2575, Φιλίππιδης, Μαθήματα Ποινικού Δικαίου ΕΜ Β' τ., σ. 179, Συμεωνίδου-Καστανίδου, Εγκλήματα κατά προσωπικών αγαθών 3<sup>η</sup> έκδοση, σ. 125, Μπέκας, Η προστασία της ζωής και της υγείας στον Ποινικό Κώδικα, 2004, σ. 34.

82. Χαλαμπακίτης, ΠΚ – Ερμηνεία κατ' άρθρο, τ. Β', 2011., σ. 1365, Μαργαρίτης Μ., ΠΚ – Ερμηνεία-Εφαρμογή, 2009, σ. 900 επ.

83. L. Timulak, Transforming Emotional Pain in Psychotherapy, Routledge 2015, σ. 12.

84. Βασιλειάδης Σ., Το αδίκημα του *stalking* και η ανάγκη θεσμοθέτησής του στο ποινικό δικαίό μας σύστημα, Πραξ/Λογ/Ποιν/Δικ 2005, σ. 501 επ.



σο, οι παραπάνω ιδιότητες έχουν ουσιαστική νομική σημασία, υπό την έννοια ότι, στο πλαίσιο αξιολόγησης της συμπεριφοράς σε σχέση με την αρχή της κοινωνικής προσφορότητας, η ίδια συμπεριφορά μπορεί να θεωρηθεί αξιόποινη όταν εκδηλώνεται από ένα άγνωστο πρόσωπο, ενώ μη αξιόποινη όταν εκδηλώνεται από τον συντρόφο του θύματος. Έτσι, η φυσική ή ηλεκτρονική παρακολούθηση του ενός συντρόφου από τον άλλο για περιορισμένο χρονικό διάστημα, λόγω π.χ. μιας κρίσης ζήλειας, δυσχερώς θα θεωρείται ότι υπερβαίνει τα όρια της κοινωνικής προσφορότητας, ενώ η ίδια πράξη από κάποιον τρίτο θα ήταν άνευ ετέρου αξιόποινη.

### Γ.3.2. Εγκληματική συμπεριφορά

#### i. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Η εγκληματική συμπεριφορά συνίσταται στην «επίμονη καταδίωξη ή παρακολούθηση» του θύματος, η οποία προκαλεί τρόμο ή ανησυχία στο τελευταίο. Για την πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος τίθεται κατ' αρχάς μια αρνητική προϋπόθεση, ότι η πρόκληση τρόμου ή ανησυχίας δεν έγινε με την απειλή βίας ή άλλης παράνομης πράξης ή παράλειψης. Αυτό ακριβώς το στοιχείο θέτει το έγκλημα της απειλής σε σχέση αλληλοαποκλεισμού με το υπό κρίση έγκλημα. Στην υπό κρίση διάταξη αναφέρεται ότι το έγκλημα τελείται με την επίμονη καταδίωξη ή παρακολούθησή του θύματος, *όπως ιδίως με την επιδίωξη διαρκούς επαφής*, η οποία μπορεί να τελεστεί μέσω τηλεπικοινωνιακού ή ηλεκτρονικού μέσου ή με επανειλημμένες επισκέψεις στο οικογενειακό, κοινωνικό ή εργασιακό περιβάλλον του θύματος. Η αναφορά στην «επιδίωξη διαρκούς επαφής» είναι ενδεικτική, αποτελεί δηλαδή ένα μόνο από τους τύπους συμπεριφορών που μπορούν να υπαχθούν στις έννοιες «καταδίωξη» ή «παρακολούθηση». Αποτελεί δηλαδή ενδεικτική συγκεκριμενοποίηση των βασικών τρόπων τέλεσης του εγκλήματος μέσω παραδειγμάτων<sup>85</sup>. Δεν αποτελεί όμως τρίτο αυτοτελή τρόπο τέλεσής του, καθότι η περιγραφόμενη συμπεριφορά υπάγεται ήδη στην έννοια της «καταδίωξης» ή «παρακολούθησης». Δηλαδή η κανονιστική εμβέλεια της περιγραφόμενης ενδεικτικής του stalking συμπεριφοράς καλύπτεται ήδη από την κανονιστική εμβέλεια της «καταδίωξης» ή «παρακολούθησης».

Η σημασία της νομοτεχνικής αυτής επιλογής, η οποία δεν μπορεί να θεωρηθεί άρτια, εντοπίζεται στην ερμηνευτική οδγή για που έμμεσα απευθύνει. Δηλαδή, μέσω της ως άνω ενδεικτικά αναφερόμενης περίπτωσης stalking υποδεικνύονται τρία ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των υπαγόμενων στην διάταξη συμπεριφορών: α) Ο διαρκής χαρακτήρας της συνολικής εγκληματικής συμπεριφοράς και η επανάληψη των μερικότερων πράξεων που συναποτελούν την συμπεριφορά αυτή, β) η συμπερίληψη συνηθισμένων πράξεων της καθημερινής ζωής οι οποίες συνήθως δεν αντίκεινται στην έννομη τάξη, και γ) η προσφορότητα των συμπεριφορών αυτών να προσβάλλουν την εν ευρεία εννοία ιδιωτική ή προσωπική σφαίρα του ατόμου.

#### ii. Καταδίωξη ή παρακολούθηση

##### α) Καταδίωξη

Όπως ήδη αναφέρθηκε, η τυποποιούμενη συμπεριφορά είναι η επίμονη καταδίωξη ή η παρακολούθηση του θύματος. Η έννοια της «καταδίωξης και –λιγότερο– της «παρακολούθησης», είναι εν πολλοίς αόριστη και χωρίς προφανή εννοιολογικό πυρήνα περιεχομένου. Τίθεται, λοιπόν, το ερώτημα περί του περιεχομένου του πρωτεύοντα κανόνα που απαγορεύει την καταδίωξη άλλου προσώπου. Μια πρώτη απάντηση θα ήταν

ότι περιλαμβάνει την απαγόρευση συμπεριφορών που προκαλούν το ίδιο το αποτέλεσμα της καταδίωξης<sup>86</sup>, δηλαδή εν προκειμένω τον τρόμο ή την ανησυχία. Η λύση αυτή όμως έρχεται αντιμέτωπη με την δυσκολία περαιτέρω προσδιορισμού των πράξεων από τις οποίες θα προέκυπτε αναγκαία το εγκληματικό αποτέλεσμα<sup>87</sup>. Η δυσκολία αυτή οδήγησε στην διατύπωση της άποψης ότι η έννοια της «καταδίωξης» αποτελεί μόνον ένα κενό περιεχομένου ενδείκτη των ειδικότερων συμπεριφορών που τυποποιούνται στην διάταξη, ο οποίος δεν έχει αυτοτελές εννοιολογικό περιεχόμενο<sup>88</sup>. Η άποψη αυτή δεν μπορεί να γίνει δεκτή, αφενός διότι δεν νοείται στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης κενό περιεχομένου, αφετέρου διότι παρ' ημίν αποτελεί την μία εκ των δύο τυποποιούμενων συμπεριφορών, σε αντίθεση με την διάταξη του γερμΠΚ, όπου τυποποιούνται περισσότερες διακριτές μεταξύ τους συμπεριφορές εντασσόμενες στην ευρύτερη έννοια της καταδίωξης. Τέλος, κατ' άλλη άποψη, ως πληρούσες την αντικειμενική υπόσταση συμπεριφορές θεωρούνται εκείνες, οι οποίες αντίκεινται στον σκοπό της διατάξης και στο εξ αυτού προστατευόμενο έννομο αγαθό<sup>89</sup>. Η άποψη αυτή είναι ορθή στο βαθμό που προκρίνει την τελεολογική ερμηνεία ως μέθοδο ανεύρεσης του νοήματος. Ο σκοπός όμως της διατάξεως δεν μπορεί να αποτελεί το μοναδικό κριτήριο νοηματοδότησης του κανόνα, όχι μόνο διότι θα παραβλέπαμε πλήρως την διατύπωση του νόμου, αλλά κυρίως διότι θα επιτείναμε την αοριστία της διατάξης.

Ως καταδίωξη κατά το κοινό γλωσσικό αισθητήριο που αρμόζει στην παρούσα νοηματική αλληλουχία, νοείται, μεταξύ άλλων, η προσπάθεια που καταβάλλεται από κάποιον να προσεγγίσει κακό σε κάποιον άλλο<sup>90</sup>. Το νομικό αντικείμενο προστασίας εντοπίζεται στην ελευθερία διαμόρφωσης του ιδιωτικού βίου του ατόμου, καθώς και στην αποτροπή πρόκλησης επικίνδυνων για την ψυχική υγεία αυτού συναισθηματικών καταστάσεων. Περαιτέρω από την εμπειρική ανάλυση της συμπεριφοράς, η οποία αποκαλύπτει τον λόγο θέσπισης της διατάξης και τις πράξεις τις οποίες πρέπει να αποτρέπει, προκύπτει συνοπτικά ότι η καταδίωξη συνίσταται στην συστηματική προσπάθεια πρόκλησης βλάβης, οικονομικής, κοινωνικής, προσωπικής κ.λπ. στο θύμα διά της επεμβάσεως κυρίως στην προσωπική ζωή του τελευταίου. Έτσι, παρά την γενικότητα της έννοιας, μπορεί να εξαχθεί ένα ελάχιστο κοινό χαρακτηριστικό που πρέπει να διαθέτει μια συμπεριφορά προκειμένου να υπαχθεί σε αυτήν. Θα πρέπει η εν δυνάμει συμπεριφορά «καταδίωξης» να στρέφεται κατά προσωπικών –υπό ευρεία έννοια– εννόμων αγαθών του θύματος. Θα μπορούσε, μάλιστα, να παραλληλιστεί με την προσβολή προσωπικότητας κατ' άρθρο 57 ΑΚ, υπό την έννοια ότι συνιστά προσβολή εννόμων αγαθών που απαρτίζουν την υπόσταση ή ουσία του προσώπου, ή την σωματική, ψυχική και κοινωνική του ατομικότητα<sup>91</sup>. Έτσι, η υπό κρίση συμπεριφορά μπορεί να συνιστά προσβολή των αγαθών της ζωής, της υγείας, της σωματικής ακεραιότητας, της προσωπικής ελευθερίας, της τιμής, της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής, της εργασίας, του ψυχικού και συναισθηματικού κόσμου κ.ά.<sup>92</sup>, υπό την περαιτέρω προϋπόθεση ότι από τον τρόπο εκδήλωσής της συνιστά άμεση ή έμμεση επέμβαση στο πεδίο του ιδιωτικού βίου του ατόμου, ως εκ τούτου στην ελεύθερη διαμόρφωση αυτού<sup>93</sup>, και

86. Βλ. Rackow, *όπ.π.*, σ. 562.

87. Rackow, *όπ.π.*

88. Βλ. Lackner/Kühl, StGB 26<sup>n</sup> έκδ. 2007, § 238 πλγρ. 3.

89. Roxin, *όπ.π.*, σ. 467.

90. Βλ. Μπαμπινιώτη, Λεξικό της νέας ελληνικής γλώσσας, 1998, υπό το λήμμα: καταδίωξη, περ. 2.

91. Βλ. Γεωργιάδη, Γεν. Αρχ., εκδ. 1996, σ. 86, Σούρλα, ΕρμΑΚ, άρ. 57-60, πλγρ 40, ενδ. ΑΠ 69/2013, ΤΝΠ ΔΣΑ.

92. Πρβλ. Μ. Μαργαρίτη – Α. Μαργαρίτη, Επ.ΕρμΑΚ, 2016, σ. 48-49, ΟΛΑΠ 812/1980, ΝοΒ 1981, σ. 79.

93. Βλ. Mosbacher, *όπ.π.*, σ. 666, Wolters σε: SK-StGB § 238 πλγρ. 7, BT-Drs, 16/575, σ. 7, BGH 54, 193.

85. Πρβλ. Roxin, *όπ.π.*, σ. 466.

είναι πρόσφορη αντικειμενικά να προκαλέσει τρόμο ή ανησυχία. Τα δύο τελευταία στοιχεία αφορούν όχι μόνον την στοιχειοθέτηση της «καταδίωξης», αλλά και της «παρακολούθησης». Η αοριστία της διάταξης περιορίζεται έτι περαιτέρω από τα λοιπά στοιχεία της αντικειμενικής υπόστασης, κατά την οποία απαιτείται η καταδίωξη να είναι επίμονη, ενάντια στη βούληση του θύματος κ.λπ., όπως αναλύονται κατωτέρω.

Συμπερασματικά, ως «καταδίωξη» θα μπορούσε να οριστεί η διαρκής ή επαναλαμβανόμενη, ενάντια στη βούληση του ατόμου προσβολή των αγαθών που συναπαρτίζουν την προσωπικότητά του, διά της επεμβάσεως στο πεδίο του ιδιωτικού βίου, η οποία είναι πρόσφορη αντικειμενικά να προκαλέσει τρόμο ή ανησυχία. Στην προκειμένη περίπτωση θα υπάγονται συνήθως συμπεριφορές, όπως λ.χ. διάδοση ψευδών γεγονότων, καταγγελία παραπτώματος του θύματος σε δημόσιες ελεγκτικές αρχές, στον εργοδότη κ.λπ., κλοπή αντικειμένων, αποστολή κακόβουλου λογισμικού, φθορά ιδιοκτησίας, παραβίαση απορρήτων κ.ά.<sup>94</sup>, εφόσον λαμβάνουν χώρα υπό τις παρακάτω ειδικότερες προϋποθέσεις της διάταξης.

Ως νομολογιακά παραδείγματα περιπτώσεων stalking, οι οποίες παρ' ημίν θα μπορούσαν να υπαχθούν στην έννοια της «καταδίωξης», προσφέρονται τα εξής: Η επανειλημμένη γραπτή και τηλεφωνική ενημέρωση του εργοδότη του θύματος για κάποια παράνομη συμπεριφορά του τελευταίου, δεδομένου ότι δημιουργήθηκε στο θύμα φόβος απώλειας της εργασίας του<sup>95</sup>. Η δημοσίευση στο διαδίκτυο βίντεο ερωτικού περιεχομένου του θύματος, με αναγραφή ταυτόχρονα και της διεύθυνσής του, γεγονός που οδήγησε στην οικία του θύματος άνδρες που επιζητούσαν ερωτική συνεύρεση με το θύμα, δεδομένου μάλιστα ότι στο θύμα δημιουργήθηκε φόβος ότι θα υποστεί σεξουαλική επίθεση<sup>96</sup>. Η αποστολή στο κινητό της πρώην συντρόφου απειλητικών και προσβλητικών μηνυμάτων για μεγάλο χρονικό διάστημα, με αποτέλεσμα το θύμα να φοβάται για την ζωή και την ασφάλειά του<sup>97</sup>. Η πραγματοποίηση πάνω από τριακοσίων πενήντα ενοχλητικών τηλεφωνικών κλήσεων<sup>98</sup> κλήσεων με χυδαίο περιεχόμενο. Η για πολλούς μήνες πραγματοποίηση τηλεφωνικών κλήσεων του δράστη στην πρώην σύντροφό του και οι εμφανίσεις του στον χώρο εργασίας και στην οικία της, καθώς και η πυρπόληση του αυτοκινήτου και της οικίας της οικογένειάς της<sup>99</sup>. Η αποστολή μηνυμάτων, η πραγματοποίηση τηλεφωνικών κλήσεων, καθώς και άλλες προσπάθειες επικοινωνίας, μεταξύ των οποίων και απροειδοποίητες επισκέψεις στην οικία του θύματος, κόρης του δράστη<sup>100</sup>.

### β) Παρακολούθηση

Η παρακολούθηση ως τρόπος τέλεσης του stalking βρίσκεται στον πυρήνα του φαινομένου, ως κατεξοχήν τρόπος διεξόδου στην ιδιωτική ζωή του ατόμου και κατάλυσης της αυτονομίας αυτού, ιδίως δε όταν πραγματοποιείται μέσω των δυνατοτήτων της σύγχρονης τεχνολογίας<sup>101</sup>. Ως παρακολούθηση ορίζεται γενικώς η εστιασμένη, συστηματική και καθημερινή καταγραφή δεδομένων της ιδιωτικής ζωής ενός ατόμου, με σκοπό μεταξύ άλλων την άσκηση ελέγχου και επιρροής<sup>102</sup>. Ουσιώδες στοιχείο της υπό κρίση συμπεριφοράς στην παρούσα νοηματική αλληλουχία είναι η επιτήρηση και καταγραφή με οποιοδήποτε τρόπο της δραστηριότητας του θύματος, καθώς

και η λήψη και συγκέντρωση πληροφοριών της δραστηριότητας του τελευταίου<sup>103</sup>. Αυτό μπορεί να γίνει είτε με την φυσική προσέγγιση και παρακολούθηση του θύματος είτε και με την χρήση τεχνολογικών μέσων<sup>104</sup>. Συμπερασματικά, λοιπόν και σε αυτή την περίπτωση ως «παρακολούθηση» θα μπορούσε να οριστεί η διαρκής ή επαναλαμβανόμενη, ενάντια στη βούληση του ατόμου, επιτήρηση ή καταγραφή της δραστηριότητάς του, διά της επεμβάσεως στο πεδίο του ιδιωτικού βίου, η οποία είναι πρόσφορη αντικειμενικά να προκαλέσει τρόμο ή ανησυχία. Πράξεις που θα υπάγονται συνηθέστερα στην παραπάνω έννοια αποτελούν η προσέγγιση του θύματος σε ιδιωτικούς ή δημόσιους χώρους, η χρήση μέσων ηλεκτρονικής παρακολούθησης, η επιδίωξη κοινών δραστηριοτήτων με το θύμα, η συγκέντρωση πληροφοριών κ.ά.<sup>105</sup>.

Ως νομολογιακά παραδείγματα περιπτώσεων stalking, οι οποίες παρ' ημίν θα μπορούσαν να υπαχθούν στην έννοια της «παρακολούθησης», προσφέρονται επίσης τα εξής: Ο δράστης ακολουθούσε για πολλή ώρα το θύμα στον αυτοκινητόδρομο με το αυτοκίνητό του, συνέχισε να την ακολουθεί στο χώρο στάθμευσης όπου εισήλθε, στάθμευσε ακριβώς δίπλα από το αυτοκίνητό της, εμποδίζοντας την απομάκρυνση της, συνέχιζε δε να την κοιτάζει μέχρι που κατέφθασε φιλικό πρόσωπο του θύματος, το οποίο συνόδευσε το θύμα κατά την έξοδο από τον χώρο στάθμευσης<sup>106</sup>. Ο δράστης στάθμευε καθημερινά έξω από την οικία του ιατρού του, ενόσω μάλιστα μία από τις φορές αυτές εθεάθη να οπλοφορεί<sup>107</sup>. Δράστης μεγάλου αναστήματος ακολουθούσε με το ποδήλατό του την παθούσα, την πλησίαζε πολύ κοντά, την κοιτούσε, της χαμογελούσε «πονηρά» σε πολλές διαφορετικές περιπτώσεις<sup>108</sup>. Άλλη περίπτωση stalking που θα υπαγόταν τόσο στην έννοια της παρακολούθησης όσο και της καταδίωξης ήταν εκείνη, κατά την οποία ο δράστης παρακολουθούσε ακατάπαυστα το θύμα, στάθμευε το αυτοκίνητό του σε τέτοιο σημείο, ώστε να είναι ορατός από το θύμα όταν αυτός ανανιζείται, και τέλος, όταν το θύμα τον απέφευγε, ο δράστης διεμήνυε: «πρόσεχε, θα σε πιάσω»<sup>109</sup>.

### γ) Κοινή παρατήρηση

Πρέπει να γίνει δεκτό, τόσο για λόγους αποτελεσματικής προστασίας όσο και για λόγους ευθυγράμμισης με την νομολογία του ΕΔΔΑ, ότι προσβολή της ιδιωτικής σφαίρας του ατόμου αποτελούν και οι ανεπιθύμητες επαφές σε δημόσιο χώρο, δεδομένου ότι η συμπεριφορά είναι επαναλαμβανόμενη ή διαρκής και μπορεί να παρουσιάζει μια ενόχληση πράξεων, των οποίων η συνολική επενέργεια καταλήγει στην προσβολή της ιδιωτικής σφαίρας<sup>110</sup>. Η ερμηνεία αυτή είναι σε αρμονία με την απόφαση του ΕΔΔΑ Caroline von Hannover κατά Γερμανίας, σύμφωνα με την οποία η ιδιωτική σφαίρα του ατόμου δεν εξαντλείται εντός της οικίας, αλλά εκτείνεται και σε δημόσιους χώρους<sup>111</sup>.

Κοινή προϋπόθεση για τον αξιόποιο χαρακτήρα της υπό κρίση συμπεριφοράς, είτε εκδηλώνεται με την μορφή της «καταδίωξης» είτε με την μορφή της «παρακολούθησης» του θύματος, εκτός από τις ως άνω κοινές προϋποθέσεις, δηλαδή ότι ο τρόπος εκδήλωσής της πρέπει να συνιστά άμεση ή έμμεση επέμβαση στο πεδίο του ιδιωτικού βίου του ατόμου και

94. Βλ. B.H. Spitzberg, W.R. Cupach, ό.π., σ. 70.

95. Βλ. Muhammad v. Martel, 2012 U.S. Dist. LEXIS 76445.

96. Βλ. U.S. v. Sayer, 2012 U.S. Dist. LEXIS 67684.

97. Βλ. People v. Crigler, 2011 Cal. App. Unpub. LEXIS 5420.

98. Βλ. Nicholson v. State, 2011 Ind. App. LEXIS 729.

99. Βλ. Singh v. Greene, 2011 U.S. Dist. LEXIS 54417.

100. Βλ. F.L. v. L.A.B., 2011 N.J. Super. Unpub. LEXIS 1821.

101. Βλ. Κατσογιάννου, ό.π., σ. 1442 επ.

102. Βλ. A. Marwick, The public domain: social surveillance in everyday life, Surveillance & Society 9 2012, σ. 378-393, 380.

103. Βλ. Κατσογιάννου, ό.π., σ. 1443-44 και ιδίως υποσ. 38, για την γραμματική ερμηνεία του όρου.

104. Αυτό προκύπτει και από την «ερμηνευτική οδηγία» της διάταξης.

105. Βλ. L. Miller, ό.π., σ. 498, B.H. Spitzberg, W.R. Cupach, ό.π.

106. State v. McCalpin, 85 So.3d 891 (2012).

107. Βλ. State v. Berhardt, 2011 Mo. App. LEXIS 249.

108. Βλ. Abrahams v. Miller, 2011 Cal. App. Unpub. LEXIS 5361.

109. Βλ. People v. Highshaw, 2011 Cal. App. Unpub. LEXIS 3404.

110. Smischek, ό.π., σ. 284.

111. Απόφαση της 7-2-2012, Von Hannover v. Germany (No 2), σκ. 95.

να είναι πρόσφορη αντικειμενικά να προκαλέσει τρόμο ή ανησυχία, αποτελεί η ακόλουθη: Η πράξη του δράστη να γίνεται αντιληπτή από το θύμα. Αυτό υποστηρίζεται με την ορθή σκέψη ότι σε διαφορετική περίπτωση, κατά την οποία το θύμα δεν αντιλαμβάνεται την συμπεριφορά του δράστη, αποκλείεται εκ των προτέρων κάθε επιβαρυντική επενέργεια στο θύμα<sup>112</sup>, με αποτέλεσμα ούτε να περιορίζεται η προσωπική ελευθερία ούτε να τίθεται σε κίνδυνο η ψυχική υγεία του θύματος.

### iii. Επίμονη

Για την πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης δεν αρκεί απλά μια πράξη παρακολούθησης ή καταδίωξης. Θα πρέπει η εκδηλούμενη συμπεριφορά να είναι «επίμονη». Η προϋπόθεση αυτή προέρχεται από την αντίστοιχη διάταξη του γερμΠΚ (238 StGB). Προς τούτο απαιτείται να εκδηλώνεται μια επαναλαμβανόμενη ή διαρκής συμπεριφορά, από το σύνολο της οποίας να εκφράζεται τόσο η επιμονή του δράστη όσο και η ψυχική αδιαφορία του απέναντι στις επιταγές του νόμου και την επιθυμία του θύματος, οι οποίες ενδεικνύουν τον κίνδυνο συνέχισης ή επανάληψης της εκάστοτε συμπεριφοράς<sup>113</sup>. Πρόκειται για μια προϋπόθεση που συμβάλλει στην διάκριση μεταξύ των κοινωνικά πρόσφορων και μη συμπεριφορών, δεδομένου ότι στην αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος υπάγονται μεταξύ άλλων και συμπεριφορές οι οποίες από μόνες τους είναι καθόλα νόμιμες και επιτρεπτές<sup>114</sup>.

Υποστηρίζεται επίσης, ότι η έννοια αυτή αποτελείται από ένα αντικειμενικό στοιχείο, τον χρονικό προσδιορισμό, δηλαδή την διάρκεια ή την επανάληψη της συμπεριφοράς, και ένα υποκειμενικό/κανονιστικό στοιχείο, την εναντίωση της συμπεριφοράς του δράστη στην έννομη τάξη και στην επιθυμία του θύματος αφενός και την πρόθεση επανάληψης της συμπεριφοράς στο μέλλον αφετέρου<sup>115</sup>. Η παραπάνω ερμηνεία δεν μπορεί να γίνει δεκτή παρ' ημίν, διότι η εναντίωση της συμπεριφοράς του δράστη στην έννομη τάξη θα κριθεί στο πλαίσιο του «α-θέμιτου» ή μη χαρακτήρα της συνολικής συμπεριφοράς του, όπως αναφέρεται κατωτέρω, και επιπλέον, η εναντίωση στην βούληση του θύματος τυποποιείται αυτοτελώς ως στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος. Τέλος, η πρόθεση του δράστη επανάληψης της συμπεριφοράς του στο μέλλον δεν προκύπτει ως στοιχείο του εγκλήματος από το γράμμα της διάταξης ούτε από τον σκοπό, αφού άλλωστε, αν ήθελε ο νομοθέτης να συμπεριλάβει στην διάταξη τον παραπάνω σκοπό ως υποκειμενικό στοιχείο του αδικού, θα το είχε πράξει ρητώς<sup>116</sup>. Σημειωτέον δε ότι στην περίπτωση που ο δράστης έπειτα από περισσότερες πράξεις εμμόνου καταδίωξης αποφάσιζε εις το εξής να απέχει από άλλες πράξεις, θα έμμενε ατιμώρητος. Το κριτήριο, δηλαδή, της πρόθεσης επανάληψης θα οδηγούσε πρακτικά σε μια μη νομοθετικά προβλεπόμενη, τρόπον τινά, περίπτωση υπαναχώρησης από τελειωμένο έγκλημα, με αποτέλεσμα η ποινική διάταξη να έχει μόνο προληπτικό χαρακτήρα<sup>117</sup>.

Από την διάρθρωση της νομοτυπικής μορφής του εγκλήματος, προκύπτει ότι το «επίμονο» της καταδίωξης ή παρακολούθησης, αποτελεί στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος, πρόκειται δηλαδή για ιδιότητα που προσδιορίζει την συμπεριφορά και όχι τον δράστη. Η προϋπόθεση

αυτή αποτελεί επιθετικό προσδιορισμό στην βασική συμπεριφορά της καταδίωξης ή παρακολούθησης, η οποία πρέπει να είναι διαρκής ή επανειλημμένης. Επομένως, για την στοιχειοθέτηση της έννοιας αποβλέπουμε στο αντικειμενικό κριτήριο της διάρκειας ή επανάληψης της συμπεριφοράς<sup>118</sup>, όπως άλλωστε προκύπτει και από το ίδιο το γράμμα της διάταξης<sup>119</sup>.

Τίθεται τέλος το ζήτημα πόσες πράξεις πρέπει να επαναληφθούν ή πόση διάρκεια πρέπει να έχουν για να θεωρηθούν επίμονες. Σύμφωνα με την εισηγητική έκθεση της αντίστοιχης διάταξης του γερμΠΚ απαιτούνται τουλάχιστον πέντε πράξεις για να θεωρηθεί η συνολική συμπεριφορά επίμονη<sup>120</sup>, ενώ κατά την νομολογία αρκούν μόλις δύο πράξεις, ακόμα κι αν απέχουν μεταξύ τους χρονικά<sup>121</sup>. Κατ' άλλη άποψη, η βούληση του νομοθέτη μπορεί να χρησιμοποιηθεί μόνο ως κατευθυντήρια οδηγία, με την έννοια ότι κατά κανόνα δεν αρκούν δύο ή τρεις μόνο πράξεις, ιδίως δε όταν αυτές δεν συνιστούν μια συνολική διαρκή συμπεριφορά<sup>122</sup>. Ο επίμονος χαρακτήρας της συμπεριφοράς θα προκύπτει εν τέλει από την συνολική αξιολόγηση των επιμέρους πράξεων, από την χρονική και λειτουργική τους συνάφεια<sup>123</sup>, καθώς και από την βαρύτητα της κάθε επιμέρους πράξης<sup>124</sup>, δηλαδή βάσει ουσιαστικών – αντικειμενικών κριτηρίων και όχι τυπικών – αντικειμενικών, όπως του αριθμού των επιμέρους πράξεων της συνολικής συμπεριφοράς.

### iv. Ενάντια στην εκπεφρασμένη βούληση του θύματος

Για την πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος θα πρέπει η συμπεριφορά του δράστη να αντίκειται στην εκπεφρασμένη βούληση του θύματος. Δεν απαιτείται η αντίθετη βούληση του θύματος να εκφράζεται ρητώς, διότι στην περίπτωση αυτή θα αναιρείτο ο σκοπός προστασίας της διάταξης, που είναι κυρίως η προστασία του θύματος, αφού το θύμα θα ετίθετο σε δυσμενέστερη θέση, καθώς θα έπρεπε να αποδεικνύει σε κάθε περίπτωση ότι αντιτάχθηκε ρητώς στις πράξεις του δράστη. Αρκεί επομένως να έχει καταστεί σαφής η αντίθετη βούληση του θύματος, έστω και συμπερασματικά, έτσι ώστε οι πράξεις του δράστη να λαμβάνουν χώρα άνευ ενθαρρύνσεως εκ μέρους του θύματος<sup>125</sup>.

Από την άλλη πλευρά η ρητή ή συμπερασματικά συναγόμενη συμφωνία του θύματος αποκλείει την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος<sup>126</sup>. Η συμφωνία πρέπει να καλύπτει όχι μόνο την καθ' έκαστη μεμονωμένη συμπεριφορά, αλλά και τον επίμονο χαρακτήρα της. Έτσι, μπορεί να καλύπτει μόνο ορισμένη από τις επιμέρους πράξεις που συνιστούν την συνολική συμπεριφορά<sup>127</sup>, ή μπορεί να καλύπτει μόνο τις πρώτες εκδηλώσεις ορισμένης πράξης αλλά όχι την συνολική συμπεριφορά. Στην περίπτωση αυτή το ζήτημα εάν τελικά πληρούται η αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος ή εάν καλύπτεται από

118. Neubacher, Seher, όπ.π., σ. 1032.

119. «επιδίωξη διαρκούς επαφής μέσω τηλεπικοινωνιακού ή ηλεκτρονικού μέσου ή με επανειλημμένες επισκέψεις στο οικογενειακό, κοινωνικό ή εργασιακό περιβάλλον» (υπογράμμιση του γράφοντος).

120. BT-Drs, 16/575, όπ.π.

121. BGH 54, 200, AG Löbau, StV 2008, σ. 647.

122. Eisele, σε: Schönke/Schröder, όπ.π., § 238 πλγρ. 25.

123. BT-Drs, 16/575, όπ.π., BGH 4 StR 197/16, όπ.π., OLG Zweibrücken, 1 Ss 10/09, NStZ-RR 2010, σ. 145, OLG Celle, 32 Ss 96/11, openJur.

124. Gazeas, Der Stalking Straftatbestand, JR 2007, σ. 502, Valerius, Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB, JuS 2007, σ. 319.

125. Βλ. Μ. Κατσιγιάννου, Η έμμονη διαδικτυακή παρενοχλητική παρακολούθηση ("Cyberstalking"), σε: Τιμητικός Τόμος Ν. Κουράκη Ι, σ. 1475 υποσ. 100.

126. Πρβλ. BT-Drs, 16/575, όπ.π.

127. Eisele, όπ.π., πλγρ. 27.

112. Neubacher, Seher, όπ.π. Smischek, όπ.π., σ. 285.

113. Βλ. BT-Drs, 16/575, σ. 7, BGH 3 StR 244/09, HRRS 2010, πγ. νμλγ. Βλ. όμως κριτική, Heghmanns, Παρατηρήσεις σε BGH 3 StR 244/09, ZJS 2 2010, σ. 271-272.

114. Neubacher, Seher, όπ.π., σ. 1031.

115. Βλ. BGH 3 StR 244/09, όπ.π., BGH 4 StR 197/16, HRRS 2016 Nr. 979, Satzger H., Schmitt B., Widmaier G., StGB Kommentar, 2009, σ. 1431-1434.

116. Weinitschke, Rechtsschutz gegen Stalking de lege lata et ferenda, 2009, σ. 144.

117. Heghmanns, όπ.π., σ. 272.



την συμφωνία του θύματος θα κριθεί συνολικά από το εάν η αρχική συμφωνία του θύματος μόνο για ορισμένες πράξεις καθιστά κοινωνικά πρόσφορες και τις λοιπές που ακολούθησαν.

#### ν. Συμπεριφορική αλληλουχία

Σύμφωνα με τα παραπάνω, η συμπεριφορά του δράστη δεν αποτελείται απλά από ένα σύνολο επαναλαμβανόμενων ή διαρκουσών πράξεων, αλλά από μια συμπεριφορική αλληλουχία. Δηλαδή, η κάθε επιμέρους πράξη εντάσσεται σε μια ενότητα, και αναλύεται σε μια σειρά ενεργειών ("course of conduct"), οι οποίες συνέχονται μεταξύ τους όχι μόνο χρονικά, αλλά και λειτουργικά, καθώς έχουν τεθεί προς εξυπηρέτηση του ίδιου σκοπού<sup>128</sup>. Έτσι, οι μερικότερες πράξεις, οδηγούν συντονισμένα και μεθοδικά στην υλοποίηση του εγκληματικού σχεδίου του δράστη, ήτοι στην παρενόχληση, στον εκφοβισμό ή στην αυθαίρετη και ενάντια στην βούληση του θύματος προσέγγιση<sup>129</sup>.

Είναι, λοιπόν, απαραίτητο σε κάθε περίπτωση να διαπιστώνεται η «συμπεριφορική αλληλουχία» της συμπεριφοράς του δράστη ορώμενη ως άγραφο στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος, δηλαδή η χρονική και κυρίως λειτουργική συνάφεια των πράξεων, η ενότητα της συμπεριφοράς χάριν υλοποίησης του σχεδίου και επίτευξης των σκοπών του δράστη. Πρόκειται για μια συνολική συμπεριφορά που προκύπτει από τον συνδυασμό και την επανάληψη των επιμέρους πράξεων από τις οποίες συναποτελείται<sup>130</sup>. Για τους λόγους αυτούς απαιτείται μια συνολική θεώρηση των πράξεων του δράστη, όχι μόνο προκειμένου να γίνει κατανοητή η φύση και η ουσία της εν λόγω συμπεριφοράς, αλλά κυρίως για να τύχει ορθής νομικής αξιολόγησης στο πλαίσιο της υπό ανάλυση διάταξης.

#### vi. Αθέμιτη (:)

Έχει ήδη αναφερθεί ότι στον φαινότυπο της εμμόνου καταδίδεως εντάσσονται μεταξύ άλλων συμπεριφορές που δεν αντίκεινται κατ' αρχήν στην έννομη τάξη, με αποτέλεσμα να καθίσταται δύσκολη η διάκριση μεταξύ των συμπεριφορών που μπορούν να υπαχθούν στο υπό ανάλυση αδίκημα και αυτών που βρίσκονται εντός των ορίων της κοινωνικής προσφορότητας. Στην αντίστοιχη διάταξη του γεμΠΚ έχει προστεθεί ως προϋπόθεση, η καταδίωξη να γίνεται χωρίς δικαίωμα. Η προσθήκη του παραπάνω στοιχείου σε συνδυασμό με τον «επίμονο» χαρακτήρα της πράξης αποκροπεί ακριβώς στον αποκλεισμό των κοινωνικώς πρόσφορων συμπεριφορών από την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος<sup>131</sup>. Στο πλαίσιο αυτό γίνεται δεκτό ότι αποκλείονται από την αντικειμενική υπόσταση συμπεριφορές που βρίσκονται σε συμφωνία με την βούληση του θύματος, αποτελούν άσκηση δημοσίου δικαίου αρμοδιοτήτων ή και αστικών αξιώσεων, όπως λ.χ. η συμπεριφορά των ανακριτικών υπαλλήλων ή των δανειστών, ή που προστατεύουν υπέρτερα έννομα συμφέροντα, όπως λ.χ. η δράση των δημοσιογράφων στο πλαίσιο της ελευθερίας του τύπου, ή τέλος που αποτελούν (εν συνόλω) συμπεριφορές κοινωνικά ανεκτές<sup>132</sup>.

128. L. Sheridan, E. Blaauw and G. M. Davies, Stalking: Knowns and Unknowns, Trauma Violence Abuse 4 2003, σ. 151, L. Miller, Stalking: Patterns, motives, and intervention strategies, Aggression and Violent Behavior 17 2012, σ. 495, K. G. McAnaney, L. A. Curliss & C.E. Abeyta-Price, From Imprudence to Crime: Anti-Stalking Laws, Notre Dame L. Rev. 68 1993, σ. 895.

129. Βλ. Μ. Κατσογιάννου, ό.π., σ. 1481-82.

130. OLG Celle, ό.π., Eisele, ό.π., πλ.γρ. 6.

131. R. Krack, S. Kische, Fortgeschrittenenhausarbeit – Strafrecht: Nachstellung mit unverhofften Folgen, ZJS 6 2010, σ. 736, Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. εκδ. 2007, § 238 πλ.γρ. 6, Eisele, ό.π., πλ.γρ. 26, BT-Drs, 16/575, ό.π.

132. Eisele, ό.π., πλ.γρ. 27, R. Krack, S. Kische, ό.π., BT-Drs, 16/575,

Παρ' ημίν, ο αποκλεισμός των κοινωνικώς πρόσφορων συμπεριφορών προωθείται πρώτον, με την προσθήκη του στοιχείου του «επίμονου» χαρακτήρα της συμπεριφοράς και, δεύτερον, με την απαίτηση η εν λόγω συμπεριφορά να βρίσκεται σε αντίθεση με την βούληση του θύματος. Οι δύο αυτές προϋποθέσεις αποτελούν τυποποιημένους ενδείκτες ότι η εκάστοτε υπό κρίση συμπεριφορά έχει ήδη ξεπεράσει τα όρια της κοινωνικής προσφορότητας. Ωστόσο, δεν είναι αρκετές ενόψει του κινδύνου υπερβολικής διευρύνσης του αξιοποιήσιμου αφενός, και της εμφολεύουσας στην υπό κρίση διάταξη αοριστίας της ειδικής υπόστασης αφετέρου. Έτσι, δεν αρκεί η εκδήλωση μιας συμπεριφοράς που υπάγεται στην έννοια της καταδίωξης ή παρακολούθησης να είναι επίμονη και αντίθετη στη βούληση του θύματος. Θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να εξετάζεται κατά πόσον η συνολική συμπεριφορά είναι in concreto αθέμιτη. Ως «αθέμιτη» χαρακτηρίζεται μια πληρούσα συνήθως την αντικειμενική υπόσταση ενός εγκλήματος πράξη, όταν η τελευταία ασκείται άνευ δικαιώματος παρεχομένου εκ του νόμου που να την επιτρέπει<sup>133</sup>. Εν προκειμένω όμως θα πρέπει να εξετάζεται αν η υπό κρίση πράξη αντιβαίνει συνολικά στην έννομη τάξη, έστω και υπό την έννοια της υπέρβασης των κοινωνικώς ανεκτών ορίων, ή, με άλλα λόγια, εάν βρίσκεται πλήρως στο πλαίσιο της ιστορικά διαμορφωμένης τάξης της κοινωνικής ζωής<sup>134</sup>. Στην περίπτωση αυτή κατά την μάλλον κρατούσα άποψη αποκλείεται η αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος<sup>135</sup>. Ωστόσο, έχουν εκφραστεί σημαντικές αντιρρήσεις για την δογματική τοποθέτηση της κοινωνικής προσφορότητας<sup>136</sup>. Δεν τίθεται το ίδιο πρόβλημα, όταν η κοινωνική προσφορότητα αποτελεί τον νομοθετικό λόγο πρόβλεψης ενός στοιχείου περιορισμού του αξιοποιήσιμου στην αντικειμενική υπόσταση, όπως αυτά που ήδη προεξετέθησαν.

#### Γ.3.3. Αποτέλεσμα

##### ι. Τρόμος ή ανησυχία

Το υπό ανάλυση αδίκημα τυποποιείται ως έγκλημα αποτελέσματος, το οποίο συνίσταται στην πρόκληση τρόμου ή ανησυχίας στο θύμα. Παρατηρείται ότι το εγκληματικό αποτέλεσμα της εν λόγω διάταξης ταυτίζεται με το αποτέλεσμα που απαιτείται να προκληθεί για την στοιχειοθέτηση της απειλής κατ' άρθρο 333 παρ. 1 εδ. α' ΠΚ, γεγονός που καταδεικνύει την θέση του νομοθέτη ότι το εν λόγω αδίκημα αποτελεί κατά κάποιο τρόπο υποκατηγορία της απειλής. Ο τρόμος και η ανησυχία συνιστούν συναισθήματα που σχετίζονται με την μείωση του αισθήματος ασφάλειας του θύματος. Ο φόβος και η συνακόλουθη ανασφάλεια που δημιουργείται συνιστούν όρους εκδήλωσης σοβαρών ψυχικών και σωματικών διαταραχών και επηρεάζουν ευθέως τον τρόπο ζωής του θύματος<sup>137</sup>. Ως τρόμος ορίζεται ο υπέρμετρος ή αιφνίδιος φόβος, ενώ ως ανησυχία, η ταραχή και αγωνία, σε σχέση με το αίσθημα ασφάλειας<sup>138</sup>. Δεν

ό.π., Roxin, Strafrecht, AT, Bd. 1, 4. έκδ. 2006, § 10 πλ.γρ. 40.

133. Πρβλ. Μπουρόπουλο, ΕρμΠΚ τ. Β' 1960, σ. 688, Ψαρούδα-Μπενάκη, Τα αξιολογικά στοιχεία της α.υ. του εγκλήματος, 1971, σ. 211, Μανωλεδάκη, Ερμηνεία κατ' άρθρο όρων του ειδικού μέρους του ΠΚ, 1996, σ. 131, 132.

134. Welzel, ZStW 58 1939, σ. 517.

135. Βλ. Μυλωνόπουλο, ΠΔ ΓΜ Ι, σ. 409, συνοπτικά για την δογματική θέση της «κοινωνικής προσφορότητας».

136. Βλ. F. Ruppert, Die metateleologische Reduktion im Strafrecht, Zum Wesender Sozialadäquanz, ZIS 1 2020, σ. 14 επ., για μια σύντομη αναφορά στην ιστορική διαμόρφωση της έννοιας, στις αντιρρήσεις που έχουν εκφραστεί και στον σύγχρονο ρόλο που επιτελεί.

137. L. Timulak, Transforming Emotional Pain in Psychotherapy, Routledge 2015, σ. 12.

138. Βλ. ΑΠ 1994/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1080/2005, ΠοινΧρ 2006, σ. 138.

ορίζεται η απαιτούμενη ένταση ή σοβαρότητα των συναισθημάτων αυτών, αρκεί δηλαδή κατ' αρχήν οποιουδήποτε βαθμού τρόμος ή ανησυχία, γεγονός που εναρμονίζεται και με το χαμηλό πλαίσιο ποινής που προβλέπεται. Ωστόσο, δεν μπορεί η επίδραση στο θύμα να είναι όλως επουσιώδης, διότι τότε θα πρόκειται για κοινωνικώς πρόσφορη συμπεριφορά. Θα πρέπει πάντως το θύμα να περιήλθε πράγματι σε τρόπο ή ανησυχία<sup>139</sup>.

Η σημασία της διαπίστωσης του τρόμου ή της ανησυχίας είναι μεγάλη, δεδομένου ότι ποινικοποιούνται συμπεριφορές, οι οποίες σε διαφορετική περίπτωση θα ήταν νόμιμες, βάσει του γεγονότος ότι προκάλεσαν τρόπο ή ανησυχία στο θύμα<sup>140</sup>. Μια ιδιαιτερότητα του αδικήματος είναι ότι το αξιόποινο μιας συμπεριφοράς εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από την προσωπικότητα και την ψυχική κατάσταση του θύματος, δεδομένου ότι η ίδια συμπεριφορά υπό ανάλογες συνθήκες μπορεί να προκαλέσει τρόπο ή ανησυχία σε κάποιον και σε κάποιον άλλον όχι<sup>141</sup>. Για τον λόγο αυτό δεν είναι ευχερώς προβλέψιμη η πρόκληση του αποτελέσματος αυτού από τον δράστη. Το στοιχείο αυτό της «τυχαιότητας» ως προς την επέλευση του αποτελέσματος, δηλαδή ο υποκειμενικός παράγοντας της ψυχικής στάσης του θύματος, από την οποία εξαρτάται η πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης, θέτει τον κίνδυνο της άνισης μεταχείρισης μεταξύ διαφορετικών δραστών υπό τις αυτές συνθήκες<sup>142</sup>. Για τον λόγο αυτό προτείνεται η προσθήκη όρων, όπως η αντικειμενική διαπιστωσιμότητα του αποτελέσματος, η κατάλληλότητα ή προσφορότητα της συμπεριφοράς να επιφέρει το εν λόγω αποτέλεσμα<sup>143</sup>. Για την διαπίστωση της προσφορότητας της συμπεριφοράς να προκαλέσει τρόπο ή ανησυχία δεν εξετάζεται η κάθε μεμονωμένη πράξη, η οποία από μόνη της ενδέχεται να μην είναι πρόσφορη, αλλά το σύνολο των πράξεων που αποτελούν την συμπεριφορική αλληλουχία σωρευτικά<sup>144</sup>.

### iii. Αντικειμενικός αιτιώδης σύνδεσμος

Μεταξύ του αποτελέσματος ως στοιχείου της αντικειμενικής υπόστασης και της εγκληματικής συμπεριφοράς πρέπει να υπάρχει αντικειμενικός αιτιώδης σύνδεσμος. Σύμφωνα με τη θεωρία του ισοδυναμίου των όρων ο αντικειμενικός αιτιώδης σύνδεσμος είναι δεδομένος εάν η υπό κρίση συμπεριφορά δεν μπορεί να θεωρηθεί ελλείπουσα χωρίς να συναπολείπεται κατ' ανάγκη και το αποτέλεσμα υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες που εμφανίστηκε<sup>145</sup>. Ωστόσο, ενώ η κάθε επί μέρους πράξη μπορεί να μην είναι αιτιώδης για την πρόκληση του αποτελέσματος, η σωρευτική επενέργεια του συνόλου των πράξεων που αποτελούν την «συμπεριφορική αλληλουχία» του δράστη μπορεί να είναι αιτιώδης. Θα πρέπει λόγω της ιδιομορφίας της ανωτέρω εγκληματικής συμπεριφοράς να εξετάζεται ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της συνολικής συμπεριφοράς –όχι της κάθε επί μέρους πράξης– και του αποτελέσματος<sup>146</sup>.

Πρόκειται για μια ιδιόμορφη περίπτωση σωρευτικής αιτιότητας, όχι περισσότερων πράξεων τελούμενων από δύο ή περισσότερα άτομα, αλλά περισσότερων πράξεων του ίδιου

ατόμου<sup>147</sup>. Στην περίπτωση αυτή γίνεται δεκτό ότι η αιτιότητα μεταξύ της σωρευτικής επενέργειας των πράξεων του δράστη και του αποτελέσματος είναι δεδομένη. Ζήτημα μπορεί να προκύψει μόνο ως προς τον αντικειμενικό καταλογισμό του αποτελέσματος στην συμπεριφορά του δράστη<sup>148</sup>.

### iii. Αντικειμενικός καταλογισμός

Γίνεται δεκτό ότι η υπερβολική διεύρυνση της αντικειμενικής υπόστασης, στην οποία μας οδηγεί η θεωρία του ισοδυναμίου των όρων, έχει ανάγκη περιορισμού. Το έργο αυτό κατά την μάλλον κρατούσα άποψη επιτελεί η θεωρία του αντικειμενικού καταλογισμού, κατά την οποία ένα αποτέλεσμα μπορεί να καταλογισθεί αντικειμενικά στην συμπεριφορά του δράστη όταν συνιστά πραγμάτωση ενός νομικά σημαντικού κινδύνου, δηλαδή εκείνου ακριβώς του κινδύνου εξαιτίας του οποίου είναι άδικη η συμπεριφορά του δράστη<sup>149</sup>. Στην περίπτωση του stalking η θεωρία του αντικειμενικού καταλογισμού αποκτά ιδιαίτερο ενδιαφέρον, δεδομένου ότι πρόκειται για μια συμπεριφορά που έχει διάρκεια και αποτελείται από επί μέρους πράξεις, εκ των οποίων η κάθε μία αυτοτελώς μπορεί να μην θέτει ένα νομικά σημαντικό κίνδυνο<sup>150</sup>. Ωστόσο, αν το σύνολο της συμπεριφοράς ιδωθεί σε ένα ενιαίο πλαίσιο, όπως είναι και το ορθό λόγω της φύσης του αδικήματος, τότε ο κίνδυνος των επί μέρους πράξεων «κεφαλαιοποιείται»<sup>151</sup>, και έτσι, δημιουργείται ένας νομικά σημαντικός κίνδυνος για την προσωπική ελευθερία και την υγεία του θύματος, ο οποίος αποτελεί και τον πυρήνα του αδικού.

Στην αντίθετη κατεύθυνση, μπορεί να μην καταλογιστεί στην συμπεριφορά του δράστη το αποτέλεσμα, όταν αυτό οφείλεται κυρίως στην υπερευαισθησία του θύματος, σε περίπτωση που η συμπεριφορά πληροί μεν τυπικά την αντικειμενική υπόσταση, πλην όμως είναι ιδιαίτερα συνηθισμένη, κοινωνικά ανεκτή υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες και αβλαβής<sup>152</sup>. Στο ίδιο πλαίσιο αποκλείεται ο αντικειμενικός καταλογισμός, όταν πρόκειται για αιτιώδη διαδρομή, η οποία δεν είναι αντικειμενικά προβλέψιμη γιατί κείται εκτός της κοινής πείρας της ζωής<sup>153</sup>, όπως λ.χ. στην περίπτωση που το θύμα τρομοκρατείται έπειτα από επίμονη αλλά συνηθισμένη ερωτική προσέγγιση του δράστη, μόνο όταν πληροφορείται λανθασμένα ότι ο δράστης είναι κατά συρροήν δολοφόνος.

### Γ.3.4. Υπαιτιότητα

Για την πλήρωση της υποκειμενικής υπόστασης απαιτείται δόλος, του νόμου δε μη διακρίνοντος, αρκεί και ενδεχόμενος δόλος ως προς όλα τα στοιχεία της αντικειμενικής υπόστασης συμπεριλαμβανομένου του αποτελέσματος. Έτσι, ο δράστης θα πρέπει να προβλέπει ότι η συμπεριφορά του είναι πρόσφορη να περιάγει το θύμα σε κατάσταση τρόμου ή ανησυχίας, διαφορετικά θα βρίσκεται σε πλάνη ως προς την αιτιώδη διαδρομή. Ειδικά ως προς τα στοιχεία «επίμονη» και «αθέμιτη» συμπεριφορά, τα οποία αποτελούν ειδικά στοιχεία του αδικού, αρκεί ο δράστης να αντιλαμβάνεται την σημασία τους με μια παράλληλη εκτίμηση που ανάγεται στη λαϊκή σφαίρα, χωρίς να απαιτείται να τα γνωρίζει κατά νομική ακριβολογία<sup>154</sup>. Γίνεται δεκτό ότι η πλάνη ως προς τις πραγματικές προϋποθέσεις

139. Πρβλ. ΑπΕκθΣχ. ΠΚ 1933, σ. 497, ΑΠ 422/1998, ΠοινΧρ 2008, σ. 1066.

140. W. L. Keirsten, "Safe and Sound at Last? Federalized Anti-Stalking Legislation in the United States and Canada", Penn State International Law Review 14 1996, σ. 390-91.

141. Πρβλ. S. Beck, Wie besonnen muss ein Stalking-Opfer sein?, GA 2012, σ. 725.

142. Πρβλ. S. Beck, όπ.π., Neubacher, Seher, όπ.π., σ. 1034.

143. Πρβλ. για το ζήτημα S. Beck, όπ.π., σ. 726 επ.

144. Πρβλ. Coombs v. Dietrich, 2011 Utah App. LEXIS 134.

145. Βλ. αντί πολλών Μυλωνόπουλο, ΠΔ ΓΜ Ι, σ. 177 επ.

146. S. Buß, Der Weg zu einem deutschen Stalkingstraftatbestand, 2008, σ. 141, Steinberg, Strafe für das Versetzen in Todesangst, 2014, σ. 71.

147. S. Buß, όπ.π., σ. 142.

148. Βλ. Eisele, όπ.π., §§ 13 ff., πλγρ. 83.

149. Βλ. αναλυτικά Μυλωνόπουλο, όπ.π., σ. 196 επ.

150. S. Buß, όπ.π., σ. 144.

151. S. Buß, όπ.π.

152. S. Buß, όπ.π., σ. 225, 244.

153. Μυλωνόπουλος, όπ.π., σ. 208.

154. Ανδρουλάκης, Ποινικό Δίκαιο ΓΜ Ι, Β' εκδ., σ. 307.

που τα θεμελιώνουν θα θεωρηθεί πραγματική, ενώ η πλάνη ως προς την αξιολόγηση των περιστατικών αυτών νομική<sup>155</sup>.

#### Δ. Επίλογος

Με το άρθρο 333 παρ. 1 εδ. β' εισάγεται για πρώτη φορά στον Ποινικό μας Κώδικα το αδίκημα της έμμονης καταδίωξης για την αντιμετώπιση όμως ενός παλαιού φαινομένου. Ταυτόχρονα εισάγεται και ένας νέος τύπος αδικήματος – ειδικής υποστάσεως, ο οποίος δεν έχει τύχει ακόμα εκτενούς επεξεργασίας, με αποτέλεσμα οι ιδιαιτερότητές του να δημιουργούν σημαντικά δογματικά προβλήματα.

Κατ' αρχάς η τυποποιούμενη εγκληματική συμπεριφορά αποτελείται από αόριστες έννοιες που καθιστούν δύσκολη την οριοθέτηση του πυρήνα των υπαγόμενων σε αυτή συμπεριφορών. Η ασάφεια αυτή περιορίζεται μόνο διά της θεωρήσεως των χρησιμοποιούμενων εννοιών, ενόψει του σκοπού που επιτελούν, δηλαδή την καταπολέμηση του φαινομένου του stalking, όπως αυτό εμφανίζεται σήμερα. Έτσι, η εμπειρική ανάλυση αποκτά ιδιαίτερη σημασία, αφού μας παρέχει εμπειρικά θεμελιωμένες προτάσεις κανονιστικού χαρακτήρα, οι οποίες αποκαλύπτουν τον λόγο θέσπισης της διάταξης και τις πράξεις τις οποίες πρέπει η υπό κρίση διάταξη να αποτρέπει. Η ασάφεια αυτή περιορίζεται περαιτέρω διά της προσθήκης πολλών αξιολογικών και ειδικών στοιχείων του αδικού στην αντικειμενική υπόσταση, τα οποία επί της ουσίας αντικαθιστούν την αδυναμία τυποποιήσεως του πυρήνα του φαινομένου σε μια ποινική διάταξη. Έτσι, το ζήτημα της συνταγματικότητας της διάταξης υπό το πρίσμα της *lex certa* παραμένει ανοικτό.

Μια ακόμα ιδιαιτερότητα της διατάξεως είναι ότι τυποποιεί διά της γενικότητάς της και συμπεριφορές, οι οποίες κατ' αρχήν δεν αντίκεινται στην έννομη τάξη και είναι εν γένει δύσκολο να διακριθούν από απλές καθημερινές δραστηριότητες<sup>156</sup>. Αυτό θέτει όχι μόνο το ειδικό πρόβλημα της διάκρισης μεταξύ κοινωνικά πρόσφορων και απρόσφορων συμπεριφορών, αλλά και το γενικότερο ζήτημα της κατάργησης της αποσπασματικότητας του ποινικού δικαίου<sup>157</sup>. Αυτό, διότι στον εγκληματολογικό φαινότυπο του stalking υπάγονται κατά κανόνα συμπεριφορές που είναι αυτοτελώς αξιόποινες βάσει άλλων αδικημάτων, όπως λ.χ. σωματική βλάβη, απειλή, εκβίαση, παραβίαση απορρήτων, προσβολή της σεξουαλικής αυτοδιάθεσης κ.ά. Έτσι, η πρακτική σημασία της διάταξης εντοπίζεται εν τέλει στην ποι-

νικοποίηση κάθε άλλης μη αυτοτελώς αξιόποινης συμπεριφοράς που εντάσσεται στο υπό κρίση φαινόμενο συνδυαστικά με άλλες, ακόμη και αυτοτελώς αξιόποινες.

Ένα τρίτο πρωτότυπο χαρακτηριστικό του αδικήματος είναι ότι για την στοιχειοθέτηση της εγκληματικής συμπεριφοράς απαιτούνται εκ των πραγμάτων πλείονες επί μέρους πράξεις, οι οποίες μπορεί να εκτείνονται σε μεγάλο χρονικό διάστημα, μεσολαβούσης πολλές φορές χρονικής απόστασης μεταξύ τους. Οι πράξεις αυτές πληρούν την αντικειμενική υπόσταση διαδοχικά και μόνο διά της σωρευτικής επενέργειας αυτών. Οι ιδιαιτερότητες αυτές γεννούν πρώτα απ' όλα δυσκολίες κατάταξης του αδικήματος σε υφιστάμενους εγκληματικούς τύπους<sup>158</sup>. Έτσι, π.χ. γεννάται το ερώτημα αν πρόκειται περί διαρκούς ή στιγμιαίου αδικήματος<sup>159</sup>. Αν πρόκειται για διαρκές, τότε πώς αξιολογείται το γεγονός ότι μεταξύ των περισσότερων πράξεων της συνολικής εγκληματικής συμπεριφοράς μεσολαβεί διάστημα απραξίας; Αν πρόκειται για στιγμιαίο<sup>160</sup>, τότε πώς αξιολογείται η συνέχιση της συμπεριφοράς του δράστη μετά την πρόκληση, το πρώτον, του εγκληματικού αποτελέσματος και ενόσω το αποτέλεσμα αυτό διατηρείται διά της συνέχισης της συμπεριφοράς αυτής. Ο προβληματισμός αυτός αναδεικνύει περαιτέρω ένα ζήτημα συρροής, σε περίπτωση συνεχιζόμενης συμπεριφοράς του ίδιου δράστη, ακόμα και μετά την επέλευση του αποτελέσματος. Γίνεται δεκτό ότι αν έχει ήδη επέλθει το αξιόποινο αποτέλεσμα με μία ή περισσότερες πράξεις, τότε οι περαιτέρω τελεσθείσες πράξεις, οι οποίες επιτείνουν την διάρκεια ή την ένταση του αποτελέσματος, δεν θεμελιώνουν νέο έγκλημα, εφόσον βρίσκονται σε χρονική και λειτουργική ενότητα με τις προηγούμενες πράξεις<sup>161</sup>. Υιοθετείται δηλαδή το κριτήριο της φυσικής ενότητας της πράξης. Έτσι, υπό την διορθωτική αυτού ερμηνεία που αποβλέπει στην ειρήνευση ή όχι του προσβαλλόμενου εννόμου αγαθού<sup>162</sup>, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι οι πράξεις που λαμβάνουν χώρα μετά την επέλευση του αποτελέσματος δεν θεμελιώνουν νέο έγκλημα, εφόσον η ανασφάλεια περί την ισχύ της ειρηνευμένης εννόμου τάξεως διατηρείται, και αντίθετα θεμελιώνουν νέο έγκλημα τίθεται δε ζήτημα συρροής όταν η νέα πράξη συνιστά εκ νέου κατάλυση της ειρηνευμένης κατάστασης του εννόμου αγαθού.

158. Βλ. Αναλυτικά για το ζήτημα, *Hochmayr*, *Das sukzessive Delikt – ein neuer Deliktstypus*, ZStW 122 2010, σ. 764 επ.

159. Βλ. *Hochmayr*, *όπ.π.*, σ. 765-766.

160. Έτσι, η κρατούσα άποψη, BGH 3 StR 244/09, *όπ.π.*, OLG Stuttgart, 4 Ss 166/15, *openJur* 2015, 19136, OLG Brandenburg, NStZ 2010, σ. 520, *Hochmayr*, *όπ.π.*, σ. 766, *Weinitschke*, *όπ.π.*, σ. 180.

161. Βλ. ενδεικτικά OLG Stuttgart, *όπ.π.*

162. Βλ. *Ανδρουλάκη*, *Περί Συρροής Εγκλημάτων*, τ. Β', σ. 36 επ., *Μυλωνόπουλο* ΠΔ ΓΜ II, σ. 338.

155. Βλ. *Μπενάκη*, Τα αξιολογικά στοιχεία της αντικειμενικής υποστάσεως, σ. 193 επ.

156. Βλ. *B.H. Spitzberg, W.R. Cupach*, The state of the art of stalking: Taking stock of the emerging literature, *Aggression and Violent Behavior* 12 2007, σ. 70.

157. Βλ. *Kühl*, *Stellungnahme zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen*, σ. 1.



## ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΑΡΕΙΟΥ ΠΑΓΟΥ

### ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑ

**Αριθμ. 37/2020**

Προεδρεύουσα η Αντιπρόεδρος Αγγελική Αλειφεροπούλου, Εισηγητής ο Αρεοπαγίτης Δ. Γεώργας, Εισαγγελέας Δ. Ασπρογέρακας, Δικηγόρος Ι. Παπαναστασάπουλος

**Αθωωτική απόφαση. Λήψη υπόψιν πραγματογνωμοσύνης. Ζητήματα αιτιολογίας:** Ο Εισαγγελέας του Αρείου Πάγου διακαίουται να ασκήσει αναίρεση κατά οποιασδήποτε αποφάσεως και για όλους τους λόγους. – Πότε υπάρχει έλλειψη αιτιολογίας στην αθωωτική απόφαση. – Πότε η αιτιολογία είναι «επιλεκτική». – Για την πληρότητα της αιτιολογίας δεν αρκεί ο κατ' είδος προσδιορισμός των αποδεικτικών μέσων. – Πότε υπάρχει έλλειψη αιτιολογίας. – Από ποιες διατάξεις επιβάλλεται η υποχρέωση για συγκριτική στάθμιση και αξιολογική συσχέτιση του περιεχομένου όλων των αποδεικτικών μέσων. – Το αποτέλεσμα του συσχετισμού, της συνεκτίμησης, της συγκριτικής στάθμισης και της συναξιολόγησης των αποδεικτικών μέσων δεν ελέγχεται από τον Άρειο Πάγο, πλην όμως στην αιτιολογία πρέπει να αναφέρεται από ποιο συγκεκριμένο αποδεικτικό μέσο προέκυψε η δικανική πεποίθηση. – Ο αναιρετικός έλεγχος εστιάζεται στο αν το δικαστήριο πραγματοποίησε λειτουργικό συσχετισμό, συνεκτίμηση και συναξιολόγηση του περιεχομένου όλων των αποδεικτικών μέσων και όχι επιλεκτική αξιολόγηση μερικών μόνο εξ αυτών. – Το ποινικό δικαστήριο δεν δεσμεύεται από την πραγματογνωμοσύνη, η οποία διατάσσεται κατ' άρ. 183 ΚΠΔ, αλλά για την πληρότητα της αιτιολογίας της απόφασης απαιτείται να προκύπτει ότι ελήφθη υπόψιν και συνεκτιμήθηκε. – Όταν δεν γίνονται δεκτά τα προκύπτοντα από την πραγματογνωμοσύνη συμπεράσματα, για την πληρότητα της αιτιολογίας απαιτείται να παρατίθεται η αντίθετη δικανική πεποίθηση. – Αιτιολογημένως αθώωθηκε για ανθρωποκτονία εξ αμελείας η κατηγορουμένη ιατρός, διότι απεδείχθη ότι εκτιμήθηκαν όλα τα αποδεικτικά μέσα, αξιολογήθηκαν και συσχετίστηκαν οι ιατρικές πραγματογνωμοσύνες που κατέληξαν σε αντίθετα πορίσματα και υιοθετήθηκαν συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά με αιτιολογημένη αντίκρουση των διαφορετικών απόψεων.

Ο Εισαγγελέας του Αρείου Πάγου μπορεί, σύμφωνα με το άρ. 505 παρ. 2 ΚΠΔ, να ζητήσει την αναίρεση οποιασδήποτε αποφάσεως μέσα στην προθεσμία που ορίζεται από το άρ. 507 του ίδιου Κώδικα, δηλαδή μέσα σε τριάντα (30) ημέρες από την καταχώριση της αποφάσεως στο υπό του άρ. 473 παρ. 3 του αυτού Κώδικα προβλεπόμενο ειδικό βιβλίο. Από τη διάταξη αυτή προκύπτει, ότι ο Εισαγγελέας του Αρείου Πάγου δικαιούται να ασκήσει αναίρεση κατά οποιασδήποτε αθωωτικής ή καταδικαστικής αποφάσεως εκδιδόμενης υπό οιοδήποτε ποινικού δικαστηρίου και για όλους τους λόγους που διαλαμβάνονται στο άρ. 510 παρ. 1 ΚΠΔ, μεταξύ των οποίων και η έλλειψη της από τα άρ. 93 παρ. 3 του Συντ. και 139 του ΚΠΔ απαιτούμενης ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας (άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Δ' ΚΠΔ). Ειδικά, προκειμένου για αθωωτική απόφαση, ενόψει του τεκμηρίου της αθωότητας, που θεσπίζεται και από τη διάταξη του άρ. 6 παρ. 2 της ΕΣΔΑ (ν.δ. 53/1974) και δεδομένου, ότι αντικείμενο αποδείξεως στην ποινική δίκη αποτελεί η ενοχή και όχι η αθωότητα του κατηγορουμένου, τέτοια έλλειψη αιτιολογίας, που ιδρύει τον από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Δ' του ΚΠΔ λόγο αναίρεσεως, υπάρχει, όταν δεν εκτίθεται σ' αυτή καθόλου ή εκτίθενται ελλιπώς ή κατά τρόπο ασαφή τα πραγματικά περιστατικά που αποδείχθηκαν από την ακρο-

ματική διαδικασία και θεμελιώνουν την ανυπαρξία της αντικειμενικής και υποκειμενικής υποστάσεως του εγκλήματος, οι αποδείξεις, από τις οποίες προέκυψαν τα περιστατικά αυτά και οι νομικοί συλλογισμοί, με βάση τους οποίους το δικαστήριο της ουσίας κατέληξε σε απαλλακτική για τον κατηγορούμενο κρίση. Παγίως, άλλωστε, η νομολογία και η επιστήμη δέχονται, ότι η αιτιολογία δεν δύναται να είναι «επιλεκτική», να στηρίζεται δηλαδή σε ορισμένα πραγματικά δεδομένα της διαδικασίας ή της ακροαματικής διαδικασίας, χωρίς να συνεκτιμά άλλα που εισφέρθηκαν σ' αυτή, γιατί τότε δημιουργούνται λογικά κενά και δεν μπορεί να κρίνεται μια τέτοια αιτιολογία, ως εμπεριστατωμένη. Έτσι για να είναι ειδική και εμπεριστατωμένη η αιτιολογία της αποφάσεως, δεν αρκεί η τυπική ρηματική αναφορά των κατ' είδος αποδεικτικών μέσων, αλλά πρέπει να συνάγεται, κατά τρόπο αναμφισβήτητο, ότι το Δικαστήριο έλαβε υπόψη του και συνεκτίμησε για το σχηματισμό της δικανικής του πεποίθησης, όλα τα αποδεικτικά μέσα και όχι μερικά απ' αυτά κατ' επιλογή. Έτσι, υπάρχει έλλειψη αιτιολογίας, όταν το δικαστήριο δεν αιτιολογεί με σαφήνεια και πληρότητα γιατί δεν πείσθηκε για την ενοχή του κατηγορουμένου από τα αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στα πρακτικά ή όταν δεν είναι βέβαιο ότι έλαβε υπόψη στο σύνολό τους κάποια έγγραφα ή το συνολικό περιεχόμενο μαρτυρικών καταθέσεων. Τέτοια έλλειψη αιτιολογίας υπάρχει ακόμα, όταν το δικαστήριο παραλείπει να εκτιμήσει στο σύνολό της μια ιδιαίτερα σοβαρή και κρίσιμη μαρτυρική κατάθεση. Η υποχρέωση για συγκριτική στάθμιση και αξιολογική συσχέτιση του περιεχομένου όλων των αποδεικτικών μέσων επιβάλλεται από τις συνδυασμένες διατάξεις των άρ. 177 παρ. 1 και 178 ΚΠΔ. Το αποτέλεσμα του συσχετισμού, της συνεκτίμησης, της συγκριτικής στάθμισης και της συναξιολόγησης των αποδεικτικών μέσων, δηλαδή από ποιο αποδεικτικό μέσο πείσθηκε ή τελικά δεν πείσθηκε το δικαστήριο δεν ελέγχεται από τον Άρειο Πάγο, καθόσον αφορά στην αναιρετικά ανέλεγκτη κρίση του δικαστηρίου ουσίας, πλην όμως, στην αιτιολογία πρέπει να αναφέρεται γιατί το δικαστήριο πείσθηκε από το συγκεκριμένο αποδεικτικό μέσο και όχι από άλλο αντίθετο ή διαφορετικό. Ο δε αναιρετικός έλεγχος επ' αυτού εστιάζεται, στο αν το Δικαστήριο πραγματοποίησε λειτουργικό συσχετισμό, συνεκτίμηση και συναξιολόγηση του περιεχομένου όλων των αποδεικτικών μέσων και όχι επιλεκτική αξιολόγηση μερικών μόνο εξ αυτών. Κατά την αρχή δε της ηθικής αποδείξεως, που καθιερώνεται με τη διάταξη του άρ. 177 του ΚΠΔ, η πραγματογνωμοσύνη, η οποία διατάσσεται κατά το άρ. 183 του ίδιου Κώδικα, υπό προϋποθέσεις, από τον ανακριτικό υπάλληλο, το δικαστικό συμβούλιο ή το δικαστήριο αυτεπαγγέλτως ή μετά από αίτηση των διαδίκων ή του εισαγγελέα, δεν δεσμεύει τον ποινικό δικαστή. Ενόψει, όμως, του ότι αποτελεί, κατ' άρ. 178 παρ. 1 περ. γ' του ΚΠΔ, ιδιαίτερο είδος αποδεικτικού μέσου, πρέπει να προκύπτει από την αιτιολογία της απόφασης ότι λήφθηκε και αυτό υπόψη, όπως αυτό συμβαίνει όχι μόνο όταν μνημονεύεται ειδικώς μεταξύ των αποδεικτικών μέσων, αλλά και όταν προκύπτει αναμφίβολα από τις παραδοχές της απόφασης, ότι τα πορίσματα της πραγματογνωμοσύνης έγιναν δεκτά από το δικαστήριο και, σε κάθε περίπτωση, δεν είναι αντίθετα με αυτές. Όταν όμως το Δικαστήριο δεν αποδέχεται τα, προκύπτοντα από αυτήν, συμπεράσματα, οφείλει, για την πληρότητα της αιτιολογίας, να αιτιολογήσει την αντίθετη δικανική του πεποίθηση, παραθέτοντας τα αποδεδειγμένα περιστατικά, που αποκλείουν εκείνα, επί των οποίων ο πραγματογνώμονας θεμελίωσε το πόρισμά του. Διαφορετικά, αν δεν προκύπτει με βεβαιότητα, ότι το δικαστήριο έλαβε υπόψη του και το ιδιαίτερο αυτό αποδεικτικό μέσο, μη αρκούσης της αναφοράς στα

έγγραφα, ιδρύεται ο ανωτέρω λόγος αναιρέσεως για έλλειψη αιτιολογίας. [...]

[...] Με αυτά που δέχθηκε το Τριμελές Εφετείο Πατρών (Πλημ/των) διέλαβε στην προσβαλλόμενη με αριθμό 657/16.7.2019 απόφασή του την από τα άρ. 93 παρ. 3 του Συντ. και 139 του ΚΠΔ αξιούμενη ειδική και εμπεριστατωμένη, με την προπαρατεθείσα έννοια, αιτιολογία, προκειμένου να διαμορφώσει την κρίση του περί της αθωότητας της κατηγορουμένης, αφού αναφέρονται στο σκεπτικό της απόφασης, με σαφήνεια, πληρότητα και χωρίς αντιφάσεις ή λογικά κενά, τα αποδειχθέντα από την ακροαματική διαδικασία πραγματικά περιστατικά, με βάση τα οποία δεν στοιχειοθετείται στο πρόσωπο της κατηγορουμένης η αξιόποινη πράξη της ανθρωποκτονίας από αμέλεια, οι αποδείξεις, από τις οποίες προέκυψαν τα περιστατικά αυτά και οι συλλογισμοί, με βάση τους οποίους το Δικαστήριο της ουσίας κατέληξε στην απαλλακτική για την κατηγορουμένη κρίση του. Ειδικότερα, εκτίθεται ότι το Δικαστήριο έλαβε υπόψη του τις αναφερόμενες εκθέσεις πραγματογνωμοσύνης, όχι μόνο με ρηματική αναφορά σ' αυτές, αλλά και αναγνωστέα έγγραφα και στο προοίμιο του σκεπτικού, αλλά και διά της στο σκεπτικό αντικρούσεως των αντιθέτων κρίσεων των πραγματογνωμόνων, ενώ με πληρότητα αιτιολογιών η προσβαλλόμενη απόφαση κατέληξε στο απαλλακτικό της πόρισμα, λαμβανομένου υπόψη ότι, όπως προκύπτει από την παραδεκτή επισκόπηση του περιεχομένου των εκθέσεων πραγματογνωμοσύνης, που αναγνωσθήκαν και βρίσκονται στη δικογραφία, κανένας από τους πραγματογνώμονες δεν διατύπωσε ύπαρξη σφάλματος στην εκτίμηση της ιατρικής καταστάσεως της θανούσης, της παθήσεως αυτής και στο χειρισμό της περιπτώσεως στο Γ.Ν. Αιγίου, όπου υπηρετούσε ως ιατρός παθολόγος η κατηγορουμένη. Αναφορικά δε ειδικά ότι η κατηγορουμένη, όταν ενημερώθηκε για το ιστορικό της θανούσης και εξέτασε τα έως εκείνη τη στιγμή (12,40-12,50 μ.μ.) αποτελέσματα των εξετάσεων, που είχαν παραγγείλει οι προηγούμενοι ιατροί, προέβη και αυτή σε κλινική εξέταση της ασθενούς. Ότι εξ όλων των τιμών των εργαστηριακών εξετάσεων (αμύλασης, ούρων κ.λπ.) ετίθετο θέμα υπόνοιας παγκρεατίτιδας. Ότι προς επαλήθευση της ως άνω παθήσεως έπρεπε ιατρικώς να διενεργηθεί απεικονιστική εξέταση προς αποκλεισμό άλλων ασθενειών με αξονική τομογραφία κοιλίας. Ότι προς διενέργεια αυτής έπρεπε να χορηγηθεί στην ασθενή, διά του στόματος, σκιαγραφικό υγρό (γαστρογραφίνη) και να παρέλθει διάστημα 2-3 ωρών από τη χορήγηση, προέβη δε η εν λόγω ιατρός σε ενδεδειγμένη έρευνα περί της υπάρξεως γαστρορραγίας, που αποκλείστηκε εκ της εξέτασεως των κοπράνων, ζήτησε εκτίμηση και από το χειρουργικό τμήμα, στο οποίο, τόσο η παρούσα αγροτική ιατρός Χ.Τ. όσο και ο διευθυντής της χειρουργικής κλινικής, Σ.Γ., με τον οποίο η ανωτέρω αγροτική ιατρός επικοινωνήσε, συνέστησαν τη διενέργεια αξονικής τομογραφίας, ενώ μέχρι τότε αντιμετώπιζετο η ασθενής με ενδοφλέβια αντιβίωση και ορό. Ότι για την διενέργεια της αξονικής τομογραφίας, που δεν μπορούσε να γίνει στο Γενικό Νοσοκομείο Αιγίου, αλλά στο Πανεπιστημιακό Νοσοκομείο Πατρών, έπρεπε να χορηγηθεί στην ασθενή γαστρογραφίνη διαλυμένη σε 1,5 λίτρο νερού, διά του στόματος, ενέργεια που ήταν επιβεβλημένη. Απαντάται επίσης ότι δεν ήταν επιβεβλημένη η διασωλήνωση, καθόσον οι τιμές οξυγόνου και κορεσμού της ασθενούς ήταν 66 και 90 1/ο αντίστοιχα και αρκούσε η τοποθέτηση μάσκας venturi 40 1/ο, που συνέστησε η αναισθησιολόγος του Νοσοκομείου Αιγίου και τοποθετήθηκε εκ μέρους της κατηγορουμένης, όπως έγινε και η πρόβλεψη τοποθέτηση στο ασθενοφόρο, δηλαδή η τοποθέτηση αυτής σε καθιστή και πλάγια θέση, ώστε να αποφευχθούν ο κίνδυνος αναγωγής γαστρικού περιεχομένου. Το Δικαστήριο της ουσίας απαντά και στην αιτία θανάτου, που οφείλεται σε εισρόφηση γαστρικού περιεχομένου στους πνεύμονες, η οποία οδήγησε σε οξεία αναπνευστική ανεπάρκεια. Υπάρχει επίσης σαφής και επαρκής αιτιολογία για την μη κένωση του στομά-

χου με την τοποθέτηση Levin – γαστρικού σωλήνα και γιατί η κατηγορουμένη δεν προνόησε για την αποκατάσταση υγρών ηλεκτρολυτών με ενδοφλέβια χορήγηση ειδικών ορών, όσο και για την ενέργειά της να της χορηγήσει γαστρογραφίνη διά του στόματος, που σύμφωνα με τις παραδοχές είναι η ιατρικώς παραδεγμένη μέθοδος, αφού δεν είχε εκδηλωθεί τάση προς εμετό στο χρονικό διάστημα παραμονής της ασθενούς στο Γ.Ν. Αιγίου. Δικαιολογείται επίσης, ότι δεν ήταν απαγορευτική η διακομιδή της στο οργανωμένο νοσοκομείο Πατρών, αφού οι τιμές οξυγόνου και κορεσμού της ασθενούς επέτρεπαν τούτο και μάλιστα ενώ ευρίσκετο υπό την ενδοφλέβια τοποθέτηση ορού και αντιβιώσεως. Επίσης η μη τοποθέτηση γαστρικού σωλήνα (Levin) για την κένωση του στομάχου, αιτιολογείται επαρκώς αφού, κατά τις παραδοχές της αποφάσεως, δεν συνδέεται αιτιωδώς με το επελθόν αποτέλεσμα, διότι μετά την χορήγηση γαστρογραφίνης, που ήταν αναγκαία ενέργεια, δεν αποκλείετο ο κίνδυνος εισρόφησης, ο οποίος μόνο με διασωλήνωση της ασθενούς μπορούσε να αποφευχθεί, στην οποία όμως δεν μπορούσε να προβεί η κατηγορουμένη, ως μη ούσα αναισθησιολόγος, κρίθηκε δε ως ιατρικώς ενδεδειγμένη η διακομιδή με τοποθέτηση σε καθιστή και πλάγια θέση της ασθενούς και η τοποθέτηση μάσκας venturi 40%, ενώ, άλλωστε, δεν προέκυψε εμετός κατά την μεταφορά. Από το σύνολο των συλλογισμών που περιέχονται στο σκεπτικό της προσβαλλόμενης αποφάσεως, προκύπτει ότι το Δικαστήριο της ουσίας δεν αγνόησε οποιοδήποτε αποδεικτικό μέσο αλλά προέβη σε αξιολογική συσχέτιση όλων των εκθέσεων πραγματογνωμοσύνης και των μαρτυρικών καταθέσεων, που αποτέλεσαν αντικείμενο της αποδεικτικής διαδικασίας τις οποίες συνεκτίμησε μαζί τα υπόλοιπα αποδεικτικά μέσα. Εκ των ανωτέρω συνάγεται, ότι το Δικαστήριο της ουσίας προέβη σε εκτίμηση όλων των αποδεικτικών μέσων και όχι σε επιλεκτική αξιολόγηση ορισμένων μόνο, προς δε προέβη και σε αξιολογική συσχέτιση των γενομένων ιατρικών πραγματογνωμοσύνων, που διαφέρουν μεταξύ τους και προέβη κατά την ανέλεγκτο κρίση αυτού, στην υιοθέτηση των προπαρατεθέντων πραγματικών περιστατικών, αντικρούοντας αιτιολογημένα με τις παραδοχές του τις διαφορετικές απόψεις όχι μόνο των πραγματογνωμόνων αλλά και ορισμένων μαρτύρων, που διατύπωσαν διαφορετική γνώμη, καταλήγοντας κυριαρχικά στην απαλλακτική του κρίση. Επομένως, ο υποστηρίζων τα αντίθετα μοναδικός λόγος της κρινόμενης αίτησης αναίρεσης, περί έλλειψης ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας, από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Δ' ΚΠΔ, είναι αβάσιμος. Οι λοιπές περιεχόμενες στο αναίρετήριο αιτιάσεις συνιστούν αμφισβήτηση της ουσίας των ως άνω παραδοχών της απόφασης και της ορθότητας του αποδεικτικού της πορίσματος και, επομένως, είναι απαράδεκτες, αφού με την επίφαση της έλλειψης αιτιολογίας, πλήττουν ανεπιτρέπτως την αναίρετικώς ανέλεγκτη, περί τα πράγματα, κρίση του Δικαστηρίου της ουσίας. Κατόπιν αυτών και, αφού δεν υπάρχει άλλος λόγος προς έρευνα, η κρινόμενη αίτηση αναίρεσης πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της.

## ΑΜΕΛΕΙΑ

### Αριθμ. 566/2020

Προεδρεύων ο Αντιπρόεδρος Ι. Μαγγίνας, Εισηγήτρια η Αρεοπαγίτης Ζωή Κωστόγιαννη-Καλούση, Εισαγγελέας Γ. Γεράκης, Δικηγόροι Δ. Μαστραγγελόπουλος, Α. Κανελλόπουλος

**Καταδίκη για ανθρωποκτονία εξ αμελείας (τροχαίο ατύχημα). Ζητήματα αιτιολογίας και νομίμου βάσεως: Στοιχεία ανθρωποκτονίας εξ αμελείας (άρ. 28, 302 παρ. 1 ΠΚ). – Υπό ποιες προϋποθέσεις η πράξη ή η παράλειψη του δράστη τελεί σε αιτιώδη σύνδεσμο με το επελθόν αποτέλεσμα σύμ-**

φωνα με την κρατούσα στο ποινικό δίκαιο “θεωρία του ισοδυνάμου των όρων”. – Η τυχόν συντρέχουσα υπαιτιότητα (συνυπαιτιότητα) του παθόντος ή και τρίτου δεν αναιρεί την ύπαρξη αμέλειας του δράστη και την ποινική ευθύνη του, εκτός αν συνετέλεσε αποκλειστικώς στο επελθόν αποτέλεσμα. – Σε οποιονδήποτε οδικό κόμβο δεν υπάρχει κατάλληλη σήμανση ώστε να ορίζεται η προτεραιότητα, η τελευταία ανήκει σε αυτόν που έρχεται από δεξιά, με τις ρητώς προβλεπόμενες εξαιρέσεις. – Πότε υπάρχει αιτιολογία στην καταδικαστική απόφαση. – Αναίρεται λόγω ελλείψεως αιτιολογίας και ελλείψεως νομίμου βάσεως η προσβαλλόμενη καταδικαστική απόφαση για ανθρωποκτονία εξ αμελείας, διότι α) δεν μνημονεύεται η ύπαρξη ή μη κατάλληλης σήμανσης επί του οδικού κόμβου όπου έλαβε χώρα το ένδικο ατύχημα, με αποτέλεσμα να μην προκύπτει σε ποιον ανήκει η προτεραιότητα, β) με ασαφή και αντιφατική αιτιολογία το δικαστήριο της ουσίας κατέληξε στην κρίση ότι ο κατηγορούμενος ήταν εκείνος ο οποίος, οδηγώντας το ΙΧΕ αυτοκίνητο, επέπεσε επί της δίκυκλης μοτοσικλέτας που οδηγούσε ο παθών και γ) δεν ελήφθη υπόψη η έκθεση εργαστηριακής πραγματογνωμοσύνης, αναφορικά με την περιεκτικότητα του αίματος του κατηγορουμένου.

Κατά τη διάταξη του άρ. 302 παρ. 1 του προϊσχύσαντος ΠΚ, όποιος επιφέρει από αμέλεια το θάνατο άλλου τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον τριών (3) μηνών. Η ίδια ποινή προβλέπεται και με την όμοια ως προς τα στοιχεία της υποκειμενικής και αντικειμενικής υπόστασης του οικείου εγκλήματος διάταξη του άρ. 302 του ισχύοντος από 1.7.2019 ΠΚ, κατά δε τη διάταξη του άρ. 28 του ίδιου Κώδικα, από αμέλεια πράττει όποιος από έλλειψη της προσοχής, την οποία όφειλε κατά τις περιστάσεις και μπορούσε να καταβάλει, είτε δεν προέβλεψε το αξιόποιο αποτέλεσμα που προκάλεσε η πράξη του, είτε το προέβλεψε ως δυνατό, πίστεψε, όμως, ότι δεν θα επερχόταν. Από το συνδυασμό των διατάξεων αυτών προκύπτει, ότι για τη στοιχειοθέτηση του προβλεπόμενου από αυτές εγκλήματος της ανθρωποκτονίας από αμέλεια απαιτείται αντικειμενικά μεν πρόκληση θανάτωσης άλλου, υποκειμενικά δε α) μη καταβολή από το δράστη της επιβαλλόμενης, κατ’ αντικειμενική κρίση, προσοχής, την οποία κάθε μέσος συνενός και ευσυνειδητός άνθρωπος οφείλει κάτω από τις ίδιες περιστάσεις να καταβάλει, με βάση τους νομικούς κανόνες, τις συνήθειες που επικρατούν στις συναλλαγές και την κοινή πείρα και λογική και β) δυνατότητα αυτού, ενόψει των προσωπικών του ιδιοτήτων, γνώσεων, ικανοτήτων και περιστάσεων και ιδίως λόγω της υπηρεσίας ή του επαγγέλματός του, να προβλέψει και αποφύγει το αξιόποιο αποτέλεσμα, το οποίο από έλλειψη της οφειλόμενης προσοχής είτε δεν προέβλεψε (μη συνειδητή αμέλεια) είτε το προέβλεψε ως δυνατό, πίστεψε, όμως, ότι δεν θα επερχόταν (ενσυνειδητή αμέλεια). Επί πλέον, για τη θεμελίωση του ανωτέρω εγκλήματος, πρέπει να υφίσταται αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της πράξης ή παράλειψης του δράστη και του επελθόντος αποτελέσματος. Η πράξη ή η παράλειψη του δράστη τελεί σε αιτιώδη σύνδεσμο με το επελθόν αποτέλεσμα, όταν αυτή, κατά την κοινή αντίληψη, είναι εκείνη που άμεσα προκάλεσε το αποτέλεσμα είτε από μόνη της είτε μαζί με τη συμπεριφορά άλλου προσώπου. Αρκεί δηλαδή, προς θεμελίωση της ευθύνης, η πράξη ή η παράλειψη να ήταν ένας από τους παραγωγικούς όρους του αποτελέσματος, χωρίς τον οποίο δεν θα επερχόταν αυτό, αδιάφορα αν για την πρόκλησή του συνέβαλαν και άλλοι όροι, άμεσα ή έμμεσα (λ.χ. αμέλεια του παθόντος ή τρίτου). Τούτο δε, γιατί η κρατούσα στο ποινικό δίκαιο άποψη ακολουθεί τα πορίσματα της θεωρίας του ισοδυνάμου των όρων, με την παραλλαγή της ενεργού αιτίας, σε αντίθεση προς τη θεωρία της πρόσφορης αιτιότητας, η οποία επικρατεί όσον αφορά την αστική ευθύνη. Έτσι, η τυχόν συντρέχουσα υπαιτιότητα (συνυπαιτιότητα) του παθόντος ή και τρίτου, δεν αναιρεί την

ύπαρξη αμέλειας του δράστη και την ποινική ευθύνη του, εκτός εάν αυτή συνετέλεσε αποκλειστικά στο αποτέλεσμα που επήλθε, οπότε αίρεται ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της ενέργειας ή παράλειψης του δράστη και του αποτελέσματος. Περαιτέρω, με το άρ. 26 του Ν. 2696/1999 «Κώδικας οδικής κυκλοφορίας», προβλέπεται ότι: «ο οδηγός που πλησιάζει σε ισόπεδο οδικό κόμβο υποχρεούται να καταβάλλει ιδιαίτερη προσοχή για να μην προκαλέσει επί του κόμβου κίνδυνο ή παρακώλυση της κυκλοφορίας, ρυθμίζοντας την ταχύτητα του οχήματός του, ώστε να μπορεί να διακόψει την πορεία αυτού, για να διέλθουν τα οχήματα που έχουν προτεραιότητα» (παρ. 1), «στους κόμβους η προτεραιότητα ορίζεται με κατάλληλη σήμανση» (παρ. 4) και «στους κόμβους χωρίς τέτοια σήμανση η προτεραιότητα ανήκει σε αυτόν που έρχεται από τα δεξιά» (παρ. 5 με τις προβλεπόμενες εξαιρέσεις αυτών που κυκλοφορούν στους αυτοκινητόδρομους, εθνικές οδούς και οδούς ταχείας κυκλοφορίας...). Από τον συνδυασμό των διατάξεων αυτών προκύπτει ότι σε οποιονδήποτε οδικό κόμβο, είτε αυτός σχηματίζεται από διασταύρωση, είτε από απλή συμβολή οδών, στον οποίο δεν υπάρχει κατάλληλη σήμανση που να ορίζει την προτεραιότητα, αυτή (προτεραιότητα) ανήκει σε αυτόν που έρχεται από δεξιά με τις εξαιρέσεις, που ρητά προβλέπονται. Επίσης, κατά τις διατάξεις των παρ. 1 και 3 του άρ. 42 του ίδιου Κώδικα (ΚΟΚ) «απαγορεύεται η οδήγηση κάθε οδικού οχήματος από οδηγό, ο οποίος κατά την οδήγηση του οχήματος βρίσκεται υπό την επίδραση οινοπνεύματος, τοξικών ουσιών ή φαρμάκων που σύμφωνα με τις οδηγίες χρήσης τους ενδέχεται να επηρεάζουν την ικανότητα του οδηγού. Ο ελεγχόμενος οδηγός θεωρείται ότι βρίσκεται υπό την επίδραση οινοπνεύματος όταν το ποσοστό αυτού στον οργανισμό είναι 0,50 γραμμάρια ανά λίτρο αίματος (0,50 gr/l) και άνω, μετρούμενο με την μέθοδο της αιμοληψίας ...» (παρ. 1) και «σε περίπτωση θανατηφόρου τροχαίου ατυχήματος ο έλεγχος για τη διαπίστωση ύπαρξης στον οργανισμό οινοπνεύματος, τοξικών ουσιών ή φαρμάκων, κατά την παράγραφο 1 του παρόντος άρθρου, γίνεται υποχρεωτικά με αιμοληψία από τα θανόντα πρόσωπα, ως και από τους ζώντες...». Τέλος, η καταδικαστική απόφαση έχει την απαιτούμενη, από τα άρ. 93 παρ. 3 του Συντ. και 139 του ΚΠΔ, ειδική και εμπειριστωμένη αιτιολογία, η έλλειψη της οποίας ιδρύει λόγο αναίρεσης από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Δ’ ΚΠΔ, όταν αναφέρονται σ’ αυτή, με σαφήνεια, πληρότητα και χωρίς αντιφάσεις ή λογικά κενά, τα πραγματικά περιστατικά, που προέκυψαν από την αποδεικτική διαδικασία, στα οποία στηρίχθηκε η κρίση του δικαστηρίου για τη συνδρομή των αντικειμενικών και υποκειμενικών στοιχείων του εγκλήματος, οι αποδείξεις που τα θεμελιώνουν και οι νομικές σκέψεις υπαγωγής των περιστατικών αυτών στην εφαρμοσθείσα ουσιαστική ποινική διάταξη.

[...] Με αυτά που δέχθηκε, το Δικαστήριο της ουσίας δεν διέλαβε στην προσβαλλόμενη απόφασή του την απαιτούμενη από τις ανωτέρω διατάξεις του Συντ. και του ΚΠΔ ειδική και εμπειριστωμένη αιτιολογία, καθόσον υπάρχουν ασάφειες και αντιφάσεις αναφορικά με τις συνθήκες του ατυχήματος και την αμελή συμπεριφορά του κατηγορουμένου και ήδη αναιρεσείοντος. Πιο συγκεκριμένα, προκειμένου το Δικαστήριο της ουσίας να καταλήξει στη συνδρομή της αμελούς συμπεριφοράς του κατηγορουμένου και ήδη αναιρεσείοντος στην επέλευση του θανάσιμου τραυματισμού του Α.Κ. δεν μνημονεύει τις ειδικότερες συνθήκες επί του οδικού κόμβου, εντός του οποίου έλαβε χώρα το ένδικο ατύχημα και συγκεκριμένα την ύπαρξη ή μη κατάλληλης σήμανσης, με την οποία να ορίζεται η προτεραιότητα των επ’ αυτού κινούμενων οχημάτων και συνακόλουθα αν αυτή (προτεραιότητα) ανήκε σ’ αυτόν που έρχεται από τα δεξιά και, κατά τις παραδοχές, στον κατηγορούμενο, την κατάσταση των οδών επί των οποίων εκινούντο τα εμπλεκόμενα οχήματα και το πλάτος εκάστης εξ αυτών, στο σημείο του ατυχήματος, αλλά και τη ταχύτητα με την οποία εκινείτο η δίκυκλη μοτοσικλέτα, κατά τον χρόνο του ατυχήματος. Πε-



ραιτέρω, με ασαφή και αντιφατική αιτιολογία κατέληξε στην κρίση ότι ο κατηγορούμενος ήταν εκείνος ο οποίος, οδηγώντας το με αριθμό κυκλοφορίας... ΙΧΕ αυτοκίνητο, επέπεσε επί της με αριθμό κυκλοφορίας... δίκυκλης μοτοσικλέτας. Τούτο δε διότι, την κρίση του αυτή συνήγαγε α) από τις επιφάνειες πρόσκρουσης των εμπλακέντων οχημάτων (εμπρόσθια αριστερή πλευρά του αυτοκινήτου, ήτοι στρέβλωση εμπρόσθιου αριστερού φτερού, θραύση εμπρόσθιου αριστερού φαναριού, θραύση παρμπρίζ και εμπρόσθιου φαναριού, στρέβλωση στηρίγματος δεξιού ποδιού με φορά προς τα πίσω, στρέβλωση του μοχλού των φρένων με φορά προς τα πίσω, χωρίς να γίνεται αναφορά σε τραύμα του δεξιού ποδός και γενικά της δεξιάς πλευράς του οδηγού της μοτοσικλέτας) και β) από την εκτίναξη του σώματος του θανόντος, μετά τη σύγκρουση, πάνω από το καπό του αυτοκινήτου δεξιά ως προς την πορεία του τελευταίου, στοιχεία που, κατά λογική ακολουθία, οδηγούν σε αντίθετο πόρισμα, από αυτό στο οποίο κατέληξε με την προσβαλλόμενη απόφαση. Τέλος, από το όλο περιεχόμενο του αιτιολογικού της προσβαλλόμενης απόφασης συνάγεται ότι δεν λήφθηκε υπόψη ούτε συνεκτιμήθηκε, κατά τη διερεύνηση των αιτιών του τροχαίου ατυχήματος και της συνδρομής συγκεκριμένης αμέλειας του κατηγορούμενου, η από 4.11.2013 έκθεση εργαστηριακής πραγματογνωμοσύνης (αναφερόμενη μεταξύ των αναγνωστέων εγγράφων με αύξοντα αριθμό 10), ώστε να εξαχθεί με βεβαιότητα και χωρίς αμφιβολία το συμπέρασμα, ότι η καταδικαστική κρίση του Δικαστηρίου στηρίχθηκε και στην προαναφερθείσα Έκθεση Πραγματογνωμοσύνης, που αφορά το εν λόγω τροχαίο ατύχημα και τον απότοκο αυτού θάνατο του οδηγού της μοτοσικλέτας, αναφορικά με την περιεκτικότητα του αίματος του κατηγορουμένου και ήδη αναιρεσέοντος σε οινόπνευμα και συνακόλουθα την οδική συμπεριφορά του, κατά το ένδικο ατύχημα. Συνεπεία των ανωτέρω, καθίσταται ανέφικτος ο αναιρετικός έλεγχος αναφορικά με την κρίση του Δικαστηρίου της ουσίας, ότι η αμελής συμπεριφορά του αναιρεσέοντος, όπως περιγράφεται στο σκεπτικό της απόφασης, συνδέεται αιτιωδώς με τον θάνατο του παθόντος και την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών που προέκυψαν από την αποδεικτική διαδικασία, στα οποία στηρίχθηκε η κρίση του δικαστηρίου για τη συνδρομή των αντικειμενικών και υποκειμενικών στοιχείων του εγκλήματος της ανθρωποκτονίας από αμέλεια, στον κανόνα του άρ. 302 ΠΚ.

Κατόπιν αυτών, ο πρώτος λόγος της αναίρεσης, από το άρ. 510 παρ. 1 Δ' και Ε' ΚΠΔ, για έλλειψη ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας ως προς το στοιχείο της αμέλειας του αναιρεσέοντος αναφορικά με την επέλευση του θανάτου του οδηγού της μοτοσικλέτας και στέρηση νόμιμης βάσης είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός. Πρέπει, μετά ταύτα, να αναιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση χωρίς να εξεταστούν οι λοιποί λόγοι αναίρεσης, των οποίων παρέλκει η έρευνα, και να παραπεμφθεί η υπόθεση στο δικαστήριο που την εξέδωσε, του οποίου είναι δυνατή η συγκρότηση από άλλους δικαστές, εκτός από εκείνους που δίκασαν προηγουμένως (άρ. 519 ΚΠΔ).

## ΑΠΑΤΗ

### Αριθμ. 937/2020

Προεδρεύουσα η Αντιπρόεδρος **Αβροκώμη Θούα**, Εισηγήτρια η Αρεοπαγίτης **Πηνελόπη Παρτσαλίδου-Κομνηνού**, Εισαγγελεύς **Π. Μπρακουμάτσος**, Δικηγόροι **Αναστασία Μόσχου**, **Αλεξάνδρα Κατσαδούρου**

**Καταδίκη για κακουρηγματοική απάτη. Ζητήματα αιτιολογίας: Στοιχεία απάτης. – Με ποιους τρόπους μπορεί να πραγματοποιηθεί η παραπλάνηση του άλλου. – Έννοια “γεγονότων”**

– Πότε οι υποσχέσεις αποτελούν απατηλή συμπεριφορά.  
– Έννοια “περιουσιακού οφέλους”. – Πότε το περιουσιακό όφελος είναι παράνομο. – Έννοια “περιουσιακής βλάβης”.  
– Πότε υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της απατηλής συμπεριφοράς και της περιουσιακής βλάβης. – Η τράπεζα στην οποία έγινε κατάθεση χρημάτων από περισσότερα πρόσωπα με την μορφή του κοινού λογαριασμού καθίσταται κυρία των χρημάτων που κατατίθενται, η δε κυριότητα αυτή ανακτάται με την ανάληψη των χρημάτων από οποιονδήποτε δικαιούχο του κοινού λογαριασμού. – Η ανάληψη των χρημάτων της κατάθεσης από έναν εκ των δικαιούχων επιφέρει απόσβεση της απαίτησης έναντι της τράπεζας, ο άλλος όμως δικαιούχος, ο οποίος δεν ανέλαβε χρήματα, έχει απαίτηση για την καταβολή του ποσού που του αντιστοιχεί με βάση την εσωτερική σχέση του με τους υπόλοιπους δικαιούχους.  
– Αναίρεται εν μέρει η προσβαλλόμενη καταδικαστική απόφαση για απάτη σε βαθμό κακουρηγματοίας, ως προς το ποσό που αντιστοιχούσε σε περιουσιακή διάθεση μη προκύψασα από τις ψευδείς παραστάσεις του κατηγορουμένου. – Κηρύσσεται αθώος ο κατηγορούμενος για μερικότερες εξακολουθητικές πράξεις της απάτης, με φερόμενο περιουσιακό όφελος και αντίστοιχη προξενηθείσα ζημία συνολικού ποσού 43.058,28 ευρώ.

[...] Κατά τη διάταξη του άρ. 386 παρ. 3-1 του ισχύσαντος μέχρι την 30.6.2019 Ποινικού Κώδικα, η οποία είναι επεικέστερη έναντι της αντίστοιχης του άρ. 386 παρ. 1 εδ. β' του ισχύοντος από 1<sup>η</sup>.7.2019 νέου Ποινικού Κώδικα (που προβλέπει για την κακουρηγματοική μορφή της απάτης σωρευτικά με την ποινή κάθειρξης έως δέκα έτη και χρηματική ποινή) και, συνεπώς, είναι εφαρμοστέα στην προκείμενη περίπτωση, όποιος με σκοπό να αποκομίσει ο ίδιος ή άλλος παράνομο περιουσιακό όφελος βλάπτει ξένη περιουσία, πείθοντας κάποιον σε πράξη, παράλειψη ή ανοχή με την εν γνώσει παράσταση ψευδών γεγονότων σαν αληθινών ή την αθέμιτη απόκρυψη ή παρασιώπηση αληθινών γεγονότων τιμωρείται με κάθειρξη μέχρι δέκα (10) ετών, αν το περιουσιακό όφελος ή η προκληθείσα ζημία υπερβαίνει συνολικά το ποσό των εκατό είκοσι χιλιάδων (120.000) ευρώ. Περαιτέρω, από τη διάταξη αυτή προκύπτει, ότι για τη στοιχειοθέτηση του εγκλήματος της απάτης απαιτούνται: α) σκοπός του δράστη να περιποιήσει στον εαυτό του ή και σε άλλον (τρίτον) παράνομο περιουσιακό όφελος, έστω και αν τελικώς δεν επιτευχθεί το όφελος αυτό β) εν γνώσει, με την έννοια του άμεσου δόλου, παράσταση ψευδών γεγονότων ως αληθινών ή αθέμιτη απόκρυψη ή παρασιώπηση αληθινών, από την οποία, ως παραγωγό αιτία, παραπλανήθηκε κάποιος και προέβη στην επιζήμια για τον ίδιο ή άλλον πράξη, παράλειψη ή ανοχή, η παράσταση δε ψευδών γεγονότων μπορεί να συνίσταται σε οποιαδήποτε ανακοίνωση, δήλωση ή ισχυρισμό, στον οποίο υπάρχει ανακριβής απεικόνιση της πραγματικότητας, μπορεί δε να είναι ρητή ή να συνάγεται και συμπερασματικά από τη συμπεριφορά του δράστη και γ) βλάβη ξένης, κατά το αστικό δίκαιο, περιουσίας, η οποία να τελεί σε αιτιώδη συνάφεια με την απατηλή συμπεριφορά (παραπλανητική ενέργεια ή παράλειψη του δράστη) και τη συνεπεία αυτής πλάνη εκείνου που προέβη στην περιουσιακή διάθεση, χωρίς να απαιτείται ταυτότητα παραπλανηθέντος και ζημιωθέντος. Η κατά τα προεκτεθέντα παραπλάνηση του άλλου πραγματώνεται με τρεις, υπαλλακτικά μικτούς, τρόπους (παράσταση, απόκρυψη, παρασιώπηση), οι οποίοι κατατείνουν σε ένα και το αυτό έγκλημα και διαφέρουν εννοιολογικά μεταξύ τους. Οι δύο πρώτοι συνιστούν περιπτώσεις θετικής απατηλής συμπεριφοράς, ενώ ο τρίτος συνιστά περίπτωση απατηλής συμπεριφοράς με παράλειψη, δηλαδή με την παράλειψη ανακοίνωσης αληθινών γεγονότων, για τα οποία υπήρχε υποχρέωση ανακοίνωσης από το νόμο, σύμβαση ή προηγούμενη συμπεριφορά του υπαιτίου. Ως γεγονότα, κατά την έννοια του ως άνω άρθρου, νοούνται τα πραγματικά πε-

ριστατικά, ήτοι τα συμβεβηκότα του εξωτερικού κόσμου, που απεικονίζουν την πραγματικότητα, τα οποία ανάγονται στο παρελθόν ή στο παρόν και όχι εκείνα που πρόκειται να συμβούν στο μέλλον, όπως είναι οι απλές υποσχέσεις ή οι συμβατικές υποχρεώσεις. Εάν, όμως, οι υποσχέσεις συνοδεύονται από άλλες παραστάσεις ψευδών γεγονότων, κατά τρόπο που να δημιουργείται η εντύπωση μελλοντικής εκπλήρωσής τους με βάση την εμφανιζόμενη ψευδή κατάσταση, τότε οι υποσχέσεις αυτές αποτελούν απατηλή συμπεριφορά. Περιουσιακό όφελος συνιστά η αύξηση της περιουσίας του ίδιου του δράστη ή άλλου, καθώς και η ευνοϊκότερη διαμόρφωση της περιουσιακής κατάστασης οποιούδήποτε από αυτούς. Το περιουσιακό αυτό όφελος είναι παράνομο, όταν ο δράστης ή το άλλο πρόσωπο δεν έχει νόμιμη αξίωση κατά του παθόντος, ο δε αξιούμενος, για τη στοιχειοθέτηση του εγκλήματος τούτου, σκοπός οφέλους αποτελεί υποκειμενικό στοιχείο του αδικού (έγκλημα με «υπερχειλή υποκειμενική υπόσταση»). Τέλος, η περιουσιακή βλάβη, που, κατά προεκτεθέντα, υπάρχει σε περίπτωση μείωσης ή χειροτέρευσης της περιουσίας του παθόντος, πρέπει, ως στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος της απάτης, να είναι άμεσο, αναγκαίο και αποκλειστικό αποτέλεσμα της περιουσιακής διάθεσης, ήτοι της πράξης, παράλειψης ή ανοχής, στην οποία προέβη εκείνος που πλανήθηκε από την απατηλή συμπεριφορά του δράστη. Πρέπει να υπάρχει, δηλαδή, αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της απατηλής συμπεριφοράς και της πλάνης, που προκλήθηκε από αυτήν, καθώς και μεταξύ της πλάνης αυτής και της περιουσιακής βλάβης, η οποία πρέπει να είναι το άμεσο, αναγκαίο και αποκλειστικό αποτέλεσμα της πλάνης και της λόγω αυτής πράξης, παράλειψης ή ανοχής του πλανηθέντος (ΟΛΑΠ 1/2020). Περαιτέρω, από τις διατάξεις του άρ. 1 παρ. 1 του Ν. 5638/1932 «περί καταθέσεως σε κοινό λογαριασμό», όπως αντικαταστάθηκε με το άρ. 1 παρ. 1 του ν.δ. 951/1971, προκύπτει, ότι η τράπεζα στην οποία έγινε κατάθεση χρημάτων από περισσότερους με την μορφή του κοινού λογαριασμού καθίσταται κυρία των χρημάτων που κατατίθενται και η κυριότητα αυτή ανακτάται με την ανάληψη αυτών από οποιονδήποτε δικαιούχο του κοινού λογαριασμού. Η ανάληψη των χρημάτων της κατάθεσης από έναν εκ των δικαιούχων επιφέρει απόσβεση της απαίτησης έναντι της τράπεζας, ο άλλος, όμως, που δεν ανέλαβε, έχει απαίτηση για την καταβολή αυτού του ποσού που προσδιορίζεται από την εσωτερική σχέση κατά την οποία μπορεί να προκύπτει άλλη αναλογία από την καταβολή του μισού ποσού (σε περίπτωση δύο συνδικαιούχων) ή δικαίωμα επί ολοκλήρου του ποσού ή ακόμα έλλειψη δικαιώματος αναγωγής από μέρους αυτού που δεν προέβη σε ανάληψη ποσού, καθόσον η ύπαρξη κοινού λογαριασμού δεν σημαίνει ότι οι περισσότεροι δικαιούχοι για την τραπεζική χρήση του είναι και συνδικαιούχοι της οικονομικής αξίας των χρημάτων (βλ. πολιτικές αποφάσεις ΑΠ 431/2019 και ΑΠ 511/2016). [...]

[...] Με τις παραδοχές αυτές, οι οποίες διαλαμβάνονται στο σκεπτικό, σε συνδυασμό με όσα αναφέρονται στο διατακτικό της προσβαλλόμενης απόφασης, που παραδεκτά αλληλοσυμπληρώνονται, το Δικαστήριο της ουσίας με την προσβαλλόμενη απόφαση του και ορθές κατά βάση σκέψεις υπήγαγε τα περιστατικά που δέχθηκε ότι αποδείχθηκαν, στις ουσιαστικού ποινικού δικαίου διατάξεις των άρ. 386 παρ. 1 και παρ. 3 περ. β' και 98 του προϊσχύσαντος ΠΚ, τις οποίες ορθά ερμήνευσε και εφάρμοσε, προσδιορίζοντας την περιουσιακή βλάβη της εγκαλούσας από την πλάνη που της δημιούργησε η απατηλή συμπεριφορά του κατηγορουμένου σε 153.340,53 ευρώ, ποσό που μόνο τελεί σε αντικειμενικό αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ της παράστασης των ψευδών γεγονότων ως αληθινών του αναιρεσείοντα κατηγορουμένου και της πλάνης της εγκαλούσας, που οδήγησε στην ανωτέρω κατά το παραπάνω ποσό περιουσιακή διάθεση εκ μέρους της τελευταίας με τη δημιουργία κοινού τραπεζικού λογαριασμού ως αποτέλεσμα της ένδικης εξαπάτησης, ώστε ο κατηγορούμενος ήδη αναιρεσείων να αναλαμ-

βάνει ευχερώς τα χρήματα που η εγκαλούσα κατέθετε σ' αυτόν. Αντίθετα, τα υπόλοιπα καταβληθέντα ποσά των α. 34.000 ευρώ, β. 4.058,28 ευρώ και γ. 5.000 ευρώ και συνολικά 43.058,28 ευρώ, δεν καλύπτονται από συγκεκριμένες ψευδείς παραστάσεις και δεν αποτελούν σκοπούμενο περιουσιακό όφελος του αναιρεσείοντος, όπως δέχεται το Δικαστήριο με την απόφασή του, αλλά έχουν το χαρακτήρα περαιτέρω περιουσιακής ζημίας της εγκαλούσας, η οποία μόνο κατά το αστικό δίκαιο μπορεί να αναζητηθεί. Και τούτο διότι, όπως στις μείζονες σκέψεις διαλαμβάνεται, η περιουσιακή βλάβη ως στοιχείο απαραίτητο της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος της απάτης, πρέπει, να είναι το άμεσο, αναγκαίο και αποκλειστικό αποτέλεσμα της περιουσιακής διάθεσης, στην οποία προέβη ο πλανηθείς από την απατηλή συμπεριφορά του δράστη. Εξάλλου, η ανάληψη χρηματικών ποσών από κοινό τραπεζικό λογαριασμό των δι-αδίκων εκ μέρους του αναιρεσείοντα, ως περιουσιακό όφελος του αναλαβόντος, στοιχειοθετεί την προκείμενη πράξη, αφού κατά τις παραδοχές της απόφασης η δημιουργία του εν λόγω τραπεζικού λογαριασμού ως κοινού βρισκόταν στο απατηλό σχέδιο του αναιρεσείοντος και εξυπηρετούσε τον σκοπό της απόσπασης περιουσιακού οφέλους σε βάρος της εγκαλούσας. Υπόψη ότι τα ανωτέρω δεν έρχονται σε αντίθεση με τη λειτουργία κατά νόμο του κοινού τραπεζικού λογαριασμού, όπως στις μείζονες σκέψεις εκτέθηκε, εφόσον, κατά τα προεκτεθέντα, οι μεταξύ των συνδικαιούχων σχέσεις διαμορφώνονται ανάλογα με το δικαίωμα του καθενός που αυτοί καθορίζουν. Κατόπιν αυτών, οι σχετικές μερικές αιτιάσεις του αναιρεσείοντος, οι οποίες περιλαμβάνονται στον μοναδικό λόγο της υπό κρίση αναίρεσης από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Ε' του ΚΠΔ, είναι βάσιμες και πρέπει, μετά ταύτα, να αναιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση εν μέρει, διαμορφούμενης της ένδικης πράξης με αντικείμενο απάτης και αντίστοιχη προξενηθείσα ζημία, ποσού 153.340,53 ευρώ, συνακόλουθα δε και ως προς τη διάταξη της για την επιβολή ποινής στον αναιρεσείοντα κατηγορούμενο με θεμέλιο το ως άνω περιουσιακό όφελος ή αντίστοιχα την προξενηθείσα ζημία για την πράξη της κακουργηματικής απάτης, στην οποία καταδικάστηκε και για την τυχόν νέα επιμέτρηση αυτής, ενώ, πρέπει, να απορριφθεί η αναίρεση κατά τις λοιπές αιτιάσεις της. Περαιτέρω, πρέπει, ο αναιρεσείων να κηρυχθεί αθώος για τις λοιπές μερικότερες εξακολουθητικές πράξεις της απάτης με φερόμενο περιουσιακό όφελος και αντίστοιχη προξενηθείσα ζημία, συνολικού ποσού 43.058,28 ευρώ. Στη συνέχεια, πρέπει, να παραπεμφθεί η υπόθεση προς νέα συζήτηση στο ίδιο Δικαστήριο που την εξέδωσε, το οποίο θα συγκροτηθεί από τους ίδιους δικαστές εκτός αν δεν είναι δυνατή η συγκρότησή τους (άρ. 522 νέου ΚΠΔ). Τέλος, ενόψει της κατάρτησης της παρεπόμενης ποινής της στέρησης των πολιτικών δικαιωμάτων (βλ. άρ. 59 νέου ΠΚ), πρέπει, η σχετική διάταξη της προσβαλλόμενης απόφασης να απαλειφθεί.

## ΒΕΒΑΙΩΣΗ ΨΕΥΔΗΣ

### Αριθμ. 285/2020

Προεδρεύων ο Αρεοπαγίτης Δ. Γεώργας, Εισηγήτρια η Αρεοπαγίτης Μαρία Κουβίδου, Εισαγγελέας Ι. Κωνσταντινίδου-λος, Δικηγόρος Αγλαΐα Μυλωνοπούλου

**Ψευδής βεβαίωση, τελεσθείσα από υπάλληλο γραμματέας Πανεπιστημίου: Στοιχεία ψευδούς βεβαίωσης (άρ. 242 παρ. 1 πΠΚ).** – Μετά την ισχύ του νΠΚ η νομοτυπική μορφή της πράξης της ψευδούς βεβαίωσης δεν έχει μεταβληθεί, η διάταξη όμως του νΠΚ είναι αυστηρότερη της αντίστοιχης του πΠΚ, αφού μαζί με την στερητική της ελευθερίας ποινή απειλείται σωρευτικά και χρηματική ποινή. – Ορθώς και αιτιολογημένως καταδικάστηκε για ψευδή βεβαίωση ο α-

ναιρεσειών, ο οποίος, ως αρμόδιος υπάλληλος-γραμματέας Τμήματος Πανεπιστημίου, σημείωσε ιδιοχειρώς επί του σώματος της αίτησης της εγκαλούσας για συμμετοχή της στην διαδικασία εκλογής σε θέση αναπληρωτή καθηγητή του Τμήματος την αναληθή φράση “ουδέποτε κατατέθηκε στη γραμματεία φάκελος υποψηφιότητας”, θέτοντας την στρογγυλή σφραγίδα του Πανεπιστημίου, την υπογραφή του και χειρόγραφη σημείωση ημερομηνίας, η δε έκδοση της ψευδούς κατά περιεχόμενο ανωτέρω βεβαίωσης είχε έννομη συνέπεια, διότι έπληττε την νομιμότητα της αίτησης της πιο πάνω υποψηφιότητας. – Απορρίπτεται ο περί παραβίασεως του δεδικασμένου λόγος αναιρέσεως του κατηγορουμένου, αφού η απαλλαγή του για πλαστογραφία (νόθευση εγγράφου) δεν εμπόδιζε την δίωξή του για ψευδή βεβαίωση, διότι με τις πράξεις αυτές πλήττονται διαφορετικά έννομα αγαθά.

[...] Η διάταξη του άρ. 242 παρ. 1 του μέχρι 30.6.2019 ισχύσαντος Ποινικού Κώδικα, με βάση την οποία διώχθηκε και καταδικάστηκε ο κατηγορούμενος, όριζε, ότι «Υπάλληλος που στα καθήκοντά του ανάγεται η έκδοση ή η σύνταξη δημόσιων εγγράφων, αν σε τέτοια έγγραφα βεβαιώνει με πρόθεση ψευδώς περιστατικό που μπορεί να έχει έννομες συνέπειες, τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους». Κατά την έννοια της ανωτέρω διάταξης για τη στοιχειοθέτηση του εγκλήματος της ψευδούς βεβαίωσης (διανοητικής πλαστογραφίας), που είναι έγκλημα περί την υπηρεσία, απαιτείται α) ο δράστης να είναι υπάλληλος, κατά την έννοια των άρ. 13α και 263Α του ΠΚ, αρμόδιος καθ' ύλην και κατά τόπο για την σύνταξη ή έκδοση εγγράφου και να ενεργεί μέσα στα πλαίσια της υπηρεσίας που του έχει ανατεθεί, β) έγγραφο, κατά την έννοια του άρ. 13γ του ΠΚ και δημόσιο κατά την έννοια του άρ. 438 του ΚΠολΔ, δηλαδή έγγραφο που συντάσσεται από καθ' ύλην και κατά τόπο αρμόδιο δημόσιο υπάλληλο που έχει πλήρη αποδεικτική δύναμη έναντι όλων για κάθε γεγονός που βεβαιώνεται σ' αυτό, γ) βεβαίωση στο έγγραφο αυτό ψευδών πραγματικών περιστατικών, τα οποία μπορούν να έχουν έννομες συνέπειες, όπως είναι εκείνα που αφορούν στη γένεση, αλλοίωση ή απώλεια δικαιώματος ή έννομης σχέσης δημόσιας ή ιδιωτικής φύσης και δ) δόλος του δράστη, που συνίσταται στη γνώση και θέληση να βεβαιώσει ψευδή πραγματικά περιστατικά. Επίσης, κατά τη διάταξη του άρ. 263 παρ. 1 του προϊσχύσαντος ΠΚ, «Στον υπάλληλο που καταδικάζεται σε κάποια από τις πράξεις των άρθρων 235 μέχρι και 261, επιβάλλεται πρόσκαιρη στέρηση των πολιτικών δικαιωμάτων από ένα (1) έως πέντε (5) έτη, εκτός αν το δικαστήριο με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή του κρίνει διαφορετικά». Περαιτέρω, κατά την αντίστοιχη διάταξη του άρ. 242 παρ. 1 του ισχύοντος από 1.7.2019 νέου Ποινικού Κώδικα, «Υπάλληλος που στα καθήκοντά του ανάγεται η έκδοση ή η σύνταξη ορισμένων δημόσιων εγγράφων, αν σε τέτοια έγγραφα βεβαιώνει με πρόθεση ψευδώς περιστατικό που μπορεί να έχει έννομες συνέπειες, τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους και χρηματική ποινή». Από τη σύγκριση των διατάξεων του άρ. 242 παρ. 1 του προϊσχύσαντος ΠΚ με αυτές του άρ. 242 παρ. 1 του μετά τη δημοσίευση της προσβαλλόμενης απόφασης ισχύσαντος νέου ΠΚ, προκύπτει ότι η νομοτυπική μορφή της πράξης της ψευδούς βεβαίωσης δεν έχει αλλάξει, όμως, η διάταξη του νέου ΠΚ είναι αυστηρότερη, σύμφωνα με όσα αναφέρονται στη μερίζονα σκέψη, αφού πέραν της απειλούμενης και από τις δύο διατάξεις στερητικής της ελευθερίας ποινής φυλάκισης τουλάχιστον ενός έτους απειλεί σωρευτικά και χρηματική ποινή. [...]

[...] Με τις παραδοχές αυτές, οι οποίες διαλαμβάνονται στο σκεπτικό και αλληλοσυμπληρώνονται με όσα περιέχονται στο διατακτικό της προσβαλλόμενης απόφασης, το Δικαστήριο της ουσίας διέλαβε στην εν λόγω απόφασή του την απαιτούμενη από τις διατάξεις του Συντάγματος και του ΚΠΔ ειδική και εμπεριστατωμένη αιτιολογία, αφού αναφέρονται σ' αυτή, με σαφή-

νεια, πληρότητα και χωρίς αντιφάσεις ή λογικά κενά, τα πραγματικά περιστατικά, που αποδείχθηκαν από την ακροαματική διαδικασία και συγκροτούν την αντικειμενική και υποκειμενική υπόσταση του ως άνω εγκλήματος της ψευδούς βεβαίωσης για το οποίο καταδικάστηκε ο αναιρεσείων, με παράθεση όλων των στοιχείων που απαρτίζουν τη νομοτυπική μορφή του εγκλήματος αυτού, οι αποδείξεις που τα θεμελιώνουν και οι νομικοί συλλογισμοί, με βάση τους οποίους έγινε η υπαγωγή των αποδειχθέντων πραγματικών περιστατικών στην ως άνω εφαρμοσθείσα ουσιαστική διάταξη του άρ. 242 παρ. 1 του παλαιού ΠΚ, την οποία ορθά ερμήνευσε και εφάρμοσε και δεν παραβίασε ευθέως ή εκ πλαγίου, δηλαδή με ασαφείς, ελλειπείς ή αντιφατικές αιτιολογίες, οπότε δεν στέρησε την απόφαση από νόμιμη βάση. Ειδικότερα, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα και σε σχέση με τις επί μέρους αιτιάσεις του αναιρεσείοντος, στο πόρισμα της προσβαλλόμενης απόφασης διαλαμβάνονται τα στοιχεία που συγκροτούν την αντικειμενική και υποκειμενική υπόσταση της αξιόποινης πράξης της ψευδούς βεβαίωσης, αφού από τις παραδοχές της συνάγεται, ότι ο αναιρεσείων, ως αρμόδιος καθ' ύλην και κατά τόπο υπάλληλος-γραμματέας του Τμήματος της Ελληνικής Φιλολογίας του Δημοκρίτειου Πανεπιστημίου Θράκης, και συγκεκριμένα ως γραμματέας του άνω τμήματος, στον οποίο γινόταν η κατάθεση των αιτήσεων υποβολής υποψηφιοτήτων για τη θέση του αναπληρωτή καθηγητή καθώς και των απαιτούμενων δικαιολογητικών και ήταν αυτός που διαβίβαζε τα σχετικά έγγραφα στην αρμόδια επιτροπή, ενεργώντας μέσα στα πλαίσια της υπηρεσίας που του είχε ανατεθεί, εξέδωσε δημόσιο έγγραφο, προορισμένο για εξωτερική κυκλοφορία, καθόσον επρόκειτο να διαβιβαστεί αρχικά στην αρμόδια επιτροπή και στη συνέχεια στο Υπουργείο Παιδείας και ειδικότερα, επί του σώματος της... αίτησης της Π.Σ. για συμμετοχή της στη διαδικασία εκλογής σε θέση αναπληρωτή καθηγητή του τμήματος σημείωσε ιδιοχειρώς τη φράση «ουδέποτε κατατέθηκε στη γραμματεία φάκελος υποψηφιότητας», θέτοντας τη στρογγυλή σφραγίδα που χρησιμοποιούσε το ανωτέρω πανεπιστήμιο επί των εγγράφων του, την υπογραφή του και χειρόγραφη σημείωση ημερομηνίας (22.2.2010), το οποίο ήταν ψευδές κατά το περιεχόμενο του, καθόσον η Π.Σ. με την κατάθεση της αίτησης είχε καταθέσει και το φάκελο υποψηφιότητας, αλλά και κατά την ημερομηνία (22.2.2010), η έκδοση δε της ψευδούς κατά περιεχόμενο ανωτέρω βεβαίωσης είχε έννομη συνέπεια, διότι έπληττε την νομιμότητα της αίτησης της πιο πάνω υποψηφιότητας.

Συνεπώς, οι αιτιάσεις περί εσφαλμένης, άλλως εκ πλαγίου παράβασης, της εφαρμοσθείσας ουσιαστικής ποινικής διάταξης του άρ. 242 παρ. 1 ΠΚ, που προβάλλονται με τον όγδοο λόγο της αίτησης αναίρεσης και περί έλλειψης ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας, που προβάλλονται με τον πρώτο από τους πρόσθετους λόγους της αίτησης αναίρεσης, ως προς τα κρίσιμα ζητήματα του προορισμού του εγγράφου για εξωτερική χρήση και κυκλοφορία, της θέσης επ' αυτού της σφραγίδας που χρησιμοποιούσε το ανωτέρω πανεπιστήμιο επί των εγγράφων του, της καθ' ύλην αρμοδιότητας του αναιρεσείοντος για σύνταξη του εγγράφου και τις έννομες συνέπειες της ψευδούς βεβαίωσης και γενικά ως προς τα στοιχεία της υποκειμενικής και αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος, κρίνονται αβάσιμες. Επομένως, οι ανωτέρω, από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Ε' και Δ' ΚΠΔ λόγοι είναι αβάσιμοι. [...]

Μεταξύ των εγκλημάτων της ψευδούς βεβαίωσης και της πλαστογραφίας υφίσταται αληθής και όχι φαινομένη συρροή, γιατί το ένα αδίκημα δεν αποτελεί συστατικό στοιχείο ή επιβαρυντική περίπτωση του άλλου αδικήματος, ενώ, εξάλλου, είναι διαφορετικά τα πληττόμενα με το καθένα από αυτά έννομα αγαθά. [...]

Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα έγγραφα της δικογραφίας που παραδεκτώς επισκοπούνται για την έρευνα της βασιμότητας των λόγων αναίρεσης και των



πρόσθετων λόγων αυτής, ο αναιρεσείων με την 1094/2014 απόφαση του Μονομελούς Πλημμελειοδικείου Κομοτηνής, η οποία έχει καταστεί αμετάκλητη, κρίθηκε αθώος της πλαστογραφίας με χρήση διά της νόθευσης εγγράφου (άρ. 216 παρ. 1 ΠΚ), και συγκεκριμένα του ότι «Στην [...] το χρονικό διάστημα από 22.2.2010 έως και 14.6.2010, νόθευσε έγγραφο με σκοπό να παραπλανήσει με τη χρήση του άλλων σχετικά με γεγονότα που μπορεί να έχει έννομες συνέπειες, στη συνέχεια δε έκανε χρήση του εγγράφου αυτού για τον παραπάνω σκοπό. Ειδικότερα στον ανωτέρω τόπο και χρόνο, ως Γραμματέας του Τμήματος της Ελληνικής Φιλολογίας του Δημοκριτίου Πανεπιστημίου Θράκης (Δ.Π.Θ.), σημείωσε εκ των υστέρων, μετά την 22.2.2010 και έως την 9.6.2010 επί του σώματος της με αριθμ. πρωτ. ... αιτήσεως της εγκαλούσας Π.Σ. του Α., για συμμετοχή στη διαδικασία εκλογής της σε θέση Αναπληρωτή καθηγητή του Τμήματος, τη φράση “ουδέποτε κατατέθηκε στο γραμματέα φάκελος υποψηφιότητας”, στη συνέχεια δε την 14.6.2010 έκανε χρήση του εγγράφου αυτού, κοινοποιώντας το, με το υπ’ αριθμ. .../14.6.2010 έγγραφο προς τον Αντιπρύτανη Ακαδημαϊκών Υποθέσεων και Προσωπικού του Δ.Π.Δ., με σκοπό να παραπλανήσει τις Πρυτανικές Αρχές για τη νομιμότητα της υποβολής του φακέλου υποψηφιότητας της εγκαλούσας και να διακόψει τη διαδικασία εκλογής της ως Αναπληρώτριας Καθηγήτριας του Τμήματος καθόσον το Πρυτανικό Συμβούλιο του Δ.Π.Θ. με την υπ’ αριθμ. .../21.6.2010 απόφασή του έκρινε μη νόμιμη τη διαδικασία εκλογής της», με την αιτιολογία ότι επί του σχετικού εγγράφου ο αναιρεσείων αποτύπωσε τη δική του βούληση και δεν απέδωσε οποιαδήποτε δήλωση στη συντάκτρια αυτού, ούτε και παραποίησε το περιεχόμενό του. Με την ίδια απόφαση διατάχθηκε η διαβίβαση της δικογραφίας στον Εισαγγελέα Πλημμελειοδικών Ροδόπης, κατ’ άρθρ. 38 ΚΠΔ, προκειμένου να διερευνηθούν τυχόν ποινικές ευθύνες ως προς την πράξη της ψευδούς βεβαίωσης. Η ανωτέρω απαλλαγή δεν εμπόδιζε την ποινική δίωξη του αναιρεσείοντος, ούτε στη συνέχεια την τιμωρία του για την ανωτέρω αναφερόμενη πράξη της ψευδούς βεβαίωσης. Οι προαναφερόμενες ποινικές διώξεις αφορούν δύο διαφορετικές πράξεις που συρρέουν πραγματικά μεταξύ τους, δεδομένου ότι δεν ταυτίζονται κατά τα θεμελιούντα αυτές στοιχεία, καμία δεν αποτελεί συστατικό στοιχείο ή επιβαρυντική περίπτωση ή αναγκαίο μέσο της άλλης, ενώ καθεμία πλήττει διαφορετικό έννομο αγαθό, συγκεκριμένα δε η πλαστογραφία την ασφάλεια των εγγράφων συναλλαγών και η ψευδής βεβαίωση την εμπιστοσύνη των πολιτών στην αλήθεια του περιεχομένου των εγγράφων που εκδίδει ο υπάλληλος, ακολουθώντας δε πλήττει το κύρος της υπηρεσίας που αυτός ανήκει. Ορθώς, επομένως, απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση ο προβληθείς από τον αναιρεσείοντα ισχυρισμός περί απαραδέκτου της ποινικής δίωξης λόγω δεδικασμένου.

Συνεπώς, το Τριμελές Εφετείο με την προσβαλλόμενη απόφασή του δεν παραβίασε το δεδικασμένο που απορρέει από την 1094/2014 απόφαση του Μονομελούς Πλημμελειοδικείου Κομοτηνής και είναι αβάσιμος ο από το άρθρ. 510 παρ. 1 στοιχ. ΣΤ’ του ΚΠΔ δεύτερος πρόσθετος λόγος αναιρέσης, στον οποίο διαλαμβάνονται οι περί του αντιθέτου αιτιάσεις.

## ΓΕΝΕΤΗΣΙΑΣ ΑΞΙΟΠΡΕΠΕΙΑΣ ΠΡΟΣΒΟΛΗ

### Αριθμ. 930/2020

Προεδρεύουσα η Αντιπρόεδρος **Αρτεμισία Παναγιώτου**, Εισηγήτρια η Αρεοπαγίτης **Αλεξάνδρα Σιούτη**, Εισαγγελέας **Μαριάννα Ψαρουδάκη**, Δικηγόρος **Δ. Τσερτσίδης**

**Καταδίκη για προσβολή γενετήσιας αξιοπρέπειας. Ζητήματα ελλείψεως νομίμου βάσεως: Στοιχεία και τρόποι τέλεξης του υπαλλακτικώς μικτού εγκλήματος της προσβολής**

γενετήσιας αξιοπρέπειας (άρ. 337 παρ. 1 ΠΚ). – Έννοια “ασελγών χειρονομιών” και “προτάσεων”. – Έννοια “ασελγούς γενετήσιας πράξης”. – Ως “ασελγής” πράξη νοείται όχι μόνο η συνουσία και η παρά φύση ασέλγεια, αλλά και όλες οι αναγόμενες στην γενετήσια σφαίρα πράξεις, οι οποίες αντικειμενικώς μεν προσβάλλουν το αίσθημα της αιδούς και των ηθών, υποκειμενικώς δε κατευθύνονται στην ικανοποίηση ή την διέγερση της γενετήσιας επιθυμίας του δράστη. – Για ποιον λόγο υιοθετήθηκε η ο όρος “γενετήσια” αντί του όρου “σεξουαλική” πράξη στον νΠΚ. – Έννοια “γενετήσιας πράξης” και “χειρονομίας γενετήσιου χαρακτήρα” κατά τον νΠΚ. – Η διάταξη του άρθρ. 337 παρ. 1 ΠΚ, τελούμενη με ασελγείς χειρονομίες ή προτάσεις που αφορούν ασελγείς πράξεις, δεν διαφοροποιήθηκε με τον νΠΚ. – Πότε υπάρχει εσφαλμένη ερμηνεία και πότε εσφαλμένη εφαρμογή ουσιαστικής ποινικής διατάξεως. – Πότε υπάρχει έλλειψη νομίμου βάσεως. – Αναρείται λόγω ελλείψεως νομίμου βάσεως η προσβαλλόμενη καταδικαστική απόφαση για προσβολή γενετήσιας αξιοπρέπειας, αφού στην προσβαλλομένη επιφολοχωρεί αντίφαση, διότι, καίτοι στο σκεπτικό διαλαμβάνεται ότι ο αναιρεσείων-κατηγορούμενος, ξεκουμπώνοντας το παντελόνι του και κινούμενος προς την εγκαλούσα προσέβαλε την γενετήσια αξιοπρέπειά της με διάφορες φράσεις (που αναφέρονται στο σκεπτικό), στο διατακτικό ο αναιρεσείων κηρύσσεται ένοχος όχι μόνο για τις φράσεις αυτές αλλά και για “ασελγείς χειρονομίες και προτάσεις που αφορούν ασελγείς πράξεις” (που αναφέρονται στο διατακτικό).

Κατά τη διάταξη του άρθρ. 337 παρ. 1 ΠΚ, όπως ίσχυε κατά το χρόνο τέλεξης της αποδιδόμενης στον αναιρεσείοντα αξιοποιήσιμης πράξης, «όποιος με ασελγείς χειρονομίες ή προτάσεις που αφορούν ασελγείς πράξεις προσβάλλει βάνουσα την αξιοπρέπεια άλλου στο πεδίο της γενετήσιας ζωής του τιμωρείται με φυλάκιση μέχρι ενός έτους ή χρηματική, ποινή». Το έγκλημα αυτό, που σκοπό έχει την προστασία του εννόμου αγαθού της γενετήσιας ελευθερίας και αξιοπρέπειας, μπορεί να τελεστεί με δύο τρόπους ήτοι με ασελγείς χειρονομίες ή με προτάσεις που αφορούν ασελγείς πράξεις. Πρόκειται για έγκλημα υπαλλακτικώς μικτό, αφού οι δύο τρόποι τέλεξης μπορούν να εναλλαχθούν στην ίδια μονάδα εννόμου αγαθού και, σε περίπτωση συνδρομής αμφοτέρων, ένα μόνο έγκλημα πραγματώνεται. Από τη διάταξη δε αυτή προκύπτει ότι για τη στοιχειοθέτηση της αντικειμενικής υποστάσεως του εγκλήματος της προσβολής της γενετήσιας αξιοπρέπειας αρκεί να λάβουν χώρα ασελγείς χειρονομίες ή προτάσεις, που αφορούν ασελγείς πράξεις, προσβλητικές, κατά τρόπο βάνουσο της αξιοπρέπειας του άλλου στη σφαίρα της γενετήσιας ζωής. Σε αντίθεση με τις ασελγείς πράξεις οι «ασελγείς χειρονομίες» είναι ελαφρότερες ερωτικές πράξεις, που δεν φθάνουν στο σημείο της ασελγούς πράξεως, αλλά πάντως τελούνται σε σωματική επαφή, όπως ψαύσεις ή θωπείες του παθόντος. Οι «προτάσεις» πρέπει να αφορούν στην τέλεξη ασελγών πράξεων και μπορούν να γίνουν ρητά ή με χειρονομίες και δεν προϋποθέτουν σωματική επαφή, ενώ για τη στοιχειοθέτηση της υποκειμενικής υποστάσεως του ως άνω εγκλήματος απαιτείται δόλος, συνιστάμενος στη γνώση και τη θέληση πραγματώσεως των στοιχείων της πράξεως (ΑΠ 1450/2019, ΑΠ 409/2017). Ασελγής είναι κάθε γενετήσια πράξη, η οποία προσβάλλει κατά τρόπο βάνουσο, ήτοι κατά τρόπο που υποδηλώνει ιδιαίτερη απαξία και σοβαρότητα, την γενετήσια ελευθερία και αξιοπρέπεια του ατόμου. Ως τέτοιες προσβολές πρέπει να θεωρούνται οπωσδήποτε η συνουσία και οι απομιμήσεις της, δηλαδή οι πράξεις ο οποίες κατά τον τρόπο που τελούνται ενέχουν ανάλογη βαρύτητα με αυτήν και προϋποθέτουν οπωσδήποτε επαφή των γεννητικών οργάνων τουλάχιστον του ενός προσώπου με το γυμνό σώμα του άλλου. Ως ασελγής πράξη νοείται όχι μόνο η συνουσία και η παρά φύση ασέλγεια, αλλά και όλες οι πράξεις αναγόμενες στη γενετήσια

σφαίρα, οι οποίες αντικειμενικώς μεν προσβάλλουν το αίσθημα της αιδούς και των ηθών, υποκειμενικά δε κατευθύνονται στην ικανοποίηση ή την διέγερση της γενετήσιας επιθυμίας του δράστη (ΑΠ 491/2019, ΑΠ 57/2017). Σύμφωνα με τη διάταξη του προϊσχύσαντος ΠΚ, για την ποινική δίωξη της πράξης αυτής απαιτείται έγκληση.

Κατά την ταυτάριμη (337) διάταξη του νέου ΠΚ (Ν. 4619/2019) ισχύοντος από 1.7.2019, «όποιος με χειρονομίες γενετήσιου χαρακτήρα, με προτάσεις που αφορούν γενετήσιες πράξεις, με γενετήσιες πράξεις που τελούνται ενώπιον άλλου ή με επίδειξη των γεννητικών του οργάνων, προσβάλλει βάνουσα την τιμή του άλλου, τιμωρείται με φυλάκιση έως ένα έτος ή χρηματική ποινή. Για την ποινική δίωξη απαιτείται έγκληση». Η επιλογή του όρου «γενετήσια» αντί «σεξουαλική» στο νέο Ποινικό Κώδικα προτιμήθηκε, διότι πρόκειται για έννοια, η οποία ορίζει τόσο τη διαδικασία της αναπαραγωγής όσο και τις σχετικές ή παράλληλες με αυτήν πράξεις, διαθέσεις και ορμές, την ερωτική ζωή των ανθρώπων. Λόγω της γενικότητάς της υιοθετήθηκε στη σύγχρονη επιστημονική και κοινή γλώσσα. Ο όρος «γενετήσια πράξη» που χρησιμοποιείται στα άρθρα του 19<sup>ου</sup> κεφαλαίου του νέου ΠΚ (αντί του όρου ασελγής πράξη) έχει την έννοια που προσδιορίζει η νομολογία και η επιστήμη. Πρόκειται για τη συνουσία και άλλες πράξεις με την ίδια βαρύτητα από πλευράς προσβολής του εννόμου αγαθού της γενετήσιας ελευθερίας όπως η «παρά φύσιν» συνεύρεση, ο ετεροαυνανισμός, η πεολεξία και η αιδοιολεξία ή η χρήση υποκατάστατων μέσων.

Συνεπώς ως «γενετήσια πράξη» υπό το νέο Ποινικό Κώδικα νοείται, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 2 του άρ. 336 αυτού η συνουσία, καθώς και άλλες πράξεις με την ίδια, από πλευράς προσβολής του εννόμου αγαθού της γενετήσιας ελευθερίας, βαρύτητα, όπως είναι ενδεικτικά, η «παρά φύσιν» συνεύρεση, ο ετεροαυνανισμός, η πεολεξία, η αιδοιολεξία ή η χρήση υποκατάστατων μέσων (βλ. σχετ. Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4619/2019, 1<sup>ο</sup> Κεφάλαιο, Εγκλήματα της γενετήσιας ελευθερίας και εγκλήματα οικονομικής εκμετάλλευσης της γενετήσιας ζωής, σελ. 66), ήτοι πράξεις που δεν συνιστούν πάντοτε ή δεν προϋποθέτουν διεισδύσεις. Η κρίση ότι πρόκειται περί ενδεικτικής και όχι αποκλειστικής απαρίθμησης των ανωτέρω πράξεων ως «γενετήσιων» προκύπτει αδιαμφισβήτητα τόσο από την αναφορά στην αιτιολογική έκθεση αυτή καθ' εαυτή, ότι ο όρος «γενετήσια πράξη» έχει την έννοια που προσδιορίζει η νομολογία και η επιστήμη, όσο και από τη φράση «όπως είναι», που προηγείται της αναφοράς των επί μέρους αυτών πράξεων και η οποία γραμματικά, καταδεικνύει τη μη αποκλειστική απαρίθμηση τους, αλλά την αναφορά τους ως παραδειγμάτων. Ως χειρονομίες δε «γενετήσιου χαρακτήρα» νοούνται πράξεις ήσσονος βαρύτητας, οι οποίες όμως προσβάλλουν την γενετήσια αξιοπρέπεια, όπως χειρονομίες ή θωπείες ή ψαύσεις του σώματος, όταν δεν εξικονούνται σε γενετήσια πράξη. Τέλος, πράξεις γενετήσιου χαρακτήρα είναι συμπεριφορές ή χειρονομίες οι οποίες κατά την κοινή αντίληψη υπαινίσσονται ή καταδεικνύουν ή παρωθούν σε γενετήσιες πράξεις (βλ. αιτιολ. έκθεση στο σχέδιο νόμου Κύρωση του Ποινικού Κώδικα).

Από τη σύγκριση των δύο ως άνω διατάξεων συνάγεται ότι η διάταξη του άρ. 337 παρ. 1 ΠΚ τελούμενη με ασελγείς χειρονομίες ή προτάσεις που αφορούν ασελγείς πράξεις, δεν διαφοροποιήθηκε με το νέο ποινικό κώδικα ως προς την αντικειμενική και υποκειμενική υπόσταση του οικείου εγκλήματος τελούμενου με τους δύο ως άνω τρόπους (πρβλ. ΑΠ 279/2020), ο κατηγορούμενος για προσβολή της γενετήσιας αξιοπρέπειας επιβαρύνεται το ίδιο, αφού σε βάρος του απειλείται ποινή φυλάκισης μέχρι ενός έτους ή χρηματική ποινή, ενώ για την ποινική δίωξη της πράξης απαιτείται και στις δύο περιπτώσεις έγκληση. Ως εκ τούτου εφαρμοστέα τυγχάνει η διάταξη που ίσχυε κατά το χρόνο τέλεσης της πράξης.

Εξάλλου, λόγω αναίρεσης της απόφασης συνιστά, κατά το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Ε' ΚΠΔ και η εσφαλμένη εφαρμογή ή ερ-

μηνεία ουσιαστικής ποινικής διάταξης. Εσφαλμένη ερμηνεία υπάρχει, όταν το δικαστήριο αποδίδει στο νόμο διαφορετική έννοια από εκείνη που πραγματικά έχει, ενώ εσφαλμένη εφαρμογή, όταν το Δικαστήριο, χωρίς να παρερμηνεύσει το νόμο, δεν υπήγαγε ορθά τα πραγματικά περιστατικά, που δέχθηκε ότι αποδείχθηκαν, στη διάταξη που εφαρμόσθηκε. Περίπτωση δε εσφαλμένης εφαρμογής ουσιαστικής ποινικής διάταξης, που ιδρύει τον ανωτέρω αναιρετικό λόγο από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Ε' ΚΠΔ, συνιστά και η παραβίαση με πλάγιο τρόπο της διάταξης αυτής, η οποία υπάρχει, όταν στο πόρισμα της απόφασης, που προκύπτει από την αλληλοσυμπλήρωση του σκεπτικού και του διατακτικού της και ανάγεται στα στοιχεία και την ταυτότητα του εγκλήματος, έχουν εμφολωρήσει ασάφειες αντιφάσεις ή λογικά κενά, που καθιστούν ανέφικτο τον αναιρετικό έλεγχο σε σχέση με την ορθή εφαρμογή του νόμου, οπότε η απόφαση δεν έχει νόμιμη βάση.

Στην προκειμένη περίπτωση με την προσβαλλόμενη, με αριθμό 5941/23.9.2019, απόφασή του το Α' Τριμελές Πλημμελειοδικείο Θεσσαλονίκης, που δίκασε σε δεύτερο βαθμό, κήρυξε ένοχο τον αναιρεσείοντα της πράξης της προσβολής της γενετήσιας αξιοπρέπειας με την ελαφρυντική περίπτωση του άρ. 84 παρ. 2α ΠΚ και τον καταδίκασε σε ποινή φυλακίσεως 10 μηνών, την οποία ανέστειλε επί τριετία. Στο σκεπτικό της προσβαλλόμενης αποφάσεως, το δικασμόν Εφετείο, μετά από εκτίμηση και αξιολόγηση όλων των μνημονευόμενων αποδεικτικών μέσων, που έλαβε υπόψη του και μνημονεύει κατ' είδος, δέχθηκε ανελέγκτως, κατά πιστή μεταφορά τα εξής: «Η εγκαλούσα Α.Θ., που γεννήθηκε το 1995, τον Οκτώβριο του 2013 συγκατοικούσε με τους γονείς της στην περιοχή... Ο κατηγορούμενος είναι σύζυγος της αδελφής της μητέρας της εγκαλούσας. Στις 3.10.2013, η εγκαλούσα ήταν μόλις για λίγες ημέρες ενήλικη. Λίγο πριν το μεσημέρι και ενώ έλειπαν οι γονείς της, η μητέρα της στην εργασία της και ο πατέρας της σε χωριό, εμφανίστηκε για επίσκεψη ο κατηγορούμενος προτείνοντάς της να ετοιμασθεί και να την κεράσει καφέ έξω. Η τελευταία ξαφνιάστηκε, διότι δεν τον περίμενε και ούτε οι γονείς της το ήξεραν, και αρνήθηκε διότι είχε κανονίσει να βγει, ετοιμαζόταν δε να φορέσει τα υποδήματά της, κατευθυνόμενη προς το υπνοδωμάτιό της, και να αποχωρήσει. Εκμεταλλευόμενος την απουσία των γονέων της τελευταίας, ξεκινώντας από το σαλόνι, όπου καθόταν αρχικά και την περίμενε, ξεκούμπωσε το παντελόνι του κινούμενος προς την εγκαλούσα, και της έλεγε πως "με καλώνεις", "γκομενάρα", αρχικά προσέβαλε φραστικά την γενετήσια αξιοπρέπεια της με τις εκφράσεις "Με καλώνεις", "Είσαι πολύ γκομενάρα". Η εγκαλούσα που τρόμαξε μεν καθώς τον είδε να την πλησιάζει από την πόρτα του δωματίου της, άνοιξε την πόρτα του σπιτιού, που ήταν ενδιάμεσα και τον έσπρωξε, έξω, κλείνοντας την πόρτα πίσω του και βάζοντας σύρτη. Μέσα στην ταραχή της ενημέρωσε τηλεφωνικά τους γονείς της, που προσέτρεξαν άμεσα. Ο κατηγορούμενος αμφισβητεί αφενός το γεγονός αυτό καθαυτό, επικαλούμενος ότι την επισκέφτηκε για να της προτείνει μία γνωριμία με συνομήλικό νέο, ως προς τον οποίο όμως ουδέποτε της μίλησε, και αποτελεί σύμπτωση ότι η επίσκεψη έγινε εν τη απουσία των γονέων της. Επίσης αμφισβητεί τη δυναμική μίας νέας γυναίκας έναντι ενός γεροδεμένου άνδρα, πλην όμως η άμεση αντίδρασή της τον κατέλαβε εξ απήνης, και με μισάνοιχτο το παντελόνι, ήταν ευκολότερο με μία ώθηση να εκδιώξει, και σίγουρα όχι απίθανο, καθότι το κίνητρο της αυτοπροστασίας είναι ισχυρό. Εξάλλου ο κατηγορούμενος δε κινήθηκε βίαια ούτε με ταχύτητα προς το μέρος της εγκαλούσας. Η μαρτυρική της κατάθεση ήταν πειστική καθώς ήταν λεπτομερής και ακριβής και καθιστά εμφανές το ψυχικό τραύμα που προκάλεσε σε μία νέα γυναίκα ως προς το άλλο φύλο και τη κλονισμένη εμπιστοσύνη της στην ευρύτερη οικογένεια. Οι προσπάθειες να αποδοθεί το καταγγελλόμενο γεγονός ως μύθευμα, λόγω οικογενειακών προστριβών μεταξύ των δύο αδελφών (μητέρας της εγκαλούσας και συζύγου του κατηγορου-

μένου) δεν είναι πειστικό. Υπό τα ανωτέρω ο κατηγορούμενος προσέβαλε βάνουσα την αξιοπρέπεια της εγκαλούσας στο πεδίο της γενετήσιας ζωής της, και θα πρέπει να κηρυχθεί ένοχος της αποδιδόμενης πράξεως, πλην όμως να αναγνωρισθεί ότι συντρέχει η ελαφρυντική περίπτωση του άρ. 84 παρ. 2 εδ. α' ΠΚ περί προτέρου σύννομου βίου, καθότι δεν αποδείχθηκε άλλη, προγενέστερη ροπή προς τον αντικοινωνικό βίο, ούτε ποινικές καταδίκες για οποιαδήποτε αιτία». Ακολουθώντας το Δικαστήριο κήρυξε ένοχο τον κατηγορούμενο για το ότι: «Στην περιοχή ..., στις 3.10.2013, με ασελγείς χειρονομίες και προτάσεις που αφορούν ασελγείς πράξεις προσέβαλε βάνουσα την αξιοπρέπεια άλλου στο πεδίο της γενετήσιας ζωής του. Συγκεκριμένα μετέβη στην οικία της κουνιάδας του Φ.-Θ.Ε., στην οποία διαμένει με το σύζυγό της και την δεκαοκτάχρονη κόρη της, Θ.Α. και εκμεταλλευόμενος την απουσία των γονέων της τελευταίας αρχικά προσέβαλε φραστικά την γενετήσια αξιοπρέπεια της με τις εκφράσεις "Με καυλώνεις", "Με φτιάχνεις", "Είσαι πολύ γκομενάρα" και στη συνέχεια κατέβασε το παντελόνι και το εσώρουχό του και της επέδειξε τα γεννητικά του όργανα λέγοντάς της "δεν σε φτιάχνει αυτό, έλα να το νιώσεις να δεις πώς είναι"».

Με βάση όμως τις παραπάνω παραδοχές, ανακύπτει ασάφεια αλλά και αντίφαση μεταξύ σκεπτικού και διατακτικού της προσβαλλόμενης απόφασης. Ειδικότερα ενώ στο σκεπτικό της προσβαλλόμενης διαλαμβάνεται ότι ο αναιρεσείων-κατηγορούμενος ξεκουμπώνοντας το παντελόνι του και κινούμενος προς την εγκαλούσα προσέβαλε την γενετήσια αξιοπρέπεια αυτής με τις φράσεις "με καυλώνεις", "είσαι γκομενάρα", στο διατακτικό ο αναιρεσείων κηρύσσεται ένοχος όχι μόνο για τις φράσεις αυτές αλλά και για "ασελγείς χειρονομίες και προτάσεις που αφορούν ασελγείς πράξεις", οι οποίες ουδόλως αναφέρονται στο σκεπτικό ότι ειπώθηκαν από τον κατηγορούμενο-αναιρεσείοντα και συγκεκριμένα για το ότι κατέβασε το παντελόνι και το εσώρουχό του και επέδειξε στην εγκαλούσα τα γεννητικά του όργανα λέγοντάς της "δεν σε φτιάχνει αυτό", "έλα να το νιώσεις, να δεις πώς είναι". Συνεπεία των εν λόγω πλημμελειών που κατ' άρ. 511 ΚΠΔ, εξετάζονται και αυτεπαγγέλτως, καθίσταται ανέφικτος ο έλεγχος της ορθής ή μη εφαρμογής του νόμου και στερείται έτσι η προσβαλλόμενη απόφαση νόμιμης βάσης, κατά το βάσιμο περί τούτου, από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Ε' ΚΠΔ, εξεταζόμενο αυτεπαγγέλτως λόγω αναίρεσης, ο οποίος πρέπει να γίνει δεκτός. Μετά απ' αυτά παρέλκουσας της έρευνας των λόγων αναίρεσης που προβάλλει ο αναιρεσείων, πρέπει να αναιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και να παραπεμφθεί η υπόθεση κατ' άρ. 519 ΚΠΔ για νέα συζήτηση στο ίδιο Δικαστήριο, αφού είναι δυνατή η σύνθεσή του από άλλους δικαστές, εκτός από εκείνους που δίκασαν προηγουμένως (άρ. 519 ΚΠΔ).

## ΔΕΔΟΜΕΝΑ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ ΧΑΡΑΚΤΗΡΑ

### Αριθμ. 96/2020\*

Προεδρεύουσα η Αντιπρόεδρος Αβροκόμη Θούα, Εισηγητής ο Αρεοπαγίτης Γ. Αναστασάκος, Εισαγγελέας Αριστέα Θεοδόση, Δικηγόροι Μαρία Κοσσίδα, Καλλιόπη Ρόντου

**Επεξεργασία ευαίσθητων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και ανάρτηση αυτών σε ιστοσελίδα. Ορθή και αιτιολογημένη καταδίκη:** Το αδίκημα του άρ. 22 παρ. 4 του Ν. 2472/1997 είναι έγκλημα υπαλλακτικώς μικτό, η δε πράξη επέμβασης σε αρχείο τίθεται ως προϋπόθεση μόνο στην πρώτη μορφή τέλεσής του (της χωρίς δικαίωμα επέμβασης σε αρχείο)· απαιτείται συνεπώς να γίνεται διάκριση ανάμεσα στις μορφές τέλεσης του αδικήματος και στην συνέχεια να

διερευνάται αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις συνδρομής της έννοιας "αρχείο". – Στοιχεία του αδικήματος του άρ. 22 παρ. 4 του Ν. 2472/1997. – Έννοια "αρχείου" προσωπικών δεδομένων και "υποκειμένου" των δεδομένων. – Δεν θεωρούνται δεδομένα οι πληροφορίες των οποίων κάνει κάποιος χρήση και οι οποίες περιήλθαν εις γνώσιν του χωρίς να ανοίξει ή να ερευνήσει κάποιο αρχείο ή χωρίς να του τις έχει μεταδώσει τρίτος που επενέβη σε αρχείο. – Ορθώς και αιτιολογημένως καταδικάστηκε για την παράβαση του άρ. 22 παρ. 4 εδ. β' και α' του Ν. 2472/1997 ο κατηγορούμενος, ο οποίος, αφού αποθήκευσε δέκα βιντεοταινίες με τις ερωτικές επαφές του με την εγκαλούσα, που είχε μαγνητοσκοπήσει με την βιντεοκάμερά του με την συναίνεσή της στο κινητό και στον υπολογιστή του, εν συνεχεία τις ανήρτησε σε ιστοσελίδα, χρησιμοποιώντας ψευδώνυμο, αναγράφοντας το ονοματεπώνυμο της εγκαλούσας και τον τόπο καταγωγής της, χωρίς την συγκατάθεσή της, με αποτέλεσμα να καταστούν αυτές προσπελάσιμες σε αόριστο αριθμό επισκεπτών της ως άνω ιστοσελίδας.

[...] II. Κατά τα άρ. 2 παρ. 1, 9 παρ. 1 εδ. β', 9Α, 19 παρ. 1, 3 και 25 παρ. 1 εδ. δ' του Συντ., «ο σεβασμός και η προστασία της αξίας του ανθρώπου αποτελούν πρωταρχική υποχρέωση της Πολιτείας. Η ιδιωτική και οικογενειακή ζωή του ατόμου είναι απαραβίαστη. Καθένας έχει δικαίωμα προστασίας από τη συλλογή, επεξεργασία και χρήση, ιδίως με ηλεκτρονικά μέσα, των προσωπικών του δεδομένων, όπως νόμος ορίζει... Οι κάθε είδους περιορισμοί που μπορούν κατά το Σύνταγμα να επιβληθούν στα δικαιώματα του ανθρώπου ως ατόμου και ως μέλους του κοινωνικού συνόλου, πρέπει να προβλέπονται είτε απευθείας από το Σύνταγμα, είτε από το νόμο, εφόσον υπάρχει επιφύλαξη υπέρ αυτού και να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας». Εξάλλου, κατά το άρ. 8 της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ), η οποία κυρώθηκε με το ν.δ. 53/1974 και έχει υπερνομοθετική ισχύ, σύμφωνα με το άρ. 28 παρ. 1 του Συντ., «παν πρόσωπον δικαιούται εις τον σεβασμόν της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του, της κατοικίας του και της αλληλογραφίας του». Σύμφωνα με το άρ. 1 του Ν. 2472/1997, «Προστασία ατόμου από την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα», που εκδόθηκε σε συμμόρφωση προς την οδηγία 95/46/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 24/10/1995, και όπως ισχύει μετά τις τροποποιήσεις του με το άρ. 8 του Ν. 2819/2000 και το άρ. 34 του Ν. 2915/2001, αντικείμενο του νόμου αυτού, είναι η θέσπιση των προϋποθέσεων για την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα προς προστασία των δικαιωμάτων και των θεμελιωδών ελευθεριών των φυσικών προσώπων και ιδίως της ιδιωτικής ζωής. Εξ άλλου, κατά το άρ. 2 στοιχ. α', β', γ', δ', ε' και ι' του αυτού νόμου για τους σκοπούς αυτού νοούνται ως: α) «δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα», κάθε πληροφορία που αναφέρεται στο υποκείμενο των δεδομένων. Δεν λογίζονται ως δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα τα στατιστικής φύσεως συγκεντρωτικά στοιχεία, από τα οποία δεν μπορούν πλέον να προσδιορισθούν τα υποκείμενα των δεδομένων, β) «ευαίσθητα δεδομένα», τα δεδομένα που αφορούν τη φυλετική ή εθνική προέλευση, τα πολιτικά φρονήματα, τις θρησκευτικές ή φιλοσοφικές πεποιθήσεις, τη συμμετοχή σε ένωση, σωματείο και συνδικαλιστική οργάνωση, την υγεία, την κοινωνική πρόνοια και την ερωτική ζωή, καθώς και τα σχετικά με ποινικές διώξεις ή καταδίκες, με την παρ. 1 άρθρου 18 του Ν. 3471/2006 και στη συνέχεια με την παρ. 3 άρ. 8 του Ν. 3625/2007, ρυθμίστηκαν οι περιπτώσεις, όπου, ειδικά για τα σχετικά με ποινικές διώξεις ή καταδίκες, δύναται να επιτραπεί η δημοσιοποίηση μόνον από την εισαγγελική αρχή, γ) «Υποκείμενο των δεδομένων», το φυσικό πρόσωπο στο οποίο αναφέρονται τα δεδομένα και του οποίου η ταυτότητα είναι γνωστή ή μπορεί να εξακριβωθεί, δηλαδή μπορεί να προσδιορισθεί αμέσως ή εμμέσως, ιδίως βάσει

\* Βλ. και σχετικό νομικό ζήτημα Βασιλικής Τζαλαβρά, κατωτέρω, σ. 312 επ.



αριθμού ταυτότητας ή βάσει ενός ή περισσότερων συγκεκριμένων στοιχείων που χαρακτηρίζουν την υπόστασή του από άποψη φυσική, βιολογική, ψυχική, οικονομική, πολιτιστική, πολιτική ή κοινωνική, δ) «Επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα» («επεξεργασία»), κάθε εργασία ή σειρά εργασιών που πραγματοποιείται, από το δημόσιο ή από νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου ή ιδιωτικού δικαίου ή ένωση προσώπων ή φυσικό πρόσωπο με ή χωρίς τη βοήθεια αυτοματοποιημένων μεθόδων και εφαρμόζονται σε δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα, όπως η συλλογή, η καταχώριση, η οργάνωση, η διατήρηση ή αποθήκευση, η τροποποίηση, η εξαγωγή, η χρήση, η διαβίβαση, η διάδοση ή κάθε άλλης μορφής διάθεση, η συσχέτιση ή ο συνδυασμός, η διασύνδεση, η δέσμευση (κλείδωμα), η διαγραφή, η καταστροφή, ε) «αρχείο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα» («αρχείο») (είναι) σύνολο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, τα οποία αποτελούν ή μπορεί να αποτελέσουν αντικείμενο επεξεργασίας, και τα οποία τηρούνται είτε από το Δημόσιο ή από νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου ή ιδιωτικού δικαίου ή ένωση προσώπων ή φυσικό πρόσωπο, κατά τη διατύπωση της παρ. 2 του άρ. 18 του Ν. 3471/2006, με την οποία αντικαταστάθηκε το τελευταίο αυτό εδάφιο κατά την έννοια του νόμου νοείται ως «αρχείο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα» («αρχείο») κάθε διαρθρωμένο σύνολο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, τα οποία είναι προσιτά με γνώμονα συγκεκριμένα κριτήρια. Και «αποδέκτης» είναι το φυσικό πρόσωπο ή νομικό πρόσωπο ή δημόσια αρχή ή υπηρεσία ή οποιοσδήποτε άλλος οργανισμός, στον οποίο ανακοινώνονται ή μεταδίδονται τα δεδομένα, ανεξαρτήτως αν πρόκειται για τρίτο ή όχι. Τέλος, κατά το άρ. 3 παρ. 1 του Ν. 2472/1997, οι διατάξεις του νόμου αυτού, «εφαρμόζονται στην εν όλω ή εν μέρει αυτοματοποιημένη επεξεργασία, καθώς και στη μη αυτοματοποιημένη επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, τα οποία περιλαμβάνονται ή πρόκειται να περιληφθούν σε αρχείο». Περαιτέρω, κατά το άρ. 22 παρ. 4 του ίδιου νόμου, «όποιος χωρίς δικαίωμα επέμβαίνει με οποιονδήποτε τρόπο σε αρχείο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα ή λαμβάνει γνώση των δεδομένων αυτών ή τα αφαιρεί, αλλοιώνει, βλάπτει, καταστρέφει, επεξεργάζεται, μεταδίδει, ανακοινώνει, τα καθιστά προσιτά σε μη δικαιούμενα πρόσωπα ή επιτρέπει στα πρόσωπα αυτά να λάβουν γνώση των εν λόγω δεδομένων ή τα εκμεταλλεύεται με οποιονδήποτε τρόπο, τιμωρείται με φυλάκιση και χρηματική ποινή και αν πρόκειται για ευαίσθητα δεδομένα με φυλάκιση τουλάχιστον ενός (1) έτους και χρηματική ποινή τουλάχιστον ενός εκατομμυρίου (1.000.000) έως δέκα εκατομμυρίων (10.000.000) δραχμών, αν η πράξη δεν τιμωρείται βαρύτερα από άλλες διατάξεις»... Από την διατύπωση της παραπάνω διάταξης καθίσταται σαφές ότι το αδίκημα του άρ. 22 παρ. 4 του Ν. 2472/1997 είναι ένα υπαλλακτικώς μικτό έγκλημα και μόνο στην πρώτη μορφή τέλεσής του τίθεται ως προϋπόθεση η πράξη της επέμβασης σε αρχείο. Στις υπόλοιπες μορφές τέλεσης δεν τίθεται ως προϋπόθεση να υφίσταται ή να έχει προηγηθεί επέμβαση σε αρχείο χωρίς δικαίωμα. Θα πρέπει συνεπώς να γίνεται καταρχήν διάκριση ανάμεσα στις νομοτυπικές μορφές τέλεσης του αδικήματος και στη συνέχεια να διερευνάται αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις συνδρομής της έννοιας «αρχείο».

Συνεπώς, για την αντικειμενική θεμελίωση του εν λόγω εγκλήματος, απαιτείται: α) ύπαρξη δεδομένων που περιλαμβάνονται σε «αρχείο», ως τέτοιο δε θεωρείται, κατ' άρ. 2 περ. ε' το σύνολο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, το οποίο πρέπει να ακολουθεί κάποια διάρθρωση και τα δεδομένα που περιλαμβάνει να είναι προσιτά με συγκεκριμένα κριτήρια, και τα οποία (δεδομένα), σύμφωνα με το άρ. 3 παρ. 1 του ίδιου νόμου, υπόκεινται ή μπορεί να υπόκεινται σε εν μέρει ή εν όλω αυτοματοποιημένη ή μη αυτοματοποιημένη επεξεργασία και περιλαμβάνονται ή πρόκειται να περιληφθούν σε αρχείο. Βεβαίως, όταν δεν υφίσταται αρχείο προσωπικών δεδομένων, δηλαδή διαρθρωμένο σύνολο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα

που είναι προσιτά με γνώμονα συγκεκριμένα κριτήρια (άρ. 2 περ. ε' του Ν. 2472/1997), δεν στοιχειοθετείται το αδίκημα, β) υποκείμενο των δεδομένων, δηλαδή το φυσικό πρόσωπο, στο οποίο αναφέρονται τα δεδομένα και του οποίου η ταυτότητα είναι γνωστή ή μπορεί να εξακριβωθεί, και γ) να πρόκειται για δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα, όπως αυτά ορίζονται με τις πιο πάνω διατάξεις. Έτσι, από το συνδυασμό των παραπάνω διατάξεων προκύπτει ότι, δεν θεωρούνται δεδομένα οι πληροφορίες των οποίων κάνει κάποιος χρήση και οι οποίες περιήλθαν σε γνώση του, χωρίς να ανοίξει ή να ερευνήσει αυτός κάποιο αρχείο ή χωρίς να του τις έχει μεταδώσει τρίτος που επενέβη σε αρχείο, γιατί εκλείπει η προϋπόθεση του αρχείου ως στοιχείου της αντικειμενικής υποστάσεως. Τούτο συνάγεται επίσης ευθέως και από τη διατύπωση των διατάξεων του άρ. 22 παρ. 4, 5 και 6 του ως άνω νόμου, με τις οποίες απειλούνται ποινικές κυρώσεις σε περίπτωση παράνομης επεμβάσεως σε αρχείο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα ή αυθαίρετης χρησιμοποίησε του προϊόντος τέτοιας επεμβάσεως, όχι όμως και στην περίπτωση που δεν έχει γίνει τέτοια επέμβαση και ο φερόμενος ως δράστης γνωρίζει τα διαδιδόμενα από μόνος του, αφού στην περίπτωση αυτή δεν στοιχειοθετείται αντικειμενικά «αρχείο» (ΑΠ 612/2017, 1372/2015).

[...] Στην προκειμένη περίπτωση, το Τριμελές Εφετείο Πλημμελημάτων Αθηνών, που δίκασε σε δεύτερο βαθμό, με την προσβαλλόμενη 7609/2018 απόφασή του, κήρυξε τον ανααιρεσιόντο ένοχο για την πράξη της παράνομης επεξεργασίας ευαίσθητων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα κατ' εξακολούθηση και τον καταδίκασε σε ποινή φυλάκισης 2 ετών (με τριετή αναστολή) και χρηματική ποινή 8.000 ευρώ. Στο σκεπτικό της απόφασης, το δικαστήριο δέχθηκε ότι, από τα αποδεικτικά μέσα που λεπτομερώς κατ' είδος αναφέρει, αποδείχθηκαν τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά «Ο κατηγορούμενος και η πολιτικώς ενάγουσα διατηρούσαν ερωτικό δεσμό για χρονικό διάστημα 5 περίπου ετών. Ο τελευταίος συνήθιζε να καταγράφει με τη συναίνεση της πολιτικώς ενάγουσας τις ερωτικές συνεντεύξεις τους, σε ψηφιακή μορφή (videos), προς προσωπική του τέρψη. Όταν, όμως, περί το έτος 2013 η πολιτικώς ενάγουσα του ζήτησε να διακόψουν τη σχέση τους, κάτι που με κανένα τρόπο δεν επιθυμούσε ο κατηγορούμενος, άρχισε με φορτικό τρόπο να την πιέζει προς επανασύνδεση. Στην προσπάθειά του αυτή απείλησε την πολιτικώς ενάγουσα ότι αν δεν ξανασυνδεθεί μαζί του θα τη ρεζιλέψει, μάλιστα το φθινόπωρο του 2013 της είχε αναφέρει ότι θα δημοσιοποιήσει τα βίντεο και ότι θα την κάνει ρεζίλι στην ..., ήτοι στον τόπο καταγωγής της τελευταίας. Πράγματι λίγο καιρό αργότερα η πολιτικώς ενάγουσα έλαβε πληροφορίες ότι υπήρχε αναρτημένο στο διαδίκτυο βίντεο, στο οποίο απεικονιζόταν αυτή σε ερωτικές στιγμές και ειδικότερα τον μήνα Απρίλιο του έτους 2014 διαπίστωσε ότι υπήρχαν αναρτημένα στην ιστοσελίδα ..., 10 βίντεο ερωτικού περιεχομένου, στα οποία απεικονιζόταν η ίδια, σε ερωτικές συνεντεύξεις, κάτωθι των οποίων αναγράφονταν το ονοματεπώνυμο της και ο τόπος καταγωγής της, ήτοι "...", τα οποία είχαν μαγνητοσκοπηθεί κατά τη διάρκεια της σχέσης τους και τα οποία ο κατηγορούμενος είχε αποθηκεύσει στον φορητό υπολογιστή και στο κινητό του, καθιστώντας τα με τον τρόπο αυτό προσιτά σε αόριστο αριθμό επισκεπτών της ως άνω ιστοσελίδας, χωρίς τη συγκατάθεση της πολιτικώς ενάγουσας. Αποδείχτηκε περαιτέρω ότι η ανάρτηση αυτή πραγματοποιήθηκε από τον κατηγορούμενο χρησιμοποιώντας το ψευδώνυμο "...". Μάλιστα η πολιτικώς ενάγουσα κατέθεσε ότι η σύνθεση του ψευδωνύμου αυτού σχετιζόταν με ενδιαφέροντα του κατηγορουμένου και με προσωπικά στοιχεία του, καθώς ήταν λάτρης των φιλοσόφων και κατά το επίδικο χρονικό διάστημα ήταν 35 χρονών. Ο κατηγορούμενος αρνείται την πράξη και ισχυρίζεται ότι η ανάρτηση πραγματοποιήθηκε από άγνωστο δράστη καθώς είχε κλαπεί το κινητό του και για τον λόγο αυτόν είχε μεταβεί σε Αστυνομικό Τμήμα, προκειμένου

να δηλώσει την κλοπή. Πλήρως αποδείχθηκε, ωστόσο, ότι ο κατηγορούμενος είχε πράγματι επισκεφθεί Αστυνομικό Τμήμα όχι, όμως, για να δηλώσει την κλοπή αλλά για να δηλώσει ότι απώλεσε το κινητό του. Ο ισχυρισμός, δε, του κατηγορούμενου ότι ο αρμόδιος αστυνομικός τον κατηύθυνε να δηλώσει απώλεια του κινητού του, αντί της κλοπής, σε καμία περίπτωση δεν κρίνεται πειστικός από το Δικαστήριο. Εξάλλου, ο δράστης της επικαλούμενης από τον κατηγορούμενο κλοπής δεν γνώριζε το όνομα της παθούσας ούτε την καταγωγή της. Η ανάρτηση, δε και των προσωπικών στοιχείων της πολιτικής ενάγουσας, σαφώς και καταδεικνύει προσωπική γνωριμία του ατόμου που προέβη στην ανάρτηση αυτή με την πολιτικώς ενάγουσα και διάθεση να την βλάψει, ενώ αντιθέτως ο άγνωστος προς αυτήν τυχόν δράστης της κλοπής, δεν είχε κανένα λόγο να αναρτήσει τα προσωπικά της στοιχεία, καθόσον, κατά τους ισχυρισμούς του κατηγορούμενου, απέβλεπε αποκλειστικά και μόνο να αποκομίσει χρήματα από την ανάρτηση αυτή, δηλαδή εφόσον σκόπευε αποκλειστικά σε δικό του όφελος. Περαιτέρω αποδείχθηκε ότι τα αναρτημένα βίντεο είναι αποτέλεσμα μοντάζ, τα οποία βρέθηκαν σε laptop στην οικία του κατηγορούμενου όταν πραγματοποιήθηκε έρευνα. Μάλιστα σε ένα φάκελο βρέθηκαν 15 βίντεο με ερωτικές σκηνές μεταξύ του κατηγορουμένου και της πολιτικώς ενάγουσας, που ονομαζόταν "...", ενώ υπήρχε και άλλος φάκελος στον οποίο υπήρχαν 10 βίντεο που είχαν αναρτηθεί, όπως τα παραπάνω πλήρως επιβεβαιώνει με την κατάθεσή του ενώπιον του Δικαστηρίου τούτου ο μάρτυρας Ν.Γ., ο οποίος διενήργησε την έρευνα στην οικία του κατηγορούμενου. Το γεγονός, δε, ότι ο κατηγορούμενος δήλωσε την απώλεια του κινητού του, στις 31.3.2014 και οι επίμαχες αναρτήσεις έλαβαν χώρα τις επόμενες ημέρες, δηλαδή κατά τον μήνα Απρίλιο του έτους 2014, ενισχύει την ανωτέρω κρίση του Δικαστηρίου, περί του ότι πράγματι τα επίμαχα video αναρτήθηκαν από τον ίδιο. Σημειώνεται, δε, ότι ακόμη και το επικαλούμενο από τον τελευταίο γεγονός ότι αυτός δήλωσε κλοπή στο αστυνομικό τμήμα και ότι ανεγράφη απώλεια, ουδεμία επιρροή ασκεί, καθόσον και αληθής υποτιθέμενος, δεν μεταβάλλει την πρόθεσή του να δηλώσει ότι το κινητό του δεν ήταν πλέον στη κατοχή του (είτε λόγω κλοπής, είτε λόγω απώλειας). Ως εκ τούτου, στο σημείο τούτο πρέπει να σημειωθεί ότι δεν κρίνεται ούτε αναγκαίο ούτε σκόπιμο να κληθεί για να καταθέσει ενώπιον του Δικαστηρίου τούτου ο αστυνομικός, Μ.Π., ενώπιον του οποίου έγινε η ανωτέρω δήλωση, αλλά ούτε και η συντάκτρια της από 21.3.2017 έκθεσης εργαστηριακής πραγματογνωμοσύνης Ανθυπαυόνος Σ.Μ., καθόσον αφενός μεν το περιεχόμενο της έκθεσης αυτής είναι σαφές, αφετέρου δε σε κάθε περίπτωση εκτιμάται από το Δικαστήριο για το σχηματισμό της δικανικής του κρίσης, σε συνδυασμό και με τα λοιπά αποδεικτικά μέσα, χωρίς να παραλείπεται κανένα απ' αυτά, απορριπτόμενου του σχετικού υποβαλλόμενου αιτήματος του κατηγορούμενου, διά της πληρεξούσιας συνηγούρου του. Από όλα τα ανωτέρω πραγματικά περιστατικά, πλήρως αποδεικνύεται ότι η προπεριγραφόμενη συμπεριφορά του κατηγορούμενου στοιχειοθετεί την αντικειμενική και υποκειμενική υπόσταση της αξιόποινης πράξης της παράνομης επεξεργασίας ευαίσθητων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα.

[...] Με βάση τις παραδοχές αυτές, το δικαστήριο, στη συνέχεια, κήρυξε ένοχο τον κατηγορούμενο του ότι: «Στην Αθήνα στις 25 Απριλίου 2014, τέλεσε με περισσότερες πράξεις τα παρακάτω εγκλήματα, που τιμωρούνται με πρόσκαιρες στέρητικές της ελευθερίας ποινές και ειδικότερα: Χωρίς δικαίωμα επεξεργασίας, κατά την έννοια του άρθρου 2 στ. δ' Ν. 2472/1997, ευαίσθητα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα, τα οποία αποτελούσαν μέρος ενός διαρθρωμένου συνόλου δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και τα οποία ήταν προσιτά με γνώμονα συγκεκριμένα κριτήρια και συγκεκριμένα στον ως άνω τόπο και χρόνο ανήρτησε στην ιστοσελίδα ... χρησιμοποιώντας το ψευδώνυμο "...", 10 βίντεο ερωτικού περιεχομένου, στα οποία

εμφανίζονται η ήδη εγκαλούσα, Π.Τ., σε ερωτικές συννευρέσεις, κάτωθι των οποίων αναγράφονταν το ονοματεπώνυμο της ως άνω εγκαλούσας και ο τόπος καταγωγής της, ήτοι "...", τα οποία είχαν μαγνητοσκοπηθεί κατά τη διάρκεια της σχέσης τους, με τη συναίνεσή της και τα οποία είχε αποθηκεύσει στον φορητό υπολογιστή και το κινητό του, καθιστώντας τα με τον τρόπο αυτό προσιτά σε αόριστο αριθμό επισκεπτών της ως άνω ιστοσελίδας, χωρίς τη συγκατάθεση της εγκαλούσας». Με βάση τις παραδοχές αυτές, το δευτεροβάθμιο δικαστήριο διέλαβε στο αιτιολογικό της προσβαλλομένης αποφάσεώς του, που παραδεκτά συμπληρώνεται από το διατακτικό και αποτελούν ενιαίο σύνολο, την από τις ανωτέρω διατάξεις του Συντάγματος και του ΚΠΔ, απαιτούμενη ειδική και εμπεριστατωμένη αιτιολογία, αφού εκθέτει σε αυτήν με σαφήνεια, πληρότητα, χωρίς επιλεκτική εκτίμηση αποδεικτικών μέσων και χωρίς αντιφάσεις ή λογικά κενά, τα πραγματικά περιστατικά, τα οποία αποδείχθηκαν από την ακροαματική διαδικασία και συγκροτούν την αντικειμενική και υποκειμενική υπόσταση της αξιόποινης πράξεως της παραβάσεως του άρ. 22 παρ. 4 β', α' του Ν. 2472/1997. Ειδικότερα διαλαμβάνει τις αποδείξεις από τις οποίες συνήγαγε τα περιστατικά αυτά, καθώς επίσης και τους συλλογισμούς, με βάση τους οποίους έκανε την υπαγωγή τους στις ουσιαστικές ποινικές διατάξεις των άρ. 1, 12, 26 παρ. 1 εδ. α', 26 παρ. 1 α, 27 παρ. 1, 79, 98 ΠΚ, 22 παρ. 4β, α του Ν. 2472/1997, τις οποίες ορθά ερμήνευσε και εφάρμοσε, χωρίς να τις παραβιάσει ευθέως ή εκ πλαγίου, με ελλιπή ή αντιφατική αιτιολογία και να στερήσει έτσι την απόφασή του από νόμιμη βάση. Ειδικότερα αναφέρονται στην αιτιολογία: α) τα αποδεικτικά μέσα κατά το είδος τους, από τα οποία το δικαστήριο συνήγαγε τα περιστατικά που εκτέθηκαν και οδηγήθηκε στην καταδικαστική του κρίση, β) ο τρόπος με τον οποίο ο κατηγορούμενος, επεξεργάστηκε και δημιούργησε στον ηλεκτρονικό υπολογιστή του «αρχείο», ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων, με τις παραδοχές ότι, κατά τη χρονική διάρκεια της ερωτικής του σχέσης με την εγκαλούσα (2008 έως 2013), με τη συναίνεσή της, μαγνητοσκόπησε σε ψηφιακή μορφή (video) τις ερωτικές επαφές τους, με βιντεοκάμερα που ο ίδιος διέθετε και ακολούθως με δική του πρωτοβουλία μετέφερε τις βιντεοταινίες αυτές (10), στις οποίες διακρίνεται η εγκαλούσα σε ερωτικές στιγμές, χωρίς να διακρίνεται το πρόσωπο του κατηγορουμένου, σε ηλεκτρονικό υπολογιστή, γ) το περιεχόμενο των ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων, που αναγόταν στην ερωτική ζωή της εγκαλούσας, δ) ότι το οπτικοακουστικό υλικό αυτό (αρχείο), με επεξεργασία ανάρτησε, χωρίς τη συγκατάθεση της εγκαλούσας σε ιστοσελίδα του διαδικτύου που αναφέρεται στο σκεπτικό, ε) ότι με τον τρόπο αυτό κατέστησε γνωστά ευαίσθητα προσωπικά δεδομένα της εγκαλούσας, που αφορούσαν την ερωτική της ζωή σε αperiόριστο αριθμό ατόμων που είχαν πρόσβαση στην ιστοσελίδα αυτή του διαδικτύου, και οι οποίοι μπορούσαν να διακρίνουν το πρόσωπο αυτής (εγκαλούσας) και να προσδιορίσουν την ταυτότητά της, στ) τον δόλο του που πηγάζει από την θέλησή του, για την πραγμάτωση των πραγματικών περιστατικών που θεμελιώνουν την αντικειμενική υπόσταση του αδικήματος για το οποίο καταδικάστηκε. Σημειώνεται ότι η βιντεοσκόπηση και στη συνέχεια, η αντιγραφή της βιντεοταινίας σε ψηφιακό δίσκο, η δημιουργία οπτικοακουστικού υλικού της ερωτικής πράξης της εγκαλούσας, η επεξεργασία της σε αρχείο στον ηλεκτρονικό υπολογιστή και η μετάδοση αυτής ανά πάσα στιγμή σε τρίτους δεν χρειάζεται καμία ομαδοποίηση ή ταξινόμηση, και είναι τεχνικά απλή η επεξεργασία και η μετάδοση αυτού σε τρίτους, του ψηφιακού δίσκου, στο οποίο έχει αποθηκευτεί, γι' αυτό και συνιστούν αυτά αρχείο με την έννοια του παραπάνω νόμου (ΑΠ 612/2017, 1372/2015). Οι περί του αντιθέτου αιτιάσεις του αναιρεσείοντος είναι αβάσιμες αφού το δικαστήριο 1) έλαβε υπόψη, μεταξύ άλλων αποδεικτικών μέσων, α) την από 13.2.2015 αναγνωσθείσα προανακριτική κατάσταση του μάρτυρα Μ.Τ. (αστυνομικού) και β) την από 21.3.2017 έκ-

θεση εργαστηριακής πραγματογνωμοσύνης της ανθυπαστυνόμου Σ.Μ., την οποία μνημονεύει ειδικότερα στο σκεπτικό και 2) αιτιολόγησε επαρκώς την απορριπτική του κρίση ως προς το αίτημα αναβολής της δίκης για κρείσσονες αποδείξεις που υπέβαλλε ο κατηγορούμενος προκειμένου να κληθούν και εξετασθούν η προαναφερόμενη ανθυπαστυνόμος και ο αστυνομικός Μ.Π. (σελ. 7), παρά την αοριστία του υποβληθέντος αιτήματος, αφού δεν προσδιόριζε τα ζητήματα επί των οποίων επρόκειτο να εξετασθούν οι ανωτέρω μάρτυρες. Όλες οι λοιπές αιτιάσεις, είναι απαράδεκτες, διότι υπό την επίφαση της ελλείψεως αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης πλήττεται η αναίρετικά ανέλεγκτη κρίση του δικαστηρίου της ουσίας. Επομένως, οι από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Δ' και Ε' ΚΠΔ λόγοι αναίρεσεως, με τους οποίους πλήττεται η προσβαλλόμενη απόφαση για έλλειψη ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας και έλλειψη νόμιμης βάσης, είναι αβάσιμοι.

#### Αριθμ. 505/2020\*

Προεδρεύων ο Αντιπρόεδρος Ι. Μαγγίνας, Εισηγήτρια η Αρεοπαγίτης Ζωή Κωστόγιαννη-Καλούση, Εισαγγελέας Δ. Ασπρογέρακας, Δικηγόροι Κ. Γραμματικός, Αγγελική Δαφνή

**Χωρίς δικαίωμα διατήρησης και μετάδοσης-ανακοίνωσης ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων. Διαχρονικό δικαίωμα:** Οι διατάξεις του άρ. 38 παρ. 1 και 2 του Ν. 4624/2019 είναι ευμενέστερες εν συγκρίσει με τις αντίστοιχες του ήδη καταργηθέντος Ν. 2472/1997, αφού αφενός μεν σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 38 για την αποθήκευση προσωπικών δεδομένων προβλέπεται ποινή φυλάκισης έως ένα έτος, αφετέρου δε σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 38 προστίθεται στην αντικειμενική υπόσταση του αδικήματος η απόκτηση των δεδομένων με επέμβαση σε σύστημα αρχειοθέτησης από τον υπαίτιο και με προβλεπόμενο πλαίσιο ποινής από δέκα ημέρες έως πέντε έτη. – Ορθώς και αιτιολογημένως καταδικάστηκε για χωρίς δικαίωμα διατήρησης (αποθήκευση) ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων κατ'εξακολούθησιν και μετάδοσης-ανακοίνωσης των τελευταίων ο αναιρεσείων, ο οποίος προέβη στην καταγραφή και μαγνητοσκόπηση, διά της χρήσεως ψηφιακής κάμερας συσκευής κινητού τηλεφώνου, οπτικοακουστικού υλικού με τις ερωτικές συνεντεύξεις του με την εγκαλούσα, χωρίς την συγκατάθεσή της, διατήρησε τα εν λόγω αρχεία και στην συνέχεια μετέδωσε-ανακοίνωσε δύο εξ αυτών, αναρτώντας τα διαδικτυακά σε ιστοσελίδα, με αποτέλεσμα την δυνατότητα παρακολούθησής τους από απροσδιόριστο αριθμό χρηστών του διαδικτύου, η δε εν γένει επεξεργασία των δεδομένων δεν εμπίπτει σε οιαδήποτε από τις εξαιρέσεις που αναγράφονται στον νόμο, ούτως ώστε να μην απαιτείται η συγκατάθεση του υποκειμένου των δεδομένων. – Κηρύσσεται απαράδεκτη η συζήτηση ως προς την πράξη της χωρίς δικαίωμα διατήρησης στην κατοχή άνευ αδείας αρχείου δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, διότι συντρέχει περίπτωση εφαρμογής του άρθρου ογδόου του Ν. 4411/2016. – Αναίρεται εν μέρει ως προς την περί ποινής διάταξη η προσβαλλόμενη καταδικαστική απόφαση για την πράξη της μετάδοσης-ανακοίνωσης δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, αφού κατ'εφαρμογήν του άρ. 463 παρ. 2 νΠΚ στην προβλεπόμενη από το άρ. 38 παρ. 2 του Ν. 4624/2019 ποινή φυλάκισης προστίθεται διαζευκτικά και η χρηματική ποινή. – Απορρίπτονται οι αιτιάσεις του αναιρεσείοντος περί εσφαλμένης ερμηνείας και εφαρμογής των άρ. 2 και 22 του Ν. 2472/1997 (ήδη 44 και 38 του Ν. 4624/2019) αναφορικά α) με την δυνατότητα

ταυτοποίησης της εγκαλούσας, αφού ήταν ορατό και ευδιάκριτο το σώμα και μέρος του προσώπου της, όπως και η φωνή της, β) με την έννοια της "επέμβασης σε αρχείο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα" και γ) με την έννοια του "αρχείου δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα". – Η διά της μαγνητοσκόπησης μέσω ψηφιακής κάμερας συσκευής κινητής τηλεφωνίας δημιουργία οπτικοακουστικού υλικού της ερωτικής πράξης δεν χρειαζόταν καμία ομαδοποίηση ή ταξινόμηση, είναι δε τεχνικά απλή η επεξεργασία και η ηλεκτρονική μετάδοση του υλικού ανά πάσα στιγμή σε τρίτους μέσω του κινητού τηλεφώνου, στο οποίο είχε αποθηκευθεί, γι' αυτό συνιστά τούτο "αρχείο" κατά την έννοια του νόμου.

[...] Κατά τα άρ. 2 παρ. 1, 9 παρ. 1 εδ. β', 9Α, 19 παρ. 1 και 3 και 25 παρ. 1 εδ. δ' του Συντ., ο σεβασμός και η προστασία της αξίας του ανθρώπου αποτελούν πρωταρχική υποχρέωση της Πολιτείας. Η ιδιωτική και οικογενειακή ζωή του ατόμου είναι απαραβίαστη. Καθένας έχει δικαίωμα προστασίας από τη συλλογή, επεξεργασία και χρήση, ιδίως με ηλεκτρονικά μέσα, των προσωπικών του δεδομένων και, κατά το άρ. 8 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ), η οποία κυρώθηκε με το ν.δ. 53/1974 και έχει υπερνομοθετική ισχύ, σύμφωνα με το άρ. 28 παρ. 1 του Συντ., κάθε πρόσωπο δικαιούται σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του, της κατοικίας του και της αλληλογραφίας του. Επιπλέον, κατά τις διατάξεις του άρ. 22 παρ. 2 και 4 του Ν. 2472/1997 «Προστασία από την επεξεργασία προσωπικών δεδομένων», που ίσχυε κατά την τέλεση (Ιούνιος 2012 έως 9.5.2014) των αξιόποινων πράξεων της διατήρησης αρχείων ευαίσθητων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και μετάδοσης-ανακοίνωσης διαδικτυακά των αρχείων αυτών, «Όποιος κατά παράβαση του άρθρου 7 του νόμου αυτού διατηρεί αρχείο χωρίς άδεια ή κατά παράβαση των όρων και προϋποθέσεων της άδειας της Αρχής, τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον ενός (1) έτους και χρηματική ποινή τουλάχιστον ενός εκατομμυρίου (1.000.000) δραχμών έως πέντε εκατομμυρίων (5.000.000) δραχμών» και «Όποιος χωρίς δικαίωμα επεμβαίνει με οποιονδήποτε τρόπο σε αρχείο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα..., επεξεργάζεται, μεταδίδει, ανακοινώνει, τα καθιστά προσιτά σε μη δικαιούμενα πρόσωπα ή επιτρέπει στα πρόσωπα αυτά να λάβουν γνώση των εν λόγω δεδομένων..., τιμωρείται με φυλάκιση και χρηματική ποινή και αν πρόκειται για ευαίσθητα δεδομένα με φυλάκιση τουλάχιστον ενός (1) έτους και χρηματική ποινή τουλάχιστον ενός εκατομμυρίου (1.000.000) έως δέκα εκατομμυρίων (10.000.000) δραχμών αν η πράξη δεν τιμωρείται βαρύτερα από άλλες πράξεις», ενώ με τις διατάξεις του άρ. 38 παρ. 1 και 2 του Ν. 4624/2019 «Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα, μέτρα εφαρμογής του Κανονισμού (ΕΕ)», «Όποιος, χωρίς δικαίωμα: α) επεμβαίνει με οποιονδήποτε τρόπο σε σύστημα αρχειοθέτησης δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, και με την πράξη του αυτή λαμβάνει γνώση των δεδομένων αυτών, β) τα αντιγράφει συλλέγει, ... αποθηκεύει... τιμωρείται με φυλάκιση μέχρι ενός (1) έτους, εάν η πράξη δεν τιμωρείται βαρύτερα με άλλη διάταξη», και «όποιος χρησιμοποιεί, μεταδίδει, ... ανακοινώνει ή καθιστά προσιτά σε μη δικαιούμενα πρόσωπα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα, τα οποία απέκτησε σύμφωνα με την περίπτωση α' της παραγράφου 1 ή επιτρέπει σε μη δικαιούμενα πρόσωπα να λάβουν γνώση των δεδομένων αυτών, τιμωρείται με φυλάκιση, εάν η πράξη δεν τιμωρείται βαρύτερα με άλλη διάταξη». Οι διατάξεις του τελευταίου αυτού νόμου που ισχύει από 29 Αυγούστου 2019, με τον οποίο καταργήθηκε ο ως άνω Ν. 2472/1997 (άρ. 84 Ν. 4624/2019) με την επιφύλαξη των σ' αυτό αναφερομένων διατάξεων, περιέχουν ευμενέστερη για τον κατηγορούμενο μεταχείριση, αφού με το άρ. 38 παρ. 1, για την αξιόποινη πράξη αποθήκευσης προβλέπεται ποινή φυλάκισης μέχρι ενός έτους και με το άρ. 38 παρ. 2 του ιδίου νόμου, ως προς την αντικειμενική υπόστα-

\* Βλ. και σχετικό νομικό ζήτημα Βασιλικής Τζαλαβρά, κατωτέρω, σ. 312 επ.



ση της μετάδοσης, ανακοίνωσης κ.λπ. δεδομένων, προσθέτει το επί πλέον στοιχείο της απόκτησης αυτών σύμφωνα με την παρ. 1 περ. α' του αυτού άρθρου, δηλαδή την απόκτηση με την επέμβαση με οποιονδήποτε τρόπο σε σύστημα αρχειοθέτησης δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα από τον ίδιο τον υπαίτιο και το προβλεπόμενο πλαίσιο ποινής κυμαίνεται από δέκα (10) ημέρες έως πέντε (5) έτη. Εξ άλλου, κατά το άρ. 44 στοιχ. α', β', στ', θ', ιβ' και ιδ' του ίδιου Ν. 4624/2019, για τους σκοπούς του παρόντος κεφαλαίου νοούνται ως: α) «δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα», κάθε πληροφορία που αφορά ταυτοποιημένο ή ταυτοποιήσιμο φυσικό πρόσωπο («υποκείμενο των δεδομένων») το ταυτοποιήσιμο φυσικό πρόσωπο είναι εκείνο του οποίου η ταυτότητα μπορεί να εξακριβωθεί, άμεσα ή έμμεσα, ιδίως μέσω αναφοράς σε αναγνωριστικό στοιχείο ταυτότητας, όπως σε όνομα, σε αριθμό ταυτότητας, σε δεδομένα θέσης, σε επιγραμματοειδές αναγνωριστικό ταυτότητας ή σε έναν ή περισσότερους παράγοντες που προσοδιάζουν στη σωματική, φυσιολογική, γενετική, ψυχολογική, οικονομική, πολιτιστική, ή κοινωνική ταυτότητα του εν λόγω φυσικού προσώπου, β) «επεξεργασία»: κάθε πράξη ή σειρά πράξεων που πραγματοποιείται, με ή χωρίς τη χρήση αυτοματοποιημένων μέσων, σε δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα ή σε σύνολα δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, όπως η συλλογή, η καταχώριση, η οργάνωση, η διάρθρωση, η αποθήκευση, η προσαρμογή ή η μεταβολή, η ανάκτηση, η αναζήτηση πληροφοριών, η χρήση, η κοινολόγηση με διαβίβαση, η διάδοση ή κάθε άλλη μορφή διάθεσης, η συσχέτιση ή ο συνδυασμός, ο περιορισμός, η διαγραφή ή η καταστροφή, στ) «σύστημα αρχειοθέτησης»: κάθε διαρθρωμένο σύνολο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα τα οποία είναι προσβάσιμα με γνώμονα συγκεκριμένα κριτήρια, είτε το σύνολο αυτό είναι συγκεντρωμένο είτε αποκεντρωμένο είτε καταμεμημένο σε λειτουργική ή γεωγραφική βάση. θ) «αποδέκτης»: το φυσικό ή νομικό πρόσωπο, η δημόσια αρχή, η υπηρεσία ή άλλος φορέας, προς τα οποία κοινολογούνται τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα, είτε πρόκειται για τρίτον είτε όχι... ιβ) «βιομετρικά δεδομένα»: δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα τα οποία προκύπτουν από ειδική τεχνική επεξεργασία συνδεδεμένη με φυσικά, βιολογικά ή συμπεριφορικά χαρακτηριστικά φυσικού προσώπου, και τα οποία επιτρέπουν ή επιβεβαιώνουν την αδιαμφισβήτητη ταυτοποίηση του εν λόγω φυσικού προσώπου, όπως εικόνες προσώπου ή δακτυλосκοπικά δεδομένα και ιδ) «ειδικές κατηγορίες δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα»: δεδομένα Προσωπικού Χαρακτήρα που αποκαλύπτουν τη φυλετική ή εθνοτική καταγωγή, τα πολιτικά φρονήματα, τις θρησκευτικές ή φιλοσοφικές πεποιθήσεις ή τη συμμετοχή σε συνδικαλιστική οργάνωση, γενετικά δεδομένα, βιομετρικά δεδομένα για την αδιαμφισβήτητη ταυτοποίηση ενός φυσικού προσώπου, δεδομένα που αφορούν την υγεία, δεδομένα που αφορούν τη σεξουαλική ζωή ή τον σεξουαλικό προσανατολισμό φυσικού προσώπου. [...]

Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από το σκεπτικό της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμ. 274/2019 απόφασής του, το Τριμελές Εφετείο (Πλημμελημάτων) Θεσσαλονίκης, μετά από εκτίμηση και αξιολόγηση όλων των μνημονεύμενων, κατά το είδος τους, αποδεικτικών μέσων, δέχθηκε, κατά την αναίρετικώς ανέλεγκτη περί τα πράγματα κρίση του, ότι αποδείχθηκαν, αναφορικά με τις αξιόποινες πράξεις της χωρίς δικαίωμα διατήρησης στην κατοχή άνευ αδείας αρχείου δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων κατ' εξακολούθηση και μετάδοσης-ανακοίνωσης δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων, για τις οποίες κήρυξε ένοχο τον ανααιρεσείοντα, με την ελαφρυντική περίπτωση του άρθρου 84 παρ. 2α του ΠΚ και του επέβαλε ποινή φυλάκισης δέκα (10) μηνών για κάθε πράξη και συνολική ποινή φυλάκισης δέκα πέντε (15) μηνών με τριετή αναστολή, τα ακόλουθα, κατά το ουσιαστικό μέρος: «ο κατηγορούμενος, κατά το χρονικό διάστημα από τον μήνα

Ιουνίου του έτους 2012 έως την 9 Μαΐου 2014, με περισσότερες πράξεις που συνιστούν εξακολούθηση του ίδιου εγκλήματος, επενέβη χωρίς δικαίωμα και συγκατάθεση του υποκειμένου με οποιονδήποτε τρόπο σε αρχεία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και ευαίσθητων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, ήτοι σε πληροφορία που αναφέρεται στο υποκείμενο των δεδομένων και δη σε δεδομένα που αφορούν και σχετίζονται με την ερωτική ζωή του υποκειμένου των δεδομένων, δηλαδή του φυσικού προσώπου στο οποίο αναφέρονται τα δεδομένα και του οποίου η ταυτότητα είναι γνωστή, έλαβε γνώση και διατήρησε αυτά ως αρχείο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, χωρίς σχετική άδεια. Πιο συγκεκριμένα, ο κατηγορούμενος, Σ.Α. χωρίς δικαίωμα και δίχως τη συγκατάθεση της πολιτικώς ενάγουσας, Σ.Λ. του Α., με την οποία διατηρούσε ερωτική σχέση, αφού προέβη αρχικά κατά τις αρχές του έτους 2012 στην καταγραφή και μαγνητοσκόπηση τουλάχιστον δύο (2) φορές, με τη χρήση ψηφιακής κάμερας συσκευής κινητής τηλεφωνίας, οπτικοακουστικού υλικού, στο οποίο και απεικονίζονταν η ανωτέρω πολιτικώς ενάγουσα κατά τη διάρκεια ερωτικών συνεντεύσεων της με τον κατηγορούμενο και το οποίο καταγραφέν, με τη μαγνητοσκόπηση διά της χρήσης ψηφιακής κάμερας συσκευής κινητής τηλεφωνίας, από τον ίδιο οπτικοακουστικό υλικό, αποτελεί κατά την έννοια του Νόμου (άρ. 2 παρ. 1 στοιχ. β' και ε' Ν. 2472/1997) αρχείο αποθήκευσης που περιείχε ευαίσθητα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα της πολιτικώς ενάγουσας, η οποία όχι μόνο δεν συναίνεσε στη διατήρηση του εν λόγω αρχείου, αλλά ρητά απαίτησε από τον κατηγορούμενο να προβεί στη διαγραφή αυτού από τη συσκευή του, ενώ περαιτέρω η εν γένει επεξεργασία αυτών δεν εμπίπτει σε οποιαδήποτε από τις εξαιρέσεις του Ν. 2472/1997, στις οποίες δεν απαιτείται η συγκατάθεση του υποκειμένου των δεδομένων. Η επιμονή, άλλωστε, του κατηγορουμένου στην καταγραφή των ερωτικών συνεντεύσεων της πολιτικώς ενάγουσας μαζί του, τις οποίες παρακολουθούσε ακολούθως με ιδιαίτερη ευχαρίστηση, είχε σαν αποτέλεσμα και τη λήξη της σύντομης σχέσης με πρωτοβουλία της τελευταίας. Ειδικότερα, στο παραπάνω οπτικοακουστικό υλικό ήταν ορατό και ευδιάκριτο το σώμα και μέρος του προσώπου της πολιτικώς ενάγουσας (περιοχή από τα μάτια και κάτω), ενώ η φωνή και ο λόγος αυτής ακούγονταν καθαρά. Παρά την έκδηλη επιθυμία της πολιτικώς ενάγουσας για διαγραφή του ως άνω οπτικοακουστικού υλικού, ο κατηγορούμενος κατά το επίδικο διάστημα διατήρησε στην κατοχή του το αρχείο αποθήκευσης που περιείχε τα εν λόγω προσωπικά δεδομένα, και μετά τον χωρισμό τους τα επεξεργάστηκε και τα ανακοίνωσε, καθιστώντας αυτά προσιτά σε απροσδιόριστο αριθμό μη δικαιούμενων προσώπων με την ανάρτηση διαδικτυακά των σχετικών δύο (2) αρχείων κατά την 13<sup>η</sup>.2.2014 και την 9<sup>η</sup>.5.2014 αντίστοιχα στην ιστοσελίδα «...», στην οποία διέθετε πρόσβαση και συνακόλουθα δυνατότητα παρακολούθησης απροσδιόριστος αριθμός χρηστών του διαδικτύου, ενώ περαιτέρω η εν γένει επεξεργασία αυτών δεν εμπίπτει σε καμία από τις εξαιρέσεις του νόμου περί προστασίας προσωπικών δεδομένων, για τις οποίες δεν απαιτείται η συγκατάθεση του υποκειμένου των δεδομένων. Δηλαδή τα δεδομένα, που έλαβε γνώση ο κατηγορούμενος, είναι προσωπικά δεδομένα της πολιτικώς ενάγουσας που προηγουμένως μαγνητοσκόπησε. Δηλαδή το αρχείο, στο οποίο ο κατηγορούμενος επενέβη και έλαβε γνώση, είναι το αρχείο αποθήκευσης της ψηφιακής κάμερας συσκευής κινητής που ο ίδιος χρησιμοποίησε για τη μαγνητοσκόπηση, δηλαδή αρχείο που ο ίδιος δημιούργησε με την μαγνητοσκόπηση και στη συνέχεια, αφού έλαβε γνώση αυτών των δεδομένων τα επεξεργάστηκε και τα ανακοίνωσε σε τρίτους. Επομένως υπάρχει επέμβαση σε αρχείο και γνώση και στη συνέχεια επεξεργασία και ανακοίνωση των δεδομένων αυτών σε τρίτους. Η ως άνω παράνομη συμπεριφορά του κατηγορουμένου έγινε αντιληπτή από τον μετέπειτα και τωρινό σύζυγο της πολιτικώς ενάγουσας, Β.Ζ., ο οποίος ως επισκέπτης

στην προαναφερθείσα διαδικτυακή ιστοσελίδα αναγνώρισε σε δύο από τα ελληνικά βίντεο ερωτικού περιεχομένου που επέλεξε την πολιτικώς ενάγουσα, αφού διέκρινε το σώμα, την ελιά του προσώπου της, τη φωνή και τις εκφράσεις που χρησιμοποιούσε η πολιτικώς ενάγουσα κατά τις ερωτικές της συνευρέσεις. Χαρακτηριστικό είναι το γεγονός ότι η τελευταία άμεσα παραδέχθηκε στον εν λόγω αρραβωνιαστικό της ότι η ίδια απεικονιζόταν στα επίδικα δύο βίντεο που είχε μαγνητοσκοπήσει με το κινητό του τηλέφωνο ο κατηγορούμενος, ύστερα από συνεχή πίεση από τον τελευταίο για τη λήψη αυτών, τη διατήρηση και επεξεργασία των οποίων η ίδια αγνοούσε, καθόσον ήδη σε πολύ προγενέστερο χρόνο και δη από τη λήψη του εν λόγω οπτικοακουστικού υλικού ερωτικού περιεχομένου η πολιτικώς ενάγουσα είχε απαιτήσει τη διαγραφή αυτού από τη συσκευή κινητής τηλεφωνίας του κατηγορουμένου, ενός δε εκ των δύο βίντεο η πολιτικώς ενάγουσα κατέθεσε ότι το είχε διαγράψει η ίδια. Η άρνηση δε του τελευταίου ότι προέβη σε καταγραφή των ερωτικών συνευρέσεων της πολιτικώς ενάγουσας μ' αυτόν, πολλών δε μάλλον σε διατήρηση και επεξεργασία των παραπάνω προσωπικών δεδομένων, καταρρίπτεται από τη σαφή και λεπτομερή περιγραφή της συμπεριφοράς του κατηγορουμένου από την πολιτικώς ενάγουσα κατά τη διάρκεια των δύο επιδικών ερωτικών τους συνευρέσεων, λεπτομέρειες εξ άλλου που οδήγησαν την τελευταία να κατονομάσει με σχετική έγκληση τον κατηγορούμενο και όχι οποιοδήποτε άλλο πρόσωπο. Με βάση τα παραπάνω αποδειχθέντα, δεν καταλείπεται ουδεμία αμφιβολία ότι ο κατηγορούμενος τέλεσε τις πράξεις που του αποδίδονται, ενώ η κρίση αυτή του Δικαστηρίου δεν αναιρείται από τις προσκομιζόμενες από τον κατηγορούμενο γνωμοδοτήσεις των προαναφερθέντων ιατρών που έχουν ειδικές γνώσεις επιστήμης σε σχέση με τα ζητήματα που αφορούν την παρούσα δίκη, ούτε από την κατάθεση του πρώτου από αυτούς Δ.Γ. στο ακροατήριο του Δικαστηρίου αυτού, καθόσον αυτός δεν απέκλεισε τη δυνατότητα επεξεργασίας ενός βίντεο από ειδικό τεχνικό σε ειδικό στούντιο ώστε αυτή να μη μπορεί να γίνεται αντιληπτή από τον απλό παρατηρητή. Επίσης το δικαστήριο κρίνει ότι η αναβολή δεν παρίσταται αναγκαία, καθόσον τα εισφεθέντα αποδεικτικά μέσα ήταν επαρκή για τη διαμόρφωση ασφαλούς και αναμφίβολης δικανικής κρίσης και ότι οποιαδήποτε καθυστέρηση στη λήψη της απόφασης δεν θα παρείχε κάτι διαφορετικό και ουσιώδες, απορριπτομένου του σχετικού αιτήματος του κατηγορουμένου.

Συνεπώς ο κατηγορούμενος πρέπει να κηρυχθεί ένοχος για τις αποδιδόμενες σ' αυτόν παραβάσεις της διατήρησης χωρίς άδεια και επεξεργασίας αρχείου δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων του Ν. 2472/1997, τελεσθείσες κατ' εξακολούθηση, πλην όμως πρέπει να αναγνωρισθεί ότι συντρέχει στο πρόσωπό του η ελαφρυντική περίπτωση του άρ. 84 παρ. 2 α' του ΠΚ, αφού αποδείχθηκε ότι ο τελευταίος μέχρι την τέλεση των ως άνω πράξεων έζησε έντιμη ατομική και κοινωνική ζωή, εργαζόμενος στα Σώματα Ασφαλείας και δη αρχικά στην Αστυνομία και μεταγενέστερα στο Πυροσβεστικό Σώμα, επιδεικνύοντας θετική κοινωνική συμπεριφορά (εθελοντής αιμοδότης), όπως άλλωστε του αναγνωρίστηκε και πρωτοδικώς (άρ. 470 ΚΠΔ).

Ακολούθως, με βάση τις παραδοχές αυτές το Δικαστήριο κήρυξε αυτόν ένοχο του ότι: «στη Θεσσαλονίκη, Α) Κατά το χρονικό διάστημα από τον μήνα Ιούνιο του έτους 2012 έως την 9<sup>η</sup> 5.2014, με περισσότερες πράξεις που συνιστούν εξακολούθηση του ιδίου εγκλήματος, επενέβη χωρίς δικαίωμα και άνευ της συγκατάθεσης του υποκειμένου με οποιονδήποτε τρόπο σε αρχεία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και ευαίσθητων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, ήτοι σε πληροφορία που αναφέρεται στο υποκείμενο των δεδομένων και δη σε δεδομένα που αφορούν και σχετίζονται με την ερωτική ζωή του υποκειμένου των δεδομένων, δηλαδή του φυσικού προσώπου στο οποίο αναφέρονται τα δεδομένα και του οποίου η ταυτό-

τητα είναι γνωστή ή μπορεί να εξακριβωθεί, δηλαδή μπορεί να προσδιοριστεί αμέσως ή εμμέσως, ιδίως βάσει αριθμού ταυτότητας ή βάσει ενός ή περισσότερων συγκεκριμένων στοιχείων, που χαρακτηρίζουν την υπόστασή του από άποψη φυσική, βιολογική, ψυχική, οικονομική, πολιτιστική, πολιτική ή κοινωνική, έλαβε γνώση και διατήρησε αυτά ως αρχείο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, άνευ σχετικής άδειας. Ειδικότερα ο κατηγορούμενος χωρίς δικαίωμα και άνευ της συγκατάθεσης του υποκειμένου των δεδομένων – εγκαλούσας (Σ.Λ. του Α.), αφού προέβη αρχικά κατά τις αρχές του έτους 2012 στην καταγραφή και μαγνητοσκόπηση, διά της χρήσεως ψηφιακής κάμερας συσκευής κινητής τηλεφωνίας, οπτικοακουστικού υλικού στο οποίο και απεικονιζόταν η ανωτέρω εγκαλούσα κατά τη διάρκεια ερωτικών συνευρέσεών της με τον κατηγορούμενο, παραβιάζοντας κατ' αυτό τον τρόπο τις σχετικές διατάξεις του Νόμου 2472/1997 "Περί Προστασίας του Ατόμου από την Επεξεργασία Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα", καθόσον εν προκειμένω το ανωτέρω καταγραφέν οπτικοακουστικό υλικό αποτελεί κατά την έννοια του Νόμου (άρ. 2 παρ. 1 στοιχ. β' και ε' Ν. 2472/1997) ευαίσθητα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα του υποκειμένου των δεδομένων – πολιτικώς ενάγουσας, η οποία ουδέποτε παρείχε την σχετική της ρητή συγκατάθεση ή συναίνεση προς διατήρηση του εν λόγω αρχείου, ενώ περαιτέρω η εν γένει επεξεργασία αυτών δεν εμπίπτει σε οιαδήποτε των τιθέμενων υπό του ως άνω Νόμου εξαιρέσεων, ούτως ώστε να μην απαιτείται η συγκατάθεση του υποκειμένου των δεδομένων, εν συνεχεία κατά το χρονικό διάστημα από τον μήνα Ιούνιο του έτους 2012 έως την 9<sup>η</sup> 5.2014, διατήρησε στην κατοχή του τα ως άνω αρχεία ευαίσθητων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα άνευ οιασδήποτε γνώσης και συναίνεσης του υποκειμένου των δεδομένων και δη της πολιτικώς ενάγουσας. Β) Κατά την 9<sup>η</sup> 5.2014 και την 13<sup>η</sup> 2.2014, με περισσότερες πράξεις που συνιστούν εξακολούθηση του ιδίου εγκλήματος επενέβη χωρίς δικαίωμα και άνευ της συγκατάθεσης του υποκειμένου με οποιονδήποτε τρόπο σε αρχεία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και ευαίσθητων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, ήτοι σε πληροφορία που αναφέρεται στο υποκείμενο των δεδομένων και δη σε δεδομένα που αφορούν και σχετίζονται με την ερωτική ζωή του υποκειμένου των δεδομένων, δηλαδή του φυσικού προσώπου στο οποίο αναφέρονται τα δεδομένα και του οποίου η ταυτότητα είναι γνωστή ή μπορεί να εξακριβωθεί, δηλαδή μπορεί να προσδιοριστεί αμέσως ή εμμέσως, ιδίως βάσει αριθμού ταυτότητας ή βάσει ενός ή περισσότερων συγκεκριμένων στοιχείων, που χαρακτηρίζουν την υπόστασή του από άποψη φυσική, βιολογική, ψυχική, οικονομική, πολιτιστική, πολιτική ή κοινωνική, έλαβε γνώση και αφού αρχικά διατήρησε αυτά εν συνεχεία τα επεξεργάστηκε και τα ανακοίνωσε καθιστώντας αυτά προσita σε μη δικαιούμενα πρόσωπα, επιτρέποντας στα πρόσωπα αυτά να λάβουν γνώση των εν λόγω δεδομένων, εκμεταλλεύόμενος αυτά με οποιονδήποτε τρόπο. Ειδικότερα, ο κατηγορούμενος χωρίς δικαίωμα και άνευ της συγκατάθεσης του υποκειμένου των δεδομένων – πολιτικώς ενάγουσας (Σ.Λ. του Α.), αφού προέβη αρχικά στην καταγραφή-μαγνητοσκόπηση, διά της χρήσεως ψηφιακής κάμερας συσκευής κινητής τηλεφωνίας οπτικοακουστικού υλικού στο οποίο και απεικονιζόταν η ανωτέρω πολιτικώς ενάγουσα κατά τη διάρκεια ερωτικών ανευρέσεών της με τον κατηγορούμενο, παραβιάζοντας κατ' αυτόν τον τρόπο τις σχετικές διατάξεις του Ν. 2472/1997 "Περί Προστασίας του Ατόμου από την Επεξεργασία Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα", καθόσον εν προκειμένω το ανωτέρω καταγραφέν οπτικοακουστικό υλικό αποτελεί κατά την έννοια του Νόμου (άρ. 2 παρ. 1 στοιχ. β' Ν. 2472/1997) ευαίσθητα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα του υποκειμένου των δεδομένων και δη της πολιτικώς ενάγουσας, η οποία ουδέποτε παρείχε τη σχετική της ρητή συγκατάθεση ή συναίνεση προς δημιουργία και διατήρηση του εν λόγω αρχείου και εν συνεχεία μετέδωσε, ανακοίνωσε και τα κατέστησε αυ-

τά προσिता σε απροσδιόριστο αριθμό τρίτων προσώπων – μη δικαιούμενων όπως λάβουν γνώση, αναρτώντας διαδικτυακά τα σχετικά δύο αρχεία κατά την 13<sup>η</sup>.2.2014 και 9<sup>η</sup>.5.2014 αντίστοιχα στην ιστοσελίδα "...", όπου και διέθετε πρόσβαση και συνακόλουθα δυνατότητα παρακολούθησης απροσδιόριστος αριθμός χρηστών του διαδικτύου, ενώ περαιτέρω η εν γένει επεξεργασία αυτών δεν εμπίπτει σε οιαδήποτε των τιθέμενων υπό του ως άνω Νόμου εξαιρέσεων, ούτως ώστε να μην απαιτείται η συγκατάθεση του υποκειμένου των δεδομένων».

Από τις ως άνω αξιόποινες πράξεις για τις οποίες καταδικάστηκε ο κατηγορούμενος και ήδη αναιρεσεών, αναφορικά με το υπό αλφαβητικό στοιχείο «Α» πλημμέλημα της διατήρησης (αποθήκευσης) των αρχείων ευαίσθητων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, κατά το άρ. 38 παρ. 1 β' του ισχύοντος από τον 29.8.2019 Ν. 4624/2019, το οποίο εφαρμόζεται, εν προκειμένω, κατ' άρ. 2 παρ. 1 του ισχύοντος ΑΚ και 511 του ΚΠΔ, διότι οδηγεί στην ευμενέστερη μεταχείριση του κατηγορουμένου και ήδη αναιρεσεώντος, και είχε τελεστεί από τον αναιρεσεώντα από Ιούνιο 2012 έως 9.5.2014, ήτοι πριν την 31.3.2016, πρέπει να εφαρμοσθεί, αυτεπαγγέλτως το άρθρο όγδοο του Ν. 4411/2016, καθόσον δεν υπάγεται σε κάποια από τις προβλεπόμενες εξαιρέσεις. Καθόσον αφορά στη δεύτερη, υπό αλφαβητικό στοιχείο «Β» αξιόποινη πράξη της μετάδοσης-ανακοίνωσης με την ανάρτηση διαδικτυακά των επισημαινόμενων αρχείων, με τις ως άνω παραδοχές, οι οποίες διαλαμβάνονται στο σκεπτικό σε συνδυασμό με όσα αναφέρονται στο διατακτικό της προσβαλλόμενης απόφασης, που παραδεκτά αλληλοσυμπληρώνονται, η εν λόγω απόφαση περιέχει την επιβαλλόμενη από τις διατάξεις των άρ. 93 παρ. 3 του Συντ. και 139 του ΚΠΔ ειδική και εμπεριστατωμένη αιτιολογία, αφού εκτίθενται σ' αυτή με πληρότητα, σαφήνεια και χωρίς αντιφάσεις ή λογικά κενά τα πραγματικά περιστατικά που προέκυψαν από την αποδεικτική διαδικασία και συγκροτούν την αντικειμενική και υποκειμενική υπόσταση της άνω αξιόποινης πράξης για την οποία καταδικάστηκε ο κατηγορούμενος και ήδη αναιρεσεών και δη: της με τη χρήση ψηφιακής κάμερας συσκευής κινητού τηλεφώνου δημιουργίας οπτικοακουστικού υλικού ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων της εγκαλούσας (βιντεοσκόπηση ερωτικών συνεντεύξεων του με αυτή), στο οποίο επενέβη και το οποίο επεξεργάστηκε και στη συνέχεια μετάδωσε και ανακοίνωσε, χωρίς τη συγκατάθεση της εγκαλούσας, υποκειμένου των προσωπικών δεδομένων αυτών, τα παραπάνω δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα περαιτέρω σε μη δικαιούμενα πρόσωπα, αναρτώντας διαδικτυακά τα σχετικά δύο αρχεία στην ιστοσελίδα "...", όπου διέθετε πρόσβαση και συνακόλουθα δυνατότητα παρακολούθησης απροσδιόριστος αριθμός χρηστών του διαδικτύου, οι αποδείξεις από τις οποίες συνήγαγε τα περιστατικά αυτά και οι σκέψεις, με τις οποίες υπήγαγε τα περιστατικά αυτά στις ως άνω ουσιαστικές ποινικές διατάξεις των άρ. 1, 2 εδ. α', β', ε', 4, 5 παρ. 1-2, 7 παρ. 1, 2, 22 παρ. 4 Ν. 2472/1997 και του άρ. 7 παρ. 3 Ν. 4239/2014 (και ήδη των άρ. 44 παρ. 1 α, β', στ', θ', ιβ', ιδ', και 38 παρ. 2 Ν. 4624/2019), τις οποίες ορθά ερμήνευσε και εφάρμοσε και δεν παραβίασε ευθέως ή εκ πλαγίου, με ελλιπή δηλαδή ή αντιφατική αιτιολογία. Οι μερικότερες αιτιάσεις του αναιρεσεώντος, περί εσφαλμένης ερμηνείας και εφαρμογής των άρ. 2 και 22 Ν. 2472/1997 (ήδη 44 και 38 Ν. 4624/2019) αναφορικά: α) με τα αναφερόμενα στοιχεία ως προσδιοριστικά της ταυτότητας της εγκαλούσας, β) με την έννοια της επέμβασης σε αρχείο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και γ) με την έννοια του αρχείου δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, είναι αβάσιμες. Η πρώτη διότι, κατά τις παραδοχές, ήταν ορατό και ευδιάκριτο το σώμα και μέρος του προσώπου της εγκαλούσας (περιοχή από τα μάτια και κάτω), καθώς και η φωνή, στοιχεία που χαρακτηρίζουν την υπόσταση του φυσικού προσώπου στο οποίο αναφέρονται (εικόνα προσώπου, συμπεριφορικά χαρακτηριστικά), με τα οποία επιβεβαιώθηκε η ταυτοποίηση της εγκαλούσας. Η δεύτερη διότι, όπως προα-

ναφέρθηκε, ο αναιρεσεών καταδικάστηκε για τις αξιόποινες πράξεις της καταγραφής-μαγνητοσκόπησης, με τη χρήση ψηφιακής κάμερας συσκευής κινητής τηλεφωνίας οπτικοακουστικού υλικού στο οποίο και απεικονίζονταν η ανωτέρω πολιτικώς ενάγουσα κατά τη διάρκεια ερωτικών ανευρέσεων της με τον κατηγορούμενο, της επέμβασης και επεξεργασίας, της διατήρησης (αποθήκευσης) και ανακοίνωσης δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων, στην έννοια της οποίας (επέμβασης) γίνεται ειδική αναφορά τόσο στο σκεπτικό, όσο και στο διατακτικό της προσβαλλόμενης απόφασης, και η τρίτη διότι, κατά τις παραδοχές, ο αναιρεσεών δημιούργησε στο κινητό τηλέφωνο του με μαγνητοσκόπηση της ερωτικής συνεντεύξεώς του με την εγκαλούσα ένα αρχείο, το οποίο μετά τη λήψη δεν διέγραψε, αλλά παράνομα αποθήκευσε και διατήρησε στο τηλέφωνο του, χωρίς την συγκατάθεση της εγκαλούσας, έχοντας σκοπό τη διάδοση των ευαίσθητων προσωπικών αυτών δεδομένων σε τρίτους, την οποία (διάδοση) πραγματοποίησε αργότερα, αναρτώντας διαδικτυακά το παραπάνω ψηφιακό υλικό από το αρχείο που δημιούργησε με κριτήριο την εγκαλούσα, δυνάμενο να είναι αντικείμενο επεξεργασίας, υπό μορφή ανάρτησης, με αυτόματο τρόπο, στην ιστοσελίδα «...», στην οποία είχαν πρόσβαση απροσδιόριστος αριθμός τρίτων προσώπων, τα οποία έλαβαν γνώση των ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων της εγκαλούσας, που είναι σαφώς προστατευόμενο από το νόμο υποκείμενο των δεδομένων αυτών. Η με την μαγνητοσκόπηση διά ψηφιακής κάμερας συσκευής κινητής τηλεφωνίας δημιουργία οπτικοακουστικού υλικού της ερωτικής πράξης αυτού και της εγκαλούσας δεν χρειαζόταν καμία ομαδοποίηση ή ταξινόμηση και είναι τεχνικά απλή η επεξεργασία και η ηλεκτρονική μετάδοση αυτού ανά πάσα στιγμή σε τρίτους μέσω του κινητού τηλεφώνου, στο οποίο είχε αποθηκευθεί, γι' αυτό και συνιστά τούτο αρχείο με την έννοια του παραπάνω νόμου. Αβάσιμη κρίνεται και η αιτίαση ότι στην προσβαλλόμενη απόφαση δημιουργείται ασάφεια αναφορικά με το μέσο καταγραφής και μαγνητοσκόπησης του προαναφερθέντος οπτικοακουστικού υλικού. Είναι γεγονός ότι στη μείζονα σκέψη της προσβαλλόμενης απόφασης γίνεται αναφορά ότι «αρχείο προσωπικών δεδομένων κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων αποτελούν και οι σύγχρονες βιντεοκάμερες, οι οποίες διαθέτουν λογισμικά προγράμματα...», ωστόσο, στη συνέχεια, τόσο στο σκεπτικό, όσο και στο διατακτικό γίνεται ρητή αναφορά ότι η καταγραφή και μαγνητοσκόπηση του προαναφερθέντος οπτικοακουστικού υλικού έγινε με τη χρήση ψηφιακής κάμερας συσκευής κινητής τηλεφωνίας. Από τις παραδοχές αυτές δεν δημιουργείται ασάφεια αναφορικά με τον τρόπο δημιουργίας του «αρχείου».

Επομένως, οι από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Ε' του ΚΠΔ πρώτος και δεύτερος από τους λόγους του δικογράφου των προσθέτων λόγων αναιρέσης για εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή των ως άνω ουσιαστικών ποινικών διατάξεων, είναι αβάσιμοι.

Περαιτέρω, 1) αναφορικά με την πρώτη υπό αλφαβητικό στοιχείο «Α» αξιόποινη πράξη, της χωρίς δικαίωμα διατήρησης στην κατοχή άνευ αδείας αρχείου δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων, όπως προαναφέρθηκε, συντρέχει περίπτωση εφαρμογής του άρθρου όγδοου του Ν. 4411/2016 και β) αναφορικά με την δεύτερη, υπό αλφαβητικό στοιχείο «Β» αξιόποινη πράξη, μετάδοσης-ανακοίνωσης δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων, με το άρ. 38 παρ. 2 του Ν. 4624/2019 προβλέπεται, όπως προαναφέρθηκε, ποινή φυλάκισης. Ήδη με τη μεταβατική διάταξη του άρ. 463 παρ. 2 του ισχύοντος από την 1.7.2019 Ποινικού Κώδικα ορίζεται ότι «όπου σε ειδικούς νόμους απειλείται ποινή φυλάκισης, προστίθεται διαζευκτικά και η χρηματική ποινή, όπως αυτή προβλέπεται στο άρθρο 57 του παρόντος Κώδικα».

Συνεπώς, στην προβλεπόμενη από το άρ. 38 παρ. 2 του



Ν. 4624/2019 ποινή φυλάκισης προστίθεται διαζευκτικά και η χρηματική ποινή. Σύμφωνα, επομένως, με τις διατάξεις των άρ. 2 παρ. 1 του ΠΚ και 511 εδ. δ' του ΚΠΔ, το Δικαστήριο του Αρείου Πάγου πρέπει αυτεπαγγέλτως να εφαρμόσει τις ως άνω ηπιότερες για τον αναιρεσιζήτο διατάξεις. [...]

## ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΑ – ΔΙΚΑΣΤΙΚΑ ΣΥΜΒΟΥΛΙΑ – ΔΙΚΑΣΤΕΣ

### Αριθμ. 982/2020 (σε Συμβούλιο)

Προεδρεύουσα η Αντιπρόεδρος **Αρτεμισία Παναγιώτου**, Εισηγήτρια η Αρεοπαγίτης **Ελισάβετ Τσιρακίδου**, Εισαγγελέας Ι. Κωνσταντινόπουλος

**Αποχή δικαστή από τα καθήκοντά του. Συνδρομή λόγων ευπρέπειας:** Οι περιπτώσεις σοβαρών λόγων ευπρέπειας απαριθμούνται στον νόμο ενδεικτικώς. – Πότε συντρέχουν τέτοιοι λόγοι ευπρέπειας. – Δεν συντρέχει περίπτωση αποχής από τα καθήκοντα του δικαστή, όταν ο τελευταίος συμμετέχει στην νέα (δεύτερη) αναίρετική ποινική διαδικασία στην ίδια υπόθεση, για την οποία έχει ήδη εκφέρει δικαιοδοτική κρίση επί της ασκηθείσας πρώτης αιτήσεως αναίρεσης. – Απορρίπτεται η κρινόμενη δήλωση αποχής της Αντεισαγγελέως του Αρείου Πάγου από τα καθήκοντά της ως κατ' ουσίαν αβάσιμη.

Σύμφωνα με το άρ. 23 παρ. 2 του ισχύοντος από 1.7.2019 ΚΠΔ (Ν. 4620/2019), εκτός των αναφερομένων στο άρ. 14 του ίδιου Κώδικα λόγων αποκλεισμού, με τη συνδρομή κάποιου των οποίων τα δικαστικά πρόσωπα, που αναφέρονται σ' αυτό δεν δύνανται να ασκήσουν τα καθήκοντά τους, ως και του αναφερομένου στο άρ. 15 του ίδιου Κώδικα λόγου εξαιρέσεως, που επιβάλλει επίσης την αποχή αυτών από την ενάσκηση των καθηκόντων τους σε ορισμένη υπόθεση, περίπτωση τέτοιας αποχής εμφανίζεται επίσης και όταν σοβαροί λόγοι ευπρέπειας επιβάλλουν αυτήν. Η εξαντλητική απαρίθμηση των σοβαρών λόγων ευπρέπειας είναι αδύνατη γιατί, εάν και τότε υπάρχουν τέτοιοι λόγοι, είναι ζήτημα πραγματικό, για το οποίο θα κρίνει κάθε φορά το αρμόδιο Δικαστήριο ή Συμβούλιο, που επιλαμβάνεται του θέματος, κατά τις κρατούσες δεοντολογικές αντιλήψεις. Γενικά τέτοιοι λόγοι ευπρέπειας συντρέχουν, όταν η συμμετοχή του δικαστικού λειτουργού στην εκδίκαση συγκεκριμένης υποθέσεως μπορεί να δώσει αφορμή σε δυσμενές γι' αυτόν σχόλιο για την αντικειμενική και ανεπηρέαστη, από οτιδήποτε και οποιονδήποτε, διερεύνησή της, με τρόπο ώστε να τίθεται σε αμφιβολία η ελεύθερη και μη προκατειλημμένη κρίση του. Η άποψη αυτή συμπορεύεται και με τη διάταξη του άρ. 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, με την οποία καθιερώνεται «το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη», όχι με την έννοια της ορθότητας της αποφάσεως, αλλά της έγκαιρης, ουσιαστικής και αδιάβλητης υπό διαδικαστικές (οικονομικές) εγγυήσεις, διεξαγωγής της δίκης, ώστε να είναι δυνατή η αντικειμενική αναζήτηση της αλήθειας και η έγκαιρη και αποτελεσματική προστασία του διαδίκου. Μία από τις εγγυήσεις αυτές είναι η ανεξαρτησία και αμεροληψία του δικαστηρίου, το οποίο λειτουργεί σύμφωνα με τον εθνικό νόμο και αποφαίνεται επί της ποινικής κατηγορίας αν πρόκειται για ποινική υπόθεση και επιβάλλεται κατά την αντικειμενική αμεροληψία, να μην επιλαμβάνεται ο ίδιος δικαστής της εκδίκασης μιας υποθέσεως σε περισσότερα διαδικαστικά στάδια (άρ. 14 παρ. 3 του ΚΠΔ). Τούτο δεν συμβαίνει όταν το ίδιο πρόσωπο (Δικαστής ή Εισαγγελέας) συμμετέχει στην αναίρετική ποινική διαδικασία στην ίδια υπόθεση, για την οποία έχει εκφέρει την δικαιοδοτική κρίση του επί της ασκηθείσας πρώτης αιτήσεως αναίρεσεως και στη συνέχεια έχει ασκηθεί δεύτερη αίτηση αναίρεσεως επί της οποίας πρέπει να αποφανθεί, μετά την δεύτερη καταδίκη του αναιρεσιζήτοτος-κατηγορουμένου από το δευτεροβάθμιο ποινικό δικαστήριο, αφού δεν πρόκειται για

δύο διαφορετικούς βαθμούς διαδικασίας, χωρίς εξ αυτού του λόγου να συνάγεται ότι δεν θα επιτελέσει αποκάλυπτα το υπηρεσιακό του καθήκον, αποδίδοντας το δίκαιο έναντι πάντων.

Στην προκείμενη περίπτωση, η άνω Αντεισαγγελέας του Αρείου Πάγου [...] με την από 2.9.2020 δήλωση αποχής, απευθυνόμενη προς τον Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου, εκθέτει ότι στη δικάσιμο της 16.9.2020 έχει προσδιορισθεί να συζητηθεί ενώπιον του Ζ' Ποινικού Τμήματος του Αρείου Πάγου, στο οποίο ορίσθηκε ως Αντεισαγγελέας, η υπόθεση με αριθμό πινακίου 18, που αφορά στην από 18.2.2020 αίτηση αναίρεσεως του Β.Σ. του Α., κατά της υπ' αριθμ. 95/2020 αποφάσεως του Τριμελούς Εφετείου (Πλημμελημάτων) Θεσσαλονίκης, με την οποία αυτός κηρύχθηκε ένοχος για την αξιόποινη πράξη της ανθρωποκτονίας από αμέλεια και του επιβλήθηκε φυλάκιση δεκαπέντε (15) μηνών, ανασταλείσα επί τριετία. Η απόφαση αυτή εκδόθηκε μετά την παραπομπή της υποθέσεως στο ως άνω δευτεροβάθμιο Δικαστήριο με την υπ' αριθμ. 1504/2019 απόφαση του παρόντος Δικαστηρίου, κατόπιν ασκήσεως της από 15.2.2019 αιτήσεως αναίρεσεως του Β.Σ., που έγινε δεκτή και αναίρεθηκε η υπ' αριθμ. 470/2018 αρχική απόφαση του Τριμελούς Εφετείου (Πλημμελημάτων) Θεσσαλονίκης για το ίδιο ως άνω αδίκημα. Στην αρχική εκδίκαση της εν λόγω υποθέσεως στον Άρειο Πάγο, κατά την οποία εκδόθηκε η παραπάνω υπ' αριθμ. 1504/2019 απόφασή του, συμμετείχε και η Αντεισαγγελέας [...], η οποία είχε προτείνει την απόρριψη της πρώτης από 15.2.2019 αιτήσεως αναίρεσεως του Β.Σ., ο οποίος είχε προβάλει ως λόγους αναίρεσεως: α) την έλλειψη ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας και β) την εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή ουσιαστικής ποινικής διατάξεως και έλλειψη νομίμου βάσεως (άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. δ' και ε' του ΚΠΔ αντίστοιχα), λόγους τους οποίους προβάλλει και στην δεύτερη από 18.2.2020 αίτηση αναίρεσεώς του, η οποία, όπως ανωτέρω αναφέρθηκε, εκκρεμεί προς εκδίκαση για την δικάσιμο της 16.9.2020 ενώπιον αυτού του Δικαστηρίου. Επικαλούμενη δε στη συνέχεια η ως άνω Αντεισαγγελέας του Αρείου Πάγου λόγους ευπρέπειας, ζητεί να απέχει από τα καθήκοντά της κατά την εκδίκαση της νέας από 18.2.2020 αιτήσεως αναίρεσεως στη δικάσιμο της 16.9.2020, επειδή είχε συμμετάσχει ως Αντεισαγγελέας στην αρχική δικάσιμο, κατά την οποία εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 1504/2019 απόφαση του Αρείου Πάγου και είχε εκφράσει την κρίση της επί των λόγων αναίρεσεως της πρώτης από 15.2.2019 αιτήσεως αναίρεσεως, οι οποίοι ταυτίζονται με τους λόγους της δεύτερης αιτήσεως αναίρεσεως.

Σύμφωνα όμως με όσα εκτέθηκαν στην αρχική μείζονα σκέψη, από τη διπλή αυτή εκφορά δικαστικής κρίσεως επί της αυτής υποθέσεως, στο ίδιο Δικαστήριο, που είναι επιτρεπτό, ουδώς συνάγεται βλάβη του συμφέροντος της δικαιοσύνης και της διασφάλισης του κύρους της, δεδομένου μάλιστα ότι από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει ότι η άνω Αντεισαγγελέας δεν θα ασκήσει προκατάληπτα το υπηρεσιακό της καθήκον.

Συνεπώς, δεν διατρέχει τον κίνδυνο δημιουργίας υπονοιών αμεροληψίας, αφού επιπλέον ούτε έχει οποιαδήποτε σχέση με τα διάδικα μέρη και ως εκ τούτου, δεν συντρέχουν λόγοι ευπρέπειας ώστε να απέχει από τα Εισαγγελικά της καθήκοντα κατά την εκδίκασή της από 18.2.2020 αιτήσεως αναίρεσεως του Β.Σ., κατά της υπ' αριθμ. 95/2020 αποφάσεως του Τριμελούς Εφετείου (Πλημμελημάτων) Θεσσαλονίκης. Κατόπιν αυτών, πρέπει να απορριφθεί η κρινόμενη δήλωση αποχής της προαναφερόμενης Αντεισαγγελέας του Αρείου Πάγου ως κατ' ουσίαν αβάσιμη.

## ΔΥΣΦΗΜΗΣΗ ΣΥΚΟΦΑΝΤΙΚΗ

Αριθμ. 378/2020

Προεδρεύουσα η Αρεοπαγίτης Διονυσία Μπιτζούνη, Εισηγήτρια η Αρεοπαγίτης Βασιλική Ηλιοπούλου, Εισαγγελέας Β. Παπαδάς, Δικηγόρος Σ. Νίκας

**Καταδίκη για συκοφαντική δυσφήμιση. Ζητήματα αιτιολογίας:** Στοιχεία συκοφαντικής δυσφήμισης. – Έννοια “ισχυρισμού” και “διάδοσης”. – Πότε υπάρχει αιτιολογία στην καταδικαστική απόφαση. – Για την πληρότητα της αιτιολογίας είναι παραδεκτή η αλληλοσυμπλήρωση του σκεπτικού με το διατακτικό της απόφασης, τα οποία αποτελούν ενιαίο σύνολο, χωρίς να αρκεί η επανάληψη της διατύπωσης του νόμου. – Κατ’ εφαρμογήν του νΚΠΔ, η πληρότητα της αιτιολογίας εξασφαλίζεται μόνον όταν υφίσταται αναφορά στα αποδεικτικά μέσα που έγιναν δεκτά ως αληθή από το δικαστήριο, ώστε να διατυπωθεί η κρίση του με βάση συγκεκριμένους συλλογισμούς για κάθε ζήτημα με ουσιώδη επιρροή για την έκβαση της δίκης. – Η ύπαρξη του δόλου δεν είναι κατ’ αρχήν αναγκαίο να αιτιολογείται ιδιαίτερως υπό ποίες προϋποθέσεις απαιτείται κατ’ εξαίρεσιν ιδιαίτερη αιτιολόγηση του δόλου. – Πότε υπάρχει αιτιολογία στην καταδικαστική απόφαση για συκοφαντική δυσφήμιση. – Αναιρείται λόγω έλλειψης αιτιολογίας η προσβαλλόμενη καταδικαστική απόφαση για συκοφαντική δυσφήμιση, διότι, καίτοι στο σκεπτικό γίνεται δεκτό ότι το ψευδές γεγονός που ισχυρίστηκαν οι κατηγορούμενοι, τελώντας εν γνώσει της αναληθείας του, ήταν η εκ μέρους του πολιτικώς ενάγοντος “μη εξουσιοδοτημένη” ανάληψη του ποσού των 70.000 ευρώ από χρήματα της εταιρείας, στο διατακτικό αναφέρεται ότι οι κατηγορούμενοι γνώριζαν ότι ο εγκάλων δεν υπεξήρεσε τα χρήματα, γεγονός που είναι διαφορετικό από την μη εξουσιοδοτημένη ανάληψη χρημάτων.

[...] II. Κατά το άρ. 362 του ΠΚ, με τις αναφερόμενες σε αυτό ποινές τιμωρείται «όποιος με οποιοδήποτε τρόπο ενώπιον τρίτων ισχυρίζεται ή διαδίδει για κάποιον άλλον γεγονός που μπορεί να βλάψει την τιμή και την υπόληψή του», κατά δε το ευμενέστερο, ως προς την ποινή, άρ. 363 του προηγούμενου ΠΚ «αν στην περίπτωση του άρθρου 362 το γεγονός είναι ψευδές και ο υπαίτιος γνώριζε ότι είναι ψευδές τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον τριών μηνών. Μαζί με τη φυλάκιση μπορεί να επιβληθεί και χρηματική ποινή». Από τις διατάξεις αυτές προκύπτει ότι για τη στοιχειοθέτηση του εγκλήματος της συκοφαντικής δυσφήμισης, απαιτείται: α) ισχυρισμός ή διάδοση γεγονότος ενώπιον τρίτου σε βάρος ορισμένου προσώπου, β) το γεγονός να είναι δυνατόν να βλάψει την τιμή ή την υπόληψή του τελευταίου, γ) το γεγονός αυτό να είναι ψευδές και δ) άμεσος δόλος, συνιστάμενος στην ηθελημένη ενέργεια του ισχυρισμού ή της διάδοσης ενώπιον του τρίτου του ψευδούς γεγονότος εν γνώσει του δράστη, με την έννοια της βεβαιότητας, ότι αυτό είναι ψευδές και δύναται να βλάψει την τιμή και την υπόληψή του άλλου και δεν αρκεί απλός δόλος. Ως «ισχυρισμός» νοείται η ανακοίνωση που προέρχεται από γνώμη ή πεποίθηση του ίδιου του δράστη ή από μετάδοση άλλου προσώπου, που υιοθέτησε ο δράστης, ενώ ως «διάδοση» νοείται η μετάδοση ανακοίνωσης άλλου προσώπου από τον δράστη, χωρίς αυτός να την υιοθετεί.

III. Η καταδικαστική απόφαση έχει την απαιτούμενη κατά τα άρ. 93 παρ. 3 του Συντ. και 139 ΚΠΔ ειδική και εμπεριστατωμένη αιτιολογία, η έλλειψη της οποίας ιδρύει λόγο αναίρεσης κατά το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Δ’ ΚΠΔ, όταν εκτίθενται σ’ αυτήν με σαφήνεια, πληρότητα και χωρίς αντιφάσεις ή λογικά κενά, τα προκύψαντα από την αποδεικτική διαδικασία πραγματικά περιστατικά, στα οποία στηρίχθηκε η κρίση του δικαστηρίου

για τη συνδρομή των αντικειμενικών και υποκειμενικοί στοιχεία του εγκλήματος, οι αποδείξεις που τα θεμελίωσαν και οι νομικοί συλλογισμοί υπαγωγής των αποδειχθέντων περιστατικών στην αφορισθείσα ουσιαστική ποινική διάταξη. Για την ύπαρξη τέτοιας αιτιολογίας είναι παραδεκτή η αλληλοσυμπλήρωση του σκεπτικού με το διατακτικό της απόφασης, τα οποία αποτελούν ενιαίο σύνολο. Δεν αρκεί, όμως, η επανάληψη της διατύπωσης του νόμου για την αιτιολογία, η πληρότητα της οποίας εξασφαλίζεται, όπως προκύπτει από τα άρ. 139, 177 του ισχύοντος ΚΠΔ, όταν υφίσταται αναφορά στα αποδεικτικά μέσα που δέχθηκε το Δικαστήριο ως αληθή για να καταλήξει στην κρίση του με βάση συγκεκριμένους συλλογισμούς για κάθε ζήτημα που ασκεί ουσιώδη επιρροή για τη έκβαση της δίκης.

Η ύπαρξη του δόλου δεν είναι, κατ’ αρχήν, αναγκαίο να αιτιολογείται ιδιαίτερως, αφού ο δόλος ενυπάρχει στη θέληση παραγωγής των πραγματικών περιστατικών που συγκροτούν την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος και προκύπτει από τις ειδικές συνθήκες τέλεσής του, διαλαμβάνεται δε περί αυτού αιτιολογία στην κύρια αιτιολογία για την ενοχή που προκύπτει από τα περιστατικά που αναφέρονται σ’ αυτή, εκτός εάν αξιώνονται από το νόμο πρόσθετα στοιχεία, για την υποκειμενική υπόσταση του εγκλήματος, όπως η εν γνώσει ορισμένου περιστατικού τέλεση της πράξης (άμεσος δόλος) ή η επιδίωξη ορισμένου σκοπού περαιτέρω (εγκλήματα με υπερχειλή υποκειμενική υπόσταση), οπότε η ύπαρξη τέτοιου δόλου πρέπει να αιτιολογείται ιδιαίτερως. Έτσι, επί συκοφαντικής δυσφήμισης, απαιτείται η παράθεση των περιστατικών που δικαιολογούν ότι υπήρχε το στοιχείο της γνώσης και τούτο διότι η γνώση ως ενδιάθετη βούληση επιβάλλεται να εξειδικεύεται και να συνοδεύεται από εκδηλώσεις του δράστη, εις τρόπον ώστε να συνάγεται σαφώς ότι το περιεχόμενο της συκοφαντικής δυσφήμισης ήταν αποτέλεσμα της ενσυνείδητης ενέργειάς του, διαφορετικά η απόφαση στερείται της ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας. Υπάρχει, όμως, και στις περιπτώσεις αυτές η εν λόγω αιτιολογία, όταν, σύμφωνα με τις παραδοχές της απόφασης, ο σχετικός με το ψευδές γεγονός ισχυρισμός του δράστη, θεμελιώνεται σε προσωπική πεποίθηση ή αντίληψη του ίδιου ή σε δική του πράξη ή παράλειψη, οπότε είναι αυτονομία η σχετική γνώση του δράστη, χωρίς να απαιτείται παράθεση άλλων, σχετικών με τη γνώση, περιστατικών (ΑΠ 196/2017, ΑΠ 794/2017).

IV. Στην προκείμενη περίπτωση, το δικάσαν κατ’ έφεση Τριμελές Πλημμελειοδικείο Αθηνών, με την προσβαλλόμενη απόφασή του, δέχθηκε, κατά την αναίρετικώς ανέλεγκτη περί τα πράγματα κρίση του, ότι από τα ειδικώς αναφερόμενα αποδεικτικά μέσα αποδείχθηκαν τα εξής. [...]

Στη συνέχεια κήρυξε ένοχους τους κατηγορούμενους του ότι: «Στην Αθήνα, στις 19.2.2012, 27.2.2012, 29.2.2012, 1.3.2012, 9.3.2012, 18.3.2012, από κοινού ενεργώντας κατόπιν συναποφάσεως, με περισσότερες από μια πράξεις που συνιστούν εξακολούθηση ενός και του αυτού εγκλήματος, ισχυρίστηκαν ενώπιον τρίτου για κάποιον άλλον γεγονός που μπορούσε να βλάψει την τιμή και την υπόληψή του, το γεγονός δε αυτό ήταν ψευδές και οι κατηγορούμενοι το εγνώριζαν. Ειδικότερα, τυγχάνοντας νόμιμοι εκπρόσωποι της εδρεύουσας στην Αγγλία εταιρείας με την επωνυμία “... Limited” η οποία συμμετέχει με ποσοστό 50% στην εταιρεία με την επωνυμία “... ΕΠΕ” [“... LTD”], της οποίας τυγχάνει νόμιμος εκπρόσωπος ο νυν εγκάλων Ε.Λ., διέκοψαν την πρόσβαση αυτού στο ηλεκτρονικό ταχυδρομείο ...@....co.uk και αφού ανέλαβαν τη χρήση του, έστειλαν σε όποιον επιχειρούσε να επικοινωνήσει με τον εγκαλούντα στην ανωτέρω ηλεκτρονική διεύθυνση, μεταξύ άλλων και στους Β.Χ., Δ.Ε., Κ.Χ., Γ.Λ., Α.Τ., Ν.Λ., Μ.Λ. και Π.Ζ., ακόλουθη επιστολή: “Ο κ. Β.Λ. ...Σας εφιστούμε την προσοχή καθώς προσφάτως ο ανωτέρω προέβη σε μη εξουσιοδοτημένη ανάληψη 70.000 ευρώ από το λογαριασμό της εταιρείας ... Ltd”. Τα διαλαμβανόμενα στην επιστολή αυτή ήταν ψευδή και μπορούσαν να βλάψουν την τιμή και την υπόληψή του ανωτέρω εγκαλού-

ντος, η δε αλήθεια, την οποία οι κατηγορούμενοι ε γνώριζαν, ήταν ότι ο εγκαλών δεν υπεξαίρεσε χρήματα της εταιρείας, αλλά πλήρως υποχρεώσεις αυτής προς το ΙΚΑ, γεγονός για το οποίο τους είχε ενημερώσει».

Υ. Με αυτά που δέχθηκε το Δικαστήριο, δεν διέλαβε στην προσβαλλόμενη απόφαση την απαιτούμενη κατά τα άρ. 93 παρ. 3 του Συντ. και 139 ΚΠΔ ειδική και εμπεριστατωμένη αιτιολογία αλλά αντίθετα διέλαβε στην εν λόγω απόφαση, συντιθέμενη από το σκεπτικό και το διατακτικό της, ασάφειες και αντιφάσεις αναφορικά με το ψευδές γεγονός που ισχυρίστηκαν οι κατηγορούμενοι εν γνώσει της αναληθείας του. Συγκεκριμένα, ενώ στο σκεπτικό γίνεται δεκτό ότι το ψευδές γεγονός που ισχυρίστηκαν οι κατηγορούμενοι, τελώντας εν γνώσει της αναληθείας αυτού, ήταν η εκ μέρους του πολιτικώς ενάγοντα ανάληψη του ποσού των 70.000 ευρώ χωρίς εξουσιοδότηση του δ.σ. της Κυπριακής εταιρείας ... LTD, το οποίο μάλιστα αρχικά ήταν αληθές αλλά κατέστη αναληθές μετά την επίτευξη της αναφερόμενης συμφωνίας, στο διατακτικό αναφέρεται ότι οι κατηγορούμενοι γνώριζαν ότι ο εγκαλών δεν υπεξαίρεσε χρήματα της εταιρείας, γεγονός που είναι διαφορετικό από την μη εξουσιοδοτημένη ανάληψη χρημάτων, όπως αναφέρεται στο σκεπτικό, όπου δεν γίνεται καμία αναφορά σε ισχυρισμό εκ μέρους των κατηγορουμένων για γεγονός υπεξαίρεσης εν γνώσει της αναληθείας αυτού.

Συνεπώς, είναι βάσιμος ο από το άρ. 510 παρ. 1 Δ' λόγος αναίρεσης, και πρέπει, κατά παραδοχή αυτού και αφού παρέλκει η έρευνα των λοιπών λόγων, να ανααιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και να παραπεμφθεί η υπόθεση για νέα συζήτηση στο ίδιο Δικαστήριο, αφού είναι δυνατή η συγκρότησή του από άλλους δικαστές, εκτός από εκείνους που δίκασαν προηγουμένως (άρ. 522 ΚΠΔ).

## ΕΝΔΟΟΙΚΟΓΕΝΕΙΑΚΗ ΒΙΑ (ΣΩΜΑΤΙΚΗ ΒΛΑΒΗ)

Αριθμ. 565/2020

Προεδρεύων ο Αντιπρόεδρος Ι. Μαγγίνας, Εισηγήτρια η Αρεοπαγίτης Ζωή Κωστόγιαννη-Καλούση, Εισαγγελέας Γ. Γεράκης, Δικηγόρος Θ. Παπαδόπουλος

**Ενδοοικογενειακή σωματική βλάβη. Ζητήματα αιτιολογίας και νομίμου βάσεως:** Έννοια "ενδοοικογενειακής σωματικής βλάβης"· διάκρισή της από την "απλή σωματική βλάβη" του άρ. 308 ΠΚ και την "επικίνδυνη σωματική βλάβη" του άρ. 309 ΠΚ. – Στοιχεία αντικειμενικής υπόστασης της απλής σωματικής βλάβης. – Πότε υπάρχει αιτιολογία στην καταδικαστική απόφαση για ενδοοικογενειακή σωματική βλάβη. – Αν υπάρχει ασάφεια αναφορικά με το είδος της διακινδύνευσης, τότε συντρέχει περίπτωση εκ πλαγίου παράβασης του άρ. 6 του Ν. 3500/2006 και η απόφαση στερείται νομίμου βάσεως. – Αναίρεται λόγω ελλείψεως αιτιολογίας και ελλείψεως νομίμου βάσεως η προσβαλλόμενη καταδικαστική απόφαση για ενδοοικογενειακή σωματική βλάβη, διότι εμφοιλοχωρεί ασάφεια ως προς το είδος της προξηνηθείσας σωματικής βλάβης (ως απλής ή όλως ελαφράς) και ως προς την ορθή ή μη εφαρμογή των οικείων διατάξεων των άρ. 6 παρ. 1 εδ. α' του Ν. 3500/2006 και 308 παρ. 1 εδ. α' ΠΚ, αφού δεν διαλαμβάνονται πραγματικά περιστατικά από τα οποία να μπορεί να προσδιορισθεί σε τι συνίσταται η "σωματική κάκωση και βλάβη της υγείας" που ο κατηγορούμενος προκάλεσε στην εγκαλούσα, κτυπώντας την με γροθιά στην κοιλιακή χώρα.

Κατά το άρ. 1 παρ. 1 του Ν. 3500/2006 για την αντιμετώπιση της ενδοοικογενειακής βίας και άλλες διατάξεις, «ενδοοικογενειακή βία θεωρείται η τέλεση αξιόποινης πράξης σε βάρος μέλους της οικογένειας, σύμφωνα με τα άρθρα 6, 7, 8 και 9 του

παρόντος και τα άρθρα 299 και 311 του ΠΚ», κατά την παρ. 2 εδ. γ' του ίδιου άρθρου «οι διατάξεις του παρόντος νόμου εφαρμόζονται και στους μόνιμους συντρόφους και στα τέκνα, κοινά ή του ενός εξ αυτών, στους τέως συζύγους, στα μέλη συμφώνου συμβίωσης που έχει λυθεί, καθώς και τους τέως μόνιμους συντρόφους», κατά την παρ. 3 «θύμα ενδοοικογενειακής βίας θεωρείται κάθε πρόσωπο της προηγούμενης παραγράφου σε βάρος του οποίου τελείται αξιόποινη πράξη κατά τα άρθρα 6, 7, 8 και 9 του παρόντος» και κατά το άρ. 6 παρ. 1 «το μέλος της οικογένειας το οποίο προκαλεί σε άλλο μέλος αυτής σωματική κάκωση ή βλάβη της υγείας του, υπό την έννοια του εδ. α' της παρ. 1 του άρθρου 308 ΠΚ, ή με συνεχή συμπεριφορά προξενεί εντελώς ελαφρά κάκωση ή βλάβη της υγείας του, με την έννοια του εδ. β' της παραπάνω διάταξης, τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους, ενώ κατά την παρ. 2 του ίδιου άρθρου αν η πράξη της πρώτης παραγράφου είναι δυνατόν να προκαλέσει στο θύμα κίνδυνο για τη ζωή του ή βαριά σωματική βλάβη, επιβάλλεται φυλάκιση, τουλάχιστον, δύο ετών». Ειδικότερα ποινικοποιείται η ενδοοικογενειακή σωματική βλάβη, υπό την έννοια της πρόκλησης από μέλος της οικογένειας σε άλλο σωματικής κάκωσης ή βλάβης της υγείας, ή εντελώς ελαφράς σωματικής κάκωσης ή βλάβης της υγείας μετά από συνεχή συμπεριφορά. Η ενδοοικογενειακή σωματική βλάβη διακρίνεται από την απλή σωματική βλάβη του άρ. 308 και την επικίνδυνη σωματική βλάβη του άρ. 309 ΠΚ, ως προς το στοιχείο της τέλεσης εντός του οικογενειακού πλαισίου και για το λόγο αυτό τιμωρείται αυστηρότερα (ποινή φυλάκισης τουλάχιστον ενός έτους στην πρώτη περίπτωση της απλής σωματικής βλάβης και φυλάκιση τουλάχιστον δύο ετών στη δεύτερη περίπτωση της επικίνδυνης σωματικής βλάβης). Με την παραπάνω διάταξη αντιμετωπίζονται οι μορφές ενδοοικογενειακών σωματικών κακώσεων και, προσλαμβάνουν τον χαρακτήρα ιδιώνυμου εγκλήματος σωματικών ενδοοικογενειακών κακώσεων, όταν δράστες και παθόντες είναι μέλη της ίδιας οικογένειας, όπως αυτή ορίζεται στο άρ. 1 παρ. 2 του ως άνω νομοθετήματος. Από τις ως άνω διατάξεις προκύπτει ότι η αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος της απλής σωματικής βλάβης συνίσταται στην πρόκληση σε άλλον σωματικής κάκωσης ή βλάβης της υγείας του κατά οποιονδήποτε τρόπο, η διαφοροποίηση δε αυτή προσδιορίζεται από το δικαστήριο, αναλόγως των ειδικών περιστατικών τα οποία προβάλλονται και γίνονται αποδεκτά. Η συνδρομή δε των στοιχείων της αντικειμενικής υπόστασης για το έγκλημα αυτό πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς στην καταδικαστική απόφαση εν όψει της διαβάθμισης της ενδοοικογενειακής σωματικής βλάβης, ανάλογα με την σπουδαιότητά της σε απλή, σε εντελώς ελαφρά, η οποία χωρίς να είναι εντελώς επουσιώδης έχει επιπόλαιες συνέπειες και σε επικίνδυνη. Αν υπάρχει ασάφεια αναφορικά με το είδος της διακινδύνευσης, τότε συντρέχει περίπτωση εκ πλαγίου παράβασης της ανωτέρω διάταξης του άρ. 6 του Ν. 3500/2006 και ιδρύεται ο από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Ε' του ΚΠΔ λόγος αναίρεσης, διότι ο Αρειος Πάγος αδυνατεί να ελέγξει ακυρωτικά την απόφαση για το αν το δικαστήριο της ουσίας εφάρμοσε σωστά ή μη το νόμο, με αποτέλεσμα η απόφαση να στερείται νόμιμης βάσης. Τέλος, η καταδικαστική απόφαση έχει την από τις διατάξεις των άρ. 93 παρ. 3 του Συντ. και 139 του ΚΠΔ απαιτούμενη ειδική και εμπεριστατωμένη αιτιολογία, η έλλειψη της οποίας ιδρύει λόγο αναίρεσης από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Δ' του ΚΠΔ, όταν αναφέρονται σ' αυτή, με πληρότητα, σαφήνεια και χωρίς αντιφάσεις ή λογικά κενά, τα πραγματικά περιστατικά, στα οποία στηρίχθηκε η κρίση του δικαστηρίου για τη συνδρομή των αντικειμενικών και υποκειμενικών στοιχείων του εγκλήματος, οι αποδείξεις που τα θεμελιώνουν και οι νομικοί συλλογισμοί, με τους οποίους έγινε η υπαγωγή των περιστατικών αυτών στην ουσιαστική ποινική διάταξη που εφαρμόστηκε.

[...] Έτσι που έκρινε το Δικαστήριο της ουσίας, δεν διέλαβε στην προσβαλλόμενη απόφασή του την απαιτούμενη από



τις προαναφερθείσες διατάξεις του Συντ. και του ΚΠΔ ειδική και εμπειριστάτη αιτιολογία, καθόσον δεν περιέχονται ούτε στο αιτιολογικό ούτε στο διατακτικό αυτής τα πραγματικά περιστατικά από τα οποία να μπορεί να προσδιορισθεί σε τι συνίστανται οι αναφερόμενες εκεί «σωματική κάκωση και βλάβη της υγείας» που ο κατηγορούμενος προκάλεσε στην εγκαλούσα κτυπώντας την με γροθιά στην κοιλιακή χώρα και χωρίς ειδικότερο προσδιορισμό του είδους της σωματικής κάκωσης και της βλάβης της υγείας της παθούσας, προκειμένου να καταστεί εφικτός ο έλεγχος του Αρείου Πάγου αναφορικά με την ύπαρξη και το είδος της σωματικής βλάβης και να κριθεί αν αυτή συγκροτεί απλή σωματική βλάβη ή εντελώς ελαφρά κάκωση ή βλάβη της υγείας, ενόψει του ότι για την υπαγωγή της τελευταίας αυτής περίπτωσης (εντελώς ελαφράς κάκωσης ή βλάβης της υγείας) στις διατάξεις του ως άνω νόμου (Ν. 3500/2006) απαιτείται και το πρόσθετο στοιχείο της συνεχούς συμπεριφοράς. Με τις ως άνω ελλείψεις και ασαφείς αιτιολογίες κατέστη ανέφικτος ο ανακριτικός έλεγχος για το είδος της προξενθείσας σωματικής βλάβης ως απλής ή όλως ελαφράς και της ορθής ή μη εφαρμογής των οικείων διατάξεων των άρ. 6 παρ. 1 α' Ν. 3500/2006 και 308 παρ. 1α ΠΚ. Κατόπιν τούτων, κατά παραδοχή του από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Δ' και Ε' ΚΠΔ σχετικού πρώτου λόγου της υπό κρίση αίτησης, κατ' εκτίμηση του περιεχομένου του, πρέπει, παρελκόντας της έρευνας του δεύτερου λόγου αυτής, να ανααιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και να παραπεμφθεί η υπόθεση για νέα συζήτηση στο ίδιο Δικαστήριο, συντιθέμενο από άλλους δικαστές, εκτός από εκείνους, οι οποίοι είχαν δικάσει προηγουμένως (519 ΚΠΔ).

## ΠΟΙΝΗ

### Αριθμ. 96/2020

Προεδρεύουσα η Αντιπρόεδρος Αβροκόμη Θούα, Εισηγητής ο Αρεοπαγίτης Γ. Αναστασάκος, Εισαγγελέας Αριστεά Θεοδόση, Δικηγόροι Μαρία Κοσσίδα, Καλλιόπη Ρόντου

**Επιμέτρηση ποινής. Ζητήματα αιτιολογίας:** Καίτοι οι ελαφρυντικές περιστάσεις ερευνώνται αυτεπαγγέλτως, δεν υπάρχει υποχρέωση για αιτιολόγηση της μη συνδρομής τέτοιας περίπτωσης. – Εφόσον υποβληθεί από τον κατηγορούμενο ή τον συνήγορό του ισχυρισμός περί αναγνώρισης σε αυτόν μίας ή περισσότερων από τις ελαφρυντικές περιστάσεις, υπάρχει υποχρέωση διερεύνησης του ισχυρισμού και, επί τυχόν απορρίψεώς του, αιτιολόγησης της σχετικής κρίσης. – Προϋπόθεση εξέτασης της ουσιαστικής βασιμότητας ενός τέτοιου αυτοτελούς ισχυρισμού αποτελεί η προβολή του κατά τρόπο σαφή και ορισμένο. – Μόνη η επίκληση της νομικής διάταξης όπου προβλέπεται η επίμαχη ελαφρυντική περίπτωση ή του χαρακτηρισμού με τον οποίον είναι αυτή γνωστή στην νομική ορολογία καθιστά τον σχετικό ισχυρισμό αόριστο και δεν υφίσταται υποχρέωση απάντησης σε αυτόν ή δικαιολόγησης της σιωπηρής ή ρητής απόρριψής του. – Στοιχεία της ελαφρυντικής περίπτωσης του προτέρου εντίμου βίου. – Στοιχεία της ελαφρυντικής περίπτωσης της μεταγενέστερης καλής συμπεριφοράς. – Σύμφωνα με τον νέο ΠΚ η μεταγενέστερη καλή συμπεριφορά του υπαιτίου μπορεί να λάβει χώρα ακόμα και κατά την κράτησή του. – Αιτιολογημένως απερρίφθησαν οι αυτοτελείς ισχυρισμοί του κατηγορούμενου περί αναγνώρισης στο πρόσωπό του ελαφρυντικών περιστάσεων του άρ. 84 παρ. 2 στοιχ. α' και ε' ΠΚ, αφού αφενός δεν ήταν ορισμένοι οι ισχυρισμοί με την αναφορά μόνον της σχετικής διάταξης του ΠΚ, αφετέρου δε παρατέθηκαν συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά για την απόρριψή τους. – Ποιοι γενικοί κανόνες περιλαμβάνονται στο άρ. 79 ΠΚ για τον τρόπο επιμέτρησης όλων των

ποινών. – Πότε υπάρχει αιτιολογία στην απόφαση ως προς την επιμέτρηση της ποινής. – Η επιμέτρηση της ποινής σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση ανήκει στην κυριαρχική κρίση του δικαστηρίου της ουσίας, για την οποία λαμβάνονται υπόψιν η βαρύτητα του εγκλήματος και η προσωπικότητα του κατηγορουμένου, όπως προκύπτει από τα πραγματικά περιστατικά που έγιναν δεκτά για την ενοχή του, χωρίς να υπάρχει υποχρέωση ειδικότερης αιτιολογίας στην περί ποινής απόφαση για τα στοιχεία αυτά. – Αναίρεται εν μέρει λόγω ελλείψεως αιτιολογίας η προσβαλλόμενη καταδικαστική απόφαση ως προς την επιμέτρηση της χρηματικής ποινής των 8.000 ευρώ, διότι για την επιβολή της ελήφθη μεν υπόψιν η βαρύτητα του διαπραχθέντος εγκλήματος, δεν αξιολογήθηκαν όμως οι ατομικές περιστάσεις του κατηγορουμένου, εκ των οποίων προκύπτει ότι η ποινή είναι γι' αυτόν εξοντωτική, αφού απεδείχθη βάσει εγγράφων ότι λόγω σοβαρών προβλημάτων υγείας (μυασθένεια βαρείας μορφής) ο αναίρεσέων αδυνατεί να εργασθεί, ανήκει στην κατηγορία ατόμων με ειδικές ανάγκες (με ποσοστό αναπηρίας 67%) και εισπράττει μηνιαία οικονομική ενίσχυση 290 ευρώ από τις αρμόδιες κοινωνικές υπηρεσίες.

[...] ΙΙΙ. Κατά την έννοια των διατάξεων των άρ. 83 και 84 του ΠΚ, το δικαστήριο της ουσίας, κατά τον ακροαματικό έλεγχο κάθε υποθέσεως, ερευνά μεν αυτεπαγγέλτως αν συντρέχουν οι προβλεπόμενες από το δεύτερο ως άνω άρθρο ελαφρυντικές περιστάσεις, οι οποίες επιφέρουν μείωση της ποινής, δεν είναι όμως υποχρεωμένο να προβεί οίκοθεν στην αιτιολόγηση της μη συνδρομής τέτοιας περίπτωσης. Εφόσον όμως υποβληθεί από τον κατηγορούμενο ή τον συνήγορο του, τέτοιος ισχυρισμός, περί αναγνώρισης σε αυτόν μιας ή περισσότερων από τις ελαφρυντικές αυτές περιστάσεις, το δικαστήριο έχει υποχρέωση να τον ερευνήσει και, αν τον απορρίψει, να αιτιολογήσει ειδικά και εμπειριστά τα μέρη της κρίσης του. Προϋπόθεση, όμως, της εξέτασης της ουσιαστικής βασιμότητας ενός τέτοιου αυτοτελούς ισχυρισμού αποτελεί η προβολή αυτού κατά τρόπο σαφή και ορισμένο, με όλα δηλαδή τα πραγματικά περιστατικά που είναι αναγκαία για τη θεμελίωση της επικαλούμενης ελαφρυντικής περιστάσεως. Μόνη η επίκληση της νομικής διάταξης που προβλέπει την ελαφρυντική περίπτωση ή τον χαρακτηρισμό με τον οποίον είναι αυτή γνωστή στη νομική ορολογία, καθιστά το σχετικό ισχυρισμό αόριστο, στον οποίο, ως τέτοιο, δεν έχει υποχρέωση το δικαστήριο της ουσίας να απαντήσει ή να δικαιολογήσει ειδικά τη σιωπηρή ή ρητή απόρριψή του (ΑΠ 35/2015, 39/2009). Ως ελαφρυντικές περιστάσεις, κατά το άρ. 84 παρ. 2 ΠΚ (όπως αυτό ίσχυε κατά τον χρόνο εκδίκασης της υπόθεσης), θεωρούνται, μεταξύ άλλων, 1) ότι ο υπαίτιος έζησε έως το χρόνο που έγινε το έγκλημα έντιμη ατομική, οικογενειακή, επαγγελματική και γενικά κοινωνική ζωή (περ. α') και 2) ότι ο υπαίτιος συμπεριφέρθηκε καλά για σχετικά μεγάλο διάστημα μετά την πράξη του (περ. ε'). Ειδικότερα, στην πρώτη περίπτωση, για τη στοιχειοθέτηση της ελαφρυντικής περίπτωσης του προτέρου εντίμου βίου, πρέπει να εκτίθενται συγκεκριμένα (θετικά) περιστατικά έντιμης ζωής και μάλιστα σε όλους τους τομείς συμπεριφοράς που ορίζονται στην πιο πάνω διάταξη, ενώ, κατά την ισχύουσα από 1.7.2019 επεικέστερη διάταξη του ίδιου άρθρου με το νέο ΠΚ (Ν. 4619/2019), αρκεί ότι ο υπαίτιος έζησε σύννομα ως τον χρόνο που έγινε το έγκλημα. Στη δεύτερη δε περίπτωση, για τη στοιχειοθέτηση της ελαφρυντικής περίπτωσης της μεταγενέστερης καλής συμπεριφοράς πρέπει να αναφέρονται τα πραγματικά περιστατικά της καλής συμπεριφοράς επί μακρόν χρόνο μετά την τέλεση της πράξης (ΑΠ 286/2009). Ενώ, κατά την ισχύουσα από 1.7.2019 επεικέστερη διάταξη του ίδιου άρθρου με το νέο ΠΚ (Ν. 4619/2019) η μεταγενέστερη καλή συμπεριφορά του υπαιτίου μπορεί να λάβει χώρα ακόμα και κατά την κράτησή του. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από την

επισκόπηση των πρακτικών της δίκης του εφετείου, ο αναιρεσείων, διά του πληρεξουσίου δικηγόρου του, κατά την αγόρευση του (σελίδα 16 των πρακτικών), ζήτησε κατά λέξη να του αναγνωρισθούν «οι ελαφρυντικές περιστάσεις του άρθρου 84 παρ. 2 α' και ε' του ΠΚ», δηλαδή αναφέροντας μόνο τη σχετική διάταξη, χωρίς παράθεση οιασδήποτε πραγματικού περιστατικού. Το δικαστήριο, παρά ταύτα, αν και δεν ήταν υποχρεωμένο να απαντήσει λόγω της αοριστίας του ισχυρισμού απάντησε, ως εκ περισπού, απορρίπτοντας τους ισχυρισμούς αυτούς ως αβάσιμους κατ' ουσίαν με την αιτιολογία ότι «από την ανάγνωση του ποινικού μητρώου του κατηγορουμένου, που υπάρχει στη δικογραφία, προέκυψε ότι πράγματι ο τελευταίος δεν είχε ποινική εμπλοκή μέχρι την τέλεση της ανωτέρω πράξης του, ωστόσο πέραν τούτου δεν προέκυψαν συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά τέτοια, που να καταδεικνύουν προηγούμενη θετική και γενικότερη κοινωνική δραστηριότητα αυτού, με πράξεις θετικές και με προσφορά προς το κοινωνικό σύνολο και ότι γενικότερα έζησε κατά τρόπο που, σε καμία περίπτωση, δεν αναμενόταν ως πιθανή η εκτροπή αυτού σε ποινική παραβατικότητα, ούτε άλλωστε ο τελευταίος επικαλείται τέτοια συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά. Ούτε, άλλωστε, από την εν γένει αποδεικτική διαδικασία προέκυψε ότι ο κατηγορούμενος, για αρκετά μεγάλο χρονικό διάστημα μετά την τέλεση της αξιόποινης πράξης του, είχε πραγματική επίγνωση των συνεπειών της και συναισθάνθηκε πραγματικά σφάλμα στη συμπεριφορά του, που συνέλεξε στο αξιόποινο αποτέλεσμα. Ως εκ τούτου, δεν προκύπτει ότι, για αρκετά μεγάλο χρονικό διάστημα από την πράξη του, ενήργησε με κριτήριο τη στάση του μέσου συνετού και νομοταγούς πολίτη και ότι εναρμονίστηκε προς τις επιταγές της έννομης τάξης, ακριβώς συναισθανόμενος από μόνος του το αποτέλεσμα της προπεριγραφείας υπαίτιας συμπεριφοράς του». Κατ' ακολουθίαν, ο σχετικός από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Δ' του ΚΠΔ λόγος αναιρέσεως, με τον οποίο πλήττεται η προσβαλλόμενη απόφαση, διότι χωρίς αιτιολογία απέρριψε τους ισχυρισμούς αυτούς τυγχάνει αβάσιμος και απορριπτός.

IV. Στη διάταξη του άρ. 79 του ισχύοντος από 1.7.2019 νέου ΠΚ (Ν. 4619/2019), ως η παρ. 7 αυτού ίσχυε πριν την αντικατάστασή της με το άρ. 12 περ. 1 του ν. 4637/2019 (ΦΕΚ Α 180/18.11.2019), για τη δικαστική επιμέτρηση της ποινής ορίζονται τα ακόλουθα: «1. Με την επιμέτρηση της ποινής καθορίζεται η ανάλογη και δίκαιη τιμωρία του εγκλήματος με βάση τη βαρύτητα της πράξης και το βαθμό ενοχής του υπαίτιου γι' αυτή. Το δικαστήριο σταθμίζει τα στοιχεία που λειτουργούν υπέρ και σε βάρος του υπαίτιου και συνεκτιμά τις συνέπειες της ποινής για τον ίδιο και τους οικείους του. 2. Για την εκτίμηση της βαρύτητας του εγκλήματος το δικαστήριο λαμβάνει υπόψη του: α) τη βλάβη που προξένησε το έγκλημα ή τον κίνδυνο που προκάλεσε, β) τη φύση, το είδος και το αντικείμενο του εγκλήματος, καθώς επίσης όλες τις περιστάσεις χρόνου, τόπου, μέσου και τρόπου που συνόδευσαν την προπαρασκευή ή την εκτέλεσή του. 3. Για την εκτίμηση του βαθμού ενοχής του υπαίτιου, το δικαστήριο εξετάζει: α) την ένταση του δόλου ή το βαθμό της αμέλειάς του, β) τα αίτια που τον ώθησαν στην εκτέλεση του εγκλήματος, την αφορμή που του δόθηκε και τον σκοπό που επιδίωξε, γ) τον χαρακτήρα του και τον βαθμό της ανάπτυξής του που επηρέασαν την πράξη, δ) τις ατομικές και κοινωνικές περιστάσεις και την προηγούμενη ζωή του στο μέτρο που σχετίζονται με την πράξη, ε) τον βαθμό της δυνατότητας και της ικανότητάς του να πράξει διαφορετικά, στ) τη διαγωγή του κατά τη διάρκεια της πράξης και μετά την πράξη και ιδίως τη μετάνοια που επέδειξε και την προθυμία του να επανορθώσει τις συνέπειες της πράξης του. 4. Στοιχεία που λειτουργούν υπέρ του υπαίτιου θεωρούνται ιδίως: α) το ότι αυτός διαδραμάτισε έναν σαφώς υποδεέστερο ρόλο σε πράξη που τελέστηκε από πολλούς, β) το ότι τέλεσε την πράξη σε δικαιολογημένη συναισθηματική φόρτιση, γ) το ότι έθεσε τον εαυτό του στη διάθεση

των αρχών χωρίς σημαντική καθυστέρηση, ενώ μπορούσε να διαφύγει, δ) το ότι διευκόλυνε ουσιαστικά την εξιχνίαση του εγκλήματος. 5. Στοιχεία που λειτουργούν σε βάρος του υπαίτιου θεωρούνται ιδίως: α) η κατ' επάγγελμα τέλεση της πράξης, β) η ιδιαίτερη σκληρότητα, γ) η εκμετάλλευση της εμπιστοσύνης του θύματος, δ) το γεγονός ότι το θύμα δεν μπορούσε να προστατεύσει τον εαυτό του, ε) το ότι ο υπαίτιος διαδραμάτισε ιθύνοντα ρόλο σε πράξη που τελέστηκε με συμμετοχή πολλών. 6. Στοιχεία που έχουν αξιολογηθεί από τον νομοθέτη για τον προσδιορισμό της απειλούμενης ποινής δεν λαμβάνονται από το δικαστήριο επιπροσθέτως υπόψη κατά την επιμέτρησή της. 7. Η επιμέτρηση της ποινής πρέπει να είναι ειδικά και εμπεριστατωμένα αιτιολογημένη. Η απλή μνεία ότι έχουν εκτιμηθεί τα κριτήρια των προηγούμενων παραγράφων δεν συνιστά αιτιολογία». Από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει ότι στο άρ. 79 περιλαμβάνονται γενικοί κανόνες για τον τρόπο επιμέτρησης όλων των ποινών. Ορίζεται αρχικά ότι με την επιμέτρηση της ποινής καθορίζεται από το δικαστή η ανάλογη και δίκαιη τιμωρία του εγκλήματος με βάση τη βαρύτητα της πράξης και την ενοχή του δράστη γι' αυτή, ενώ διευκρινίζεται ακόμη ότι το δικαστήριο δεν οφείλει απλώς να σταθμίσει τα στοιχεία του εγκλήματος, που λειτουργούν υπέρ και σε βάρος του υπαίτιου, αλλά πρέπει επιπλέον να συνεκτιμά τις συνέπειες της ποινής για τον ίδιο και τους οικείους του. Στη δεύτερη παράγραφο αναφέρονται τα στοιχεία που πρέπει να λαμβάνει υπόψη το δικαστήριο για να εκτιμήσει τη βαρύτητα του εγκλήματος, στην τρίτη περιγράφονται τα στοιχεία που λαμβάνει υπόψη του ο δικαστής για να εκτιμήσει την ενοχή του δράστη και στην τέταρτη μνημονεύονται οι όροι που λειτουργούν υπέρ του υπαίτιου κατά την επιμέτρηση της ποινής του, η απαρίθμηση των οποίων, όπως προκύπτει από τη χρήση της λέξης «ιδίως», είναι ενδεικτική. Αντίστροφα, στην πέμπτη παράγραφο μνημονεύονται, και πάλι ενδεικτικά, τα στοιχεία που λειτουργούν σε βάρος του υπαίτιου, ενώ στην έκτη παράγραφο διευκρινίζεται ότι τα στοιχεία, που έχουν αξιολογηθεί από το νομοθέτη για τον προσδιορισμό της απειλούμενης ποινής, δεν λαμβάνονται από το δικαστήριο επιπροσθέτως υπόψη για την επιμέτρησή της. Τέλος, στην έβδομη παράγραφο του εν λόγω άρ. 79 ΠΚ, περιλαμβάνεται ένας ιδιαίτερα σημαντικός κανόνας, καθώς ορίζεται ρητά ότι η επιμέτρηση της ποινής πρέπει να είναι ειδικά και εμπεριστατωμένα αιτιολογημένη (βλ. Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4619/2019). Για την ύπαρξη τέτοιας αιτιολογίας της απόφασης, ως προς την επιμέτρηση της ποινής, είναι παραδεκτή η αλληλοσυμπλήρωση των αιτιολογιών, που αναφέρονται στο οικείο μέρος της απόφασης, με αυτές του αιτιολογικού και διατακτικού της απόφασης για την ενοχή του κατηγορουμένου, με τις οποίες αποτελούν ενιαίο σύνολο και θεωρείται ότι η απόφαση έχει την απαιτούμενη από την παρ. 7 του άρ. 79 αιτιολογία, αν από το σύνολο των αιτιολογιών της (απόφασης) προκύπτει ότι λήφθηκαν υπόψη οι κανόνες που ορίζει η ανωτέρω διάταξη για την επιμέτρηση της ποινής (ΑΠ 1949/2019). Εξάλλου, κατά την παρ. 4 του άρ. 79 του προϊσχύσαντος ΠΚ, με βάση την οποία επιβλήθηκε στον αναιρεσείοντα η ποινή για την προαναφερθείσα αξιόποινη πράξη για την οποία κρίθηκε ένοχος (μετ' απόρριψη των προαναφερομένων ελαφρυντικών περιστάσεων). «Στην απόφαση αναφέρονται ρητά οι λόγοι που δικαιολογούν την κρίση του Δικαστηρίου για την ποινή που επέβαλε». Η διάταξη αυτή αναφέρεται στην παρ. 1 του ίδιου άρθρου, που ορίζει ότι «κατά την επιμέτρηση της ποινής στα όρια που διαγράφει ο νόμος, το δικαστήριο λαμβάνει υπόψη: α) τη βαρύτητα του εγκλήματος που έχει τελεστεί και β) την προσωπικότητα του εγκληματία». Από τις διατάξεις αυτές, σε συνδυασμό με όσα ορίζονται στις παρ. 2 και 3 του αυτού άρθρου, αναφορικά με τα κριτήρια, στα οποία αποβλέπει και τα οποία εξετάζει και σταθμίζει το δικαστήριο για την εκτίμηση της βαρύτητας του εγκλήματος και της προσωπικότητας του εγκληματία, προκύπτει ότι η επιμέτρηση της ποινής, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, ανήκει στην κυ-

ριαρχική κρίση του δικαστηρίου της ουσίας, το οποίο λαμβάνει υπόψη τη βαρύτητα του εγκλήματος και την προσωπικότητα του κατηγορουμένου, όπως αυτά προκύπτουν από τα πραγματικά περιστατικά, που έγιναν δεκτά για την ενοχή του, χωρίς να έχει υποχρέωση να διαλάβει στην περί ποινής απόφασή του για τα στοιχεία αυτά ειδικότερη αιτιολογία (ΑΠ 1016/2018, ΑΠ 305/2016, ΑΠ 181/2016, ΑΠ 611/2015).

Στην προκείμενη περίπτωση, το σκεπτικό της προσβαλλόμενης απόφασης όσον αφορά την επιμέτρηση της ποινής έχει ως εξής: «Το Δικαστήριο σύμφωνα με το άρθρο 79 του ΠΚ, λαμβάνοντας υπόψη, τόσο τη βαρύτητα των εγκλημάτων που τέλεσε ο κατηγορούμενος, όσο και την προσωπικότητα αυτού, κρίνει ότι πρέπει να του επιβληθεί ποινή φυλάκισης δύο (2) ετών και Χρηματική ποινή οχτώ χιλιάδων (8.000) ευρώ. Στην κρίση του αυτή οδηγήθηκε το Δικαστήριο, αφού έλαβε υπόψη του, όσον αφορά τη βαρύτητα των εγκλημάτων, τα ακόλουθα στοιχεία: Τη βλάβη, που προξένησαν τα εγκλήματα, καθώς και τον κίνδυνο που προκλήθηκε εξαιτίας αυτών, τη φύση, το είδος και το αντικείμενο των εγκλημάτων, καθώς επίσης και όλες τις περιστάσεις (χρόνου, τόπου, μέσων και τρόπου), που συνόδευαν την προπαρασκευή και την εκτέλεσή τους και την ένταση του δόλου του κατηγορουμένου, όπως όλα αυτά προκύπτουν από τα προαναφερόμενα αποδεικτικά στοιχεία και εκτίθενται ειδικότερα στην προηγούμενη περί ενοχής απόφαση. Το Δικαστήριο έλαβε ακόμη υπόψη του, για την εκτίμηση της προσωπικότητας του κατηγορουμένου τα αίτια που τον ώθησαν στην εκτέλεση των εγκλημάτων, την αφορμή που του δόθηκε και το σκοπό, που επιδίωξε, τον χαρακτήρα του και το βαθμό της αναπτύξεώς του, τις ατομικές και κοινωνικές περιστάσεις και την προηγούμενη ζωή του, καθώς και την διαγωγή του κατά τη διάρκεια των πράξεων και μετά τις πράξεις και ιδίως την μετάνοια, που επέδειξε και την προθυμία του να επανορθώσει τις συνέπειες των πράξεών του, όπως όλα αυτά προκύπτουν από τα προαναφερόμενα αποδεικτικά στοιχεία και εκτίθενται ειδικότερα στην προηγούμενη περί ενοχής απόφαση». Με όσα έγιναν δεκτά παραπάνω, σε συνδυασμό με τα αναφερόμενα στο περί ενοχής σκεπτικό και το διατακτικό της προσβαλλόμενης, προκύπτει ότι το δικαστήριο της ουσίας για την επιμέτρηση της ποινής που επέβαλλε στον αναιρεσείοντα για την προαναφερθείσα αξιόποινη πράξη, έλαβε μεν υπόψη τη βαρύτητα του εγκλήματος που αυτός διέπραξε, δεν αξιολόγησε όμως τις ατομικές περιστάσεις του κατηγορουμένου (ΠΚ 79 παρ. 3) ως προς το ύψος της χρηματικής ποινής που επέβαλλε σ' αυτόν (8.000 ευρώ). Ειδικότερα, ο αναιρεσείων αιτιάται ότι το ύψος της επιβληθείσας σ' αυτόν χρηματικής ποινής είναι εξοντωτικό για τις οικονομικές του δυνατότητες, ενόψει και των σοβαρών προβλημάτων υγείας που αντιμετωπίζει (μυασθένειας βαρειάς μορφής), εξαιτίας των οποίων αδυνατεί να εργασθεί, με αποτέλεσμα να ανήκει στην κατηγορία ατόμων με ειδικές ανάγκες (με ποσοστό αναπηρίας 67%) και να εισπράττει για το σκοπό αυτό μηνιαία οικονομική ενίσχυση 290 ευρώ από τις αρμόδιες κοινωνικές υπηρεσίες. Εξάλλου, όπως προκύπτει και από την παραδεκτή επισκόπηση των πρακτικών της δίκης, για τις ανάγκες του αναιρετικού ελέγχου, προσκομίσθηκαν από τη συνήγορο υπεράσπισης του κατηγορουμένου και αναγνώσθηκαν, μεταξύ άλλων και έγγραφα που αφορούν την κατάσταση υγείας του κατηγορουμένου, το ποσοστό αναπηρίας του, την οικονομική ενίσχυσή του κ.λπ. (βλ. σελ. 10). Με βάση, λοιπόν, τις πιο πάνω παραδοχές της αποφάσεως και την αλληλοσυμπλήρωση των σχετικών αιτιολογιών, που αναφέρονται στα οικεία μέρη της αποφάσεως και αποτελούν ενιαίο σύνολο, προκύπτει ότι το δικαστήριο καθόρισε το ύψος της χρηματικής ποινής που επέβαλλε στον αναιρεσείοντα χωρίς την ανάλογη αιτιολόγηση των περιστατικών εκείνων που αφορούν την προσωπικότητά του και ειδικότερα των ατομικών περιστάσεών του, όπως αυτές προσδιορίζονται στην ευμενέστερη για τον κατηγορούμενο διάταξη του άρ. 79 του νέου ΠΚ, ως ίσχυσε από 1.7.2019 έως

17.11.2019 (οπότε η 7<sup>η</sup> παράγραφος αυτής αντικαταστάθηκε με το άρ. 12 παρ. 1 του Ν. 4637/2019 και επανήλθε στην αρχική της διατύπωση, σύμφωνα με την οποία πλέον «Στην απόφαση αναφέρονται ρητά οι λόγοι που δικαιολογούν την κρίση του δικαστηρίου για την επιμέτρηση της ποινής που επέβαλλε».

Συνεπώς, ο σχετικός από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Δ' ΚΠΔ λόγος αναίρεσης, με τον οποίο πλήττεται η προσβαλλόμενη απόφαση για έλλειψη ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας σχετικά με την επιμέτρηση της χρηματικής ποινής (8.000 ευρώ) για την πράξη για την οποία καταδικάστηκε ο αναιρεσείων είναι βάσιμος. Κατόπιν αυτών πρέπει ν' αναιρεθεί μερικά η προσβαλλόμενη απόφαση και ειδικότερα ως προς τη διάταξη περί επιβολής χρηματικής ποινής στον αναιρεσείοντα και να παραπεμφθεί η υπόθεση, κατά το μέρος τούτο, για νέα συζήτηση στο ίδιο δικαστήριο, του οποίου είναι δυνατή η συγκρότηση και από τους ίδιους δικαστές (ΚΠΔ 522), απορριπτομένης κατά τα λοιπά της αιτήσεως αναίρεσής.

## ΤΟΠΟΣ ΤΕΛΕΣΗΣ ΕΓΚΛΗΜΑΤΟΣ

### Αριθμ. 378/2020

Προεδρεύουσα η Αρεοπαγίτης **Διονυσία Μπιτζούνη**, Εισηγήτρια η Αρεοπαγίτης **Βασιλική Ηλιοπούλου**, Εισαγγελέας **Β. Παπαδάς**, Δικηγόρος **Σ. Νίκας**

**Τόπος τέλεσης συκοφαντικής δυσφήμισης με αποστολή ηλεκτρονικού μηνύματος (e-mail):** Υπό ποιες προϋποθέσεις τυγχάνουν εφαρμογής οι ελληνικοί ποινικοί νόμοι και κατ' αλλοδαπού για πράξη που τελέστηκε στην αλλοδαπή. – Η αξίωση «η πράξη να είναι αξιόποινη, με τα συγκεκριμένα χαρακτηριστικά της, και κατά τους νόμους της χώρας όπου τελέστηκε ή να διαπράχθηκε σε πολιτειακά ασύντακτη χώρα» για την εφαρμογή των ελληνικών ποινικών νόμων συνιστά εξωτερικό όρο του αξιοποίνου, επί μη συνδρομής δε της εν λόγω προϋπόθεσης ο κατηγορούμενος πρέπει να κηρύσσεται αθώος. – Αιτιολογημένως απερρίφθη ο ισχυρισμός ότι η συκοφαντική δυσφήμιση δεν είναι πράξη αξιόποινη κατά τους αγγλικούς νόμους και δεν μπορούσε να εφαρμοσθεί το άρ. 7 ΠΚ, αφού τόπος τέλεσης της άδικης πράξης ήταν η Ελλάδα, όπου βρίσκονταν οι χρήστες προς τους οποίους απηύθυναν οι κατηγορούμενοι το συγκεκριμένο ηλεκτρονικό μήνυμα, οπότε εφαρμοστέο ήταν το άρ. 5 ΠΚ και όχι το άρ. 7 ΠΚ.

[...] II. Κατά το άρ. 5 παρ. 1 του ΠΚ, όπως το άρθρο αυτό ισχύει από 1.7.2019, «Οι ελληνικοί ποινικοί νόμοι εφαρμόζονται σε όλες τις πράξεις που τελέστηκαν στο έδαφος της επικράτειας, ακόμη και από αλλοδαπούς».

Περαιτέρω, από τις διατάξεις των άρ. 7 και 6 παρ. 3 του ΠΚ προκύπτει ότι, για να εφαρμοσθούν οι ελληνικοί ποινικοί νόμοι και κατά αλλοδαπού για πράξη που τελέστηκε στην αλλοδαπή, απαιτείται να συντρέχουν οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) ο δράστης να είναι αλλοδαπός, β) η πράξη να χαρακτηρίζεται από τους ελληνικούς νόμους ως κακούργημα ή πλημμέλημα, για το τελευταίο δε απαιτείται ακόμη έγκληση του παθόντος ή αίτηση της κυβέρνησης της χώρας όπου τελέστηκε το πλημμέλημα, γ) να στρέφεται εναντίον Έλληνα πολίτη, δηλαδή να προσβάλλει έννομα αγαθά αυτού προσωπικά ή περιουσιακά ή να προσβάλλει έννομα αγαθά ελληνικού νομικού προσώπου και δ) να είναι αξιόποινη, με τα συγκεκριμένα χαρακτηριστικά της και κατά τους νόμους της χώρας όπου τελέστηκε ή να διαπράχθηκε σε πολιτειακά ασύντακτη χώρα. Η τελευταία αυτή προϋπόθεση αποτελεί εξωτερικό όρο του αξιοποίνου, η μη συνδρομή του οποίου εμποδίζει τη θεμελίωση του αξιοποίνου και τον χαρακτηρισμό της πράξης ως εγκλήματος, το δε επι-



λαμβανόμενο δικαστήριο οφείλει να κηρύξει αθώο τον κατηγορούμενο [...].

III. Στην προκείμενη περίπτωση, ο εκ του άρ. 510 παρ. 1 Δ' ΚΠΔ πρώτος λόγος αναίρεσης, για έλλειψη ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας, διότι το Δικαστήριο με την προσβαλλόμενη απόφασή του δεν απάντησε αιτιολογημένα στον ισχυρισμό των κατηγορουμένων, υπηκόων Αγγλίας, ότι δεν συνέτρεχε ο προαναφερθείς εξωτερικός όρος του αξιοποιήσιμου κατά τους αγγλικούς νόμους, και συνεπώς δεν μπορούσε να εφαρμοσθεί το άρ. 7 ΠΚ, είναι αβάσιμος, στηριζόμενος επί εσφαλμένης προϋποθέσεως, αφού το Δικαστήριο δέχθηκε, με τις εκτιθέμενες επαρκείς αιτιολογίες, ότι τόπος τέλεσης της άδικης πράξης ήταν η Ελλάδα, όπου βρίσκονταν οι χρήστες προς τους οποίους απηύθυναν οι κατηγορούμενοι το συγκεκριμένο ηλεκτρονικό μήνυμα, οπότε εφαρμοστέο ήταν το άρ. 5 ΠΚ για πράξεις που τελέστηκαν στο έδαφος της επικράτειας από αλλοδαπούς και όχι το άρ. 7 ΠΚ, που αφορά σε πράξεις αλλοδαπών που τελέστηκαν στην αλλοδαπή και αναφορικά με το οποίο θα υπήρχε υποχρέωση έρευνας της συνδρομής του αξιοποιήσιμου της πράξης και κατά τους νόμους της χώρας όπου αυτή τελέστηκε.

Συνεπώς είναι απορριπτέος ο προαναφερόμενος λόγος αναίρεσης. [...]

## ΨΕΥΔΕΙΣ ΥΠΕΥΘΥΝΕΣ ΔΗΛΩΣΕΙΣ

### Αριθμ. 774/2020

Προεδρεύουσα η Αντιπρόεδρος Αβροκόμη Θούα, Εισηγήτρια η Αρεοπαγίτης Αρτεμισία Παναγιώτου, Εισαγγελέας Ι. Κωνσταντινόπουλος, Δικηγόροι Α. Δάσκακας, Α. Μιχαήλ

**Παράσταση πολιτικής αγωγής επί ψευδούς υπεύθυνης δηλώσεως προς την αρχή. Απόλυτη ακυρότητα: Ποιος δικαιούται σε παράσταση πολιτικής αγωγής. – Επί παραβάσεως των διατάξεων των άρ. 8 και 22 παρ. 6 του Ν. 1599/1986, ο**

πολίτης δεν νομιμοποιείται σε δήλωση παραστάσεως πολιτικής αγωγής κατά του κατηγορουμένου, ο οποίος φέρεται ότι προέβη σε ψευδή δήλωση προς την αρχή. – Εφόσον η κατηγορία αναφέρεται σε περισσότερες πράξεις, πρέπει να διευκρινίζεται σε ποιες αναφέρεται η παράσταση πολιτικής αγωγής, διότι, αν γίνει δεκτή και για πράξη για την οποία δεν επιτρέπεται, δημιουργείται απόλυτη ακυρότητα.

[...] Περαιτέρω, από τις διατάξεις των άρ. 63, 64, 82, 67 ΚΠΔ και 914, 928, 932 ΑΚ προκύπτει ότι δικαίωμα παραστάσεως ως πολιτικώς ενάγων κατά την ποινική διαδικασία για την επιδίκαση αποζημιώσεως, χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης ή ψυχικής οδύνης προκληθείσας από αξιόποινη πράξη έχει μόνο ο φορέας του δικαιώματος το οποίο προσβάλλεται, ο οποίος ζημιώνεται κατά τρόπο άμεσο. Οι τυχόν προκύπτουσες έμμεσες συνέπειες από το αδίκημα σε βάρος του φορέα του δικαιώματος δεν καθιστούν αυτόν δικαιούχο αποζημιώσεως δεδομένου ότι η ζημία αυτή είναι έμμεση. Έτσι, επί παραβάσεως των διατάξεων των άρ. 8 και 22 παρ. 6 του Ν. 1599/1986, που αποβλέπει στην προστασία του γενικού και όχι του ιδιωτικού συμφέροντος, ο πολίτης δεν νομιμοποιείται σε δήλωση παράστασης πολιτικής αγωγής κατά του κατηγορουμένου, που φέρεται ότι προέβη σε ψευδή δήλωση προς αρχή με την έντυπη υπεύθυνη δήλωση του άρ. 8 του Ν. 1599/1986, διότι η ζημία που τυχόν υπέστη αυτός από τις συνέπειες της δηλώσεως αυτής είναι έμμεση[η]. Πολύ δε περισσότερο, όταν το περιεχόμενο της υπεύθυνης δήλωσης δεν περιέχει ουδόλως αναφορά σε βάρος του πολίτη, ο οποίος δηλώνει παράσταση πολιτικής αγωγής. Τέλος, αν η κατηγορία αναφέρεται σε περισσότερες πράξεις, πρέπει να διευκρινίζεται σε ποιες αναφέρεται η παράσταση πολιτικής αγωγής, αν για κάποια από αυτές δεν επιτρέπεται παράσταση οπότε δεν υπάρχει νομιμοποίηση άλλως, σε περίπτωση που, παρά ταύτα, η παράσταση πολιτικής αγωγής γίνει δεκτή, δημιουργείται απόλυτη ακυρότητα και ιδρύεται ο από το άρ. 510 παρ. 1 στοιχ. Α' ΚΠΔ, λόγος αναίρεσεως. Η ακυρότητα αυτή δεν καλύπτεται από τη μη προβολή αντιρρήσεων, αν από την ίδια την κατηγορία προκύπτει έλλειψη νομιμοποίησης, η οποία ερευνάται αυτεπάγγελα και από τον Άρειο Πάγο. [...]

## ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΜΙΚΤΩΝ ΟΡΚΩΤΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

### ΜΙΚΤΟ ΟΡΚΩΤΟ ΕΦΕΤΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ

#### Αριθμ. 400/2019

Δικαστές Α. Δαββέτας, Πρόεδρος, Γ. Αυγέρης, Χαρίκλεια Λυρίτση, Εισαγγελέας, Άννα Καλουτά, Δικηγόροι Ι. Θωμάς, Ι. Λαγγάς, Π. Σκαρογιάννης

**Μεταβολή κατηγορίας από αποπλάνηση ανηλίκου (άρ. 339 παρ. 1 περ. β' ΠΠΚ) σε προσβολή γενετήσιας αξιοπρέπειας (άρ. 337 παρ. 1 ΠΠΚ). Οριστική παύση της ποινικής δίωξης λόγω υπ' όρον παραγραφής κατ' άρ. 4 παρ. 1 περ. β', 4 του Ν. 4043/2012: Διάκριση μεταξύ ασελγούς πράξης και ασελγούς χειρονομίας. – Οι ενέργειες του κατηγορουμένου που συνίστανται σε αγγίγματα φευγαλέα με τα χέρια και τα πόδια επί του σώματος της ανήλικης στο επάνω μέρος του κορμού και στα πόδια κάτω από τα γόνατά της, χωρίς να είναι επίμονα και να έχουν άμεσα και αντικειμενικά διαγνωστικό ηδονιστικό σκοπό, αποτελούν γενετήσιες χειρονομίες. – Γενετήσια χειρονομία συνιστά και η θωπεία της περιοχής**

των γεννητικών οργάνων της ανήλικης παθούσας κάτω από το νερό, πάνω όμως από το μαγίο της, και η μετά από αυτήν εκφορά της λέξης «ωραίο», αφού είχε μεν αντικειμενικά γενετήσιο νόημα και ηδονιστικό σκοπό, ήταν όμως στιγμιαία, ελαφράς μορφής και δεν κατέτεινε στην γενετήσια ικανοποίηση του δράστη, η δε παθούσα δεν αντιλήφθηκε αμέσως την προσβολή, ώστε να προσομοιάζει η πράξη με γενετήσια. – Παύει οριστικά η ποινική δίωξη κατόπιν επιτρεπτής μεταβολής της κατηγορίας στην πράξη του άρ. 337 παρ. 1 ΠΠΚ λόγω υπ' όρον παραγραφής κατ' άρ. 4 παρ. 1 περ. β', 4 του Ν. 4043/2012.

[...] Από τις ένορκες καταθέσεις κ.λπ. αποδείχθηκε ότι: Στις 11.9.2011 η φερόμενη ως παθούσα ανήλικη Σ.Δ. (τότε 13 ετών, εφόσον είχε γεννηθεί την 18.6.1998), μετέβη, περί ώρα 13 μ.μ., με τον πατέρα της Σ.Δ., εξετασθέντα ως άνω μάρτυρα κατηγορίας, καθώς και με τα δύο μικρότερα αδέρφια της, στην παραλία της Α.Μ. για να κολυμπήσουν. Η οικογένεια μπήκε στην θάλασσα και άρχισαν να κολυμπούν ανάμεσα και σε άλλους λουόμενους, ο δε πατέρας ήταν κοντά στα παιδιά του για να

τα προσέχει. Κάποια στιγμή η Σ. πήγε στην άκρη ενός μεγάλου βράχου και άρχισε να κάνει βουτιές από αυτόν σε όχι μεγάλο βάθος, όπως έκαναν και άλλα παιδιά από άλλα σημεία αυτού. Ο πατέρας είχε κυρίως την προσοχή του στα δύο μικρότερα αδέρφια της, αφού σε αυτήν είχε μεγαλύτερη εμπιστοσύνη σαν μεγαλύτερη. Η ώρα είχε πάει περίπου 15:30 μ.μ., όταν ο κατηγορούμενος, που είχε πάει στην ίδια παραλία για μπάνιο μόνος του, πρόσεξε ότι η Σ. ήταν μόνη της στο ανωτέρω σημείο, χωρίς κοντινή επίβλεψη από ενήλικο συγγενή της και έτσι έκρινε ότι μπορούσε να την πλησιάσει άφοβα. Πράγματι, την πλησίασε δήθεν για να της επιστήσει την προσοχή στον κίνδυνο που υπήρχε από το να κάνει βουτιές στο ανωτέρω σημείο. Με αφορμή την πρόφαση αυτή της έπιασε κουβέντα και άρχισε να την ρωτά τυπικά για το όνομά της και σε ποια τάξη του σχολείου πηγαίνει, αλλά και περισσότερο προσωπικές ερωτήσεις, όπως αν έχει αγόρι. Η ανήλικη δεν πονηρεύτηκε από την συμπεριφορά του για να τον αποφύγει, αλλά εξακολούθησε να κολυμπά με τον ίδιο τρόπο, ενώ του απαντούσε με αθωότητα στις ερωτήσεις του. Τότε ο κατηγορούμενος πήρε θάρρος και πιστεύοντας ότι θα παραμείνει αθέατος από τρίτους, την πλησίασε και μετά από κάθε βουτιά τοποθετούσε τα χέρια του γύρω της σε αγκαλιά και τα πόδια του γύρω από τα πόδια της στο ύψος των γονάτων κάτω από το νερό, με την πρόφαση ότι την προστάτευε έτσι για να μην τραυματισθεί (αυτό έγινε δύο με τρεις φορές). Βέβαια, η διαμόρφωση της παραλίας και του βυθού στο σημείο εκείνο δεν δικαιολογούσε φόβο τραυματισμού, ενώ ήταν ορατό ότι υπήρχε κοντά ο πατέρας της ανήλικης που ήταν ο υπεύθυνος για την ασφάλειά της. Εξάλλου, οι κινήσεις που έκανε ο κατηγορούμενος δεν ήταν πρόσφορες για αποτροπή τραυματισμού, αλλά ενδεικτικές ηδονιστικής διάθεσης. Η ανήλικη παραξευεύτηκε, αλλά δεν διαμαρτυρήθηκε, πιστεύοντας ότι ο κατηγορούμενος θα αποχωρούσε σύντομα. Πριν την αποχώρησή του, όμως, επιχείρησε μια τελευταία ενέργεια, δηλαδή ζήτησε από την ανήλικη τη μάσκα της και βούτηξε με αυτήν κάτω από το νερό, οπότε θώπευσε στιγμιαία με το χέρι αυτήν στην περιοχή των γεννητικών της οργάνων πάνω από το μαγιό της. Ακολούθως, αναδύθηκε από το νερό και είπε στην παθούσα «ωραίο», αυτή δε νόμιζε ότι εννοούσε το μαγιό της. Μετά της είπε να μην πει σε κανένα αυτό που έγινε και αφού τη χαιρέτησε αποχώρησε. Η ανήλικη σκέφθηκε αργότερα ότι ο πραγματικός χαρακτήρας της τελευταίας χειρονομίας του κατηγορουμένου ήταν ηδονιστικός και στενοχωρήθηκε, γιατί κατάλαβε την προσβολή που της έγινε. Αποφάσισε τότε να αναφέρει το γεγονός αρχικά στην αδελφή της Α. Η τελευταία ανέφερε αυτό γενικά στον πατέρα τους και μετά ο ίδιος το πληροφορήθηκε αναλυτικά και από την ίδια την παθούσα. Αποτέλεσμα ήταν αυτός (ο πατέρας) να εξοργισθεί και να ζητήσει το λόγο από τον κατηγορούμενο, που τον υπέδειξε η παθούσα, έτσι ώστε δημιουργήθηκε επεισόδιο με συμμετοχή τελικά και συγγενών του κατηγορουμένου.

Εν συνεχεία ακολουθήθηκε η νόμιμη διαδικασία και απαγγέλλθηκε κατηγορία στον κατηγορούμενο αρχικά για προσβολή γενετήσιας αξιοπρέπειας. Το αρμόδιο δικαστήριο, στο οποίο εισήχθη η υπόθεση, αποφάνθηκε ότι η πράξη έφερε χαρακτήρα κακοσυρτήματος, και μάλιστα αυτόν της αποπλάνησης ανήλικου ηλικίας 12 έως 14 ετών, και παρέπεμψε την υπόθεση στο ΜΟΔ Αθηνών, που εξέδωσε την εκκαλουμένη καταδικαστική απόφασή του.

Όλα τα ανωτέρω περιστατικά, που έχουν λογική συνέπεια, προκύπτουν βασικά από τις καταθέσεις της παθούσας, που δεν είχε λόγο να πει ψέματα, αλλά ούτε και εμφανίστηκε να διακατέχεται από διαταραχή φαντασιακής υπερβολής. Επίσης, οι κα-

ταθέσεις του πατέρα της ανήλικης επιβεβαίωσαν τις συνθήκες, μέσα στις οποίες έλαβε χώρα η επίμαχη σκηνή. Αντίθετα, ο κατηγορούμενος δεν αρνήθηκε την προσέγγισή του στην ανήλικη, για την οποία δεν υπήρχε αποχρών λόγος, και προσπάθησε να δικαιολογήσει τις πρώτες ύποπτες ενέργειές του από δήθεν ενδιαφέρον με μη πειστικό τρόπο.

Με βάση όλα τα προηγούμενα πραγματικά δεδομένα κρίνεται ότι η τελεσθείσα από τον κατηγορούμενο πράξη, όπως ανωτέρω περιγράφεται, έχει τον χαρακτήρα όχι ενέργειας ασελγούς πράξης, όπως απαιτεί η διάταξη του άρ. 339 παρ. 1 περ. β' του ΠΚ, για παράβαση της οποίας κατηγορείται αυτός, αλλά ασελγούς χειρονομίας με ηδονιστικό σκοπό, που προσβάλλει οπωσδήποτε βάνουσα την γενετήσια αξιοπρέπεια της παθούσας, κατά την έννοια της διατάξεως του άρ. 337 παρ. 1 ΠΚ, τούτο δε διότι: (α) Οι πρώτες 2-3 ενέργειες του κατηγορουμένου με τα χέρια και τα πόδια ήταν αγγίγματα φευγαλέα του σώματος της ανήλικης στο πάνω μέρος του κορμού και στα πόδια κάτω από τα γόνατά της, χωρίς να είναι επίμονα και χωρίς να έχουν άμεσα και αντικειμενικά διαγνώσιμο ηδονιστικό σκοπό, αφού η παθούσα δεν ενοχλήθηκε τότε. (β) Η τελευταία θωπεία, κάτω από το νερό, της περιοχής των γεννητικών οργάνων της παθούσας, πάντως όμως από το μαγιό της, και η μετά από αυτήν εκφορά της λέξης «ωραίο», είχαν μεν αντικειμενικά ξεκάθαρο γενετήσιο νόημα και ηδονιστικό σκοπό, αλλά ήταν μόνο μια στιγμιαία χειρονομία πάνω από ένδυμα, σε συνδυασμό με μια προκλητική λέξη και δεν επαναλήφθηκαν, έτσι ώστε ούτε η ίδια η παθούσα αντιλήφθηκε άμεσα την προσβολή, αλλά νόμιζε ότι ο κατηγορούμενος της μίλησε για το μαγιό της, και κατά συνέπεια δεν μπορεί να γίνει λόγος για ενέργεια ασελγούς πράξης, αλλά ασελγούς χειρονομίας, παρά το γεγονός ότι υπήρξε σωματική επαφή μεταξύ θύματος και θύτη, πλην όμως ελαφράς μορφής, αφού δεν κατέτεινε στην σωματική ικανοποίηση του δράστη και μάλιστα με κάποιο τρόπο προσομοιάζοντα με τη γενετήσια πράξη (βλ. για την διάκριση της ασελγούς πράξης από την ασελή χειρονομία: ΑΠ 985/2015 Νόμος, ΑΠ [Συμβ.] 1998/2006 ΠοινΧρ ΝΖ', 902-903, ΑΠ 1629/2005 ΠοινΧρ ΝΣΤ', 430, ΑΠ [Συμβ.] 397/1997 ΝοΒ 46, 95-97).

Πρέπει επομένως να γίνει δεκτό ότι ο κατηγορούμενος στην επίδικη περίπτωση έχει τελέσει, κατ' επιτρεπτή μεταβολή της κατηγορίας, παράβαση του άρ. 337 παρ. 1 του ΠΚ (βλ. για το επιτρεπτό της μεταβολής ΜΟΕΠερ 65-68/1998 ΠοινΧρ ΜΘ', 471), η οποία τιμωρείται με φυλάκιση μέχρι ενός έτους ή χρηματική ποινή. Επίσης πρέπει να αναγνωρισθεί, όπως και πρωτοδίκως, ότι η πράξη αυτή τελεσθήκε με τις ελαφρυντικές περιστάσεις του άρ. 84 παρ. 2 περ. α' και ε' του ΠΚ.

Περαιτέρω, κατά το άρ. 4 παρ. 1 περ. β', σε συνδ. με παρ. 4 του ίδιου άρθρου, του ν. 4043/13.2.2012, που έχει εφαρμογή ως ευμενέστερη για τον κατηγορούμενο διάταξη μεταξύ όλων των παρόμοιων νομοθετημάτων που ίσχυαν από την τέλεση της πράξης μέχρι σήμερα (άρ. 2 παρ. 1 ΠΚ), πλημμελήματα κατά των οποίων απειλείται ποινή φυλάκισης μέχρι ένα έτος ή χρηματική ποινή ή και οι δύο αυτές ποινές, εφόσον έχουν τελεσθεί μέχρι την 31.12.2011, παραγράφονται υπό τους διαλαμβανόμενους στην ίδια παράγραφο όρους της μη υποτροπής με νέο από δόλο πλημμέλημα ή κακούργημα εντός έτους από τη δημοσίευση της αποφάσεως και της μη αμετάκλητης καταδίκης για το αδίκημα αυτό σε ποινή στερητικής της ελευθερίας άνω των 6 μηνών. Επειδή στην προκειμένη περίπτωση συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του ανωτέρω νόμου για το αδίκημα που κρίνεται ότι τέλεσε ο κατηγορούμενος (στις 11.9.2011), πρέπει να παύσει η ποινική δίωξη κατ' αυτού, λόγω παραγραφής του αξιοποίνου υπό τον όρο που προεκτίθεται.

## ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΕΦΕΤΕΙΩΝ

## ΕΦΕΤΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ

## Αριθμ. 3243/2019 (απόφ.)

Δικαστές Τριανταφυλλιά Πατρώνα, Προεδρεύουσα, Ιωάννα Μάμαλη, Χ. Ματσκίδης, Εισαγγελέας Δ. Ζημιανίτης, Αντεισαγγελέας, Δικηγόροι Κ. Παπαδακάκης, Π. Τσιρίδης, Π. Αναγνωστόπουλος, Γ. Μιχαλόλιας, Μ. Σαρρής, Η. Αναγνωστόπουλος, Ι. Τολάκης, Δ. Ζαχαρόπουλος, Αλεξάνδρα Γιαννοπούλου

**Αθώωση για κακουργηματική απιστία σχετική με την υπηρεσία (άρ. 256 ΠΚ), δωροληψία υπαλλήλου (άρ. 235 ΠΚ) και νομιμοποίηση εσόδων:** Για ποιον λόγο οι διατάξεις των άρθρων 256 και 263Α ΠΚ καταργήθηκαν με τον ΝΠΚ σύμφωνα με την Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4619/2019. – Κηρύσσεται αθώος ο κατηγορούμενος για κακουργηματική απιστία σχετική με την υπηρεσία, δωροληψία υπαλλήλου και νομιμοποίηση εσόδων προερχομένων από τα δύο ως άνω βασικά αδικήματα, καθόσον α) μετά την κατάργηση των διατάξεων των άρθρων 256 και 263Α ΠΚ δεν συντρέχει στο πρόσωπό του η ιδιότητα του υπαλλήλου νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου, προκειμένου να εφαρμοσθεί η διάταξη του άρθρου 390 παρ. 2 ΝΠΚ, β) ως υπάλληλος των «Ελληνικών Ναυπηγείων Α.Ε.» (νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου, στο κεφάλαιο του οποίου συμμετέχει το Δημόσιο) δεν υπάγεται στην διάταξη του άρθρου 235 ΝΠΚ, ακολούθως δε γ) ένεκα της μη στοιχειοθέτησης των δύο ως άνω βασικών αδικημάτων δεν πληρούται η αντικειμενική υπόσταση της νομιμοποίησης εσόδων σύμφωνα με το άρθρο 45 παρ. 3 του Ν. 3691/2008.

[...] Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 256 περ. γ' [υποπερ. αα' και ββ'] ΠΚ, ως είχε πριν από την ισχύ του Ν. 4619/2019, αα) υπάλληλος που κατά τη διαχείριση οποιωνδήποτε εσόδων ελαττώνει εν γνώσει του δημόσια περιουσία, της οποίας η διαχείριση του είναι εμπιστευμένη, για να ωφεληθεί ο ίδιος ή άλλος τιμωρείται με κάθειρξη μέχρι 10 ετών αν ο υπαίτιος μεταχειρίστηκε ιδιαίτερα τεχνάσματα και η ελάττωση της περιουσίας είναι ιδιαίτερα μεγάλης αξίας ανώτερης συνολικά των τριάντα χιλιάδων (30.000) ευρώ ή ββ) το αντικείμενο της πράξης έχει συνολική αξία μεγαλύτερη των 150.000 ευρώ (σε συνδ. με άρθρο 1 παρ. 1 Ν. 1608/1950). Κατά το άρθρο 263Α παρ. 1 περ. γ' του ΠΚ για την εφαρμογή των ως άνω διατάξεων, καθώς και των διατάξεων, μεταξύ άλλων, των άρθρων 235 (δωροληψίας υπαλλήλου), 236 (δωροδοκίας υπαλλήλου), υπάλληλοι θεωρούνται και όσοι υπηρετούν νόμιμα ή πρόσκαιρα και με οποιαδήποτε ιδιότητα ή σχέση σε νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, που ιδρύθηκαν από το Δημόσιο, από νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και από επιχειρήσεις ή οργανισμούς που αναφέρονται στη διάταξη της (παρ. 1) περ. α' του ιδίου άρθρου, εφόσον τα ιδρυτικά νομικά πρόσωπα συμμετέχουν στη διοίκησή τους ή αν πρόκειται για ανώνυμη εταιρεία, στο κεφάλαιό της ή τα νομικά αυτά πρόσωπα είναι επιφορτισμένα με εκτέλεση κρατικών προγραμμάτων οικονομικής ανασυγκρότησης ή ανάπτυξης.

Με το Ν. 4619/2019, που ισχύει από 1.7.2019, τα άρθρα 256 (απιστία στην υπηρεσία) και 263Α ΠΚ καταργήθηκαν, γιατί σύμφωνα με την Αιτιολογική Έκθεση το μὲν πρώτο «περιγράφει πράξεις που θίγουν πρωτίστως περιουσιακά αγαθά και όχι την ίδια τη λειτουργία της υπηρεσίας ή πράξεις με τις οποίες παραβιάζονται συγκεκριμένες υποχρεώσεις που βαρύνουν τους δημοσίους υπαλλήλους, χωρίς όμως η προσβολή της υπηρεσίας να είναι σε τέτοιο βαθμό σοβαρή ώστε να απαιτείται η απειλή ποινικών κυρώσεων», το δε δεύτερο γιατί «υπό τις σημερινές συνθήκες, που χαρακτηρίζονται από τον ουσιώδη περιορισμό

του δημόσιου τομέα και την πλήρη απελευθέρωση πρώην μονοπωλιακών τομέων της αγοράς (τηλεπικοινωνίες, τραπεζικές υπηρεσίες κ.λπ.) η διάταξη αυτή στερείται δικαιολογίας και, επιπλέον, παρεμποδίζει την εύρυθμη λειτουργία ζωτικών τομέων της οικονομίας». Άλλωστε, κατά την ίδια έκθεση, η «ποινικοποίηση της δωροδοκίας στον ιδιωτικό τομέα καλύπτει διαχρονικώς σε ικανό βαθμό το τιμωρητικό “κενό”, που επιδίωξε να καλύψει το ισχύον άρθρο 263Α». Περαιτέρω, με τη διάταξη του άρθρου 45 παρ. 3 Ν. 3691/2008, σχετικού με την «πρόληψη και καταστολή της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες και της χρηματοδότησης της τρομοκρατίας και άλλες διατάξεις», στις περιπτώσεις εξαίεψης του αξιοποίνου, αθώωσης λόγω του ότι η πράξη κατέστη ανέγκλητη ή απαλλαγής του υπαίτιου από την ποινή λόγω ικανοποίησης του ζημιωθέντος για το βασικό αδίκημα, για το οποίο προβλέπεται ότι η ικανοποίηση του ζημιωθέντος επιφέρει αυτό το αποτέλεσμα, αίρεται το αξιοποινό ή κηρύσσεται αθώος ή απαλλάσσεται αντίστοιχα ο υπαίτιος από την ποινή και για τις συναφείς πράξεις νομιμοποίησης εσόδων. Η διάταξη αυτή δεν εφαρμόζεται όταν το αξιοποινό εξαλειφθηκε λόγω παραγραφής.

Στον κατηγορούμενο, [...], αποδίδονται οι πράξεις: α) της απιστίας στην υπηρεσία κατά του Δημοσίου με ιδιαίτερα τεχνάσματα υπό ιδιάζοντες επιβαρυντικές περιστάσεις, β) της παθητικής δωροδοκίας εξ αφορμής της πράξης της απιστίας και γ) της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα με βασικά εγκλήματα την απιστία και την παθητική δωροδοκία. Όμως, μετά την κατάργηση των διατάξεων, στις οποίες βασίσθηκε η κατηγορία (256 και 263Α) ο εν λόγω κατηγορούμενος, ο οποίος δεν έχει την ιδιότητα του υπαλλήλου νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου και ως εκ τούτου δεν μπορεί να έχει εφαρμογή η διάταξη του νέου άρθρου 390 παρ. 2 ΠΚ, θα πρέπει να κηρυχθεί αθώος για την πράξη της απιστίας (άρ. 460, 461, 2 νέου ΠΚ). Ομοίως θα πρέπει να κηρυχθεί αθώος για την πράξη της παθητικής δωροδοκίας (βλ. νέο άρθρο 235 ΠΚ), αφού ως υπάλληλος των ΕΝΑΕ δεν υπάγεται στις νέες διατάξεις και δεν στοιχειοθετείται η αντικειμενική υπόσταση του συγκεκριμένου αδικήματος, όπως και για την πράξη της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα, εφόσον τα δύο βασικά αδικήματα, στα οποία βασίσθηκε η κατηγορία (απιστία και παθητική δωροδοκία) δεν στοιχειοθετούνται αντικειμενικά για λόγους άρσης του αξιοποίνου. [...]

## Αριθμ. 143/2020

Δικαστές Αικατερίνη Παπαβασιλείου, Πρόεδρος, Γ. Ακτύπης, Αλεξία-Ελένη Ντορλή, Εισαγγελέας, Ευγενία Κυβέλου, Αντεισαγγελέας, Δικηγόρος Κ. Ζάκκας

**Αντικατάσταση της προσωρινής κράτησης του εκζητούμενου με περιοριστικούς όρους:** Ποιο είναι το καθεστώς εκδόσεως μεταξύ Ελλάδος και Κίνας. – Εφόσον στην σύμβαση δικαστικής αρωγής μεταξύ των δύο κρατών (Ν. 2358/1995) δεν περιέχονται διατάξεις για την έκδοση εγκληματιών, εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 437-456 ΚΠΔ. – Το Συμβούλιο Εφετών μπορεί μέχρι την έκδοση της απόφασής του, με την οποία γνωμοδοτεί εάν πρέπει ή όχι να εκδοθεί ο εκζητούμενος, να διατάξει, εφόσον συντρέχουν οι σχετικοί λόγοι, την προσωρινή απόλυση του εκζητούμενου με όρους σύμφωνα με το άρθρο 449 παρ. 4 ΚΠΔ, ενώ επί θετικής γνωμοδοτήσεώς του παύει η δυνατότητά του αυτή, αφού τότε αίρεται αυτοδικαίως και η τυχόν χορηγηθείσα προσωρινή απόλυση.



**– Γίνεται δεκτή η αίτηση του εκζητούμενου και αντικαθίσταται η προσωρινή του κράτηση με περιοριστικούς όρους.**

[...] Κατά το άρ. 436 παρ. 1 του ΚΠΔ, αν δεν υπάρχει σύμβαση, οι όροι και η διαδικασία της έκδοσης αλλοδαπών εγκληματιών ρυθμίζονται από τις διατάξεις των επόμενων άρθρων. Με τον Ν. 2358/1995 κυρώθηκε η σύμβαση δικαστικής αρωγής σε αστικές και ποινικές υποθέσεις μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και της Λαϊκής Δημοκρατίας της Κίνας, η οποία, όμως, δεν περιέχει διατάξεις για την έκδοση εγκληματιών και επομένως εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρ. 437 έως 456 του ΚΠΔ (ΑΠ 1312/2019 ΤΝΠ Νόμος). Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρ. 445 παρ. 2 του ιδίου κώδικα σε περίπτωση επείγουσας ανάγκης και ιδιαίτερα όταν υπάρχει βάσιμη υπόνοια φυγής του προσώπου, που ζητείται η έκδοσή του, μπορεί να γίνει σύλληψη πριν ακόμη υποβληθεί η αίτηση για έκδοση με εντολή του Εισαγγελέα Εφετών. Για τη σύλληψη δεν χρειάζεται διπλωματική μεσολάβηση, απαιτείται όμως αγγελία, που διαβιβάζεται ταχυδρομικώς ή τηλεομοιοτυπία ή με ηλεκτρονική αλληλογραφία από τη δικαστική ή άλλη αρμόδια αρχή του κράτους, που ζητεί την έκδοση. Η αγγελία πρέπει να μνημονεύει το ένταλμα σύλληψης ή την απόφαση και το έγκλημα. Κατά δε τη διάταξη του άρ. 449 παρ. 4 ΚΠΔ το Συμβούλιο Εφετών μπορεί σε κάθε στάδιο της διαδικασίας (εννοείται της έκδοσης) να διατάξει την προσωρινή απόλυση εκείνου, που έχει συλληφθεί, σύμφωνα με τους όρους των άρ. 282, 283, 295, 296, 298 έως 300 ΚΠΔ. Η προσωρινή απόλυση αίρεται αυτοδικαίως μόλις δημοσιευθεί η απόφαση, που εγκρίνει την έκδοση. Κατά τη σαφή έννοια της διάταξης αυτής το Συμβούλιο Εφετών μπορεί μέχρι την έκδοση της απόφασής του, με την οποίαν γνωμοδοτεί εάν πρέπει ή όχι να εκδοθεί ο εκζητούμενος, να διατάξει, εφόσον συντρέχουν οι σχετικοί λόγοι, την προσωρινή απόλυση του εκζητούμενου με όρους, ενώ επί θετικής γνωμοδότησης παύει η δυνατότητα του αυτή, αφού τότε αίρεται αυτοδικαίως και η τυχόν χορηγηθείσα προηγούμενης προσωρινή απόλυση (ΣυμβΕφΑθ 49/2014, ΣυμβΕφΑθ 46/2006 ΤΝΠ Νόμος). Στην προκειμένη περίπτωση, με την υπ' αριθμ. πρωτ. Εισαγγελίας Εφετών Αθηνών 42782/23.11.2020 αίτηση, ο αιτών Ν.Ζ. του Υ.Υ. και της Χ.Χ., υπήκοος Κίνας, που γεννήθηκε την [...], στην Κίνα, κάτοικος Νέας Μάκρης Αττικής, [...] και ήδη προσωρινά κρατούμενος στο Κατάστημα Κράτησης Κορυδαλλού Ι με βάση την ΕΚΔ [...] /9.11.2020 εντολή προσωρινής σύλληψης του Εισαγγελέα Εφετών Αθηνών, ζητεί την αντικατάσταση της προσωρινής του κράτησης με περιοριστικούς όρους. Η αίτηση αρμοδίως εισάγεται ενώπιον του Συμβουλίου τούτου (άρ. 449 παρ. 2 και 4 ΚΠΔ) και είναι νόμιμη στηριζόμενη στις διατάξεις, που διαλαμβάνονται στη μείζονα σκέψη της απόφασης αυτής και πρέπει να ερευνηθεί ως προς την ουσιαστική της βασιμότητα.

Από την ένορκη κατάθεση της μάρτυρος, που εξετάσθηκε στο ακροατήριο, το σύνολο των εγγράφων της δικογραφίας και τις εξηγήσεις, που δόθηκαν από τον αιτούντα-εκζητούμενο αποδεικνύονται τα ακόλουθα: Κατόπιν της με αριθμ. [...] /4.2020 από 20.4.2020 Ερυθράς Αγγελίας Διεθνών Αναζητήσεων, που διαβιβάστηκε με το υπ' αριθμ. [...] από 3.11.2018 τ.π. σήμα της INTERPOL Αθηνών, παραγγέλθηκε από τον Εισαγγελέα Εφετών Αθηνών η προσωρινή σύλληψη του αιτούντος με σκοπό την έκδοσή του στην Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας, καθόσον διώκεται με το υπ' αριθμ. [...] από 26.9.2017 ένταλμα σύλληψης της Υποδιεύθυνσης (Qiaodong του Γραφείου Δημόσιας Ασφα-

λείας Zhangjiaku της επαρχίας Habei Κίνας, προκειμένου να δικαστεί για την αξιόποινη πράξη της παράνομης απορρόφησης δημοσίων πόρων, πράξη που προβλέπεται στο άρ. 176 του Ποινικού Κώδικα της Λαϊκής Δημοκρατίας της Κίνας, η οποία είναι επίσης αξιόποινη και κατά την Ελληνική Ποινική Νομοθεσία, ήτοι απάτη κατ' εξακολούθηση με προκληθείσα ζημία που υπερβαίνει συνολικά το ποσό των 120.000 ευρώ (άρ. 2, 26 εδ. α', 27, 51, 52, 57, 98 παρ. 2-1, 386 παρ. 1 εδ. β' σε συνδ. με εδ. α' του ΠΚ). Περαιτέρω, και ανεξάρτητα από τη βασιμότητα ή μη της αποδιδόμενης στον αιτούντα ως άνω κατηγορίας, αποδείχθηκε ότι: α) ο αιτών-εκζητούμενος, που είναι έγγαμος και πατέρας ενός ανήλικου τέκνου, έχει μόνιμη και γνωστή διαμονή (κατοικία) στην Νέα Μάκρη Αττικής επί των οδών [...], όπου διαμένει με την οικογένειά του σε διαμέρισμα ιδιοκτησίας της συζύγου του από τον Μάιο του 2017, β) το ανήλικό τέκνο του, που γεννήθηκε την 17.4.2004, φοιτά στη διεθνή σχολή «KAMPION», που εδρεύει στην Παλλήνη Αττικής και βασίζει το πρόγραμμα σπουδών της στο βρετανικό Εκπαιδευτικό Σύστημα, γ) ο ίδιος είναι κάτοχος της υπ' αριθμ. [...] άδειας διαμονής στην Ελλάδα, με ισχύ μέχρι την 31.5.2022, όπως και η σύζυγός του είναι κάτοχος μόνιμης άδειας διαμονής επενδυτή (Ν. 4251/2014), δ) του έχει αποδοθεί, την 12.5.2017, από τη ΔΟΥ Κατοίκων Εξωτερικού ο ΑΦΜ [...] και διαθέτει τον ΑΜΚΑ [...], ε) δεν υπήρξε στο παρελθόν φυγόδικος ή φυγόποινος, δεν κρίθηκε ποτέ ένοχος για απόδραση κρατουμένου, ή για παραβίαση περιορισμών διαμονής, ούτε προέβλεπε σε προπαρασκευαστικές ενέργειες για να διευκολύνει τη φυγή του και συνακόλουθα, δεν κρίνεται ύποπτος φυγής και [στ]) δεν προέκυψαν πραγματικά περιστατικά αναγόμενα στον παρελθόντα βίο του, από τα οποία να πιθανολογείται, ότι αν αφεθεί ελεύθερος θα διαπράξει άλλα εγκλήματα, δοθέντος ότι δεν είναι προσημασμένος σύμφωνα με το από 9.11.2020 πληροφοριακό δελτίο του τμήματος Καταδιωκτικών – Στατιστικής της Δ/νσης Εγκληματολογικών Ερευνών του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας και συνεργάζεται αρμονικά με τις ελληνικές δικαστικές Αρχές. Κατ' ακολουθία όλων των προαναφερθέντων, το Συμβούλιο τούτο κρίνει ότι δεν πρέπει να εξακολουθήσει η προσωρινή κράτηση του αιτούντος-εκζητούμενου, αλλά να αντικατασταθεί αυτή (προσωρινή κράτηση) με τους αναφερόμενους στο διατακτικό περιοριστικούς όρους, η επιβολή των οποίων κρίνεται απολύτως αναγκαία, αλλά και επαρκής για την εξυπηρέτηση και ικανοποίηση του προσδιοριζόμενου στη διάταξη του άρ. 282 παρ. 2 του νέου ΚΠΔ σκοπού, που συνίσταται στην εμφάνιση του αιτούντος-εκζητούμενου στο Δικαστήριο και στην υποβολή του στην υλοποίηση της σε βάρος του διαδικασίας έκδοσης. Μετά ταύτα, πρέπει, η ένδικη αίτηση να γίνει δεκτή ως κατ' ουσίαν βάσιμη και να διαταχθεί η αντικατάσταση της προσωρινής κράτησης του αιτούντος εκζητούμενου με περιοριστικούς όρους, όπως ειδικότερα αναφέρεται στο διατακτικό\*.

\* Οι περιοριστικοί όροι που αναφέρονται στο διατακτικό είναι οι εξής: «1. Απαγόρευση εξόδου από την χώρα. 2. Καταβολή χρηματικής εγγύησης ποσού τριάντα χιλιάδων (30.000) ευρώ. 3. Εμφάνιση στο αστυνομικό τμήμα του τόπου κατοικίας του [εκζητούμενου] κάθε Δευτέρα και Παρασκευή εκάστης εβδομάδας, συντασσόμενης κάθε φορά της σχετικής έκθεσης εμφάνισής του. Και 4. Κατάθεση των ταξιδιωτικών του εγγράφων στο αστυνομικό τμήμα του τόπου κατοικίας του».

## ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΟΔΙΚΕΙΩΝ

## ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΟΔΙΚΕΙΟ ΠΑΤΡΩΝ

Αριθμ. 354/2020

Δικαστές Σ. Κουκουγιάννης, Πρόεδρος, Βασιλική Μουργκόγια, Β. Τσιανάβας, Εισαγγελεύς Ευγενία Μαγκλάρα, Αντεισαγγελεύς

**Παραπομπή του κατηγορουμένου για βιασμό σε φαινομένη συρροή με κατάχρηση ανικάνου προς αντίσταση σε γενετήσια πράξη κατ' εξακολούθησιν. Διαχρονικό δίκαιο:** Για ποιον λόγο προτιμήθηκε στον ΝΠΚ ο όρος "γενετήσια" αντί του όρου "σεξουαλική" πράξη. – Ως "γενετήσια πράξη" νοείται η συνουσία και άλλες πράξεις με την ίδια βαρύτητα, όπως είναι η "παρά φύσιν" συνεύρεση, ο ετεροαυνανισμός, η πεολειξία, η αιδοιολειξία ή η χρήση υποκατάστατων μέσων. – Έννοια "ανικάνου προς αντίσταση προσώπου". – Στοιχεία αντικοιμηνικής και υποκειμενικής υπόστασης του κατ' άρ. 338 παρ. 1 ΝΠΚ εγκλήματος. – Πότε το θύμα είναι ανίκανο προς αντίσταση. – Όπως και στον βιασμό, η διακεκριμένη μορφή της ομαδικής κατάχρησης προϋποθέτει εναλλαγή των δραστηριοτήτων στην τέλεση των γενετήσιων πράξεων και δεν καλύπτει κάθε μορφή συνουσιότητας. – Η κατάχρηση του άρ. 338 ΠΚ στοιχειοθετείται μόνον όταν ο δράστης εκμεταλλεύεται την απόλυτη ανικανότητα του θύματος να αντισταθεί, ενώ σε όλες τις περιπτώσεις εξαναγκασμού του σχετικώς ανικάνου προς αντίσταση θύματος τελείται βιασμός, εφόσον η γενετήσια με αυτό πράξη τελείται παρά την αντίθετη βούλησή του. – Ο βιασμός είναι έγκλημα πολύπρακτο και μικτό ή αλλιώς πολύτροπο, αφού συντίθεται από περισσότερες πράξεις, μία εκ των οποίων δεν συνιστά καθαυτήν ποινικά αξιόλογη πράξη. – Η επενέργεια των εξαναγκαστικών μέσων (σωματική βία ή απειλή) πρέπει να υπερνικά την όποια αντίσταση του θύματος, είτε εκδηλούμενη είτε αναμενόμενη να εκδηλωθεί. – Τρόποι ασκήσεως σωματικής βίας. – Η βία μπορεί να εκδηλωθεί και με ψυχολογικούς τρόπους· πώς ασκείται η ψυχολογική βία. – Παθητικά υποκείμενα τέλεσης του εγκλήματος. – Η ηδονιστική συμμετοχή του θύματος στην τέλεση του εγκλήματος ή η πλήρης αντίληψη των συντελουμένων ενεργειών δεν ασκεί επίδραση στην στοιχειοθέτηση του εγκλήματος. – Έννοια "πράξεων γενετησίου χαρακτήρα". – Η απειλή ως τρόπος τέλεσης του βιασμού απαιτείται να αφορά σοβαρό και άμεσο κίνδυνο για την ζωή ή την σωματική ακεραιότητα του θύματος υπό την ισχύ του ΝΠΚ. – Στοιχεία υποκειμενικής υπόστασης του βιασμού. – Μεταξύ των εγκλημάτων του βιασμού και της κατάχρησης ανικάνου προς αντίσταση σε γενετήσια πράξη υφίσταται φαινομένη συρροή, απορροφάται δε η πράξη της κατάχρησης από την πράξη του βιασμού. – Με την τέλεση γενετήσιας πράξης εις βάρος ανικάνου προς αντίσταση ατόμου με άσκηση βίας και σύγχρονη κατάχρηση της αδυναμίας προς αντίσταση πραγματώνεται το έγκλημα του βιασμού. – Αν ο κατηγορούμενος παραπέμπεται για εγκλήματα που συρρέουν φαινομενικά και τελούν σε σχέση απορρόφησης, απαλείφεται από το περί παραπομπής κεφάλαιο του βουλεύματος το απορροφώμενο έγκλημα, χωρίς να αποφαίνεται το συμβούλιο να μην γίνει κατηγορία γι' αυτό, καταγράφεται δε η τέλεσή του ως ιστορικό γεγονός, προκειμένου να συναξιολογηθεί ως συντιμωρητή πράξη κατά την επιμέτρηση της ποινής ή να καταστεί επιτρεπτή η μεταβολή της κατηγορίας σε αυτό. – Παραπέμπεται ο κατηγορούμενος να δικασθεί για την πράξη του βιασμού, αφού προκύπτουν επαρκείς ενδείξεις για την εις βάρος του κατηγορία. – Διατάσσεται να μην γίνει κατηγορία για τις πρά-

ξεις της κατάχρησης ανικάνου προς αντίσταση σε γενετήσια πράξη κατ' εξακολούθησιν και του βιασμού κατ' εξακολούθησιν λόγω ελλείψεως επαρκών ενδείξεων. – Παύει οριστικά η ποινική δίωξη για την πράξη της ασέλγειας με ανήλικη που συμπλήρωσε τα δεκαπέντε έτη έναντι αμοιβής (ήδη γενετήσιας πράξης με ανήλικη που συμπλήρωσε τα δεκατέσσερα έτη έναντι αμοιβής κατ' άρ. 351Α παρ. 1 περ. γ' ΝΠΚ) κατά συνήθεια και κατ' εξακολούθησιν λόγω παραγραφής.

Με το ως άνω βούλευμα έγινε δεκτή η πρόταση της Αντεισαγγελέως Ευγενίας Μαγκλάρα, η οποία έχει, κατά το ενδιαφέρον μέρος της, ως εξής:

[...] Σε βάρος του ως άνω κατηγορουμένου, κατόπιν υποβολής στην ημετέρα Εισαγγελία της υπ' αριθμ. πρωτ. [...] /15.9.2014 αναφοράς του Κέντρου Κοινωνικής Πρόνοιας Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας, ασκήθηκε αρχικώς ποινική δίωξη για τις αξιόποινες πράξεις: α) της κατάχρησης ανηλίκου σε ασέλγεια, κατ' εξακολούθηση και β) της ασέλγειας με ανήλικη που συμπλήρωσε τα δεκαπέντε έτη έναντι αμοιβής κατά συνήθεια και κατ' εξακολούθηση (ήτοι παράβ. άρ. 1, 13στ, 14, 16, 17, 18, 26 παρ. 1α, 27 παρ. 1, 51, 52, 53, 60, 63, 94 παρ. 1, 98, 338 παρ. 1 εδ. α', 351Α παρ. 2-1 περ. γ' του προϊσχύσαντος ΠΚ) και παραγγέλθηκε ακολούθως με την από 11.12.2015 έγγραφη παραγγελία μας, η διενέργεια κύριας ανάκρισης προς τον Γ' Ανακριτή Πλημμελειοδικών Πατρών και εν συνεχεία με την από 4.4.2017 έγγραφη παραγγελία μας η διενέργεια συμπληρωματικής κύριας ανάκρισης. Η κύρια ανάκριση περατώθηκε νομίμως σύμφωνα με τα άρ. 27 παρ. 1 εδ. α' και 308 παρ. 4 του ΚΠΔ, με την συμπληρωματική απολογία του κατηγορουμένου: α) για την κατ' ορθό νομικό χαρακτηρισμό, υπό την ισχύ του νέου Ποινικού Κώδικα (Ν. 4619/2019), αξιόποινη πράξη της κατάχρησης ανικάνου προς αντίσταση σε γενετήσια πράξη, κατ' εξακολούθηση καθώς και β) για την αξιόποινη πράξη του βιασμού κατ' εξακολούθηση (κατόπιν άσκησης συμπληρωματικής ποινικής δίωξης), με την έκδοση της από 2.12.2019 τυπικής κλήσης της Ανακρίτριας του Γ' Τακτικού Τμήματος του Πρωτοδικείου Πατρών για την πράξη της ασέλγειας με ανήλικη που συμπλήρωσε τα δεκαπέντε έτη έναντι αμοιβής κατά συνήθεια και κατ' εξακολούθηση (ήτοι παράβ. άρ. 351Α παρ. 2-1 περ. γ' του προϊσχύσαντος ΠΚ) και ήδη μετά την ισχύ του Ν. 4619/2019 για την γενετήσια πράξη με ανήλικη που συμπλήρωσε τα δεκατέσσερα έτη έναντι αμοιβής, κατ' εξακολούθηση (ήτοι παράβ. άρ. 351Α παρ. 1 περ. γ' του ΠΚ, όπως ισχύει μετά το Ν. 4619/2019), λόγω εξάλειψης του αξιόποινου της ένεκα του πλημμεληματικού χαρακτήρα της πράξης αυτής και με την γνωστοποίηση του πέρατος της ανάκρισης στον πληρεξούσιο δικηγόρο του κατηγορουμένου [...]. Αμέσως μετά την (αρχική) απολογία του κατηγορουμένου, επιβλήθηκαν σε βάρος του οι περιοριστικοί όροι: α) της απαγόρευσης εξόδου από τη χώρα, και β) της εμφάνισης εντός του α' πενθημέρου, κάθε μήνα στο αρμόδιο Α.Τ. του τόπου κατοικίας του (Υ.Α. Αιγίου), δυνάμει της υπ' αριθμ. [...] /13.9.2016 διάταξης του Γ' Τακτικού Ανακριτή Πλημμελειοδικών Πατρών, ενώ μετά την συμπληρωματική του απολογία δεν του επιβλήθηκε κάποιο περαιτέρω μέτρο δικονομικού καταναγκασμού.

Σύμφωνα με την διάταξη του άρ. 338 παρ. 1 του προϊσχύσαντος ΠΚ: «1. Όποιος με κατάχρηση της παραφροσύνης άλλου ή της από οποιαδήποτε αιτία προερχόμενης ανικανότητάς του να αντισταθεί, ενεργεί επ' αυτού συνουσία ή άλλη ασελή πράξη τιμωρείται με κάθειρξη μέχρι δέκα ετών. Αν ο παθών είναι ανήλικος, τιμωρείται με κάθειρξη τουλάχιστον δέκα ετών». Περαιτέρω σύμφωνα με τη διάταξη του άρ. 338 παρ. 1 και 2 του Νέου Ποινικού Κώδικα (Ν. 4619/2019 με έναρξη ισχύος

1.7.2019): «1. Όποιος με κατάχρηση της διανοητικής ή σωματικής αναπηρίας άλλου ή της από οποιαδήποτε αιτία ανικανότητάς του να αντισταθεί ενεργεί με αυτόν γενετήσια πράξη τιμωρείται με κάθειρξη έως δέκα έτη». 2. Αν η πράξη της προηγούμενης παραγράφου έγινε από δύο ή περισσότερους που ενεργούσαν από κοινού, επιβάλλεται κάθειρξη». Υπό το φως του Νέου Ποινικού Κώδικα στο δέκατο ένατο κεφάλαιο (άρ. 336-353) ρυθμίζονται σοβαρές προσβολές της προσωπικής ελευθερίας στην περιοχή της γενετήσιας ζωής, προσβολές της ανηλικότητας στον γενετήσιο χώρο, πράξεις οικονομικής εκμετάλλευσης της γενετήσιας ζωής και πράξεις που θίγουν τη γενετήσια αξιοπρέπεια και τη γενετήσια ευπρέπεια. Η ρύθμιση των προσβολών αυτών έγινε με βάση τις σύγχρονες αντιλήψεις, όπως αυτές αποτυπώνονται στην καθημερινή ζωή και συμπεριφορά των κοινωνιών. Η επιλογή του όρου «γενετήσια» αντί «σεξουαλική» προτιμήθηκε, διότι «πρόκειται για έννοια, η οποία ορίζει τόσο τη διαδικασία της αναπαραγωγής (γένεσις) όσο και τις σχετικές ή παράλληλες με αυτήν πράξεις, διαθέσεις και ορμές, την ερωτική ζωή των ανθρώπων. Ο όρος «γενετήσια πράξη» έχει την έννοια που προσδιορίζει η νομολογία και η επιστήμη. Πρόκειται για τη συνουσία και άλλες πράξεις με την ίδια βαρύτητα, από πλευράς προσβολής του εννόμου αγαθού της γενετήσιας ελευθερίας, όπως είναι η «παρά φύσιν» συνεύρεση, ο ετεροαυνανισμός ή πεολεξία και η αιδιολειξία ή η χρήση υποκατάστατων μέσων. Ειδικότερα στο άρθρο 338 παρ. 1 του Νέου Ποινικού Κώδικα έχει ενταχθεί το έγκλημα της κατάχρησης ανίκανου προς αντίσταση, όπως κατά βάση αυτό τυποποιείτο και στον προϊσχύσαντα Ποινικό Κώδικα. Ως ανίκανος προς αντίσταση νοείται όχι μόνο το πρόσωπο που αδυνατεί λόγω ασθένειας, νάρκωσης κ.λπ. να προβάλλει αντίσταση, αλλά και αυτό το οποίο βρίσκεται σε τέτοια κατάσταση έστω και προσωρινά, λόγω της επιβολής που ασκεί πάνω του ο δράστης ή του σοκ στο οποίο έχει περιέλθει από την ίδια την εκτυλισσόμενη ή επικείμενη γενετήσια πράξη. Το βασικό έγκλημα απειλείται, όπως και σήμερα, με κάθειρξη έως δέκα έτη, ενώ έχει διατηρηθεί και η διακεκριμένη μορφή της ομαδικής κατάχρησης του ανίκανου προς αντίσταση, η οποία απειλείται με κάθειρξη. Όπως και στο βιασμό, η ομαδική κατάχρηση προϋποθέτει εναλλαγή των δραστηριοτήτων στην τέλεση των σεξουαλικών πράξεων και δεν καλύπτει κάθε μορφή συναυτουργίας. Για τη στοιχειοθέτηση του εν λόγω εγκλήματος συνεπώς απαιτείται: α) διανοητική ή σωματική αναπηρία άλλου ή ανικανότητα αντιστάσεως του παθόντος από οποιαδήποτε αιτία, β) τέλεση γενετήσιας πράξης με κατάχρηση της ανικανότητας κ.λπ. του παθόντος προσώπου, η οποία υπάρχει όταν ο δράστης εκμεταλλεύεται την τοιαύτη κατάσταση, η οποία κατά τις περιστάσεις καθιστά δυνατή ή διευκολύνει την πράξη, και γ) δόλος απλός ή και ενδεχόμενος, που περιλαμβάνει την θέληση τελέσεως γενετήσιας πράξης και την γνώση της καταστάσεως του προσώπου, εκ της οποίας ο δράστης μπορεί να συναγάγει ότι το θύμα έχει διανοητική ή σωματική αναπηρία ή είναι ανίκανος προς αντίσταση. Ανικανότητα προς αντίσταση υπάρχει όταν το θύμα, από αίτια ψυχικά ή σωματικά, δεν μπορεί να σχηματίσει, εξωτερικεύσει ή ενεργοποιήσει για την άμυνά του επαρκή βούληση αντιστάσεως όταν δέχεται την εις βάρος της γενετήσιας ελευθερίας επίθεση του δράστη. Ειδικότερα ανίκανος αντιστάσεως κατ' άρθρο 338 ΠΚ είναι το θύμα όταν για λόγους σωματικούς ή ψυχικούς (ουχί παραφροσύνη αλλά νευρωσική κατάσταση ή έκτακτη ψυχική εκδήλωση παραλυτικού φόβου, πανικού ή συγχύσεως και πλήρους αμηχανίας από αιφνιδιασμό) είτε στερείται εντελώς βουλήσεως, λόγω λιποθυμίας, πλήρους μέθης, ύπνου, υπνώσεως, είτε αδυνατεί να εκδηλώσει την υπάρχουσα βούλησή του λόγω π.χ. μεγάλης σωματικής εξαντλήσεως από ασθένεια ή φόβο κ.λπ. κατά τα άνω, είτε δεν είναι πρακτικά εφικτό να ενεργοποιήσει την βούλησή του για αντίσταση, επειδή λ.χ. είναι δεμένος, παράλυτος ή ανάπηρος, η οποία όμως εκδηλώνεται με άλλο τρόπο, λ.χ. κραυγές, παρακλήσεις, κλάμα (Μαγκάκης [...], Συστηματική Ερμηνεία ΠΚ, 1994, σ. 57-58, ΣυμβΠλημΘεσ

121/1990 Αρμ 1990, 268, ΣυμβΠλημΤρικ 123/1960 ΠοινΧρ Ι', 426, Αιτιολογική Έκθεση Σχεδίου ΠΚ 1933, σ. 502, Μπουρόπουλος, ό.π., σ. 584, Γάφος, ό.π., σ. 27, Φιλιππίδης, ό.π., σ. 221-222). Δηλαδή κατάχρηση σε ασέλγεια κατ' άρθρο 338 ΠΚ υπάρχει μόνο όταν ο δράστης εκμεταλλεύεται την απόλυτη ανικανότητα του θύματος να αντισταθεί, βιασμός δε σε όλες τις περιπτώσεις εξαναγκασμού του σχετικώς ανίκανου αντιστάσεως θύματος, εφόσον η ασελγής με αυτό πράξη τελείται παρά την αντίθετη βούλησή του (Μαγκάκης, ό.π., 59, Κ. Κόλλιας, ΠοινΧρ Γ', 332 επ.). Η ικανότητα για αντίσταση πρέπει να υπάρχει κατά τον χρόνο της πράξεως, έστω κατά την έναρξη αυτής, και μπορεί να είναι και παροδική επειδή λ.χ. το άτομο ευρίσκεται σε κατάσταση ζάλης, μέθης, σωματικής εξαντλήσεως, κοπώσεως, τρόμου (ΑΠ 19/2014, ΑΠ 174/2010 Νόμος, ΑΠ 353/2003 ΠοινΧρ ΝΓ', 1077, ΑΠ 1903/2003 ΠοινΧρ ΝΔ', 723, ΑΠ 16/2004 Πλογ 2004, 43 και Φράγκος Α., Ποινικός Κώδικας, Κατ' άρθρο Ερμηνείας και Νομολογία του Αρείου Πάγου, Εκδόσεις Σάκουλα, 2020, σ. 1543-1545, και Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4619/2019, δέκατο ένατο κεφάλαιο, «Εγκλήματα κατά της γενετήσιας ελευθερίας και εγκλήματα οικονομικής εκμετάλλευσης της γενετήσιας ζωής».

Κατά τη διάταξη του άρθρου 336 παρ. 1 του προϊσχύσαντος ΠΚ: «Όποιος με σωματική βία ή με απειλή σπουδαίου και άμεσου κινδύνου εξαναγκάζει άλλον σε συνουσία ή σε άλλη ασελγή πράξη ή σε ανοχή της τιμωρείται με κάθειρξη». Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 336 παρ. 1 και 2 του Νέου ΠΚ (Ν. 4619/2019 με έναρξη ισχύος 1.7.2019): «1. Όποιος με σωματική βία ή με απειλή σοβαρού και άμεσου κινδύνου ζωής ή σωματικής ακεραιότητας εξαναγκάζει άλλον σε επιχείρηση ή ανοχή γενετήσιας πράξης τιμωρείται με κάθειρξη» και «2. Γενετήσια πράξη είναι η συνουσία και οι ίσης βαρύτητας με αυτήν πράξεις». Τέλος σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 336 παρ. 1 και 2 του Νέου Ποινικού Κώδικα, ως αντικ. από το άρθρο 12 παρ. 2 του Ν. 4637/2019: «Όποιος με σωματική βία ή με απειλή σοβαρού και άμεσου κινδύνου ζωής ή σωματικής ακεραιότητας εξαναγκάζει άλλον σε επιχείρηση ή ανοχή γενετήσιας πράξης τιμωρείται με κάθειρξη τουλάχιστον δέκα ετών. 2. Γενετήσια πράξη είναι η συνουσία και οι ίσης βαρύτητας με αυτήν πράξεις». Με βάση τα στοιχεία του νόμου, ο βιασμός είναι έγκλημα πολύπρακτο και μικτό ή αλλιώς πολύτροπο, γιατί, όπως περιγράφεται (τυποποιείται) στην οικεία διάταξη, για τον अपαρτισμό του απαιτούνται περισσότερες από μία πράξεις και συγκεκριμένα της χρησιμοποίησεως σωματικής βίας, η οποία συνιστά το έγκλημα της παράνομης βίας, που προβλέπεται από τη διάταξη του άρθρου 330 του ΠΚ, ή της χρησιμοποίησεως απειλής σπουδαίου και άμεσου κινδύνου της ζωής ή της σωματικής ακεραιότητας και της γενετήσιας πράξης, η οποία καθ' εαυτή δεν συνιστά αξιόλογη ποινικά πράξη, αλλά όταν αυτή συντελείται με τον εξαναγκασμό του συγκεκριμένου προσώπου και δη με τη χρησιμοποίηση σωματικής βίας ή απειλής σπουδαίου και άμεσου κινδύνου ζωής ή σωματικής ακεραιότητας τότε συντελείται η ανωτέρω πράξη (του βιασμού). Η χρήση δε της σωματικής βίας ή της ασκήσεως απειλής πρέπει να επενεργεί με τρόπο που να μην μπορεί να επιτρέψει την εκδήλωση επιτυχούς αντιδράσεως του θύματος, αλλά να υπερνικά την όποια αντίδραση αυτού, είτε εκδηλούμενη είτε αναμενόμενη να εκδηλωθεί. Η πράξη του βιασμού συντελείται με περισσότερες πράξεις ξεχωριστές μεταξύ τους κατά την κοινωνιολογική του όρου τους έννοια, απαρτίζεται δηλαδή με μία από τις ανωτέρω μορφές εξαναγκασμού προς τον σκοπό της επιχείρησης ή ανοχής από το θύμα γενετήσιας πράξης. Η σωματική βία στο ανωτέρω έγκλημα μπορεί να ασκηθεί είτε άμεσα και μηχανικά επιφέροντας την εξουδετέρωση έτσι της βουλήσεως του θύματος να αντιδράσει, εξαναγκάζοντας το θύμα να υποστεί-δεχθεί ή επιχειρήσει γενετήσια πράξη (vis absoluta) είτε επενεργώντας έμμεσα στο θύμα [...] μέσω της βουλήσεως αυτού, το οποίο για να σταματήσει την περαιτέρω άσκηση σε βάρος του σωματικής επενέργειας εξαναγκάζεται να υποστεί ή να επιχειρήσει γενετήσια πράξη (vis compulsiva). Η βία μπορεί να εκδηλωθεί στην τέλεση του



εγκλήματος του βιασμού και με ψυχολογικούς τρόπους. Στην περίπτωση άσκησης ψυχολογικής βίας ο δράστης δημιουργεί δυσάρεστη κατάσταση στο θύμα, το οποίο για να αποφύγει και να άρει την κατάσταση αυτή, αποδέχεται εξαναγκασμένο την ανοχή ή επιχείρηση γενετήσιας πράξης. Το έγκλημα του βιασμού μπορεί να στραφεί εναντίον άνδρα ή γυναίκας οποιασδήποτε ηλικίας ακόμη και εναντίον νηπίου. Για τον λόγο αυτό είναι ανεξάρτητη η ηδονιστική συμμετοχή του θύματος στην τέλεση του εγκλήματος του βιασμού ή η πλήρης αντίληψη των συνεπειών ενεργειών του δράστη. Βασική προϋπόθεση για την πραγμάτωση του εγκλήματος του βιασμού είναι ο εξαναγκασμός του θύματος να επιχειρήσει – ή να ανεχθεί γενετήσια πράξη. Η επιλογή του όρου «γενετήσια πράξη» του Νέου Ποινικού Κώδικα (Ν. 4619/2019), η οποία προσδιορίζεται με τη διάταξη του άρ. 336 παρ. 2 ΠΚ, αντί των όρων συνουσίας και ασελγούς πράξης του προϊσχύσαντος ΠΚ, έχει την έννοια που προσδιορίζει η νομολογία και η επιστήμη, πρόκειται για τη συνουσία και άλλες πράξεις με την ίδια βαρύτητα από πλευράς προσβολής του εννόμου αγαθού της γενετήσιας ελευθερίας, όπως είναι η «παρά φύσιν» συνεύρεση, ο ετεροαυνανισμός, η πεολεξία και η αιδοιολεία ή η χρήση άλλων υποκατάστατων μέσων, χωρίς να απαιτείται επαφή των γεννητικών οργάνων του δράστη με [αυτά του] θύματος, απαιτούμενης όμως επαφής των γεννητικών οργάνων του ενός (θύματος ή δράστη) με κάποιο σημείο του σώματος του άλλου. Πράξη δε γενετήσιου χαρακτήρα (που αντιδιαστέλλεται από τις χειρονομίες «γενετήσιου χαρακτήρα», ήτοι πράξεις ήσσονος βαρύτητας, που προσβάλλουν τη γενετήσια αξιοπρέπεια, όπως χειρονομίες-ψαύσεις επί του σώματος που δεν εξικνούνται σε γενετήσια πράξη) είναι συμπεριφορές ή χειρονομίες, οι οποίες κατά την κοινή αντίληψη υπαινίσσονται ή καταδεικνύουν ή παρωθούν σε γενετήσιες πράξεις. Συνεπώς υπό την ισχύ του νέου Ποινικού Κώδικα ως μέσο τέλεσης του εγκλήματος του βιασμού, διατηρήθηκε η σωματική βία, ωστόσο εξειδικεύτηκε σε σημαντικό βαθμό το περιεχόμενο της απειλής, καθώς κριθηκε αναγκαία η ρητή αναφορά στον προσδιορισμό των αγαθών που πρόκειται να πληγούν και ως εκ τούτου για την τέλεση του εγκλήματος του βιασμού, απαιτείται η απειλή σοβαρού και άμεσου κινδύνου για τη ζωή ή τη σωματική ακεραιότητα. Υποκειμενικώς απαιτείται δόλος, που συνίσταται στη γνώση και τη θέληση των άνω στοιχείων του εγκλήματος του βιασμού, δηλαδή στη βούληση του δράστη όπως με σωματική βία ή με απειλή ή και με τους δύο μαζί τρόπους εξαναγκάσει άλλον σε επιχείρηση ή ανοχή γενετήσιας πράξης (ΑΠ 258/2015, ΑΠ 1190/2013, ΑΠ 1244/2011 ΤΝΠ Νόμος, *Χαραλαμπίδης Α.*, Ποινικός Κώδικας, Ερμηνεία κατ' άρθρο, τόμος β', έκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2011, σ. 1382 επ. και Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4619/2019 – Δέκατο ένατο κεφάλαιο «Εγκλήματα κατά της γενετήσιας ελευθερίας και εγκλήματα οικονομικής εκμετάλλευσης της γενετήσιας ζωής».

Περαιτέρω, επισημαίνεται ότι μεταξύ των εγκλημάτων του βιασμού και της καταχρήσεως ανίκανου προς αντίσταση σε γενετήσια πράξη, δεν υφίσταται αληθής κατ' ιδέα συρροή, αλλά φαινόμενη συρροή, καθώς η πράξη της κατάχρησης ανίκανου προς αντίσταση σε γενετήσια πράξη απορροφάται από την πράξη του βιασμού (ΣυμβΠλημΧαλκ 168 και 35/2001, [...] εισαγγελική πρόταση Α. Ζύγουρα στο ΣυμβΠλημΗλ 59/1985 Αρμ. 86, 234 επ., *Φράγκος Α.*, Ποινικός Κώδικας, Κατ' άρθρο Ερμηνεία και Νομολογία του Αρείου Πάγου, Εκδόσεις Σάκκουλα 2020, σ. 1545). Αυτό όμως δε σημαίνει ότι η γενετήσια σχέση με άτομο ανίκανο να αντισταθεί, παρά τη θέλησή του συνιστά πάντοτε κατάχρηση σε γενετήσια πράξη και όχι βιασμό. Γιατί βιασμός μπορεί να τελεστεί και σε βάρος ατόμου ανίκανου να αντισταθεί, όταν η συμπεριφορά του δράστη πραγματώνεται με άσκηση βίας και σύγχρονη κατάχρηση της αδυναμίας προς αντίσταση (*Χαραλαμπίδης Α.*, Ποινικός Κώδικας, Ερμηνεία κατ' άρθρο, τόμος β', έκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2011, σ. 1425, *Μαργαρίτης Μ.*, Ποινικός Κώδικας, έκδ. Σάκκουλας 2009, σ. 923). Επί φαινόμενης συρροής εγκλημάτων, κατ' εφαρμογήν των αρχών

της επικουρικότητας και της απορρόφησης προκρίνεται η απάλειψη, από το δικαστικό συμβούλιο, του περί παραπομπής κεφαλαίου του βουλεύματος για την/τις φαινομενικώς συρρέουσα/-ες πράξη/-εις, χωρίς όμως απόφαση να μην γίνει κατηγορία γι' αυτή/αυτές, και ο περιορισμός του σε μόνη την αποδοχή της ύπαρξης φαινόμενης συρροής και την αναφορά της επικουρικής (ή απορροφώμενης) διατάξεως που «ζει εν εφεδρεία» (ΣυμβΠλημΚερκ 23/2014 ΤΝΠ Νόμος). Συνεπώς και σε σχέση με τον τρόπο παραπομπής του κατηγορουμένου ως προς τα εγκλήματα που συρρέουν φαινομενικά, πρέπει να επισημάνουμε ότι στην περίπτωση της απορρόφησης της απαξίας μιας αξιόποινης πράξης από την άλλη, η παραπομπή θα γίνει μόνο για το ένα έγκλημα, το δε παραπεμπτικό βούλευμα δεν μπορεί να περιλάβει και απαλλακτική διάταξη για το απορροφώμενο έγκλημα, αλλά να το καταγράψει ως ιστορικό γεγονός, για να συναξιολογηθεί και επηρεάσει ως συντιμωρητή πράξη το ύψος της επιβλητέας ποινής και, βεβαίως, να καθιστά επιτρεπτή την μεταβολή της κατηγορίας σε αυτή (βλ. *Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι*, Υπερ., 1993, σ. 1181 επ. [...]).

Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διάταξη του άρ. 351Α παρ. 1 περ. γ' και 2 του προϊσχύσαντος ΠΚ: «1. Η ασελγής πράξη με ανήλικο που τελείται από ενήλικο με αμοιβή ή με άλλα υλικά ανταλλάγματα ή η ασελγής πράξη μεταξύ ανηλίκων που προκαλείται από ενήλικο με τον ίδιο τρόπο και τελείται ενώπιον αυτού ή άλλου ενήλικου τιμωρείται ως εξής: [...] γ) αν συμπλήρωσε τα δεκαπέντε έτη, με φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους και χρηματική ποινή δέκα χιλιάδων έως πενήντα χιλιάδων ευρώ. Κατά την επιμέτρηση της ποινής δεν εφαρμόζεται το άρ. 83 στοιχ. ε'. 2. Η κατά συνήθεια τέλεση της πράξης από τον ενήλικο σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο συνιστά επιβαρυντική περίπτωση. Σύμφωνα δε με τη διάταξη του άρ. 351Α παρ. 1 περ. γ' του Νέου Ποινικού Κώδικα (Ν. 4619/2019): «1. Η γενετήσια πράξη με ανήλικο που τελείται από ενήλικο με αμοιβή ή με άλλα υλικά ανταλλάγματα ή η γενετήσια πράξη μεταξύ ανηλίκων που προκαλείται από ενήλικο με τον ίδιο τρόπο και τελείται ενώπιον αυτού ή άλλου ενήλικου τιμωρείται [...] γ) αν συμπλήρωσε τα δεκατέσσερα έτη, με φυλάκιση τουλάχιστον τριών ετών και χρηματική ποινή». Εξάλλου, από τις διατάξεις των άρ. 18 εδ. β', 111 παρ. 1, 3, 112 ΠΚ, προκύπτει ότι το αξιόποινο της ανωτέρω πλημμεληματικής πράξης εξαλείφεται αν παρέλθει χρονικό διάστημα πέραν της πενταετίας από το χρόνο τέλεσής της, χωρίς εντωμεταξύ να λάβει χώρα κάποιος, από τους προβλεπόμενους στις διατάξεις του άρ. 113 παρ. 1 και 2 ΠΚ, λόγος αναστολής (*Μπουρόπουλος*, ΕρμΚΠΔ, Α', 1957, άρ. 43, σ. 65, *Ζησιάδης*, Ποινική Δικονομία, τ. Α', 1976, σ. 328, 330, *Ανδρουλάκης*, Θεμελιώδεις έννοιες της ποινικής δίκης, 1994<sup>2</sup>, 232, *Μπάκας*, σε σειρά Ποινικά, 50, Η προδικασία της ποινικής δίκης, 1995, 235, *Καρράς*, ΠοινΔικονΔικ, 1998, 297 παρ. 318, 299 παρ. 320).

Στην προκειμένη περίπτωση, από τη διενεργηθείσα προκαταρκτική εξέταση και την επακολογηθείσα κύρια ανάκριση και ειδικότερα από τις καταθέσεις των ενόρκως και χωρίς όρκο εξετασθέντων μαρτύρων, τα έγγραφα μεταξύ των οποίων και την από 16.11.2015 γραπτή έκθεση παιδοψυχιατρικής εκτίμησης της παιδοψυχιάτρου Α.Κ. σε συνδυασμό με την απολογία του κατηγορουμένου, αξιολογούμενα κατά την αρχή της ηθικής απόδειξης (άρ. 177 ΚΠΔ), προέκυψαν τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά: Ειδικότερα προέκυψε ότι κατόπιν εκδόσεως της υπ' αριθμ. 317/2011 απόφασης του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αιγίου (εκούσια δικαιοδοσία) αφαιρέθηκε ολικά η άσκηση της γονικής μέριμνας της ανήλικης και γεννηθείσας στις 29.1.1998 Κ.Α. (όπως και των λοιπών αδελφών της, Ε.Α. και Ν.Α.) από τους Ι. και Α.Α. (βιολογικούς τους γονείς) και ανατέθηκε στο Κέντρο Παιδικής Μέριμνας Θηλέων Πατρών, καθώς και το Δικαστήριο έκρινε ότι η αφαίρεση του συνόλου της γονικής μέριμνας ήταν επιβεβλημένη για την αποτροπή του κινδύνου της σωματικής, πνευματικής και προπάντων της ψυχικής υγείας των ανηλίκων, ληφθέντος υπόψη ότι αφενός μεν διαβίωσαν σε ακατάλληλες και επικίνδυνες συνθήκες (ρουπαρό και δύσοσμο περιβάλλον),

αφετέρου δε κακοποιούνταν συναισθηματικά, παρενοχλούνταν σεξουαλικά (όντας απροστάτευτα από τους γονείς τους) και κατευθύνονταν στην πορνεία. Μετά δε την έκδοση της προαναφερθείσας απόφασης η Κ.Λ. διαβιούσε εντός του Κέντρου Παιδικής Μέριμνας Θηλέων Πατρών. Το Κέντρο Κοινωνικής Πρόνοιας Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας (Κ.Κ.Π.Π.Δ.Ε) με το υπ. αριθμ. πρωτ. [...] /15.9.2014 έγγραφό του με τίτλο «Ενημέρωση για περιστατικό παιδιού της Μονάδας Θηλέων του Παραρτήματος Προστασίας Παιδιού Αχαΐας – Σκαγιοπούλειο» προς τον Εισαγγελέα Πρωτοδικών Πατρών, ανέφερε ότι η μαθήτρια Κ.Λ. του Ι., ετών 16, κατελήφθη σε απρεπείς σεξουαλικές «πρακτικές» με μεσήλικα άνδρα του οικογενειακού της περιβάλλοντος (ήτοι τον νονό της) κατά τη διάρκεια σύντομης εξόδου της από τη Μονάδα Θηλέων του «Παραρτήματος Προστασίας Παιδιού Αχαΐας – Σκαγιοπούλειο». Μάλιστα στο εν λόγω έγγραφο αναφερόταν ότι το ανωτέρω περιστατικό προέκυψε από τις μαρτυρίες δύο παιδιών (μαθητρίων), επιπλέον δε ότι πραγματοποιήθηκε άμεση συμβουλευτική επικοινωνία της επιστημονικής ομάδας του Κ.Κ.Π.Π.Δ.Ε με την ανήλικη, ότι έγινε στέρηση του κινητού της τηλεφώνου, το οποίο ήταν μέσο επικοινωνίας με τον ανωτέρω άνδρα και ότι δόθηκαν οδηγίες στους υπαλλήλους που υπηρετούσαν στη Μονάδα, ώστε οι έξοδοι της ανήλικης να πραγματοποιούνται με στενότερη εποπτεία και επιτήρηση. Ειδικότερα στο από 25.7.2014 ενημερωτικό σημείωμα της Π.Κ. και της Ε.Π., εκπαιδευτικού και εργοθεραπεύτριας αντιστοίχως του Παραρτήματος Προστασίας Παιδιού Αχαΐας – Σκαγιοπούλειο (Μονάδα Θηλέων) προς την Πρόεδρο και το Δ.Σ. του Κέντρου Κοινωνικής Πρόνοιας Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας, αναφερόταν ότι κατά την επιστροφή από έξοδο μαθητρίων του Παραρτήματος Θηλέων, η μαθήτρια Ε.Ν. ενημέρωσε τις υπαλλήλους Π.Κ. και Δ.Σ. ότι η Κ.Λ. πιθανόν συνεννόησε απρεπώς με μεσήλικα άνδρα του οικογενειακού της περιβάλλοντος (ήτοι τον νονό της) κατά τη διάρκεια σύντομης εξόδου (45 λεπτών) στον πολυχώρο της V.M. Υστερα από περαιτέρω διερεύνηση του ζητήματος προέκυψε ότι η Κ.Λ. είχε συναντηθεί τουλάχιστον τέσσερις φορές με το συγκεκριμένο άτομο κατά τη διάρκεια εξόδων για ψώνια που πραγματοποιούσαν μόνες τους οι μαθήτριες ύστερα από άδεια (30 λεπτών). Σε μία από αυτές τις εξόδους, είχε θεαθεί από μαθήτριες (ήτοι τις υπό στοιχεία Χ.Π. και Β.Ν.) σε απρεπείς ιδιαίτερες στιγμές με το εν λόγω άτομο. Μετά δε την υποβολή του προαναφερθέντος εγγράφου του Κ.Κ.Π.Π.Δ.Ε στην ημετέρα Εισαγγελία, με τις από 10.7.2015 και 1.11.2015 παραγγελίες μας διενεργήθηκε προκαταρκτική εξέταση, στο πλαίσιο της οποίας εξετάστηκε η Κ.Λ. του Ι. (γεν. στις 29.1.1998), σύμφωνα με τις διατυπώσεις του άρ. 226Α του προϊσχύσαντος ΚΠΔ. Στην από 4.8.2015 κατάθεσή της χωρίς όρκο ανέφερε ότι στις 17.7.2014 είχε μεταβεί μαζί με συμμαθήτριες της στον πολυχώρο V.M. για βόλτα, συνοδευόμενη από υπαλλήλους του σχολείου, ότι εν συνεχεία απομακρύνθηκε για μισή ώρα από τον εν λόγω πολυχώρο και ότι συνάντησε στις γραμμές του τραίνου, πίσω από το χώρο V.M. τον νονό της, Ε.Λ. του Γ. Ερωτηθείσα σχετικά με το τι έκανε μαζί του, εκείνη απάντησε ότι την ανάγκασε χωρίς τη θέλησή της να τον θωπεύσει και να του κάνει στοματικό έρωτα, ενώ παράλληλα τη θώπευε και εκείνος. Εν συνεχεία της συνόρασε ένα πακέτο τσιγάρα και της έδωσε το ποσό των 10 ευρώ. Σε σχετική ερώτηση περί του εάν είχε ξανασυναντηθεί με τον νονό της (εν προκειμένω κατηγορούμενο), εκείνη ανέφερε ότι είχε συναντηθεί μαζί του άλλες δύο φορές στον ίδιο χώρο, όταν είχε μεταβεί στον πολυχώρο V.M. μαζί με τις συμμαθήτριάς της, χωρίς να συνοδεύεται από υπαλλήλους του ιδρύματος, όπου έγιναν τα ίδια πράγματα. Μάλιστα ανέφερε ότι στις δύο αυτές συναντήσεις τους, της έδωσε είκοσι ευρώ και πενήντα ευρώ αντιστοίχως. Επεσήμανε δε στην κατάθεση της επί λέξει «εγώ δεν το ήθελα, αυτός το ήθελε. Με πίεζε. Δεν είχα στο μυαλό μου να κερδίσω κάτι». Σύμφωνα δε με την από 16.11.2015 έκθεση πραγματογνωμοσύνης της παιδοψυχιάτρου Α.Κ. (η οποία παραστάθηκε ως πραγματογνώμονας κατά την εξέταση της ανήλικης υπό τους όρους του 226Α του προϊσχύσαντος ΚΠΔ) επρόκειτο για ένα κορίτσι με φυσιολογικό νοητικό δυναμικό, με

καλή συναισθηματική και βλεμματική επαφή, με πλούσιο και αυθόρμητο λόγο, με συνεχή ροή και με σκέψη συγκροτημένη. Παρουσίαζε όμως ως προσωπικότητα συναισθηματική αστάθεια, ευκολία επηρεασμού από τρίτους και εκσεσημασμένη τάση για παρορμητική συμπεριφορά, χωρίς να σταθμίζει τις επιπτώσεις των πράξεών της. Η ψυχοπαθολογία της αυτή, όμως, σύμφωνα με την παιδοψυχίατρο δεν επηρεάζει την αξιοπιστία της και ως εκ τούτου τα λεγόμενά της σε σχέση με τα αναφερόμενα γεγονότα και καταστάσεις κρίνονται αξιόπιστα. Η Κ.Λ. εξετασθείσα ενόρκως στις 2.12.2019 ενώπιον της Ανακρίτριας Πατρών, ούσα ενήλικη πλέον, ανέφερε ότι με το νονό της (εν προκειμένω κατηγορούμενο) πριν την εισαγωγή της στο ίδρυμα, είχε μια αρκετά τυπική σχέση. Κατά την παραμονή της στο ίδρυμα μια μέρα την κάλεσε στο τηλέφωνο και της ανέφερε ότι ήθελε μαζί με τη νονά της να τη δει, πλην όμως αυτός ουδέποτε την επισκέφθηκε στο ίδρυμα. Συνεχίζοντας την κατάθεσή της αναφέρει ότι μία ημέρα, περί τα μέσα Ιουλίου του έτους 2014, είχε μεταβεί με συμμαθήτριάς της και με δύο συνοδούς του ιδρύματος, ήτοι την Ε.Π. και την Π.Κ., στον πολυχώρο της V.M., είχε δε τηλεφωνικά επικοινωνήσει με τον κατηγορούμενο και νονό της και είχαν κανονίσει να συναντηθούν μαζί και με τη νονά της στον χώρο αυτό. Πράγματι συναντήθηκε μαζί του στα τρένα, πίσω από τον πολυχώρο της V.M., αλλά η νονά της δεν είχε έλθει. Όταν τον ρώτησε πού είναι η νονά της, εκείνος της απάντησε ότι είναι στο αυτοκίνητο και της έδωσε δύο πακέτα τσιγάρα, λέγοντας της ότι είναι δώρο της νονάς. Αμέσως εκείνος την πλησίασε, την έπιασε και ασκώντας της βία, την έριξε κάτω στο έδαφος (σε χόρτα). Τότε της έβγαλε την μπλούζα και το παντελόνι μέχρι τα γόνατα, προσπάθησε δε να της βγάλει και το εσώρουχό της, ενώ εκείνη του φώναζε να σταματήσει και εν συνεχεία την ανάγκασε να του κάνει στοματικό έρωτα, χωρίς να εκσπερματώσει. Μετά δε την πράξη του αυτή ο κατηγορούμενος αποχώρησε. Επίσης, στην εν λόγω κατάθεσή της αναφέρει κατηγορηματικά ότι τον Ιούλιο του 2014 ο κατηγορούμενος την εξανάγκασε στον χώρο της V.M. να κάνει πράγματα που δεν ήθελε και ότι πέραν του περιστατικού αυτού δεν έλαβε χώρα κάποιο έτερο περιστατικό με τον κατηγορούμενο, επισημαίνοντας ότι «η οποιαδήποτε ερωτική πράξη που έγινε με αυτόν ήταν μόνο τότε στη V.M. και ποτέ άλλοτε». Περαιτέρω, η ανωτέρω κατέθεσε ότι αφότου έφυγε από το ίδρυμα και έμενε πλέον μόνη της στη [...] Αιγίου, την πλησίασε ο κατηγορούμενος δύο φορές, το καλοκαίρι του έτους 2017. Μάλιστα την πρώτη φορά, ενώ εκινείτο με το όχημά του, άνοιξε την πόρτα του συνοδηγού και της είπε να μπει μέσα, αλλά εκείνη αρνήθηκε, ενώ την έτερη φορά όταν την αντίκρισε, αφού ενήργησε αναστροφή του οχήματός του, σταμάτησε απότομα μπροστά της και της φώναξε ότι αν δεν «πάρει πίσω» αυτά που κατέθεσε, θα την καταστρέψει γιατί «του έκλεισε το σπίτι». [...]

Απολογούμενος ο κατηγορούμενος (τόσο κατά την αρχική του απολογία, όσο και κατά τη συμπληρωματική του απολογία) αρνήθηκε τις αποδιδόμενες πράξεις, αναφέροντας ότι η Κ.Λ., την οποία είχε βαφτίσει μαζί με τον γιο του, Γ.Λ., με τις ανωτέρω καταθέσεις σε βάρος του, επιχείρησε να καλύψει την ερωτική της σχέση με τον εξ αγχιστείας θείο της, Δ. (α.λ.σ), με τον οποίο είχε σχέσεις πριν μπει στο ίδρυμα Σκαγιοπούλειο. Επίσης διατείνεται ότι ουδέποτε συνάντησε την Κ.Λ. στον πολυχώρο της V.M. και ότι εκείνος ο δρόμος είναι πολυσύχναστος και δεν θα μπορούσαν να συμβούν οι πράξεις για τις οποίες κατηγορείται. Επίσης, ισχυρίζεται ότι οι καταθέσεις της ανήλικης σε βάρος του είναι αντιφατικές μεταξύ τους και ότι ελήφθησαν μετά από υποβολή ερωτήσεων και πιέσεων. Ειδικότερα για τις κατ' ιδίαν αξιόποινες πράξεις που του αποδίδονται, αναφέρει, επικαλούμενος τις καταθέσεις των τριών μαρτύρων (συμμαθητρίων της τότε ανήλικης) [...], ότι ουδεμία εξ αυτών κατέθεσε ότι ασκήθηκε βία σε βάρος της Κ.Λ. κατά το περιστατικό που έλαβε χώρα στις 17.7.2014 στον χώρο της V.M. και ως εκ τούτου δεν τελέσθηκε σε κάθε περίπτωση το αδίκημα του βιασμού, για το οποίο κατηγορείται. Ως προς την πράξη της ασελγίας με ανήλικη που συμπλήρωσε τα δεκαπέντε έτη έναντι αμοιβής

κατά συνήθεια και κατ' εξακολούθηση (για την οποία εξεδόθη τυπική κλήση) ανέφερε ότι η πράξη αυτή έχει υποπέσει σε παραγραφή, λόγω του πλημμεληματικού της χαρακτήρα. Για δε την αποδοθείσα πράξη της κατάχρησης ανικάνου προς αντίσταση σε γενετήσια πράξη, διατείνεται ότι δεν τελέσθηκε η πράξη αυτή κατά τα αντικειμενικά της στοιχεία, επικαλούμενος ότι για την κατάφαση του αδικήματος αυτού, απαραίτητη προϋπόθεση είναι η ύπαρξη ατόμου πάσχοντος από παραφροσύνη ή διανοητικά ανίκανου. Και τούτο, διότι από κανένα στοιχείο της δικογραφίας δεν προκύπτουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις του νόμου, τουναντίον από την πραγματογνωμοσύνη της παιδοψυχιάτρου Α.Κ. προκύπτει ότι η Κ.Λ. ήταν άτομο, κατά τον επίδικο χρόνο, με άριστη αντιληπτική ικανότητα, αφού είχε φυσιολογικό νοητικό δυναμικό, ήταν σε καλή ψυχική κατάσταση, αφού η σκέψη της ήταν συγκροτημένη, αντιλαμβανόταν την κοινωνική απαξία των πράξεών της και δεν έχριζε δικαστικής συμπαράστασης. Περαιτέρω, με το απολογητικό του υπόμνημα, το οποίο προσκόμισε στο πλαίσιο της συμπληρωματικής απολογίας του, ισχυρίστηκε ότι η πράξη του βιασμού που του αποδόθηκε μετά την πάροδο τριών ετών από την αρχική του απολογία, αφορά την ίδια πράξη και τα ίδια πραγματικά περιστατικά για τα οποία απολογήθηκε ήδη, όταν του ασκήθηκε ποινική δίωξη για την πράξη της παράβ. του άρ. 338 παρ. 1 ΠΚ.

Από το προμνησθέν αποδεικτικό υλικό προκύπτει ότι ο κατηγορούμενος, ο οποίος συνδεόταν με την ανήλικη (τότε) παθούσα με ιδιαίτερη σχέση, καθώς την είχε βαπτίσει, κατηλεύόμενος τις συνθήκες υπό τις οποίες διαβιούσε η ανήλικη (συνθήκες εγκλεισμού σε ίδρυμα με ελάχιστες επαφές με τους βιολογικούς της γονείς), το νοσηρό περιβάλλον μέσα στο οποίο μεγάλωσε (καθώς είχε συναισθηματικά και σεξουαλικά κακοποιηθεί από μικρή ηλικία, ενώ το γονεϊκό υποστηρικτικό περιβάλλον ήταν ανύπαρκτο), τον χαρακτήρα που είχε δομήσει συνεπεία των ως άνω περιστάσεων (καθώς επρόκειτο για άτομο με διαταραγμένη προσωπικότητα, με εκσεσημασμένη τάση για παρορμητική συμπεριφορά, με απουσία αυτοελέγχου, συναισθηματική αστάθεια, υποβολιμότητα και ευκολία επηρεασμού από τους άλλους) κατάφερε με ευτελείς παροχές (όπως ένα πακέτο με τσιγάρα) να κερδίσει την εμπιστοσύνη της και να ασκεί επιρροή πάνω της. Κάτω από αυτές τις περιστάσεις, μετά από τηλεφωνική επικοινωνία του με την ανήλικη Κ.Λ., συνάντησε αυτήν στις 17.7.2014 στον πολυχώρο της V.M. και μάλιστα πίσω από τον χώρο αυτόν (στις γραμμές του τραίνου), ώστε να μην είναι εύκολα αντιληπτός από τρίτους και καταχρώμενος την προδιαληφθείσα διαταραγμένη της προσωπικότητα, ασκώντας σε βάρος της ανήλικης σωματική βία, την εξανάγκασε σε επιχείρηση και ανοχή γενετήσιας πράξης (θωπείες-πεολεχία). Στην παραδοχή της τελέσεως της πράξεως του βιασμού σε βάρος της ανήλικης, από τον οποίον απορροφάται η πράξη της κατάχρησης ανικάνου προς αντίσταση σε γενετήσια πράξη (υφιστάμενης σχέσης φαινόμενης συρροής μεταξύ των δύο διατάξεων – άσκηση βίας και σύγχρονη κατάχρηση της αδυναμίας για αντίσταση) καταλήγουμε, λαμβάνοντας υπόψη: α) τις καταθέσεις της παθούσας (τόσο κατά την προκαταρκτική εξέταση, όσο και κατά την κύρια ανάκριση), κυρίως την από 2.12.2019 ένορκη κατάθεσή της, στην οποία με λεπτομέρεια, κατηγορηματικότητα και σαφήνεια εκθέτει τα περιστατικά που έλαβαν χώρα στις 17.7.2014 πίσω από τον πολυχώρο της V.M. Επισημαίνουμε δε ότι κατά το χρόνο κατάθεσής της ενώπιον της Ανακρίτριας, η εν λόγω παθούσα ήταν σχεδόν 22 ετών και έχοντας ήδη αμέσως μετά την ενηλικίωσή της φύγει από το ίδρυμα, δεν είχε κανέναν λόγο μετά την πάροδο πενταετίας και πλέον από το επίδικο συμβάν, να καταθέσει ψευδή περιστατικά σχετικά με το επίδικο συμβάν, τη στιγμή που μάλιστα επισημαίνει ότι ουδέν έτερο περιστατικό σε βάρος της και παρά τη θέληση της έλαβε χώρα πέραν του επιδίκου της 17.7.2014. β) Την από 16.11.2015 έκθεση πραγματογνωμοσύνης της παιδοψυχιάτρου Α.Κ., η οποία αναφερόμενη στην από 4.8.2015 εξέταση χωρίς όρκο της ανήλικης παθούσας ανέφερε επί λέξει ότι «τα λεγόμενά της σε σχέση

με τα αναφερόμενα γεγονότα και καταστάσεις κρίνονται αξιόπιστα», γ) Την από 27.1.2014 ένορκη κατάθεση της ανωτέρω παιδοψυχιάτρου, η οποία επί λέξει ανέφερε ότι «διαπιστώθηκε ότι έχουν λάβει μέρος [χώρα] ασελγείς πράξεις από μέρους του φερόμενου ως νονού της, στην τοποθεσία V.M., έπειτα από τηλεφωνική επικοινωνία που είχε ο ίδιος με την Κ. Η Κ. δεν έχει αναφερθεί σε κάποιο άλλο περιστατικό ασελγίας σε βάρος της». Τουναντίον, από το προαναφερθέν αποδεικτικό υλικό, κυρίως από την από 2.12.2019 ένορκη κατάθεση της παθούσας και από την από 27.1.2014 ένορκη κατάθεση της παιδοψυχιάτρου Α.Κ., δεν προέκυψε η βασιμότητα της κατηγορίας ως προς τις πράξεις που φέρονται τελεσθείσες σε βάρος της ανήλικης, περί αρχές του έτους 2014, δύο φορές πίσω από τον πολυχώρο της V.M. Επισημαίνουμε δε ότι, όπως αναφέρθηκε και στη μείζονα σκέψη της παρούσας, στην περίπτωση της απορρόφησης της απαξίας μιας αξιόποινης πράξης από την άλλη και ειδικότερα σε σχέση με τον τρόπο παραπομπής του κατηγορουμένου ως προς το έγκλημα του βιασμού που συρρέει φαινομενικά με την πράξη της κατάχρησης ανικάνου προς αντίσταση σε γενετήσια πράξη, πρέπει να αναφέρουμε ότι η παραπομπή θα γίνει μόνο για το ένα έγκλημα, ήτοι του βιασμού, το δε παραπεμπτικό βούλευμα δεν μπορεί να περιλάβει και απαλλακτική διάταξη για το απορροφώμενο έγκλημα της κατάχρησης ανικάνου προς αντίσταση σε γενετήσια πράξη, αλλά να το καταγράψει ως ιστορικό γεγονός, για να συναξιολογηθεί και επηρεάσει ως συντιμωρητή πράξη το ύψος της επιβλητέας ποινής και, βεβαίως, να καθιστά επιτρεπτή την μεταβολή της κατηγορίας σε αυτή. Τέλος δε ως προς την πλημμεληματική πράξη της ασελγίας με ανήλικη που συμπλήρωσε τα δεκαπέντε έτη έναντι αμοιβής, κατά συνήθεια και κατ' εξακολούθηση και ήδη μετά την ισχύ του Ν. 4619/2019 πράξη της γενετήσιας πράξης με ανήλικη που συμπλήρωσε τα δεκατέσσερα έτη έναντι αμοιβής, κατ' εξακολούθηση, από την τέλεση της πράξης αυτής (αρχές 2014 και 17.7.2014) μέχρι και σήμερα έχει εμφολωρήσει χρονικό διάστημα μεγαλύτερο της πενταετίας, που είναι ο χρόνος παραγραφής των πλημμελημάτων, χωρίς να συντρέξει κανένας νόμιμος λόγος αναστολής της, σύμφωνα με το άρ. 113 ΠΚ, ως εκ τούτου η πράξη έχει παραγραφεί και έχει εξαλειφθεί το αξιόποινο αυτής.

Δυνάμει όλων των προεκτεθέντων προκύπτουν επαρκείς ενδείξεις ενοχής σε βάρος του κατηγορουμένου, Ε.Λ. του Γ., κατόικου [...], ικανές να στηρίξουν δημόσια τη σε βάρος του κατηγορία, για την αξιόποινη πράξη του βιασμού (ήτοι παράβ. άρ. 1, 2 παρ. 1, 14, 16, 17, 18, 26 εδ. α', 27 παρ. 1, 50, 51, 52, 336 παρ. 1 και παρ. 2 του ΠΚ, όπως ισχύει μετά το Ν. 4619/2019), πράξη που φέρεται τελεσθείσα στην Πάτρα, στις 17.7.2014. Γι' αυτό και πρέπει το Συμβούλιό σας να αποφανθεί, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρ. 310 παρ. 1 στοιχ. ε' και 313 του ΚΠΔ, περί της παραπομπής αυτού στο ακροατήριο του Μικτού Ορκωτού Δικαστηρίου της περιφέρειας του Εφετείου Πατρών, που θα ορίσει ο Εισαγγελέας Εφετών Πατρών, το οποίο είναι καθ' ύλην και κατά τόπο αρμόδιο σύμφωνα με τις διατάξεις των άρ. 109 στοιχ. α', 110, 111 παρ. 1-5, 122 παρ. 1 ΚΠΔ. Τουναντίον, βάσει όλων των ανωτέρω, δεν προκύπτουν σοβαρές ενδείξεις ενοχής σε βάρος του εν λόγω κατηγορουμένου, Ε.Λ. του Γ. για τις πράξεις: α) της κατάχρησης ανικάνου προς αντίσταση σε γενετήσια πράξη, κατ' εξακολούθηση και β) του βιασμού κατ' εξακολούθηση (ήτοι παράβ. άρ. 1, 2 παρ. 1, 14, 16, 17, 18, 26 εδ. α', 27 παρ. 1, 50, 51, 52, 79, 94 παρ. 1, 98, 336 παρ. 1 και παρ. 2, 338 παρ. 1 και του ΠΚ), που φέρονται τελεσθείσες στην Πάτρα, δύο φορές περί αρχές του έτους 2014, σε μη επακριβώς προσδιορισμένες κατά την ανάκριση ημερομηνίες και θα πρέπει λοιπόν το Συμβούλιό σας, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρ. 310 παρ. 1 στοιχ. α' και 311 παρ. 1 εδ. α' του ΚΠΔ, να αποφανθεί ότι δεν πρέπει να γίνει σε βάρος του κατηγορία για τις πράξεις αυτές. Περαιτέρω, θα πρέπει το Συμβούλιό σας, κατά τα άρ. 310 παρ. 1 στοιχ. β' και 311 παρ. 1 εδ. β' ΚΠΔ, να παύσει οριστικά την ποινική δίωξη εναντίον του ως άνω κατηγορουμένου, Ε.Λ. του Γ., για την αξιόποινη πράξη της ασελγίας με ανήλικη που συμπλήρωσε τα δεκαπέντε έτη έναντι αμοιβής



κατά συνήθεια και κατ' εξακολούθηση (ήτοι παράβ. άρ. 98, 351Α παρ. 2-1 περ. γ' του προϊσχύσαντος ΠΚ) και ήδη μετά την ισχύ του νέου Ποινικού Κώδικα (Ν. 4619/2019), για την πράξη της γενετήσιας πράξης με ανήλικη που συμπλήρωσε τα δεκατέσσερα έτη έναντι αμοιβής, κατ' εξακολούθηση (ήτοι παράβ. άρ. 98, 351Α παρ. 1 περ. γ' του ΠΚ, όπως ισχύει μετά το Ν. 4619/2019), πράξη που φέρεται τελεσθείσα στην Πάτρα δύο φορές περί αρχές του έτους 2014, σε μη επακριβώς προσδιορισμένες κατά την ανάκριση ημερομηνίες και στις 17.7.2014, εξαιτίας του πλημμεληματικού χαρακτήρα της πράξης και της επελθούσας, λόγω παραγραφής, εξάλειψης του αξιοποιήσιμου της.

Επιπλέον πρέπει το Συμβούλιό σας, σύμφωνα με τη διάταξη του άρ. 315 παρ. 1 ΚΠΔ, να αποφανθεί υπέρ της διατήρησης

της ισχύος της με αριθμό [...] / 13.9.2016 διάταξης επιβολής περιοριστικών όρων του Γ' Τακτικού Ανακριτή Πλημμελειοδικών Πατρών, με την οποία επιβλήθηκαν σε βάρος του κατηγορουμένου Ε.Λ. του Γ. οι περιοριστικοί όροι: α) της απαγόρευσης εξόδου από τη χώρα, β) της εμφάνισης εντός του α' πενθημέρου, κάθε μήνα στο αρμόδιο ΑΤ του τόπου κατοικίας του (Υ.Α. Αιγίου), η ισχύς των οποίων πρέπει να διατηρηθεί μέχρι την οριστική έκδοση αποφάσεως επί της κατηγορίας που τον βαρύνει, καθόσον η επιβολή των ανωτέρω περιοριστικών όρων κρίνεται απολύτως αναγκαία για την επίτευξη των αναφερομένων στο άρ. 282 παρ. 2 ΚΠΔ σκοπών, ήτοι της εμφανίσεως του κατηγορουμένου στο δικαστήριο και της υποβολής του στην εκτέλεση της απόφασης.

## ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΣΤΡΑΤΙΩΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

### ΤΡΙΜΕΛΕΣ ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ

#### Αριθμ. 132/2020

Δικαστές Α. Τσουρούς, Προεδρεύων, Ζ. Γόγολος, Α. Καναβάρης, Εισαγγελέας Χ. Καρυπίδης, Αντεισαγγελέας, Δικηγόρος Δ. Μαργέλλος

**Αθώωση κατά πλειοψηφίαν του κατηγορουμένου, στρατιωτικού ιατρού, για δωροληψία κατ' άρ. 235 παρ. 3 πΠΚ λόγω αμφιβολιών ως προς την συνδρομή της ιδιότητας του υπαλλήλου κατ' άρ. 13 περ. α' Έννοια "υπαλλήλου" κατ' άρ. 13 περ. α' ΠΚ. – Βασικά χαρακτηριστικά της έννοιας του υπαλλήλου είναι αφενός μεν η παροχή υπηρεσιών (έστω και προσωρινά), που εμπίπτουν στους επιδιωκόμενους από τα δημόσια νομικά πρόσωπα σκοπούς γενικότερου ενδιαφέροντος, αφετέρου δε η σχέση εξαρτήσεως που διαμορφώνεται από αυτά ή τα όργανά τους. – Στοιχεία αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος της δωροληψίας. – Ποιες υπηρεσιακές πράξεις δεν συνιστούν δωροληψία. – Έννοια "υπηρεσιακής πράξης". – Παροχές υπηρεσιών που έχουν σχέση με την ειδικότητα και τις ιδιαίτερες γνώσεις του δημοσίου υπαλλήλου, γίνονται δε σε ιδιωτική βάση, δεν αποτελούν υπηρεσιακές ενέργειες. – Κατά την Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4252/2014 οι πράξεις που δεν ανάγονταν στον στενό κύκλο των υπηρεσιακών αρμοδιοτήτων καταλαμβάνονταν από τον κύκλο των πράξεων στις οποίες αποβλέπει η παροχή του δώρου. – Η πράξη της δωροληψίας υπαλλήλου κατ' άρ. 235 παρ. 1 εδ. α' νΠΚ διατηρεί τα νομοτυπικά στοιχεία του προϊσχύσαντος καθεστώτος, με την διαφορά ότι τιμωρείται επιεικέστερα υπό το νέο (φυλάκιση και χρηματική ποινή). – Στοιχεία αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος της δωροληψίας κατ' άρ. 235 παρ. 3 πΠΚ σύμφωνα με την εισηγητική έκθεση του Ν. 4254/2014· οι ίδιες επισημάνσεις γίνονται και στην Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4619/2019 ως προς το άρ. 235 παρ. 3 νΠΚ, με την προσθήκη ότι η έννοια του όρου "αθέμιτη" ταυτίζεται με εκείνη της παρ. 1. – Με τον νΠΚ η πράξη του άρ. 235 παρ. 3 διατηρεί τα νομοτυπικά στοιχεία της μορφής του υπό τον πΠΚ, με διαφορά το ότι τιμωρείται επιεικέστερα (φυλάκιση). – Κηρύσσεται αθώος κατά πλειοψηφίαν ο κατηγορούμενος, στρατιωτικός ιατρός, για δωροληψία υπαλλήλου κατ' άρ. 235 παρ. 3 πΠΚ λόγω αμφιβολιών ως προς την πλήρωση των στοιχείων της αντικειμενικής υπόστασης, αφού κατά τον χρόνο που ζητήθηκε το ωφέλημα για την κατά προτεραιότητα τέλεση ιατρικής πράξεως (παρακολούθηση βρογχοσκόπησης σε δημόσιο νοσοκομείο) δεν ενεργού-**

σε ως δημόσιος υπάλληλος (στρατιωτικός ιατρός) κατά την έννοια του άρ. 13 περ. α' ΠΚ αλλά σαν ιατρός εργαζόμενος σε ιδιωτικό διαγνωστικό κέντρο. – Κατά την γνώμη της μειοψηφίας ο κατηγορούμενος θα πρέπει να κηρυχθεί ένοχος για το έγκλημα του άρ. 235 παρ. 3 ΠΚ, καθόσον πληρούνται τα στοιχεία της αντικειμενικής υπόστασης αυτού. – Διατάσσεται η κατ' άρ. 372-373 ΚΠΔ απόδοση των κατεσχεμένων στους ιδιοκτήτες.

[...] Κατά το άρ. 235 παρ. 1 εδ. α' ΠΚ (όπως αυτό αντικαταστάθηκε με την υποπαράγραφο ΙΕ.6. του άρθρου πρώτου του Ν. 4254/2014 και στη συνέχεια τροποποιήθηκε με το άρ. 32 παρ. 1 εδ. α' του Ν. 4258/2014 διά της αντικαταστάσεως της φράσεως: «οποιασδήποτε φύσης ωφέλημα» με εκείνη: «οποιασδήποτε φύσης αθέμιτο ωφέλημα», και ίσχυε κατά τον χρόνο τέλεσης της πράξης) τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους και χρηματική ποινή 5.000 έως 50.000 ευρώ ο υπάλληλος ο οποίος ζητεί ή λαμβάνει, άμεσα ή μέσω τρίτου, για τον εαυτό του ή για άλλον, οποιασδήποτε φύσης αθέμιτο ωφέλημα, ή αποδέχεται την υπόσχεση παροχής τέτοιου ωφελήματος, για ενέργεια ή παράλειψή του σε σχέση με την άσκηση των καθηκόντων του, μελλοντική ή ήδη τελειωμένη. Από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι για τη συγκρότηση του προβλεπόμενου απ' αυτήν εγκλήματος της δωροληψίας υπαλλήλου απαιτείται, πρωτίστως η ιδιότητα του δράστη ως υπαλλήλου, και τέτοιος κατά την έννοια του άρ. 13 εδ. α' ΠΚ είναι εκείνος στον οποίο νόμιμα έχει ανατεθεί έστω και προσωρινά η άσκηση υπηρεσίας, δημόσιας, δημοτικής ή κοινοτικής άλλου νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου. Βασικό χαρακτηριστικό της έννοιας του υπαλλήλου είναι όχι ο τρόπος διορισμού (πράξη δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου) ή η διάρκεια της ή η ύπαρξη νομοθετημένης θέσεως, αλλά κατά κύριο λόγο η παροχή υπηρεσιών, έστω και προσωρινά, που εμπίπτουν στους επιδιωκόμενους, γενικότερου ενδιαφέροντος, σκοπούς του κράτους, ΝΠΔΔ και οργανισμών δημοσίου τομέα, ως και η σχέση εξαρτήσεως που διαμορφώνεται από αυτά ή τα αρμόδια όργανά τους (ΣυστΕρμΠΚ, άρθρα 1-13, Κ.Ε. Σταμάτη, 178). Υπάλληλοι θεωρούνται και οι στρατιωτικοί (Αθ. Κονταξή, ΠΚ, 230, Μιχ. Μαργαρίτη, ΠΚ, 36). Επίσης, απαιτούνται η από μέρους αυτού του ίδιου ή διαμέσου άλλου απαίτηση ή αποδοχή αθέμιτων ωφελημάτων που δεν δικαιούνται ή αποδοχή υποσχέσεως προς παροχή αυτών των ωφελημάτων, για ενέργεια ή παράλειψή του μελλοντική ή ήδη τελειωμένη που ανάγεται στα καθήκοντά του, όπως αυτά περιγράφονται ή προκύπτουν από το νόμο ή τους υπηρεσιακούς κανονισμούς ή τις διαταγές ή οδηγίες των προϊσταμένων του ή την υπηρεσιακή του σχέση ή την φύση της υπηρεσίας, είναι

δε αδιάφορο αν η ενέργεια ή παράλειψη του υπαλλήλου πραγματοποιήθηκε ή αν αυτός σκόπευε ειλικρινά να την πραγματοποιήσει. Πράξεις που βρίσκονται έξω από τον κύκλο των καθηκόντων ή της υπηρεσίας του υπαλλήλου και είναι ξένες προς αυτά δεν συνιστούν δωροληψία, έστω και αν αυτός τις επιχειρεί με την ευκαιρία της υπηρεσίας του ή με χρησιμοποίηση της υπηρεσιακής του ιδιότητας (Αγ. Μπουρόπουλου, Ερμ. ΠΚ, Ειδ. Μέρος, τ. Β', σ. 321). Ο Ν. Μπιτζιλέκης σημειώνει: «Ως υπηρεσιακή ενέργεια νοείται κάθε πράξη εντεταγμένη στον κύκλο των υπηρεσιακών καθηκόντων του υπαλλήλου, εφόσον έχει ως τέτοια συγκεκριμενοποιηθεί. Αποκλείεται λοιπόν το έγκλημα της δωροδοκίας, εάν η υπηρεσιακή πράξη για την οποία δίνονται τα δώρα δεν εμπίπτει στον κύκλο αρμοδιότητας (τοπικής ή υλικής) του υπαλλήλου» (Τα υπηρεσιακά εγκλήματα, σ. 167). Ο ίδιος υπογραμμίζει: «Παροχές υπηρεσιών που έχουν σχέση με την ειδικότητα και τις ιδιαίτερες γνώσεις κάποιου, λ.χ. φορολογικές συμβουλές ενός φορολογικού ή οικονομικού υπαλλήλου, ιδιωτικά μαθήματα ενός δασκάλου ή καθηγητή, παροχή ιδιαίτερης προστασίας εκ μέρους ενός αστυνομικού, που γίνονται σε ιδιωτική βάση, είναι ξεκομμένες από την δημόσια υπηρεσία και αποτελούν καθαρά ιδιωτικές υποθέσεις. Έστω και αν ενδεχομένως προσκρούουν σε τυχόν απαγορεύσεις (όπως λ.χ. εκείνη των δασκάλων να κάνουν ιδιαίτερα μαθήματα ή των γιατρών των δημοσίων κλινικών να έχουν και ιδιωτική πελατεία), οι πράξεις καθαυτές (συγκεκριμένα το ιδιωτικό μάθημα ή η ιδιωτική περίθαλψη) δεν συνιστούν υπηρεσιακές ενέργειες που αντίκεινται στα καθήκοντα του υπαλλήλου, αποτελούν καθαρά ιδιωτικές υποθέσεις ακόμα κι αν χρειάζεται ενδεχομένως κάποια άδεια από την προϊστάμενη αρχή για να γίνουν σύννομα» (του ίδιου, σελ. 169). Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4254/2014: «Με την διατύπωση που εισάγεται, διευρύνεται ο κύκλος των πράξεων στις οποίες μπορεί να αποβλέπει η παροχή του δώρου, ώστε να καταλαμβάνει και τέτοιες που δεν ανήκουν στον στενό κύκλο των ανατεθειμένων στον υπάλληλο αρμοδιοτήτων, αλλά μπορεί να διαπράξει επ' ευκαιρία της εκτέλεσής των καθηκόντων του ή επωφελούμενος από τη θέση που κατέχει». Με τον νέο ΠΚ που κυρώθηκε με τον Ν. 4619/2019 (ΦΕΚ Α' 95/11.6.2019) και ισχύει από 1.7.2019 η πράξη της δωροληψίας υπαλλήλου (άρ. 235 παρ. 1 εδ. α' ΠΚ) διατηρεί τα αντικειμενικά και υποκειμενικά στοιχεία του προϊσχύσαντος νομικού πλαισίου με την μόνη διαφορά ότι τιμωρείται επιεικέστερα (με φυλάκιση και χρηματική ποινή). [...]

Κατά την παράγραφο 3 του άρ. 235 ΠΚ, όπως αυτή θεσπίστηκε με την υποπαράγραφο ΙΕ.6. του άρθρου πρώτου του Ν. 4254/2014 και στη συνέχεια τροποποιήθηκε ως προς την ποινή με το άρ. 32 παρ. 2 εδ. α' του Ν. 4258/2014 και καταλαμβάνει την επίδικη πράξη ως εκ του χρόνου τελέσεώς της, καθόσον ίσχυε κατά τον χρόνο τελέσεώς της, τιμωρείται με φυλάκιση αν η πράξη δεν τιμωρείται βαρύτερα με άλλη διάταξη ο υπάλληλος ο οποίος ζητεί ή λαμβάνει για τον εαυτό του ή για άλλον αθέμιτη παροχή περιουσιακής φύσης, επωφελούμενος από την ιδιότητά του. Στην εισηγητική έκθεση στο σχέδιο νόμου «Μέτρα στήριξης και ανάπτυξης της ελληνικής οικονομίας στο πλαίσιο εφαρμογής του ν. 4046/2012 και άλλες διατάξεις» αναφέρονται τα εξής: «Με την παράγραφο 3 τυποποιείται η λήψη ή αποδοχή περιουσιακής φύσεως παροχών, όχι ενόψει συγκεκριμένης υπηρεσιακής ενέργειας ή παράλειψης του υπαλλήλου, αλλά με σκοπό τον προσεταιρισμό του, ήτοι τη δημιουργία ενός κλίματος κοινωνικής ή προσωπικής υποχρέωσης που να προετοιμάζει την ανταπόδοση μέσω υπηρεσιακής ενέργειας ή παράλειψης –αν και όποτε παραστεί αυτό δυνατό ή αναγκαίο– ή να καθιστά ευκολότερη την προσέγγισή του, προκειμένου να του ζητηθεί ενέργεια ή παράλειψη σχετική με την άσκηση των καθηκόντων του. Και εδώ οι παροχές θα πρέπει να είναι τέτοιες που να υπερβαίνουν τις αναμενόμενες στα πλαίσια της κοινωνικής ευπρέπειας ή αβρότητας. Για την εγκαθίδρυση του αξιοποίνου πρέπει δε αυτές να προσφέρονται προς τον υπάλληλο λόγω ακριβώς αυτής της ιδιότητας και να γίνονται από αυτόν αποδεκτές εν γνώσει του γεγονότος αυτού – του ότι δηλ. του προσφέρουν κάποιας αξίας δώρα λόγω της ιδιότητάς του ή άλλης κοινωνικής ή βιοτικής σχέσης, υπαρκτής ή επιδιωκόμενης. Ο περιουσιακός χαρακτήρας της παροχής δεν αναιρείται από τυχόν σύνδεση αυτής με ορισμένη επιστημονική, καλλιτεχνική ή ηθική διάκριση ή φερόμενη ως τιμητική ανάθεση καθηκόντων, αλλά αποκλείει στον κριτή της κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης να διακρίνει τότε κάποια παροχή είναι παρακολουθηματική μιας τω όντι επιστημονικής, ηθικής κ.λπ. διακρίσεως και τότε αυτή χρησιμοποιείται ως απλό πρόσχημα για την περιουσιακή παροχή». Τα ίδια ακριβώς αναφέρονται για την παράγραφο 3 του ίδιου άρθρου στην Αιτιολογική Έκθεση στο σχέδιο νόμου «Κύρωση του (νέου) Ποινικού Κώδικα», με την προσθήκη ότι η έννοια του όρου «αθέμιτη» είναι η ίδια όπως και στην παρ. 1. Με τον νέο ΠΚ που κυρώθηκε με τον Ν. 4619/2019 (ΦΕΚ Α' 95/11.6.2019) και ισχύει από 1.7.2019 η πράξη της δωροληψίας υπαλλήλου (άρ. 235 παρ. 3 ΠΚ) διατηρεί τα αντικειμενικά και υποκειμενικά στοιχεία του προϊσχύσαντος νομικού πλαισίου με την μόνη διαφορά ότι τιμωρείται επιεικέστερα (με φυλάκιση).

Επειδή στο άρ. 372 ΚΠΔ μεταξύ άλλων ορίζεται ότι το δικαστήριο διατάσσει να αποδοθούν στον ιδιοκτήτη τα πράγματα που αφαιρέθηκαν και τα πειστήρια, όσα κατασχέθηκαν ή παραδόθηκαν κατά την ανάκριση και δεν έγινε άρση της κατάσχεσής τους σύμφωνα με το άρθρο 269. Στην προηγούμενη περίπτωση εφαρμόζεται αναλόγως η διάταξη του άρ. 311 παρ. 2, εκ της οποίας προκύπτει ότι το δικαστήριο έχει την υποχρέωση να διατάξει συγχρόνως την απόδοση σε ορισμένο πρόσωπο ως ιδιοκτήτη των πραγμάτων που αφαιρέθηκαν και των πειστηρίων που κατασχέθηκαν ή παραδόθηκαν και τέλος, όπως προκύπτει από το άρ. 373 ΚΠΔ, με την τελειωτική απόφαση το δικαστήριο αποφασίζει για την τύχη των δεσμευμένων περιουσιακών στοιχείων και σε περίπτωση αθώωσης του κατηγορουμένου το δικαστήριο αίρει την δέσμευση και διατάσσει την απόδοση των περιουσιακών στοιχείων στον ιδιοκτήτη τους.

Από την αποδεικτική διαδικασία, τις καταθέσεις των μαρτύρων που εξετάστηκαν στο ακροατήριο, τις εκθέσεις εξετάσεως μαρτύρων (μεταξύ των οποίων και του καταγγέλλοντος την πράξη, ο οποίος στον μεσολαβήσαντα χρόνο μεταξύ της εκδόσεως της αποφάσεως του πρωτοβαθμίου δικαστηρίου και της συζήτησης της υποθέσεως στον Αναθεωρητικό Δικαστήριο είχε αποβιώσει) που αναγνώστηκαν, τα έγγραφα που αναγνώστηκαν, σε συνδυασμό με την απολογία του κατηγορουμένου προέκυψαν τα εξής: Την 20.3.2018 ο Β.Ι. επισκέφτηκε τον κατηγορούμενο πρώην Τ/χη (ΥΙ) Κ.Α. επιμελητή της Πνευμονολογικής Κλινικής του 401 ΓΣΝΑ στο ιδιωτικό Διαγνωστικό Κέντρο «[...]» που βρίσκεται επί της οδού [...] στο [...] Αττικής. Ο κατηγορούμενος εργαζόταν εκεί ως ιδιώτης ιατρός χωρίς να έχει λάβει προς τούτο άδεια [από] την υπηρεσία του (από το ΓΕΣ/ΔΥΓ) σύμφωνα με τα σχετικά θεσμικά κείμενα. Ο λόγος της επίσκεψης ήταν ο πνευμονολογικός έλεγχος του Β.Ι., καθόσον είχε αιμοπύσεις. Αμφότεροι δεν γνωρίζονταν μεταξύ τους και ο Β.Ι. έμαθε τα στοιχεία του ιατρού από τον φαρμακοποιό της περιοχής του, όταν του εκμυστηρεύτηκε το συγκεκριμένο πρόβλημα υγείας που αντιμετώπιζε. Ο ιατρός μετά την εξέταση του συνέστησε να κάνει αξονική τομογραφία πνευμόνων και να τον επισκεφτεί εκ νέου, χωρίς ραντεβού διότι –όπως του τόνισε– η κατάσταση υγείας του ήταν κρίσιμη. Πράγματι την 28.3.2018, αφού έλαβε το αποτέλεσμα της αξονικής τομογραφίας πήγε εκ νέου στο εν λόγω ιδιωτικό διαγνωστικό κέντρο. Ο κατηγορούμενος του επεσήμανε ότι η κατάσταση του ήταν σοβαρή και έπρεπε να υποβληθεί άμεσα σε βρογχοσκόπηση. Μεταξύ των δύο έγινε συζήτηση αναφορικά με το που μπορεί να γίνει αυτή η εξέταση και ποιος θα την πραγματοποιήσει. Παρά τις όποιες αντιφατικές καταθέσεις –που όμως δεν διαφοροποιούν

ουσιαστικά τα πράγματι διαδραματισθέντα- (ο Β.Ι. ισχυρίζεται ότι ο ιατρός που πρότεινε το 401 ΓΣΝΑ ή το Σισμανόγλειο Γενικό Νοσοκομείο Αθηνών, ενώ ο κατηγορούμενος ισχυρίζεται ότι απέκλεισε το 401 ΓΣΝΑ επειδή δεν ήταν δικαιούχος και του πρότεινε το Σισμανόγλειο, που ως ασφαλισμένος στο ΙΚΑ-ΕΤΑΜ δεν θα κατέβαλε κάποιο χρηματικό ποσό, ή κάποιο άλλο ιδιωτικό διαγνωστικό κέντρο που όμως έχει κόστος). Η τελευταία επιλογή πιστοποιείται από την ύπαρξη στην δικογραφία «προφοράς» χωρίς ημερομηνία της εξέτασης της βρογχοσκόπησης με ημερήσια νοσηλεία από την «[...]», όπου η εξέταση αποτιμάται ανά περίπτωση από 250,00 έως 500,00 ευρώ. Κατόπιν τούτου αφού ο ιατρός ζήτησε το κινητό τηλέφωνό του κατέληξαν [...] η εξέταση να γίνει στο Σισμανόγλειο και στην βρογχοσκόπηση θα παρίσταται και ο ίδιος. Δύο ημέρες αργότερα την 30.3.2018 ο κατηγορούμενος που είχε εκπαιδευτεί ως ειδικευόμενος στην Πνευμονολογία στο Σισμανόγλειο τηλεφώνησε στον τότε Επιμελητή Α' και τώρα Διευθυντή της Β' πνευμονολογικής Κλινικής Κ.Ε., με τον οποίο είχαν πολυετή γνωριμία, και αφού τον ενημέρωσε για το πρόβλημα υγείας του Β.Ι. συμφώνησαν ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση απαιτείται η διενέργεια βρογχοσκόπησης. Ύστερα από συζήτηση κατέληξαν στο ότι ο κατηγορούμενος [έπρεπε] να επικοινωνήσει με το βρογχολογικό εργαστήριο του Νοσοκομείου για να «κλείσει ραντεβού» για τον Β.Ι., λέγοντας στην υπεύθυνη νοσηλεύτρια ότι την βρογχοσκόπηση θα την διενεργήσει ο ιατρός Επιμελητής Α' Κ.Ε. Πράγματι αυτός κάλεσε στο τηλέφωνο την προϊσταμένη του εργαστηρίου Κ.Α. και η τελευταία προγραμματίσσε την εξέταση για την 5.4.2018.

Στο σημείο αυτό πρέπει να διευκρινιστούν τα εξής: α) ο Β.Ι. ήταν νομίμως δικαιούχος νοσηλείας στο ανωτέρω Δημόσιο Νοσοκομείο και β) με τον προγραμματισμό της συγκεκριμένης εξέτασης δεν παρακάμφθηκε η ήδη υπάρχουσα σειρά προτεραιότητας, δεδομένου ότι την συγκεκριμένη ημέρα (που ήταν Μεγάλη Πέμπτη) δεν είχε προγραμματιστεί άλλη παρόμοια εξέταση. Η όποια διαφοροποίηση ήταν το ότι εξοικονομήθηκε χρόνος, παρακάμπτοντας την διαδικασία εισαγωγής μέσω του τμήματος επειγόντων περιστατικών (ΤΕΠ) είτε μέσω των εξωτερικών ιατρείων. Μετά από αυτά, πρωινές ώρες της 30.3.2018 ο κατηγορούμενος κάλεσε από το κινητό του τηλέφωνο στο κινητό τηλέφωνο του Β.Ι. και αφού του συστήθηκε του είπε για τον τόπο και τον χρόνο της βρογχοσκόπησης. Εκτός όμως από αυτά του ζήτησε να «καλύψει» και κάποια έξοδα. Σε ερώτησή του τι είναι αυτά του είπε ότι είναι έξοδα του εργαστηρίου αλλά και για τον ίδιο. Σε άλλη ερώτηση περί του ύψους του ποσού του ανέφερε ότι «όλα μαζί» είναι 300 ευρώ. Επειδή ο Β.Ι. αργούσε να απαντήσει, ο κατηγορούμενος του είπε ότι εάν δεν έχει τα χρήματα αυτά να βρει άλλον ιατρό. Σε αυτή την περίπτωση προθυμοποιήθηκε να του συστήσει εκείνος κάποιον συνάδελφό του. Τότε ο Β.Ι. του είπε ότι δέχεται την πρόταση. Η υπόλοιπη τηλεφωνική συνομιλία αφορούσε διαδικαστικές λεπτομέρειες της εξέτασης (ποιες εξετάσεις πρέπει να έχει μαζί του κ.λπ.). Κλείνοντας ο κατηγορούμενος [...] του είπε ότι όλα αυτά «να μείνουν» μεταξύ τους. Αμέσως μετά το πέρας της τηλεφωνικής συνομιλίας ο Β.Ι. τηλεφώνησε στην Διεύθυνση Εσωτερικών Υποθέσεων και κατήγγειλε τον ιατρό Κ. (που σημειωτέον μέχρι τότε γνώριζε μόνο το επώνυμό του και την ειδικότητά του ως πνευμονολόγος ιατρός) ότι «απαίτησε το ποσό των 300 ευρώ προκειμένου να προβεί σε εξέταση βρογχοσκόπησης στο Σισμανόγλειο πιθανότατα την 3.4.2018». Την 15.10 ώρα μετέβη στην ανωτέρω υπηρεσία και κατήγγειλε ενόρκως το συμβάν, εξεταζόμενος ως μάρτυρας. Από ενέργειες της υπηρεσίας αυτής μέσω Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων και της Police on Line (P.O.L.) εξακριβώθηκαν τα πλήρη στοιχεία ταυτότητας αυτού. Τελικά, ύστερα από νεώτερη τηλεφωνική επικοινωνία την 3.4.2018 προσδιορίστηκε η εξέταση για την 5.4.2018 και ώρα 7.30. Την επομένη ημέρα (4.4.2018) και ώρα 12.00 ο Β.Ι. μετέβη εκ νέου στην Διεύθυνση

Εσωτερικών Υποθέσεων και κατήγγειλε σε νέα του κατάθεση ότι ο κατηγορούμενος του είπε κατά την χτεσινή (3.4.2018) τηλεφωνική τους επικοινωνία ότι θα συναντηθούν στις 7.30 της 5.4.2018 στην είσοδο του Σισμανόγλειου Νοσοκομείου και [σε σχετική] ερώτηση του είπε ότι τα χρήματα θα του τα δώσει στο Σισμανόγλειο μετά την εξέταση «για να τα μοιράσει» ο ίδιος. Σύμφωνα με την καταγγελία, ο ιατρός του είπε ότι τα χρήματα μπορεί να του τα δώσει είτε εκεί είτε μετά από την εξέταση στο γραφείο του στο 401 ΓΣΝΑ. Πραγματικά περί ώρα 7.30 ο Β.Ι. μετέβη στο Σισμανόγλειο συνοδευόμενος από τον αστυνομικό της Διεύθυνσης Εσωτερικών Υποθέσεων Μ.Κ. Στο χώρο της εισόδου συνάντησαν τον κατηγορούμενο. Ο Β.Ι. συνέστησε τον αστυνομικό ως ανιψιό του. Ο κατηγορούμενος του ζήτησε το βιβλιάριο για να κανονίσει αυτός τις διαδικασίες της εισαγωγής και του υπέδειξε να πάει στον χώρο της βρογχολογικής μονάδας. Την βρογχοσκόπηση, όπως προαναφέρθηκε, την διενήργησε ο ιατρός Κ.Ε. το όνομα του οποίου αναγράφεται επί του ιατρικού εντύπου με τίτλο «βρογχοσκοπική έκθεση». Επί του εγγράφου αυτού εκτός του ονόματος του ανωτέρω ιατρού έχει γραφεί παραπλεύρως και η εγγραφή «Κ.» εντός παρενθέσεων. Καθ' όλη την διάρκειά της ο κατηγορούμενος παρευρίσκονταν στον χώρο και παρακολουθούσε την εξέταση χωρίς να προβεί σε κάποια ουσιαστική πράξη. Όταν τελείωσε αυτή περί ώρα 10.00, αφού ενημέρωσε προηγουμένως –όπως είχε συμφωνήσει με τον Β.Ι.– τον υποτιθέμενο ανιψιό να παραλάβει τον θείο του για να τον μεταφέρει την οικία του λόγω του ότι είναι επηρεασμένος από την νάρκωση, αποχώρησε. Ωστόσο ο ασθενής άμεσα μετέβη στην Διεύθυνση Εσωτερικών Υποθέσεων όπου του παρεδόθησαν έξι (6) προσημειωμένα τραπεζογραμμάτια των 50 ευρώ έκαστο με σκοπό να τα παραδώσει στον ιατρό Κ.Α. Στη συνέχεια κάλεσε στο κινητό τηλέφωνο τον κατηγορούμενο και τον ρώτησε που μπορεί να τον συναντήσει και προσθέτοντας ότι θα τον συνοδεύει ο ανιψιός του (δηλαδή ο προαναφερθείς αστυνομικός). Εκείνος του απάντησε ότι μετά τις 12.00 και μέχρι τις 14.00 θα είναι στο γραφείο του στην Πνευμονολογική Κλινική του 401 ΓΣΝΑ. Πράγματι περί ώρα 12.15 ο Β.Ι. μαζί με τον αστυνομικό Μ.Κ. πήγαν στο 401 ΓΣΝΑ, όπου συνάντησαν τον κατηγορούμενο. Εκείνος τους οδήγησε στο Γραφείο Φυσιολογίας της Πνευμονολογικής Κλινικής. Αρχικά αυτός και ο Β.Ι. συζήτησαν περί της κατάστασης της υγείας του και τις αναμενόμενες βιοψίες. Με το πέρας αυτής της συζήτησης ο τελευταίος αποπειράθηκε να του δώσει τον φάκελο με τα προσημειωμένα χρήματα. Ο κατηγορούμενος αρνήθηκε να τον πάρει και του είπε: «Καλύτερα όχι εδώ, γιατί είναι δημόσιο νοσοκομείο, έλα το απόγευμα στο Π.». Ο Β.Ι., ωστόσο, επέμενε λέγοντας ότι δεν μπορεί να βγει από το σπίτι του και δεύτερη φορά το απόγευμα και άφησε τον φάκελο πάνω στο γραφείο. Τότε ο ιατρός είπε: «Τώρα τι να σου πω, εντάξει». Μετά από αυτά σηκώθηκε να τους χαιρετήσει ενώ αυτοί αποχώρησαν. Εκείνη ακριβώς την στιγμή εισήλθαν στον γραφείο αστυνομικοί της Διεύθυνσης Εσωτερικών Υποθέσεων οι οποίοι βρήκαν τον φάκελο με τα προσημειωμένα χρήματα εντός του φακέλου επάνω στο γραφείο δίπλα στον υπολογιστή. Απολογούμενος ο κατηγορούμενος ανέφερε μεταξύ άλλων: «... του είπα ότι ιδιωτικά είναι 250 ευρώ, μου είπε εντάξει στο Σισμανόγλειο τότε ... αποφάσισα να πάω (ενν. στο Σισμανόγλειο) στην εξέταση από ιατρικό ενδιαφέρον ... θύμωσε (εν. ο Β.Ι.) για το ότι πήγε στο Σισμανόγλειο και όχι στο 401 ΓΣΝΑ ..., εφόσον ήρθε στο 401 ΓΣΝΑ και είμαι εδώ του είπα «πέρα να με δεις», σκέφτηκα να τον ενημερώσω... εκείνη την ώρα βγάζει ένα φάκελο και του λέω «όχι εδώ είναι δημόσιο νοσοκομείο, δεν κατάλαβα για λεφτά, μπορεί να ήταν ευχετήρια κάρτα ... δεν ήθελα να αγγίξω τον φάκελο ... ήταν δικός μου ασθενής ... δεν πρόλαβα να φωνάξω την προϊσταμένη ... δεν ειπώθηκε η λέξη χρήματα». Αναφορικά με την παρέμβασή του στο Σισμανόγλειο ανέφερε: «Πήρα τον κ. Κ. και του είπα για το περιστατικό, μου είπε ότι θα ρωτήσει αν υπάρχει κενό και τα κανόνισε».



Με βάση τα παραπάνω πραγματικά περιστατικά προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας το γεγονός της οικονομικής δυσωλίας μεταξύ του κατηγορουμένου και του Β.Ι. Ως στρατιωτικός ιατρός που τις μη εργάσιμες ώρες εργαζόταν ως πνευμονολόγος σε ιδιωτικό διαγνωστικό κέντρο οι επαγγελματικές του υποχρεώσεις εξαντλούνταν στην συγκεκριμένη περίπτωση στην σύσταση στον Β.Ι. να υποβληθεί στην εξέταση της βρογχοσκόπησης. Η όλη του περαιτέρω εμπλοκή (ζήτησε από τον ασθενή τον αριθμό του κινητού του τηλεφώνου, επικοινωνήσε με την σύζυγό του για τις λεπτομέρειες της εξέτασης, τηλεφώνησε στο Σισμανόγλειο για να «ρυθμίσει» τα της εξέτασης, μετέβη πρωινή ώρα στο ανωτέρω Νοσοκομείο αποκλειστικά προς συνάντηση του Β.Ι. που συνοδευόταν από τον αστυνομικό –υποτιθέμενο ανιψιό του– πήρε το βιβλιάριο του τελευταίου και «κανόνισε» ο ίδιος τα διαδικαστικά της εισαγωγής του στο Νοσοκομείο, παρακολούθησε όλη την διαδικασία της βρογχοσκόπησης, μετά το πέρας αυτής ειδοποίησε τηλεφωνικά τον υποτιθέμενο ανιψιό να παραλάβει τον ασθενή και να τον μεταφέρει στο σπίτι του λόγω της αδυναμίας του να μετακινηθεί μόνος του λόγω της νάρκωσης που είχε λάβει, όταν τον κάλεσε στο κινητό του τηλέφωνο ο Β.Ι. για να συναντηθούν αμέσως του πρότεινε να έρθει στο 401 ΓΣΝΑ και όταν αυτός ήρθε με τον συνοδό του τους οδήγησε σε γραφείο στο οποίο βρίσκονταν αποκλειστικά οι (ίδιοι) ουδόλως πείθει ότι αυτή οφειλόταν σε λόγους ανησυχίας για την υγεία του ασθενούς που μέχρι τότε του ήταν παντελώς άγνωστος και σε απόκτηση επαγγελματικής εμπειρίας που θα είχε με την παρακολούθηση της βρογχοσκόπησης. Αλλά –στην υποθετική περίπτωση– ακόμα και αν αυτό συνέβαινε, όταν τον κάλεσε τηλεφωνικά μετά την βρογχοσκόπηση ο ασθενής και του ζήτησε να συναντηθούν, θα μπορούσε να του δώσει τις τελικές του συμβουλές και ιατρικές οδηγίες γιατί –με δεδομένο ότι αυτός παρακολούθησε μέχρι τέλους την βρογχοσκόπηση είχε πλήρη εικόνα των ευρημάτων– δεν θα είχε πλέον κανένα νόημα η κατ’ ιδίαν συνάντησή αυτή. Ελάχιστα χρειάζεται να τονιστεί ότι το ποσό των 300 ευρώ ως εκ του ύψους του ουδόλως δύναται να δικαιολογηθεί από λόγους κοινωνικής αβρότητας ή επίδειξης ευπρέπειας.

Ωστόσο, δεν πρέπει να παραβλεφθεί ότι η κύρια επαγγελματική απασχόληση του κατηγορουμένου δεν ήταν του εποχιακά απασχολούμενου σε ιδιωτικό διαγνωστικό κέντρο αλλά του στρατιωτικού ιατρού – επιμελητή της Πνευμονολογικής Κλινικής του 401 ΓΣΝΑ. Κρίσιμο συνεπώς είναι να διευκρινισθούν τα καθήκοντα που είχε ο κατηγορούμενος ως Επιμελητής Κλινικής Στρατιωτικού Νοσοκομείου. Οι συγκεκριμένες αρμοδιότητες ήταν: α) Να καθορίζει τις λεπτομέρειες του διαγνωστικού και θεραπευτικού προγράμματος των νοσηλευόμενων ασθενών, για τις περιπτώσεις που έχει οριστεί υπεύθυνος περίθαλψης από τον Διευθυντή της Κλινικής, β) Να επισκέπτεται τους ασθενείς του καθημερινά και τους εξετάζει μαζί με τους ειδικευόμενους ιατρούς της Κλινικής, γ) Να συμμετέχει στην υλοποίηση του εκπαιδευτικού προγράμματος της Κλινικής, στην λειτουργία του εξωτερικού ιατρείου της Κλινικής και στη λειτουργία του Εργαστηρίου ή των Ειδικών Τμημάτων της Κλινικής, εφόσον αυτή διαθέτει, όπου εκτελεί τις ειδικές εξετάσεις και ιατρικούς χειρισμούς, βάσει του προγράμματος που καταρτίζεται από τον Δ/ντή της Κλινικής, δ) Να συμπληρώνει σωστά το φύλλο νοσηλείας ασθενών και του σκεπτικού εξόδου, το οποίο συνυπογράφει, ε) Να μεριμνά για τη σύνταξη ενημερωτικού σημειώματος που παραδίδεται στον ασθενή κατά την έξοδό του από το Νοσοκομείο και για την ορθή συμπλήρωση του βιβλίου νοσηλευόμενων, του βιβλίου χειρουργείου και των Ιατρικών Φακέλων και ασθενών της Κλινικής, στ) Να ενημερώνεται καθημερινά, από τον εφημερεύοντα Βοηθό για την πορεία των ασθενών, στις μη εργάσιμες ημέρες και ώρες και εάν απαιτηθεί επισκέπτεται τους ασθενείς σε συνεργασία με το Δ/ντή της Κλινικής και ζ) Να επιβλέπει για την κανονική ή έκτακτη εισαγωγή ασθενών, τους οποίους εξετάζει στα πλαίσια

για των καθηκόντων του. Στην περίπτωση αυτή λαμβάνει την έγκριση του Δ/ντή της Κλινικής, ο οποίος και προσυπογράφει τις γνωματεύσεις ή εισιτήρια εισαγωγής.

Η βρογχοσκόπηση συνιστά ιατρική πράξη κατά την έννοια του άρ. 1 παρ. 1 και 2 του Ν. 3418/2005 «Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας», όπου ως ιατρική πράξη είναι εκείνη που έχει ως σκοπό την με οποιαδήποτε επιστημονική μέθοδο πρόληψη, διάγνωση, θεραπεία και αποκατάσταση της υγείας του ανθρώπου (παρ. 1) και ως ιατρικές πράξεις θεωρούνται και εκείνες οι οποίες έχουν ερευνητικό χαρακτήρα, εφόσον αποσκοπούν οπωσδήποτε στην ακριβέστερη διάγνωση, αποκατάσταση ή τη βελτίωση της υγείας των ανθρώπων και στην προαγωγή της επιστήμης (παρ. 2). Συνακόλουθα, η διενέργεια βρογχοσκόπησης σε ιδιώτη ασθενή δικαιούχο νοσηλείας σε κρατικό νοσοκομείο –πολλών μάλλον στη συγκεκριμένη περίπτωση η απλή παρακολούθηση αυτής– αν και σαφώς θεωρείται ιατρική πράξη κατά την έννοια του Ν. 3418/2005– δεν απορρέει, αυτή καθ’ αυτή, από τα υπηρεσιακά καθήκοντά του ως Στρατιωτικού Ιατρού. Επίσης, δεν μπορεί να θεωρηθεί ενέργεια περιλαμβανόμενη γενικά στον κύκλο της αρμοδιότητας του ιατρού ως αναγομένη στην υπηρεσία του, λόγω της γενικής υποχρέωσης, την οποία αυτός έχει σύμφωνα με τον Ν. 3418/2005 να συμβάλλει στην διατήρηση, βελτίωση και αποκατάσταση της σωματικής, πνευματικής και ψυχικής υγείας του ανθρώπου, καθώς και την ανακούφισή του από τον πόνο (άρ. 2 παρ. 1 του Ν. 3418/2005), καθώς, όπως λεπτομερώς αναφέρθηκε παραπάνω, ο Στρατιωτικός Ιατρός δύναται να εκτελέσει νομίμως ιατρικές πράξεις στα Στρατιωτικά Νοσοκομεία, οριοθετημένες όμως σαφώς από τις διατάξεις του Π.Δ. 432/1983 «Υγειονομική περίθαλψη των στρατιωτικών των Ενόπλων Δυνάμεων». Ελάχιστα χρειάζεται να τονιστεί ότι αμφότεροι (κατηγορούμενος και ασθενής) γνώριζαν ότι τέτοιου είδους επέμβαση δεν μπορούσε να διενεργηθεί νομίμως σε στρατιωτικό Νοσοκομείο για τον συγκεκριμένο ασθενή, όχι γιατί αυτή δεν ενέπιπτε στον κύκλο της αρμοδιότητάς του κατηγορουμένου, αλλά για τον λόγο ότι ο Β.Ι. δεν ήταν δικαιούχος νοσηλείας σε στρατιωτικό Νοσοκομείο. (Σύμφωνα με τα σχετικά θεσμικά κείμενα ιδιώτης μη δικαιούχος δύναται να εισαχθεί προς νοσηλεία σε στρατιωτικό νοσοκομείο μόνο κατ’ εξαίρεση και ύστερα από έγκριση της υπηρεσίας.) Συνεπώς η πράξη του κατηγορουμένου της παράστασης (ουσιαστικά της απλής παρακολούθησης) στην διενέργεια από άλλον ιατρό (καθ’ ύλην αρμόδιο) βρογχοσκόπησης σε ασθενή σε Κρατικό Νοσοκομείο αφορούσε σε ενέργεια εκτός του κύκλου καθηκόντων του ως στρατιωτικού ιατρού.

Αναφορικά με την πλήρωση ή μη της αντικειμενικής υποστάσεως του άρ. 235 παρ. 3 ΠΚ παρατηρούνται τα εξής: Όπως τονίζεται στην Αιτιολογική Έκθεση για την παρ. 3 του άρ. 235 ΠΚ (μεταξύ των άλλων) κρίσιμο στοιχείο δεν είναι η ύπαρξη συγκεκριμένης υπηρεσιακής ενέργειας (ή παράλειψης) του υπαλλήλου. Αντιθέτως, απαραίτητος –και χρονικά προηγούμενος όρος– είναι η αίτηση για λήψη ή απλά η λήψη της αθέμιτης περιουσιακής παροχής με σκοπό τον προσεταιρισμό του υπαλλήλου, προκειμένου αυτός να ανταποδώσει (χρονικά μεταγενέστερα) με ενέργεια ή παράλειψη πάντα όμως σχετική με την εκτέλεση των καθηκόντων του. Δεύτερο στοιχείο είναι η συνδρομή της ιδιότητας του υπαλλήλου (κατ’ άρ. 13 εδ. α’ ΠΚ) που συναρτάται άμεσα με το στοιχείο «επωφελούμενος από την ιδιότητά του». Στη συγκεκριμένη περίπτωση ανεδείχθη ότι η πράξη του κατηγορουμένου αφορούσε σε ενέργεια εκτός του κύκλου των υπηρεσιακά οριοθετημένων καθηκόντων του ως στρατιωτικού ιατρού ασχέτως του ότι είχε προφανώς άμεση συνάφεια με την ιατρική του ειδικότητα. Το κυριότερο ωστόσο είναι ότι την συγκεκριμένη χρονική στιγμή που ζήτησε την αθέμιτη οικονομική παροχή (δηλαδή τα 300 ευρώ) δεν ενεργούσε ως στρατιωτικός ιατρός αλλά σαν ιατρός εργαζόμενος (έστω και χωρίς άδεια της υπηρεσίας) σε ιδιωτικό διαγνωστικό κέντρο. Ο ίδιος ο Β.Ι. στην χρονικά πρώτη κατάθεση του την

30.3.2018 και σε ερώτηση του ενεργούντος την προανάκριση εάν γνωρίζει τα στοιχεία ταυτότητας του ιατρού κ. Κ., απαντά: «Όχι δεν γνωρίζω. Το μόνο που γνωρίζω είναι το επώνυμό του και ότι είναι πνευμονολόγος. Τον ιατρό κ. Κ. τον έχω δει μόνο δύο φορές ...». Βέβαια, στην ίδια κατάθεση αναφέρει ότι ο κατηγορούμενος του είπε ότι η «εγχείριση» (ενν. την βρογχοσκόπηση) μπορεί να γίνει στο 401 ΓΣΝΑ ή στο Σισμανόγλειο. Ωστόσο, το γεγονός ουδόλως υποδηλώνει ότι γνώριζε τον βαθμό και την ειδικότητά του. Ακόμα και όταν την ίδια ημέρα στα πλαίσια της προανάκρισης του επεδείχθη αντίγραφο φωτογραφίας του κατηγορουμένου, τον αναγνώρισε ως «τον ιατρό κ. Κ.», ο οποίος απαίτησε από τον ίδιο το χρηματικό ποσό των 300 ευρώ, «προκειμένου να πραγματοποιήσει εγχείριση για πρόβλημα υγείας που αντιμετωπίζει στους πνεύμονές του» (σχετ. η από 30.3.2018 και ώρα 16.10 «Εκθεση επίδειξης Φωτογραφίας σε μάρτυρα»).

Με βάση και τα προαναφερθέντα και μη υπάρχοντα, στη συγκεκριμένη περίπτωση του εννοιολογικού γνωρίσματος της έννοιας του υπαλλήλου, όπως αυτή οριοθετείται στο άρ. 13 εδ. α' ΠΚ, δηλαδή της ουσιαστικής άσκησης δημόσιας υπηρεσίας –εννοείται κατά τον χρόνο τελέσεως της πράξεως–, κατά την πλειοψηφούσα άποψη των μελών του Δικαστηρίου ο κατηγορούμενος πρέπει να κηρυχθεί αθώος λόγω αμφιβολιών ως προς την πλήρωση των στοιχείων της αντικειμενικής υπόστασης της πράξεως.

Επειδή στην προκειμένη περίπτωση τα κατασχεθέντα, διά της από 5.4.2018 έκθεσης σωματικής έρευνας και κατασχέσεως, η οποία συντάχθηκε κατά τη διενέργεια προανάκρισης, από τον Υπαστυνόμο Α' Τ.Χ. της Διεύθυνσης Εσωτερικών Υποθέσεων: α) χρηματικό ποσό δύο χιλιάδων (2.000) ευρώ, τα οποία βρίσκονταν εντός σακιδίου πλάτης που ανήκει στον κατηγορούμενο, χρώματος μαύρου, με την ένδειξη «[...]» και εντός χάρτινης σακούλας με την επιγραφή «[...]», χρήματα τα οποία αποτελούνταν από σαράντα (40) χαρτονομίσματα των πενήντα (50,00) ευρώ και β) χρηματικό ποσό εκατόν πενήντα (150,00) ευρώ, το οποίο βρίσκονταν εντός του πορτοφολιού του κατηγορουμένου, χρώματος καφέ, με την επιγραφή «[...]», το οποίο ήταν εντός του σακιδίου πλάτης και το οποίο χρηματικό ποσό αποτελούνταν από ένα (1) χαρτονόμισμα των πενήντα (50,00) ευρώ και πέντε (5) χαρτονομίσματα των είκοσι (20,00) ευρώ, ανήκουν στον κατηγορούμενο, θα πρέπει να επικυρωθεί η ως άνω έκθεση κατάσχεσης και να διαταχθεί η απόδοση αυτών στον έχοντα δικαίωμα ιδιοκτήτονα κατηγορούμενο.

Επιπλέον, επειδή το κατασχεθέν, διά της από 5.4.2018 έκθεσης έρευνας γραφείου, επίπλου και κατάσχεσης, η οποία συντάχθηκε κατά τη διενέργεια προανάκρισης, από τον Υπαστυνόμο Α' Τ.Χ. της Διεύθυνσης Εσωτερικών Υποθέσεων, χρηματικό ποσό τριακοσίων (300,00) ευρώ, σε έξι (6) χαρτονομίσματα των πενήντα (50,00) ευρώ, με σειριακούς αριθμούς [...], ανήκει στο Ελληνικό Δημόσιο και αρμόδια προς τήρησή του είναι η Διαχείριση της Διεύθυνσης Εσωτερικών Υποθέσεων του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας, σύμφωνα με την από 5.4.2018 έκθεση προσημείωσης και παράδοσης χαρτονομισμάτων, θα πρέπει να επικυρωθεί η ως άνω έκθεση κατάσχεσης και να διαταχθεί η απόδοση αυτού στην έχουσα αρμοδιότητα προς διαχείρισή τους δημόσια υπηρεσία, ήτοι στη Μερική Διαχείριση της Διεύθυνσης Εσωτερικών Υποθέσεων του Αρχηγείου της Ελληνικής Αστυνομίας.

Ένα, όμως, μέλος του Δικαστηρίου και συγκεκριμένα ο Αναθεωρητής Γ' Ζώης Γόγολος έκρινε ότι ο κατηγορούμενος πρέπει να κηρυχθεί ένοχος για δωροληψία υπαλλήλου (άρ. 235 παρ. 3 ΠΚ), η οποία τελέστηκε στο Χαλάνδρι Αττικής την 30.3.2018, καθόσον τέλεσε αυτήν τόσο αντικειμενικά, όσο και υποκειμενικά, δυνάμει των κατωτέρω:

Σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 3 του άρ. 235 ΠΚ (όπως το άρθρο αυτό αντικαταστάθηκε από το Ν. 4254/2014) «υπάλλη-

λος ο οποίος ζητεί ή λαμβάνει, για τον εαυτό του ή για άλλον, αθέμιτη παροχή περιουσιακής φύσης, επωφελούμενος από την ιδιότητα του, τιμωρείται με φυλάκιση, αν η πράξη δεν τιμωρείται βαρύτερα από άλλη ποινική διάταξη». Η νέα διάταξη του άρ. 235 παρ. 3 ΠΚ, διαφοροποιείται από τα βασικά εγκλήματα των παραγράφων 1 εδ. α' και 2 του ίδιου άρθρου, διότι εδώ ο δράστης (υπάλληλος), αντί «οποιασδήποτε φύσης αθέμιτο ωφέλημα» ή την «υπόσχεση παροχής αυτού», ζητά ή λαμβάνει «αθέμιτη παροχή περιουσιακής φύσης» και όχι για «ενέργεια ή παράλειψη σε σχέση με την άσκηση των καθηκόντων του» ή που «αντίκειται στα καθήκοντά του», αλλά «επωφελούμενος από την ιδιότητά του». Πρόκειται λοιπόν για ιδιαίτερο έγκλημα και όχι για παραλλαγή των βασικών εγκλημάτων. Αυτό αποδεικνύεται από τα εξής: Αν αφαιρεθεί το στοιχείο της ωφέλειας (κακής εκμετάλλευσης) από την ιδιότητά του, ακόμα και αν δεχτεί κανείς ότι η «αθέμιτη παροχή περιουσιακής φύσης» μπορεί να ενταχθεί στο «οποιασδήποτε φύσης αθέμιτο ωφέλημα», δε θα μπορεί να ενταχθεί στα βασικά εγκλήματα, ελλείψει των στοιχείων «σε σχέση με την άσκηση των καθηκόντων του» ή «που αντίκειται σε αυτά». Αν πάλι θεωρηθεί ότι το έγκλημα αυτό περιλαμβάνει και κάποιο από τα δύο τελευταία στοιχεία, τότε δεν θα διέφερε από τα βασικά εγκλήματα των παραγράφων 1 εδ. α' και 2, οπότε δεν θα υπήρχε η αναγκαιότητα ύπαρξης της εν λόγω παραγράφου.

Στη συγκεκριμένη περίπτωση καλύπτεται απόλυτα η αντικειμενική υπόσταση της ως άνω διάταξης της παρ. 3 του άρ. 235 ΠΚ, καθόσον ο κατηγορούμενος: α) ήταν υπάλληλος κατά την έννοια του άρ. 13 περ. α' ΠΚ, β) είχε απαίτηση παροχής περιουσιακής φύσης από άλλον για τον εαυτό του, την οποία δεν δικαιούνταν και συνεπώς αθέμιτη και γ) αυτό το έπραξε επωφελούμενος από την ιδιότητά του. Ειδικότερα: Ο κατηγορούμενος ως στρατιωτικός, δηλαδή Ταγματάρχης (ΥΙ) – Επίατρος της δύναμης του 401 ΓΣΝΑ, με τα καθήκοντα του Επιμελητή Πνευμονολογικής Κλινικής, ήταν υπάλληλος κατά την έννοια του Ποινικού Κώδικα και ως υπάλληλος την 30.3.2018, στο [...] Αττικής, ζήτησε για τον εαυτό του χωρίς να το δικαιούται, από τον ιδιώτη Β.Ι., το ποσό των τριακοσίων (300) ευρώ, προκειμένου ο τελευταίος (Β.) να υποβληθεί άμεσα και κατά προτεραιότητα έναντι άλλων ασθενών σε εξέταση βρογχοσκόπησης στο δημόσιο Γενικό Νοσοκομείο Αττικής «Σισμανόγλειο», παρόλο που αυτός ήταν ασφαλισμένος στον ΕΟΠΥΥ και το ποσό της συγκεκριμένης εξέτασης καλύπτονταν πλήρως από το ταμείο του. Την πράξη του αυτή τέλεσε ο κατηγορούμενος, επωφελούμενος από την ιδιότητά του ως στρατιωτικού ιατρού, ο οποίος κατά το παρελθόν, λόγω αυτής της ιδιότητας και με βάση αυτή, είχε διατελέσει ειδικευόμενος στο Σισμανόγλειο Νοσοκομείο. Η ιδιότητά του αυτή, του έδωσε τη δυνατότητα να προβεί σε αθέμιτη εκμετάλλευση των πραγματικών δυνατοτήτων που του διανοίχθηκαν, λόγω των διαπροσωπικών σχέσεων που ανέπτυξε στο παρελθόν με το προσωπικό του εν λόγω Νοσοκομείου και έτσι τηλεφωνώντας στον τότε Διευθυντή της Β' Πνευμονολογικής Κλινικής Ιατρό Κ.Ε. να κατορθώσει, όχι μόνο να υπερβεί τις όποιες διαδικασίες και χρονοτριβές αλλά και να επιτύχει την βρογχοσκόπηση να την διενεργήσει την 5.4.2018 στο Σισμανόγλειο Νοσοκομείο ο ίδιος ο Κ. παρουσία του ίδιου ως παρατηρητή. Αυτό ήταν το αντάλλαγμα του κατηγορουμένου προς τον καταγγέλλοντα ασθενή και νυν αποβιώσαντα για την απαίτηση της αθέμιτης παροχής περιουσιακής φύσης, την οποία τελικά έλαβε την 5.4.2018 στο 401 ΓΣΝΑ λίγες ώρες μετά την βρογχοσκόπηση από τον Β., δηλαδή έλαβε το αιτηθέν ποσό των τριακοσίων (300) ευρώ (άλλο το ζήτημα ότι αυτά ήταν προσημειωμένα από την Αστυνομία). Όλες δε οι ενέργειες του κατηγορουμένου καλύπτονταν από δόλο, καθόσον αυτός γνώριζε και το αθέμιτο της απαίτησής του και είχε και τη βούληση να επωφεληθεί και επωφελήθηκε από την ιδιότητά του.

## ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ – ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ – ΑΝΑΦΟΡΕΣ

## ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ

## Εισαγγελίας Αρείου Πάγου

Αριθμ. 11

Αθήνα, 12.4.2021

**Ευεργετικός υπολογισμός ημερών ποινής των κρατουμένων μαθητών στα Σχολεία Δεύτερης Ευκαιρίας κατά την διάρκεια αναστολής της λειτουργίας τους λόγω κορωνοϊού:** Ο ευεργετικός υπολογισμός των ημερών εκτιμώμενης ποινής των κρατουμένων εκπαιδευομένων στα Σχολεία Δεύτερης Ευκαιρίας πρέπει να περιλαμβάνει και τις ημέρες κατά τις οποίες, εξαιτίας των μέτρων αντιμετώπισης του κορωνοϊού COVID-19, η εκπαιδευτική διαδικασία πραγματοποιείται όχι με διά ζώσης μαθήματα αλλά εξ αποστάσεως μέσω συστήματος τηλεκπαίδευσης. – Η φοίτηση σε Σχολείο Δεύτερης Ευκαιρίας στα οποία έχει γίνει ουσιαστική έναρξη της εκπαιδευτικής δραστηριότητας στην αρχή του σχολικού έτους συστατά προϋπόθεση της ως άνω παραδοχής.

Επί του ερωτήματος, το οποίο μας υποβάλατε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 4911/26.3.2021 έγγραφό σας\* (συνάπτοντας σ' αυτό σχετική αλληλογραφία σας με τον Διευθυντή του Καταστήματος Κράτησης Γυναικών Ελαιώνα Θήβας), αναφορικά με τον ευεργετικό υπολογισμό ημερών ποινής των κρατουμένων εκπαιδευομένων με εξ αποστάσεως διδασκαλία – τηλεκπαίδευση στα Σχολεία Δεύτερης Ευκαιρίας της Χώρας στη διάρκεια του σχολικού έτους 2020-2021, κατά το οποίο η εκπαιδευτική διαδικασία συνεχίζει να υπόκειται σε κατά καιρούς περιοριστικά μέτρα για την αποφυγή διάδοσης του κορωνοϊού COVID-19, η κατά το άρ. 25 παρ. 2 Ν. 1756/1988 (Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων και Κατάστασης Δικαστικών Λειτουργιών) γνώμη μας είναι η ακόλουθη.

Η Εισαγγελία του Αρείου Πάγου έχει γνωμοδοτήσει επί συναφούς ερωτήματός σας, που αφορούσε την κατά το προηγούμενο σχολικό έτος 2019-2020 αναστολή λειτουργίας των Σχολείων Δεύτερης Ευκαιρίας λόγω πανδημίας (βλ. την υπ' αριθμ. 3/2020 ΓνωμΕισΑΠ ΠοινΧρ 2020, 393, και ΠοινΔικ 2020, 498). Κατά το πνεύμα των εκεί ερμηνευτικών προσεγγίσεων (υπό το πρίσμα του «Δικαίου της Ανάγκης» της τρέχουσας χρονικής περιόδου) των σχετικών διατάξεων των Ν. 2525/1997 και 2776/1999 (Σωφρονιστικού Κώδικα) και του Π.Δ. 107/2001, στις οποίες παραπέμπουμε προς αποφυγή επαναλήψεων, είναι συνεπές να δεχθούμε ότι ο ευεργετικός υπολογισμός των ημερών εκτιμώμενης ποινής των κρατουμένων εκπαιδευομένων στα Σχολεία Δεύτερης Ευκαιρίας πρέπει να περιλαμβάνει και τις ημέρες κατά τις οποίες, εξαιτίας των μέτρων αντιμετώπισης του κορωνοϊού COVID-19, η εκπαιδευτική διαδικασία πραγματοποιείται όχι με διά ζώσης μαθήματα αλλά εξ αποστάσεως μέσω συστήματος τηλεκπαίδευσης. Η παραπάνω παραδοχή τελεί υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι πρόκειται για Σχολεία Δεύτερης Ευκαιρίας στα οποία έχει γίνει ουσιαστική έναρξη της εκπαιδευτικής δραστηριότητας στην αρχή του σχολικού έτους, δηλαδή λειτουργούν πραγματικά, και συνάμα έχουν τη δυνατότητα (από άποψη τεχνικού εξοπλισμού και εκπαιδευτικού προσωπικού) να παρέχουν τηλεκπαίδευση (διδασκαλία εξ αποστάσεως). Αντίθετα, απλή εγγραφή των κρατουμένων σε Σχολείο Δεύτερης Ευκαιρίας που δεν ξεκίνησε την εκπαιδευτική δραστηριότητα

\* Η ως άνω Γνωμοδότηση, με θέμα «Ευεργετικός υπολογισμός ημερών εκτιμώμενης ποινής κρατουμένων εκπαιδευομένων με τηλεμάθηση στα Σχολεία Δεύτερης Ευκαιρίας», απευθύνεται προς την κ. Γενική Γραμματέα Αντεγκληματικής Πολιτικής του Υπουργείου Προστασίας του Πολίτη.

κατά την έναρξη της σχολικής χρονιάς για λόγους άσχετους με την πανδημία (λ.χ. ελλείψει εκπαιδευτικών λειτουργιών) ή/και δεν έχει τη δυνατότητα τηλεκπαίδευσης δεν μπορεί να θεμελιώσει τον ευεργετικό υπολογισμό ημερών εκτιμώμενης ποινής, που προσφέρει η φοίτηση στο Σχολείο Δεύτερης Ευκαιρίας.

Δημήτριος Παπαγεωργίου  
Αντεισαγγελέας Αρείου Πάγου

Αριθμ. 13

Αθήνα, 15.4.2021

**Χορήγηση αντιγράφων πρακτικών των συνεδριάσεων του ΕΣΡ κατόπιν εισαγγελικής παραγγελίας κατά το άρ. 25 παρ. 4 στοιχ. β' Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ.:** Νομική φύση και σκοπός της κατ' άρ. 25 παρ. 4 στοιχ. β' Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ. διαδικασίας: για ποιον λόγο η σχετική αρμοδιότητα του Εισαγγελέως Πρωτοδικών έχει αποδοθεί αποτελεσματική στην πράξη. – Κατά την κρατούσα άποψη η εισαγγελική παραγγελία προς τις δημόσιες αρχές και υπηρεσίες για χορήγηση εγγράφων ή αντιγράφων τους στον αιτούντα αποσκοπεί στην δικαστική προστασία του και ως εκ τούτου έχει τον χαρακτήρα δικαστικής διάταξης. – Προϋποθέσεις άσκησης της ως άνω αρμοδιότητας του Εισαγγελέως Πρωτοδικών. – Η εισαγγελική παραγγελία συνεπάγεται υποχρέωση συμμόρφωσης προς αυτήν, τυχόν δε άρνηση εκτέλεσης των παραγγελλομένων μπορεί να θεμελιώσει ποινική ευθύνη για παράβαση καθήκοντος. – Το κατ' άρ. 5 παρ. 8 του Ν. 2863/2000 δικαίωμα ασκήσεως αιτήσεως ακυρώσεως ενώπιον του ΣτΕ κατά αποφάσεων ανεξαρτήτων αρχών συνεπάγεται ειδικό έννομο συμφέρον του διοικουμένου, το οποίο θεμελιώνει δικαίωμα πρόσβασης στα πρακτικά των συνεδριάσεων της ολομέλειας του ΕΣΡ. – Εφόσον τα αναλυτικά πρακτικά αφορούν σε συνεδριάσεις της ολομέλειας του ΕΣΡ οι οποίες δεν θεωρούνται «μυστικές» και διαφέρουν από το πρακτικό των συλλογικών οργάνων της διοίκησης κατ' άρ. 15 παρ. 4, 7 ΚΔΔ, το δε περιεχόμενό τους πρέπει να τελεί σε πλήρη αντιστοιχία με τις αποφάσεις του ΕΣΡ, υφίσταται νόμιμη υποχρέωση να χορηγείται αντίγραφο τους και όχι αντίγραφο ενός συνοπτικού μονοσέλιδου «πρακτικού», που δεν έχει το πλήρες περιεχόμενο σύμφωνα με το άρ. 14 παρ. 2 του Κανονισμού Λειτουργίας του ΕΣΡ.

Επί του ερωτήματος, το οποίο μας απευθύνετε\* με το υπ' αριθμ. πρωτ. 1705/29.3.2021 έγγραφό σας, σχετικά με το ζήτημα αν, αναφορικά με τις συνεδριάσεις του ΕΣΡ, είναι νομικώς υποχρεωτική (και μάλιστα κατόπιν εισαγγελικής παραγγελίας) η χορήγηση στους ενδιαφερόμενους αντιγράφου των πρόχειρων πρακτικών του τηρούντος αυτά γραμματέως και των τυχόν μαγνητοφωνημένων πρακτικών που αυτός ενδεχομένως τηρεί, για διευκόλυνση της εργασίας του και χωρίς νομική (υπηρεσιακά δεσμευτική) υποχρέωση, η κατά το άρ. 25 παρ. 2 Ν. 1756/1988 (Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ.) γνώμη μας είναι η ακόλουθη.

1. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρ. 10 παρ. 3 του Συντ. «η αρμόδια υπηρεσία ή αρχή υποχρεούται να απαντά στα αιτήματα για παροχή πληροφοριών και χορήγηση εγγράφων ... όπως νόμος ορίζει». Εξάλλου, στο άρ. 1 του Κώδικα πρόσβασης σε δημόσια έγγραφα και στοιχεία (Π.Δ. 28/2015) κωδικοποιήθηκαν οι διατάξεις του άρ. 5 Ν. 2690/1999 (Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας), με τις οποίες κατοχυρώνεται το δικαίωμα πρόσβασης των

\* Η ως άνω Γνωμοδότηση, με θέμα «Χορήγηση αντιγράφων πρακτικών των συνεδριάσεων του ΕΣΡ, κατόπιν εισαγγελικής παραγγελίας κατά το άρθρο 25 παρ. 4 στοιχ. β' Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ.», απευθύνεται προς τον κ. Πρόεδρο του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης.



πολιτών στα διοικητικά στοιχεία, δηλαδή στα δημόσια και ιδιωτικά έγγραφα που φυλάσσονται σε δημόσια αρχεία. Συνάμα, σύμφωνα με το άρ. 25 παρ. 4 στοιχ. β' Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ., «ο εισαγγελέας πρωτοδικών δικαιούται να παραγγέλλει στις υπηρεσίες του δημοσίου, των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, των οργανισμών κοινής ωφέλειας και όλων γενικά των επιχειρήσεων του δημόσιου τομέα, να παραδώσουν έγγραφα ή να χορηγήσουν αντίγραφα τους, όταν το ζητήσουν νομικά ή φυσικά πρόσωπα που έχουν δικαίωμα ή έννομο συμφέρον, εκτός αν πρόκειται για έγγραφα από αυτά που αναφέρονται στο άρθρο 261 ΚΠΔ». Η τελευταία αυτή διάταξη αποτέλεσε επανειλημμένα αφορμή παρέμβασης της Εισαγγελίας του Αρείου Πάγου με μορφή Γενικών Οδηγιών (Εγκυκλίων) και Γνωμοδοτήσεων (βλ. ΓνωμΕισΑΠ [Χ. Βουρλιώτη] 4/2014 ΠοινΧρ 2014, 634, ΠοινΔικ 2014, 717, και ΕλΛΔνη 2014, 1526 [με ενημερ. σημ. Ι. Κατρά], ΓνωμΕισΑΠ [Β. Μαρκή] 1/2005 ΠοινΧρ 2006, 84, και ΠοινΔικ 2005, 170, ΕγκΕισΑΠ [Αθ. Κονταξή] 6/2006 ΠοινΔικ 2007, 292, ΕγκΕισΑΠ [Αν. Καπόλλα] 5/1998 Υπερ 1999, 1014). Η άσκηση της εν λόγω εισαγγελικής αρμοδιότητας έχει αποδειχθεί (κατά το πλείστον) αποτελεσματική στην πράξη, ως ταχεία διαδικασία δικαστικής (εισαγγελικής) προστασίας του πολίτη για την ικανοποίηση του δικαιώματος πρόσβασης στα διοικητικά έγγραφα, διότι πράγματι, χωρίς χρονοτριβή, εξαλείφει ένα συνηθισμένο σημείο τριβής μεταξύ δημόσιων υπηρεσιών και πολιτών και αίρει αντιπαράθεσεις πολιτών και (ενίοτε) δυστροπούντων ή ευθυνόφωβων δημοσίων υπαλλήλων. Ωστόσο, έχει αμφισβητηθεί η φύση της κατά το άρ. 25 παρ. 4 στοιχ. β' Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ. εισαγγελικής παραγγελίας και έχει θεωρηθεί δογματικά προβληματική (βλ. *Ευτ. Φυτράκη*, Ο εισαγγελέας και το κράτος δικαίου, ΤοΣ 2008, 351-395, 377 επ., όπου ο εισαγγελέας ευφυώς εξομοιώνεται με ένα είδος «αυτοφώρου διοικητικού δικαστηρίου»). Πάντως, κατά την κρατούσα (εισαγγελική) άποψη, η παραγγελία του εισαγγελέα προς τις δημόσιες αρχές και υπηρεσίες του δημόσιου τομέα για χορήγηση εγγράφων στον έχοντα δικαίωμα ή έννομο συμφέρον πολίτη έχει το χαρακτήρα δικαστικής διατάξεως (βλ. ΓνωμΕισΑΠ 4/2014 και 1/2005, ό.π., και ΕγκΕισΑΠ 6/2006, ό.π. Πρβλ. μεμονωμένη, μη συμβατή με το άρ. 89 παρ. 3 εδ. α' του Συντ., και μάλλον εσφαλμένη γνώμη στην ΕγκΕισΑΠ [Ι. Χρυσού] 7/2007 ΠοινΔικ 2007, 985, όπου γίνεται λόγος για «διοικητική πράξη»). Άλλωστε, η δικαστική αυτή διάταξη (εισαγγελική παραγγελία) προέρχεται από ισόβιο κατά το Σύνταγμα δικαστικό λειτουργό, η άσκηση των αρμοδιοτήτων του οποίου περιβάλλεται με το κύρος της δικαστικής λειτουργίας, ο ίδιος δε απολαμβάνει τις εγγυήσεις της λειτουργικής και προσωπικής ανεξαρτησίας κατά τα άρ. 87 επ. του Συντ. (βλ. ΓνωμΕισΑΠ 4/2014, ό.π.). Για διαδικασία «δικαστικής» (εντός εισαγωγικών) προστασίας κάνει λόγο και ο Συνήγορος του Πολίτη (βλ. Πόρισμα ΣτΠ υπ' αριθμ. 9227.2/03/29.9.2003 [εισηγητές: Ε. Φυτράκης – Δ. Παπαλουκά] ΠοινΔικ 2005, 175). Ιδιαίτερα σημαντικό είναι ότι την κρατούσα άποψη υιοθετεί και η νομολογία του Αρείου Πάγου, δεχόμενη ότι «η σχετική παραγγελία του εισαγγελέα (κατά το άρ. 25 παρ. 4 στοιχ. β' Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ.) έχει το χαρακτήρα δικαστικής διατάξεως» (βλ. ΑΠ 148/2013 ΠοινΧρ 2014, 203).

2. Υπερβαίνοντας τις (ενδιαφέρουσες και ως ένα βαθμό δικαιολογημένες) θεωρητικές ενστάσεις για τη δογματική θεμελίωση της φύσης της εισαγγελικής αρμοδιότητας και τη συμβατότητά της με τη διάκριση των εξουσιών (βλ. *Ευτ. Φυτράκη*, ό.π., σελ. 378) και συνάμα αναγνωρίζοντας ότι πράγματι το ζήτημα της σχέσης δικαστικών (εισαγγελικών) και ανεξάρτητων διοικητικών αρχών, όπως είναι το ΕΣΡ κατά το άρ. 15 του Συντάγματος, ούτε απλό είναι, ούτε οριζόντιες προσεγγίσεις επιδέχεται (κατά την έκφραση του καθηγητή Λ. Μαργαρίτη, ΠοινΔικ 2014, σελ. 718), αλλά η σφαιρική διασαφήνισή του προϋποθέτει δογματικές εμβασύνσεις, ευρύτερες δικαιοκρατικές αναγωγές και πρακτικού χαρακτήρα σταθμίσεις, συνοψίζουμε, στη συνέχεια, τις πλέον ουσιώδεις προϋποθέσεις και τους όρους υπό τους οποίους (πρέπει να) ενεργεί ο εισαγγελέας πρωτοδικών στο πεδίο της εκ του άρ. 25

παρ. 4 στοιχ. β' Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ. αρμοδιότητάς του, ώστε να προσεγγίσουμε την ορθή απάντηση στο τεθέν ερώτημα.

α. Ο εισαγγελέας λαμβάνει υπόψη του όχι μόνον το άρ. 263 ΚΠΔ (261 του προΐσχ. ΚΠΔ), στο οποίο παραπέμπει το άρ. 25 παρ. 4 στοιχ. β' Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ., αλλά και το άρ. 1 του Κώδικα πρόσβασης σε δημόσια έγγραφα και στοιχεία (Π.Δ. 28/2015) και τις ισχύουσες διατάξεις που διέπουν τη λειτουργία Ανεξάρτητων Αρχών και Δημόσιων Υπηρεσιών ή που καθιερώνουν απόρρητο (βλ. ΕγκΕισΑΠ 6/2006, ό.π.).

β. Ο εισαγγελέας εκφράζει ρητά την κρίση του στην παραγγελία, δηλαδή λαμβάνει σαφή θέση επί της αποδοχής της αιτήσεως για χορήγηση των εγγράφων και δεν διαβιβάζει απλώς την αίτηση «για τις περαιτέρω ενέργειες» (βλ. ΑΠ 148/2013, ΓνωμΕισΑΠ 4/2014 και 1/2005, ΕγκΕισΑΠ 5/1998, ό.π.). Αναγκαία είναι και η διευκρίνιση της ταυτότητας των εγγράφων, που παραγγέλλει να χορηγηθούν, όταν η αίτηση γίνεται εν μέρει δεκτή, όταν αυτή περιέχει κύριο και επικουρικό αίτημα ή όταν σ' αυτήν υπάρχει ασαφής προσδιορισμός των εγγράφων που ζητούνται. Απαιτείται, ούτως ειπείν, «σαφές διατακτικό».

γ. Η εισαγγελική παραγγελία χρήζει συνοπτικής αλλά επαρκούς αιτιολογίας αναφορικά με την ύπαρξη δικαιώματος του αιτούντος ή τη συνδρομή του εννόμου συμφέροντός του, όπως συμβαίνει όταν ο πολίτης πρόκειται να ασκήσει το εκ του άρ. 20 παρ. 1 του Συντ. δικαίωμα στην παροχή έννομης προστασίας, προσφεύγοντας στα αρμόδια δικαστήρια για υπόθεση σχετιζόμενη με τα επίμαχα έγγραφα (βλ. ΑΠ 148/2013, ΓνωμΕισΑΠ 4/2014 και 1/2005, ό.π.).

δ. Ο εισαγγελέας παραγγέλλει τη χορήγηση εγγράφων όταν κρίνει, πλην των άλλων, ότι πρόκειται για έγγραφα που έχουν τελειωθεί, δηλαδή το δικαίωμα των πολιτών για γνώση των διοικητικών ή ιδιωτικών εγγράφων που φυλάσσονται σε δημόσια αρχεία δεν μπορεί να αφορά έγγραφο που η έκδοσή του δεν έχει ολοκληρωθεί (βλ. Πόρισμα ΣτΠ 9227.2/03/29.9.2003, ό.π.).

ε. Υπό τις προεκτεθείσες (στοιχ. α'-δ') προϋποθέσεις, η τήρηση των οποίων ανάγεται στη λειτουργική αποστολή του εισαγγελέα πρωτοδικών, η κατά το άρ. 25 παρ. 4 στοιχ. β' Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ. εισαγγελική παραγγελία συνεπάγεται υποχρέωση συμμόρφωσης προς αυτήν, τυχόν δε άρνηση εκτέλεσης των παραγγελλομένων μπορεί ενδεχομένως να θεμελιώσει ποινική ευθύνη για παράβαση καθήκοντος (βλ. ΓνωμΕισΑΠ 4/2014, ό.π.).

3. Όπως είναι γνωστό, το Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης, Ανεξάρτητη Αρχή συνταγματικά κατοχυρωμένη (άρ. 15 παρ. 2 εδ. β' και 101 παρ. 1 του Συντ.), ασκεί τις αρμοδιότητές του ως συλλογικό διοικητικό όργανο και για τη λειτουργία του εφαρμόζονται προεχόντως οι διατάξεις του άρ. 5 Ν. 2863/2000 («Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης και άλλες διατάξεις») και συμπληρωματικά ο ΚΔΔ (Ν. 2690/1999) και ο δυνάμει του άρ. 5 παρ. 1 Ν. 2863/2000 καταρτισθείς, κυρωθείς με την υπ' αριθμ. 20291 Ε/2002 Απόφαση του Υπουργού Τύπου και Μέσων Μαζικής Ενημέρωσης, Εσωτερικός Κανονισμός Λειτουργίας του. Σύμφωνα με το άρ. 14 της Υ.Α. 20291 Ε/2002 (υπό τον τίτλο «τήρηση πρακτικών – δημοσιότητα»): «1. Για τις συνεδριάσεις της Ολομέλειας συντάσσονται πρακτικά από υπάλληλο της γραμματείας, που έχει επιφορτισθεί με το έργο αυτό με ευθύνη του Προέδρου. Τα πρακτικά τηρούνται σε ειδικό αρχείο του Συμβουλίου με ευθύνη του ίδιου γραμματέα. – 2. Στα πρακτικά της Ολομέλειας αναφέρονται ιδίως τα ονόματα και η ιδιότητα των παρισταμένων, ο τόπος και ο χρόνος συνεδρίασης, τα θέματα που συζητήθηκαν καθώς και η εισήγηση επ' αυτών, με συνοπτική αλλά περιεκτική αναφορά στο περιεχόμενό τους, οι απόψεις των εγκαλούμενων τρίτων ή άλλων προσώπων που τυχόν έχουν κληθεί να παράσχουν πληροφορίες για τα εξεταζόμενα θέματα, οι απόψεις των μελών για το κάθε θέμα, η μορφή και τα αποτελέσματα της ψηφοφορίας και οι αποφάσεις που έχουν ληφθεί. Καταγράφεται επίσης η άποψη των μελών που μειοψήφησαν. Τυχόν διαφοροποιήσεις ως προς την αιτιολογία της ψήφου καταγράφονται στα πρακτικά της συνεδριά-

σεως. – 3. Τα πρακτικά υπογράφονται από τον Πρόεδρο ή τον προεδρεύοντα Αντιπρόεδρο και από τον γραμματέα. – 4. Μετά την υπογραφή των πρακτικών, αυτά είναι προσιτά σε καθένα που έχει έννομο συμφέρον. Ομοίως οι αποφάσεις της Ολομέλειας, μετά την κοινοποίησή τους στα ενδιαφερόμενα μέρη είναι προσιτές σε καθένα που έχει έννομο συμφέρον».

Εξάλλου, κατά τη διάταξη του άρ. 5 παρ. 7 Ν. 2863/2000, «οι αποφάσεις που εκδίδει το ΕΣΡ πρέπει να είναι πλήρως και ειδικά αιτιολογημένες και να τελούν σε πλήρη αντιστοιχία με το περιεχόμενο των πρακτικών που τηρήθηκαν για την αντίστοιχη συνεδρίαση», ενώ στην παράγραφο 8 του ίδιου άρθρου προβλέπεται ότι κατά των αποφάσεων του ΕΣΡ μπορεί να ασκηθεί αίτηση ακυρώσεως ενώπιον του ΣτΕ.

Από τις προαναφερόμενες διατάξεις [συ]νάγεται ότι τα συντασσόμενα πρακτικά των συνεδριάσεων της ολομέλειας του ΕΣΡ περιλαμβάνουν «συνοπτική» μεν αναφορά στο περιεχόμενο των θεμάτων που συζητήθηκαν, αλλά είναι αρκούντως αναλυτικά, αφού πρέπει να περιέχουν, πλην των άλλων, και την εισήγηση επί των θεμάτων, τις απόψεις των εγκαλουμένων τρίτων ή άλλων προσώπων, που έχουν κληθεί να παράσχουν πληροφορίες, και τις απόψεις των μελών για κάθε θέμα. Κατά τούτο διαφέρουν από το «πρακτικό», για το οποίο γίνεται λόγος στη διάταξη του άρ. 15 παρ. 4, 7 ΚΔΔ, η οποία αναφέρεται γενικά στις συνεδριάσεις συλλογικών οργάνων της Διοίκησης και όχι ειδικά στις Ανεξάρτητες Αρχές και μάλιστα στο ΕΣΡ. Εξάλλου, οι συνεδριάσεις της ολομέλειας του ΕΣΡ δεν μπορούν να θεωρηθούν «μυστικές» κατά την έννοια του άρ. 14 παρ. 1 ΚΔΔ, ούτε καλύπτονται από κάποια μορφή «απορρήτου», αφού δεν γίνονται μεν δημόσια, όμως παρίστανται σ' αυτές και ακούγονται εγκαλούμενοι και τρίτοι (κατά τη νομολογία δε του ΣτΕ, οι αποφάσεις των συνταγματικά κατοχυρωμένων Ανεξάρτητων Αρχών, με τις οποίες επιβάλλονται κυρώσεις σε βάρος των διοικουμένων, πρέπει να εκδίδονται κατόπιν δημόσιας συνεδρίασης, βλ. ΟΛΣΤΕ 3319/2020). Σε κάθε περίπτωση, το προβλεπόμενο στο νόμο δικαίωμα ασκήσεως αιτήσεως ακυρώσεως ενώπιον του ΣτΕ (άρ. 5 παρ. 8 Ν. 2863/2000) συνεπάγεται ειδικό έννομο συμφέρον του διοικουμένου, που θεμελιώνει δικαίωμα πρόσβασης στα πρακτικά των συνεδριάσεων της ολομέλειας του ΕΣΡ, το περιεχόμενο των οποίων πρέπει, κατά το νόμο (άρ. 5 παρ. 7 Ν. 2863/2000), να τελεί σε πλήρη αντιστοιχία με τις αποφάσεις του. Συνεπώς, υφίσταται νόμιμη υποχρέωση να χορηγείται αντίγραφο των καθαρογεγραμμένων (αναλυτικών) πρακτικών και όχι ενός συνοπτικού μονοσέλιδου «πρακτικού», που δεν έχει το πλήρες περιεχόμενο που προβλέπεται από το άρ. 14 παρ. 2 του Κανονισμού Λειτουργίας του ΕΣΡ. Η ικανοποίηση του δικαιώματος του αιτούντος πολίτη (κατόπιν εισαγγελικής παραγγελίας κατά το άρ. 25 παρ. 4 στοιχ. β' Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ. ή και χωρίς να έχει προηγηθεί τέτοια) αφορά, όπως ήδη σημειώθηκε, έγγραφο που έχει τελειωθεί, δηλαδή όχι τα «πρόχειρα» πρακτικά (χειρόγραφες σημειώσεις) του γραμματέα ή τους υλικούς φορείς του ήχου, σε περίπτωση που αυτός για προσωπική του διευκόλυνση πραγματοποιεί ανεπίσημη ηχογράφηση (αφού εν προκειμένω επίσημη τήρηση πρακτικών με φωνοληψία δεν προβλέπεται κατά το πρότυπο του άρ. 143 ΚΠΔ).

4. Η προεκτεθείσα γνώμη μας (μετά παρρησίας εκφερομένη) και προς επίτιμον Πρόεδρο του Αρείου Πάγου απευθυνόμενη) δεν απηχεί προσπάθεια να σας μεταπέσει και να μεταβάλτε άποψη και πρακτική για το μέλλον, εγκαταλείποντας την κατά το παρελθόν διατυπωθείσα αντίθετη γνώμη του τότε (εν έτει 2011) Προέδρου του ΕΣΡ (ερείδόμενη, ίσως ετεροβαρώς, περισσότερο στον ΚΔΔ και λιγότερο στις ειδικότερες διατάξεις περί ΕΣΡ), αλλά συνιστά απόπειρα ευσυνειδήτης εκτέλεσης εισαγγελικού καθήκοντος κατά τα οριζόμενα στο άρ. 25 παρ. 2 Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ. (μη διαφεύγουσα, ενδεχομένων, τον κίνδυνο αστοχίας...).

**Δημήτριος Παπαγεωργίου**  
Αντεισαγγελέας Αρείου Πάγου

**Αριθμ. 14**

**Αθήνα, 16.4.2021**

**Δέσμευση περιουσιακών στοιχείων κατ' άρ. 261 παρ. 1 εδ. α' και 262 παρ. 4 ΚΠΔ. Διαχρονικό δίκαιο:** Υπό ποιες προϋποθέσεις θεμελιώνεται γνωμοδοτική αρμοδιότητα της Εισαγγελίας του Αρείου Πάγου κατ' άρ. 25 παρ. 2 του Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ. – Η σχετική αρμοδιότητα αποκλείεται επί εκκρεμών υποθέσεων καταφάσκειται, όμως, εξ αντιδιαστολής όταν το θέμα είναι επιλυτό όχι από τα δικαστήρια ή τα δικαστικά συμβούλια, αλλά ευθέως από τον Εισαγγελέα του δικαστηρίου που ενεργεί για την εφαρμογή δικονομικής ποινικής διάταξης. – Στην ως άνω περίπτωση η αρμοδιότητα προς γνωμοδότηση εξυπηρετεί την υπηρεσιακή ανάγκη συντονισμού των Εισαγγελιών σε θέματα γενικότερου ενδιαφέροντος, αρκεί οι παρεχόμενες κατευθύνσεις να μην αφορούν τον χειρισμό συγκεκριμένης υπόθεσης. – Η αποδέσμευση των περιουσιακών στοιχείων αίρεται αυτοδικαίως μετά την άπρακτη πάροδο πέντε ετών από την έκδοση της διάταξης με την οποία επιβάλλεται η δέσμευση (άρ. 262 παρ. 4 ΚΠΔ), χωρίς κατ' αρχήν να απαιτείται προς τούτο δικαστική κρίση. – Έννοια “αυτοδίκαιης αποδέσμευσης”. – Υπό ποιες ενδεικτικές αναφερόμενες προϋποθέσεις η αυτοδίκαιη παύση και άρση της δέσμευσης χρήζει δικαστικής διαπίστωσης (δέσμευση που εκδόθηκε κατά την διάρκεια του ανακριτικού έργου και διατηρήθηκε το κύρος της με βούλευμα ή με σύμφωνη διάταξη του Προέδρου Εφετών, πλήρης ταυτοποίηση των προσδιοριστικών της δέσμευσης στοιχείων). – Η διάταξη του άρ. 315 παρ. 5 ΚΠΔ είναι ειδική και κατισχύει κάθε άλλης διάταξης αναφορικά με τις περιπτώσεις που κρίνεται η διατήρηση, η άρση ή ο περιορισμός της τυχόν επιβληθείσας συντηρητικής-προσωρινής δέσμευσης δυνάμει αιτημάτων δικαστικής συνδρομής. – Σκοπός της ρύθμισης του άρ. 262 παρ. 4 ΚΠΔ· η θέσπισή της υπαγορεύθηκε από την συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και τις αξιώσεις προστασίας της ιδιοκτησίας κατά το Πρώτο Πρόσθετο Πρωτόκολλο της ΕΣΔΑ. – Για ποιον λόγο η επιβολή του μέτρου της δέσμευσης επί περιουσιακών στοιχείων τηρουμένων σε χρηματοπιστωτικά ιδρύματα της αλλοδαπής βάσει αιτήματος δικαστικής συνδρομής δεν εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρ. 262 παρ. 4 ΚΠΔ. – Αντιθέτως, η δέσμευση που επιβλήθηκε δυνάμει διατάξεως του Προέδρου της Αρχής Καταπολέμησης της Νομιμοποίησης Εσόδων από Εγκληματικές Δραστηριότητες κατ' άρ. 47 του Ν. 4557/2018 δεν υπόκειται σε αυτοδίκαιη παύση του μέτρου κατ' άρ. 262 παρ. 4 ΚΠΔ, αλλά η παύση της χρήζει επικύρωσης ή μη από το αρμόδιο δικαιοδοτικό όργανο σύμφωνα με το άρ. 42 παρ. 5 του Ν. 4557/2018. – Η επέκταση της γνώμης στις περιπτώσεις των διατάξεων του ως άνω Προέδρου θα προσέκρουε στην πάγια απαγορευτική θέση της Εισαγγελίας του Αρείου Πάγου για τα όρια της γνωμοδοτικής αρμοδιότητας.

Ι. Σε απάντηση του ερωτήματος, που διαλαμβάνεται στο υπ' αριθμ. πρωτ. 2343/2021 έγγραφό σας\*, ως προς την εφαρμογή των «νεοπαγών» διατάξεων των άρ. 261 παρ. 1 εδάφιο πρώτο και 262 παρ. 4 του ΚΠΔ (Ν. 4620/2019, Ν. 4637/2019), επί ανακριτικών διατάξεων δέσμευσης τραπεζικών λογαριασμών τηρουμένων σε Χρηματοπιστωτικά Ιδρύματα της ημεδαπής ή σε αντίστοιχα της αλλοδαπής (σε εκτέλεση αιτημάτων δικαστικής συνδρομής) για δέσμευση και απαγόρευση κίνησης αυτών και σε εκτέλεση των οποίων διατάχθηκε η αιτηθείσα δέσμευση με απόφαση του οικείου Δικαστηρίου της αλλοδαπής Χώρας (πρώτο σκέλος ερωτήματος), ως επίσης και επί ανακριτικών διατάξεων εκδιδόμενων, κατά την ειδική διάταξη του άρ. 42 Ν. 4557/2018, εξομοιούμενων με εκθέσεις κατάσχεσης (εδάφιο τέ-

\* Η ως άνω Γνωμοδότηση, με θέμα «Διατάξεις άρθρων 261 παρ. 1 εδ. πρώτο και 262 παρ. 4 ΚΠΔ», απευθύνεται προς τον κ. Διευθύνοντα την Εισαγγελία Εφετών Αθηνών.



ταρτο παραγράφου 1 του νόμου αυτού, ως ισχύει μετά την αντικατάστασή του με το Ν. 4734/2020) στο πλαίσιο της πρόληψης και καταστολής της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες και της χρηματοδότησης της τρομοκρατίας (δεύτερο σκέλος ερωτήματος) σας γνωρίζουμε τα ακόλουθα:

1. Η σταθερή έως παγία θέση της Εισαγγελίας του Αρείου Πάγου ως προς τη γνωμοδοτική της αρμοδιότητα με υπόβαθρο τη διάταξη του άρ. 25 παρ. 2 του Ν. 1756/1988 (Κώδικας Οργανισμού Δικαστηρίων και Κατάστασης Δικαστικών Λειτουργών, όπως ισχύει μέχρι σήμερα με το Ν. 4786/2021 [ΦΕΚ 43/23.3.2021]), έχει ως αφετηριακή παραδοχή το αντικείμενο της γνωμοδότησης να αφορά ευρύτατες κατηγορίες προσώπων, αποκτώντας έτσι την ιδιότητα θέματος που εμφανίζει γενικότερο ενδιαφέρον και να διατυπώνεται γενικά και αφηρημένα ως προς την (τυχόν) αμφιλεγόμενη έννοια διατάξεων νόμων και σε κάθε περίπτωση αποκλείεται επί υποθέσεων εκκρεμών –για τις οποίες έχουν επιληφθεί οι αρμόδιες δικαστικές αρχές ή επί θεμάτων φερομένων να απασχολήσουν στο μέλλον τα δικαστήρια ή δικαστικά συμβούλια ή και ακόμη επί όσων έχουν απασχολήσει τα τελευταία– τούτο δε προς αποφυγή επηρεασμού της κρίσης των δικαστικών αυτών σχηματισμών και στα επόμενα δικονομικά στάδια απόφασης σε ένδικα μέσα ή βοηθήματα (ΓνωμΕισΑΠ 47/1994 σε Παν. Κατραλή, Γνωμοδοτήσεις Εισαγγελίας του Αρείου Πάγου 1951-1994, σ. 17, ομοίως 5/2001 ΠοινΔικ 2002, σ. 30, ομοίως ΕισΑΠ 1/2018 ΠοινΧρ ΞΗ', σ. 328 και ΠοινΔικ 2018, σ. 208, ομοίως 10/2018 ΠοινΧρ ΞΗ', σ. 556).

Καταφάσκειται όμως (εξ αντιδιαστολής) αρμοδιότητα προς γνωμοδότηση, όταν το θέμα είναι επιλυτέο όχι από τα Δικαστήρια ή τα Δικαστικά Συμβούλια αλλά ευθέως από τον Εισαγγελέα του Δικαστηρίου που ενεργεί για την εφαρμογή δικονομικής (όχι ουσιαστικής) ποινικής διάταξης, ως ευστόχως αναγράφεται στην υπό κρίση αναφορά-ερώτημά σας (σ. 2 και 3).

Προσλαμβάνει δε η αρμοδιότητα αυτή την έννοια και της υπηρεσιακής ανάγκης συντονισμού των εισαγγελιών σε θέματα γενικότερου ενδιαφέροντος, αρκεί να μην αφορούν οι παρεχόμενες κατευθύνσεις της γνωμοδότησης το χειρισμό συγκεκριμένης υπόθεσης, κατά τα προλεχθέντα (βλ. και Παναγ. Δημόπουλου, Η Εισαγγελία, 2000, σ. 91, ΓνωμΕισΑΠ 1/2005 ΠοινΔικ 2005, σ. 170, Ευτ. Φυτράκη, ο Εισαγγελέας και το κράτος δικαίου, ΤοΣ 2008, σ. 351 επ., 389, 390), συντελεί δε έτσι στην ομοιομορφία απονομής του δικαίου προς επίτευξη ασφαλείας των συναλλαγών αλλά και εγγύησης των πολιτών που απευθύνονται στην Εισαγγελική Δικαστική αρχή για την επίλυση διαφορών.

2.1. Κατά την πρόβλεψη του άρ. 261 παρ. 1 εδάφια πρώτο και δεύτερο του ν. ΚΠΔ, ισχύοντος από 1.7.2019 και επί εκκρεμών υποθέσεων ανεξαρτήτως σταδίου της ποινικής διαδικασίας και με διατήρηση του κύρους των πράξεων αυτής βάσει του άρ. 590 παρ. 1 εδ. α', β' ιδίου Κώδικα, «Κατά τη διάρκεια της κύριας ανάκρισης ο ανακριτής μετά από σύμφωνη γνώμη του εισαγγελέα, μπορεί να διατάσσει τη δέσμευση τραπεζικών λογαριασμών, του περιεχομένου τραπεζικών θυρίδων καθώς και άλλων περιουσιακών στοιχείων του κατηγορουμένου, κινητών και ακινήτων και όσων ακόμη έχουν άυλη μορφή, εφόσον μετά από τη διερεύνηση της περιουσιακής του κατάστασης κατά το άρθρο 248 παρ. 6, προκύψουν σοβαρές ενδείξεις ότι τα περιουσιακά αυτά στοιχεία προέρχονται άμεσα ή έμμεσα από τη διερευνώμενη αξιόποινη πράξη. Η δέσμευση μπορεί να αφορά περιουσιακά στοιχεία και τρίτου προσώπου, στο οποίο κατά τις υπάρχουσες ενδείξεις μεταβιβάστηκε περιουσία από το έγκλημα, με σκοπό την αποφυγή της δήμευσής της, ιδίως όταν η μεταβίβαση έγινε χωρίς ισότιμο και αξιόχρεο αντάλλαγμα ...».

Περαιτέρω κατά την πρόβλεψη του επομένου άρθρου 262 παρ. 4 «Η κατά το προηγούμενο άρθρο δέσμευση αίρεται αυτοδικαίως αν δεν εκδοθεί οριστική απόφαση ποινικού δικαστηρίου σε πρώτο βαθμό, εντός χρονικού διαστήματος πέντε ετών από την έκδοση της διάταξης».

2.2. Παράλληλα κατά την πρόβλεψη του άρ. 42 του Ν.

4557/2018 στην παρ. 1 «όταν διεξάγεται τακτική ανάκριση για τα αδικήματα του άρθρου 2 μπορεί ο ανακριτής με σύμφωνη γνώμη του Εισαγγελέα, να απαγορεύσει την κίνηση κάθε είδους λογαριασμού, τίτλων ή χρηματοπιστωτικών προϊόντων που τηρούνται σε Πιστωτικό Ίδρυμα ή Χρηματοπιστωτικό Οργανισμό, καθώς και το άνοιγμα των θυρίδων θησαυροφυλακίου του κατηγορουμένου, έστω και κοινών οποιουδήποτε είδους με άλλο πρόσωπο, εφόσον υπάρχουν βάσιμες υπόνοιες, ότι οι λογαριασμοί, οι τίτλοι ... περιέχουν χρήματα ή πράγματα, που προέρχονται από την τέλεση των αδικημάτων του άρθρου 2. Το ίδιο ισχύει και όταν διεξάγεται ανάκριση για βασικό αδίκημα και υπάρχουν βάσιμες υπόνοιες ότι οι λογαριασμοί, οι τίτλοι ... περιέχουν χρήματα ή πράγματα, που προέρχονται από την τέλεση του ανωτέρω αδικήματος ή που υπόκειται σε δέσμευση, σύμφωνα με το άρ. 40. Σε περίπτωση διεξαγωγής προκαταρκτικής εξέτασης ή προανάκρισης η απαγόρευση κίνησης ... μπορεί να διαταχθεί από το δικαστικό συμβούλιο. Η διάταξη του ανακριτή ή το βούλευμα του συμβουλίου επέχει θέση κατάσχεσης, εκδίδεται χωρίς προηγούμενη κλήση του κατηγορουμένου ή τρίτου ...».

Στην παράγραφο 5 του αυτού άρθρου ορίζεται [ότι] «όταν διεξάγεται έρευνα από την Αρχή (λογίζεται η κατά τα άρ. 47-51 και 3 αριθμ. 5 Αρχή Καταπολέμησης της Νομιμοποίησης Εσόδων από Εγκληματικές Δραστηριότητες του ιδίου ως άνω νόμου), η απαγόρευση κίνησης λογαριασμών, τίτλων και μεταβίβασης ή εκποίησης οποιουδήποτε περιουσιακού στοιχείου μπορεί να διαταχθεί σε επείγουσες περιπτώσεις από τον Πρόεδρο της Αρχής με τους όρους και προϋποθέσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 1 και 3. Τα σχετικά με τη δέσμευση στοιχεία και αντίγραφο του φακέλλου της υπόθεσης διαβιβάζονται στον αρμόδιο Εισαγγελέα, χωρίς αυτό να παρακωλύει τη συνέχιση της έρευνας από την αρχή ...».

«Τα χρονικά όρια διάρκειας των μέτρων δέσμευσης που περιγράφονται στο εδάφιο α' της παραγράφου 2 του άρθρου 34 (ήδη 36 παρ. 2) ΚΠΔ μετά το άρθρο 53 παρ. 5 Ν. 47/45/2020 ισχύουν και για την περίπτωση που η απαγόρευση της κίνησης λογαριασμών, τίτλων ... διατάσσεται από τον Πρόεδρο της Αρχής Καταπολέμησης της Νομιμοποίησης Εσόδων από Εγκληματικές δραστηριότητες, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρούσας παραγράφου» (τελευταίο εδάφιο της παρ. 5, όπως προστέθηκε με το άρ. 9 παρ. 2 Ν. 4637/2019 [Α' 180/18.11.2019]).

2.3. Συγχρόνως όμως στο αντικείμενο του νόμου αυτού και στο ειδικότερο θιγόμενο εδώ ζήτημα της δέσμευσης και απαγόρευσης εκποίησης περιουσιακών στοιχείων υφίσταται πρόβλεψη (μεταβατική διάταξη επαλλήλως νομοθετημένη) με το άρ. 15 Ν. 4637/2019 (ιδίου αμέσως προηγούμενου που τροποποίησε την παράγραφο 5 του Ν. 4557/2018) ως εξής: «Εντός προθεσμίας τριών (3) μηνών από τη δημοσίευση του παρόντος νόμου (δηλαδή έως 19.2.2020) οι διατάξεις του Προέδρου της Αρχής που έχουν εκδοθεί σύμφωνα με την παράγραφο 5 του άρθρου 42 του Ν. 4557/2018 πριν τη δημοσίευση του παρόντος νόμου και για τις οποίες έχουν παρέλθει τα χρονικά όρια του εδαφίου α' της παραγράφου 2 του άρθρου 34 ΚΠΔ, διαβιβάζονται με τα σχετικά με τη δέσμευση στοιχεία και αντίγραφο του φακέλλου της υπόθεσης στον ανακριτή, αν η υπόθεση εκκρεμεί στο στάδιο της ανάκρισης ή στο αρμόδιο δικαστικό συμβούλιο, σε κάθε άλλη περίπτωση.

Ο αρμόδιος ανακριτής ή το αρμόδιο δικαστικό συμβούλιο του προηγούμενου εδαφίου αποφαίνονται για την επικύρωση ή μη της διάταξης του Προέδρου της Αρχής ... σύμφωνα με τους όρους και προϋποθέσεις των παραγράφων 1 έως 3 του άρθρου 42 του Ν. 4557/2018. Σε περίπτωση παρέλευσης άπρακτης της προθεσμίας του πρώτου εδαφίου η διάταξη του Προέδρου της Αρχής ... παύει αυτοδικαίως να ισχύει».

Σημειωτέον ότι η τελευταία αυτή διάταξη τροποποιήθηκε με το άρ. 18 του Ν. 4664/2020 (Α' 32/14.2.2020) και πριν την εκπνοή της προηγούμενης προθεσμίας με μόνη μεταβολή της προθεσμίας σε έξι (6) μηνών, οριοθετημένης έως τις 19 Μαΐου 2020, που έκτοτε ισχύει αμετάβλητη.



2.4. Η διάταξη πάλι του άρ. 34 παρ. 2 εδ. α' του (ήδη 36) ΚΠΔ, στην οποία ο Ν. 4557/2018, όπως ισχύει κατά τα αμέσως προεκτεθέντα παραπέμπει για τη χρονική διάρκεια και την ισχύ των προαναφερομένων διατάξεων δέσμευσης κ.λπ. του Προέδρου της Αρχής, ορίζει πλέον (και μετά την αντικατάστασή της με το άρ. 53 παρ. 3 και 5 του Ν. 4745/2020 [21 Α' 6.11.2020]) στο άρ. 36 παρ. 2: [...] «Οι εισαγγελείς του άρθρου 33 (μετονομάζονται ως Εισαγγελείς Οικονομικού Εγκλήματος καταργουμένων των αντιστοιχών εγκλημάτων διαφθοράς του άρθρου 35 σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 2 και 4 του Ν. 4745/2020 και τη μεταβατική διάταξη του άρθρου 100 παρ. 1, 2, 3 του ίδιου νόμου), όταν διενεργούν προκαταρκτική εξέταση για την εξακρίβωση τέλεσης εγκλημάτων της αρμοδιότητάς τους, έχουν τη δυνατότητα να προβαίνουν με αιτιολογημένη διάταξή τους, σε δεσμεύσεις λογαριασμών, περιεχομένου τραπεζικών θυρίδων και περιουσιακών εν γένει στοιχείων (κινητών και ακινήτων) προς τον σκοπό της διασφάλισης των συμφερόντων του δημοσίου για χρονικό διάστημα μέχρι εννέα μηνών που μπορεί να παρατείνεται με βούλευμα του αρμοδίου συμβουλίου κατ' ανώτατο όριο για άλλους εννέα μήνες, λόγω δικαιολογημένης μη ολοκλήρωσης της διενεργούμενης, κατά τα ανωτέρω προκαταρκτικής εξέτασης».

3. Με γνώμονα τις αναγκαίως, λόγω του πολυδαίδαλου και διαρκώς μεταβλητού με νομοθετικές τροποποιήσεις χαρακτήρα, αναλυθείσες διατάξεις των ισχυόντων ΚΠΔ και ειδικών νόμων, η γνώμη μας επί του τεθέντος ερωτήματος, επικεντρώνεται στα παρακάτω συμπεράσματα:

*Πρώτο σκέλος ερωτήματος.* 3.1. Η διάταξη του άρ. 262 παρ. 4 ΚΠΔ κατά σαφή τρόπο και διατύπωση μη επιδεχόμενη ερμηνευτικής προσεγγίσεως, επιβάλλει την αυτοδίκαιη παύση της ισχύος των ανακριτικών διατάξεων δέσμευσης τραπεζικών λογαριασμών και των λοιπών προβλεπομένων περιουσιακών στοιχείων, μετά την άπρακτη παρέλευση του οριζόμενου χρονικού ορίου πέντε (5) ετών από την έκδοση της διάταξης. Δεν απαιτείται επομένως δικαστική κρίση (εκτός εάν έχει εκδοθεί οριστική σε πρώτο βαθμό επιληφθέντος ποινικού δικαστηρίου).

Με τον ορισμό «Η δέσμευση αίρεται αυτοδικαίως» λογίζεται η επιβαλλόμενη από το νόμο αποδέσμευση, από το ίδιο το δικαίο δηλαδή και τη φύση του πράγματος που ισχύει ή γίνεται χωρίς την ενέργεια του δικαιούχου (Γ. Μπαμπινιώτη, Ερμηνευτικό Λεξικό Νέας Ελληνικής Γλώσσας, σ. 323, ομοίως ίδιου, Ετυμολογικό Λεξικό, σ. 237), γνωστό και από το Ρωμαϊκό Δίκαιο αξίωμα «ipso iure» (ipso + iure) κατά λατινική διατύπωση.

Κατά αδιάσειστο τρόπο εφαρμόζεται, επομένως, όχι αυθαίρετως, αλλά μετά από προηγούμενη επιμελή εξέλεξη (= επιμελή επεξεργασία και έλεγχο) των όρων και προϋποθέσεων που κατά τεκμηριωμένη γνώμη μας συνίσταται πέραν της διαπίστωσης της παρέλευσης άπρακτης ως άνω της προθεσμίας της πενταετίας και συνδρομής των εξής παραμέτρων:

α') Η δέσμευση να πηγάζει από ανακριτική διάταξη που εκδόθηκε κατά τη διάρκεια του ανακριτικού έργου (υποχρεωτικά κατά τα άρ. 261, 262 ΚΠΔ που ισχύει), διατηρήθηκε το κύρος της με το παραπεμπτικό βούλευμα ή σε περίπτωση περάτωσης αυτής κατ' εξαίρεση (άρ. 309 ΚΠΔ και 308Α ΚΠΔ ισχύσαντος μέχρι 30.6.2019) με σύμφωνη προς εισαγγελική πρόταση διάταξη του επιλαμβανομένου Προέδρου Εφετών (άρ. 309 παρ. 4, 315 παρ. 5 ΚΠΔ και 308Α παρ. 4 προϊσχύσαντος ΚΠΔ).

Η διάταξη μάλιστα του άρ. 315 παρ. 5 του ΚΠΔ δίδει ευθεία απάντηση στο υπέρπον το πρώτο σκέλος του ερωτήματος περί τυχόν προϋπαρξάντων αιτημάτων του Ανακριτή δικαστικής συνδρομής που δεν έχουν λάβει χαρακτήρα (στη συνέχεια εκτελεστού) τίτλου αλλά εκδόθηκαν ενδεχομένως και υπό μορφή αιτημάτων δικαστικής συνεργασίας και παροχής πληροφοριών ύπαρξης περιουσιακών στοιχείων εισέτι δε και συντηρητικής-προσωρινής δέσμευσης.

Η νέα αυτή διάταξη, ως ειδική, κατισχύει κάθε άλλης και επομένως για το ζητούμενο του ερωτήματος (προϋπαρξη τυχόν άλλων αιτημάτων δικαστικής συνδρομής) επικαλύπτει και πε-

ριλαμβάνει σε όλα τα χαρακτηριστικά τον επαχθή δικονομικό χαρακτήρα της δέσμευσης που μόνη η διάταξη του βουλεύματος του επιλαμβανομένου Δικαστικού Συμβουλίου κυριαρχικά αποφαινεται για τη διατήρηση, την άρση ή τον περιορισμό της («Αν κατά τη διάρκεια της ανάκρισης επιβλήθηκε δέσμευση περιουσιακών στοιχείων [άρ. 260, 261] το Συμβούλιο αποφασίζει και για τη διατήρηση, την άρση ή τον περιορισμό της»).

β') Να υφίσταται πλήρης ταυτοποίηση των προσδιοριστικών της δέσμευσης στοιχείων (περιουσιακών στοιχείων πάσης φύσεως, Πιστωτικού Ιδρύματος, Τράπεζας δικαιούχων, κατηγορουμένων, τρίτων κ.ο.κ.).

γ') Σε καταφατική περίπτωση (συνδρομή των παραμέτρων που ενδεικτικά περισσότερο παρατίθενται) η αυτοδίκαιη παύση και άρση της δέσμευσης χρήζει διαπιστωτικής πράξης-διάταξης του επιτετραμμένου ή εντεταλμένου κατά τον Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ. (Ν. 1756/1988) εισαγγελικού λειτουργού που εποπτεύει ή ορίζεται κατά τον Κανονισμό Εσωτερικής υπηρεσίας (άρ. 15 παρ. 7, 16, 17 παρ. 5 του νόμου αυτού) που διαλαμβάνει τα στοιχεία των άρ. 139, 138 σε συνδυασμό προς άρ. 137 ΚΠΔ, χάριν της επιδιωκόμενης ασφάλειας του δικαίου και του ευαίσθητου ως και σοβαρού αντικειμένου της δέσμευσης. Εκτελείται δε, όπως η δέσμευση μέσω της διαδικασίας δικαστικής συνδρομής, σε συντρέχουσα περίπτωση αλλοδαπού χρηματοπιστωτικού ιδρύματος.

Ως εκ περισσού σημειώνεται για την πληρότητα των σκέψεών μας, ότι τέτοια εξουσία έχει ευθέως ο Εισαγγελέας και κατά το προδικωτικό στάδιο (αρχαιοθετική ποινικής υπόθεσης κατ' άρ. 43 παρ. 3, 4 και απόρριψη έγκλησης με διάταξη κατ' άρ. 51 παρ. 2, 3 ΚΠΔ, εννοείται απρόσβλητη κατ' άρ. 52 ίδιου Κώδικα), δικαιούμενος να άρει την κατάσχεση παρά το ενδεχόμενο της δήμευσης (υπό συνδρομή των όρων και προϋποθέσεων που δεν αφορούν το θέμα του ερωτήματος (άρ. 269 παρ. 3 εδάφια α', β', γ' ΚΠΔ).

3.2. Η νομοθετηθείσα λύση, που υπαγορεύθηκε ως συμβατή με τις απαιτήσεις της ευρωπαϊκής δικαιοταξίας για την επιβολή δέσμευσης και τις ελάχιστες εγγυήσεις νόμιμης και δίκαιης λήψης αντιστοιχών μέτρων, ώστε να μη διαιωνίζεται η ισχύς της διάταξης (Μιχ. Μαργαρίτη, Κώδικας Ποινικής Δικονομίας, Θεωρία – Νομολογία, 2020, σ. 263, Θεοχ. Δαλακούρα, Ο νέος Κώδικας Ποινικής Δικονομίας, Ερμηνευτικά σχόλια κατ' άρθρο, σ. 208), απορρέει πρωτίστως από τις συνταγματικές προβλέψεις της αρχής της αναλογικότητας (άρ. 25 παρ. 1 Συντ. 1975/1986/2001/2008/2019) και τις αξιώσεις προστασίας της ιδιοκτησίας (άρ. 1 Πρώτου Προσθέτου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ – Ν.Δ. 53/1974, που συμφωνήθηκε στο Παρίσι την 20.3.1952), με βάση το κριτήριο της διάρκειας του χρόνου της προσβολής και αποφυγή αόριστης και προβληματικής δέσμευσης ως επαχθούς δικονομικού μέτρου (ΦΕΚ 256 Α' /20.9.1974).

3.3. Δεν διαφοροποιεί σε καμία περίπτωση την εφαρμογή της διάταξης, η εκδοχή να αφορά η δέσμευση περιουσιακά στοιχεία τηρούμενα σε χρηματοπιστωτικά ιδρύματα λειτουργούντα στην αλλοδαπή, καθόσον σε αντίθετη περίπτωση –εφόσον ακολουθήθηκε η εφαρμογή και εκτέλεση του ανακριτικού αιτήματος και της τελικής διάταξης περί δέσμευσης μέσω της οδού της δικαστικής συνδρομής, όμοια οδός θα ακολουθηθεί και για την αυτοδίκαιη άρση της δέσμευσης (άρ. 458 επ. ΚΠΔ, Σύμβαση ΟΗΕ κατά Διαφθοράς, ως έχει κυρωθεί στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 3666/2008)– θα αποτελούσε «νεκρή» διάταξη η όλη ρύθμιση, στερούμενη του στοιχείου της εκτελεστότητας όχι μόνον για την αποδέσμευση (αυτοδίκαιη άρση) αλλά και για την επιβολή της. Τέτοια σκέψη αντιστρατεύεται ευθέως άλλωστε και η βασική έννοια της διάταξης του άρ. 2 παρ. 3 του Ν. 4557/2018 για νομιμοποίηση εσόδων στην αλλοδαπή, όπου και η επίμαχη περιουσία και η εξ αυτού καθιέρωση του βασικού αδικήματος ως διεθνούς εγκλήματος (άρ. 8 περ. ια' και 6 παρ. 1 του Ποινικού Κώδικα).

Τέλος πρέπει να αναφερθεί, ότι η διάταξη ως βασική (πράγματι 4 στο άρθρο 262) περιλαμβανόταν στο αρχικό Σχέδιο του ν. ΚΠΔ (ιστολόγιο Βουλής των Ελλήνων Ν. 4620/2019

με τον τίτλο «Κύρωση του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας), πλην όμως η συνοδευτική αυτού αιτιολογική έκθεση ουδεμία σκέψη παραθέτει (κεφάλαιο οι ρυθμίσεις για τη δέσμευση των περιουσιακών στοιχείων σ. 81-82). Κατά την τελική μορφή του Κώδικα ως κειμένου και τη φάση της επιψήφισης στην Ολομέλεια της Βουλής, διαστρωματώθηκε και σχηματοποιήθηκε το άρ. 262 κατά την παρ. 4.

Δεύτερο σκέλος ερωτήματος. 3.4. Με υπόβαθρο τις εξεγενθείσες αναλύσεις στις υποπαραγράφους 2.3, 2.4 και 2.5 σε αντιδιαστολή με την επί του πρώτου σκέλους του ερωτήματος γνώμη μας, συνάγεται ότι δεν μπορεί για την ταυτότητα του νομοθετικού λόγου να αποκλεισθεί η εφαρμογή της διάταξης του άρ. 262 παρ. 4 ΚΠΔ, υπό την απaráβατη προϋπόθεση να εκκρεμεί πέραν της πενταετίας ανακριτική διάταξη περί δέσμευσης περιουσιακών στοιχείων και απαγόρευσης κίνησης λογαριασμών και όχι διάταξη του Προέδρου της Αρχής του άρ. 47 του Ν. 4557/2018, που υπόκειται στην προαναλυθείσα ρύθμιση επικύρωσης ή μη από την αρμόδια δικαστική αρχή ή το δικαστικό συμβούλιο (διακρίσεις άρ. 42 παρ. 5 του ίδιου νόμου, ως ισχύει με τις αναφερόμενες νομοθετικές τροποποιήσεις των Ν. 4637/2019 [άρ. 9 και 15] και Ν. 4664/2020). Ισχύει δηλαδή επί διατάξεων Ανακριτή που διατηρήθηκε η διάρκεια της ισχύος τους, κατ' άρ. 315 παρ. 5 ΚΠΔ με βούλευμα του αρμοδίου Δικαστικού Συμβουλίου, μαζί με την κρίση επί της ουσίας για την παραπομπή της υπόθεσης στο ακροατήριο προς εκδίκαση (παρ. 3 ίδιου άρθρου) και υπό την αυτονόητη συνδρομή των λοιπών όρων και προϋποθέσεων που αναπτύχθηκαν στην υποπαραγράφο 3.1.

Επέκταση της γνώμης μας σε περιπτώσεις διατάξεων του Προέδρου της Αρχής θα προσέκρουε επιπλέον στην απαγορευτική παγία θέση της γνωμοδοτικής αρμοδιότητάς μας (υποπαραγράφος 1.).

ΙΙ. Υπό το πρίσμα των όσων εκτέθηκαν διακρίσεων επί του ερωτήματός σας, παρακαλούμε για τις άμεσες δικές σας ενέργειες και την ενημέρωση των εισαγγελικών λειτουργιών της υπηρεσίας σας, ως και εκείνων της περιφέρειάς σας.

Γεώργιος Γεράκης  
Αντεισαγγελέας Αρείου Πάγου

## ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ

### Εισαγγελέων Εφετών Αθηνών

Αριθμ. ΠΡΦ 20-147

Αθήνα, 19.6.2020

**Προβολή ακυρότητας του κλητηρίου θεσπίσματος με την κατ' άρ. 322 ΚΠΔ προσφυγή:** Πότε άρχεται η ποινική διαδικασία. – Ο Εισαγγελέας Εφετών δεν μπορεί να επιληφθεί επί ακυροτήτων της προδικασίας κατά την εξέταση της κατ' άρ. 322 ΚΠΔ προσφυγής, ειδάλλως υπερβαίνει θετικά την εξουσία του. – Ποιες ενέργειες εμπίπτουν στην αρμοδιότητα του Εισαγγελέως που επιλαμβάνεται της προσφυγής. – Με την προσφυγή κατά του κλητηρίου θεσπίσματος σκοπεύεται η αποφυγή της παραπομπής του κατηγορουμένου στο ακροατήριο για πράξη για την οποία προφανώς δεν πρέπει να δικασθεί ένεκα νομικών ή ουσιαστικών λόγων, και όχι η προβολή ακυροτήτων του κλητηρίου θεσπίσματος, οι οποίες προτείνονται το πρώτον ενώπιον του ακροατηρίου πριν από την έναρξη της αποδεικτικής διαδικασίας. – Οι διατάξεις των άρ. 6, 8, 12, 51, 53, 83, 84, 85, αλλά και του άρ. 42 ΠΚ είναι διατάξεις που δεν προβλέπουν ποινή για τα διωκόμενα εγκλήματα, αλλά περιέχουν γενικούς ορισμούς ή ιδιαίτερες ιδιότητες ή σχέσεις ή άλλες περιστάσεις που αποκλείουν, μειώνουν ή επιτείνουν την ποινή, ή αναφέρονται σε περιπτώσεις που εφαρμόζονται οι ελληνικοί νόμοι, σε λόγους μείωσης της ποινής, σε ελαφρυντικές περιστάσεις και σε συρροή λόγων

μείωσης της ποινής, η δε μη αναγραφή τους στο κλητήριο θεσπίσμα δεν οδηγεί σε ακύρωση αυτού. – Απορρίπτεται η προσφυγή του κατηγορουμένου, αφού προκύπτουν επαρκείς ενδείξεις ενοχής για τα αδικήματα της χρήσης πλαστού εγγράφου και της απόπειρας απάτης εις βάρος του ΕΦΚΑ προς λήψιν επιδόματος ασθένειας, η δε προκαταρκτική εξέταση που διενεργήθηκε δεν χρήζει συμπληρώσεως.

[...] Ο υπό κρίση κατηγορούμενος παραπέμφθηκε στο ακροατήριο του Τριμελούς Πλημ/κείου Αθηνών προκειμένου να δικαστεί ως υπαίτιος του ότι στην Αθήνα, στις 27.10.2015: «1. Εν γνώσει χρησιμοποίησε πλαστά έγγραφα με σκοπό να παραπλανήσει με τη χρήση τους άλλον σχετικά με γεγονός που μπορούσε να έχει έννομες συνέπειες. Ειδικότερα, κατέθεσε στο Ε' Τοπικό υποκατάστημα ΕΦΚΑ (Ενιαίο Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης) Μισθωτών Αθηνών-Αττικής τις από 13.9.2015 και 14.10.2015 ιατρικές γνωματεύσεις του Γ.Ν.Α. "ΚΑΤ", εν γνώσει του ότι ήταν πλαστές, καθώς η από 13.9.2015 γνωμάτευση αφορούσε άλλον ασθενή και δη τον Η.Ε., ενώ όσον αφορά την από 14.10.2015 γνωμάτευση, ο κατηγορούμενος επισκέφθηκε την εφημερία του νοσοκομείου στις 12.7.2015, δηλαδή, άλλη ημέρα από εκείνη που αναγραφόταν στην υποβληθείσα ιατρική γνωμάτευση, με σκοπό να παραπλανήσει τους αρμοδίους υπαλλήλους περί του γεγονότος ότι αυτές ήταν γνήσιες, προκειμένου να πιστωθεί επίδομα ασθένειας, συνολικού ποσού 882,00 ευρώ (ημερήσιο επίδομα 14,70 ευρώ x 60 ημέρες) στον λογαριασμό του. 2. Έχοντας αποφασίσει, με την εν γνώσει παράσταση ψευδών γεγονότων σαν αληθινών, να βλάβει ξένη περιουσία πείθοντας κάποιον σε πράξη, με σκοπό από τη βλάβη αυτής της περιουσίας να αποκομίσει ο ίδιος παράνομο περιουσιακό όφελος, άρχισε να εκτελεί την περιγραφόμενη στο νόμο αξιόποινη πράξη, αλλά το έγκλημα δεν ολοκληρώθηκε όχι με δική του θέληση αλλά από εξωτερικά εμπόδια. Ειδικότερα, έχοντας αποφασίσει, παριστάνοντας εν γνώσει του ψευδώς ότι εδικαιούτο επίδομα ασθένειας, να βλάβει την περιουσία του ΕΦΚΑ πείθοντας τους αρμοδίους υπαλλήλους του Τμήματος Παροχών του Ε' Τοπικού Υποκαταστήματος Μισθωτών Αττικής του ΕΦΚΑ σε καταβολή, με σκοπό από τη βλάβη αυτής της περιουσίας να αποκομίσει ο ίδιος παράνομο περιουσιακό όφελος, κατέθεσε στο Ε' Τοπικό υποκατάστημα ΕΦΚΑ (Ενιαίο Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης) Μισθωτών Αθηνών-Αττικής τις από 13.9.2015 και 14.10.2015 ιατρικές γνωματεύσεις του Γ.Ν.Α. «ΚΑΤ», εν γνώσει του ότι ήταν πλαστές, καθώς η από 13.9.2015 γνωμάτευση αφορούσε άλλον (δήθεν) ασθενή και δη τον Η.Ε., ενώ όσον αφορά την από 14.10.2015 γνωμάτευση, ο κατηγορούμενος επισκέφθηκε (δήθεν) την εφημερία του νοσοκομείου στις 12.7.2015, δηλαδή, άλλη ημέρα από εκείνη που αναγραφόταν στην υποβληθείσα ιατρική γνωμάτευση, με σκοπό να παραπλανήσει τους αρμοδίους υπαλλήλους περί του γεγονότος ότι αυτές ήταν γνήσιες, προκειμένου να πιστωθεί επίδομα ασθένειας, συνολικού ποσού 882,00 ευρώ (ημερήσιο επίδομα 14,70 ευρώ x 60 ημέρες) στον λογαριασμό του, αλλά το έγκλημα δεν ολοκληρώθηκε, καθώς οι υπάλληλοι διαπίστωσαν, ύστερα από έρευνα, ότι οι ιατρικές βεβαιώσεις ήταν πλαστές».

Μετά την διενεργηθείσα προκαταρκτική εξέταση και από όλα τα αποδεικτικά στοιχεία της δικογραφίας προέκυψαν τα ακόλουθα:

Σύμφωνα με το από 23.7.2018 έγγραφο του Υπουργείου Εργασίας, Κοινωνικής Πρόνοιας και Κοινωνικής αλληλεγγύης οι από 13.9.2015 και 14.10.2015 ιατρικές γνωματεύσεις του νοσοκομείου «ΚΑΤ» που υπεβλήθησαν στον ΕΦΚΑ για να καταβληθεί επίδομα ασθένειας στον κατηγορούμενο ήταν πλαστές. Ειδικότερα, οι ως άνω γνωματεύσεις είχαν διορθωμένες ημερομηνίες και η πρώτη εξ αυτών αφορούσε άλλο άτομο. Ειδικότερα η μεν από 13.9.2015 γνωμάτευση αφορούσε τον δήθεν Η.Ε., ενώ η από 14.10.2015 γνωμάτευση τον Η.Λ. Ο Η.Ε. επισκέφτηκε την εφημερία του νοσοκομείου ΚΑΤ την 13.7.2015, ενώ ο Η.Λ. δήθεν την 12.7.2015. Μετά



από αυτά ο ΕΦΚΑ εξέδωσε την υπ' αριθμ. 8/2018 απορριπτική απόφαση περί καταβολής του ως άνω επιδόματος στον κατηγορούμενο. Όπως προκύπτει από την από 15.6.2019 κατάθεση της Ε.Π., αναπληρώτριας Προϊσταμένης του 5<sup>ου</sup> Τμήματος Παροχών του Ε' Τοπικού Υποκαταστήματος Μισθωτών Αττικής, ο ως άνω Αιγυπτιακής καταγωγής κατηγορούμενος φέρεται να προσκόμισε τις ως άνω ιατρικές γνωματεύσεις με επισυναπτόμενη υπεύθυνη δήλωση, ζητώντας την καταβολή επιδόματος ατυχήματος. Τα ανωτέρω αποδεικνύονται και από το υπ' αριθμ. πρωτ. [...] /2015 αποδεικτικό παραλαβής δικαιολογητικών παροχών ασθενείας. Ο Ε.Η. δεν είναι υπαρκτό, κατά την υπηρεσία αυτή, πρόσωπο. Εάν γίνονταν δεκτές οι ως άνω γνωματεύσεις, ο κατηγορούμενος θα λάμβανε το ποσό που αναφέρεται στο υπό κρίση κατηγορητήριο αφού τα χρήματα θα πιστώνονταν στον προσωπικό λογαριασμό του. Ο κατηγορούμενος αναφέρει ότι γνώρισε ένα συμπατριώτη του ο οποίος του υποσχέθηκε ότι μπορεί, λόγω γνωριμιών, να κινήσει διαδικασία καταβολής επιδόματος ασθενείας για λογαριασμό του αντί καταβολής σε αυτόν αμοιβής [...] 500 ευρώ, το οποίο ο κατηγορούμενος απεδέχθη. Ο προσφεύγων διατείνεται πως δεν περίμενε ότι ο ομοεθνής του θα προσπαθήσει να βγάλει επίδομα ασθενείας για τον κατηγορούμενο χωρίς να τηρήσει τις νόμιμες διαδικασίες.

Ο προσφεύγων διατείνεται ότι υπάρχει απόλυτη ακυρότητα της προδικασίας, διότι δεν έγιναν δεκτές οι αιτήσεις του κατά το στάδιο της προκαταρκτικής εξέτασης για την κλήση των ιατρών που φέρονται ότι υπέγραψαν τις ως άνω γνωματεύσεις προκειμένου να καταθέσουν ως μάρτυρες για να δηλώσουν πως γίνεται η λήψη των στοιχείων των εξεταζομένων. Επίσης, ο προσφεύγων επικαλείται την ίδια ακυρότητα επειδή δεν κλήθηκε να καταθέσει ο αρμόδιος προς παραλαβή δικαιολογητικών παροχών ασθενείας υπάλληλος του ΕΦΚΑ για να βεβαιώσει αν ο κατηγορούμενος προσήλθε να υποβάλει τα δικαιολογητικά για την παροχή επιδόματος ασθενείας. Περαιτέρω, ο κατηγορούμενος ζήτησε την προσκόμιση στην δικογραφία συγκεκριμένων εγγράφων για να φανεί αν ο εργοδότης που φέρεται να απασχολούσε τον κατηγορούμενο χορήγησε σε αυτόν βεβαίωση περί διακοπής της εργασίας του την 13.9.2015. Με τον τρόπο αυτό θα αποδεικνυόταν, όπως ισχυρίζεται, ότι ο ίδιος δεν έχει καμία σχέση με τα αδικήματα για τα οποία κατηγορείται.

Η ποινική προδικασία, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις του ΚΠΔ, άρχεται με την άσκηση ποινικής δίωξης και όχι στο στάδιο της προκαταρκτικής εξέτασης. Σε κάθε περίπτωση ο εισαγγελέας πρωτοδικών σωστά έκρινε, κατά την διενεργηθείσα προκαταρκτική εξέταση, ότι τα έγγραφα και οι μαρτυρικές καταθέσεις που ζητεί ο κατηγορούμενος δεν θα προσθέσουν κάτι σημαντικό στην υπόθεση, αφού ήδη υπήρχαν επαρκείς αποδείξεις για να ασκηθεί η δέουσα ποινική δίωξη κατ' αυτού. Πέραν όσων αναφέρθηκαν θα πρέπει να τονιστεί ότι στα πλαίσια της προσφυγής κατά κλητηρίου θεσπίσματος (άρ. 322 ΚΠΔ) ο εισαγγελέας εφετών δεν μπορεί να επιληφθεί επί ακυροτήτων της προδικασίας, διότι σε μια τέτοια περίπτωση υπερβαίνει θετικά την εξουσία του (ΔιατΕισΕφΠειρ 15/2000, *Μαργαρίτη Λ.*, Κώδικας Ποινικής Δικονομίας, τόμος πρώτος, 2018, σελ. 2064 επ., όπου και παραπομπές). Ο εισαγγελέας εφετών που επιλαμβάνεται της προσφυγής έχει συγκεκριμένη αρμοδιότητα, η οποία περιορίζεται στο να απορρίψει την προσφυγή ή να διατάξει περαιτέρω προανάκριση, μετά την ολοκλήρωση της οποίας απορρίπτεται την προσφυγή ή διατάσσει την εισαγωγή της υπόθεσης στο δικαστικό συμβούλιο ή την διενέργεια κυρίας ανάκρισης.

Στην υπό κρίση, εξάλλου, προσφυγή ο κατηγορούμενος ζητεί την ακυρότητα του κλητηρίου θεσπίσματος λόγω μη αναγραφής σε αυτό του άρ. 42 ΠΚ περί απόπειρας τέλεσης εγκλήματος. Εδώ θα πρέπει να τονιστεί ότι η προσφυγή του άρ. 322 ΚΠΔ δεν έχει στόχο την προβολή ακυρότητας του κλητηρίου θεσπίσματος αλλά την αποφυγή της παραπομπής του κατηγορουμένου στο ακροατήριο για πράξη για την οποία προφανώς δεν πρέπει να δικαστεί, είτε για νομικούς ή για ουσιαστικούς

λόγους. Σε κάθε περίπτωση οι λόγοι αυτοί πρέπει να αφορούν στην κατηγορία, όπως αυτή περιγράφεται στο προσβαλλόμενο κλητήριο θεσπίσμα. Η προσφυγή επομένως του άρ. 322 ΚΠΔ δεν λειτουργεί ως μέσο προβολής ακυρότητας του κλητηρίου θεσπίσματος, η οποία μπορεί να προταθεί ενώπιον του ακροατηρίου πριν από την έναρξη της αποδεικτικής διαδικασίας, αλλά ως μέσο άμυνας του κατηγορουμένου κατά της απευθείας παραπομπής και ανατροπής της παραπομπής αυτής. Σε κάθε περίπτωση δεν οδηγούν σε ακύρωση του κλητηρίου θεσπίσματος η μη αναγραφή στο κλητήριο θεσπίσμα άρθρων του Ποινικού Κώδικα που δεν τυποποιούν το έγκλημα. Με άλλα λόγια τα άρ. 6, 8, 12, 51, 53, 83, 84, 85 ΠΚ, αλλά και το άρ. 42 ΠΚ, είναι διατάξεις που δεν προβλέπουν ποινή για τα διωκόμενα εγκλήματα, αλλά άρθρα που αναφέρονται σε διατάξεις που περιέχουν γενικούς ορισμούς ή ιδιαίτερες ιδιότητες ή σχέσεις ή άλλες περιστάσεις που αποκλείουν, μειώνουν ή επιτείνουν την ποινή, σε περιπτώσεις που εφαρμόζονται οι ελληνικοί νόμοι, σε λόγους μείωσης της ποινής, σε ελαφρυντικές περιστάσεις και σε συρροή λόγων μείωσης της ποινής (ΑΠ 1132/2016 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 683/2009 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1464/2006 ΠΛΟΥ 2006, 1349, *Μαργαρίτη Λ.*, Κώδικας Ποινικής Δικονομίας, 2018, τόμος πρώτος, σελ. 2039, όπου και παραπομπές). Η παράλειψη των άρθρων αυτών στο κλητήριο θεσπίσμα δεν οδηγεί σε ακύρωση αυτού.

Ενόψει όσων αναφέρθηκαν, επειδή προκύπτουν επαρκείς ενδείξεις ενοχής του κατηγορουμένου και η διενεργηθείσα προκαταρκτική εξέταση δεν χρήζει συμπλήρωσης με περαιτέρω προανάκριση, θα πρέπει να απορριφθεί η υπό κρίση προσφυγή και να εκπέσει το κατατεθέν παράβολο υπέρ του ελληνικού Δημοσίου. [...]

Γεώργιος Βούλγαρης  
Αντεισαγγελέας Εφετών

## Εισαγγελίας Πλημμελειοδικών Καβάλας

Αριθμ. 123

Καβάλα, 31.3.2021

**Φοροδιαφυγή περί τον ΦΠΑ. Παραγραφή. Διαχρονικό δίκαιο:** Για την ποινική δίωξη των αδικημάτων φοροδιαφυγής απαιτείται η υποβολή "μηνυτήριας αναφοράς", η οποία ισχυροποιείται με αίτηση δίωξης κατ' άρ. 41 ΚΠΔ. – Το ζήτημα της αρμοδιότητας για την υποβολή της ως άνω αναφοράς ρυθμίζεται διαφορετικά στο άρ. 68 απ' ό,τι στο άρ. 55Α του Ν. 4174/2013, αφού στο τελευταίο αναφέρεται ως (αποκλειστικώς) αρμόδιος ο Διοικητής της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων. – Η έναρξη της προθεσμίας της παραγραφής για τις πράξεις φοροδιαφυγής στο εισόδημα και τον ΦΠΑ που τελέσθηκαν πριν από τις 6.11.2020 και για τις οποίες δεν έχει εκδοθεί αμετάκλητη απόφαση συμπίπτει με τον χρόνο τέλεσής τους, αφού οι διατάξεις των άρ. 32 παρ. 3 και 92 του Ν. 4745/2020 είναι ευμενέστερες από εκείνες των άρ. 68 παρ. 2 και 55Α παρ. 3 του Ν. 4174/2013 που καταργήθηκαν· αντίθετως, η αναστολή της προθεσμίας της παραγραφής για πράξεις τελεσθείσες πριν από τις 6.11.2020 ρυθμίζεται με βάση την διάταξη του άρ. 113 ΠΚ, αφού η διάταξη του άρ. 68 παρ. 3 στοιχ. ε' του Ν. 4174/2013, η οποία προστέθηκε με το άρ. 32 παρ. 4 του Ν. 4745/2020, είναι δυσμενέστερη έναντι της προηγούμενης λόγω της ρυθμίσεως της έναρξης της αναστολής σε χρόνο κατά τον οποίο η προθεσμία της παραγραφής δεν έχει ακόμη εκκινήσει κατά το προϊσχύσαν δίκαιο. – Για ποιον λόγο δεν υιοθετείται η αντίθετη άποψη περί επελεύσεως της αναστολής κατά τον χρόνο στον οποίο εκδίδεται η εκτελεστική διοικητική πράξη της Φορολογικής Διοίκησης. – Για τις πράξεις που τελέσθηκαν από τις 6.11.2020 μέχρι και τις 23.12.2020 η προθεσμία ενάρξεως της παραγραφής συμπίπτει με τον χρόνο τέλεσης του αδικήματος κατ' άρ. 17



ΠΚ, ενώ η αναστολή της επέρχεται με την έκδοση της εκτελεστικής πράξης της φορολογικής αρχής. – Ως προς τις πράξεις που τελέσθηκαν μετά τις 23.12.2020 ο χρόνος έναρξης της προθεσμίας της παραγραφής προσδιορίζεται σύμφωνα με το άρ. 55Α του Ν. 4174/2013, το οποίο προστέθηκε με το άρ. 163 του Ν. 4764/2020, στον χρόνο έκδοσης της εκτελεστικής διοικητικής πράξης ή, σε περίπτωση μη έκδοσης αυτής, στην πάροδο χρονικού διαστήματος πέντε ετών σύμφωνα με το άρ. 36 του Ν. 4174/2013· δεν αποκλείεται κατά το χρονικό αυτό σημείο να έχει συμπληρωθεί ο χρόνος της διοικητικής παραγραφής (άρ. 136 του Ν. 4270/2014). – Για ποιους λόγους δεν είναι δυνατή η εφαρμογή της μεταβατικής διάταξης του άρ. 96 του Ν. 4745/2020 αναφορικά με την μετάθεση του χρονικού σημείου έναρξης της παραγραφής για τις πράξεις που έχουν τελεσθεί πριν από τις 23.12.2020. – Η μη υποβολή της αίτησης δίωξης δεν συνιστά λόγο αναστολής της παραγραφής κατ' άρ. 113 παρ. 1 περ. α' ΠΚ ένεκα ταυτότητας του νομικού λόγου με την κατ' άρ. 113 παρ. 3 ΠΚ περίπτωση, όπου η μη υποβολή της εγκλήσεως δεν επιδρά στην έναρξη της παραγραφής. – Απορρίπτεται η μηνυτήρια αναφορά και δεν ασκείται ποινική δίωξη κατά του ελεγχθέντος για αποδοχή τεσσάρων φορολογικών στοιχείων για ανύπαρκτες συναλλαγές με συνολική καθαρή αξία 9.620 ευρώ, στις οποίες αναλογούσε ΦΠΑ ύψους 2.212,60 ευρώ, αφού η πράξη έχει παραγραφεί. – Η υπόθεση τίθεται στο αρχείο, υποβαλλομένης σχετικής αναφοράς προς τον αρμόδιο Εισαγγελέα Εφετών προς έγκριση της πράξεως αρχειοθέτησης κατ' άρ. 43 παρ. 3 ΚΠΔ.

Υποβάλλουμε, κατ' άρ. 43 παρ. 3 ΚΠΔ, την υπ' αριθμ. Β201/48, κατ' άρ. 41 ΚΠΔ, αίτηση δίωξης της Προϊσταμένης της Δ.Ο.Υ. Καβάλας, σύμφωνα με την οποία ο Δ.Μ. του Β. και της Π., έχοντας την ιδιότητα του ιδιοκτήτη ατομικής επιχείρησης με αντικείμενο εργασιών τις «οδικές μεταφορές εμπορευμάτων» και έδρα τη Ν.Κ. Καβάλας, στις 2.4.2009 και 13.12.2010 αποδέχθηκε τέσσερα εικονικά φορολογικά στοιχεία για συναλλαγές ανύπαρκτες στο σύνολο τους συνολικής καθαρής αξίας εννιά χιλιάδων εξακοσίων είκοσι (9.620) ευρώ, όπου αναλογούσε ΦΠΑ χρηματικού ποσού δύο χιλιάδων διακοσίων δώδεκα ευρώ και εξήντα λεπτών (2.212,60). Εκθέτουμε λοιπόν τα εξής:

α. Η ποινική δίωξη των αδικημάτων φοροδιαφυγής στο πλαίσιο τόσο του Ν. 2523/1997, όσο και του Ν. 4174/2013, ναι μεν πάντοτε οριζόταν ρητά ως αυτεπάγγελτη, πλην όμως είναι ακριβές ότι πάντοτε προϋπόθεσή της ήταν η υποβολή «μηνυτήριας αναφοράς» εκ μέρους της Φορολογικής Διοίκησης. Εδώ βεβαίως δεν πρόκειται για την κατ' άρ. 42 ΚΠΔ «μήνυση αξιόποινων πράξεων», αλλά προφανώς για την, κατ' άρ. 41 ΚΠΔ, αίτηση δίωξης, δηλαδή για μία διαδικαστική προϋπόθεση – προαπαιτούμενο της ποινικής δίωξης (βλ. έτσι, αντί άλλων, Δημήτρη Γ., Εγκλήματα φοροδιαφυγής, Ζητήματα φοροδιαφυγής στο εισόδημα, στο ΦΠΑ και στα φορολογικά στοιχεία, 2011, σ. 243, του ίδιου, Η άσκηση ποινικής δίωξης στα εγκλήματα φοροδιαφυγής, ΠοινΔικ 2012, σ. 400).

β. Το σχετικό καθήκον για την υποβολή της αίτησης δίωξης ανατίθεται σε συγκεκριμένους φορείς, όχι μόνο της Φορολογικής Διοίκησης. Προς την κατεύθυνση αυτή: Όταν το ζήτημα ρυθμιζόταν στο άρ. 21 Ν. 2523/1997, η αρμοδιότητα ανήκε στον Προϊστάμενο της αρμόδιας ΔΟΥ, τα όργανα του ΣΔΟΕ, τα ελεγκτικά κέντρα του άρ. 3 Ν. 2343/1995 και τον Προϊστάμενο της Γενικής Διεύθυνσης Φορολογικών Ελέγχων της Γενικής Γραμματείας Φορολογικών και Τελωνειακών Θεμάτων του Υπουργείου Οικονομικών (βλ. αναλυτικά, Δημήτρη Γ., ΠοινΔικ 2012, σ. 398). Στη συνέχεια, μετά τη συστηματική ένταξη των αδικημάτων φοροδιαφυγής στο Ν. 4174/2013, η αρμοδιότητα οριοθετήθηκε με διαφορετικό τρόπο. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρ. 68 (Ν. 4174/2013), αυτή αναγνωρίστηκε στον Γενικό Γραμματέα Δημοσίων Εσόδων ή στα όργανα της Φορολογικής Διοίκησης ή τη Διεύθυνση Οικονομικής Αστυνομίας της Ελληνικής Αστυνομίας.

Πρόκειται για ρύθμιση που ουδέποτε τροποποιήθηκε. Με αυτό το δεδομένο, έχει ιδιαίτερο ενδιαφέρον ότι το ζήτημα (της αρμοδιότητας για την υποβολή της αίτησης δίωξης) ρυθμίζεται και στο άρ. 55Α του ίδιου νόμου με διαφορετικό τρόπο. Ειδικότερα, στην αρχική του μορφή (σημειώνεται πως το άρ. 55Α προστέθηκε με το άρ. 3 παρ. 5 Ν. 4337/2015) η αρμοδιότητα ανήκε στο Γενικό Γραμματέα Δημοσίων Εσόδων, ενώ στη συνέχεια (μετά την αντικατάσταση της παρ. 1 του άρ. 55Α από το άρ. 35 παρ. 1 Ν. 4646/2019) και μέχρι σήμερα (η αρμοδιότητα ανήκει) στο Διοικητή της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων.

γ. Σε ό,τι αφορά την έναρξη και την αναστολή της προθεσμίας της παραγραφής των αδικημάτων φοροδιαφυγής, τα χρονικά πλαίσια που «συμμετέχουν» στη στάθμιση είναι περισσότερα. Πρόκειται για εκείνο από το «απώτερο» παρελθόν μέχρι τις 6.11.2020 (ημερομηνία θέσης σε ισχύ του ν. 4745/2020) αφενός, εκείνο από τις 6.11.2020 μέχρι τις 23.12.2020 (ημερομηνία θέσης σε ισχύ του ν. 4764/2020) αφετέρου, και εκείνο από τις 23.12.2020 και εφεξής εκ τρίτου.

Με αυτά τα δεδομένα, ειδικότερα:

Ι. Σε ό,τι αφορά το πρώτο χρονικό πλαίσιο («απώτερο» παρελθόν μέχρι τις 6.11.2020):

ι) Σύμφωνα με το άρ. 21 παρ. 10 εδ. β' και γ' Ν. 2523/1997, η προθεσμία παραγραφής για τα αδικήματα της φοροδιαφυγής στο εισόδημα και τον ΦΠΑ (άρ. 17 και 18 Ν. 2523/1997) άρχιζε από την τελεσιδικία της απόφασης επί της προσφυγής που ασκήθηκε ή σε περίπτωση μη άσκησης προσφυγής από την οριστικοποίηση της φορολογικής εγγραφής λόγω παρόδου της προθεσμίας (πρόκειται για προθεσμία εξήντα ή ενενήντα ημερών, σύμφωνα με τις διακρίσεις του άρ. 66 ΚΔΔ) για την άσκηση της. Αντίστοιχα, στο αδίκημα της έκδοσης και αποδοχής πλαστών ή εικονικών φορολογικών στοιχείων (άρ. 19 Ν. 2523/1997), η προθεσμία παραγραφής άρχιζε από το χρόνο διαπίστωσης του αδικήματος, ο οποίος προσδιοριζόταν από την ημερομηνία θεώρησης του οικείου πορίσματος του φορολογικού ελέγχου από τον προϊστάμενο της αρχής που διενήργησε τον έλεγχο (βλ. άρ. 2 παρ. 8 Ν. 2954/2001· για τα διαχρονικού δικαίου προβλήματα που συνόδευαν τη ρύθμιση, βλ. Δημήτρη Γ., Εγκλήματα φοροδιαφυγής, σ. 210 επ.).

ii) Μετά την ένταξη των ρυθμίσεων για τα αδικήματα φοροδιαφυγής στο Ν. 4174/2013 (είναι χαρακτηριστικό ότι στο ίδιο νόμο υπήρχαν μέχρι πρόσφατα δύο όμοιες ρυθμίσεις για το ίδιο ζήτημα στις διατάξεις διαφορετικών άρθρων· πρόκειται για i) την παρ. 2 του άρ. 68, πριν την κατάργησή της από το άρ. 92 Ν. 4745/2020, και ii) την παρ. 3 του άρ. 55Α, πριν την κατάργησή της από το άρ. 32 παρ. 3 Ν. 4745/2020), η προθεσμία παραγραφής (για όλα τα αδικήματα φοροδιαφυγής) άρχιζε από την τελεσιδικία της απόφασης επί της προσφυγής που ασκήθηκε ή σε περίπτωση μη άσκησης προσφυγής από την οριστικοποίηση της φορολογικής εγγραφής λόγω παρόδου της προθεσμίας άσκησης της προσφυγής.

Επομένως, μέχρι εδώ:

ι) Ο χρόνος τέλεσης των αδικημάτων φοροδιαφυγής προσδιοριζόταν από τη ρύθμιση του άρ. 17 ΠΚ [σημειώνεται πως στο άρ. 17 ΠΚ προβλεπόταν δυνατότητα να κριθεί κρίσιμος για τον προσδιορισμό του χρόνου τέλεσης και (ή μόνο) ο χρόνος επέλευσης του αποτελέσματος· δεν ήταν δηλαδή δυνατό να συνδεθεί ο χρόνος τέλεσης με ένα άλλο μέγεθος διαφορετικό από τη συμπεριφορά του δράστη ή το αποτέλεσμα της πράξης· βλ. Δημήτρη Γ., Ζητήματα διαχρονικού δικαίου στα εγκλήματα φοροδιαφυγής, ΠοινΧρ 2021, σ. 5], ενώ ο χρόνος παραγραφής εντοπιζόταν σε ένα απώτερο μεταγενέστερο χρονικό σημείο, εκείνο της οριστικοποίησης της φορολογικής ενοχής. Η απόκλιση αυτή (χρόνος τέλεσης αδικήματος αφενός, έναρξη της προθεσμίας παραγραφής αφετέρου) ήταν δυνατή σύμφωνα με την επιφύλαξη που περιέχει το άρ. 112 εδ. α' νΠΚ («η προθεσμία της παραγραφής αρχίζει από την ημέρα που τελέστηκε η αξιόποινη πράξη, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά»· απολύτως ταυτόσημη ήταν η ρύθμιση του άρ. 112 ΠΠΚ).

ii) Η αναστολή της προθεσμίας παραγραφής υπάκουε στο περίγραμμα των «κοινών» γι' αυτή διατάξεων του άρ. 113 ΠΚ.

II. Σε ό,τι αφορά το δεύτερο χρονικό πλαίσιο (6.11.2020 – 23.12.2020):

Δυνάμει του άρ. 32 παρ. 3 Ν. 4745/6.11.2020 καταργήθηκε η παρ. 3 του άρ. 55Α Ν. 4174/2013, και δυνάμει του άρ. 92 Ν. 4745/2020 καταργήθηκε η παρ. 2 του άρ. 68 Ν. 4174/2013. Υπενθυμίζεται λοιπόν στο σημείο αυτό ότι οι διατάξεις των άρθρων αυτών προέβλεπαν την έναρξη της προθεσμίας παραγραφής των αδικημάτων φοροδιαφυγής από την οριστικοποίηση της φορολογικής ενοχής.

Ταυτόχρονα, με το άρ. 32 παρ. 4 Ν. 4745/2020 τροποποιήθηκε η παρ. 3 του άρ. 68 Ν. 4174/2013. Ειδικότερα, σύμφωνα με το στοιχ. α' (του άρ. 68) «αν, με βάση εκτελεστή πράξη της φορολογικής αρχής, συντρέχει περίπτωση τέλεσης ή απόπειρας τέλεσης αδικήματος φοροδιαφυγής, εκ των οριζομένων στο άρθρο 66, η έκδοση τέτοιας πράξης αναστέλλει την προθεσμία της παραγραφής του σχετικού εγκλήματος και συνεπάγεται την αυτεπάγγελτη αναβολή ή αναστολή της αντίστοιχης ποινικής διαδικασίας». Και περαιτέρω, σύμφωνα με το στοιχ. γ' «η αναστολή της προθεσμίας της παραγραφής και η αναβολή ή αναστολή της ποινικής διαδικασίας διαρκούν μέχρι την οριστικοποίηση της οικείας πράξης της φορολογικής αρχής, λόγω άπρακτης παρόδου της προθεσμίας άσκησης προσφυγής, ή μέχρις ότου καταστεί αμετάκλητη η απόφαση του αρμόδιου διοικητικού δικαστηρίου επί της προσφυγής που ασκήθηκε».

Επομένως, στο χρονικό διάστημα που ακολούθησε την 6.11.2020 και μέχρι τις 23.12.2020:

i) Εφόσον δεν υπήρχε ειδική ρύθμιση σχετικά με το χρονικό σημείο έναρξης της προθεσμίας παραγραφής των αδικημάτων φοροδιαφυγής, καλούνταν σε εφαρμογή η ρύθμιση του εδ. α' του άρ. 112 ΠΚ, χωρίς την επιφύλαξη («εκτός αν ορίζεται διαφορετικά», αφού εδώ δεν οριζόταν διαφορετικά). Επομένως, η έναρξη της προθεσμίας παραγραφής συνέπιπτε με το χρόνο τέλεσης, όπως αυτός προσδιορίζεται στο άρ. 17 ΠΚ (βλ. έτσι α) από τη θεωρία: Δημήτρη Γ., ΠοινΧρ 2021, σ. 5· β) από τη νομολογία: ΤριμΕφΚρ 3/2021, ΤΝΠ Νόμος, ΜονΠλημΣερ 1493/2020 ΠοινΧρ 2020, 751).

ii) Σε ό,τι αφορά την αναστολή της παραγραφής, αυτή ενεργοποιούνταν (και συνεχίζει, όπως θα εκτεθεί στη συνέχεια, να ενεργοποιείται) με την έκδοση της εκτελεστής πράξης της φορολογικής αρχής.

Το πλαίσιο αυτό (έναρξη της προθεσμίας παραγραφής = χρόνος τέλεσης του αδικήματος / αναστολή της προθεσμίας παραγραφής = έκδοση εκτελεστής διοικητικής πράξης) οφείλει να εφαρμοσθεί «αυτούσιο» για πράξεις φοροδιαφυγής που τελέστηκαν κατά το χρονικό διάστημα από τις 6.11.2020 έως τις 23.12.2020.

Αντίστοιχα, σε ό,τι αφορά τις πράξεις φοροδιαφυγής που τελέστηκαν πριν τις 6.11.2020 (εφόσον βέβαια γι' αυτές δεν είχε εκδοθεί αμετάκλητη απόφαση), είναι καταρχήν χωρίς αμφιβολία αναγκαίο να εφαρμοσθεί η προκληθείσα με το Ν. 4745/2020 ταύτιση του χρόνου τέλεσης της πράξης με το χρονικό σημείο έναρξης της παραγραφής. Τούτο αποδεικνύεται αναγκαίο, εφόσον η προϊσχύουσα ρύθμιση (έναρξη της προθεσμίας παραγραφής από την οριστικοποίηση της φορολογικής ενοχής) ήταν δυσμενέστερη, και αντίστοιχα η νεοπαγής, ευμενέστερη για τον ελεγχόμενο.

Αντίθετα, η πρόβλεψη του Ν. 4745/2020 για την αναστολή της προθεσμίας παραγραφής υπήρξε δυσμενέστερη για τον ελεγχόμενο (για πράξη φοροδιαφυγής που τελέστηκε πριν τις 6.11.2020), στο βαθμό που το ζήτημα προηγουμένως ρυθμιζόταν από το άρ. 113 ΠΚ. Με άλλα λόγια, η νεοπαγής ρύθμιση επέτρεψε την αναστολή της προθεσμίας παραγραφής (και μάλιστα χωρίς το χρονικό περιορισμό της παρ. 2 του άρ. 113 ΠΚ· βλ. άρ. 68 παρ. 3 στοιχ. ε' Ν. 4174/2013) σε χρόνο στον οποίο σύμφωνα με την προϊσχύουσα πρόβλεψη, η προθεσμία παραγραφής δεν είχε αρχίσει τη διαδρομή της (βλ. έτσι, α) από τη

θεωρία: Δημήτρη Γ., ΠοινΧρ 2021, σ. 9, β) από τη νομολογία: ΤριμΕφΚρ 3/2021, ό.π.).

Βεβαίως, έχει ήδη υποστηριχθεί (βλ. Παπακυριάκου Θ., Επίκαιρα ζητήματα φορολογικού ποινικού δικαίου μετά την ψήφιση του ν. 4745/2020, Εισήγηση σε διαδικτυακή επιστημονική εκδήλωση που διοργανώθηκε από την Ένωση Εισαγγελέων Ελλάδος και το Εργαστήριο Μελέτης για τη Διαφάνεια, της Διαφθορά και το Οικονομικό Έγκλημα, Παπανδρέου Π., Ερμηνευτική προσέγγιση των διατάξεων περί κίνησης της ποινικής δίωξης και παραγραφής των φορολογικών εγκλημάτων μετά τους ν. 4745/2020 και 4764/2020, ΠοινΔικ 2021, σ. 339, υποσημ. 51) ότι η ρύθμιση για το χρόνο έναρξης της προθεσμίας παραγραφής δεν μπορεί να διαχωριστεί από τη ρύθμιση για την αναστολή της. Σύμφωνα λοιπόν με την άποψη αυτή, για πράξεις φοροδιαφυγής που τελέστηκαν πριν τις 6.11.2020 η μεν έναρξη της προθεσμίας παραγραφής συμπίπτει με το χρόνο τέλεσης του αδικήματος, ενώ η αναστολή της επέρχεται όταν εκδίδεται η εκτελεστή διοικητική πράξη της Φορολογικής Διοίκησης. Πρόκειται για μη πειστική θέση.

Και τούτο καταρχήν, διότι οι προβλέψεις για την έναρξη και την αναστολή της προθεσμίας παραγραφής δε συγκροτούν έναν ενιαίο κανόνα, αλλά διαφέρουν συστηματικά και ουσιαστικά. Συστηματικά, διότι πάντοτε ρυθμιζόταν σε διαφορετικές διατάξεις διαφορετικών άρθρων, και ουσιαστικά, διότι είναι άλλο η έναρξη της προθεσμίας παραγραφής και άλλο η αναστολή της ίδιας προθεσμίας. Επομένως, εδώ δεν πρόκειται για «κολάζ» που δημιουργεί έναν νόμο ο οποίος ουδέποτε υπήρξε, αλλά για αντιμετώπιση δύο συναφών μεν, πλην διαφορετικών ζητημάτων που βρίσκονται στη «σκέπη» του ίδιου θεσμού.

Περαιτέρω διότι ότι αν γίνει αποδεκτή η «ενιαία» μεταχείριση της έναρξης και της αναστολής της προθεσμίας παραγραφής, προκαλείται το εξής παράδοξο: Αν λχ. ο νομοθέτης τροποποιήσει τα της αναστολής της προθεσμίας παραγραφής του άρ. 113 ΠΚ, καθιστώντας τα πράγματα ευμενέστερα ή δυσμενέστερα, η ρύθμιση θα εφαρμόζεται ή δε θα εφαρμόζεται για πράξεις που τελέστηκαν πριν την επέλευση της τροποποίησης με μοναδικό κριτήριο τον τρόπο προσδιορισμού του χρόνου έναρξης της παραγραφής! Τούτο όμως, σχεδόν ουδέποτε μέχρι σήμερα έχει υποστηριχθεί, και νομίζω ορθά δεν υποστηρίχθηκε (βλ. αναλυτικά σε Μαργαρίτη Λ., σε Μαργαρίτη/Παρασκευόπουλου/Νούσκαλη, Ποινολογία, 2020, σ. 140-141, υποσημ. 315, και τις εκεί παραπομπές στη θεωρία και τη νομολογία· βλ. επίσης χαρακτηριστικά την ΟΛΑΠ 2/2013 ΠοινΧρ 2013, 684, όπου υπήρξε «αυτοτελής» αντιμετώπιση μόνο του ζητήματος της αναστολής της προθεσμίας παραγραφής, χωρίς αναγωγές στον ζήτημα της έναρξης της· βλ. επίσης, τις εξαιρετικές σκέψεις της ΤριμΕφΚρ 3/2021, ό.π.). Επομένως, δεν υπάρχει λόγος να υποστηριχθεί σήμερα στη «λογική της σωτηρίας της ποινικής δίωξης» απλά και μόνο επειδή πρόκειται για αδικήματα φοροδιαφυγής!

III. Σε ό,τι αφορά το τρίτο χρονικό πλαίσιο (23.12.2020 και επεξήγ.):

Ο νομοθέτης, μετά την παρέλευση χρονικού διαστήματος μικρότερου των δύο μηνών (από την ψήφιση του Ν. 4745/2020), έσπευσε με το άρ. 163 Ν. 4764/23.12.2020 να ρυθμίσει τα της έναρξης της παραγραφής των αδικημάτων φοροδιαφυγής ενσωματώνοντας παρ. 2 στο άρ. 55Α που έχει ως εξής: «Η παραγραφή των εγκλημάτων του παρόντος νόμου αρχίζει από το πέρας του χρονικού διαστήματος εντός του οποίου η Φορολογική Διοίκηση μπορεί, σύμφωνα με το άρθρο 36, να προβεί στην έκδοση πράξης διοικητικού, εκτιμώμενου ή διορθωτικού προσδιορισμού φόρου, εκτός κι αν έχει ήδη εκδοθεί τέτοια πράξη, οπότε η παραγραφή των ως άνω εγκλημάτων αρχίζει από την έκδοση της πράξης αυτής».

Αξιολογώντας την πρόβλεψη, σημειώνεται καταρχήν πως πράγματι, σύμφωνα με το άρ. 36 Ν. 4174/2013, η φορολογική διοίκηση μπορεί να προβεί στην έκδοση πράξης διοικητικού, εκτιμώμενου ή διορθωτικού προσδιορισμού φόρου εντός πέντε ετών από τη λήξη της φορολογικής χρήσης. Ανεξάρτητα λοιπόν από το

ότι στο ίδιο άρθρο προβλέπεται μια σειρά περιπτώσεων κατά τις οποίες η ίδια περίοδος παρατείνεται, είναι ακριβές πως ο νομοθέτης αντιλαμβανόμενος ότι μετά την ψήφιση του Ν. 4745/2020 «οδηγούνταν στην παραγραφή» πλήθος υποθέσεων για φοροδιαφυγή, όρισε το χρονικό σημείο έναρξης της προθεσμίας παραγραφής σε ένα σημείο διαφορετικό, και κυρίως μεταγενέστερο εκείνου του χρόνου τέλεσης του αδικήματος. Ταυτόχρονα ωστόσο επέλεξε ένα χρονικό σημείο κατά το οποίο ενδεχομένως έχει επέλθει η διοικητική παραγραφή (βλ. άρ. 136 Ν. 4270/2014)!

Ανεξάρτητα επομένως από το αν είναι νοητό το «σχήμα» να δώκεται κάποιος ποινικά, ενώ δεν είναι διοικητικά υπόλογος (βλ. σχετικά, *Αδάμπα Β.*, Το αδίκημα της μη καταβολής χρεών προς το δημόσιο και τρίτους [άρθρο 25 ν. 1882/1990], Ζητήματα ουσιαστικού και δικονομικού ποινικού δικαίου, 2018, σ. 196 επ. (υπενθυμίζεται πως ένας από τους τρόπους τέλεσης του αδικήματος της φοροδιαφυγής –εκείνος της μη απόδοσης του ΦΠΑ– δεν είναι κάτι άλλο, παρά μια περίπτωση «φορο-υπερημερίας»), αποδεικνύεται προφανές ότι η ρύθμιση τυγχάνει δυσμενέστερη για τον ελεγχόμενο από εκείνη που αμέσως προηγουμένως «προκαλούσε» (ενόψει της μη ρητής ρύθμισης του θέματος) ο Ν. 4745/2020. Επομένως:

i) Για αδικήματα φοροδιαφυγής που τελέστηκαν μετά τις 23.12.2020 η έναρξη της παραγραφής εντοπίζεται στο χρόνο έκδοσης της εκτελεστής διοικητικής πράξης ή, σε περίπτωση μη έκδοσής της, στην πάροδο χρονικού διαστήματος πέντε ετών. Αντίστοιχα, η προθεσμία της παραγραφής αναστέλλεται με την έκδοση της διοικητικής πράξης.

ii) Για τα αδικήματα που τελέστηκαν προηγουμένως (πριν τις 23.12.2020), δεν είναι δυνατή η εφαρμογή της ρύθμισης για τη μεταθεση του χρονικού σημείου έναρξης της παραγραφής.

δ. Σε όσα μόλις εκτέθηκαν δεν είναι δυνατό να αντιταχθεί βάσιμος αντίλογος. Ειδικότερα:

i) Δεν μπορεί να υποστηριχθεί πως οι σταθμίσεις διαχρονικού δικαίου που έγιναν είναι εσφαλμένες, διότι ο νομοθέτης θέλησε την εφαρμογή των ευμενέστερων διατάξεων μόνο εφεξής. Συγκεκριμένα, είναι ακριβές ότι με το άρ. 92 του Ν. 4745/2020 καταργήθηκαν οι διατάξεις των άρ. 55 παρ. 3 και 68 παρ. 2 Ν. 4174/2013, και στη συνέχεια, με το άρ. 96 ορίστηκε ότι «οι διατάξεις του άρ. 32 καταλαμβάνουν τις πράξεις που τελούνται μετά από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, ενώ οι διατάξεις του άρ. 33 καταλαμβάνουν και τις εκκρεμείς, κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος, υποθέσεις». Όπως όμως εύστοχα παρατηρείται στην ΜονΠλημΣερ 1493/2020 (ΠοινΧρ 2020, 751): «Η αστοχία του νομοθέτη είναι προφανής. Δεν μπορεί στη μία διάταξη (άρ. 92 Ν. 4745/2020) να καταργούνται τόσο η παρ. 3 του άρ. 55 ΚΦΔ όσο και η παρ. 2 του άρ. 68 ΚΦΔ, όμως στη μεταβατική διάταξη του άρ. 96 να γίνεται διάκριση και να θεωρείται ότι επειδή το άρ. 55α ΚΦΔ καταργήθηκε με το άρ. 32 παρ. 3 Ν. 4745/2020, καταργήθηκε μόνο για εκείνες τις πράξεις που τελούνται από την ημερομηνία δημοσίευσής του νόμου (6.11.2020) και εντεύθεν, ενώ αντίθετα, εξακολουθεί να ισχύει και δεν είναι καταργημένη για τις πράξεις που τελέστηκαν μέχρι την ημερομηνία δημοσίευσής του Ν. 4745/2020. Με αυτόν τον τρόπο ο νομοθέτης παραβιάζει την καθιερωμένη με το άρ. 4 παρ. 1 του Συντ. αρχή της ισότητας. Η αντιμετώπιση με αυτόν τον τρόπο του κοινού νομοθέτη δεν είναι δικαιιοπολιτικά ορθή καθόσον δημιουργεί υπόλογους έναντι της δικαιοσύνης, δύο ταχυτήτων. Επιπρόσθετα με αυτή την διατύπωση του νόμου, η κατά παρέκκλιση του κανόνα, κατά τον Ποινικό Κώδικα, ρύθμιση της αφετηρίας παραγραφής στο χρόνο της οριστικοποίησης της φορολογικής ενοχής και καταργήθηκε για όλους όσοι ήταν κατηγορούμενοι μέχρι σήμερα (άρ. 96 παρ. 2 ΚΦΔ [εδ. β' Ν. 4745/2020] σε συνδυασμό με άρ. 92 Ν. 4745/2020) και διατηρείται σε ισχύ για όλους όσοι ήταν κατηγορούμενοι μέχρι σήμερα (άρ. 32 παρ. 3 σε συνδυασμό με άρ. 55α παρ. 3 ΚΦΔ)».

Είναι λοιπόν γεγονός ότι ο νομοθέτης δεν είναι σε θέση να αποκλείσει την εφαρμογή της *lex mitior*. Και επιπλέον, είναι γεγονός ότι αν ο νομοθέτης δεν έχει σκεφτεί επαρκώς αυτό που

ήθελε να πει ή πει άλλο από εκείνο που επιθυμούσε, ή, κατά την άποψη κάποιου, δεν πει αυτό που έπρεπε, δεν είναι δουλειά του δικαστή να προσαρμόσει τα πράγματα δήθεν για να αποκαταστήσει την τάξη. Είναι ακριβώς αυτό που έγραψε ο Χωραφάς (βλ. Ποινικόν Δίκαιον, 1978, σ. 64-65), ότι δηλαδή «Αν ο νομοθέτης δεν κατόρθωσε να εκφραστεί –ίσως λόγω φόρτου εργασίας– αρκούντως σαφώς, δεν είναι έργο του δικαστού να καταδωρίσει εισιτήριο διά τας φυλακάς».

ii) Η ενδεχόμενη επίκληση της θεσμοθέτησης του τρόπου αλληλεπίδρασης της ποινικής με τη διοικητική διαδικασία (φοβάμαι ότι αυτή δεν επιτεύχθηκε ή με βεβαιότητα θα μπορούσε να επιτευχθεί διαφορετικά) δεν μπορεί να προτείνεται ως «αντί-δωρο» για τον αποκλεισμό της εφαρμογής της αρχής *lex mitior*.

iii) Η αναγκαιότητα εφαρμογής της ευμενέστερης ρύθμισης και σε πράξεις που προηγουμένως τελέστηκαν, είναι δεδομένη στη βάση της ισχύος του άρ. 2 ΠΠΚ, του άρ. 2 νΠΚ, ή χωρίς να υφίσταται το άρ. 2 του νέου ή του παλαιού ΠΚ, στο βαθμό που διατάξεις υπερνομοθετικής ισχύος προβλέπουν σχετικά [βλ. έτσι και α) από τη θεωρία: *Δημήτρηνα Γ.*, ΠοινΧρ 2021, σ. 8-9, *Παπακυριάκου Θ.*, ό.π., *Παπανδρέου Π.*, ΠοινΔικ 2021, σ. 336-337 (με μερική απόκλιση οι δύο τελευταίοι σε ό,τι αφορά τα ζητήματα μεταβατικού δικαίου που προσδένονται στη διαχείριση της αναστολής της προθεσμίας παραγραφής)· β) από τη νομολογία: ΤριμΕφΚρ 3/2021, ό.π., ΜονΠλημΣερ 1493/2020, ό.π.].

iv) Αν γίνει δεκτό ότι για τα αδικήματα φοροδιαφυγής που τελέστηκαν μέχρι την ισχύ του Ν. 4764/2020, η προθεσμία παραγραφής αρχίζει από την οριστικοποίηση της φορολογικής ενοχής, τότε, για τις πράξεις που τελέστηκαν πριν τις 23.12.2020, η αναστολή της προθεσμίας παραγραφής επέρχεται πριν την έναρξη της προθεσμίας παραγραφής!

ε. Σύμφωνα με το άρ. 113 παρ. 1 περ. α' ΠΚ «Η προθεσμία της παραγραφής αναστέλλεται για όσο χρόνο, σύμφωνα με διάταξη νόμου, δεν μπορεί να αρχίσει ή να εξακολουθήσει η ποινική δίωξη». Τέτοια περίπτωση αναστολής της προθεσμίας παραγραφής δεν ανακύπτει για όσο χρόνο δεν υποβάλλεται η αίτηση δίωξης για την οποία ήδη έγινε λόγος. Η θέση αυτή λειτουργεί σε μία βάση «ταυτότητας του νομικού λόγου» μ' εκείνη του άρ. 113 παρ. 3 ΠΚ, για τη μη επίδραση στην παραγραφή της μη υποβολής της έγκλησης (βλ. έτσι, *Μαργαρίτη Λ.*, Ποινολογία, σ. 160, υποσημ. 356).

Στην προκειμένη περίπτωση, ο ελεγχόμενος φέρεται ότι στις 2.4.2009 και 13.12.2010 αποδέχθηκε τέσσερα φορολογικά στοιχεία για συναλλαγές ανύπαρκτες στο σύνολό τους συνολικής καθαρής αξίας εννιά χιλιάδων εξακοσίων είκοσι (9.620) ευρώ, όπου αναλογούσε ΦΠΑ χρηματικού ποσού δύο χιλιάδων διακοσίων δώδεκα ευρώ και εξήντα λεπτών (2.212,60). Η έκθεση ελέγχου συντάχθηκε και θεωρήθηκε από την Προϊσταμένη της ΔΟΥ Καβάλας στις 8.2.2021, οπότε (την ίδια ημέρα) εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 48/2021 πράξη επιβολής προστίμου, η οποία επιδόθηκε στον ελεγχόμενο στις 12.2.2021. Ακολούθως, στις 18.3.2021 υποβλήθηκε στον Εισαγγελέα Πρωτοδικών Καβάλας αίτηση δίωξης.

Με αυτά τα δεδομένα, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν, τα πραγματικά περιστατικά της αίτησης δίωξης δεν επιτρέπουν την άσκηση ποινικής δίωξης σε βάρος του ελεγχόμενου, αφού πρόκειται για πλημμέλημα και από το χρόνο τέλεσης παρήλθε χρονικό διάστημα σχεδόν δέκα ετών. Επομένως, οι επιμέρους πράξεις αποδοχής εικονικών φορολογικών στοιχείων έχουν παραγραφεί.

Σκόπιμη λοιπόν είναι η εφαρμογή της διαδικασίας του άρ. 43 παρ. 3 ΚΠΔ, ενώ τα δικαστικά έξοδα βαρύνουν το δημόσιο (άρ. 576 παρ. 1 του ΚΠΔ).

Παρακαλούμε να εγκρίνετε την ενέργειά μας, εφόσον βέβαια συμφωνείτε κι εσείς.

Βασίλειος Ι. Αδάμπας  
Εισαγγελέας Πρωτοδικών



## ΝΟΜΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ

## Η μη στοιχειοθέτηση του εγκλήματος της χωρίς δικαίωμα διάδοσης μέσω του διαδικτύου δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δίχως προηγούμενη επέμβαση σε “σύστημα αρχειοθέτησης”\*

ΒΑΣΙΛΙΚΗΣ Μ. ΤΖΑΛΑΒΡΑ  
Μ.Δ.Ε. Ποινικών Επιστημών

Με αφορμή πρόσφατες αποφάσεις του Αρείου Πάγου, με τις οποίες ο κατηγορούμενος καταδικάστηκε για παραβάσεις της νομοθεσίας περί προστασίας προσωπικών δεδομένων, εξετάζονται στην μελέτη ζητήματα διαχρονικού δικαίου. Συζητείται η επιλογή του νομοθέτη, μετά την θέση σε ισχύ του Ν. 4624/2019, να μην στοιχειοθετείται το έγκλημα της χωρίς δικαίωμα διάδοσης δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στις περιπτώσεις κατά τις οποίες ο δράστης δεν έλαβε γνώση των δεδομένων ύστερα από επέμβαση σε σύστημα αρχειοθέτησης, αλλά διαμόρφωσε ο ίδιος το σύστημα αυτό. De lege lata η χωρίς δικαίωμα δημοσίευση, μέσω ανάρτησης σε ιστοσελίδα στο διαδίκτυο, οπτικοακουστικού υλικού, με περιεχόμενο τις ερωτικές συνεντεύξεις της εγκαλούσας με τον δράστη, δεν συνιστά παράνομη επένδυση επί των προσωπικών της δεδομένων, εφόσον ο δράστης δεν έλαβε γνώση των δεδομένων αυτών ύστερα από επέμβαση σε σύστημα αρχειοθέτησης.

### Ι. Εισαγωγή

Με την απόφαση ΑΠ 96/2020<sup>1</sup> τίθενται ζητήματα διαχρονικού δικαίου αναφορικά με την εφαρμογή της νομοθεσίας σχετικά με παραβάσεις προστασίας των προσωπικών δεδομένων. Καίτοι κατά την συζήτηση της υπόθεσης ενώπιον του Αρείου Πάγου είχε ήδη εκδοθεί ο νεότερος Ν. 4624/2019, με τον οποίο αφενός μεν καταργήθηκε (εκτός ορισμένων διατάξεων του) ο Ν. 2472/1997, αφετέρου δε προβλέφθηκαν νέες ποινικές κυρώσεις, στην απόφαση δεν γίνεται καμία αναφορά στην νομοθετική μεταβολή και ο κατηγορούμενος καταδικάστηκε για κατ' εξακολούθησιν παράνομη επεξεργασία ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων, κατ' εφαρμογήν του άρ. 22 παρ. 4 εδ. β' και α' του Ν. 2472/1997.

Με την απόφαση ΑΠ 505/2020<sup>2</sup> ωστόσο ο κατηγορούμενος καταδικάστηκε, κατ' εφαρμογήν των ευμενέστερων διατάξεων του άρ. 38 παρ. 1 εδ. β' και 2 του Ν. 4624/2019, για χωρίς δικαίωμα και κατ' εξακολούθησιν διατήρηση (αποθήκευση) αρχείου δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα (ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων) και για μετάδοση-ανακοίνωση δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα (ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων).

Στην παρούσα μελέτη διατυπώνεται η άποψη ότι de lege lata στην μεν πρώτη περίπτωση ο δράστης δεν μπορούσε να καταδικασθεί για παραβίαση του νόμου περί προστασίας των προσωπικών δεδομένων, στην δε δεύτερη περίπτωση ο δράστης μπορούσε να καταδικασθεί μόνο για τη συλλογή και όχι για τη διάδοση, λόγω δε της ρήτρας επικουρικότητας των διατάξεων του Ν. 4624/2019 εφαρμογής έπρεπε να τύχει η διάταξη του άρ. 370 παρ. 2-3 ΠΚ.

### α. Πραγματικά περιστατικά

Τα πραγματικά περιστατικά ήσαν παρόμοια στις δύο αποφάσεις. Σύμφωνα με την απόφαση ΑΠ 96/2020, κατά την διάρκεια της πενταετούς ερωτικής σχέσης του κατηγορουμένου και της παθούσας, ο πρώτος συνήθιζε να καταγράφει τις ερωτικές συνεντεύξεις τους με το κινητό του τηλέφωνο με την συγκατάθεσή τους. Όταν η σχέση τους διεκόπη, ο κατηγορούμενος πίεζε την παθούσα για επανασύνδεση, απειλώντας την ότι, αν δεν αποδεχόταν τις πιέσεις του, θα την «ρεζίλευε» στον τόπο καταγωγής της, δημοσιεύοντας το περιεχόμενο του βιντεοσκοπημένου

υλικού. Η παθούσα δεν ενέδωσε στις απειλές του κατηγορουμένου και ο τελευταίος ανήρτησε σε ιστοσελίδα στο διαδίκτυο δέκα βίντεο ερωτικού περιεχομένου, τα οποία είχε μαγνητοσκοπήσει με το κινητό του τηλέφωνο κατά την διάρκεια της σχέσης τους και τα είχε αποθηκεύσει στον ηλεκτρονικό του υπολογιστή, αφού προηγουμένως έκανε μοντάζ, ώστε να μην φαίνεται το δικό του πρόσωπο, φροντίζοντας να αναφέρεται στην ως άνω ιστοσελίδα το ονοματεπώνυμο της παθούσας και ο τόπος καταγωγής της. Η εν λόγω περίπτωση παρουσιάζει το εξής ενδιαφέρον: Οι βιντεοσκοπήσεις έλαβαν χώρα με την συγκατάθεση της παθούσας, η εν συνεχεία όμως δημοσίευσή τους μέσω της ανάρτησης σε ιστοσελίδα στο διαδίκτυο έγινε από τον κατηγορούμενο χωρίς την συγκατάθεσή της.

Στην ΑΠ 505/2020 έχουμε παρόμοια πραγματικά περιστατικά μόνον που αυτή τη φορά και η καταγραφή του οπτικοακουστικού υλικού έγινε χωρίς την συγκατάθεση της παθούσας. Ο κατηγορούμενος, προφανώς κρυφά, κατέγραφε (τουλάχιστον δύο φορές) τις ερωτικές συνεντεύξεις του με την εγκαλούσα, με την οποία διατηρούσε ερωτική σχέση, με τη χρήση ψηφιακής κάμερας συσκευής κινητής τηλεφωνίας. Η εγκαλούσα όχι μόνο δεν συναίνεσε στην καταγραφή και διατήρηση του εν λόγω αρχείου, αλλά ρητά απαίτησε από τον κατηγορούμενο να προβεί στην διαγραφή του. Ο κατηγορούμενος δεν διέγραψε το υλικό, αλλά μετά την λήξη της σχέσης τους το ανήρτησε στο διαδίκτυο σε ιστοσελίδα.

### β. Οι νέες ρυθμίσεις για την ποινική προστασία των προσωπικών δεδομένων

Στις 25.5.2018 τέθηκε σε ισχύ στην Ένωση ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων<sup>3</sup> (στο εξής ΓΚΠΔ), με σκοπό την δημιουργία ενός «πιο συνεκτικού πλαισίου προστασίας των δεδομένων στην Ένωση υποστηριζόμενου από αυστηρή εφαρμογή της νομοθεσίας προκειμένου να δημιουργηθεί η αναγκαία εμπιστοσύνη που θα επιτρέψει την ψηφιακή οικονομία να αναπτυχθεί στο σύνολο της εσωτερικής αγοράς»<sup>4</sup>.

3. Κανονισμός (ΕΕ) 2016/679 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 27<sup>ης</sup> Απριλίου 2016, για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και για την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων αυτών και την κατάργηση της οδηγίας 95/46/ΕΚ (Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων).

4. Βλ. το προοίμιο του ΓΚΠΔ (σκέψη 7). Για την νέα φιλοσοφία του ΓΚΠΔ βλ. Μήτρου, Ο Γενικός Κανονισμός Προστασίας Προσωπι-

\* Ευχαριστώ θερμά για τις επισημάνσεις του τον Νικόλαο Γανιάρη.

1. Βλ. ΠοινΧρ 2021, σελ. 275 επ.

2. Βλ. ΠοινΧρ 2021, σελ. 278 επ.

Από τον ΓΚΠΔ προβλέπονται διοικητικές κυρώσεις για τις παραβάσεις της προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, αλλά με το άρ. 84 αυτού δόθηκε και η δυνατότητα για πρόβλεψη και άλλων «αποτελεσματικών, αναλογικών και αποτρεπτικών» κυρώσεων από την κάθε χώρα<sup>5</sup>. Ο Έλληνας νομοθέτης, κάνοντας χρήση αυτής της ευχέρειας<sup>6</sup> του άρ. 84 παρ. 1 του ΓΚΠΔ, προέβη στην δημοσίευση του Ν. 4624/2019 με τον οποίο, μεταξύ άλλων, καταργήθηκε, όπως προαναφέρθηκε, ο Ν. 2472/1997 για λόγους ασφάλειας δικαίου και προβλέφθηκαν νέες ποινικές διατάξεις για την προστασία των προσωπικών δεδομένων.

Οι νέες ποινικές ρυθμίσεις προβλέπονται στο άρ. 38 του Ν. 4624/2019, με το οποίο τυποποιείται η επένεργεια επί προσωπικών δεδομένων και διαβαθμίζονται οι τρόποι τέλεσης του εγκλήματος<sup>7</sup>. Στην παρ. 1 περ. α' του εν λόγω άρθρου προβλέπεται η χωρίς δικαίωμα λήψη γνώσης προσωπικών δεδομένων διά της επεμβάσεως σε σύστημα αρχειοθέτησης, η δε ποινική τιμώρηση δικαιολογείται επειδή με την πράξη τίθεται σε διακινδύνευση το προστατευόμενο έννομο αγαθό των προσωπικών δεδομένων<sup>8</sup>, όπως ορίζεται στην αιτιολογική έκθεση. Στην παρ.

κών Δεδομένων, Νέο Δίκαιο – Νέες Υποχρεώσεις – Νέα Δικαιώματα, 2017, σελ. 172 επ., Παναγοπούλου-Κουτνατζή, Ο Γενικός Κανονισμός για την προστασία δεδομένων 679/2016, Εισαγωγή και Προστασία Δικαιωμάτων, 2017, σελ. 21 επ., Ιγγλεζάκη, Ο Γενικός Κανονισμός Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων (Κανονισμός 2016/679) – Εισαγωγή στο νέο νομικό πλαίσιο προστασίας προσωπικών δεδομένων, 2018 σελ. 13 επ. Βλ. ακόμη για την προϊστορία του εν λόγω Κανονισμού και τους λόγους θέσπισής του Λεμπέση, ΔΕΝ 2018, 499 επ. και 595 επ., αντιστοίχως.

5. Η επιβολή διοικητικών και ποινικών κυρώσεων έπρεπε να γίνει με σεβασμό στην αρχή *ne bis in idem*, όπως ορίζεται στο προοίμιο του ΓΚΠΔ (σκέψη 149). Με το άρ. 83 του ΓΚΠΔ προβλέπονται μεγάλα διοικητικά πρόστιμα για παραβάσεις των σχετικών διατάξεων. Συνεπώς, ο εκάστοτε ποινικός νομοθέτης πρέπει να περιοριστεί στην ποινικοποίηση των βαρύτερων προσβολών προστασίας των προσωπικών δεδομένων (Νούσκαλης, Ποινική προστασία προσωπικών δεδομένων μετά τον Κανονισμό 679/2016, ΠοινΔικ 2018 σελ. 271).

6. Όπως ορίζεται ρητώς στην αιτιολογική έκθεση στο σχέδιο νόμου «Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα, μέτρα εφαρμογής του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/679 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 27<sup>ης</sup> Απριλίου 2016 για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και ενσωμάτωση στην εθνική νομοθεσία της Οδηγίας (ΕΕ) 2016/680 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 27<sup>ης</sup> Απριλίου 2016», που εν συνεχεία ψηφίσθηκε ως Ν. 4624/2019.

7. Βλ. την αιτιολογική έκθεση επί του άρ. 38 του Ν. 4624/2019, όπου παρατίθενται οι κατηγοριοποιήσεις που ακολουθούν, και Γανιάρη, ΕιδΠοινΝ Παύλου/Σάμιου, «2020, Δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα, Άρθρο 38 Ν. 4624/2019, αριθμ. 40 και 143.

8. Έχει υποστηριχθεί ότι, μετά την συνταγματική αυτονομία της προστασίας προσωπικών δεδομένων, η τελευταία έχει καταστεί αυτοτελές έννομο αγαθό (βλ. α.ά. Σωτηρόπουλο, Η συνταγματική προστασία των προσωπικών δεδομένων, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2006, σελ. 96), ως «μήτρες» δε προστασίας των προσωπικών δεδομένων έχουν χαρακτηριστεί η αξία του ανθρώπου και η προστασία της προσωπικότητας και της ιδιωτικής ζωής [Μήτρου, σε Σύνταγμα Σπυρόπουλου / Κοντιάδη / Ανθόπουλου / Γεραπετρίτη (κατ' άρθρο ερμηνεία) 2017, σελ. 215-216]. Επιπλέον, από την θεωρία και την νομολογία έχει γίνει δεκτό ότι προστατευόμενο έννομο αγαθό με τις διατάξεις του Ν. 2472/1997 είναι η ιδιωτική ζωή του υποκειμένου των δεδομένων (βλ. Γανιάρη, ό.π., αριθμ. 12), αλλά και η πληροφοριακή αυτοδιάθεση του υποκειμένου των δεδομένων είτε ως ειδικότερη έκφανση άλλων δικαιωμάτων, όπως του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή (βλ. π.χ. ΑΠ 180/2018 ΠοινΧρ 2019, 431), είτε και ως αυτοτελές δικαίωμα (βλ. καταγραφή των διαφορών απόψεων σε Γανιάρη, ό.π. αριθμ. 1 επ., ο οποίος τάσσεται υπέρ της τελευταίας άποψης υποστηρίζοντας ότι μόνον έτσι αφενός μεν είναι

1 περ. β' τιμωρείται, μεταξύ άλλων, η χωρίς δικαίωμα (εδώ ενδιαφέρουσες) συλλογή, αντιγραφή, αποθήκευση και αλλοίωση των προσωπικών δεδομένων, που συνιστά έγκλημα βλάβης του εννόμου αγαθού. Και οι δύο αυτές μορφές του βασικού εγκλήματος επενέργειας επί προσωπικών δεδομένων τιμωρούνται με ποινή φυλάκισης έως ένα έτος, εκτός αν η πράξη τιμωρείται βαρύτερα με άλλη διάταξη.

Στην παρ. 2 του άρ. 38 του Ν. 4624/2019 προβλέπεται δι-ακεκριμένο έγκλημα που μπορεί να τελεσθεί, μεταξύ άλλων, με την (εδώ ενδιαφέρουσα) διάδοση δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα τα οποία απέκτησε ο δράστης, σύμφωνα με την περίπτωση α' (και όχι την β') της παραγράφου 1, η δε αυστηρότερη τιμώρηση (με φυλάκιση) αιτιολογείται λόγω της έντασης της βλάβης των προσωπικών δεδομένων<sup>9</sup>.

Σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά που έγιναν δεκτά εν προκειμένω χρειάζεται να αξιολογηθεί αν συνιστά παράβαση του άρ. 38 του Ν. 4624/2019 α) η καταγραφή με κινητό τηλέφωνο των ερωτικών επαφών, είτε με συγκατάθεση (βάσει της ΑΠ 96/2020) είτε χωρίς συγκατάθεση (βάσει της ΑΠ 505/2020) από την μια μεριά, και β) η εν συνεχεία, με πρωτοβουλία του κατηγορουμένου και χωρίς συγκατάθεση της εγκαλούσας, ανάρτησή τους σε ιστοσελίδα στο διαδίκτυο.

## II. Υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις νομοθετικές ρυθμίσεις

### 1. Καταγραφή ερωτικών επαφών με κινητό τηλέφωνο, αποθήκευση και επεξεργασία του υλικού

Σύμφωνα με την ερμηνεία του άρ. 38 παρ. 1 περ. β' του Ν. 4624/2019<sup>10</sup> «στοιχειοθετείται συλλογή προσωπικών δεδομένων όταν ο δράστης παρακολουθεί χωρίς δικαίωμα το υποκείμενο των προσωπικών δεδομένων είτε με χρήση αυτοματοποιημένων μεθόδων είτε με χρήση μη αυτοματοποιημένων μεθόδων εφόσον τα προσωπικά δεδομένα συμπεριλαμβάνονται σε σύστημα αρχειοθέτησης». Η συλλογή προσωπικών δεδομένων είναι μορφή επεξεργασίας αυτών, όπως ορίζεται στο άρ. 4 σημείο 2 του ΓΚΠΔ. Ομοίως και αποθήκευση των προσωπικών δεδομένων, κατά την ίδια διάταξη του άρ. 38 παρ. 1 περ. β' του Ν. 4624/2019, είναι η «σύνδεση των προσωπικών δεδομένων με κάποιο φορέα έτσι ώστε να καταστεί δυνατή η διατήρηση της πληροφορίας στο χρόνο»<sup>11</sup>.

### α. Σύστημα αρχειοθέτησης

Όσον αφορά την ύπαρξη συστήματος αρχειοθέτησης δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα<sup>12</sup>, σύμφωνα με το άρ. 4 σημείο 6 του ΓΚΠΔ, τούτο ορίζεται ως «κάθε διαρθρωμένο σύνολο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα τα οποία είναι προσβάσιμα με γνώμονα συγκεκριμένα κριτήρια», στο δε άρ. 2 ΓΚΠΔ αναφέρεται ότι «ο παρών κανονισμός εφαρμόζεται στην εν όλω ή εν μέρει αυτοματοποιημένη επεξεργασία τέτοιων δεδομένων

εφικτή η δυνατότητα διάθεσης ή και αυτοπροσβολής του εννόμου αγαθού, αφετέρου δε αναδεικνύεται το ιδιαίτερο σημασιολογικό περιεχόμενο των προσωπικών δεδομένων, δηλαδή η δυνατότητα της πληροφορίας να συνδεθεί με συγκεκριμένο φυσικό πρόσωπο και οι κίνδυνοι που προκύπτουν από αυτήν). Το ζήτημα ποιο είναι το προστατευόμενο έννομο αγαθό είναι σημαντικό, αφού με βάση αυτό καθορίζονται περαιτέρω στοιχεία του εγκλήματος (Νούσκαλης, Η ποινική προστασία της ψηφιακής πληροφορίας, σε ΕΝΟΒΕ Ψηφιακή Τεχνολογία και Δίκαιο, 2004, σελ. 158).

9. Βλ. την αιτιολογική έκθεση επί του άρ. 38 του Ν. 4624/2019.

10. Βλ. Γανιάρη, ό.π., αριθμ. 72.

11. Γανιάρη, ό.π., αριθμ. 74.

12. Κατά τον Νούσκαλη, ΠοινΔικ 2018, 273, το αρχείο αποτελεί την «πύλη εισόδου» στο πεδίο του αδικού τόσο για το προϊσχύον όσο και για το ισχύον δίκαιο.

τα οποία περιλαμβάνονται ή πρόκειται να περιληφθούν σε σύστημα αρχειοθέτησης».

Τα σύγχρονα έξυπνα τηλέφωνα (όπως έχει κριθεί και από τη νομολογία μας κατ' εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 2472/1997) αποτελούν σύστημα αρχειοθέτησης προσωπικών δεδομένων, αφού διαθέτουν λογισμικά προγράμματα στα οποία ο κάτοχος και ιδιοκτήτης τους καταχωρίζει σε ξεχωριστά μικρότερα αρχεία τα προσωπικά δεδομένα του που αναφέρονται στις επαφές του, στις φωτογραφίες του, στα βίντεο του (ταινίες του), στα μηνύματα (email) κ.λπ., τα τελευταία δε είναι διαρθρωμένα σε φακέλους και υποφακέλους, όπως και στους ηλεκτρονικούς υπολογιστές, με αποτέλεσμα να αποτελούν διαρθρωμένο σύνολο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, προσita με γνώμονα συγκεκριμένα κριτήρια<sup>13</sup>. Η βιντεοσκόπηση των ερωτικών συνεντεύξεων με την κάμερα του κινητού τηλεφώνου, όπως αναφέρεται στην απόφαση ΑΠ 96/2020<sup>14</sup> αλλά και στην ΑΠ 505/2020, συνιστά αυτοματοποιημένη επεξεργασία των δεδομένων, με αποτέλεσμα να δημιουργείται σύστημα αρχειοθέτησης ουσιαστικώς ταυτοχρόνως με την καταγραφή<sup>15</sup>. Μάλιστα, και η εν συνεχεία αναγραφή δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα σε ιστοσελίδα (όπως η ανάρτηση των βιντεοσκοπήσεων στο διαδίκτυο) επίσης πραγματοποιείται, τουλάχιστον εν μέρει, κατά τρόπο αυτοματοποιημένο<sup>16</sup>.

Οι επίμαχες βιντεοσκοπήσεις, σε αμφοτέρως τις αποφάσεις, περιείχαν τις ερωτικές συνεντεύξεις του κατηγορουμένου και της εγκαλούσας, ως αφορώσες δε την σεξουαλική ζωή φυσικών προσώπων συνιστούν *δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα ειδικών κατηγοριών*<sup>17</sup>. Ιδιαίτερη σημασία δίδεται σύμφωνα με την νομολογία του ΕΔΔΑ στην προστασία της εικόνας ενός προσώπου, που συνεπάγεται την ταυτοποίησή του. Η εικόνα προστατεύεται είτε ως επιμέρους έκφανση του ιδιωτικού βίου είτε ως έκφραση της ανάπτυξης της προσωπικότητας του ανθρώπου, σύμφωνα με το άρ. 8 της ΕΣΔΑ<sup>18</sup>. Στην περίπτωση της ΑΠ 96/2020 η ταυτότητα της εγκαλούσας, εκτός από την εικόνα της στο βίντεο, προκύπτει και από την ρητή αναφορά του ονόματός της και του τόπου καταγωγής επί της αναρτήσεως που έκανε ο κατηγορούμενος στην ιστοσελίδα, ενώ στην περίπτωση της ΑΠ 505/2020 η ταυτοποίηση της εγκαλούσας προέκυπτε αφού «στο παραπάνω οπτικοακουστικό υλικό ήταν ορατό και

ευδιάκριτο το σώμα και μέρος του προσώπου της πολιτικής ενάγουσας (περιοχή από τα μάτια και κάτω), ενώ η φωνή και ο λόγος αυτής ακούγονταν καθαρά». Μάλιστα, ο σύζυγος της εγκαλούσας μπόρεσε να την ταυτοποιήσει παρακολουθώντας το βίντεο στο διαδίκτυο. Άλλωστε, η ταυτοποίηση του υποκειμένου των προσωπικών δεδομένων μπορεί να είναι είτε άμεση είτε έμμεση<sup>19</sup>.

Την ανάρτηση ερωτικών περιπτύξεων τόσο σε εφημερίδα όσο και στο διαδίκτυο έχει αντιμετωπίσει και η ΑΠΔΠΧ στην απόφαση υπ' αριθμ. 17/2008<sup>20</sup>, κρίνοντας ότι η δημοσίευση φωτογραφιών σχετικών με την ερωτική ζωή δεν είναι σε καμία περίπτωση επεξεργασία απολύτως αναγκαία για την εξασφάλιση του δικαιώματος πληροφόρησης επί θεμάτων δημοσίου ενδιαφέροντος, συνιστά δε παραβίαση του πυρήνα του δικαιώματος προστασίας της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής των απεικονιζομένων προσώπων, καθόσον αφορά την ερωτική τους ζωή, αλλά και βλάττωση προσβολή της υποχρέωσης σεβασμού και προστασίας της ανθρώπινης αξίας, καθώς και του δικαιώματος στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας.

### β. Ανυπαρξία δικαιώματος

Για την στοιχειοθέτηση του εγκλήματος του άρ. 38 παρ. 1 περ. β' του Ν. 4624/2019 απαιτείται ο δράστης να έχει δράσει «χωρίς δικαίωμα» επί του συστήματος αρχειοθέτησης, σύμφωνα δε με την αιτιολογική έκθεση επί του άρ. 38 του Ν. 4624/2019 αυτό συμβαίνει όταν ο δράστης τελεί τις πράξεις «χωρίς να υφίσταται σχετική διάταξη νόμου που να του το επιτρέπει ή ενεργεί καθ' υπέρβαση άλλης νομικής πράξης». «Δικαίωμα» επεξεργασίας θα υπάρχει *a contrario* εφόσον υφίσταται κάποια νομική βάση επεξεργασίας των προσωπικών δεδομένων, όπως όταν έχει δοθεί συγκατάθεση του υποκειμένου των δεδομένων<sup>21</sup>, υπάρχει έννομο συμφέρον του υπεύθυνου επεξεργασίας (για τα απλά δεδομένα) ή έχει γίνει δημοσιοποίηση των δεδομένων από το υποκείμενο<sup>22</sup>.

Η επεξεργασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα ειδικών κατηγοριών, σύμφωνα με το άρ. 9 παρ. 2 στοιχ. α' του ΓΚΠΔ<sup>23</sup>, απαγορεύεται, εκτός αν «το υποκείμενο των δεδομένων έχει παράσχει ρητή συγκατάθεση για την επεξεργασία αυτών». Η ρητή<sup>24</sup> συγκατάθεση συνιστά την νομική βάση με την οποία μπορεί να επιτραπεί η επεξεργασία των επίμαχων δεδομένων, εφόσον όμως συντρέχουν και οι όροι της νομιμότητας, της προσωποφύτητας και της αναλογικότητας της επεξεργασίας<sup>25</sup>.

19. Βλ. άρ. 4 σημείο 1 ΓΚΠΔ και την υπ' αριθμ. 41/2017 Απόφαση της ΑΠΔΠΧ.

20. Διαθέσιμη στην ιστοσελίδα [www.dpa.gr/](http://www.dpa.gr/).

21. Σύμφωνα με το άρ. 4 σημείο 11 ΓΚΠΔ ορίζεται ως «συγκατάθεση» του υποκειμένου των δεδομένων: «κάθε ένδειξη βουλήσεως, ελεύθερη, συγκεκριμένη, ρητή και εν πλήρει επιγνώσει, με την οποία το υποκείμενο των δεδομένων εκδηλώνει ότι συμφωνεί, με δήλωση ή με σαφή θετική ενέργεια, να αποτελέσουν αντικείμενο επεξεργασίας τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα που το αφορούν». Ήδη με βάση το «Corrigendum» επί του ΓΚΠΔ ο όρος «ρητή» έχει αντικατασταθεί από τον όρο «αδιαμφισβήτητη».

22. Για την ανάλυση του όρου «χωρίς δικαίωμα» και όλων τις πιθανών υποπεριπτώσεων κατά τις οποίες υπάρχει χωρίς δικαίωμα επεξεργασία προσωπικών δεδομένων βλ. *Γανιάρη*, ό.π., αριθμ. 80-129.

23. Βλ. και άρ. 49 παρ. 5 Ν. 4624/2019.

24. Με το άρ. 7 παρ. 2 στοιχ. α' του προϊσχύοντος Ν. 2472/1997 η συγκατάθεση απαιτείται να είναι γραπτή και να μην έχει αποσπασθεί με τρόπο που αντίκειται στον νόμο και τα χρηστά ήθη (βλ. για το ζήτημα αυτό *Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου*, Προσωπικά Δεδομένα, 2016, σελ. 89-90).

25. Υπάρχει περίπτωση, παρά την συγκατάθεση του υποκειμένου, η επεξεργασία να είναι παράνομη, ιδίως όταν η προσβολή του εννόμου αγαθού είναι τόσο βαριά που οδηγεί σε κατάλυση της ίδιας της αξίας του ανθρώπου (βλ. *Νούσκαλη*, Ποινική Προστασία προσωπικών δεδομένων: Η νομολογιακή συμβολή στην ερμηνεία βα-

13. ΑΠ 474/2016 ΠοινΧρ 2017/277. Το ίδιο ισχύει και για τις σύγχρονες βιντεοκάμερες (ΑΠ 1306/2016 ΠοινΧρ 2018/113).

14. «Η βιντεοσκόπηση και στη συνέχεια, η αντιγραφή της βιντεοταινίας σε ψηφιακό δίσκο, η δημιουργία οπτικοακουστικού υλικού της ερωτικής πράξης της εγκαλούσας, η επεξεργασία της σε αρχείο στον ηλεκτρονικό υπολογιστή και η μετάδοση αυτής ανά πάσα στιγμή σε τρίτους δεν χρειάζεται καμία ομαδοποίηση ή ταξινόμηση, και είναι τεχνικά απλή η επεξεργασία και η μετάδοση αυτού σε τρίτους, του ψηφιακού δίσκου, στο οποίο έχει αποθηκευτεί, γι' αυτό και συνιστούν αυτά αρχείο με την έννοια του παραπάνω νόμου (ΑΠ 612/2017, ΑΠ 1372/2015)».

15. Για την αυτόματη κατά κανόνα δημιουργία συστήματος αρχειοθέτησης βλ. περισσότερο σε *Γανιάρη*, ό.π., αριθμ. 50, 52-57.

16. Βλ. απόφαση του ΔΕΕ C-101/2001 της 6.11.2003 (Lindqvist) σκέψη 26, απόφαση του ΔΕΕ C-345/2017 της 14.2.2019 σκέψη 37-38, απόφαση του ΔΕΕ C-230/2014 της 1.10.2015 σκέψη 37, *Μίτλετον*, σε Προσωπικά Δεδομένα, Ανάλυση – Σχόλια – Εφαρμογή, επιμ. Κοτσαλή, 2016, σελ. 67.

17. Όπως ονομάζονται πλέον μετά την κατάργηση του όρου «ευαίσθητα προσωπικά δεδομένα» από τον ΓΚΠΔ (βλ. άρ. 9 ΓΚΠΔ). Για την προϊστορία της ρύθμισης των ειδικών κατηγοριών δεδομένων βλ. *Ιγγλεζάκη*, Ευαίσθητα προσωπικά δεδομένα, Η επεξεργασία ειδικών κατηγοριών προσωπικών δεδομένων και οι συνέπειές της, 2004, σελ. 85 επ.

18. Συνοδινού, σε Προσωπικά Δεδομένα, Ανάλυση – Σχόλια – Εφαρμογή, επιμ. Κοτσαλή, 2016, σελ. 7 με αναφορά στις αποφάσεις ΕΔΔΑ *Von Hannover v Germany*, *Reklos and Davourlis v Greece*, *Καραβιά*, σε Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Σισιλιάνου, 2017 σελ. 381 αριθμ. 20.



Στην περίπτωση της ΑΠ 96/2020 δεν υπήρξε άνευ δικαιώματος καταγραφή των ερωτικών στιγμών, διότι οι δύο συμμετέχοντες στο βίντεο (κατηγορούμενος και εγκαλούσα) είχαν συμφωνήσει από κοινού να βιντεοσκοπήσει ο κατηγορούμενος τις ερωτικές συνευρέσεις τους, με αποτέλεσμα να μην συντρέχει η προϋπόθεση της καταγραφής των δεδομένων «χωρίς δικαίωμα». Πράγματι αναφέρεται στο κείμενο της απόφασης ότι «κατά τη χρονική διάρκεια της ερωτικής του σχέσης με την εγκαλούσα (2008 έως 2013), με τη συναίνεσή της, μαγνητοσκοπήσε σε ψηφιακή μορφή (video) τις ερωτικές επαφές τους, με βιντεοκάμερα που ο ίδιος διέθετε». Η εγκαλούσα συνεπώς γνώριζε ότι ο κατηγορούμενος βιντεοσκοπούσε τις ερωτικές συνευρέσεις τους και είχε δώσει την συγκατάθεσή της, με αποτέλεσμα να μην στοιχειοθετείται (σε επίπεδο τελικού αδικού<sup>26</sup>) η παράβαση του άρ. 38 παρ. 1 εδ. β' Ν. 4624/2019. Μάλιστα, αν δεν είχαν δημοσιευθεί τα video στο διαδίκτυο<sup>27</sup>, η οικεία βουλήσει καταγραφή της σεξουαλικής δραστηριότητας για "ιδιωτική χρήση" μόνον του κατηγορουμένου και της εγκαλούσας, θα συνιστούσε "προσωπική" υπόθεσή του<sup>28</sup>.

Ούτε το μοντάζ που έκανε ο κατηγορούμενος, σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά της απόφασης ΑΠ 96/2020, συνιστά ποινικώς αξιόλογη αλλοίωση προσωπικών δεδομένων με την έννοια του όρου, όπως αναφέρεται στο άρ. 38 παρ. 1 περ. β', αφού δεν έχει τροποποιηθεί το περιεχόμενο ή το νόημα των εν λόγω βιντεοσκοπήσεων<sup>29</sup>. Ο δράστης, «θολώνοντας» το δικό του πρόσωπο, δεν επενέργησε επί «ξένων» προσωπικών δεδομένων, ούτε τροποποίησε το νόημα της βιντεοσκόπησης, που ήταν η ερωτική πράξη, η δε ταυτότητα της εγκαλούσας ήταν πασιφανής, με δεδομένο το γεγονός ότι όχι μόνο φαινόταν το πρόσωπό της, αλλά αναγραφόταν το όνομα και ο τόπος καταγωγής της.

Αντιθέτως, στην περίπτωση της ΑΠ 505/2020 η εγκαλούσα δεν συμφώνησε στην καταγραφή των ερωτικών περιπτώσεων. Ως εκ τούτου, σε αυτήν την περίπτωση τελέσθηκε αξιόποινη συλλογή και αποθήκευση δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα σύμφωνα με την διάταξη του άρ. 38 παρ. 1 εδ. β' του Ν. 4624/2019, αφού ο κατηγορούμενος προέβη στην καταγραφή και μαγνητοσκόπηση, διά της χρήσεως ψηφιακής κάμερας συ-

σικών όρων, 2007, σελ. 22 επ., *Μυλωνόπουλο*, Ποινικό Δίκαιο Γενικό Μέρος, Αθήνα, <sup>2</sup>2020, σελ. 507 επ., ιδίως 509). Στις περιπτώσεις αυτές τίθεται ένα όριο στην δυνατότητα διάθεσης του εννόμου αγαθού (*Γανιάρης*, ό.π., αριθμ. 128).

26. Η πράξη δεν στοιχειοθετείται σε επίπεδο τελικού αδικού, αφού κατά την κρατούσα άποψη στην χώρα μας ο όρος «χωρίς δικαίωμα» αποτελεί ειδικό στοιχείο του αδικού (βλ. *Γανιάρης*, ό.π., αριθμ. 80 επ.).

27. Η χρήση των δεδομένων που προορίζονται για αποκλειστικά προσωπική δραστηριότητα για άλλους σκοπούς αφαιρεί τον ιδιωτικό σκοπό (*Paal/Pauly/Ernst*, <sup>3</sup>2021, DS-GVO Art. 2 Rn. 19). Βλ. και απόφαση του ΔΕΕ C-101/2001 της 6.11.2003 (*Lindqvist*) σκ. 47, όπου διαλαμβάνεται ότι δεν εντάσσεται στην εξαίρεση του άρ. 3 παρ. 2 περ. β' της Οδηγίας 95/46 η περίπτωση της επεξεργασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, η οποία συνίσταται στην δημοσίευσή τους στο διαδίκτυο με συνέπεια να αποκτά πρόσβαση στα δεδομένα αυτά απροσδιόριστος αριθμός προσώπων.

28. Σύμφωνα με την διάταξη του άρ. 2 παρ. 2 στοιχ. γ' του ΓΚΠΔ οι διατάξεις του δεν εφαρμόζονται για αποκλειστικά προσωπική ή οικιακή δραστηριότητα. Πρβλ. *Παναγοπούλου-Κουντατζή*, σε *Προσωπικά Δεδομένα*, Ανάλυση – Σχόλια – Εφαρμογή, επιμ. Κοτσαλή, 2016, σελ. 73, όπου αναφέρεται ως παράδειγμα που εντάσσεται στην εν λόγω εξαίρεση η βιντεοταινία, από την οποία προκύπτει κάποια ερωτική διαστροφή του συζύγου.

29. *Γανιάρης*, ό.π., αριθμ. 68. Η αλλοίωση δεδομένων περιλαμβάνει οποιαδήποτε πιθανή μορφή επανασχεδιασμού του περιεχομένου των αποθηκευμένων δεδομένων που έχει ως αποτέλεσμα μια αλλαγή στην έννοια των δεδομένων, από την άποψη του πληροφοριακού περιεχομένου τους ή της ενημερωτικής τους αξίας, και συνεπώς μια λειτουργική βλάβη (*MüKoStGB/Wieck-Noodt*, <sup>3</sup>2019, § 303a Rn. 15).

σκευής κινητής τηλεφωνίας, οπτικοακουστικού υλικού με τις ερωτικές συνευρέσεις του με την εγκαλούσα και διατήρησε το εν λόγω αρχείο χωρίς την ρητή συγκατάθεση της τελευταίας. Ωστόσο, επειδή οι διατάξεις περί παράνομης επενέργειας επί προσωπικών δεδομένων διαθέτουν ρήτρα επικουρικότητας<sup>30</sup>, αφού εφαρμόζονται μόνον όταν η πράξη δεν τιμωρείται βαρύτερα από άλλη διάταξη, η δε παράνομη βιντεοσκόπηση μη δημόσιας πράξης άλλου τιμωρείται κατ' άρ. 370Α παρ. 2 ΠΚ<sup>31</sup> με βαρύτερη ποινή, εφαρμογής τυγχάνει η τελευταία<sup>32</sup>.

Η σοβαρή βλάβη του εννόμου αγαθού, ωστόσο, τελείται από την εν συνεχεία δημοσίευση του ως άνω οπτικοακουστικού υλικού στο διαδίκτυο<sup>33</sup>.

## 2. Ανάρτηση των βιντεοσκοπήσεων στο διαδίκτυο: Μη στοιχειοθέτηση της παρ. 2 του άρ. 38 του Ν. 4624/2019

«Ανακοίνωση» προσωπικών δεδομένων, κατ' άρ. 38 παρ. 2, είναι η συμπεριφορά του δράστη όταν παρέχει σε άλλον την δυνατότητα πραγματικής λήψης γνώσης των προσωπικών δεδομένων, με την «μετάδοση» δε ο αποδέκτης αποκτά άμεση δυνατότητα να επενεργήσει περαιτέρω επί των δεδομένων<sup>34</sup>. Η ανάρτηση του οπτικοακουστικού υλικού στο διαδίκτυο συνιστά «διάδοση» αφού ως τέτοια ορίζεται η διάθεση των δεδομένων στο ευρύ κοινό χωρίς να μπορεί να προσδιορισθεί εύκολα ο αριθμός των αποδεκτών<sup>35</sup>.

### α. Ανυπαρξία δικαιώματος

Η συγκατάθεση σύμφωνα με την ΑΠ 96/2020 δόθηκε για την καταγραφή και όχι για τις περαιτέρω ενέργειες, με αποκρύφωμα την διάδοση των βιντεοσκοπήσεων σε τρίτους<sup>36</sup> με την ανάρτησή τους στο διαδίκτυο. Άλλωστε, σύμφωνα με το άρ. 4 του ΓΚΠΔ<sup>37</sup> η συγκατάθεση πρέπει να παρέχεται για σαφή

30. Βλ. *Γανιάρης*, ό.π., αριθμ. 133, *Αρμαμέντου / Σωτηρόπουλου*, Προσωπικά Δεδομένα – Ερμηνεία Ν. 2472/1997, Αθήνα-Θεσ/νίκη, 2005, σελ. 536 αριθμ. 1155, όπου γίνεται λόγος για «εμβολωματική λειτουργία» των επίμαχων διατάξεων, αναφορικά με τις αντίστοιχες καταργηθείσες ρυθμίσεις του άρ. 22 του Ν. 2472/1997.

31. Βλ. *Μαργαρίτη Μ./Μαργαρίτη Α.*, Ποινικός Κώδικας, Ερμηνεία – Εφαρμογή, <sup>4</sup>2020, Εισαγωγικό Σημείωμα στα άρ. 370-371, σελ. 1071 και άρθρο 370Α, σελ. 1078-1079. Η διάταξη του άρ. 370Α παρ. 2 ΠΚ εντάσσεται στο Κεφάλαιο του νΠΚ με τίτλο «Προσβολές του ατομικού απορρήτου και της απόρρητης επικοινωνίας». Βλ. και ΑΠ 1026/2008 ΠοινΧρ 2009, 343, από την οποία προκύπτει ότι η απαγόρευση της αθέμιτης με τεχνικά μέσα μαγνητοσκόπησης αφορά πράξεις ή εκδηλώσεις της προσωπικής και ιδιωτικής ζωής των τρίτων που είναι ικανές να επιφέρουν βλάβη στην προσωπικότητα και να μειώσουν την αξιοπρέπειά του.

32. Βλ. ανάλυση *Γανιάρης*, ό.π., αριθμ. 134.

33. Όπως ορίζεται στην αιτιολογική έκθεση, στο άρ. 38 παρ. 2 του Ν. 4624/2019 θίγεται βαρύτερα το προστατευόμενο έννομο αγαθό.

34. Έτσι ακριβώς ο *Γανιάρης*, ό.π., αριθμ. 146.

35. Ibid.

36. Εφόσον οι καταγραφές εικόνων ή οι βιντεοσκοπήσεις σχετίζονται με οικεία περιστατικά (σε σχέση με σεξουαλική επαφή ή γενικά με σεξουαλική αναφορά), η συγκατάθεση για διάθεση τέτοιου υλικού σε τρίτα μέρη ή ακόμη και για δημοσίευση οποιουδήποτε είδους δεν μπορεί να ταυτίζεται με συγκατάθεση για την εγγραφή (*MüKoStGB/Graf*, <sup>4</sup>2021, StGB § 201a Rn. 66).

37. Βλ. υποσημ. 21. Η συγκατάθεση μπορεί να ανακαλείται, όπως αναφέρεται στο άρ. 7 παρ. 3 ΓΚΠΔ, χωρίς να θίγεται η νομιμότητα της μέχρι τότε επεξεργασίας. Η επακόλουθη παραβίαση της εμπιστοσύνης δεν βλάπτει αναδρομικά τον προηγούμενο, αλλά τον τρέχοντα "ιδιαιτέρα προσωπικό τομέα" της ζωής του θύματος (NK-StGB/*Walter Kargl*, <sup>5</sup>2017, StGB § 201a Rn. 19). Βλ. και άρ. 49 παρ. 3 εδ. β' του Ν. 4624/2019, σύμφωνα με το οποίο: «Η ανάκληση της συγκατάθεσης δεν θίγει τη νομιμότητα της επεξεργασίας με βάση τη συγκατάθεση που παρασχέθηκε πριν από την ανάκλησή της».

ενέργεια και με συγκεκριμένα όρια. Είναι πολύ πιθανό, αν η εγκαλούσα γνώριζε τον σκοπό της καταγραφής, να μην συμφωνούσε στην βιντεοσκόπηση των ερωτικών στιγμών<sup>38</sup>.

Αντιστοίχως και σύμφωνα με την ΑΠ 505/2020 η εγκαλούσα επίσης δεν έδωσε καμία συγκατάθεση για την δημοσίευση του υλικού στο διαδίκτυο, με αποτέλεσμα την δυνατότητα παρακολούθησής του από απροσδιόριστο αριθμό χρηστών του διαδικτύου, η δε εν γένει επεξεργασία των δεδομένων δεν εμπίπτει σε οιαδήποτε των υπό του νόμου τιθεμένων εξαιρέσεων, ούτως ώστε να μην απαιτείται η συγκατάθεση του υποκειμένου των δεδομένων.

### β. Γνώση των δεδομένων διά της επεμβάσεως σε σύστημα αρχειοθέτησης

Για να στοιχειοθετηθεί, ωστόσο, το διακεκριμένο αδίκημα του άρ. 38 παρ. 2 του Ν. 4624/2019 θα πρέπει, εκτός της συνδρομής του όρου «χωρίς δικαίωμα», η διάδοση, ανακοίνωση, μετάδοση κ.λπ. να αφορά σε δεδομένα τα οποία ο δράστης «απέκτησε σύμφωνα με την περίπτωση α' της παραγράφου 1» ή να επιτρέπει σε μη δικαιούμενα πρόσωπα να λάβουν γνώση. Σύμφωνα με την περίπτωση α' της παραγράφου 1 τιμωρείται όποιος «χωρίς δικαίωμα επεμβαίνει με οποιονδήποτε τρόπο σε σύστημα αρχειοθέτησης και με την πράξη του αυτή λαμβάνει γνώση των δεδομένων αυτών».

Πρέπει συνεπώς να διαπιστωθεί αν συντρέχει ο όρος της λήψης γνώσης των δεδομένων διά της επεμβάσεως<sup>39</sup> σε σύστημα αρχειοθέτησης, προκειμένου να στοιχειοθετηθεί το έγκλημα βλάβης της παρ. 2 του άρ. 38 του Ν. 4624/2019.

Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του άρ. 38 του Ν. 4624/2019 επέμβαση σημαίνει «χωρίς δικαίωμα» εισβολή – εισχώρηση – επέμβαση από έξω σε σύστημα αρχειοθέτησης. Επέμβαση σε σύστημα αρχειοθέτησης «στοιχειοθετείται, όταν ο δράστης χωρίς δικαίωμα αποκτά πρόσβαση σε αυτό και το θέτει υπό την σφαίρα της κυριαρχίας του, με αποτέλεσμα να είναι άμεσα σε θέση να λάβει γνώση των αποθηκευμένων δεδομένων και να τα επεξεργασθεί περαιτέρω»<sup>40</sup>. Ομοίως στοιχειοθετείται επέμβαση, όταν ο δράστης: α) αποσπά με θετική ενέργεια χωρίς δικαίωμα το μέσο αποθήκευσης των δεδομένων (cd, dvd, usb stick κ.λπ.), β) αντιγράφει χωρίς δικαίωμα το σύστημα αρχειοθέτησης σε δικό του φορέα αποθήκευσης ή αντιγράφει τα δεδομένα σε χαρτί ή φωτογραφίζει την οθόνη, γ) υπερβαίνει τυχόν τεθειμένες απαγορεύσεις ή μέτρα ασφαλείας και αποκτά χωρίς δικαίωμα πρόσβαση στο σύστημα αρχειοθέτησης<sup>41</sup>.

Η αυτοματοποιημένη και μετά από κοινή συμφωνία καταγραφή / βιντεοσκόπηση που οδηγεί σε άμεση αποθήκευση των δεδομένων από τον δράστη δεν προϋποθέτει την γνώση των δεδομένων διά εξωτερικής επεμβάσεως το αρχείο. Ο δράστης δεν χρειάζεται να «υπερπηδήσει εμπόδια» για να έχει πρόσβαση στα δεδομένα. Ως εκ τούτου, με την καταγραφή μέσω κινητού τηλεφώνου των δεδομένων ο δράστης διαμορφώνει ο ίδιος το σύστημα αρχειοθέτησης<sup>42</sup>, χωρίς να καταφάσκει να «α-

πό έξω» επέμβασή του στο τελευταίο, όπως απαιτείται από τον νομοθέτη για την στοιχειοθέτηση του εγκλήματος, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση.

Ούτε, τέλος, και με την ανάρτηση των βιντεοσκοπήσεων στο διαδίκτυο άνευ της συγκαταθέσεως της παθούσας στοιχειοθετείται παράνομη επενέργεια επί των προσωπικών της δεδομένων, αφού με την παρ. 2 του άρ. 38 του Ν. 4624/2019 τιμωρείται η περαιτέρω<sup>43</sup> διάδοση των προσωπικών δεδομένων που αποκτήθηκαν με τον τρόπο της πρώτης παραγράφου. Σύμφωνα με το άρ. 38 παρ. 2 του Ν. 4624/2019 η πράξη της χρήσης των δεδομένων διά της δημοσιεύσεώς τους κ.λπ. στοιχειοθετείται μόνον εφόσον ο δράστης απέκτησε γνώση επί των δεδομένων διά της επεμβάσεως στο σύστημα αρχειοθέτησης, πράγμα που δεν συμβαίνει εν προκειμένω.

Αντίθετα η δικαιολόγηση στην ΑΠ 505/2020 ότι η επέμβαση προκύπτει επειδή «το αρχείο στο οποίο ο κατηγορούμενος επενέβη και έλαβε γνώση, είναι το αρχείο αποθήκευσης της ψηφιακής κάμερας συσκευής κινητής που ο ίδιος χρησιμοποίησε για τη μαγνητοσκόπηση, δηλαδή αρχείο που ο ίδιος δημιούργησε με την μαγνητοσκόπηση και στη συνέχεια, αφού έλαβε γνώση αυτών των δεδομένων τα επεξεργάστηκε και τα ανακοίνωσε σε τρίτους» συνιστά κατά την άποψή μας ανεπίτρεπτη in malam partem διαστολή της ερμηνείας του νόμου και δεν μπορεί να γίνει δεκτή, διότι έχει λάβει χώρα εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή των διατάξεων του άρ. 38 παρ. 2 και παρ. 1 περ. α' του Ν. 4624/2019. Εφόσον ο κατηγορούμενος λαμβάνει γνώση των δεδομένων άμα τη καταγραφή και δίχως να έχει επέμβει προηγουμένως στο σύστημα αρχειοθέτησης, δεν δύναται η εν λόγω περίπτωση να κριθεί ότι εμπίπτει στο γλωσσικό νόημα της έννοιας της «επέμβασης». Άλλωστε, ο κατηγορούμενος καταδικάζεται για διατήρηση (αποθήκευση) των αρχείων και εν συνεχεία μετάδοση-ακοίνωση αυτών στο διαδίκτυο.

Αξίζει, τέλος, να σημειωθεί ότι ο όρος της «επέμβασης» στο αρχείο δεν είναι νέος. Και υπό την ισχύ του καταργηθέντος άρ. 22 του Ν. 2472/1997 η πράξη της επέμβασης σε αρχείο ετίθετο ως προϋπόθεση για την στοιχειοθέτηση του εγκλήματος κατά την ερμηνεία της διάταξης από την νομολογία<sup>44</sup>, αν και η τακτική αυτή είχε επικριθεί από την θεωρία<sup>45</sup>. Ωστόσο, στην συνέχεια παρατηρήθηκε στροφή από το Ακυρωτικό μας, αφού κρίθηκε με την απόφαση ΑΠ 1372/2015<sup>46</sup> (στην οποία παραπέμπει και η ως άνω ΑΠ 96/2020) ότι το αδίκημα του άρ. 22 παρ. 4 του Ν. 2472/1997 είναι έγκλημα υπαλλακτικώς μικτό, και μόνον στην πρώτη υπαλλαγή τέλεσής του (δηλαδή της χωρίς δικαίωμα επέμβασης σε αρχείο) απαιτείτο ως προϋπόθεση η πράξη της «επέμβασης» σε αρχείο, στις δε υπόλοιπες μορφές τέλεσης

43. Οι περαιτέρω ενέργειες του δράστη (αντιγραφή, αποθήκευση, επεξεργασία με μοντάζ), με αποκορύφωμα την διάδοση των δεδομένων σε αόριστο αριθμό προσώπων, μέσω της ανάρτησής τους στο διαδίκτυο, διαφοροποιούνται από την απλή (έστω διά επεμβάσεως) γνώση των δεδομένων, αφού συνιστούν ένα plus παραπάνω σε σχέση με την τελευταία (πρβλ. αντιστοίχως ανάλυση Κιούπη για το hacking του προϊσχύοντος άρ. 370B ΠΚ, Ποινικό Δίκαιο και Internet, Αθήνα-Κομοτηνή, 1999, σελ. 129). Οι προσβολές των προσωπικών δεδομένων και μάλιστα των ευαίσθητων μέσα από την χρήση του διαδικτύου συνιστά έγκλημα περιεχομένου (content related crime) που αποτελεί μορφή κυβερνοεγκλήματος (cyber crime), βλ. Αγγελή, Διαδίκτυο (Internet) και ποινικό δίκαιο, ΠοινΧρ 2000, 675.

44. Βλ. συγκεντρωμένες τις αποφάσεις σε Γανιάρη, ό.π., υποσημείωση 214. Για τα προβλήματα που δημιουργούσε η αόριστη έννοια της «επέμβασης» υπό το καθεστώς του Ν. 2472/1997 βλ. Αρμαμέντου / Σωτηρόπουλου, Προσωπικά Δεδομένα – Ερμηνεία Ν. 2472/1997, Αθήνα-Θεσ/νίκη, 2005, σελ. 536 επ.

45. Βλ. Ιγγλεζάκη, Παρατηρήσεις επί της ΤρΕφΠατρ 837/2013, ΠοινΔικ 2014, 378.

46. ΠοινΧρ 2017, 341. Βλ. ομοίως ΑΠ 612/2017 ΠοινΔικ 2018, 692 (περιληπτικώς – διαθέσιμη στην ιστοσελίδα του Αρείου Πάγου) και ΑΠ 901/2019 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

38. Με την αποδοχή της βιντεοσκόπησης των ερωτικών στιγμών η εγκαλούσα έθεσε σε διακινδύνευση την εξουσία διαθέσεως των προσωπικών της δεδομένων (πρβλ. αντιστοίχως για την γερμανική διάταξη MülKoStGB/Graf, 42021, StGB § 201a Rn. 66). Ωστόσο, η ιδιαίτερη προσωπική σχέση που είχε με τον κατηγορούμενο προφανώς και της δημιούργησε την πεποίθηση ότι θα μπορεί να του έχει εμπιστοσύνη, σχετικά με την περαιτέρω μη χρήση του υλικού.

39. Γανιάρης, ό.π., αριθμ. 42.

40. Έτσι ακριβώς Γανιάρης, ό.π., αριθμ. 59.

41. Γανιάρης, ό.π., αριθμ. 60.

42. Όπως αναφέρει ο Γανιάρης, ό.π., αριθμ. 79, όταν ο δράστης συλλέγει προσωπικά δεδομένα, διαμορφώνοντας ο ίδιος για πρώτη φορά το σύστημα αρχειοθέτησης, παρακολουθώντας αθέμιτα το υποκείμενο των δεδομένων, στοιχειοθετείται μόνον ο τρόπος τέλεσης της περίπτωσης β' του άρ. 38 του Ν. 4624/2019.



(της λήψης γνώσης των δεδομένων ή της επενέργειας επί των δεδομένων ήτοι αφαίρεσης, αλλοίωσης, βλάβης, μετάδοσης κ.λπ. αυτών ή της εκμετάλλευσης αυτών) δεν ήταν απαραίτητο να υφίσταται ή να έχει προηγηθεί επέμβαση σε αρχείο χωρίς δικαίωμα, ούτε ο δράστης να απέκτησε γνώση των δεδομένων διά της επεμβάσεως.

### 3. Διαχρονικό δίκαιο

Δεδομένου ότι από την τέλεση της πράξης έως την αμετάκλητη εκδίκαση της υπόθεσης ίσχυσαν περισσότεροι νόμοι, αναγκαίο είναι, στις συγκεκριμένες περιπτώσεις, να εντοπισθεί η ευμενέστερη διάταξη για εφαρμογή, βάσει της θεμελιώδους αρχής της αναδρομικότητας του ευμενέστερου νόμου<sup>47</sup>.

Οι νέες διατάξεις του άρ. 38 παρ. 1 περ. β' του Ν. 4624/2019 είναι ευμενέστερες από τις προηγούμενες του άρ. 22 παρ. 4 του Ν. 2472/1997, αφού η προβλεπόμενη ποινή είναι η ποινή φυλάκισης έως ένα έτος, ενώ υπό την ισχύ του άρ. 22 παρ. 4 του Ν. 2472/1997 προβλεπόταν ποινή φυλάκισης και χρηματική ποινή<sup>48</sup>. Ομοίως, και για την *διάδοση* των δεδομένων ειδικών κατηγοριών μέσω του διαδικτύου η παρ. 2 του άρ. 38 του Ν. 4624/2019 συνιστά επιεικέστερη ρύθμιση, σε σύγκριση με την προηγούμενη του άρ. 22 παρ. 4 του Ν. 2472/1997 (αναφορικά με τον τρίτο τρόπο τέλεσης της πράξης), αφού α) στην παρ. 3 του άρ. 38 του Ν. 4624/2019 δεν ορίζεται κατώτατο όριο χρηματικής ποινής και β) ο δράστης τιμωρείται πλέον μόνον αν έχει τελέσει επέμβαση σε σύστημα αρχειοθέτησης<sup>49</sup>.

Συνεπώς, *de lege lata*, στη μεν περίπτωση του ΑΠ 96/2020 δεν έπρεπε να εφαρμοσθούν οι δυσμενέστερες για τον κατηγορούμενο διατάξεις του Ν. 2472/1997 και ο κατηγορούμενος, κατ' εφαρμογήν των νεότερων ευμενέστερων ρυθμίσεων, θα έπρεπε να αθωωθεί<sup>50</sup>, στην δε περίπτωση της ΑΠ 505/2020 ο κατηγορούμενος, μετά από ενεργοποίηση της ρήτρας επικουρικότητας των ειδικών ποινικών ρυθμίσεων περί παράνομης επενέργειας επί προσωπικών δεδομένων, θα μπορούσε να καταδικασθεί κατ' άρ. 370Α παρ. 2 και 3 ΠΚ, με την οποία προκύπτει ζήτημα συρροής.

Τέλος, στο σημείο αυτό διαπιστώνουμε ακόμη ότι, μάλλον εκ παραδρομής, στην περίπτωση της ΑΠ 505/2020 εφαρμόθηκε η μεταβατική διάταξη του άρ. 463 παρ. 2 νΠΚ (περί διαιρευτικής πρόσθεσης της χρηματικής ποινής εκτός από την ποινή φυλάκισης) που ίσχυσε από 1.7.2019, δεδομένου ότι η εν λόγω διάταξη αφορά ειδικούς νόμους που προφανώς ήδη προϋπήρχαν του νΠΚ. Ως εκ τούτου, η εν λόγω μεταβατική διάταξη δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής στον ειδικό ποινικό νόμο του άρ. 38 του Ν. 4624/2019, αφού ο τελευταίος τέθηκε σε ισχύ μετά την εφαρμογή του νΠΚ στις 29.8.2019.

### III. Κριτική της επιλογής του νομοθέτη

Διερωτάται, λοιπόν, κανείς αν η μη στοιχειοθέτηση του ε-

47. Βλ. σχετικώς ΟΛΑΠ 1/2020 ΠοινΧρ 2020, 522.

48. Βλ. Γανιάρη, *ό.π.*, αριθμ. 140 και ΑΠ 505/2020.

49. Βλ. Γανιάρη, *ό.π.*, αριθμ. 168. Πρβλ και ΑΠ 505/2020.

50. Δεν στοιχειοθετούνται ούτε οι διατάξεις του άρ. 370Α παρ. 2 και 3 ΠΚ, αφού με αυτές τιμωρείται η αθέμιτη αποτύπωση σε υλικό φορέα μη δημόσιας πράξης άλλου και η εν συνεχεία χρήση αυτής, στην δε περίπτωση μας η καταγραφή έγινε με την συγκατάθεση της παθούσας. Πιθανόν όμως ο κατηγορούμενος να τέλεσε στην περίπτωση της ΑΠ 96/2020 το αδίκημα της απόπειρας παράνομης βίας (βλ. Μαργαρίτη Μ./Μαργαρίτη Α., *ό.π.*, άρθρο 330, σελ. 951, αριθμ. 17-18) διά της απειλής του ότι αν δεν επανασυνδεθεί η παθούσα μαζί του θα αναρτήσει στο διαδίκτυο τα video, όπως και το αδίκημα της απλής δυσφήμισης διά της διάδοσης των επίμαχων video σε άγνωστα τρίτα πρόσωπα, μέσω ανάρτησης σε ιστοσελίδα, προσβάλλοντας την τιμή της εγκالούσας (βλ. ΑΠ 612/2017, *ό.π.* υποσημ. 46).

γκλήματος του άρ. 38 παρ. 2 του Ν. 4624/2019, διά της διαδόσεως προσωπικών δεδομένων και μάλιστα ειδικών κατηγοριών (βιντεοσκοπήσεων ερωτικών επαφών) των οποίων ο δράστης έλαβε γνώση χωρίς να έχει επέμβει επί του συστήματος αρχειοθέτησης, αλλά δημιουργώντας ο ίδιος το τελευταίο, συνιστά ορθή νομοθετική επιλογή. Μάλιστα, όπως είδαμε, εφόσον ο δράστης αναρτήσει στο διαδίκτυο τέτοιου τύπου υλικό, έχοντας καταγράψει αυτό με την συγκατάθεση της παθούσας, δεν στοιχειοθετείται ούτε το αδίκημα του άρ. 370Α παρ. 2 ΠΚ. Καλύπτεται η απαξία της πράξης με τις εν λόγω νομοθετικές επιλογές. Προτού δοθεί απάντηση στο ερώτημα αυτό<sup>51</sup>, εξετάζεται αφενός μεν το φαινόμενο της «μη συναινετικής δημοσίευσης στο διαδίκτυο οπτικοακουστικού υλικού με ερωτικό περιεχόμενο» και αφετέρου αν υπάρχουν σχετικές νομοθετικές ρυθμίσεις σε άλλες έννομες τάξεις.

#### α. Το φαινόμενο της «μη συναινετικής δημοσίευσης στο διαδίκτυο οπτικοακουστικού υλικού με ερωτικό περιεχόμενο»

Το φαινόμενο της μη συναινετικής δημοσίευσης στο διαδίκτυο οπτικοακουστικού υλικού με ερωτικό περιεχόμενο έχει προκαλέσει το ενδιαφέρον της επιστημονικής κοινότητας με αποτέλεσμα να έχουν υιοθετηθεί διάφοροι όροι περιγραφής του<sup>52</sup>.

Ως αιτίες έξαρσης του φαινομένου έχουν διαπιστωθεί η εξέλιξη της τεχνολογίας από την μία μεριά, που κάνει ιδιαίτερα εύκολη την καταγραφή οπτικοακουστικού υλικού με χρήση έξυπνων συσκευών (όπως κινητό τηλέφωνο ή κάμερα), σε συνδυασμό με την αίσθηση της ανωνυμίας που δημιουργεί η χρήση του διαδικτύου από την άλλη, με αποτέλεσμα να είναι συχνή η εμφάνιση των λεγομένων «revenge porn site», με μεγάλο ποσοστό επισκεψιμότητας<sup>53</sup>. Αυτό μάλιστα που προκαλεί εντύπωση είναι ότι πέρα από οπτικοακουστικό υλικό πολλές φορές δημοσιεύονται και στοιχεία των θυμάτων, όπως είναι το πλήρες όνομα, το επάγγελμα, η διεύθυνση, φυσική ή ηλεκτρονική<sup>54</sup>.

Τα θύματα των εγκλημάτων εκτίθενται σε παρενοχλήσεις

51. Υποστηρίζεται ότι η ανάδειξη των προσωπικών δεδομένων ως συνταγματικού δικαιώματος εμποδίζει τον νομοθέτη να υποβιβάσει την προστασία που ήδη παρέχεται από την κοινή νομοθεσία, αφού δημιουργείται νομοθετικό κεκτημένο (Μήτρου, σε Σύνταγμα Σπυρόπουλου / Κονιάδη / Ανθόπουλου / Γεραπετρίτη (κατ' άρθρο ερμηνεία) 2017, σελ. 226, *η ίδια*, σε Προστασία προσωπικών δεδομένων: Ένα νέο δικαίωμα; Το Νέο Σύνταγμα (Πρακτικά Συνεδρίου) επιμ. Τσάτσου / Βενιζέλου/ Κοντιάδη, 2001, σελ. 100).

52. Το φαινόμενο έχει χαρακτηριστεί με τον αγγλικό όρο «revenge porn», βλ. π.χ. *Citron / Franks, Criminalizing revenge porn*, 49 Wake Forest Law Review (2014), σελ. 345 επ., όπου αναφέρεται «revenge porn is a form of cyber stalking and cyber harassment», NK-StGB/ Walter Kargl StGB, 2017, § 201a Rn. 19, αλλά και ως «image-based sexual abuse», βλ. π.χ. *McGlynn / Rackley, Image based sexual abuse*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 37, No. 3 (2017) σελ. 534 επ. και ως «non consensual pornography» βλ. π.χ. *Franks, «Revenge porn» reform: a view from the front lines*, Florida law review, Vol. 69 (2017), σελ. 1251-1337, *Magaldi / Sales / Paul, Revenge Porn: The Name Doesn't Do Nonconsensual Pornography Justice and the Remedies Don't Offer the Victims Enough Justice*, Oregon law Review, Vol. 98 (2020), σελ. 197-228.

53. Το site Isanybodyup για παράδειγμα είχε περίπου 150.000 με 240.000 επισκέψεις την ημέρα το 2011 [βλ. σχετικά *Stroud, The dark Side of the Online Self: A Pragmatic Critique of the Growing Plague of Revenge Porn*, Journal of Mass Media Ethics, 29: 3 (2014), σελ. 168-183]. Για περίπου 10.000 σχετικά sites γίνεται λόγος με βάση τα στοιχεία των αιτημάτων για κατάβαση σχετικών αρχείων με την διαδικασία του «notice and take down», σύμφωνα με στοιχεία της μη κερδοσκοπικής οργάνωσης της ΗΠΑ CCRI (Cyber Civil Rights Initiative), με σκοπό την προστασία των ατομικών δικαιωμάτων και ατομικών ελευθεριών από την κατάχρηση του διαδικτύου (*Franks, ό.π.*, σελ. 1260 υποσημείωση 50).

54. *Franks, ό.π.*, 1263.



τόσο σε διαδικτυακό επίπεδο όσο και σε φυσικό, στις περιπτώσεις που αναρτώνται στοιχεία διεύθυνσης ή επικοινωνίας τους. Ακόμη, χάνουν την εργασία τους ή ευκαιρίες για εργασία ή εκπαίδευση. Ποικίλες είναι οι συνέπειες<sup>55</sup> και σε επίπεδο συναισθηματικής και ψυχικής υγείας, αφού πέρα από διαταραχές άγχους, κατάθλιψη και άλλες ψυχικές νόσους, έχουν υπάρξει περιπτώσεις θυμάτων που οδηγήθηκαν στην αυτοκτονία. Ακόμη, έχει υποστηριχθεί ότι η ύπαρξη τέτοιου τύπου φαινομένων οδηγεί και στην λανθασμένη εντύπωση σε ευρύτερο κοινωνικό επίπεδο ότι η σεξουαλική εκμετάλλευση είναι ανεκτή<sup>56</sup>.

Μάλιστα αμφισβητείται αν θα μπορούσαν να είναι αναστρέψιμες οι ως άνω συνέπειες του εγκλήματος, διότι ακόμη και αν ο δράστης μετανιώσει για την πράξη που τέλεσε και διαγράψει τις επίμαχες φωτογραφίες ή βιντεοσκοπήσεις ή το θύμα ασκήσει το προβλεπόμενο από το άρ. 17 του ΓΚΠΔ<sup>57</sup> δικαίωμα διαγραφής<sup>58</sup>, το πιθανότερο είναι ότι οι επίμαχες φωτογραφίες ή βιντεοσκοπήσεις θα επαναδημοσιευθούν από άλλους χρήστες που ήδη πρόλαβαν και «κατέβασαν» το αρχείο. Συνεπώς, το αίτημα για διαγραφή δεν μπορεί να ικανοποιηθεί πλήρως και η βλάβη του εννόμου αγαθού δεν σταματά, αφού θα γεννώνται νέες εστίες προσβολής<sup>59</sup>.

Ήδη μεγάλες διαδικτυακές πλατφόρμες, όπως το Facebook, το Twitter και το Google, ανακοίνωσαν ότι απαγορεύουν την δημοσίευση τέτοιου τύπου υλικού από το 2015<sup>60</sup>, αφού προσέθεσαν στους κανόνες λειτουργίας τους την υποχρέωση για σεβασμό στην ιδιωτική ζωή. Ωστόσο, και πάλι μόνον «κατόπιν εορτής», δηλαδή με την «διαδικασία της Ειδοποίησης και Απόσυρσης» του παράνομου περιεχομένου<sup>61</sup> μπορούν να αφαιρε-

θούν τέτοιου τύπου αναρτήσεις, αλλά η δημοσίευση των σχετικών εικόνων ή βιντεοσκοπήσεων, έστω και για μικρό χρονικό διάστημα, αρκεί για να θεμελιωθεί η προσβολή<sup>62</sup>.

Η αυξανόμενη εμφάνιση των εν λόγω φαινομένων και οι βλαπτικές συνέπειες για την ζωή των θυμάτων έχει οδηγήσει αρκετές έννομες τάξεις σε εγκληματοποίηση των επίμαχων συμπεριφορών με ειδική ποινική ρύθμιση, αφού οι ήδη ισχύουσες ρυθμίσεις δεν επαρκούν<sup>63</sup>. Οι περιγραφές των υποστάσεων των εγκλημάτων ποικίλλουν, αλλά κεντρική ιδέα είναι να τιμωρείται η χωρίς συγκατάθεση δημοσίευση φωτογραφιών ή βιντεοσκοπήσεων, με ερωτικό περιεχόμενο, έστω και αν η αρχική λήψη της φωτογραφίας ή της βιντεοσκόπησης έγινε με την συγκατάθεση του θύματος.

### β. Συγκριτικό δίκαιο

Ο ΟΗΕ<sup>64</sup> και το Ευρωπαϊκό Ινστιτούτο για την Ισότητα των Φύλων<sup>65</sup> έχουν αναγνωρίσει ρητά το φαινόμενο της «μη συναινετικής δημοσίευσης στο διαδίκτυο οπτικοακουστικού υλικού με ερωτικό περιεχόμενο» (με τον όρο “revenge porn”) ως μορφή έμφυλης βίας που πρέπει να αναγνωρισθεί και να καταπολεμηθεί ως τέτοια από τα κράτη.

Ειδικές ποινικές νομοθετικές ρυθμίσεις<sup>66</sup> έχουν υιοθετηθεί τόσο στην Ευρώπη όσο και στην Αμερική. Στις ΗΠΑ, όπου έχει γίνει λόγος για διαστάσεις εθνικής επιδημίας<sup>67</sup> του φαινομένου,

greece/news/20201215\_01\_el).

62. Για τον λόγο αυτό και έχει προταθεί να τεθούν προληπτικά τεχνολογικά φίλτρα, με τα οποία να εντοπίζονται εικόνες με γυμνό περιεχόμενο και να μην δημοσιεύονται (*Franks*, ό.π., σελ. 1308 επ., 1330). Αξίζει να σημειωθεί ότι η ιταλική Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα (*Garante*) έχει ξεκινήσει από τις 8.3.2021 ένα πιλοτικό πρόγραμμα σε συνεργασία με την Facebook για την προσπάθεια να εντοπισθούν πριν δημοσιευθούν φωτογραφίες ή βίντεο με τέτοιου τύπου υλικό (βλ. περισσότερα στην ιστοσελίδα <https://www.garanteprivacy.it/temi/revengeporn>).

63. *McGlynn / Rackley*, ό.π., *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 37, No. 3 (2017) σελ. 534 επ., 553, *Franks*, ό.π., σελ. 1300 επ. Συνήθως γίνεται προσπάθεια οι εν λόγω περιπτώσεις να υπαχθούν σε ρυθμίσεις όπως η ηδονοβλεψία (*voyeurism*), η σεξουαλική παρενόχληση, το *hacking*, η κλοπή ταυτότητας (*identity theft*), φαινόμενα *stalking*, παραβιάσεις του νόμου περί πνευματικής ιδιοκτησίας κ.ά.

64. Βλ. σχετικά την από 14.6.2018 έκθεση του Συμβουλίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων του ΟΗΕ με τίτλο: “Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, its Causes and Consequences on online violence against women and girls from a human rights perspective” διαθέσιμη ηλεκτρονικά στην ιστοσελίδα <https://digitallibrary.un.org/record/1641160?ln=en>. Πρβλ. *Gercke*, *Die Entwicklung des Internetstrafrechts 2017/2018*, ZUM 2018, 745, ο οποίος χαρακτηρίζει ως αξιοσημείωτη την πρόταση της «Ομάδας εμπειρογνομόνων για τη διεξαγωγή μιας ολοκληρωμένης μελέτης για το έγκλημα στον κυβερνοχώρο» του ΟΗΕ, η εγκληματικότητα στον κυβερνοχώρο να περιλαμβάνει μεταξύ άλλων και νέα φαινόμενα, όπως το “revenge porn”, σύμφωνα με την έκθεση που εξέδωσε η ως άνω Ομάδα μετά από την τέταρτη συνάντησή της τον Απρίλιο του 2018 στη Βιέννη (διαθέσιμη στην ιστοσελίδα <http://undocs.org/E/CN.15/2018/12>).

65. Βλ. την από 23.6.2017 έκθεση με τίτλο “Cyber violence against women and girls”, διαθέσιμη ηλεκτρονικά στην ιστοσελίδα: <https://eige.europa.eu/publications/cyber-violence-against-women-and-girls>.

66. Βλ. στοιχεία σε *Hoppe*, *Bildaufnahmen aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich - der neue § 201a StGB*, GRUR 2004, 990, υποσημειώσεις 5-13. Οι Φιλιππίνες ήταν το πρώτο κράτος όπου υιοθετήθηκε σχετική ποινική ρύθμιση το έτος 2009 και η πράξη τιμωρείται με φυλάκιση έως 7 έτη (βλ. *Franks*, ό.π., σελ. 1280).

67. *Magaldi/Sales/Paul*, ό.π., 199 επ. όπου αναφέρεται ότι ένας στους 25 Αμερικανούς έχει πέσει θύμα «μη συναινετικής πορνογραφίας». Παρομοίως το ποσοστό αυτό ανέρχεται στο 23% στην Αυστραλία σε ηλικίες μεταξύ 16 και 45 ετών.

55. Βλ. *Citron / Franks*, ό.π., σελ. 351-353, *Bates*, *Revenge Porn and Mental Health: A Qualitative Analysis of the Mental Health Effects of Revenge Porn on Female Survivors*, *Feminist Criminology*, Sage publications, 2016, σελ. 1-21. Πρβλ. και την ΜονΕφΠειρ 12/2021 απόφαση (ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ) με την οποία επιδικάστηκε αποζημίωση ποσού 12.500 ευρώ σε θύμα τέτοιας περίπτωσης, αφού κρίθηκε ότι υπήρξε ηθική βλάβη της παθούσας, δεδομένου ότι προσβλήθηκε παράνομα η προσωπικότητά της, για μεγάλο διάστημα σταμάτησε να εργάζεται, δεν έβγαине από το σπίτι της, αδυνατούσε να έχει διαπροσωπικές σχέσεις και βίωνε άγχος, θλίψη και πανικό.

56. *Franks*, ό.π., σελ. 1259, 1263-1264.

57. Βλ. άρ. 34 του Ν. 4624/2019.

58. Για το ανέφικτο της ψηφιακής λήθης και τα όρια του δικαιώματος της διαγραφής βλ. *Παναγοπούλου-Κουτνατζή*, Ο Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων 679/2016/ΕΕ: Εισαγωγή και Προστασία Δικαιωμάτων, 2017, σελ. 75 επ. Βλ. ακόμη *Iglezakis*, *The Right to Be Forgotten in the Google Spain Case (Case C-131/12): A Clear Victory for Data Protection or an Obstacle for the Internet?* διαθέσιμο ηλεκτρονικά σε [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2472323](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2472323), τον ίδιο, Το δικαίωμα στην ψηφιακή λήθη και οι περιορισμοί του, 2014.

59. *LG Kiel (Z)* απόφαση της 27<sup>ης</sup> Απριλίου 2006 – 4 O 251/05, NJW 2007, 1002, με την οποία ορίστηκε ως κατάλληλη αποζημίωση για την προσβολή του δικαιώματος της προσωπικότητας, που προκλήθηκε και θα προκληθεί στο μέλλον από την παράνομη δημοσίευση ερωτικών φωτογραφιών στο διαδίκτυο, το ποσό των 25.000 ευρώ, δεδομένου ότι είναι αδύνατον να αφαιρεθούν τελείως οι εν λόγω εικόνες από το διαδίκτυο, διότι δεν μπορεί να προσδιορισθεί ούτε η ταυτότητα των ατόμων που τις έχει “κατεβάσει” ούτε ποιος τις αναδημοσιεύει ξανά και ξανά.

60. *Franks*, ό.π., σελ. 1272, υποσημειώσεις 146, 147, 149.

61. Η εν λόγω διαδικασία ακολουθείται όταν ειδοποιείται ο πάροχος υπηρεσίας ότι υφίσταται παράνομο περιεχόμενο με βάση την Οδηγία 2000/31/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (Οδηγία για το Ηλεκτρονικό Εμπόριο). Για το ζήτημα του ελέγχου του παράνομου περιεχομένου στο διαδίκτυο, που εκφεύγει από τα όρια της παρούσης μελέτης, επίκεινται εξελίξεις μετά την πρόταση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για υιοθέτηση της «Πράξης για τις ψηφιακές υπηρεσίες», με την οποία εισάγονται νέοι κανόνες για τις ψηφιακές πλατφόρμες (<https://ec.europa.eu/>

48 πολιτείες έχουν ήδη υιοθετήσει σχετικές ποινικές διατάξεις<sup>68</sup>. Για παράδειγμα στην Καλιφόρνια<sup>69</sup> το 2013 προβλέφθηκε ότι η διανομή ιδιωτικών φωτογραφιών που είχαν αποκτηθεί με συναίνεση και μόνο για ιδιωτική χρήση, με σκοπό να προκληθεί στο θύμα σοβαρή συναισθηματική δυσφορία («serious emotional distress») και εφόσον προκλήθηκε η τελευταία, τιμωρείται με ποινή φυλάκισης έως έξι μήνες και πρόστιμο 1.000 δολαρίων.

Στο Ηνωμένο Βασίλειο με σχετικό νόμο του έτους 2015<sup>70</sup> προβλέφθηκε ότι τιμωρείται η διάδοση σεξουαλικού περιεχομένου ιδιωτικών φωτογραφιών και βιντεοσκοπήσεων, με σκοπό την πρόκληση δυσφορίας (disclosing private sexual photographs and films with intent to cause distress), με ποινή φυλάκισης έως δύο ετών.

Κύριο χαρακτηριστικό αυτών των διατάξεων είναι η βαρύτητα που δίδεται στον σκοπό του δράστη να προκαλέσει «συναισθηματική δυσφορία» στο θύμα και στην πραγματοποίηση της τελευταίας. Ωστόσο έχει επισημανθεί εύστοχα<sup>71</sup> ότι πολλές φορές ο δράστης μπορεί να μην έχει ως σκοπό την πρόκληση συναισθηματικής δυσφορίας στο θύμα, αλλά άλλους στόχους<sup>72</sup>, όπως για παράδειγμα το παράνομο οικονομικό όφελος (οπότε και θα τελεείται εκβίαση)<sup>73</sup> ή την ευκαιρία να μοιραστεί με φίλους το υλικό<sup>74</sup>.

Στην Γερμανία οι επίμαχες περιπτώσεις καλύπτονται από την ειδικότερη διάταξη του άρ. 201a παρ. 1 αριθμ. 5 του γερμΠΚ<sup>75</sup> που εισήχθη το 2004 και τροποποιήθηκε το 2015 και

68. Όπως προκύπτει από την ιστοσελίδα της μη κυβερνητικής οργάνωσης CCRI (Cyber Civil Rights Initiative) <https://www.cybercivilrights.org/revenge-porn-laws/>. Ωστόσο, έχει διατυπωθεί η άποψη ότι το αδίκημα θα έπρεπε να τιμωρείται σε επίπεδο ομοσπονδιακό (Franks, ό.π., σελ. 1293, Magaldi/Sales/Paul, ό.π., σελ. 225).

69. MMR-Aktuell 2013, 351402. Η εν λόγω νομοθεσία είναι διαθέσιμη στην ιστοσελίδα [http://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill\\_id=2013201405B255](http://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=2013201405B255).

70. Criminal Justice and Courts Act, Section 33. Βλ. το κείμενο σε <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/2/section/33/enacted> και κριτική σχετικά με την ευρεία διατύπωση της εν λόγω διάταξης σε Gillespie, «Trust me, it's only for me»: "Revenge Porn" and the Criminal Law, Criminal Law Review 11/2015, 866, διαθέσιμη ηλεκτρονικά [https://eprints.lancs.ac.uk/id/eprint/75355/1/Revenge\\_Pornography\\_Pre\\_Publication\\_1\\_.pdf](https://eprints.lancs.ac.uk/id/eprint/75355/1/Revenge_Pornography_Pre_Publication_1_.pdf)

71. McGlynn / Rackley, Image based sexual abuse, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 37, No. 3 (2017) σελ. 534 επ., ιδίως 556, Franks, ό.π., σελ. 1287, όπου επισημαίνεται ότι ο εν λόγω σκοπός για πρόκληση συναισθηματικής δυσφορίας προσετέθη στην περιγραφή της υποκειμενικής υπόστασης του εγκλήματος, επειδή σε μερικές πολιτείες όπως π.χ. στην Βόρεια Καρολίνα κρίθηκαν αντισυνταγματικές ως αντιβαίνουσες στην ελευθερία της έκφρασης οι συγκεκριμένες διατάξεις. Πρβλ. και την πρόταση να αντιμετωπίζονται οι εν λόγω περιπτώσεις ως παραβάσεις του Νόμου περί Πνευματικής Ιδιοκτησίας σε Lee, Delivering (up) a copyright based remedy for revenge porn, GRUR 2019, 103. Ωστόσο, με δεδομένο ότι το θύμα συνήθως δεν είναι ο δημιουργός της φωτογραφίας (εκτός από τις περιπτώσεις της "selfie") δεν έχει δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας (Franks, ό.π., σελ. 1300), με αποτέλεσμα να μην αρκεί για την προστασία του η θεμελίωση του δικαιώματος στις εν λόγω διατάξεις.

72. Magaldi/Sales/Paul, ό.π., σελ. 203 επ.

73. Όταν δράστες είναι hackers που αποκτούν παράνομα το υλικό, το δημοσιεύουν στο διαδίκτυο απαιτώντας χρήματα για να «κατεβάσουν» τα αρχεία ή απειλούν ότι θα το δημοσιεύσουν αν δεν τους δοθούν χρήματα ή και μέσα από τις διαφημίσεις (Stroud, ό.π.).

74. Βάσει στατιστικών στοιχείων το 79% των δραστών είχαν ως κίνητρο να μοιραστούν το υλικό με φίλους, ενώ μόλις το 12% να προκαλέσουν κακό στο θύμα (Magaldi/Sales/Paul, ό.π., σελ. 219).

75. Η § 201a StGB είναι μεταξύ των διατάξεων του γερμΠΚ οι οποίες σχετίζονται με τιμώρηση συμπεριφορών σχετικών με παράνομη επεξεργασία προσωπικών δεδομένων, που μπορεί να συνιστούν και παραβίαση του ΓΚΠΔ (βλ. Paal/Pauly/Frenzel, <sup>3</sup>2021, DS-GVO Art. 84 Rn. 5). Για την σχέση μεταξύ των ποινικών διατάξεων του νέου

το 2020, σύμφωνα με την οποία τιμωρείται η «προσβολή του άκρως προσωπικού χώρου της ζωής και δικαιωμάτων επί της προσωπικότητας μέσω της λήψης φωτογραφιών». Συγκεκριμένα, τιμωρείται όποιος εν γνώσει άνευ δικαιώματος καθιστά προσπελάσιμη σε τρίτους φωτογραφία που καταγράφηκε σε «οικία» ή σε «χώρο ειδικά προστατευμένο από την κοινή θέα» με την έγκριση του εικονιζομένου<sup>76</sup> και με τον τρόπο αυτό προσβάλλει τον άκρως προσωπικό τομέα της ζωής.

Δικαιολογητικός λόγος θέσπισης της ως άνω διάταξης στο γερμανικό δίκαιο είναι το να γίνει σεβαστό το δικαίωμα του ατόμου που φωτογραφίζεται ή βιντεοσκοπείται να αποφασίσει σχετικά με την διανομή των ιδιωτικών του εικόνων<sup>77</sup>, το δε αξιόποιο υποστηρίζεται ότι προκύπτει από το ότι ο δράστης καταχράται την εμπιστοσύνη του θύματος<sup>78</sup>. Το προστατευόμενο έννομο αγαθό αναζητάται στο, απορρέον από το θεμελιώδες δικαίωμα για σεβασμό της προσωπικότητας, δικαίωμα στον πληροφοριακό αυτοκαθορισμό<sup>79</sup> και ειδικότερα στην προστασία του «άκρως προσωπικού τομέα της ζωής»<sup>80</sup>. Με την εισαγωγή των διατάξεων του άρ. 201a γερμΠΚ στην Γερμανία υποστηρίχθηκε ακόμη ότι επιχειρήθηκε να αντιμετωπισθεί το φαινόμενο του cybermobbing, δηλαδή του εκφοβισμού στον κυβερνοχώρο που συνεπάγεται η δυσφήμιση, η παρενόχληση και οι απειλές με την βοήθεια ηλεκτρονικών μέσων επικοινωνίας<sup>81</sup>.

Στις 19 Ιουλίου 2019, ο Ιταλός νομοθέτης σε σχέση με τις υπό συζήτηση συμπεριφορές προσέθεσε (με τον λεγόμενο «Codice Rosso») ειδικό άρθρο στον ιταλικό Ποινικό Κώδικα. Συγκεκριμένα, με το άρ. 612-ter του ιταλΠΚ<sup>82</sup> προβλέπεται ποινή

γερμανικού ομοσπονδιακού νόμου για την προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα μετά την ισχύ του ΓΚΠΔ (άρθρο 43) και των σχετικών παραβάσεων που προβλέπονται από τον γερμΠΚ βλ. Paal/Pauly/Frenzel, DS-GVO BDSG, <sup>3</sup>2021, Art. 42 Rn. 11-12.

76. Κατά κύριο λόγο αυτό συμβαίνει μετά το τέλος μίας σχέσης από τον πρώην σύντροφο του θύματος (NK-StGB/Walter Kargl, <sup>5</sup>2017, StGB § 201a Rn. 19).

77. Βλ. Walter Kargl, ibid. Πρβλ. Citron, Sexual privacy, The Yale Law Journal, 2019, 1870-1960, όπου υποστηρίζεται ότι η «μη συναινετική πορνογραφία» προσβάλλει την «σεξουαλική ιδιωτικότητα», αφού εμποδίζει τα θύματα να αποφασίσουν εκείνα ποιος θα τους δει γυμνούς (1919).

78. MüKoStGB/Graf, <sup>4</sup>2021, §201a Rn. 66. Πρβλ. αντιθέτως Heuchemer/Paul, Die Strafbarkeit unbefugter Bildaufnahmen – Tatbestandliche Probleme des § 201a StGB, JA 2006, 616, όπου διευκρινίζεται ότι το έννομο αγαθό δεν μπορεί να σχετίζεται με την προσβολή της εμπιστοσύνης, αλλά με την προσβολή της προσωπικότητας.

79. Για την διαμόρφωση του δικαιώματος αυτοδιάθεσης των πληροφοριών από την νομολογία του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας βλ. α.ά., Γέροντα, Η προστασία του πολίτη από την ηλεκτρονική επεξεργασία προσωπικών δεδομένων, Μια συμβολή στην ερμηνεία του Ν. 2472/1997 «Προστασία του ατόμου από την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα», 2002, σελ. 69 επ.

80. Schönke/Schröder/Eisele, <sup>30</sup>2019, StGB § 201a Rn. 3. Τυχόν εννοιολογικά προβλήματα σχετικά με το πότε ακριβώς επηρεάζεται ο «ιδιαίτερα προσωπικός τομέας της ζωής» απομένει να λυθούν από την νομολογία (Borgmann, Von Datenschutzbeauftragten und Bademeistern – Der strafrechtliche Schutz am eigenen Bild durch den neuen § 201a StGB, NJW 2004, 2135).

81. MüKoStGB/Graf, <sup>4</sup>2021 StGB, §201a Rn. 13. Πρβλ. Cornelius, Plädoyer für einen Cybermobbing-Straftatbestand ZRP 2014, 164, όπου υποστηρίζεται η ανάγκη υιοθέτησης ειδικής ποινικής διάταξης για τον «εκφοβισμό στον κυβερνοχώρο».

82. Η διάταξη εντάσσεται στο κεφάλαιο των εγκλημάτων κατά της «ηθικής ελευθερίας» (Dei delitti contro la libertà morale), που αποτελούν υποκεφάλαιο των εγκλημάτων κατά της ατομικής ελευθερίας, τα οποία επίσης αποτελούν υποκεφάλαιο των εγκλημάτων κατά του ατόμου (βλ. <https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/28/dei-delitti-contro-la-persona>).

κάθειρης 1-6 ετών και πρόστιμο από 5.000 έως 15.000 ευρώ, εκτός αν η πράξη τιμωρείται βαρύτερα από άλλη διάταξη, για την χωρίς συγκατάθεση παράνομη διάδοση εικόνων ή βιντεοσκοπήσεων με σεξουαλικό περιεχόμενο («diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti») που είχαν προορισθεί για να παραμείνουν ιδιωτικές. Μάλιστα στην παρ. 2 προβλέπεται η τιμώρηση και των «επόμενων διανομέων» των ως άνω εικόνων ή βιντεοσκοπήσεων, δηλαδή εκείνων των ατόμων που έχουν ήδη αποκτήσει τις τελευταίες και τις διανέμουν περαιτέρω, με σκοπό την βλάβη του παθόντος, και στην παρ. 3 προβλέπονται ως επιβαρυντικές περιστάσεις η τέλεση της πράξης από τον σύζυγο ή τον σύντροφο (νυν ή πρώην) ή η χρήση για την τέλεσή της πληροφορικών ή ηλεκτρονικών μέσων.

#### IV. Συμπέρασμα

Τα σύγχρονα έξυπνα τηλέφωνα και οι λοιπές συσκευές παρέχουν την δυνατότητα πολύ γρήγορης και εύκολης καταγραφής της εικόνας ή της βιντεοσκοπήσης, μέσω δε της χρήσης των μέσων κοινωνικής δικτύωσης εντείνεται ο κίνδυνος να μεταφερθούν αυτές οι εικόνες ή βιντεοσκοπήσεις στο διαδίκτυο<sup>83</sup>, πολλές φορές και από τα ίδια τα θύματα, τα οποία δημοσιοποιούν τα δεδομένα τους<sup>84</sup>. Με την εμφάνιση του Web 2.0<sup>85</sup>, του συμμετοχικού διαδικτύου, έχει αλλάξει ριζικά ο τρόπος χρήσης του, αφού ο κάθε χρήστης μπορεί να είναι όχι μόνον αποδέκτης πληροφοριών αλλά και δημιουργός του περιεχομένου, αναρτώντας δικές του πληροφορίες σε κοινωνικά δίκτυα, ιστολόγια, ειδήσεων, ιστοσελίδες<sup>86</sup> κ.λπ. Σύμφωνα με στατιστικά στοιχεία της Δίωξης Ηλεκτρονικού Εγκλήματος<sup>87</sup>, το έτος 2019 η Δίωξη επελήφθη σε 985 περιστατικά παραβίασης του νόμου περί προσωπικών δεδομένων, ιδιαίτερη κατηγορία του οποίου αποτελεί και η επίμαχη συμπεριφορά.

83. Πρβλ. MülKoStGB/Graf, ό.π., Rn. 2, 16, όπου αναφέρονται οι σκοποί αντεγκληματικής πολιτικής της ρύθμισης, η οποία εισήχθη στην Γερμανία, σχετικά με το ζήτημα που μας απασχολεί.

84. Σύμφωνα με την ΜΟΔ Ηρακλ 8/2019 (ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ) «η οικειοθελής ανάρτηση προσωπικών πληροφοριών σε ένα δημοσίως προσβάσιμο μέσο, όπως τα μέσα κοινωνικής δικτύωσης, είναι τεκμήριο υπέρ της επιθυμίας του χρήστη αυτών των υπηρεσιών για δημοσιοποίηση και όχι για περιφρούρηση και προστασία των δεδομένων του. Συνεπώς, στις ανωτέρω περιπτώσεις δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί αξίωση των υποκειμένων για τήρηση της εμπιστευτικότητας και προστασία των προσωπικών τους δεδομένων, αφού προφανώς τα ίδια τα υποκείμενα των δεδομένων έχουν απεκδυθεί αυτού του δικαιώματός τους».

85. Βλ. περισσότερα σε *Μήτρου*, Ιδιωτικότητα στο Web. 2.0, ΔΙΜΕΕ 2010, σελ. 319 επ.

86. Μάλιστα έχει γίνει λόγος για δημιουργία του λεγόμενου «porn 2.0», κατά παράφραση του όρου Web 2.0, αφού η εμφάνιση των λεγόμενων revenge porn sites αυξάνεται συνεχώς [βλ. *Ronneburger, Sex, Privacy, and Webpages: Creating a legal remedy for victims of Porn 2.0*, Syracuse Science & Technology Law Reporter, Vol 21 (2009), σελ. 1-35].

87. [http://www.astynomia.gr/index.php?option=ozo\\_content&lang=&perform=view&id=93706&Itemid=2425](http://www.astynomia.gr/index.php?option=ozo_content&lang=&perform=view&id=93706&Itemid=2425).

Έχοντας κατά νου ότι το ποινικό δίκαιο πρέπει να είναι το τελευταίο καταφύγιο (ultimum refugium) αντιμετώπισης μιας παραβατικής συμπεριφοράς, η τιμώρηση απαιτείται μόνον για περιπτώσεις που πράγματι δεν μπορούν να αντιμετωπισθούν διαφορετικά. Κατά βάση ο Ευρωπαίος νομοθέτης με τις διατάξεις του ΓΚΠΔ<sup>88</sup> είχε κατά νου την παράνομη επενέργεια επί προσωπικών δεδομένων που γίνονται σε μεγάλο βαθμό από νομικά πρόσωπα – οικονομικούς κολοσσούς και την αντιμετώπισή τους με βάση κυρώσεις διοικητικής φύσεως<sup>89</sup>.

Με την πρόβλεψη της παρ. 2 του άρ. 38 του Ν. 4624/2019 τιμωρείται πλέον η *διάδοση* δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα τα οποία απέκτησε ο δράστης *ύστερα από επέμβαση* σε σύστημα αρχειοθέτησης και όχι κάθε παράνομη επενέργεια επί των προσωπικών δεδομένων. Τούτο φανερώνει την επιθυμία του εθνικού νομοθέτη για συρρίκνωση<sup>90</sup> του πεδίου εφαρμογής. Ωστόσο, με τον τρόπο αυτό, τιμωρούνται με τις ποινικές διατάξεις του Ν. 4624/2019 πολύ πιο ήπιες συμπεριφορές<sup>91</sup>, η δε αναφερόμενη στις ως άνω σχολιασθείσες αποφάσεις συμπεριφορά του δράστη, με την οποία προσβάλλεται σοβαρά η αξιοπρέπεια του θύματος και η προσωπικότητά του, δεν υπάγεται στο πλαίσιο των ρυθμίσεων. Δεδομένου ότι στην περίπτωση της ΑΠ 96/2020 η καταγραφή του υλικού έγινε με την συγκατάθεση της παθούσας, δεν μπορούν να τύχουν εφαρμογής ούτε οι διατάξεις του άρ. 370Α παρ. 2 και 3 ΠΚ, αφού με αυτές τιμωρείται η *αθέμιτη* αποτύπωση σε υλικό φορέα μη δημόσιας πράξης άλλου και η εν συνεχεία χρήση αυτής. Θα ήταν ίσως σκόπιμη de lege ferenda μία τροποποίηση του άρ. 370Α παρ. 2 ΠΚ, προκειμένου να μπορεί να ενταχθεί εκεί και η επίμαχη συμπεριφορά.

88. Όπως ορίζεται στο προοίμιο του ΓΚΠΔ (αιτιολογική σκέψη 6) «Οι ραγδαίες τεχνολογικές εξελίξεις και η παγκοσμιοποίηση δημιουργήσαν νέες προκλήσεις για την προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Η κλίμακα της συλλογής και της ανταλλαγής δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα αυξήθηκε σημαντικά. Η τεχνολογία επιτρέπει τόσο σε ιδιωτικές επιχειρήσεις όσο και σε δημόσιες αρχές να κάνουν χρήση δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα σε πρωτοφανή κλίμακα για την επιδίωξη των δραστηριοτήτων τους. Τα φυσικά πρόσωπα ολοένα και περισσότερο δημοσιοποιούν προσωπικές πληροφορίες και τις καθιστούν διαθέσιμες σε παγκόσμιο επίπεδο».

89. Για τον λόγο αυτό και προβλέπονται υψηλά πρόστιμα από τον ΓΚΠΔ, ως ένα «μήνυμα» της Ευρωπαϊκής Ένωσης προς τις εδρεύουσες στις ΗΠΑ μεγάλες εταιρείες, όπως η google ή η facebook (*Μήτρου*, Ο Γενικός Κανονισμός Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων, Νέο Δίκαιο – Νέες Υποχρεώσεις – Νέα Δικαιώματα, 2017, σελ. 177, υποσημείωση 509).

90. *Νούσκαλης*, ΠοινΔικ 2018, 275.

91. Αν πχ. ο δράστης είχε δημοσιεύσει στο διαδίκτυο τον κατάλογο με τις «επαφές» της παθούσας από το κινητό της τηλέφωνο που είχε αντιγράψει από αυτό εν αγνοία της, θα είχε αποσπάσει αθεμίτως προσωπικά της δεδομένα διά της επεμβάσεως σε σύστημα αρχειοθέτησης και θα στοιχειοθετείτο το αδίκημα του άρ. 38 παρ. 2 του Ν. 4624/2019.



ΕΥΡΕΤΗΡΙΑ 4<sup>ου</sup> ΤΕΥΧΟΥΣ 2021

## ΕΥΡΕΤΗΡΙΟ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΣ

Δικαστήριο	Απόφαση	Σελίδα
Άρειος Πάγος	37/2020	267
	96/2020	275, 285
	285/2020	271
	378/2020	283, 287
	505/2020	278
	565/2020	284
	566/2020	268
	774/2020	288
	930/2020	273
	937/2020	273
	982/2020 (Συμβ.)	282
Μικτό Ορκωτό Εφετείο Αθηνών	400/2019	288

Δικαστήριο	Απόφαση	Σελίδα
Τριμελές Εφετείο Αθηνών	3243/2019	290
Συμβούλιο Εφετών Αθηνών	143/2020	290
Συμβούλιο Πλημμελειοδικών Πατρών	354/2020 (εισ. πρότ. Ευγενίας Μαγκλάρα)	292
Τριμελές Αναθεωρητικό Δικαστήριο	132/2020	297
Γνωμοδοτήσεις Εισαγγελίας Αρείου Πάγου	11/2021 (Δ. Παπαγεωργίου)	302
	13/2021 (Δ. Παπαγεωργίου)	302
	14/2021 (Γ. Γεράκης)	304
Διατάξεις Εισαγγελέων Εφετών Αθηνών	ΠΡΦ 20-147/2020 (Γ. Βούλγαρης)	307
Διατάξεις Εισαγγελίας Πλημμελειοδικών Καβάλας	123/2021 (Β. Αδάμας)	308

## ΕΥΡΕΤΗΡΙΟ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΩΝ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ

Νομοθέτημα	Άρθρο	Απόφαση	Σελίδα
ΕΣΔΑ	6	ΑΠ 37/2020	267
		ΑΠ 982/2020 (Συμβ.)	282
	8	ΑΠ 96/2020	275
Ποινικός Κώδικας 2019	2	ΑΠ 505/2020	278
		ΔιατΕισΠλημΚαβ 123/2021	308
	5-7	ΑΠ 378/2020	287
	28	ΑΠ 566/2020	268
	59	ΑΠ 937/2020	273
	79	ΑΠ 96/2020	285
	83	ΑΠ 96/2020	285
	84	ΑΠ 96/2020	285
	112-113	ΔιατΕισΠλημΚαβ 123/2021	308
	242	ΑΠ 285/2020	271
	302	ΑΠ 566/2020	268
	308, 309	ΑΠ 565/2020	284
	336	ΣυμβΠλημΠατρ 354/2020	292
	337	ΑΠ 930/2020	273
	351Α	ΣυμβΠλημΠατρ 354/2020	292
	362	ΑΠ 378/2020	283
	386	ΑΠ 937/2020	273
	463	ΑΠ 505/2020	278
Ποινικός Κώδικας 1950	13	ΤρΑναθΔικ 132/2020	297
	235	ΤρΕφΑθ 3243/2019	290
		ΤρΑναθΔικ 132/2020	297
	242	ΑΠ 285/2020	271
	256, 263Α	ΤρΕφΑθ 3243/2019	290
	336	ΣυμβΠλημΠατρ 354/2020	292
	337	ΑΠ 930/2020	273
		ΜΟΕΑθ 400/2019	288
	338	ΣυμβΠλημΠατρ 354/2020	292
	339	ΜΟΕΑθ 400/2019	288

Νομοθέτημα	Άρθρο	Απόφαση	Σελίδα
Ποινικός Κώδικας 1950	351Α	ΣυμβΠλημΠατρ 354/2020	292
	362-363	ΑΠ 378/2020	283
	386	ΑΠ 937/2020	273
Κώδικας Ποινικής Δικονομίας 2019	15, 23	ΑΠ 982/2020 (Συμβ.)	282
	41-43	ΔιατΕισΠλημΚαβ 123/2021	308
	57	ΑΠ 285/2020	271
	139	ΑΠ 37/2020	267
		ΑΠ 378/2020	283
		ΑΠ 565/2020	284
	177-178	ΑΠ 37/2020	267
	183	ΑΠ 37/2020	267
	261-262	ΓνωμΕισΑΠ 14/2021	304
	315	ΓνωμΕισΑΠ 14/2021	304
	322	ΔιατΕισΕφΑθ ΠΡΦ 20-147/2020	307
	445, 449	ΣυμβΕφΑθ 143/2020	290
	505	ΑΠ 37/2020	267
	510	ΑΠ 37/2020	267
		ΑΠ 378/2020	283
		ΑΠ 565/2020	284
		ΑΠ 930/2020	273
Σωφρονιστικός Κώδικας	35, 46	ΓνωμΕισΑΠ 11/2021	302
Ν. 5638/1932	1	ΑΠ 937/2020	273
Ν. 1756/1988	25	ΓνωμΕισΑΠ 11/2021	302
		ΓνωμΕισΑΠ 13/2021	302
Ν. 2472/1997	22	ΑΠ 96/2020	275
		ΑΠ 505/2020	278
Ν. 2696/1999	26, 42	ΑΠ 566/2020	268
Ν. 3500/2006	1-2, 6	ΑΠ 565/2020	284
Ν. 3691/2008	45	ΤρΕφΑθ 3243/2019	290
Ν. 4174/2013	55Α, 68	ΔιατΕισΠλημΚαβ 123/2021	308

Νομοθέτημα	Άρθρο	Απόφαση	Σελίδα
N. 4174/2013	55Α, 68	ΔιατΕισΠλημΚαβ 123/2021	308
N. 4557/2018	42, 47	ΓνωμΕισΑΠ 14/2021	304

Νομοθέτημα	Άρθρο	Απόφαση	Σελίδα
N. 4624/2019	38, 44	ΑΠ 505/2020	278
π.δ. 107/2001	1	ΓνωμΕισΑΠ 11/2021	302

## ΛΗΜΜΑΤΙΚΟ ΕΥΡΕΤΗΡΙΟ

**Αιτιολογία**

- πότε υπάρχει αιτιολογία στην καταδικαστική απόφαση **268, 283**
- πότε υπάρχει έλλειψη αιτιολογίας στην α-θωωτική απόφαση **267**
- πότε η αιτιολογία είναι “επιλεκτική” **267**
- επιβάλλεται η υποχρέωση για συγκριτική στάθμιση και αξιολογική συσχέτιση του περιεχομένου όλων των αποδεικτικών μέσων το αποτέλεσμα του συσχετισμού δεν ελέγχεται από τον ΑΠ· όμως στην αιτιολογία πρέπει να αναφέρεται από ποιο συγκεκριμένο αποδεικτικό μέσο προέκυψε η δικανική πεποίθηση **267**
- πληρότητα της αιτιολογίας επί συνεκτιμήσεως της πραγματογνωμοσύνης· όταν δεν γίνονται δεκτά τα πορίσματά της απαιτείται να παρατίθεται η αντίθετη δικανική πεποίθηση **267**
- κατ’ εφαρμογήν του νΚΠΔ, η πληρότητα της αιτιολογίας εξασφαλίζεται μόνον όταν υφίσταται αναφορά στα αποδεικτικά μέσα που έγιναν δεκτά ως αληθή από το δικαστήριο, ώστε να διατυπωθεί η κρίση του με βάση συγκεκριμένους συλλογισμούς για κάθε ζήτημα με ουσιώδη επιρροή για την έκβαση της δίκης **283**
- η ύπαρξη του δόλου δεν είναι κατ’ αρχήν αναγκαίο να αιτιολογείται ιδιαίτερως· υπό ποιές προϋποθέσεις απαιτείται ιδιαίτερη αιτιολόγησή του **283**

**Αμέλεια**

- η συνυπαιτιότητα του παθόντος ή τρίτου δεν αναιρεί την ύπαρξη αμέλειας του δράστη και την ποινική ευθύνη του, εκτός αν συνετέλεσε αποκλειστικώς στο επελθόν αποτέλεσμα **268**

**Αναίρεση****Αναίρετικοί λόγοι**

- πότε υπάρχει εσφαλμένη ερμηνεία και πότε εσφαλμένη εφαρμογή ουσιαστικής ποινικής διατάξεως **273**
- πότε υπάρχει έλλειψη νομίμου βάσεως **273**

**Ανθρωποκτονία**

- στοιχεία ανθρωποκτονίας εξ αμελείας **268**
- αιτιολογημένη αθώωση για ανθρωποκτονία από ιατρική αμέλεια, διότι απεδείχθη ότι εκτιμήθηκαν όλα τα αποδεικτικά μέσα, αξιολογήθηκαν και συσχετίστηκαν οι ιατρικές πραγματογνωμοσύνες που κατέληξαν σε αντίθετα πορίσματα και υιοθετήθηκαν συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά με αιτιολογημένη αντίκρουση των διαφορετικών απόψεων **267**
- αναίτιολογητη καταδίκη για ανθρωποκτονία εξ αμελείας και έλλειψη νομίμου βάσεως, διότι α) δεν μνημονεύεται η ύπαρξη ή μη κατάλληλης σήμανσης επί του οδικού κόμβου όπου έλαβε χώρα το ένδικο ατύχημα, με αποτέλεσμα να μην προκύπτει σε ποιον ανήκε η προτεραιότητα, β) με ασαφή και αντιφατική αιτιολογία το δικαστήριο της ουσίας κατέληξε στην κρίση ότι ο κατηγορούμενος ήταν εκείνος ο οποίος, οδηγώντας το ΙΧΕ αυτοκίνητο, επέπεσε επί της δίκυκλης μοτοσικλέτας που οδηγούσε ο παθών και γ) δεν ελήφθη υπόψιν η έκθεση εργαστηριακής πραγματογνωμοσύνης, αναφορικά με την περιεκτικότητα του αίματος του κατηγορουμένου **268**

**Απάτη**

- στοιχεία **270**
- τρόποι πραγμάτωσης της παραπλάνησης **270**
- πότε οι υποσχέσεις αποτελούν απατηλή συμπεριφορά **270**
- έννοια “περιουσιακού οφέλους” και “περιουσιακής βλάβης” **270**
- πότε το περιουσιακό όφελος είναι παράνομο **270**
- αναιρείται εν μέρει η προσβαλλόμενη καταδικαστική απόφαση για απάτη σε βαθμό κακουργήματος, ως προς το ποσό που αντιστοιχούσε σε περιουσιακή διάθεση μη προκύψασα από τις ψευδείς παραστάσεις του κατηγορουμένου **270**

**Απειλή**

- Η «έμμενη καταδίωξη» (stalking): Εγκληματολογικός φαινότυπος και ερμηνεία του άρθρου 333 παρ. 1 εδ. β’ ΠΚ (μελ.) **256**

**Απιστία**

- για ποιον λόγο οι διατάξεις των άρθρων 256 και 263Α ΠΚ καταργήθηκαν με τον νΠΚ σύμφωνα με την Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4619/2019 **290**
- κηρύσσεται αθώος ο κατηγορούμενος για κακουργηματική απιστία σχετική με την υπηρεσία, δωροληψία υπαλλήλου και νομιμοποίηση εσόδων προερχομένων από τα δύο ως άνω βασικά αδικήματα, καθόσον α) μετά την κατάργηση των διατάξεων των άρ. 256 και 263Α ΠΚ δεν συντρέχει στο πρόσωπό του η ιδιότητα του υπαλλήλου νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου, προκειμένου να εφαρμοσθεί η διάταξη του άρ. 390 παρ. 2 νΠΚ, β) ως υπάλληλος των «Ελληνικών Ναυπηγείων Α.Ε.» δεν υπάγεται στην διάταξη του άρ. 235 νΠΚ, ακολούθως δε γ) με την μη στοιχειοθέτηση των δύο ως άνω βασικών αδικημάτων δεν πληρούται η αντικειμενική υπόσταση της νομιμοποίησης εσόδων σύμφωνα με το άρ. 45 παρ. 3 του Ν. 3691/2008 **290**

**Απόδειξη**

- Η διασυνωριακή συλλογή ηλεκτρονικών αποδείξεων στον ενωσιακό χώρο – Προβληματισμοί για την σχεδιαζόμενη νομοθετική ρύθμιση της η-απόδειξης (e-evidence) (μελ.) **241**

**Αποχή δικαστικών προσώπων**

- οι περιπτώσεις σοβαρών λόγων ευπρέπειας απαριθμούνται στον νόμο ενδεικτικώς· πότε συντρέχουν τέτοιοι λόγοι **282**
- δεν συντρέχει περίπτωση αποχής από τα καθήκοντα του δικαστή, όταν ο τελευταίος συμμετέχει στην νέα (δεύτερη) αναίρετική ποινική διαδικασία στην ίδια υπόθεση, για την οποία έχει ήδη εκφέρει δικαιοδοτική κρίση επί της ασκήσεως πρώτης αιτήσεως αναίρεσεως **282**

**Βεβαίωση ψευδής**

- στοιχεία υπό τον πΠΚ **271**
- η διάταξη του άρ. 242 παρ. 1 νΠΚ είναι αυστηρότερη της αντίστοιχης του πΠΚ, αφού μαζί με την στερητική της ελευθερίας ποινή απειλείται σωρευτικά και χρηματική ποινή **271**
- ορθή και αιτιολογημένη καταδίκη του αναιρεσέοντος για ψευδή βεβαίωση, ο οποίος, ως αρμόδιος υπάλληλος-γραμμα-

τέας Τμήματος Πανεπιστημίου, σημείωσε ιδιοχείρως επί του σώματος της αίτησης της εγκαλούσας για συμμετοχή της στην διαδικασία εκλογής σε θέση αναπληρωτή καθηγητή του Τμήματος την αναληθή φράση “ουδέποτε κατατέθηκε στη γραμματεία φάκελος υποψηφιότητας”, θέτοντας την στρογγυλή σφραγίδα του Πανεπιστημίου, την υπογραφή του και χειρόγραφη σημείωση ημερομηνίας, η δε έκδοση της ψευδούς κατά περιεχόμενο ανωτέρω βεβαίωσης είχε έννομη συνέπεια, διότι έπληττε την νομιμότητα της αίτησης της πιο πάνω υποψηφιότητας **271**

**Βία ενδοοικογενειακή (σωματική βλάβη)**

- έννοια “ενδοοικογενειακής σωματικής βλάβης”· διάκρισή της από την “απλή σωματική βλάβη” του άρ. 308 ΠΚ και την “επικίνδυνη σωματική βλάβη” του άρ. 309 ΠΚ **284**
- στοιχεία αντικειμενικής υποστάσεως της απλής σωματικής βλάβης **284**
- αιτιολογία καταδικαστικής απόφασης για ενδοοικογενειακή σωματική βλάβη **284**
- αν υπάρχει ασάφεια αναφορικά με το είδος της διακινδύνευσης, τότε συντρέχει περίπτωση εκ πλαγίου παράβασης του άρ. 6 του Ν. 3500/2006 και η απόφαση στερείται νομίμου βάσεως **284**
- αναιρείται λόγω ελλείψεως αιτιολογίας και ελλείψεως νομίμου βάσεως η προσβαλλόμενη καταδικαστική απόφαση για ενδοοικογενειακή σωματική βλάβη, διότι εμφίλοχωρεί ασάφεια ως προς το είδος της προξενηθείσας σωματικής βλάβης (ως απλής ή όλως ελαφράς) και ως προς την ορθή ή μη εφαρμογή των οικείων διατάξεων των άρ. 6 παρ. 1 εδ. α’ του Ν. 3500/2006 και 308 παρ. 1 εδ. α’ ΠΚ **284**

**Βιασμός**

- έγκλημα πολύπρακτο και μικτό ή πολύτροπο **292**
- ως “γενετήσια πράξη” νοείται η συνουσία και άλλες πράξεις με την ίδια βαρύτητα, όπως είναι η “παρά φύσιν” συνεύρεση, ο ετεροαυνανισμός, η πεολεξία, η αιδιολογία ή η χρήση υποκατάστατων μέσων **292**
- η επενέργεια των εξαναγκαστικών μέσων (σωματική βία ή απειλή) πρέπει να υπερνικά την όποια αντίσταση του θύματος, είτε εκδηλούμενη είτε αναμενόμενη να εκδηλωθεί **292**
- η βία μπορεί να εκδηλωθεί και με ψυχολογικούς τρόπους· πώς ασκείται η ψυχολογική βία **292**
- η ηδονιστική συμμετοχή του θύματος στην τέλεση του εγκλήματος ή η πλήρης αντίληψη των συντελουμένων ενεργειών δεν ασκεί επίδραση στην στοιχειοθέτησή του **292**
- η απειλή ως τρόπος τέλεσης του βιασμού απαιτείται να αφορά σοβαρό και άμεσο κίνδυνο για την ζωή ή την σωματική ακεραιότητα του θύματος υπό την ισχύ του νΠΚ **292**
- στοιχεία υποκειμενικής υπόστασης **292**
- με την τέλεση γενετήσιας πράξης εις βάρος ανικάνου προς αντίσταση ατόμου με άσκηση βίας και σύγχρονη κατάχρηση της αδυναμίας προς αντίσταση πραγματώνεται το έγκλημα του βιασμού **292**
- μεταξύ των εγκλημάτων του βιασμού και

της κατάχρησης ανικάνου προς αντίσταση σε γενετήσια πράξη υφίσταται φαινομένη συρροή, απορροφάται δε η πράξη της κατάχρησης από την πράξη του βιασμού **292**

#### Γενετήσιας αξιοπρέπειας προσβολή

– στοιχεία και τρόποι τέλεσης του υπαλλακτικώς μικτού εγκλήματος της προσβολής γενετήσιας αξιοπρέπειας **273**

– έννοια “ασελγών χειρονομιών”, “προτάσεων”, “ασελγούς γενετήσιας πράξης” κατά τον ΠΠΚ “γενετήσιας πράξης” και “πράξης γενετήσιου χαρακτήρα” κατά τον ΝΠΚ **273, 292**

– διάκριση μεταξύ ασελγούς πράξης και ασελγούς χειρονομίας: οι ενέργειες του κατηγορουμένου που συνίστανται σε αγγίγματα φευγαλέα με τα χέρια και τα πόδια επί του σώματος της ανήλικης στο επάνω μέρος του κορμού και στα πόδια κάτω από τα γόνατά της, χωρίς να είναι επίμονα και να έχουν άμεσα και αντικειμενικά διαγνωστικό ηδονιστικό σκοπό, αποτελούν γενετήσιες χειρονομίες **288**

– γενετήσια χειρονομία συνιστά και η θωπεία της περιοχής των γεννητικών οργάνων της ανήλικης παθούσας κάτω από το νερό, πάνω όμως από το μαγίο της, και η μετά από αυτήν εκφορά της λέξης «ωραίο», αφού είχε μεν αντικειμενικά γενετήσιο νόημα και ηδονιστικό σκοπό, ήταν όμως στιγμιαία, ελαφράς μορφής και δεν κατέτεινε στην γενετήσια ικανοποίηση του δράστη, η δε παθούσα δεν αντιλήφθηκε αμέσως την προσβολή, ώστε να προσμοιάζει η πράξη με γενετήσια **288**

– για ποιον λόγο υιοθετήθηκε ο όρος “γενετήσια” αντί του όρου “σεξουαλική” πράξη στον ΝΠΚ **273, 292**

– η διάταξη του άρ. 337 παρ. 1 ΠΠΚ (τέλεση με ασελγείας χειρονομίες ή προτάσεις που αφορούν ασελγείς πράξεις) δεν διαφοροποιήθηκε με τον ΝΠΚ **273**

– αναίρεται λόγω ελλείψεως νομίμου βάσεως η προσβαλλόμενη καταδικαστική απόφαση για προσβολή γενετήσιας αξιοπρέπειας, αφού στην προσβαλλόμενη εμφίλοχρη αντίφαση, διότι, καίτοι στο σκεπτικό διαλαμβάνεται ότι ο αναίρεσιών-κατηγορούμενος, ξεκουμπώνοντας το παντόφλι του και κινούμενος προς την εγκαλούσα προσέβαλε την γενετήσια αξιοπρέπειά της με διάφορες φράσεις, στο διατακτικό ο αναίρεσιών κηρύσσεται ένοχος όχι μόνο για τις φράσεις αυτές αλλά και για “ασελγείς χειρονομίες και προτάσεις που αφορούν ασελγείς πράξεις” **273**

#### Δεδικασμένο

– απορρίπτεται ο περί παραβιάσεως του δεδικασμένου λόγος αναίρεσεως του κατηγορουμένου, αφού η απαλλαγή του για πλαστογραφία (νόθευση εγγράφου) δεν εμπόδιζε την δίωξή του για ψευδή βεβαίωση, διότι με τις πράξεις αυτές πλήττονται διαφορετικά έννομα αγαθά **271**

#### Δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα

– στοιχεία του αδικήματος του άρ. 22 παρ. 4 του Ν. 2472/1997 **275**

– το ως άνω έγκλημα είναι υπαλλακτικώς μικτό **275**

– έννοια “αρχείου” προσωπικών δεδομένων και “υποκειμένου” των δεδομένων **275**

– η πράξη επέμβασης σε αρχείο τίθεται ως προϋπόθεση μόνο στην πρώτη μορφή τέλεσης του ανωτέρω αδικήματος (της χωρίς δικαίωμα επέμβασης σε αρχείο), απαιτείται δε να γίνεται διάκριση ανάμεσα στις μορφές τέλεσης του αδικήματος και στην συνέχεια να διερευνάται αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις συνδρομής της έννοιας “αρχείο” **275**

– δεν θεωρούνται δεδομένα οι πληροφορίες

εξ των οποίων κάνει κάποιος χρήση και οι οποίες περιήλθαν εις γνώσιν του χωρίς να ανοίξει ή να ερευνήσει κάποιο αρχείο ή χωρίς να του τις έχει μεταδώσει τρίτος που επενέβη σε αρχείο **275**

– ορθή και αιτιολογημένη καταδίκη του κατηγορουμένου για παράβαση του άρ. 22 παρ. 4 εδ. β’ και α’ του Ν. 2472/1997, ο οποίος, αφού αποθήκευσε δέκα βιντεοταινίες με τις ερωτικές επαφές του με την εγκαλούσα, που είχε μαγνητοσκοπήσει με την βιντεοκάμερά του με την συναίνεσή της στο κινητό και στον υπολογιστή του, εν συνεχεία τις ανήρτησε σε ιστοσελίδα, χρησιμοποιώντας ψευδώνυμο, αναγράφοντας το ονοματεπώνυμο της εγκαλούσας και τον τόπο καταγωγής της, χωρίς την συγκατάθεσή της, με αποτέλεσμα να καταστούν αυτές προσπελάσιμες σε αόριστο αριθμό επισκεπτών της ως άνω ιστοσελίδας **275**

– οι διατάξεις του άρ. 38 παρ. 1 και 2 του Ν. 4624/2019 είναι ευμενέστερες εν συγκρίσει με τις αντίστοιχες του ήδη καταργηθέντος Ν. 2472/1997, αφού α) για την αποθήκευση προσωπικών δεδομένων προβλέπεται ποινή φυλάκισης έως ένα έτος [παρ. 1 του άρ. 38], ενώ β) προστίθεται στην αντικειμενική υπόσταση του αδικήματος η απόκτηση των δεδομένων με επέμβαση σε σύστημα αρχαιοθέτησης από τον υπαίτιο και με προβλεπόμενο πλαίσιο ποινής από δέκα ημέρες έως πέντε έτη [παρ. 2 του άρ. 38] **278**

– ορθή και αιτιολογημένη καταδίκη του αναίρεσιοντος για χωρίς δικαίωμα διατήρηση (αποθήκευση) ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων κατ’ εξακολούθησιν και μετάδοση-ανακοίνωση των τελευταίων, ο οποίος προέβη στην καταγραφή και μαγνητοσκόπηση, διά της χρήσεως ψηφιακής κάμερας συσκευής κινητού τηλεφώνου, οπτικοακουστικού υλικού με τις ερωτικές συνεντεύξεις του με την εγκαλούσα, χωρίς την συγκατάθεσή της, διατήρησε τα εν λόγω αρχεία και στην συνέχεια μετέδωσε-ανακοίνωσε δύο εξ αυτών, αναρτώντας τα διαδικτυακά σε ιστοσελίδα, με αποτέλεσμα την δυνατότητα παρακολούθησής τους από απροσδιόριστο αριθμό χρηστών του διαδικτύου **278**

– Η μη στοιχειοθέτηση του εγκλήματος της χωρίς δικαίωμα διάδοσης μέσω του διαδικτύου δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δίχως προηγούμενη επέμβαση σε “σύστημα αρχαιοθέτησης” (μελ.) **312**

#### Δέσμευση

– έννοια “αυτοδίκαιης αποδέσμευσης” **304**

– υπό ποιες ενδεικτικώς αναφερόμενες προϋποθέσεις η αυτοδίκαιη παύση και άρση της δέσμευσης χρήζει δικαστικής διαπίστωσης **304**

– σκοπός της ρύθμισης του άρ. 262 παρ. 4 ΚΠΔ **304**

– η διάταξη του άρ. 315 παρ. 5 ΚΠΔ είναι ειδική και κατισχύει κάθε άλλης διάταξης αναφορικά με τις περιπτώσεις που κρίνεται η διατήρηση, η άρση ή ο περιορισμός της τυχόν επιβληθείσας συντηρητικής-προσωρινής δέσμευσης δυνάμει αιτημάτων δικαστικής συνδρομής **304**

– η επιβολή του μέτρου της δέσμευσης επί περιουσιακών στοιχείων τηρουμένων σε χρηματοπιστωτικά ιδρύματα της αλλοδαπής βάσει αιτήματος δικαστικής συνδρομής δεν εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρ. 262 παρ. 4 ΚΠΔ· αντιθέτως, η δέσμευση που επιβλήθηκε δυνάμει διατάξεως του Προέδρου της Αρχής Καταπολέμησης της Νομιμοποίησης Εσόδων από Εγκληματικές Δραστηριότητες κατ’ άρ. 47 του Ν. 4557/2018 δεν υπόκειται σε αυτοδίκαιη παύση του μέτρου κατ’ άρ. 262

παρ. 4 ΚΠΔ, αλλά η παύση της χρήζει επικύρωσης ή μη από το αρμόδιο δικαιοδοτικό όργανο σύμφωνα με το άρ. 42 παρ. 5 του Ν. 4557/2018 **304**

#### Δυσφήμιση συκοφαντική

– στοιχεία **283**

– έννοια “ισχυρισμού” και “διάδοσης” **283**

– πότε υπάρχει αιτιολογία στην καταδικαστική απόφαση για συκοφαντική δυσφήμιση **283**

– ανατιολογητή καταδίκη για συκοφαντική δυσφήμιση, διότι, καίτοι στο σκεπτικό γίνεται δεκτό ότι το ψευδές γεγονός που ισχυρίστηκαν οι κατηγορούμενοι, τελώντας εν γνώσει της αναλήθειάς του, ήταν η εκ μέρους του πολιτικώς ενάγοντος “μη εξουσιοδοτημένη” ανάληψη του ποσού των 70.000 ευρώ από χρήματα της εταιρείας, στο διατακτικό αναφέρεται ότι οι κατηγορούμενοι γνώριζαν ότι ο εγκάλυν δεν υπεξήρεσε τα χρήματα, γεγονός που είναι διαφορετικό από την μη εξουσιοδοτημένη ανάληψη χρημάτων **283**

#### Δωροληψία (+ και Απιστία)

– στοιχεία αντικειμενικής υποστάσεως **297**

– έννοια υπαλλήλου κατ’ άρ. 13 περ. α’ ΠΚ **297**

– έννοια “υπηρεσιακής πράξης”· ποιες υπηρεσιακές πράξεις δεν συνιστούν δωροληψία **297**

– η πράξη της δωροληψίας υπαλλήλου κατ’ άρ. 235 παρ. 1 εδ. α’ ΝΠΚ διατηρεί τα νομοτυπικά στοιχεία του προϊσχύσαντος καθεστώτος, με την διαφορά ότι τιμωρείται επιεικέστερα υπό το νέο (φυλάκιση και χρηματική ποινή) **297**

– στοιχεία αντικειμενικής υποστάσεως του εγκλήματος της δωροληψίας κατ’ άρ. 235 παρ. 3 ΠΚ σύμφωνα με την εισηγητική έκθεση του Ν. 4254/2014· οι ίδιες επισημάνσεις γίνονται και στην Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4619/2019 ως προς το άρ. 235 παρ. 3 ΝΠΚ, με την προσθήκη ότι η έννοια του όρου “αθέμιτη” ταυτίζεται με εκείνη της παρ. 1 **297**

– με τον ΝΠΚ η πράξη του άρ. 235 παρ. 3 διατηρεί τα νομοτυπικά στοιχεία της μορφής του υπό τον ΠΠΚ, με διαφορά το ότι τιμωρείται επιεικέστερα (φυλάκιση) **297**

– κηρύσσεται αθώος κατά πλειοψηφίαν ο κατηγορούμενος, στρατιωτικός ιατρός, για δωροληψία υπαλλήλου κατ’ άρ. 235 παρ. 3 ΠΚ λόγω αμφιβολιών ως προς την πλήρωση των στοιχείων της αντικειμενικής υπόστασης, αφού κατά τον χρόνο που ζητήθηκε το ωφέλημα για την κατά προτεραιότητα τέλεση ιατρικής πράξεως (παρακολούθηση βρογχοσκόπησης σε δημόσιο νοσοκομείο) δεν ενεργούσε ως δημόσιος υπάλληλος (στρατιωτικός ιατρός) κατά την έννοια του άρ. 13 περ. α’ ΠΚ αλλά σαν ιατρός εργαζόμενος σε ιδιωτικό διαγνωστικό κέντρο (και με.ο.ψ.) **297**

#### Εισαγγελεύς

– υπό ποιες προϋποθέσεις θεμελιώνεται γνωμοδοτική αρμοδιότητα της Εισαγγελίας του Αρείου Πάγου κατ’ άρ. 25 παρ. 2 του Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ. **304**

– η σχετική αρμοδιότητα αποκλείεται επί εκκρεμών υποθέσεων· καταγράφεται, όμως, εξ αντιδιαστολής όταν το θέμα είναι επιλυτό όχι από τα δικαστήρια ή τα δικαστικά συμβούλια αλλά ευθέως από την Εισαγγελέα του δικαστηρίου που ενεργεί για την εφαρμογή δικονομικής ποινικής διάταξης στην περίπτωση αυτήν η αρμοδιότητα προς γνωμοδότηση εξυπηρετεί την υπηρεσιακή ανάγκη συντονισμού των Εισαγγελιών σε θέματα γενικότερου ενδιαφέροντος, αρκεί οι παρεχόμενες κατευθύνσεις να μην



αφορούν τον χειρισμό συγκεκριμένης υπόθεσης **304**

– νομική φύση και σκοπός της κατ' άρ. 25 παρ. 4 στοιχ. β' Κ.Ο.Δ.Κ.Δ.Λ. διαδικασίας **302**

– κατά την κρατούσα άποψη η εισαγγελική παραγγελία προς τις δημόσιες αρχές και υπηρεσίες για χορήγηση εγγράφων ή αντιγράφων τους στον αιτούντα αποσκοπεί στην δικαστική προστασία του και ως εκ τούτου έχει τον χαρακτήρα δικαστικής δι-  
άταξης **302**

– προϋποθέσεις άσκησης της ως άνω αρμοδιότητας του Εισαγγελέως Πρωτοδικών **302**

– η εισαγγελική παραγγελία συνεπάγεται υποχρέωση συμμόρφωσης προς αυτήν, τυχόν δε άρνηση εκτέλεσης των παραγγελ-  
λομένων μπορεί να θεμελιώσει ποινική ευ-  
θύνη για παράβαση καθήκοντος **302**

– το κατ' άρ. 5 παρ. 8 του Ν. 2863/2000 δι-  
κώμα ασκήσεως αιτήσεως ακυρώσεως  
ενώπιον του ΣτΕ κατά αποφάσεων ανεξαρ-  
τήτων αρχών συνεπάγεται ειδικό έννομο  
συμφέρον του διοικουμένου, το οποίο θε-  
μελιώνει δικαίωμα πρόσβασης στα πρακτι-  
κά των συνεδριάσεων της ολομέλειας του  
ΕΣΡ **302**

– υφίσταται νόμιμη υποχρέωση να χορηγεί-  
ται αντίγραφο των ως άνω πρακτικών και  
όχι αντίγραφο ενός συνοπτικού μονοσέλι-  
δου «πρακτικού», που δεν έχει το πλήρες  
περιεχόμενο σύμφωνα με το άρ. 14 παρ. 2  
του Κανονισμού Λειτουργίας του ΕΣΡ **302**

#### Έκδοση

– νομοθετικό καθεστώς μεταξύ Ελλάδος και  
Κίνας **290**

– εφόσον στην σύμβαση δικαστικής αρω-  
γής μεταξύ των δύο ως άνω κρατών (Ν.  
2358/1995) δεν περιέχονται διατάξεις για  
την έκδοση εγκληματιών, εφαρμόζονται οι  
διατάξεις των άρ. 437-456 ΚΠΔ **290**

– το Συμβούλιο Εφετών μπορεί μέχρι την έκ-  
δοση της απόφασής του, με την οποία γνω-  
μοδοτεί εάν πρέπει ή όχι να εκδοθεί ο εκζη-  
τούμενος, να διατάξει, εφόσον συντρέχουν  
οι σχετικοί λόγοι, την προσωρινή απόλυση  
του εκζητούμενου με όρους σύμφωνα με  
το άρ. 449 παρ. 4 ΚΠΔ, ενώ επί θετικής γνω-  
μοδοτήσεώς του παύει η δυνατότητά του  
αυτή, αφού τότε αίρεται αυτοδικαίως και  
η τυχόν χορηγηθείσα προσωρινή απόλυση  
**290**

– γίνεται δεκτή η αίτηση του εκζητουμένου  
και αντικαθίσταται η προσωρινή του κρά-  
τηση με περιοριστικούς όρους **290**

**Κατάχρηση ανικάνου προς αντίσταση σε  
γενετήσια πράξη**

– στοιχεία του κατ' άρ. 338 νΠΚ εγκλήματος  
**292**

– έννοια "ανικάνου προς αντίσταση προσώ-  
που" **292**

– πότε το θύμα είναι ανίκανο προς αντίσταση  
**292**

– η κατάχρηση του άρ. 338 ΠΚ στοιχειοθετεί-  
ται μόνον όταν ο δράστης εκμεταλλεύεται  
την απόλυτη ανικανότητα του θύματος να  
αντισταθεί, ενώ σε όλες τις περιπτώσεις ε-  
ξαναγκασμού του σχετικού ανικάνου προς  
αντίσταση θύματος τελείται βιασμός, εφό-  
σον η γενετήσια με αυτό πράξη τελείται πα-  
ρά την αντίθετη βούλησή του **292**

– όπως και στον βιασμό, η διακεκριμένη μορ-  
φή της ομαδικής κατάχρησης προϋποθέτει  
εναλλαγή των δράστων στην τέλεση των  
γενετήσιων πράξεων και δεν καλύπτει κάθε  
μορφή συναυτουργίας **292**

#### Κλητήριο θέσπισμα

– ποιες ενέργειες εμπίπτουν στην αρμοδιό-  
τητα του Εισαγγελέως που ελαμβάνεται

της προσφυγής· ο Εισαγγελέως Εφετών δεν  
μπορεί να επιληφθεί επί ακυροτήτων της  
προδικασίας κατά την εξέταση της κατ' άρ.  
322 ΚΠΔ προσφυγής, ειδικά ως υπερβαίνει  
θετικά την εξουσία του **307**

– οι διατάξεις των άρ. 6, 8, 12, 51, 53, 83, 84,  
85, αλλά και του άρ. 42 ΠΚ είναι διατάξεις  
που δεν προβλέπουν ποινή για τα διωκόμε-  
να εγκλήματα, η δε μη αναγραφή τους στο  
κλητήριο θέσπισμα δεν οδηγεί σε ακύρωση  
αυτού **307**

#### Ποινή

– ποιοι γενικοί κανόνες περιλαμβάνονται στο  
άρ. 79 ΠΚ για τον τρόπο επιμέτρησης των  
ποινών **285**

– πότε υπάρχει αιτιολογία στην απόφαση ως  
προς την επιμέτρηση της ποινής **285**

– αναιρείται εν μέρει λόγω ελλείψεως αιτιο-  
λογίας η προσβαλλόμενη καταδικαστική  
απόφαση ως προς την επιμέτρηση της  
χρηματικής ποινής των 8.000 ευρώ, διότι  
για την επιβολή της ελήφθη μεν υπόψη η  
βαρύτητα του διαπραχθέντος εγκλήμα-  
τος, δεν αξιολογήθηκαν όμως οι ατομικές  
περιστάσεις του κατηγορουμένου, εκ των  
οποίων προκύπτει ότι η ποινή είναι γι' αυ-  
τόν εξοντωτική, αφού απεδείχθη βάσει εγ-  
γράφων ότι λόγω σοβαρών προβλημάτων  
υγείας (μυασθένεια βαρείας μορφής) ο  
αναιρεσείων αδυνατεί να εργασθεί, ανήκει  
στην κατηγορία ατόμων με ειδικές ανάγκες  
(με ποσοστό αναπηρίας 67%) και εισπράτ-  
τει μηνιαία οικονομική ενίσχυση 290 ευρώ  
από τις αρμόδιες κοινωνικές υπηρεσίες **285**  
– αναιρείται εν μέρει ως προς την περί ποινής  
διάταξη η προσβαλλόμενη καταδικαστική  
απόφαση, αφού κατ' εφαρμογήν του άρ.  
463 παρ. 2 νΠΚ στην προβλεπόμενη από  
το άρ. 38 παρ. 2 του Ν. 4624/2019 ποινή  
φυλάκισης προστίθεται διαζευκτικά και η  
χρηματική ποινή **278**

#### Ευεργετικός υπολογισμός

– ο ευεργετικός υπολογισμός των ημερών εκ-  
τιμώμενης ποινής των κρατουμένων εκπαι-  
δευομένων στα Σχολεία Δεύτερης Ευκαιρίας  
πρέπει να περιλαμβάνει και τις ημέρες  
κατά τις οποίες, εξαιτίας των μέτρων αντι-  
μετώπισης του κορωνοϊού COVID-19, η εκ-  
παιδευτική διαδικασία πραγματοποιείται ό-  
χι με διά ζώσης μαθήματα αλλά εξ αποστά-  
σεως μέσω συστημάτων τηλεκαπαίδευσης·  
η φοίτηση σε Σχολείο Δεύτερης Ευκαιρίας  
στα οποία έχει γίνει ουσιαστική έναρξη της  
εκπαιδευτικής δραστηριότητας στην αρχή  
του σχολικού έτους συνιστά προϋπόθεση  
της ως άνω παραδοχής **302**

#### Πολιτική αγωγή

– εφόσον η κατηγορία αναφέρεται σε περισ-  
σότερες πράξεις, πρέπει να διευκρινίζεται  
σε ποιες αναφέρεται η παράσταση πολι-  
τικής αγωγής, διότι, αν γίνει δεκτή και για  
πράξη για την οποία δεν επιτρέπεται, δημι-  
ουργείται απόλυτη ακυρότητα **288**

#### Τόπος τελέσεως του εγκλήματος

– υπό ποιες προϋποθέσεις τυγχάνουν εφαρ-  
μογής οι ελληνικοί ποινικοί νόμοι και κατ'  
αλλοδαπού για πράξη που τελέσθηκε στην  
αλλοδαπή **287**

– η αξίωση «η πράξη να είναι αξιόποινη, με τα  
συγκεκριμένα χαρακτηριστικά της, και κα-  
τά τους νόμους της χώρας όπου τελέσθηκε  
ή να διαπραχθεί σε πολιτειακά ασύντακτη  
χώρα» για την εφαρμογή των ελληνικών  
ποινικών νόμων συνιστά εξωτερικό όρο  
του αξιοποίνου, επί μη συνδρομής δε της  
εν λόγω προϋπόθεσης ο κατηγορούμενος  
πρέπει να κηρύσσεται αθώος **287**

– αιτιολογημένως απερρίφθη ο ισχυρισμός  
ότι η συκοφαντική δυσφήμιση δεν είναι

πράξη αξιόποινη κατά τους αγγλικούς νό-  
μους και δεν μπορούσε να εφαρμοσθεί το  
άρ. 7 ΠΚ, αφού τόπος τέλεσης της άδικης  
πράξης ήταν η Ελλάδα, όπου βρίσκονταν  
οι χρήστες προς τους οποίους απηύθυναν  
οι κατηγορούμενοι το συγκεκριμένο ηλε-  
κτρονικό μήνυμα, οπότε εφαρμοστέο ήταν  
το άρ. 5 ΠΚ και όχι το άρ. 7 ΠΚ **287**

#### Φορολογικά αδικήματα

– η έναρξη της προθεσμίας της παραγραφής  
για τις πράξεις φοροδιαφυγής στο εισόδη-  
μα και τον ΦΠΑ που τελέσθηκαν πριν από  
τις 6.11.2020 και για τις οποίες δεν έχει εκ-  
δοθεί αμετάκλητη απόφαση συμπίπτει με  
τον χρόνο τέλεσής τους, αφού οι διατάξεις  
των άρ. 32 παρ. 3 και 92 του Ν. 4745/2020  
είναι ευμενέστερες από εκείνες των άρ. 68  
παρ. 2 και 55Α παρ. 3 του Ν. 4174/2013 που  
καταργήθηκαν· αντιθέτως, η αναστολή της  
προθεσμίας της παραγραφής για πράξεις  
τελεσθείσες πριν από τις 6.11.2020 ρυθμι-  
ζεται με βάση την διάταξη του άρ. 113 ΠΚ,  
αφού η διάταξη του άρ. 68 παρ. 3 στοιχ. ε'  
του Ν. 4174/2013, η οποία προστέθηκε με  
το άρ. 32 παρ. 4 του Ν. 4745/2020, είναι δυ-  
σμενέστερη έναντι της προηγούμενης λό-  
γω της ρυθμίσεως της έναρξης της αναστο-  
λής σε χρόνο κατά τον οποίο η προθεσμία  
της παραγραφής δεν έχει ακόμη εκκινήσει  
κατά το προϊσχύσαν δίκαιο **308**

– για τις πράξεις που τελέσθηκαν από τις  
6.11.2020 μέχρι και τις 23.12.2020 η προθε-  
σμία έναρξης της παραγραφής συμπίπτει  
με τον χρόνο τέλεσης του αδικήματος κατ'  
άρ. 17 ΠΚ, ενώ η αναστολή της επέρχεται  
με την έκδοση της εκτελεστής πράξης της  
φορολογικής αρχής **308**

– ως προς τις πράξεις που τελέσθηκαν μετά  
τις 23.12.2020 ο χρόνος έναρξης της προ-  
θεσμίας της παραγραφής προσδιορίζεται  
σύμφωνα με το άρ. 55Α του Ν. 4174/2013,  
το οποίο προστέθηκε με το άρ. 163 του Ν.  
4764/2020, στον χρόνο έκδοσης της εκτε-  
λεστής διοικητικής πράξης ή, σε περίπτωση  
μη έκδοσης αυτής, στην πάροδο χρονικού  
διαστήματος πέντε ετών σύμφωνα με το  
άρ. 36 του Ν. 4174/2013· δεν αποκλείεται  
κατά το χρονικό αυτό σημείο να έχει συ-  
μπληρωθεί ο χρόνος της διοικητικής παρα-  
γραφής (άρ. 136 του Ν. 4270/2014) **308**

– για τις πράξεις που έχουν τελεσθεί πριν από  
τις 23.12.2020 δεν είναι δυνατή η εφαρμο-  
γή της μεταβατικής διάταξης του άρ. 96 του  
Ν. 4745/2020 αναφορικά με την μετάθεση  
του χρονικού σημείου έναρξης της παρα-  
γραφής **308**

– η μη υποβολή της αίτησης δίωξης δεν συνι-  
στά λόγο αναστολής της παραγραφής κατ'  
άρ. 113 παρ. 1 περ. α' ΠΚ· ένεκα ταυτότητας  
του νομικού λόγου με την κατ' άρ. 113 παρ.  
3 ΠΚ περίπτωση, όπου η μη υποβολή της  
εγκλήσεως δεν επιδρά στην έναρξη της πα-  
ραγραφής **308**

– απορρίπτεται η μηνυτήρια αναφορά και  
δεν ασκείται ποινική δίωξη κατά του ελεγ-  
χθέντος για αποδοχή τεσσάρων φορολογι-  
κών στοιχείων για ανύπαρκτες συναλλαγές  
με συνολική καθαρή αξία 9.620 ευρώ, στις  
οποίες αναλογούσε ΦΠΑ ύψους 2.212,60  
ευρώ, αφού η πράξη έχει παραγραφεί **308**

#### Ψευδείς υπεύθυνες δηλώσεις

– επί παραβάσεως των διατάξεων των άρ. 8  
και 22 παρ. 6 του Ν. 1599/1986, ο πολίτης  
δεν νομιμοποιείται σε δήλωση παραστά-  
σεως πολιτικής αγωγής κατά του κατηγο-  
ρουμένου, ο οποίος φέρεται ότι προέβη σε  
ψευδή δήλωση προς την αρχή **288**