

ΔΙΚΑΙΟ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΗ

ΤΑ
ΤΕΧΝΑΣΜΑΤΑ
ΤΟΥ
ΣΥΝΗΓΟΡΟΥ

ΑΦΙΕΡΩΜΑ:
ΠΟΙΝΙΚΟ
ΔΙΚΑΙΟ

ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΑ
ΤΗΣ ΠΟΙΝΙΚΗΣ
ΥΠΕΡΑΣΠΙΣΗΣ

ΔΙΚΑΙΩΜΑ
ΑΚΡΟΑΣΗΣ

ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ
ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗΣ
ΕΧΕΜΥΘΕΙΑΣ

Γράφουν οι:

Günter Bemmman

Κωνσταντίνος Βουγιούκας

Joachim Schulz

Κωνσταντίνος Κωνσταντινίδης

Hansgeorg Frohn

Christoph Gusy

Helga Frisching

Νίκος Παρασκευόπουλος

Ulrike Schwedhelm

Ιωάννης Μανωλεδάκης

Ελισάβετ Συμεωνίδου-Καστανίδου

Λάμπρος Χ. Μαργαρίτης

7

1983

παρατηρητής



Τρίτος χρόνος του «Δίκαιο και Πολιτική» με το έβδομο τεύχος που δίκαια μας κάνει να νοιώθουμε υπερήφανοι, ιδιαίτερα με τη δίγλωσση μορφή του.

Δείγμα ευρύτερης απήχησης, αποδοχής και αναγνώρισης η δίγλωσση έκδοση του Δίκαιο και Πολιτική με θέμα τα προβλήματα της ποινικής υπεράσπισης, περιλαμβάνει πρωτότυπα κείμενα ελλήνων και γερμανών επιστημόνων με σημαντικό θεωρητικό αλλά και πρακτικό ενδιαφέρον. Άλλωστε, είναι και το πρώτο τεύχος που αφιερώνει το «Δίκαιο και Πολιτική», σε θέματα ποινικού δικαίου.

Δύο σημεία πρέπει να επισημανθούν ιδιαίτερα, πέρα από την αναμφισβήτητη επιστημονική πληρότητα των κειμένων:

α) Η συλλογική αντιμετώπιση των επιστημονικών προβλημάτων που είναι προφανής ως στόχος και ως αποτέλεσμα στο παρόν τεύχος, εισάγει «καινά δαιμόνια» στην επιστημονική πρακτική αυτού του τόπου. Οι λίγες εξαιρέσεις, ανάμεσα στις οποίες φιλοδοξεί να συγκαταλέγεται το «Δίκαιο και Πολιτική», απλώς επιβεβαιώνουν το γενικό κανόνα.

β) Η κοινή αντίληψη, που διαπερνάει όλα τα κείμενα, για την ανάγκη σύνδεσης των προβλημάτων που θέτει η νομική επιστήμη, με τις ευρύτερες κοινωνικές συνιστώσες τους. Αντίληψη, την οποία υπερασπίστηκε από την πρώτη ημέρα της έκδοσης του το «Δίκαιο και Πολιτική» και η οποία συνεχώς κερδίζει έδαφος στην ελληνική επιστημονική σκέψη.

Τα δύο επόμενα τεύχη του «Δίκαιο και Πολιτική», που θα κυκλοφορήσουν σε πολύ σύντομο χρονικό διάστημα θα ασχοληθούν με θέματα που πέρα από το επιστημονικό τους ενδιαφέρον, βρίσκονται στο κέντρο της επικαιρότητας: Το όγδοο, αφιερωμένο σε θέματα εργατικού δικαίου, θα περιλαμβάνει κείμενα που εξετάζουν όλες τις πρόσφατες μεταβολές στην εργατική νομοθεσία, ενώ το έννατο θα ασχοληθεί με τα νομικά προβλήματα της εκλογής Προέδρου της Δημοκρατίας.

Ο ΕΚΔΟΤΗΣ

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

Günter Bemann: Καθήκοντα και νομική θέση της ποινικής υπεράσπισης	7
Aufgabe und Rechtsstellung des Strafverteidigers	147
Κωνσταντίνος Βουγιούκας: «Ισότητα των όπλων» μεταξύ υπερασπίσεως του κατηγορουμένου, πολιτικής αγωγής και κατηγορούσης αρχής.....	15
«Waffengleichheit» zwischen Verteidigung, Nebenklage und Anklagebehörde	155
Joachim Schulz: Ισότητα των όπλων και δομή της διαδικασίας	23
Waffengleichheit und Verfahrensstruktur	163
Κωνσταντίνος Κωνσταντινίδης: Η ισότητα των όπλων (Waffengleichheit) ανάμεσα στον Εισαγγελέα και στην Υπεράσπιση	37
Die Waffengleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung	175
Hansgeorg Frohn: Ποινική υπεράσπιση και δικαίωμα για ακρόαση	47
Strafverteidigung und rechtliches Gehör	185
Christoph Gusy: Ο αποκλεισμός του συνηγόρου	59
Der Verteidigerausschluß	195

Helga Prisching: Ο αναγκαστικός συνήγορος	71
Der Zwangsverteidiger	207
Νίκος Παρασκευόπουλος: Τα τεχνάσματα του συνηγόρου .87	
Die Tricks des Verteidigers	221
Ulrike Schwedhelm: Κατάχρηση των εξουσιών της υπερά- σπισης	95
Missbrauch von Verteidigungsbefugnissen	
Ιωάννης Μανωλεδάκης: Αξιοποινες παρεκτροπές του δικη- γόρου κατά την υπεράσπιση του κατηγορούμενου πελάτη του και δικαιολόγησή τους	109
Straftaten des Verteidigers und ihre Rechtfertigung	243
Ελισάβετ Συμεωνίδου-Καστανίδου: Η παραβίαση της επαγ- γελματικής εχεμύθειας από τον δικηγόρο	119
Die Verletzung des Berufsgeheimnisses vom Verteidiger .257	
Λάμπρος Χ. Μαργαρίτης: Απιστία δικηγόρου	129
Parteiverrat	269

ΕΠΑΝΟΡΘΩΣΗ

Στο τεύχος 4 (1983), με «Αφιέρωμα στην ισονομία των δύο φύλων», το τελευταίο οκτασέλιδο με την ξενόγλωσση απόδοση των περιεχομένων και της «Εισαγωγής» δημοσιεύθηκε με πολλά λάθη και με την υπογραφή του καθηγητή Αριστόβουλου Μάνεση, παρ' όλο που δεν ήταν δική του η μετάφραση.

Από τους αναγνώστες μας και από τον συνεργάτη μας ζητούμε συγγνώμη.

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Στη δίγλωσση αυτή έκδοσή του το περιοδικό «Δίκαιο και Πολιτική» παρουσιάζει τον καρπό μιας συλλογικής ελληνογερμανικής επιστημονικής συνεργασίας στον τομέα του ποινικού δικαίου. Πρόκειται για τις εισηγήσεις που έγιναν στα πλαίσια του ελληνογερμανικού συμποσίου στις 9 και 10 Νοεμβρίου 1983 στο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης με συμμετοχή επιστημονικών ομάδων του Τομέα Ποινικών Επιστημών του Νομικού Τμήματος Θεσσαλονίκης και της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου του Hagen της Δυτικής Γερμανίας. Θέμα του συμποσίου ήταν τα «Προβλήματα της ποινικής υπεράσπισης».

Την πρωτοβουλία γι' αυτή τη συνάντηση είχε ο καθηγητής του Πανεπιστημίου του Hagen και επίτιμος διδάκτορας της Σχολής Νομικών και Οικονομικών Επιστημών του Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης, θερμός φιλέλληνας και λάτρης της ελευθερίας κ. Günter Bemann που πρότεινε και το θέμα της. Η επιλογή αυτού του θέματος δεν υπήρξε τυχαία. Αν, κατά τη γνωστή φιλελεύθερη ρήση, η Ποινική Δικονομία αποτελεί τον «Κώδικα των τιμίων και ελεύθερων ανθρώπων», η ποινική υπεράσπιση λειτουργεί ασφαλώς ως εγγύηση αυτής της τιμιότητας και ελευθερίας. Εξάλλου τα προβλήματα της ποινικής υπεράσπισης δεν εξαντλούνται σε θεωρητικές αναζητήσεις και κατασκευές, αλλά εμφανίζουν κατεξοχήν πρακτικό ενδιαφέρον, συνδεδεμένα άμεσα και με τα γενικότερα κοινωνικά προβλήματα.

Αποτελεί πεποίθηση τόσο του αγαπητού συναδέλφου και φίλου Günter Bemann, όσο και δική μου και των συνεργατών μας, ότι η εγωκεντρική επιστημονική προσφορά είναι πια ξεπερασμένη και άγονη. Τα επιστημονικά θέματα προωθούνται μέσα από συλλογικές διαδικασίες και ομαδική συνεργασία και προσπάθεια. Ξεπερασμένη και άγονη είναι και η αντίληψη για τη νομική αυτόρκεια του θετικού δικαίου· η κοινωνική συναίνεση προσφέρει το μόνο γόνιμο έδαφος για την ανάπτυξη και τη συντήρησή του. Νομική επιστήμη ξεκομμένη από την κοινωνική πραγματικότητα είναι φυτό χωρίς ρίζες, σπíti χωρίς θεμέλια. Η συλλογική λοιπόν εξέταση ενός νομικού θέματος με τις κοινωνικές παραμέτρους του εκφοράζει ακριβώς αυτή την κοινή μας πεποίθηση.

Τεχνικοί λόγοι δεν επέτρεψαν δυστυχώς να συμπεριληφθούν στη δίγλωσση αυτή έκδοση η ζωντανή συζήτηση που ακολούθησε τις εισηγήσεις κατά τη διήμερη ελληνογερμανική συνάντηση του περασμένου χρόνου, οι προφορικές εισηγήσεις, όπως του καθηγητή κ. Τ. Φιλιππίδη, και οι παρεμβάσεις όπως λ.χ. του καθηγητή κ. Δ. Τσάτσου, του εισαγγελέα κ. Φρ. Πασχαλίδη και του επίκουρου καθηγητή κ. Β. Ζησιάδη. Περιοριστήκαμε μόνο στη δίγλωσση δημοσίευση των γραπτών εισηγήσεων που κι αυτή ξεπέρασε τη συνηθισμένη έκταση του περιοδικού που τη φιλοξένησε.

Ευχαριστώ θερμά την ομάδα των γερμανών συναδέλφων για τη συμμετοχή της στη συνάντηση και ιδιαίτερα τους καθηγητές κ.κ. Günter Bemann και Δημήτρη Τσάτσο, οι οποίοι έπαιξαν πρωταγωνιστικό ρόλο στη διεξαγωγή της, καθώς και τους Έλληνες συναδέλφους που πήραν μέρος σ' αυτήν.

Ιδιαίτερες ευχαριστίες οφείλονται στη λέκτορα του Ποινικού Δικαίου του Νομικού Τμήματος Θεσσαλονίκης κ. Μαρία Καϊάφα-Γκμπάντι, για το μεταφραστικό της έργο και την αληθινά πολύτιμη συμβολή της στην πραγματοποίηση αυτής της έκδοσης. Επίσης στον εκδότη του περιοδικού «Δίκαιο και Πολιτική» κ. Πέτρο Παπασαραντόπουλο και τους συνεργάτες του που την ανέλαβαν και την υλοποίησαν.

Ιωάννης Μανωλεδάκης

*Καθήκοντα και νομική θέση της ποινικής
υπεράσπισης*

Τα καθήκοντα που έχει να εκπληρώσει ο συνήγορος στην ποινική δίκη και η δικονομική του θέση μόνο πολύ ατελώς, θα μπορούσε να πει κανείς εμφανώς πενιχρά, ρυθμίζονται σήμερα στο γερμανικό δίκαιο. Καθόσο γνωρίζω, υπάρχουν μόνο δύο σημεία του νόμου, των οποίων το πολύ πολύ μπορεί να γίνει επίκληση για τον καθορισμό της λειτουργίας και της θέσης του συνηγόρου. Το ένα είναι η § 137 I 1 της Ποινικής Δικονομίας (StPO), το άλλο η §1 του Ομοσπονδιακού Δικηγορικού Κώδικα (BRAO).

Η § 137 I 1 της Ποινικής Δικονομίας επιτρέπει στον κατη-

γορούμενο να χρησιμοποιήσει «σε κάθε στάση της δίκης τη συνδρομή ενός συνηγόρου». Η έκφραση «συνδρομή ενός συνηγόρου» υποδηλώνει, ότι ο συνήγορος πρέπει να φροντίζει τα συμφέροντα του κατηγορουμένου, με άλλα λόγια πρέπει να καταβάλει κατά κανόνα προσπάθεια να αποτρέψει μία καταδίκη¹.

Η § 1 του Ομοσπονδιακού Δικηγορικού Κώδικα χαρακτηρίζει το δικηγόρο ως «ένα ανεξάρτητο όργανο της απονομής της δικαιοσύνης.» Με παραπομπή σ' αυτή τη διάταξη υποστηρίζεται πολλές φορές η θέση, ότι ο συνήγορος είναι δίπλα στο δικαστή και τον εισαγγελέα υποχρεωμένος να συμβάλλει στην ανεύρεση της αλήθειας και δεν επιτρέπεται να δυσκολεύει² την λήψη μιας δίκαιης απόφασης.

Είναι ολοφάνερο, ότι αυτές οι δύο ερμηνείες δύσκολα συμβιβάζονται μεταξύ τους. Δίνουν π.χ. διαφορετικές απαντήσεις στο ερώτημα, αν ο συνήγορος επιτρέπεται να υπερασπίζεται το συμφέρον του κατηγορουμένου, δηλαδή το να μη καταδικαστεί, ακόμη και στην περίπτωση που είναι πεπεισμένος για την ενοχή του. Η απάντησή μου στο ερώτημα αυτό - δεν έχω επιφυλάξεις - είναι πολύ ξεκάθαρη: Ο συνήγορος όχι μόνο επιτρέπεται, αλλά είναι υποχρεωμένος να υπερασπίζεται το συμφέρον του κατηγορουμένου και μάλιστα με όλα τα επιτρεπτά μέσα· πρέπει να υπερασπίζεται τον κατηγορούμενο, που δεν θέλει να καταδικαστεί ακόμη και στην περίπτωση που η ενοχή του είναι αναμφίβολα δεδομένη, με τέτοιο τρόπο ώστε να αποφευχθεί κατά το δυνατό μια καταδίκη.

Βέβαια μπορεί σε μια τέτοια περίπτωση η υπεράσπιση, όπως τόνισε ο ΜΑΓΚΑΚΗΣ κάποτε έντονα, να γίνει «ηθικό πρόβλημα»³. Ο συνήγορος δηλαδή, στον οποίο ο κατηγορούμενος ομολόγησε την ενοχή του, μπορεί να καταλήξει σε μια σοβαρή διαφωνία συνειδήσεως. Μολαταύτα είναι υποχρεωμένος, με την προϋπόθεση, ότι το επιθυμεί ο κατηγορούμενος, να κάνει τα πάντα, όσα μπορούν να γίνουν στα πλαίσια του νομικά δυνατού, για να αποδυναμωθεί η μομφή της ενοχής. Και αντίστροφα είναι υποχρεωμένος να παραλείψει τελείως όλα, όσα επιβεβαιώνουν αυτή τη μομφή. Ο συνήγορος έχει κατά τη

1. Έτσι η κρατούσα γνώμη· θεμελιωμένα EBERHARD SCHMIDT, StPO-Lehrkommentar II, 1957, No Περιθωρίου 3 επ. πριν από την §137· πρόσφατα ιδίως WELP, ZStW 1978, σελ. 813 επ· LÜDERSSEN, Festschrift für WERNER SARSTEDT, 1981, σελ. 158 επ.

2. Έτσι ήδη RGSt 77/155· ιδίως KALSBACH, BRAO-Kommentar, 1960, No Περιθωρίου 2 μετά την §1.

3. MANGAKIS, GA 1966, σελ. 321 επ.

γνώμη μου την υποχρέωση μιας ασήτερη μονομερούς φροντίδας συμφερόντων· έχει την υποχρέωση να φροντίζει μόνο τα συμφέροντα του κατηγορουμένου.

Αυτό ανταποκρίνεται βέβαια ήδη στο σημερινό γερμανικό δίκαιο, αν και ακόμη δεν υπάρχει μια ακριβής νομοθετική ρύθμιση. Στην § 1 BRAO δεν μπορεί να στηριχτεί πάντως μια επιβολή υποχρέωσης στον συνήγορο για χάρη κρατικών συμφερόντων και συνακόλουθα μία σχετικοποίηση της υποχρέωσής του για φροντίδα των συμφερόντων του κατηγορουμένου. Γιατί κατά πρώτο η διάταξη αυτή δε κάνει λόγο για τον συνήγορο αλλά για το δικηγόρο. Συνήγορος όμως μπορεί κάτω από ορισμένες προϋποθέσεις να είναι και κάποιος, που δεν είναι δικηγόρος⁴. Και δεύτερο ο Ομοσπονδιακός Δικηγορικός Κώδικας είναι απλά και μόνο ένας επαγγελματικός κώδικας. Ως τέτοιος μπορεί να βγάζει συμπεράσματα από τις αρχές του δικονομικού δικαίου, αλλά δεν μπορεί αντίστροφα να επεμβαίνει διαμορφώνοντας τις αρχές αυτές⁵. Δε θα μπορούσε να υποστηριχτεί λοιπόν η υπόθεση, ότι ο συνήγορος πρέπει, επειδή δεν συνδράμει μόνο τον κατηγορούμενο, αλλά αποτελεί και «όργανο απονομής της δικαιοσύνης», να φροντίζει τα συμφέροντα του κατηγορουμένου μόνο μέχρι του σημείου, που αυτό δεν θα αντέβαινε στο αίτημα για μια δίκαιη απόφαση. Η υποχρέωση του συνηγόρου, να φροντίζει μονομερώς τα συμφέροντα του κατηγορουμένου, μου φαίνεται, ότι επιβάλλεται από τα πράγματα για τον εξής λόγο: επειδή ο κατηγορούμενος συχνά δεν μπορεί να προωθήσει μόνος του το κατά αδιαμφισβήτητο τρόπο αναγνωριζόμενο σ' αυτόν δικαίωμα, του να επιβάλλει τα συμφέροντά του στη διαδικασία, επειδή π.χ. δεν είναι γνώστης του δικαίου ή είναι πολύ λίγο επιδέξιος στην ομιλία, βρίσκεται ίσως υπό κράτηση ή επειδή οι ανακρίσεις που γίνονται σε βάρος του, τον πιέζουν ψυχικά τόσο, ώστε κατά τη διάρκειά τους να μην είναι ικανός για οποιεσδήποτε λογικές αντιδράσεις. Όπως γνωρίζει κάθε πεπειραμένος, ο κατηγορούμενος γι' αυτούς και άλλους λόγους συχνά δεν είναι σε θέση από μόνος του, να διαγνώσει σωστά τις δυνατότητες υπεράσπισης και να τις αξιοποιήσει ανάλογα. Ο κατηγορούμενος που χρειάζεται ένα συνήγορο, χρειάζεται λοιπόν κάποιον, ο οποίος, όπως θα λέγαμε, στέκεται απόλυτα στο πλευρό του, ο οποίος ενεργεί αποκλειστικά ως εκπρόσωπος των συμφερόντων του κατηγορουμένου και συνακόλουθα στην πράξη ως αντίθετο

4. Βλ. §138 StPO

5. Έτσι επίσης LÜDERSSEN, Festschrift für WERNER SARSTEDT, 1981, σελ. 157.

μέρος του εισαγγελέα και του δικαστηρίου στη διαδικασία.

Βέβαια η εισαγγελική αρχή και το δικαστήριο υποχρεούνται από το δίκαιο σε αντικειμενικότητα και σε ένα αμερόληπτο τρόπο ενέργειας στη διαδικασία. Η εισαγγελική αρχή υποχρεούται σύμφωνα με την § 160 II StPO, όπως είναι γνωστό, «να εξακριβώσει όχι μόνο τις επιβαρυντικές αλλά και τις ελαφρυντικές περιστάσεις.» Και το δικαστήριο υποχρεούται για την πλήρη διερεύνηση του πραγματικού σύμφωνα με την § 244 II StPO να επεκτείνει τη διεξαγωγή αποδείξεων σε όλα τα γεγονότα που είναι βασικής σημασίας για την απόφαση, δηλαδή ακριβώς και στα ελαφρυντικά πραγματικά περιστατικά. Εξαιτίας αυτού θα μπορούσε κανείς να υποστηρίξει, ότι η εισαγγελική αρχή και το δικαστήριο φροντίζουν επαρκώς τα συμφέροντα του κατηγορουμένου, και ότι ο θεσμός του συνήγορου είναι συνεπώς στην ουσία ένας περιττός θεσμός.

Ωστόσο δεν πρέπει να παραβλέπονται τα φυσικά όρια, που διαγράφονται για την αντικειμενικότητα της εισαγγελικής αρχής και του δικαστηρίου. Οι εισαγγελικές ανακρίσεις συνδέονται με την υπόνοια μιας διαπραχθείσης αξιόποινης πράξης. Αποσκοπούν στο να διαφωτίσουν αυτή την πράξη, να βρουν το δράστη και να διαπιστώσουν την ενοχή του. Κατά συνέπεια είναι φυσικό, ότι η εισαγγελική αρχή συγκεντρώνει την προσοχή της προπαντός στα πράγματα που είναι σε βάρος του κατηγορουμένου. Το αργότερο με την απόφαση να μηνυθεί ο κατηγορούμενος, η εισαγγελική αρχή γίνεται εκ των πραγμάτων αντίδικός του και εργάζεται απ' αυτό το σημείο και μετά με εκτενή μονομέρεια για μια καταδίκη⁶.

Και η αντικειμενικότητα του δικαστηρίου είναι, όπως ειπώθηκε, από τη φύση των πραγμάτων περιορισμένη. Με το κατηγορητήριο του παρουσιάζεται η δικογραφία, η οποία, γιατί αλλιώς δεν θα διατυπωνόταν η κατηγορία, δεν περιέχει σχεδόν καθόλου αναφορές σε περιστάσεις ευνοϊκές για τον κατηγορούμενο. Υπάρχει λοιπόν ο κίνδυνος να χάσει το δικαστήριο την αμεροληψία του με τη μελέτη της δικογραφίας. Με την απόφασή του για την παραπομπή της υπόθεσης στο ακροατήριο, ταυτίζεται μέχρις ωρισμένου βαθμού με την κατηγορία⁷. Σύμφωνα με την υπάρχουσα εμπειρία μπορεί ακόμη και τότε η υποχρέωση του δικαστηρίου για ολοκληρωμένη διερεύνηση του πραγματικού να μην εξισσοροπεί οπωσδήποτε τον κίνδυνο μιας υπερεκτίμησης των μη ευνοϊκών για τον κατηγορούμενο

6. Έτσι επίσης BEULKE, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, σελ. 35.

7. Έτσι επίσης ROXIN, Strafverfahrensrecht, 1983, σελ. 228.

περιστάσεων.

Είναι λοιπόν σημαντικό το να στέκεται στο πλευρό του κατηγορουμένου ένας συνήγορος, ο οποίος μπορεί να επηρεάζει έγκαιρα την πορεία των ανακρίσεων, να τονίζει ελαφρυντικές απόψεις, να ανακαλύπτει αδυναμίες της κατηγορίας, ένας συνήγορος, ο οποίος επαγρυπνεί για την τήρηση των κανόνων της διαδικασίας, δίνει εξηγήσεις, κάνει ερωτήσεις, υποβάλλει αιτήματα, προτείνει επιχειρήματα, με λίγα λόγια ένας συνήγορος, ο οποίος εξισσοροπεί τον λίγο ή πολύ μονομερή τρόπο ενέργειας της εισαγγελικής αρχής και του δικαστηρίου με το να φροντίζει μονομερώς με όλα τα νομικά επιτρεπόμενα μέσα τα συμφέροντα του κατηγορουμένου!

Από τη διαπίστωση, ότι ο συνήγορος πρέπει να φροντίζει μονομερώς τα συμφέροντα του κατηγορουμένου, προκύπτουν συμπεράσματα για τον νομοθέτη. Εδώ μπορώ βέβαια να κάνω μόνο κάποιους λίγους υπαινιγμούς.

Πολύ σημαντικό για τη φροντίδα των συμφερόντων του κατηγορουμένου είναι, ότι ο κατηγορούμενος εμπιστεύεται τον συνήγορο⁸. Γιατί μόνο όταν ο κατηγορούμενος έχει εμπιστοσύνη στον συνήγορο, με άλλα λόγια μπορεί να είναι σίγουρος, ότι οι εκμυστηρεύσεις που κάνει σε καμιά περίπτωση δε θα χρησιμοποιηθούν εναντίον του, θα δώσει στο συνήγορο ακριβείς και πλήρεις πληροφορίες. Χωρίς τέτοιες πληροφορίες όμως δε θα ήταν διόλου δυνατή μια υπεράσπιση ανάλογη με τα πράγματα. Ένας απληροφόρητος ή κακώς πληροφορημένος συνήγορος δε θα ήταν καθόλου σε θέση να αναπτύξει μια σκόπιμη υπερασπιστική τακτική. Θα έκανε ίσως ακριβώς τέτοιες ερωτήσεις και θα υπέβαλε τέτοια αιτήματα, τα οποία θα μπορούσαν να έχουν μόνο επίσημα αποτελέσματα για τον κατηγορούμενο. Η εμπιστοσύνη, την οποία δείχνει ο κατηγορούμενος στο συνήγορο, «γίνεται έτσι αποφασιστικός παράγοντας της αποτελεσματικότητας και της ποιότητας της υπεράσπισης.»⁹

Βέβαια αυτή την εμπιστοσύνη δε μπορεί να την επιβάλλει με διατάγματα ο νομοθέτης. Όμως μπορεί και πρέπει να δημιουργήσει τις προϋποθέσεις που είναι απαραίτητες, για να δημιουργηθεί και να διατηρηθεί αυτή η εμπιστοσύνη.

Η πρώτη προϋπόθεση για να μπορεί ο κατηγορούμενος να φανερώσει τις σκέψεις του στον συνήγορο με εμπιστοσύνη, για να μπορεί να τον εμπιστεύεται, είναι η ελευθερία της εκλογής

8. Ειδικότερα σχετικά μ' αυτό WELP, ZStW 1978, σελ. 101 επ.

9. WELP, ZStW 1978, σελ. 102.

του συνηγόρου. Ο κατηγορούμενος πρέπει να μπορεί να διαλέγει μόνος του τον συνηγόρο. Το ισχύον γερμανικό δίκαιο αναγνωρίζει βέβαια την ελευθερία της εκλογής του συνηγόρου κατά βάση, ανέχεται όμως και εξαιρέσεις.¹⁰ Κάτω από προϋποθέσεις είναι δυνατό και να επιβληθεί ακόμα στον κατηγορούμενο ένας ορισμένος συνηγόρος.¹¹ Σ' αυτή την περίπτωση επιβάλλεται χωρίς αμφιβολία διόρθωση. Σε συνάφεια μ' αυτά πρέπει να σκεφθεί κανείς μεταξύ άλλων, ότι και ο κατηγορούμενος που στερείται οικονομικών μέσων πρέπει να μπορεί να κάνει χρήση της ελευθερίας της επιλογής του συνηγόρου. Η εξάσκηση του δικαιώματος εκλογής δεν επιτρέπεται να αποτυγχάνει από λόγους κόστους. Γι' αυτό το λόγο θάπρεπε ο νομοθέτης να προβλέπει, ότι η αμοιβή του εκλεγέντος συνηγόρου σε περίπτωση ανάγκης, ή καλύτερα ακόμη σε κάθε περίπτωση, γίνεται από το ταμείο του κράτους.¹²

Παραπέρα προϋποθέσεις για τη δημιουργία και τη διατήρηση της εμπιστοσύνης στο συνηγόρο είναι η υποχρέωσή του για εχεμύθεια. Ο συνηγόρος πρέπει να είναι υποχρεωμένος να κρατά οπωσδήποτε μυστικά γεγονότα, τα οποία ο κατηγορούμενος του γνωστοποιεί κατά τρόπο εμπιστευτικό. Το ισχύον γερμανικό δίκαιο δέχεται βέβαια αυτή την υποχρέωση και απειλεί μάλιστα με ποινή την φανέρωση μυστικών από το συνηγόρο.¹³ Παράλληλα όμως δεν παρέχει στον κατηγορούμενο, τουλάχιστον κατά κρατούσα γνώμη, πλήρη προστασία των μυστικών του. Σε περίπτωση δηλαδή που ο συνηγόρος εξεταστεί ως μάρτυρας και μ' αυτή την ιδιότητα παραιτηθεί από το δικαίωμα, που του αναγνωρίζεται για άρνηση της μαρτυρίας και καταθέσει σχετικά με γεγονότα, που υπόκεινται στην υποχρέωσή του για εχεμύθεια, τότε το δικαστήριο οφείλει να δεχθεί την κατάθεση και να την εκτιμήσει επίσης.¹⁴ Εδώ θάπρεπε ο

10. Η παραγγελία ενός συνηγόρου χωρίς ή παρά τη θέληση του κατηγορουμένου είναι δυνατή κατά τις §§117 IV1, 118 aII3, 138c III 4, 140 μέχρι 142, 145 II, 231aIV, 350 IV, 364a, 364bI StPO και §34III 1 EGGVG

11. Ειδικότερα σχετικά HAFFKE, StrVert 1981, σελ. 471 επ.

12. Σχετικά HASSEMER ZStW 1973, σελ. 651 επ· ο ίδιος, ZRP 1980, σελ. 330

13. Βλ. §203 StGB

14. Έτσι BGHSt 9/59· EBERHARD SCHMIDT, StPO-Lehrkommentar II, 1957, 22 επ μετά την §53· LÖWE/ROSENBERG/MEYER, StPO-Kommentar I, 1976, No Περιθωρίου 10 μετά την §53· KLEINKNECHT StPO-Kommentar, 1981, No Περιθ.40 μετά την §53· KARL PETERS, Strafprozeß, 1981, σελ. 227· AUSBERG/NÜSE/MEYER, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 1983, σελ. 498. Αντίθετοι LENCKNER, NJW 1965, σελ. 325 επ· WELP, Festschrift für WILHELM GALLAS, 1973, σελ. 401 επ· BEULKE, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, σελ. 46 και 209.

νομοθέτης να αποδεχθεί την αντίθετη γνώμη και να καθιερώσει μια ρητή απαγόρευση αξιοποιήσεως της μαρτυρίας.

Προϋπόθεση για την προθυμία του κατηγορουμένου, να εμπιστευτεί τον συνήγορο στο απαιτούμενο μέτρο, δηλαδή πλήρως, είναι τέλος το να μη παρακολουθείται η γραπτή και προφορική επικοινωνία με τον συνήγορο, ακόμη και όταν ο κατηγορούμενος βρίσκεται σε κράτηση και επίσης το να παραμένουν κατοχυρωμένα από τυχόν περιέλευσή τους στην εισαγγελική αρχή και στο δικαστήριο τόσο τα δικαιολογητικά που δόθηκαν στο συνήγορο μετά την ολοκλήρωση της εκάστοτε επικοινωνίας όσο και τα δικά του υπομνήματα. Το ισχύον γερμανικό δίκαιο το εξασφαλίζει αυτό και πάλι μόνο κατά βάση, επιτρέπει δηλαδή εξαιρέσεις.¹⁵ Αυτές οι εξαιρέσεις δεν αξίζουν καμιά αναγνώριση: θάπρεπε να καταργηθούν.

Παράλληλα με την εμπιστοσύνη, που δείχνει ο κατηγορούμενος στον συνήγορο, υπάρχει ακόμη και κάτι άλλο πολύ σημαντικό για τη φροντίδα των συμφερόντων του κατηγορουμένου και συγκεκριμένα η ανεξαρτησία του συνηγόρου. Ο συνήγορος τότε μόνο μπορεί ν' ανταποκριθεί στο καθήκον του, όταν έχει τη δυνατότητα να αφοσιωθεί σ' αυτό ελεύθερος από κρατική επιρροή και από υποδείξεις μιας επαγγελματικής οργάνωσης καθώς και από πολιτική πίεση. Σχετικά μ' αυτό δε χρειάζεται βέβαια να εκθέσω οτιδήποτε περισσότερο. Ο συνήγορος θα πρέπει όμως να είναι ανεξάρτητος και από τον κατηγορούμενο. Βέβαια απ' αυτή την άποψη λαμβάνεται υπόψη μόνο μία περιορισμένη ανεξαρτησία.¹⁶ Σίγουρα θα πρέπει ο συνήγορος αν μπορεί ν' αποφασίζει ελεύθερα σχετικά με το να αναλαμβάνει κατ' αρχή την υπεράσπιση. Και πρέπει επίσης να είναι ελεύθερος ν' αποφασίσει για μια ενδεχόμενη παραίτηση από την υπεράσπιση. Αντίθετα δεν μπορεί να είναι ελεύθερος ο συνήγορος στον καθορισμό των συμφερόντων που πρέπει να υποστηρίξει. Ποιά είναι τα συμφέροντα που θ' αποτελέσουν αντικείμενο της φροντίδας του, το καθορίζει πολύ περισσότερο μόνο ο κατηγορούμενος. Ο συνήγορος θα ξεπερνούσε τα όρια του καθήκοντός του, εάν, αδιάφορα από το ποιά συμφέροντα καθορίζει ως δικά του ο κατηγορούμενος, αυτός κατά κάποιο τρόπο κυριαρχικά υποστήριζε τα συμφέροντα που θα φαινόταν

15. Μια επίβλεψη της επικοινωνίας με τον συνήγορο είναι επίσης δυνατή σύμφωνα με τις §§148II, 148a StPO και την §29I2 και 3 StVollz G.

Μια κατάσχεση των γραπτών δηλώσεων που προέρχονται από τον κατηγορούμενο όπως επίσης και των υπομνημάτων του συνηγόρου είναι δυνατή σύμφωνα με την §97III και 3 StPO

16. Ειδικότερα σχετικά LÜDERSSEN, Festschrift für HANNS DÜNNEBIER, 1982, σελ. 263 επ.

σ' αυτόν καλά για τον κατηγορούμενο. Ο συνήγορος δεν πρέπει βέβαια να εκπροσωπήσει φανταστικά ούτε «καλώς νοούμενα» συμφέροντα του κατηγορουμένου, αλλά τα πραγματικά του συμφέροντα, δηλαδή αυτά, τα οποία ο κατηγορούμενος θεωρεί ως συμφέροντά του. Σήμερα πρέπει βέβαια να συγκεντρωθεί η προσπάθεια στο να μη ξαναχαθεί αυτή η κατανόηση.

Έρχομαι στο συμπέρασμα. Οι αρχές που εκτέθηκαν από μένα μπορεί να συγκεφαλαιωθούν σε μια διάταξη που θα μπορούσε να γίνει νόμος. Η «ομάδα εργασίας για τη Μεταρρύθμιση της Ποινικής Διαδικασίας», στην οποία ανήκω, πρότεινε μια τέτοια διάταξη.¹⁷ Αυτή έχει ως εξής:

Ο συνήγορος αντιπροσωπεύει τα συμφέροντα του κατηγορουμένου.

Στηρίζεται στην εμπιστοσύνη του.

Ο συνήγορος είναι ανεξάρτητος.

Θεωρώ ότι αυτή η διάταξη-και παρακαλώ να συνταχθείτε μαζί μου σ' αυτό-έχει ισχύ προτύπου

17. Arbeitskreis Strafprozeßreform, Die Verteidigung, Gesetzentwurf mit Begründung, 1979, σελ. 3 και 37 επ.

Κωνσταντίνος Ν. Βουγιούκας

*«Ισότητας των όπλων» μεταξύ
υπερασπίσεως του κατηγορουμένου,
πολιτικής αγωγής και κατηγορούσης αρχής*

Στον χώρο της μικρής αυτής Εισηγήσεως θα καταβληθεί προσπάθεια σκιαγραφήσεως του προβλήματος της αρχής της «ισότητας των όπλων» μεταξύ υπερασπίσεως του κατηγορουμένου, πολιτικής αγωγής και κατηγορούσης αρχής, *de lege data* και *de lege ferenda*. Πρόκειται για ένα θέμα πολύ γνωστό, αλλά και πάντα επίκαιρο και ενδιαφέρον, με το οποίο ασχολήθηκε το 1979 το δωδέκατο Διεθνές Συνέδριο Ποινικού Δικαίου του Αμβούργου κατά τις εργασίες του περί της προστασίας των δικαιωμάτων του ανθρώπου στην ποινική διαδικασία τρίτου Τμήματός του, καθώς και η πολύ πρόσφατη Ευρωπαϊκή Διάσκεψη του Helsinki προς αναζήτηση μιας νέας «θυματολογικής Πολιτικής».

Σκοπός της διαδικασίας που ρυθμίζει το ποινικό δικονομικό δίκαιο είναι η ικανοποίηση της ποινικής αξιώσεως της πολιτείας που γεννάται από την τέλεση του εγκλήματος, προκείμενου να εκπληρωθεί η αποστολή της στο πεδίο της προστασίας της εννόμου τάξεως, που διαταράσσει με την νομοτυπική του συμπεριφορά ο δράστης. Ο ποινικός κολασμός του δεν αποτελεί (κατά κανόνα τουλάχιστον) προσωπική υπόθεση του παθόντος, αλλ' ενδιαφέρει αμέσως αυτό τούτο το κράτος.

Έτσι η θέση του *Εισαγγελέως* — που αποτελεί την κατηγορούσα Αρχή σε κάθε δικαστήριο (με εξαίρεση τα πταισματοδικεία όπου υπάρχει δημόσιος κατηγορός) — είναι μεταξύ των δικαστικών προσώπων και μάλιστα των δικαστικών λειτουργών. Όχι δε των διαδίκων, από τους οποίους διαφέρει ουσιωδώς, γιατί ενεργεί εν ονόματι της πολιτείας και προς το κοινό συμφέρον, χωρίς να διεκδικεί προσωπικά του δικαιώματα, ενώ αυτοί αγωνίζονται προς επικράτηση των ατομικών δικαιωμάτων και συμφερόντων τους. Ούτε όμως και το Δημόσιο εκπροσωπεί ενώπιον του Δικαστηρίου, αλλά μόνο τον νόμο (για την εφαρμογή του οποίου οφείλει να επαγρυπνει) και την δημόσια τάξη. Αφότου οι Εισαγγελείς κατέστησαν μόνιμοι, κατέπεσε το δόγμα ότι είναι αντιπρόσωποι της εκτελεστικής εξουσίας και παρέμεινε η αρχή της πλήρους ανεξαρτησίας τους, ως αντιπροσώπων του κράτους και του νόμου.

Στα πλαίσια των αντιλήψεων αυτών για τη φύση του εισαγγελικού θεσμού, που διέπουν από άκρου σε άκρο τον ποινικό δικονομικό μας κώδικα του 1950, ο εισαγγελεύς κινεί την ποινική δίωξη αυτεπαγγέλτως (με εξαίρεση τα εγκλήματα για τα οποία ο νόμος απαιτεί έγκληση του παθόντος, αίτηση ή άδεια της Αρχής), δικαιούται να παρίσταται κατά την προδικασία στην ενέργεια κάθε ανακριτικής πράξεως και να λαμβάνει οποτεδήποτε γνώση των εγγράφων της ανακρίσεως, υποχρεούται να παρίσταται στην επ' ακροατηρίου διαδικασία και να διατυπώνει εγγράφως τις προτάσεις του στο δικαστικό συμβούλιο και την γνώμη του για τις απόψεις του ανακριτού σε ωρισμένα θέματα. Γιατί καμιά απόφαση του ποινικού δικαστηρίου ή συμβουλίου, ούτε οποιαδήποτε διάταξη του ανακριτού έχει κύρος αν δεν ακουσθεί προηγουμένως ο Εισαγγελεύς. Δεν έχει όμως την διάθεσή της ποινικής δίωξεως που αυτός εκίνησε, ούτε την δυνατότητα παραιτήσεως από ένδικο μέσο που ο ίδιος άσκησε. Δικαιούται, ακόμη, να συμπαρίσταται με έναν αναπληρωτή του κατά την εκδίκαση κακουργημάτων από το μικτό ορκωτό δικαστήριο και το Ποινικό Εφετείο, στην περίπτωση που ο κατηγορούμενος συμπαρίσταται με τρεις συνηγόρους.

Ο κατηγορούμενος είναι το αναγκαίο πρόσωπο της ποινικής διαδικασίας. Με αφετηρία το καθιερωμένο τεκμήριο της αθωότητός του, που συνδέεται αναπόσπαστα με το αναφαίρετο δικαίωμά του σιωπής, το βάρος της αποδείξεως της ενοχής του φέρεται από τον Εισαγγελέα και —τελικώς— από το δικαστικό συμβούλιο ή, αναλόγως, το δικαστήριο. Έχει δικαίωμα να προσλάβει μέχρι δύο κατά την προδικασία και τρεις το πολύ στο ακροατήριο συνηγόρους, με τους οποίους να επικοινωνεί και να συμπαρίσταται ή ακόμη και να εκπροσωπείται όταν — στην τελευταία αυτή περίπτωση — το έγκλημα είναι πταίσμα ή ελαφρό πλημμέλημα. Μπορεί επίσης να ζητήσει από την πολιτεία να του ορίσει συνήγορο, που όμως είναι υποχρεωμένος να δεχθεί από αυτήν όταν κατηγορείται για κακούργημα και δεν πρόκειται να προσλάβει ο ίδιος. Προσκομίζει στο ακροατήριο μάρτυρες, που (αντίθετα με ό,τι συμβαίνει με τον Εισαγγελέα) δεν υπέχει υποχρέωση να του γνωστοποιήσει, έχοντας μάλιστα το δικαίωμα να του ζητήσει να καλέσει ένα ή —αναλόγως— δύο μάρτυρές του, που ο ίδιος δεν θα μπορούσε να υποχρεώσει να προσέλθουν για να καταθέσουν. Έχει πάντα την τελευταία λέξη και δικαιούται να προσβάλλει με έφεση και αναίρεση βουλεύματα και αποφάσεις, χωρίς, μάλιστα, να κινδυνεύει — κατ' αρχή — να χειροτερεύσει την θέση του όπως διαμορφώθηκε στον πρώτο ή δεύτερο βαθμό δικαιοδοσίας. Έχει, τέλος, το προνόμιο της ειδικής δωσιδικίας σε ανώτερο κατά βαθμό δικαστήριο για το πταίσμα ή πλημμέλημα που διέπραξε, αν έχει την ιδιότητα δικαστικού λειτουργού, δικηγόρου, κ.λ.π.

Πέραν όλων αυτών, ο κατηγορούμενος, στην προσπάθειά του να υπερασπίσει τον εαυτό του, αποδεικνύοντας ότι δεν είναι ένοχος ή ότι είναι ένοχος ελαφρότερου εγκλήματος και επικαλούμενος διάφορα ελαφρυντικά, έχει ως σύμμαχο — σε ωρισμένες περιπτώσεις, που ο νόμος ορίζει — τον αστικώς υπεύθυνο. Πρόκειται για τρίτο πρόσωπο, που είτε καλείται από τον πολιτικώς ενάγοντα ή — αναλόγως — από τον Εισαγγελέα να παρέμβει στην ποινική διαδικασία, είτε παρεμβαίνει εκουσίως, γιατί συνδέεται με ωρισμένο νομικό δεσμό με τον κατηγορούμενο. Με την παρέμβασή του — αναγκαστική ή εκούσια — ακόμη και όταν αμφισβητεί την αστική του ευθύνη αυτή καθ' εαυτή, έχει κάθε συμφέρον να συμπαρασταθεί τον κατηγορούμενο στην άμυνά του κατά της κατηγορίας, ώστε να απαλλαγεί και ο ίδιος από την προς τον πολιτικώς ενάγοντα υποχρέωση αποζημίωσης ή ικανοποίησώς του ή της προς την πολιτεία καταβολής της ποινής σε χρήμα, που η δικαστική απόφαση επέβαλε στον δράστη, όταν αδυνατεί να την πληρώσει.

- IV -

Τέλος, ο παθών από το έγκλημα έχει το δικαίωμα να μη περιορισθεί στην ιδιότητα του απλού μάρτυρος, αλλά να δηλώσει παράσταση *πολιτικής αγωγής*, αν υποστηρίξει ότι το έγκλημα έγινε γενεσιουργός αιτία υλικής ζημίας ή ηθικής βλάβης του. Η δήλωσή του είναι δυνατό να διατυπωθεί είτε κατά την προδικασία, είτε στο ακροατήριο, είτε και στις δύο αυτές φάσεις της ποινικής διαδικασίας· συνοδεύεται δε από το αίτημα επιδικάσεως χρηματικής αποζημιώσεως ή ικανοποίησεως του εις βάρος του κατηγορουμένου και, ενδεχομένως, του αστικώς υπευθύνου. Εννοείται, ότι παραμένει πάντοτε ανοικτός ο δρόμος των πολιτικών δικαστηρίων.

Όμως τουλάχιστον για την χρηματική ικανοποίηση δεν τον προτιμά κατά κανόνα, γιατί έτσι και την ιδιότητα του διαδίκου στην ποινική δίκη θα έχανε και προβλήματα δαπανών και χρόνου θα είχε να αντιμετωπίσει, ελπίζοντας σε ένα ευνοϊκό γι' αυτόν πρόκριμα που, χωρίς να είναι δεσμευτικό για την πολιτική δικαιοσύνη, θα βοηθήσει σημαντικά την ικανοποίηση των απαιτήσεών του.

- V -

Ύστερα από την αναγκαία αυτή — για τους ξένους μας — εισαγωγή, θα πρέπει να ερευνηθεί αν στις σχέσεις εισαγγελέως—κατηγορουμένου—πολιτικώς ενάγοντος ισχύει πράγματι η αρχή της «ισότητος των όπλων» στο ελληνικό ποινικό δικονομικό δίκαιο.

Α. Είναι αλήθεια, ότι κατ' αρχήν αναγνωρίζεται από τις διατάξεις του πρώτα—πρώτα ισότητος δικαιωμάτων όλων των διαδίκων κατά την υπεράσπισή τους, τόσο κατά την προδικασία, όσο και κατά την κυρία διαδικασία.

Εν τούτοις, στην προδικασία ο αστικός υπεύθυνος έχει την δυνατότητα να ασκήσει όσα και ο κατηγορούμενος («σύμμαχος» του) δικαιώματα, μόνον όταν κληθεί προς εξέταση ο ίδιος ή μόλις κληθεί ο κατηγορούμενος προς απολογία ή εκδοθεί εναντίον του ένταλμα συλλήψεως ή βιαίας προσαγωγής. Ακόμη βραδύτερα καθίσταται ενεργός διάδικος κατά την φάση αυτή ο πολιτικώς ενάγων, για τον οποίο αφετηρία ασκήσεως των ίδιων δικαιωμάτων αποτελεί όχι η κλήση του προς κατάθεση αλλά η κλήτευση του κατηγορουμένου προς απολογία ή η έκδοση ενός από τα εντάλματα αυτά. Έτσι, μολοντί έχουν ήδη την ιδιότητα του διαδίκου, παραμένουν ψιλώ ονόματι (τυπικώς) διάδικοι επί διάστημα που εξαρτάται από την πορεία της διαδρομής του ανακριτικού έργου, με αποτέλεσμα να είναι αποξενωμένοι (λιγότερο ή περισσότερο) από την όλη υπόθεση που τους αφορά.

Επί πλέον, σε περίπτωση που ο παθών δεν θέλει ή δεν δικαιούται να παραστεί ως πολιτικώς ενάγων, παραμένει ένας απλός μάρτυρας που μπορεί να αρνηθεί νομίμως να καταθέσει μόνον όταν επικαλείται επαγγελματικό, υπηρεσιακό, κ.ο.κ. απόρρητο ή αν από την κατάθεσή του θα προέκυπτε ενοχή του για αξιόποινη πράξη. Αλλά και ως πολιτική αγωγή, απλώς εξετάζεται ανωμοτί και δεν του επιτρέπεται η εκπροσώπησή του με συνήγορο κατά την επ' ακροατηρίου διαδικασία (όπως αντίθετα συμβαίνει με τον κατηγορούμενο που ασθένησε κατά την δίκη, θορυβεί, κατηγορείται για ελαφρό έγκλημα, κ.ο.κ.).

Τέλος, ο μεν αστικώς υπεύθυνος δεν έχει δικαίωμα προσβολής των βουλευμάτων με ένδικα μέσα, ο δε πολιτικώς ενάγων δικαιούται να τα ασκήσει κατά των αποφάσεων μόνον ως προς το περί των αστικών απαιτήσεών του κεφάλαιό τους.

Β. Ως προς τις σχέσεις εισαγγελέως και διαδίκων, η «ισότης των όπλων» κυριαρχεί στις διατάξεις του ποινικού δικονομικού μας κώδικα, υπό την έννοια της κοινότητας δικαιωμάτων κατά την πορεία της ποινικής διαδικασίας. Έτσι και ο μεν και οι δε έχουν το δικαίωμα να ζητήσουν την εξαίρεση δικαστικών προσώπων ή την διόρθωση και συμπλήρωση αποφάσεων, βουλευμάτων και πρακτικών, να επικαλεσθούν την απόλυτη ακυρότητα, να ειδοποιούνται να παραστούν κατά την εξέταση κωλυομένων να εμφανισθούν στο ακροατήριο μαρτύρων ή ενώπιον του δικαστικού συμβουλίου, κ.ο.κ. Ειδικότερα δε ως προς τον κατηγορούμενο, η απόλυτη ακυρότητα που δημιουργεί η μη τήρηση των δικονομικών διατάξεων που αφορούν την εμφάνιση, εκπροσώπηση και υπεράσπιση του, καθώς και οι αιτήσεις ακυρώσεως της διαδικασίας ή της αποφάσεως, αντιστοιχούν στην αναγκαιότητα παραστάσεως και ακροάσεως του εισαγγελέως κατά την επ' ακροατηρίου διαδικασία.

Εννοείται, ότι και εδώ δεν λείπουν ωρισμένες παρεκκλίσεις, όπως λ.χ. κατά την προδικασία, όπου ο εισαγγελεύς πλεονεκτεί από απόψεως δικονομικών δικαιωμάτων, την άσκηση ενδίκων μέσων (χωρίς να έχει όμως δικαίωμα παραιτήσεως από αυτά), κ.λ.π.

Συμπέρασμα όλων αυτών των διαπιστώσεων είναι ότι απόλυτος «ισότης των όπλων» δεν υπάρχει στο ποινικό δικονομικό μας σύστημα. Ειδικότερα δε ως προς τον κατηγορούμενο μια τέτοια διαπίστωση είναι ακόμη πιο εμφανής, γιατί η προνομιακή του θέση τόσο απέναντι στην κατηγορούσα Αρχή, όσο και προς τον παθόντα δεσπόζει στον ομώνυμο κώδικά μας, που τον έχει τοποθετήσει στο επίκεντρο του ενδιαφέροντός του. Όλα για τον κατηγορούμενο! Χωρίς να είναι λογικό να αρνηθεί κανείς την ανάγκη προστασίας αυτού που φέρει το φοβερό και δυσβάστακτο βάρος της κατηγορίας, κινδυνεύοντας να υποστεί μια καταδίκη (με όλες τις ποινικές, διοικητικές, αστικές, κοινωνικές, κ.ά. συνέπειές της), δεν πρέπει να παραγνωρίζαμε το δεδομένο ότι έχει περάσει πια η εποχή που πραγματικός αντιδικός του ήταν ο εισαγγελεύς και όχι ο πολιτικός ενάγων. Γιατί σήμερα η κατηγορούσα Αρχή ενδιαφέρεται να αναζητήσει τον ένοχο και όχι έναν ένοχο.

Έτσι, η υπό το κράτος των παλαιότερων αντιλήψεων συγκέντρωση της προσοχής του νομοθέτη και του δικαστή στον κατηγορούμενο — αντίστοιχο με τον εναγόμενο της πολιτικής δίκης — θα πρέπει να καταμερίσθει κατά τρόπο ισόρροπο μεταξύ αυτού και του παθόντος, του οποίου η ικανοποίηση των νόμων και ουσία βασίμων απαιτήσεων και παράγων περιορισμού των αντικοινωνικών εκδηλώσεων γενικά μπορεί να αποβεί και τις περιπτώσεις αυτοδικίας να μειώσει στο ελάχιστο δυνατό. Είναι καιρός πια να αρχίσει και στη χώρα μας — όπως γίνεται και σε πολλές άλλες, στα πλαίσια της «θυματολογίας» — μια προσπάθεια αναθεώρησης των απόψεων γύρω από τις σχέσεις δράστου και θύματος και χαράξεως μιας νέας θυματολογικής πολιτικής, κατά τρόπο τέτοιο ώστε να βελτιωθεί η τόσο δυσάρεστη θέση του παθόντος, όταν αυτός είναι φυσικό πρόσωπο, αλλά και να προστατευθεί αποτελεσματικότερα όταν γίνεται στόχος εγκλημάτων διακινδυνεύσεως ή κολασίμων πράξεων που τα επακόλουθά τους δεν είναι εμφανή κατά τον χρόνο τελέσεώς τους και αμέσως μετά (όπως συμβαίνει με τα εργατικά ατυχήματα ή με την μόλυνση του περιβάλλοντος). Ενίσχυση της θέσεως του παθόντος στα πλαίσια της ποινικής διαδικασίας θεωρείται σήμερα όλο και περισσότερο αναγκαία, χωρίς, εννοείται, να οδηγηθούμε σε εξασθένηση των δικονομικών εγγυήσεων προστασίας του κατηγορουμένου, ούτε σε αυστηρότερες ποινικές κυρώσεις.

Συγκεκριμένα, καλλίτερη προστασία του θύματος, ώστε να ελαττωθεί η απόσταση που το χωρίζει στο σημείο αυτό από τον

κατηγορούμενο, θα μπορούσε να επιτευχθεί (κατά την γνώμη μας):

α) με την βελτίωση της δικονομικής του θέσεως κατά την προδικασία, ώστε να γίνεται εγκαίροτερα ουσιαστικός διάδικος.

β) με την καθιέρωση υποχρεώσεως εκ μέρους του κράτους να αποζημιώνει τον παθόντα από το ποσό της ποινής σε χρήμα στην οποία καταδικάσθηκε ο δράστης, όταν δεν έχει τα προς τούτο οικονομικά μέσα.

γ) με την ενίσχυση της προστασίας του παθόντος στα οικονομικά εγκλήματα και ιδιαίτερα του καταναλωτού στον τομέα του αγορανομικού ποινικού δικαίου.

δ) με την ενεργοποίηση των Εταιρειών Προστασίας Αποφυλακισομένων και Ανηλίκων, που, σαν υπηρεσίες του Υπουργείου Δικαιοσύνης, θα μπορούσαν να διαδραματίσουν σημαντικό ρόλο στην ηθική, υλική και νομική συμπαράσταση των παθόντων.

ε) με την διαμόρφωση μιας αντεγκληματικής πολιτικής ικανής να ασκήσει με επάρκεια τον προληπτικό ρόλο της. Έτσι, θα ήταν ευκατὰ η αναζήτηση νέων μορφών ποινικών κυρώσεων, καταλλήλων όχι μόνον να εκφοβίσουν, αλλά και να σφραγίσουν, χωρίς, εννοείται, να θίγουν πέραν του δέοντος τα ατομικά δικαιώματα. Ο φόβος της ποινής και η πεποίθηση ότι ο πραγματικός ένοχος δεν θα αποφύγει την τιμωρία, αποτελούν παράγοντες ικανούς να αναστείλουν σε μεγάλη κλίμακα την αντικοινωνική και εγκληματική διάθεση ατόμων και ομάδων των συγχρόνων κοινωνιών. Δεν πρέπει δε στο σημείο αυτό να παραγνωρίζεται η τεράστια κατηγορία των εξ αμελείας εγκλημάτων, στα οποία είναι δυνατό να αποβεί σπουδαίος ο ρόλος μιας ορθολογικής αντεγκληματικής πολιτικής.

Φρονούμε, εξάλλου, ότι η «ισότης των όπλων» δεν θίγεται:

α) με την κατάργηση της παραστάσεως πολιτικής αγωγής στα δικαστήρια ανηλίκων, όπου δεν αναζητείται η ενοχή, ούτε επιδιώκεται ο ποινικός κολασμός του νεαρού κατηγορουμένου, αλλά, εφόσον έχει τελέσει την πράξη για την οποία κατηγορείται, καταβάλλεται προσπάθεια απαγγελίας του αναγκαίου για την κοινωνική προσαρμογή του αναμορφωτικού, σφραγιστικού ή, ενδεχομένως, θεραπευτικού μέτρου. Η παρουσία του παθόντος ως πολιτικώς ενάγοντος είναι καθαρώς αρνητική, η δε οδός των πολιτικών δικαστηρίων είναι επαρκής για την ικανοποίηση των αστικών του απαιτήσεων, δεδομένου, μάλιστα, ότι το ποινικό δεδικασμένο δεν είναι δεσμευτικό γι' αυτά.

β) με τον αποκλεισμό της κατ' έγκληση διώξεως των

εγκλημάτων κατά των ηθών, στην περίπτωση που η δημοσιότης τους έχει ήδη προσβάλει ανεπανόρθωτα τα καλώς εννοούμενα συμφέροντα του θύματος, αφού αυτά αποτελούν τον λόγο καθιερώσεώς της. Τέλος,

γ) με τον περιορισμό των υποχρεώσεων του αστικής υπευθύνου στην προς τον παθόντα και μόνο καταβολή χρηματικής αποζημιώσεως ή ικανοποιήσεως, όχι δε και των ποινών σε χρέμα προς το Δημόσιο.

- VII -

Κλείνοντας την σύντομη αυτή Εισήγηση, θεωρούμε σκόπιμο να τονίσουμε την ανάγκη να αντιμετωπισθεί η αρχή της «ισότητος των όπλων» κατά την ποινική διαδικασία στα πλαίσια της «ισότητος» ως βασικού αιτήματος της δικαιοσύνης, υπό την έννοια ότι όμοιες καταστάσεις πρέπει να έχουν την ίδια μεταχείριση. Μέχρις ωρισμένου σημείου είναι εύλογη η «συμμαχία» κατηγορουμένου — αστικής υπευθύνου, γιατί έχουν κοινά συμφέροντα, που επιβάλλουν την ισότητα των δικαιωμάτων τους. Αντιθέτως, φαινομενική είναι η «συμμαχία» κατηγορούσης Αρχής και πολιτικής αγωγής, γιατί δεν τις ενώνει κοινότης συμφερόντων. Επιβάλλεται, επομένως, να ενισχυθεί η προστασία του παθόντος (του οποίου ένα έννομο αγαθό κινδύνευσε ή υπέστη προσβολή), χωρίς ούτε να αποδυναμωθεί η υπεράσπιση του κατηγορουμένου (που αν είναι ο πραγματικός δράστης έγινε παραίτιος των δεινών του θύματός του), ούτε και η κατηγορούσα Αρχή να περιέλθει σε δυσχέρεια επιτελέσεως του έργου της, που ενδιαφέρει άμεσα το κοινωνικό σύνολο. Και ας μη λησμονούμε, ότι μια ευνομούμενη κοινωνία οφείλει να επιδιώκει την προστασία της δια μέσου της προστασίας των μελών της, με βάση τα ατομικά δικαιώματα, που έχει όχι μόνον ο κατηγορούμενος, αλλά και ο παθών.

Ισότητα των όπλων και δομή της διαδικασίας

*I. Εισαγωγή**

Με τον τίτλο «Η αρχή της ισότητας των όπλων της κατηγορίας και της υπεράσπισης στην ποινική δίκη σε σχέση με το δημοσίευμα: le ministère public et le barreau»¹ εξέτασε το 1861 ο MITTERMAIER, ένας από τους πιο σημαντικούς φιλελεύθερους νομικούς του περασμένου αιώνα, το αγωνιστικό κείμενο ενός γάλλου συνηγόρου. Έτσι εμφανίστηκε η λέξη-σύνθημα, για την οποία τα πνεύματα διαφωνούν μέχρι σήμερα, όταν συζητιέται από άποψη πολιτικής ή δογματικής του δικαίου: η θέση του συνηγόρου. Κατά την άποψη των πολέμιων της αρχής της ισότητας των όπλων πρόκειται για μια φράση²,

*Τα κομμάτια που είναι τυπωμένα με μικρά στοιχεία είτε δεν εκφωνήθηκαν καθόλου στην προφορική εισήγηση είτε έγινε αναφορά σ' αυτά συνθηματικά.

1) MITTERMAIER, SIRZ 1981, Sp 20 επ. Στην πραγματικότητα το αίτημα για ισότητα όπλων τέθηκε ήδη πολύ νωρίτερα. Σύγκρινε π.χ. JAGEMANN, Gerichtssaal, 1849, σελ. 214 επ. (216).

2) v. KRIES, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1892, σελ 220.

για μια τελείως λαθεμένη παράσταση³, η οποία οδηγεί σε μια αυταπάτη⁴. Η αρχή της ισότητας των όπλων είναι κομμένη στα μέτρα μιας κατ' αντιδικία δίκης αγγλοσαξωνικής φόρμας⁵. Μεταξύ του Εισαγγελέα, που είναι υποχρεωμένος σε απόλυτη αντικειμενικότητα, και του συνηγόρου, που—μέσα σε ωρισμένα όρια—δικαιούται να υποστηρίξει μονομερώς τα συμφέροντα του πελάτη του, δε θα μπορούσε και δε θάπρεπε να υπάρχει ισότητα όπλων⁶.

Από την άλλη μεριά οι υποστηρικτές της αρχής παραπέμπουν στο ότι χωρίς ισότητα των όπλων δε θα υπήρχε καμία εγγύηση ενάντια στις δικαστικές πλάνες. Στο συνήγορο θάπρεπε να δοθούν όλα τα μέσα να καταρρίψει την κατηγορία. Η δικαιοσύνη θα σταματούσε να υπάρχει, αν δεν υπήρχε η ισότητα των όπλων⁷. Κατά ένα μέρος γίνεται παραδεκτό, ότι η ισότητα των όπλων δεν ταιριάζει στην καθιερωμένη από το δίκαιο δομή της διαδικασίας της ποινικής δίκης της Ευρωπαϊκής Ηπείρου. Αλλά ακριβώς γι' αυτό υποστηρίζεται η υιοθέτηση αγγλοσαξωνικών μορφών διαδικασίας*.

Εξάλλου υποστηρίζεται μια διαφορά μεταξύ της δικαιοκτικής και ψυχολογικής διάρθρωσης της διαδικασίας, σύμφωνα με την οποία η εισαγγελική αρχή παίρνει με την άσκηση της ποινικής δίωξης μια θέση, την οποία σε γενικές γραμμές—εξ ολοκλήρου για χάρη της διαδικασίας—κρατά και στη συζήτηση στο ακροατήριο. Γι' αυτό το λόγο θα ήταν αναγκαία μια όχι κατ' ανάγκη όμοια, όμως οπωσδήποτε ισοδύναμη αντιπαράθεση της υπεράσπισης⁹.

Από την ίδρυση της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας διεξάγεται η συζήτηση για την ισότητα των όπλων σε ήρεμη, σταθερή κατεύθυνση^{10 11}. Παρόλα αυτά ή ακριβώς γι' αυτό το λόγο διείσδυσε η ισότητα των όπλων στη νομολογία. Κατά την άποψη του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου από το δικαίωμα για μια δίκαιη διαδικασία¹², που περιέχεται στην αρχή του κράτους δικαίου, προκύπτει η διαδικαστική ισότητα των όπλων μεταξύ κατηγορίας και

3) DOHNA, Das Strafprozeßrecht, 3. έκδοση, 1929, σελ. 68.

4) GEERDS, GA 1975, σελ. 347.

5) KRAUSS στο MÜLLER-DIETZ, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, σελ. 153 επ. (154).

6) Σύγκρινε PETERS, Strafprozeß, 3 έκδοση, 1981, σελ. 94· ROXIN, Strafverfahrensrecht, 17. έκδοση, 1982, σελ. 57. Από την παλιότερη λογοτεχνία DOHNA (Υποσημείωση 3), σελ. 46 επ. v. HIPPEL, Strafprozeßrecht, 1941, σελ. 224 με πλούσιες pro και contra παραπομπές.

7) MITTERMAIER (Υποσημείωση 1), 25 επ.

8) VARGHA, Die Verteidigung in Strafsachen, 1879 σελ. 298 επ.

9) KÜHNE, Strafprozeßlehre, 2 έκδοση, 1982, Νο Περιθ. 80. Κατ' αποτέλεσμα της ίδιας γνώμης MÜLLER, NJW 1976, 1063 επ. (1065), ROXIN (Υποσημείωση 6) σελ. 57.

10) Σύγκρινε MÜLLER (Υποσημείωση 9), σελ. 1064.

11) Μόλις στη νεότερη εποχή εμφανίζεται πάλι η χαρακτηριστική λέξη σε σχέση με την μείωση των δικαιωμάτων του συνηγόρου. Σύγκρινε ULSENHEIMER, Einschränkungen des Beweisrechts in Gegenwart und Zukunft, AnwBl 1983, σελ. 373 επ (377,380) με παραπομπές από τις θέσεις των δικηγορικών οργανώσεων.

12) BVerfGE 26, σελ. 66 επ.(71).

κατηγορούμενου στην ποινική δίκη.¹³ Μ' αυτόν τον τρόπο αποδίδεται στην αρχή της ισότητας των όπλων ισχύς συνταγματικού επιπέδου. Και το Ανώτατο Ομοσπονδιακό Δικαστήριο θεωρεί την ισότητα των όπλων μια από τις βασικές αρχές της ποινικής διαδικασίας, με τον περιορισμό βέβαια, ότι δεν έχει υλοποιηθεί¹⁴ και δεν μπορεί να υλοποιηθεί χωρίς εξαιρέσεις.¹⁵ Η αρχή της ισότητας των όπλων είναι επίσης αναγνωρισμένη από αποφάσεις σχετικές με το άρθρο 6 παρ.1 προτ. 1 της Σύμβασης για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τις Βασικές Ελευθερίες: είναι ενσωματωμένη στην έννοια της «δίκαιης ακρόασης» (fair hearing)^{16 17}.

Μια διεξοδική ανάλυση της νομολογίας εδώ αποκλείεται εξαιτίας του περιορισμένου χώρου. Σ' αυτό το σημείο είναι άλλωστε και αδύνατο να επιχειρηθεί. Όσο η έννοια της αρχής της ισότητας των όπλων παραμένει ακαθόριστη και δεν ξεκαθαρίζεται η σχέση της με τη δομή της γερμανικής ποινικής διαδικασίας, περιτεύει κάθε ανάλυση μεμονωμένων αποφάσεων. Οι παρακάτω σύντομες παρατηρήσεις αποβλέπουν στη σκιαγράφιση της εξέλιξής της.

II. Η έννοια της ισότητας των όπλων.

Η «ισότητα των όπλων» δεν είναι καταρχή τίποτε περισσότερο αλλά και τίποτε λιγότερο από μια εικόνα. Η παραστατικότητα της έχει ως αποτέλεσμα, ότι αυτό το διαδικαστικό αξίωμα στον πυρήνα του ήδη είναι περισσότερο ακαθόριστο από άλλα διαδικαστικά αξιώματα και γι' αυτό το λόγο παρουσιάζει μεγαλύτερη αντίσταση στη μετατροπή του σε νομικούς-τεχνικούς κανόνες. Εκείνο που από νομική άποψη αποδεικνύεται μειονέκτημα, χαρίζει στη λέξη-σύνθημα τον ξεχωριστό της χαρακτήρα ως μέτρο απέναντι στο ισχύον δίκαιο και ως δικαιοπολιτική κατεύθυνση. Η εικόνα και οι αλληλουχίες που συνδέονται μ' αυτήν, εγγύονται—φαινομενικά— την ορθότητα της αρχής ως κάτι το αυτονόητο. Πώς θα μπορούσε να είναι δίκαιος ένας αγώνας, και το αποτέλεσμα του επίσης, όταν ο ένας από τους αντιπάλους εισέρχεται σ' αυτόν με κατώτερα όπλα; Όπως και να εξετάσει κανείς αυτή την εικόνα, με βάση αθλητικούς αγώνες, πολεμικές αντιπαράθεσεις ή

13) BVerfGE 38, σελ. 105 επ.(111).

14) BGHSt 12, σελ. 136 επ.(139).

15) BGHSt 18, σελ. 369 επ. (371).

16) EKMR NJW 1963, σελ. 2247· EGMR 1, 181 επ. EGMR 2, 94 επ.

17) Η τάση να ερμηνευθεί το «fair hearing» της Σύμβασης για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα σε ένα «fair trial» και μόλις από εκεί να συναχθεί η ισότητα των όπλων —περίπου KÜHNE (Υποσημείωση 9)· MÜLLER (Υποσημείωση 9) σελ. 1066· SANDERMAN, Waffengleichheit im Strafprozeß, Διατριβή Κολωνία, 1976, σελ. 13 επ, σελ. 17— είναι τελείως αδικαιολόγητη. Σχετικά μ' αυτό αμέσως στο κείμενό.

καθημερινά συμβάντα, ο αγώνας μποξ μεταξύ ενός ατόμου βαρέων βαρών και ενός που έχει «βάρος εντόμου», το σκότωμα άοπλων κλπ. θα θεωρείται παντού και πάντα άδικο. Αν κερδίσει κάποια φορά ο Δαβίδ τον Γολιάθ, το χρωστάει είτε στη θεϊκή πρόνοια είτε στην τύχη. Ότι και ο γενικά κατώτερος στη συγκεκριμένη περίπτωση κερδίζει, δε δείχνει, ότι το θέμα δεν εξαρτάται από την ισότητα των όπλων. Η άδικη διαδικασία δε γίνεται δίκαια μεταγενέστερα με την απρόσμενη νίκη του μειονεκτούντος.

Αυτό που ισχύει πάντα στους άλλους τομείς, πρέπει να ισχύσει επίσης και στην ποινική διαδικασία. Χωρίς ισότητα όπλων είναι κατά τη δομή της άδικη, ακόμη κι αν σε μια συγκεκριμένη περίπτωση το αποτέλεσμα είναι σωστό. Και τούτο γιατί το δίκαιο αποτέλεσμα σε μια μεμονωμένη περίπτωση δεν οφείλεται στη διαδικασία. Ως προς αυτήν είναι τυχαίο.

Το εμφανές του αισθήματος δικαίου, που απαιτεί ισότητα των όπλων στηρίζεται σε μια εκ των πραγμάτων συνθήκη: στο ότι υπάρχει δηλ. μια διένεξη μεταξύ αντιπάλων. Γι' αυτό ήδη νωρίς προβλήθηκε κατά του αιτήματος για ισότητα των όπλων το επιχείρημα, ότι ο εισαγγελέας δεν είναι αντίπαλος του κατηγορουμένου¹⁸ ή του συνηγόρου. Το ενδιαφέρον του δεν συνίσταται στη νίκη του κατά του κατηγορουμένου και του συνηγόρου του, αλλά στη νίκη της δικαιοσύνης, εξαιτίας της από το νόμο προβλεπόμενης (§ 160 παρ. 2 StPO) υποχρέωσής του για αντικειμενικότητα. Γι' αυτό το λόγο ο εισαγγελέας δεν έχει χάσει τη δίκη, όταν ο κατηγορούμενος αθωώνεται^{18α}. Εάν όμως η εισαγγελική αρχή δεν μπορεί ούτε να χάσει, ούτε να κερδίσει τη δίκη, τότε δεν είναι αντίπαλος. Στη γλώσσα της δογματικής της διαδικασίας δηλ. η εισαγγελική αρχή δεν είναι διάδικος¹⁹.

Η αμφισβήτηση, αν η επαγγελική αρχή πρέπει να θεωρηθεί *de jure* ή *de facto* επίσης ως διάδικος, δεν πρέπει να συνεχιστεί παραπέρα, επειδή δεν οδηγεί σε κανένα αποτέλεσμα. Αντί γι' αυτό πρέπει να αντιστραφεί το ερώτημα, ποιά διαδικαστικά πλεονεκτήματα προκύπτουν για τον κατηγορούμενο, από το ότι άμεσα ή έμμεσα αποδυναμώνει ή αντικρούει πραγματικούς ισχυρισμούς της εισαγγελικής αρχής; Αν η νίκη κατά της

18) Εδώ και στο εξής θα γίνεται ομοιόμορφα λόγος για τον κατηγορούμενο ως πρόσωπο στο οποίο αποδίδεται η κατηγορία, ακόμη κι' αν έχει ήδη παραπεμφθεί στο ακροατήριο.

18α) EBERHARD SCHMIDT I, Lehrbuchkommentar Bd.I, 2 έκδοση 1964, σελ.79.

19) Σύγκρινε παραπάνω υποσημείωση 6.

εισαγγελικής αρχής δεν καλυτερεύει τη νομική θέση²⁰ του κατηγορουμένου, το αίτημα για ισότητα των όπλων καταλήγει στο κενό. Η παραπέρα ερώτηση, αν τυπική ισότητα όπλων αρκεί ή αν ένα αναπόφευκτο υπέρβαρο της εισαγγελικής αρχής πρέπει να εξισορροπηθεί με προνομιακή μεταχείριση της υπεράσπισης σε άλλο σημείο, δεν τίθεται τότε καν²¹.

III. Η Ισότητα όπλων και διαδικασία στο ακροατήριο.

Αν θεωρήσει κανείς τη διαδικασία στο ακροατήριο απ' αυτή την άποψη, προκύπτει, ότι η εισαγγελική αρχή δεν είναι αντίδικος του κατηγορουμένου.

Αν μπορέσει να αποδείξει η υπεράσπιση²², ότι τα πραγματικά περιστατικά που περιέχονται στο κατηγορητήριο σε βάρος του κατηγορουμένου δεν ευσταθούν, δεν πρέπει απαραίτητα και ν' ακολουθήσει αθώωση. Το ίδιο ισχύει πολύ περισσότερο, όταν τα αποδεικτικά μέσα που περιγράφονται στο κατηγορητήριο ή που μεταγενέστερα κλήθηκαν, προσκομίστηκαν ή απαιτήθηκαν από την εισαγγελική αρχή δεν επαληθεύουν τα επικαλούμενα πραγματικά περιστατικά²³ ή αποδεικνύεται το μη αξιόπιστό τους. Ακόμη κι' αν ο κατηγορούμενος αποδείξει το άλλοθι του για την ημέρα της πράξης, που αναφέρεται στο κατηγορητήριο, μπορεί να παρόλα αυτά να καταδικαστεί, όταν το δικαστήριο μόνο θεωρήσει μια άλλη μέρα ως αποφασιστικής σημασίας²⁴. Βέβαια πρέπει κάποτε τούτο να υποδειχθεί στον κατηγορούμενο. Χαρακτηριστικά όμως όχι με το να τροποποιήσει η εισαγγελική αρχή την μομφή της, αλλά με μια υπόδειξη του δικαστηρίου

20) Με την έννοια που δίνει ο J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage*, 1925 (Επανάδοση 1962)

21) Αυτό το παραβλέπει ο MÜLLER (υποσημείωση 7), σελ. 1065. Οι αποδείξεις, τις οποίες —στηριζόμενος στην έρευνα του HERMANN, *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens*, 1971 —επικαλείται σχετικά μ' αυτό, ότι δηλαδή και στην αγγλο—αμερικανική διαδικασία δεν υπάρχει ισότητα των όπλων, είναι παράτερες. Πρόκειται κάθε φορά για το ότι η γενικότερη αδυναμία της υπεράσπισης αντισταμίζεται με επιπρόσθετες υποχρεώσεις της εισαγγελικής αρχής.

22) Από εδώ και στο εξής θα πρέπει να ξεκινά κανείς κάθε φορά από την πιο πιθανή νίκη της υπεράσπισης. Αν δεν αλλάζει η νομική κατάσταση ήδη κάτω απ' αυτή την προϋπόθεση, τότε αυτό ισχύει για μικρότερες επιτυχίες πολύ περισσότερο.

23) Εδώ συνίσταται η —καθόσο— αποφασιστική διαφορά με την αγγλο—αμερικανική ποινική διαδικασία. Στο «*submission of no case*» σχετικά στο «*motion for directed verdict*» Σύγκρινε HERMANN (υποσημείωση 21), σελ. 226 επ.

24) BGHSt 19, σελ 88 επ. BGHSt 22, σελ. 90 επ. σύγκρινε επίσης BGHSt 16, σελ. 200 επ.

κατ' αναλογική εφαρμογή της § 265StPO²⁵). Στη γερμανική ποινική διαδικασία δεν πρόκειται για το αν μπορεί ν' αποδειχθούν τα πραγματικά περιστατικά της κατηγορίας, και πολύ περισσότερο δεν πρόκειται για το αν μπορεί να τ' αποδείξει η εισαγγελική αρχή. Το κατηγορητήριο δεσμεύει μόνο στα πλαίσια που καθορίζει το αντικείμενο της δίκης. Εξαιτίας ποίου πραγματικού περιστατικού και με βάση ποιά αποδεικτικά μέσα επιτρέπεται η καταδίκη, αποφασίζεται από το αποτέλεσμα της διαδικασίας (§ 264 StPO)

Αυτό που ισχύει για την κατηγορία, η οποία αποτελεί την έναρξη της διαδικασίας στο ακροατήριο (§ 243 παρ. 3 StPO), επαναλαμβάνεται και στο τέλος της μετά την αποπεράτωση της απόδειξης. Αν αποδείξει η υπεράσπιση, ότι η τελική πρόταση της εισαγγελικής αρχής είναι αστήριχτη, ότι η απόδειξη περιέχει κενά και λάθη δεν προκύπτει καμία καλύτερευση της θέσης του κατηγορουμένου στη δίκη, ακόμη κι αν το δικαστήριο συμερίζεται την άποψη της υπεράσπισης. Και αυτό που θα μπορούσε να θεωρήσει κανείς ακόμη ως μεγαλύτερη νίκη της υπεράσπισης, δηλ. μια αθωωτική πρόταση της εισαγγελικής αρχής, δεν αναπτύσσει καμία διαδικαστική επίδραση²⁶. Αν το δικαστήριο πείσθηκε από την ακροαματική διαδικασία, ότι ο κατηγορούμενος τέλεσε μια αξιόποινη πράξη, δεν έχει μόνο δικαίωμα, αλλά και υποχρέωση, να τον καταδικάσει, ακόμη κι όταν η διεξαγωγή των αποδείξεων στο ακροατήριο διαφέρει σ' όλα τα σημεία από αυτήν της εισαγγελικής αρχής (§§ 155 παρ. 1, 261 StPO).

Αν χαρακτηρίζει κανείς αντίπαλο της υπεράσπισης μόνο εκείνον που μετέχει στη διαδικασία και του οποίου οι πραγματικοί ισχυρισμοί πρέπει να αντικρουστούν και τα επιχειρήματά του να κλονιστούν, για να καλύτερεύσει η διαδικαστική θέση του κατηγορουμένου, τότε δεν είναι η εισαγγελική αρχή αντίπαλος της υπεράσπισης, αλλά το δικαστήριο^{26α}. Δεν μπορεί να γίνει λόγος βέβαια για το ότι μέσα από την μεταρύθμιση της

25) Σύγκρινε BGHSt 19, σελ. 88 επ. KLEINKNECHT-MEYER, StPO, 36. έκδοση, 1983, §264, Rdnr 8. Αυτό ισχύει όμως μόνο σε μια μετακίνηση του χρονικού σημείου. Σε περίπτωση άλλων αλλαγών του πραγματικού δεν χρειάζεται καμία τυπική, ούτε καν μία ρητή υπόδειξη. «Αρκεί.....» όταν αυτό λαμβάνει χώρα με την εξέλιξη της διαδικασίας» BGHSt 19, σελ. 141 επ.· BGHSt 28 σελ 196 επ). Ακόμη πιο περιοριστικά BGH NStZ 1981, σελ. 190 επ., κατά την οποία ακόμη και σε περίπτωση αλλαγής του χρόνου της πράξης μία τυπική υπόδειξη μόνο τότε είναι απαραίτητο να γίνει, όταν ο χρόνος της πράξης είναι αποφασιστικής σημασίας για την επίρριψη της ενοχής.

26) Αυτά τα δύο σημεία περιγράφουν την αποφασιστική διαφορά με την πολιτική δίκη.

26α) SARSTEDT, HAMM, Die Revision in Strafsachen, 5 έκδοση 1983, σελ. 368.

ποινικής διαδικασίας απεκόμισε ο κατηγορούμενος την ευεργεσία του να έχει έναν άλλο αντίπαλο από το δικαστή. Από νομική άποψη στη διαδικασία στο ακροατήριο δεν διεξάγεται κανένας αγώνας μεταξύ εισαγγελικής αρχής και υπεράσπισης.

Η παρακείμενη διέξοδος να προβάλλει κανείς το αίτημα για ισότητα όπλων μεταξύ δικαστηρίου και υπεράσπισης, αποκλείεται, ήδη γιατί μεταξύ αντιπάλων, μεταξύ των οποίων ο ένας αποφασίζει ποιός κέρδισε τον αγώνα, δεν μπορεί —ούτε καν σε βασικές γραμμές— να καθιερωθεί ισότητα όπλων. Κάτω από αυτή την προϋπόθεση δεν αποτελεί η αρχή της ισότητας των όπλων αλλά το δικαίωμα για ακρόαση το μέτρο, με το οποίο θα πρέπει να μετρηθούν τα δικαιώματα της υπεράσπισης *de lege lata* και *de lege ferenda*²⁷. Αυτή η αλλαγή της νομικής θεώρησης δεν αλλάζει βέβαια τίποτε σχετικά με τα καθήκοντα της υπεράσπισης. Όπως και προηγούμενα αποβλέπει η υπεράσπιση στο να αποκρούσει ή τουλάχιστο να κλονίσει πραγματικούς ισχυρισμούς και επιχειρηματολογίες, που βαρύνουν τον κατηγορούμενο. Επειδή ακριβώς το γερμανικό ποινικό δικονομικό δίκαιο δεν προσφέρει στην υπεράσπιση έναν ξεχωριστό αντίπαλο από το δικαστή, γι' αυτό και η υπεράσπιση δεν ξέρει πολλές φορές ενάντια σε ποια πραγματικά περιστατικά και σε ποιούς ισχυρισμούς πρέπει να στραφεί. Πολλές φορές προκύπτει μόλις από την απόφαση, σε ποιά κατεύθυνση θάπρεπε να στραφεί μια υπεράσπιση που θα υποσχόταν επιτυχία. Η διπλή δέσμευση του δικαστηρίου —στο αντικείμενο της δίκης, όπως αυτό καθορίστηκε από την εισαγγελική αρχή από τη μια μεριά (§ 264 StPO) και στο περιεχόμενο της διαδικασίας στο ακροατήριο από την άλλη (§261StPO) —δεν κατορθώνει να εξισορροπήσει αυτό το δομικό μειονέκτημα της υπεράσπισης σε πολυπλοκότερες διαδικασίες²⁸. Αν αφήσει κανείς άθικτη τη βασική δομή της γερμανικής διαδικασίας, θεραπεία εξασφαλίζεται μόνο από μια επίταση των τυπικών υποχρεώσεων του δικαστηρίου για ενημέρωση του κατηγορουμένου: δηλ. αν σκοπεύει το δικαστήριο να στηρίξει την καταδίκη σε ένα άλλο πραγματικό υλικό ή σε άλλα αποδεικτικά μέσα απ' αυτά που αναφέρονται στο κατηγορητήριο, θάπρεπε να ισχύσει αναλογικά η (§ 265 StPO)²⁹.

27) HENKEL, Das deutsche Strafverfahren, 1943 σελ 145· MÜLLER (υποσημείωση 9), σελ. 1064.

27α) Κατ' αποτέλεσμα της ίδιας γνώμης JUNG, Straffreiheit für den Kronzeugen, 1974, σελ 82 επ. Έτσι εξηγείται, ότι οι αποφάσεις οι σχετικές με το άρθρο 6 της Σύμβασης για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα (υποσημ. 16) δεν αφορούν την ισότητα των όπλων, αλλά το δικαίωμα για ακρόαση. Σύγκρινε KÜHNE (υποσημ. 9).

28) Σύγκρινε SCHULZ, GA 1981, σελ. 301 επ. (303 επ).

29) Κατά πόσο αυτό ισχύει ήδη *de constitutione lata* και κατά πόσο πρόκειται για

Αν όμως για την αποτελεσματικότητα της υπεράσπισης έχει αποφασιστική σημασία μόνο η νομική σχέση δικαστηρίου και υπεράσπισης, τότε και η εννοιολογική μετατροπή της ισότητας των όπλων σ' ένα δικαίωμα ίσης ακρόασης εισαγγελικής αρχής και υπεράσπισης οδηγεί σε λαθεμένη κατεύθυνση. Το ποιά δικαιώματα έχει ή δεν έχει η εισαγγελική αρχή δεν επηρεάζει την απάντηση στο ερώτημα, αν το δικαίωμα ακρόασης που αναγνωρίζεται στην υπεράσπιση της προσφέρει πιθανότητες για μια επιτυχή διεξαγωγή του έργου της. Παρόλα αυτά μια ανάλυση των δικαιωμάτων της εισαγγελικής αρχής είναι σημαντικής ευρετικής αξίας. Κάθε διαδικαστική αρμοδιότητα που έχει δοθεί στον εισαγγελέα, πρέπει να εξεταστεί ως προς το αν καλυτερεύει τη διαδικαστική του θέση σε περίπτωση που επιβαρύνεται ο κατηγορούμενος. Αν δεν έχει η υπεράσπιση το ίδιο ή ένα ισότιμο δικαίωμα, τότε υπάρχει εδώ μια ένδειξη, ότι το δικαίωμα για ακρόαση δεν υφίσταται στην έκταση που απαιτεί μια αποτελεσματική υπεράσπιση. Διευκρινίζουμε: αυτό ισχύει επίσης και μάλιστα ιδιαίτερα τότε, όταν η εισαγγελική αρχή έχει υποχρέωση να είναι αντικειμενική και να τηρεί (και υποκειμενικά) την υποχρέωσή της αυτή.

Ακόμη και αυτά που ισχυρίζεται ή εισηγείται η εισαγγελική αρχή εξασκώντας τις αρμοδιότητές της, επηρεάζουν το δικαίωμα της υπεράσπισης για ακρόαση. Η § 261 StPO υποχρεώνει το δικαστήριο να σχηματίζει την πεποίθησή του από «το σύνολο της διαδικασίας». Αυτό σημαίνει, ότι πρέπει κατά το σχηματισμό της πεποίθησής του «να λάβει υπόψη του και να αξιολογήσει εξαντλητικά» την άποψη της εισαγγελικής αρχής³¹. Αν το δικαίωμα για ακρόαση συνίσταται στο ότι πρέπει να δοθεί στον «καθένα» η ευκαιρία να προβάλλει αιτήματα και να δίνει εξηγήσεις σε όλα τα θέματα που επηρεάζουν την απόφαση του δικαστηρίου³², τότε αυτό το δικαίωμα προσβάλλεται, όταν αρνείται κανείς στην υπεράσπιση να αναπτύξει το λανθασμένο της άποψης της εισαγγελικής αρχής. Και μάλιστα γι' αυτό και μόνο, επειδή το δικαστήριο είναι υποχρεωμένο να λάβει υπόψη του τις αναπτύξεις της εισαγγελικής αρχής. Και εδώ επίσης είναι απαραίτητη μια εξήγηση: το δικαίωμα για ακρόαση δεν προσβάλλεται, επειδή πρόκειται για μια αντίδραση στις θέσεις της εισαγγελικής αρχής. Το δικαίωμα για ακρόαση κάνει δυνατή πολύ περισσότερο την ανταπάντηση στις θέσεις όλων των

ένα δικαιοπολιτικό αίτημα πρέπει να μείνει εδώ ανοικτό.

30) Σύγκρινε BIRKMEYER, Deutsches Strafprozeßrecht 1898, σελ. 143.

31) Πάγια νομολογία του BGH. Σύγκρινε Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 1982, §,261, No περιθ. 17επ.

32) Πάγια νομολογία του BVerfG. Σύγκρινε π.χ. BVerfG 6, σελ. 12 επ. (14) 55, σελ. 95.

παραγόντων της δίκης, ανεξάρτητα με το αν πρόκειται για μάρτυρες, πραγματογνώμονες, τον συνήγορο του συγκατηγορουμένου ή ακόμη και αυτόν τον εισαγγελέα.

Εάν μ' αυτή τη θεώρηση αναγάγει κανείς σε πρότυπο το δικαίωμα για ακρόαση στη διαδικασία στο ακροατήριο, τότε διαπιστώνει, ότι ο γερμανικός Κώδικας Ποινικής Δικονομίας δεν περιέχει σε βασικές γραμμές διαφορετικές εξουσίες για υποβολή αιτημάτων και ανάπτυξη απόψεων μεταξύ υπεράσπισης και εισαγγελικής αρχής. Κατά τούτο το μέτρο δεν υπάρχει ένδειξη για προσβολή του δικαιώματος για ακρόαση της υπεράσπισης.

Εάν όμως το δικαίωμα για ακρόαση έχει και την έννοια του ότι οι *πραγματικές δυνατότητες* να αντικρούονται λαθεμένες ή αμφίβολες δηλώσεις δεν πρέπει να περιορίζονται με *νομικές διατάξεις*²⁹, τότε πρέπει να εκφραστούν αμφιβολίες για την ορθότητα των εξής διατάξεων § 137 παρ.1 προτ.2 StPO, § 146 StPO, §§ 220 παρ. 2 και 245 παρ. 2 StPO.

Η προβληματική των §§ 137, 146 StPO³³ πρέπει να θιγεί εδώ μόνο κατά το μέτρο που παρουσιάζει σημεία επαφής με την «ισότητα των όπλων». Και οι δύο διατάξεις αφαιρούν από τον κατηγορούμενο σε ορισμένες διαδικασίες την πραγματική βάση, στην οποία θα μπορούσε να στηρίξει την απόκρουση ισχυρισμών της εισαγγελικής αρχής αλλά και μαρτυρικών καταθέσεων ή πορισμάτων πραγματογνωμοσύνης. Ιδιαίτερα σε διαδικασίες, στις οποίες είναι απαραίτητη ευρεία γνώση λεπτομερειών πραγματικής ή νομικής φύσης, μπορεί μ' αυτό τον τρόπο να καταλήξει κανείς σ' ένα περιορισμό του δικαιώματος για ακρόαση.

Ότι η § 146 StPO μπορεί να καταλήξει σ' αυτό το αποτέλεσμα, συνδέεται με την πλατειά ερμηνεία που δίνει η νομολογία στις έννοιες «κατηγορούμενος» και «από κοινού». Εάν πρόκειται π.χ. για ένα έγκλημα οργάνωσης, τότε όλα τα μέλη της είναι κατηγορούμενοι. Κάθε υπερασπιστική πράξη για περισσότερους από ένα κατηγορούμενους είναι κοινή υπεράσπιση. Αυτό ισχύει ανεξάρτητα από το αν κατά των κατηγορουμένων διεξάγεται μια ή περισσότερες δίκες και σε ποιο στάδιο βρίσκονται αυτές. Ακόμη αν ένα μέλος της οργάνωσης καταδικάστηκε τελεσίδικα, δεν επιτρέπεται η υπεράσπισή του να ενεργήσει για ένα άλλο μέλος³⁴. Αυτή η ερμηνεία της § 146 StPO οδήγησε στο ότι στις δίκες τρομοκρατών, αμέσως μετά την έναρξη ισχύος της γνώστες της σκηνής της τρομοκρατίας δεν μπορούσαν πια να εκλεγούν ή να οριστούν ως συνήγοροι. Αντί αυτών έπρεπε κατά ένα μέρος να χρησιμοποιηθούν άπειροι δικηγόροι, οι οποίοι εξαιτίας της § 146 StPO δεν μπορούσαν βέβαια και αυτοί ν' αποκτήσουν εμπειρίες.

Στις δίκες των τρομοκρατών φάνηκε επίσης, ότι η § 137 παρ. 1 προτ. 2 StPO μπορούσε να οδηγήσει σε περιορισμούς του δικαιώματος για

33) Σύγκρινε διεξοδικά REBMANN, NStZ 1981, σελ. 41 επ.

34) BGHSt 26, σελ. 367 επ.(370). Εξαιρέση σε περίπτωση θανάτου του άλλου κατηγορουμένου, BGHSt 27, σελ. 315 επ.

ακρόαση. Αν σε μια δίκη παίρνουν μέρος περισσότεροι από τρεις ομοσπονδιακοί ή όχι εισαγγελείς, τότε υπάρχει ένδειξη, ότι το πραγματικό υλικό δεν μπορεί να δαμαστεί από λιγότερα των τριών προσώπων. Αν αυτή η ένδειξη δεν αποδυναμωθεί, τότε προσβάλλεται το δικαίωμα για ακρόαση.

Οι §§ 245 παρ. 2, 220 παρ. 2 StPO λειτουργούν κυρίως σε περιπτώσεις απόδειξης με πραγματογνωμοσύνη, και σ' αυτές πάλι σε υλικό, στο οποίο και μεταξύ των πραγματογνωμόνων δεν υπάρχουν ομοίμορφες απόψεις. Συνηθέστατα η ακρόαση ενός πραγματογνώμονα παραπάνω εξαιτίας της § 244 παρ. 4 StPO μπορεί να γίνει υποχρεωτική μόνο με την παρέμβαση της § 245 παρ. 2 StPO. Για τον κατηγορούμενο μπορεί όμως η εξάσκηση αυτού του δικαιώματος να προσκρούσει στο εμπόδιο των εξόδων της §220 παρ. 2 StPO. Το πρόβλημα αυτού του εμποδίου εξόδων δεν βρίσκεται όμως στο ότι η εισαγγελική αρχή δεν περιορίζεται από αυτό, όταν θέλει να ενεργήσει σύμφωνα με την § 245 παρ. 2 StPO. Το πρόβλημα δε θα άλλαζε ακόμη, αν είχε το δικαίωμα εξέτασης παρόντων πραγματογνωμόνων μόνο η υπεράσπιση. Εκείνος που θέλει να αντικρούσει τους ισχυρισμούς και τα επιχειρήματα ενός πραγματογνώμονα, χρειάζεται κατά γενικό κανόνα ο ίδιος έναν πραγματογνώμονα. Αυτό σημαίνει, ότι όσο δεν υπάρχουν οι προϋποθέσεις, στις οποίες στηρίζεται η § 244 παρ.4 StPO (δηλ. δεσμευτικοί κανόνες στο εξεταζόμενο πεδίο, αποδεικτικό θέμα, στην εξέταση του οποίου δεν επιδρούν διαφορές αρμοδιοτήτων), πρέπει η υπεράσπιση να μπορεί να ορίζει δικό της πραγματογνώμονα.

IV. *Ισότητα των όπλων και προδικασία*

Ότι η ιδέα της ισότητας των όπλων τουλάχιστο κατά ένα μέρος πρέπει να λειτουργήσει και στην προδικασία, υποστηρίζεται και πάλι πρόσφατα πιο έντονα³⁵. Πραγματικά φαίνεται η ισότητα των όπλων να είναι το μόνο διαδικαστικό αξίωμα, το οποίο μπορεί να συμβάλλει σε μια ισχυροποίηση της υπεράσπισης στην προδικασία, ενόσω βέβαια κανείς επιχειρηματολογώντας θέλει ν' ανάγεται στο σύνταγμα ή στη νομολογία τη σχετική με το σύνταγμα. Το άρθρο 103 GG (του γερμανικού συντάγματος) εγγυάται την ακρόαση μόνον ενώπιον δικαστηρίων. Ακόμη και το δικαίωμα που καθιερώνεται στο άρθρο της Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου για μια «δίκαιη ακρόαση» ισχύει μόνο *ενώπιον* ενός ανεξάρτητου και αμερόληπτου δικαστηρίου όχι όμως *απέναντι* στην εισαγγελική αρχή προτού αυτή απαγγείλει κατηγορία.

Όπως ακριβώς η ισότητα των όπλων έτσι και το δικαίωμα για ακρόαση βασίζεται σε μια εκ των πραγμάτων προϋπόθεση,

35) KOHLMANN, Festschrift für PETERS, 1974, σελ. 311 επ. SANDERMANN (υποσ. 17), σελ. 158 επ. MÜLLER (υποσ. 9), σελ. 1067.

δηλαδή στο ότι ο δικαστής όχι μόνο κατά τον τύπο αλλά και κατά την ουσία αποφασίζει ανεξάρτητα και αμερόληπτα. Αν κανείς συσχετίσει τα παραπάνω με την ποινική διαδικασία διαπιστώνει τα εξής: προϋποτίθεται, ότι στη διαδικασία στο ακροατήριο γίνεται μια ανεξάρτητη αναδιαμόρφωση του πραγματικού υλικού³⁶, η οποία δίνει τελικά τη βάση για μια καταδίκη ή μια αθώωση. Αν αυτή η προϋπόθεση πληρούται απόλυτα, τότε δεν χρειάζεται σχετικά με ότι αφορά την υπεράσπιση κατά της ενοχής καμία λειτουργία του δικαιώματος για ακρόαση στην προδικασία. Η υπεράσπιση θα μπορούσε κατά την προδικασία να περιοριστεί στην αντίκρουση των αναγκαστικών μέτρων (σύλληψη, έρευνα, κατάσχεση κλπ.) και των υπόλοιπων μειονεκτημάτων, που συνδέονται με αυτήν.

Σε μια διαδικασία, που στηρίζεται σ' αυτή την προϋπόθεση, η προδικασία έχει ως μόνο σκοπό, να παρθεί μια απόφαση σχετικά με το αν υπάρχει «επαρκής αφορμή για την απαγγελία κατηγορίας» (§ 170 παρ.1 StPO). Τα αποτελέσματα των προδικαστικών ενεργειών (εξέταση μαρτύρων και κατηγορουμένου, αυτοψία κλπ) έχουν πραγματιστική σημασία αποκλειστικά και μόνο γι' αυτή την απόφαση. Με τη βοήθεια αποτελεσμάτων της προδικασίας δεν επιτρέπεται ιδίως να διεξαχθεί απόδειξη στη διαδικασία στο ακροατήριο.

Αντίθετα με την κρατούσα άποψη³⁷ θεωρώ, χωρίς να μπορώ να το στηρίξω αυτό εδώ, ότι αυτή η σχέση της προδικασίας με την διαδικασία στο ακροατήριο, αυτή η απαγόρευση του να μεταβάλλονται προδικαστικές διαπιστώσεις σε αποδείξεις είναι ακριβώς εκείνο που το 19ο αιώνα γινόνταν αντιληπτό ως αμεσότητα.^{37a}

Αν μια αμεσότητα μ' αυτήν την έννοια καθιστά περιττή την απαίτηση για δικαίωμα ακρόασης κατά την προδικασία σε μεγάλο μέρος, τότε αντίστροφα κάθε περιορισμός της αρχής της αμεσότητας περιορίζει το δικαίωμα για ακρόαση ενώπιον του δικαστηρίου. Και τούτο γιατί μέχρις αυτού του σημείου η υπόθεση δεν κρίνεται πια από ένα ανεξάρτητο και αμερόληπτο δικαστήριο (άρθρο 6 της Σύμβασης, για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα, άρθρα 103, 92 GG γερμανικού συντάγματος). Δικαίωμα για ακρόαση στο δικαστήριο μπορεί λοιπόν σε

³⁶ Δεν επιτρέπεται να εξυπηρετεί μόνο —όπως η τελική διαδικασία της εξεταστικής δίκης— την έρευνα της ανακριτικής διαδικασίας. Σύγκρινε Eb. SCHMIDT, ZStW 1942, σελ. 429 επ (461) και KOHLRAUSCH-Festschrift 1944, σελ. 263 επ.(279, 297 επ).

³⁷ Σύγκρινε αντί όλων GEPPERT, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979.

^{37a} Σύγκρινε Eb SCHMIDT (υποσημ. 36).

περιπτώσεις ρωγμών της αρχής της αμεσότητας να σημαίνει μόνο, ότι βασικά εκείνες μόνο οι διαπιστώσεις της προδικασίας επιτρέπεται να μετατρέπονται σε αποδείξεις, κατά την αποκόμιση των οποίων πραγματώθηκε το δικαίωμα για ακρόαση της υπεράσπισης, όπως ακριβώς αυτό συμβαίνει στην κύρια διαδικασία.

Αν αυτή η θεώρηση είναι σωστή, τότε το αίτημα για ισότητα των όπλων δεν είναι απλώς περιττό. Πολύ περισσότερο προσανατολίζεται, όπως και στη διαδικασία στο ακροατήριο, σε λαθεμένη κατεύθυνση. Με τη βοήθεια της αρχής της ισότητας των όπλων δεν μπορεί να εξηγηθεί, σε ποιά σημεία της προδικασίας πρέπει να ισχύει η ισότητα των όπλων και γιατί.

Αν αναγάγει κανείς τη γερμανική ποινική δικονομία σε πρότυπο, θα μπορούσε να καταλήξει στη γνώμη, ότι η σχέση που μόλις σκιαγραφήθηκε μεταξύ της αρχής της αμεσότητας και του δικαιώματος για ακρόαση αποδίδει μόνο την *lex lata*³⁸. Σχεδόν κάθε προδικαστική ενέργεια, της οποίας τα αποτελέσματα μπορεί να είναι δεκτικά μεταφοράς στη διαδικασία στο ακροατήριο, αντιστοιχεί σε μια δικαστική ενέργεια εξασφάλισης αποδεικτικού υλικού. Δίπλα στην αστυνομική ή εισαγγελική εξέταση μαρτύρων και κατηγορουμένου (§ 162 StPO) βρίσκεται και η δικαστική αντίστοιχη εξέταση: δίπλα στην αυτοψία από αστυνομικούς ή τον εισαγγελέα τοποθετείται και η δικαστική αυτοψία (§§ 86, 225 StPO). Μια ειδικότερη μορφή αυτοψίας, η αυτοψία πτώματος, ήταν παλιά αποκλειστικά δικαστικό έργο. Από το 1974 μπορεί να την ενεργήσει —και μάλιστα την ενεργεί κατά κύριο λόγο— και ο εισαγγελέας. Παραγγελία και καθοδήγηση του πραγματογνώμονα γίνονται όμως μόνο από το δικαστή (§§ 73, 78, StPO). Βασικά έχει ο κατηγορούμενος ή ο εκπρόσωπός του δικαίωμα παρουσίας σε όλες τις ενέργειες του δικαστή που αποβλέπουν στην εξασφάλιση αποδεικτικού υλικού (§§ 168c 168d). Ο πραγματογνώμονας που διορίζεται από το δικαστή πρέπει να γνωστοποιηθεί στον κατηγορούμενο και μπορεί ν' απορριφθεί απ' αυτόν για λόγους μεροληψίας. Σ' αυτή τη διαδικασία εξασφάλισης αποδεικτικού υλικού πριν από τη διαδικασία στο ακροατήριο ανταποκρίνεται τό ότι στη διαδικασία στο ακροατήριο επιτρέπεται κατά βάση να διαβάζονται μόνο δικαστικά πρακτικά (§§ 249 παρ. 1 prot. 2, 251, 232 παρ. 3, 233 παρ. 3 prot. 2, 254 StPO). Αλλά και αυτό μόνο κάτω από περιορισμένες προϋποθέσεις.

Παρόλα αυτά η εικόνα απατά. Εκτός από το νομοθέτη, ο οποίος όλο και περισσότερο επιτρέπει την μετατροπή αποτελεσμάτων της

38) Για επεξήγηση: και εδώ πρόκειται για δικαίωμα ακρόασης μόνο καθόσο υπάρχει ένας θεματικός σύνδεσμος με την αρχή της ισότητας των όπλων. Έτσι δεν αφαιρούνται δικαιώματα της υπεράσπισης, τα οποία μπορούν να προλάβουν την επιβάρυνση του κατηγορουμένου από μια διαδικασία στο ακροατήριο.

38α) Ακόμη πιο έντονη γίνεται αυτή η εντύπωση, όταν κανείς αναλογιστεί την αρχική ρύθμιση της StPO.

προδικασίας σε αποδείξεις και εξαπλώνει την αξιοποίηση δικαστικών ενεργειών εξασφάλισης αποδεικτικών υλικού, είχε ζητήσει η νομολογία προπαντός και μάλιστα από την αρχή τη μετατροπή αποτελεσμάτων της προδικασίας σε αποδείξεις³⁹. Αντίθετα μ' ένα μέρος των συγγραφέων η νομολογία δεν θεωρεί π.χ. παράβαση της § 250 προτ. 2 StPO, η οποία απαγορεύει την ανάγνωση των μαρτυρικών καταθέσεων της προδικασίας, τό ότι αντ' αυτού το πρόσωπο που πήρε την κατάθεση ακούγεται στη διαδικασία στο ακροατήριο ως μάρτυς. Η νομολογία επιτρέπει μάλιστα να διαβαστεί στον ανακριτικό υπάλληλο το πρωτόκολλο που ο ίδιος ετοίμασε. Βέβαια η ανάγνωση δεν λειτουργεί ως απόδειξη, αλλά μόνο η αντίδραση του προανακριτικού υπαλλήλου στην ανάγνωση. Παρόλα αυτά όμως αρκεί η διαβεβαίωση του, ότι κρατά τα πρακτικά πάντα σωστά, για να μπορεί να στηριχθεί στο περιεχόμενο του πρακτικού της κατάθεσης μια καταδίκη⁴⁰. Η κατασκευή της νομολογίας αντικαθιστά λειτουργικά απόλυτα μια ανάγνωση.

Η επιχειρηματολογία με την ισότητα των όπλων δεν μπορεί να φέρει τον εξοβελισμό των αρνητικών στοιχείων, τα οποία συνδέονται μ' αυτή την πρακτική. Μόνο όταν κανείς ξεκινήσει από το δικαίωμα για ακρόαση ενώπιον του δικαστηρίου, εμφανίζονται δύο λύσεις που παρουσιάζουν συστηματική συνέπεια. Η μια συνίσταται στην επαναφορά σε ισχύ της αμεσότητας. Η άλλη προσαρμόζεται κατά ένα μέρος στην πρόοδο που παρουσιάζεται στη νομολογία και τη νομοθεσία και καθιερώνει μια απαγόρευση αξιοποίησης όλων των καταθέσεων (του κατηγορουμένου) στην προδικασία, στις οποίες δεν ήταν παρών ένας συνήγορος.⁴¹

V. Συγκεφαλαίωση.

Μολονότι τα αποτελέσματα της εισήγησης αυτής συμπύκνουν κατά μέρος με αυτά που προωθούνται στο όνομα της ισότητας των όπλων, η ισότητα των όπλων δεν ταιριάζει στη δομή της γερμανικής ποινικής διαδικασίας. Η διαφορά φαίνεται αμέσως στη διαφορετική δυνατότητα εξήγησης των υποθέσεων. Αν γίνει δεκτό, ότι η ισότητα των όπλων δεν χρειάζεται να είναι υπαρκτή σε κάθε σημείο⁴², τότε είναι απαραίτητο να υπάρχει ένα κριτήριο για το ποια δικαιώματα θα πρέπει να έχει η υπεράσπιση. Αν βρει κανείς αυτό το κριτήριο, τότε η αρχή της ισότητας των όπλων γίνεται δογματικά περιττή. Στο ότι όμως ως δικαιοπολιτική λέξη—σύνθημα εξαιτίας των εμπειριών που είναι συνδεδεμένες μαζί της δύσκολα μπορεί ν' αντικατασταθεί, δεν αλλάζει τίποτα η παραπάνω παρατήρηση.

39) Σύγκρινε αναλυτικά GRÜNWARD, Festschrift für DÜNNEBIER, 1984, σελ. 347 επ.

40) BGHSI 23, σελ. 213 επ.

41) Σύγκρινε Arbeitskreis Statprozeßreform (BEMMANN μεταξύ άλλων), Die Verteidigung, 1979, σελ. 88 επ.

42) Σύγκρινε τους αναφερθέντες στην υποσημείωση 9.

ΣΕΙΡΑ «ΔΙΚΑΙΟ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΗ»



παρατηρητής

*Η ισότητα των όπλων
(Waffengleichheit) ανάμεσα στον
Εισαγγελέα και στην Υπεράσπιση*

Λέγεται πως η ορθή νομοθεσία και οι καλοί δικαστικοί λειτουργοί αποτελούν τους σπουδαιότερους παράγοντες για την εκπλήρωση της αποστολής της δικαιοσύνης. Ειδικότερα για τα δικαστικά όργανα, κατά την ιστορική εξέλιξη του σύγχρονου δικαίου, έγινε γρήγορα κατανοητό ότι η εντιμότητα, το ήθος και η ικανότητά τους και μόνο δεν εξασφάλιζε τη σωστή λειτουργία της Θέμιδας. Εξίσου επιτακτική και ταυτόχρονα κοινωνικά χρήσιμη ήταν και η ορθή διάρθρωση των δικαιοδοτικών οργάνων.

Αν αυτό μπορούσε να υποστηριχθεί για ολόκληρη την πε-

1. Βλ. Εμμ. Παπαϊωάννου, Ο Εισαγγελέας, σ. 12

ριοχή του δικαίου, για το ποινικό δίκαιο έγινε πίστη ότι αποτελούσε αναγκαίο προαπαιτούμενο. Έτσι δεν άργησε να διαμορφωθεί η συνείδηση ότι η συνύπαρξη των ιδιοτήτων του δικαστή και κατηγορού στο ίδιο πρόσωπο—κατεστημένο για τη μεσαιωνική περίοδο—όχι μόνο δεν προήγαγε την υπόθεση της δικαιοσύνης, αλλά αποτελούσε θεσμό αναχρονιστικό και απειλή για την εγγυητική λειτουργία του δικαίου και κατά συνέπεια κίνδυνο για την ελευθερία των πολιτών.

Η διαπίστωση αυτή οδήγησε σταδιακά στην εγκατάλειψη της «εξεταστικής δίκης» (Inquisitionsprozess) στην ποινική διαδικασία και στην εισαγωγή της «κατηγορητικής δίκης» (Akkusationsprozess)².

Δεν αποτελεί νομίζω τυχαίο γεγονός, ότι η «κατηγορηματική δίκη» διαμορφώνεται οριστικά στην εποχή του Φωτισμού. Είναι σ' όλους γνωστό, πως η εποχή αυτή κυριαρχείται από τη σκέψη, ότι όχι μόνο οι διάφορες εξουσίες δεν πρέπει να ασκούνται από το ίδιο πρόσωπο αλλά αντίθετα επιβάλλεται να είναι έτσι διαμορφωμένα τα πράγματα, ώστε «η εξουσία να περιορίζει την εξουσία». Χωρίς τη σαφή διάκριση των εξουσιών, που βασικά ανάγεται, όπως είναι γνωστό, στον Αριστοτέλη³ παραμονεύει πάντοτε ο κίνδυνος της τυραννίας.

Η τάση για τη μη συγκέντρωση πολλών εξουσιών στον ίδιο φορέα κρίθηκε ορθά αναγκαία και για τις επιμέρους λειτουργίες της ίδιας εξουσίας. Η αρχή που διατύπωσε ο Montesquieu: «Δεν υπάρχει ελευθερία εφόσον η δικαστική εξουσία δεν είναι χωρισμένη από τη νομοθετική και την εκτελεστική εξουσία» οδήγησε στη διαμόρφωση ειδικότερης αρχής αναφορικά με την εσωτερική διάρθρωση των οργάνων της δικαιοσύνης: αποτελεί κίνδυνο για την προσωπική ελευθερία και αξιοπρέπεια του πολίτη η συνύπαρξη στο ίδιο πρόσωπο της εξουσίας να κατηγορεί και να αποφασίζει ταυτόχρονα για την κατηγορία. Αυτό είναι εύλογο, αφού, όπως παρατηρείται, η σύγχυση των λειτουργιών δικαστή και εισαγγελέα οδηγεί από τη φύση των πραγμάτων και την ανθρώπινη ψυχολογική αδυναμία της προκαταλήψεως σε καταχρήσεις σε βάρος των δικαιωμάτων του

2. Βλ. Ζησιάδη, Ποιν. δικον. τομ. Α' 1976, σ. 55, *Βουγιούκα Ποιν. δικον. δίκαιον*, 1975, σελ. 25 επ., Σταμάτη, Ο Εισαγγελικός θεσμός, η διαμόρφωσή του και η λειτουργική του αρμοδιότητα, Ποιν. Χρον. 1980, σ. 609 επ. Eberhard Schmidhäuser, Einführung in das Strafrecht σ. 245, T. Kleinknecht, Strafprozessordnung, 34 Aufl., σ. 463.

3. «Έστι δη τρία μόρια των πολιτειών πασών. Εν μιν τι το βουλευόμενον περί των κοινών, δεύτερον δε το περί τας αρχάς τούτο δε εστί τίνας δει και τίνων είναι κυρίας, τρίτον δε τι δικάζειν» (Πολιτικά, Δ ΧΙ).

κατηγορούμενου. Η ιστορική ποινική πραγματικότητα του παρελθόντος στο σημείο αυτό αποτελεί αδιάψευστη μαρτυρία.⁴ Έτσι γεννήθηκε ο εισαγγελέας ή για να ακριβολογούμε έτσι γεννήθηκε ο σύγχρονος εισαγγελικός θεσμός, που μαζί με τη δημοσιότητα της κατηγορίας οδήγησε στη φιλελευθεροποίηση της ποινικής δίκης, αν και το γεγονός ότι χρησιμοποιείται γι' αυτόν η ίδια παλιά ορολογία, όταν ο εισαγγελέας ήταν αντιπρόσωπος του μονάρχη, δίνει αφορμές για πολλές παρανοήσεις ακόμη και σήμερα.⁵ Η οποιαδήποτε επιχειρηματολογία όμως δεν κατόρθωσε να αποδυναμώσει την ωφελιμότητα του θεσμού. Έτσι παράλληλα με το δικαστή, τον ανεξάρτητο από τη νομοθετική και εκτελεστική εξουσία, καθιερώθηκε παντού, σχεδόν ομοιόμορφα, και ο εισαγγελέας ως όργανο κι' αυτός της τρίτης λειτουργίας, δηλαδή της δικαιοσύνης, θεσμός ανεξάρτητος όχι μόνο απο τις λοιπές εξουσίες αλλά και από τον ίδιο το δικαστή. Επιφορτισμένος με το καθήκον να παραστέκεται στο δικαστή για την έκδοση δίκαιης αποφάσεως, άσχετα αν αυτή είναι αθωωτική ή καταδικαστική αποτελεί φρουρό του νόμου (*Wächter des Gesetzes*) από κάθε αυθαίρετη δικαστική κρίση και αυθαίρετη αστυνομική επέμβαση.⁶

Αν όμως δεν αποκλείεται για το δικαστή το ενδεχόμενο μονομερούς ή και εσφαλμένης εκτιμήσεως των πραγμάτων, για τον εισαγγελέα ο κίνδυνος αυτός είναι μεγαλύτερος, αφού ασκώντας την ποινική δίωξη ενδέχεται αυθυποβαλόμενος να ταυτίσει την έκδοση καταδικαστικής αποφάσεως με την ορθή εκπλήρωση του καθήκοντός του.⁷ Έτσι μπορεί να ειπωθεί πως ο εισαγγελέας στην υπόθεση της δικαιοσύνης κατέχει τη μία πλευρά ή αν θέλετε τη δεξιά όχθη του ποταμού.

Για όσους ασχολούνται με την ποινική πρακτική είναι γνωστό ότι σπάνια υπάρχουν υποθέσεις χωρίς αμφισβητήσεις, που οδηγούν σ' αντίθετα εντελώς συμπεράσματα ανάλογα με τη σκοπιά εκτιμήσεως τους. Απο τη μία πλευρά το ίδιο το θετικό δίκαιο, που επειδή δεν έχει πάντοτε αυστηρά ξεκαθαρισμένες έννοιες και αξίες, υπόκειται ερμηνευτικά σε διαφορετικές και συχνά αντικρουόμενες απόψεις, κι από την άλλη τα πραγματικά περιστατικά που δίνουν αφορμή για ποικίλες αμφισβητήσεις.

4. Βλ. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, Aufl. 3, σ. 73, *Ανδρουλάκη*, Ποινικόν δίκαιον, γεν. μέρος, σ. 43 επ., *Κ Κωνσταντινίδη*, Μορφές εμφανίσεως κλπ, σ. 13.

5. Βλ. *Σταμάτη* οπ. σ. 613.

6. K. Gössel, *Stafverfahrensrecht*, 1977, A, σ. 39, *Σταμάτη*, οπ. σ. 620 *Κανίνα*, ο σκοπός της αγορεύσεως του Εισαγγελέως, *Ποιν. Χρον.* 1964, σ. 618 επ.

7. Βλ. *Φιλιππίδη*, *Εγχειρίδιον δικαστικής ψυχολογίας*, τεύχος Α' 1979, σ. 160 επ.

Ενόψει των δυσχερειών αυτών η ιδέα της δικαιοσύνης επέβαλε την προστασία και περιφρούρηση των δικαιωμάτων και της άλλης πλευράς. Μόνος και αβοήθητος ο κατηγορούμενος, χωρίς νομικό παραστάτη θα ήταν δύσκολο, αν όχι αδύνατο να αντιμετωπίσει την πανίσχυρη κατηγορία. Νομίζω συνεπώς και εγώ πως αυτή είναι η ιστορική, ηθική και νομική δικαιολόγηση της υπάρξεως του θεσμού της Υπερασπίσεως.⁸ Δεν αντέχω στον πειρασμό στο σημείο αυτό να μην επαναλάβω αυτό που ανά φέρεται σε παλιά απομνημονεύματα για τους δικηγόρους του Παρισιού: «Μέσα στην κοινωνία δεν πρέπει να υπάρχει αδύναμη και χωρίς προστασία ανθρώπινη ύπαρξη. Δεν πρέπει να υπάρχει παραγκωνισμένο δίκαιο ή παραβιασμένη ελευθερία, που να μη μπορεί να καλέσει σε βοήθεια ένα δικηγόρο. Απο την άλλη μεριά πρέπει ένας δικηγόρος να είναι έτοιμος πάντοτε για να αναλάβει μ' όλη του τη δύναμη την υπεράσπιση του διωκόμενου πολίτη». Έτσι στην υπόθεση της δικαιοσύνης ο συνήγορος υπερασπίσεως αποτελεί την άλλη πλευρά ή αν θέλετε την αριστερή όχθη του ποταμού.

Ανάμεσα στις δύο όχθες κυλάει και διαμορφώνεται ελεύθερη η συνείδηση του δικαστή. Ανεξάρτητος απο κάθε εξουσία και επιφορτισμένος από την κοινωνική ολότητα να έχει τον τελευταίο και πιο αποφασιστικό ρόλο στην υπόθεση της δικαιοσύνης αποφαινεται για το δίκαιο ή το άδικο, την αθωότητα ή την ενοχή του κατηγορουμένου.

Έτσι όπως σωστά λέγεται⁹, η ποινική δίκη διεξάγεται σ' ένα πνευματικό επίπεδο με μια τριχορδία οργάνων, στα οποία έχουν ανατεθεί ρόλοι διαφορετικού πνευματικού περιεχομένου και μόνο η σύνθεσή τους καθιστά ηθικά δυνατή την απονομή της δικαιοσύνης.

Οι συνήθεις χαρακτηρισμοί για την ποινική δίκη είναι ότι αποτελεί αυτή αγώνα, σύγκρουση, αναμέτρηση, μονομαχία, μάχη ανάμεσα στην κατηγορία και την υπεράσπιση.¹⁰ Κατά κανόνα οι χαρακτηρισμοί ανταποκρίνονται στα πράγματα. Όσοι υποστηρίζουν πως η ποινική δίκη αποτελεί μια τριμερή συμμαχία με κοινό στόχο την ανεύρεση της αντικειμενικής αλήθειας φοβούμαι ότι βρίσκονται σε αιθέριες σφαίρες¹¹ και

8. Βλ. *Μαγκάκη*, Το ηθικόν πρόβλημα της υπερασπίσεως, Ποιν Χρον. 1965, σ. 257 επ.

9. Βλ. *Μαγκάκη*, οπ. σ. 265.

10. Βλ. *Μαγκάκη*, οπ. σελ. 265, *Α. Τσουκαλά*, Ένας δικηγόρος εξομολογείται, σ. 213 επ.

11. Βλ. και *Φιλιππίδη*, οπ. σ. 159 επ.

έχουν ανάγκη προσγειώσεως στην πραγματικότητα. Η έννοια της αλήθειας, πέρα από το να εμφανίζεται ως κάτι το προφανές, είναι πάντοτε μια έννοια σχετική. Ο καθένας την αξιολογεί και αντιλαμβάνεται απο την σκοπιά του. Και επειδή αλήθεια για τη δικαιοσύνη είναι μόνο εκείνη που αποδεικνύεται, η ποινική δίκη εξελίσσεται μοιραία σε σύγκρουση, σε μάχη ανάμεσα στην κατηγορία και την υπεράσπιση αφού η κάθε πλευρά μάχεται για να πείσει το δικαστή για τη δική της άποψη για τη δική της αλήθεια. Προετοιμασία για τη μάχη λοιπόν το στάδιο της ανακρίσεως, έναρξη εχθροπραξιών η διαδικασία στο ακροατήριο και το τελικό στάδιο, το στάδιο των αγορεύσεων μάχη «εκ του συστάδην».

Στην σύγκρουση αυτή από την οποία πηγάζει η «σπίθα της δικαιοσύνης» πρέπει να κυριαρχεί η αρχή της «ισότητας των όπλων». Αν η αρχή αυτή επικρατεί μπορεί να ελπίζει κανείς πως η ζυγαριά της δικαιοσύνης θα κλίνει προς την πλευρά του «ορθού και του δικαίου», αν όχι υπάρχει κίνδυνος η πλάστιγγα να γείρει προς τη μεριά του ισχυρότερου. Αν περισσότερα όπλα για την υπεράσπιση σημαίνει υπόθαλψη της ασυδοσίας, πανίσχυρη κατηγορία σημαίνει κίνδυνο αυθαιρεσίας και καταπιέσεως.

Είναι όμως δυνατό να γίνεται λόγος για εξισορρόπηση ανάμεσα σε ανόμοιες δυνάμεις; Το πρόβλημα δηλαδή εδώ είναι αν μπορεί να βοηθεί η αρχή της «ισότητας των όπλων» στην περιοχή του ηπειρωτικού ευρωπαϊκού ποινικοδικονομικού δικαίου, στα πλαίσια της «κατηγορητικής δίκης», ενόψει των διαφορετικών διαδικαστικών ρόλων, που ο νομοθέτης ανέθεσε στον εισαγγελέα και την υπεράσπιση. Η απάντηση είναι καταφατική με την έννοια ότι η αρχή της «ισότητας των όπλων» σημαίνει τη μη ανατροπή της ισορροπίας που υπάρχει στα δικαιώματα του κατηγορουμένου σε σχέση με κείνα του εισαγγελέα, κατά την πορεία μιας ποινικής υποθέσεως.¹²

Παρά τις αντιρρήσεις που μπορεί να εκφέρει κανείς για ορισμένες ρυθμίσεις στον ελληνικό κώδικα ποινικής δικονομίας, θα ήταν δύσκολο να αμφισβητηθεί η φιλελεύθερη και δημοκρατική δομή του. Ως φιλελεύθερο λοιπόν νομοθέτημα δεν ήταν δυνατό να αγνοήσει την αρχή της «ισότητας των όπλων», που ενώ δεν εισάγεται ως ειδικότερη, ρητά διατυπωμένη αρχή, προκύπτει ξεκάθαρα από τις επιμέρους σχετικές διατάξεις και το όλο πνεύμα του Κώδικα.¹³

12. Βλ. Σταμάτη, *οπ. σ.* 620.

13. Άρθρα: 16 (τόσο ο Εισαγγελέας όσο και ο κατηγορούμενος έχουν το δικαίωμα να προτείνουν την εξαίρεση δικαστή ή δικαστών) 96-108 (δικαιώματα των διαδίκων), 183—208. (πραγματογνώμονες και τεχνικοί σύμβουλοι), 270 (η

Στις ποινικές υποθέσεις ο ψυχολογικός παράγοντας είναι κατά κανόνα με το μέρος της κατηγορίας. Η ίδια η λειτουργική αποστολή του εισαγγελέα, που είναι ταγμένος να υπηρετεί πάντοτε την αλήθεια και την επιβολή της δικαιοσύνης¹⁴, τον απαλάσσει από κάθε υποψία μεροληψίας. Με συμμάχους την πολιτεία και την κοινή γνώμη, που αξιώνουν τη δίωξη και τιμωρία του «εγκληματία» εξασφαλίζει την ηθική συμπαράσταση της κοινωνίας. Πανίσχυρη απο την άποψη αυτή η κατηγορία. Ξεκάθαρα αδύναμη η υπεράσπιση, που πρέπει να παλέψει εναντίον της πάνοπλης κατηγορίας, ακόμη και εναντίον της ίδιας της κοινωνίας, που σπεύδει να εκδόσει πολλές φορές την απόφασή της «ερήμην» της δικαιοσύνης. Ακόμα και η μονόπλευρη λειτουργική αποστολή της υπερασπίσεως να ενεργεί ότι κατατείνει στην ανεύρεση της αλήθειας, μόνο εφόσον οδηγεί αυτή στην αθώωση ή την ηπιότερη τιμωρία του κατηγορουμένου, στρέφεται όχι σπάνια εναντίον του. Η φράση «υπεράσπιση είναι ό,τι θέλει λέει» δε λέγεται για τον εισαγγελέα ή τουλάχιστον δεν την άκουσα να λέγεται.

Σαφώς ασθενής λοιπόν η θέση της υπερασπίσεως έναντι της κατηγορίας. Κατά συνέπεια το πνεύμα της αρχής της «ισότητας των όπλων» επέβαλε την καθιέρωση θεσμών για την προστασία της αδύναμης πλευράς. Έτσι το βάρος της αποδείξεως έχει κατά το νόμο μόνη η κατηγορία¹⁵ και το σπουδαιότερο για την υπεράσπιση οι τυχόν αμφιβολίες ερμηνεύονται πάντοτε υπέρ του κατηγορουμένου¹⁶. Εξάλλου επειδή η ποινική δίκη, αποτελεί μάχη ιδιότυπη, υπάρχει πάντα η ελπίδα για την υπεράσπιση να πείσει και παρασύρει με το μέρος της την κατηγορία, φαινόμενο όχι και τόσο σπάνιο σήμερα.

Άφθονα τα μέσα που διαθέτει η κατηγορία για να εκπληρώσει την αποστολή της, σε όλα τα στάδια μιας ποινικής υποθέσεως. Κατά το στάδιο της προδικασίας ο εισαγγελέας έχει

ανάκριση τελειώνει μόνο με απολογία του κατηγορουμένου με εξαίρεση την περίπτωση που δεν υπάρχουν αποχρώσεις ενδείξεις σε βάρος του, οπότε η ανάκριση περαιώνεται και με απλή κλήση του για απολογία), 275—288 (προϋποθέσεις για την σύλληψη και προσωπική κράτηση - Βλ και Ν. 1128/81 —Ε. Ζηκοπούλου συμπλήρωμα Κ.Π.Δ.), 310 (Το συμβούλιο αποφαινεται να μην γίνει κατηγορία, όταν δεν υπάρχουν αποχρώσεις ενδείξεις κλπ), 326 (γνωστοποίηση μαρτύρων), 327 (κλητευτέοι μάρτυρες) 329, (αρχή της δημοσιότητας) 333—334 (γενική διεύθυνση της διαδικασίας ανάκληση «σε τάξη»), 340—341 (εμφάνιση του κατηγορουμένου αίτηση ακυρώσεως της διαδικασίας), 462 (ένδικο μέσα), 525—526 (επανάληψη της διαδικασίας) και άλλες διατάξεις.

14. Βλ. *Κανίνα*, οπ. σ. 618.

15. Βλ., αντί για πολλούς, *Ζησιάδη*. Ποιν. δικονομία, εκδ. Γ. τομ Β', σ. 14 επ.

16. Βλ. *Χωραφά*. Ποινικόν δίκαιον, εκδ. 9, σ. 33.

την εποπτεία της ανακρίσεως¹⁷ (όπου γίνεται λόγος για ανάκριση νοείται και η προανάκριση), τη δυνατότητα άμεσης επαφής με τη δικογραφία και κατά συνέπεια την πλήρη άνεση να ενημερώνεται με τα στοιχεία της. Η ευχέρεια αυτή σε συνδυασμό με την υποχρέωση του ανακριτή να εκτελεί τις παραγγελίες του εισαγγελέα, αφού μπορεί να διαφωνεί μόνο ως προς την νομιμότητα και όχι για τη σκοπιμότητα της ανακρίσεως¹⁸, εξασφαλίζει στην κατηγορία τη δυνατότητα ελιγμών κατά την έρευνα της σχετικής κάθε φορά υποθέσεως.

Το πνεύμα της «ισότητας των όπλων» δεν επέτρεψε όμως και εδώ το προβάδισμα στην κατηγορία. Η προστασία και περιφρούρηση απο την ίδια την πολιτεία του δικαιώματος του κατηγορουμένου να υπεραμύνεται για το δίκαιό του και να αγωνίζεται για τα συμφέροντά του δεν αποτελεί απλώς στοιχειώδη κανόνα ηθικής τάξεως, αλλά υπαγορεύεται και από την ιδέα της δικαιοσύνης, αφού μόνο μ' αυτό τον τρόπο εξασφαλίζεται η κατά το δυνατό αντικειμενική έρευνά της αλήθειας. Έτσι ο νομοθέτης έδωσε και στην άλλη πλευρά, τον κατηγορούμενο, τη δυνατότητα να παρακολουθεί ο ίδιος ή με το συνήγορό του την πορεία της προδικασίας να προτείνει τα μέσα υπερασπίσεώς του¹⁹ να εξαναγκάζει σε επέμβαση το δικαστικό συμβούλιο, διαφωνώντας με τον εισαγγελέα²⁰ και τέλος να πληροφορείται για όλα τα στοιχεία της δικογραφίας προτού να απολογηθεί.²¹

Μετά την προανάκριση ακολουθεί η αξιολόγηση από τον εισαγγελέα του υλικού που συγκεντρώθηκε. Αν οι ενδείξεις που υπάρχουν είναι αποχρώσες, ο κατηγορούμενος θα παραπεμφθεί στο ακροατήριο. Η παραπομπή γίνεται με απευθείας κλήση όταν πρόκειται για πλημμέλημα και αποφασίζεται από τον εισαγγελέα πλημμελειοδικών,²² εκτός αν αφορά πρόσωπα που υπάγονται σε ειδική δωσιδικία,²³ οπότε για την παραπομπή τους αποφαινεται ο εισαγγελέας εφετών. Με απευθείας κλήση γίνεται και για ορισμένα κακουργήματα, μετά όμως από σύμφωνη γνώμη του προέδρου και εισαγγελέα εφετών.²⁴ Τέλος για άλλα κακουργή-

17. Ο εισαγγελέας εφετών (άρθρο 35Κ.Π.Δ.) και ο εισαγγελέας πρωτοδικών (άρθρο 243επ. Κ.Π.Δ.)

18. Άρθρο 247 Κ.Π.Δ.

19. Άρθρο 327 §§ 2,3 Κ.Π.Δ.

20. Άρθρο 307 περίπ. γ' ΚΠΔ.

21. Άρθρο 101ΚΠΔ.

22. Άρθρο 245 ΚΠΔ.

23. Άρθρο 111 § 7, όπως διαμορφώθηκε με το άρθρο 7 του νόμου 1272/82.

24. Άρθρα 20—21 του Ν. 663/1977.

ματα η παραπομπή αποφασίζεται απο το συμβούλιο πλημμελειοδικών μετά από πρόταση του εισαγγελέα.²⁵

Στο μεταβατικό αυτό στάδιο, από την προδικασία για τη διαδικασία στο ακροατήριο, μπορεί να ειπωθεί οτι δε λειτουργεί πάντοτε η αρχή της «ισότητας των όπλων». Τα όπλα του κατηγορουμένου να αμφισβητήσει την ορθότητα της παραπομπής του στο ακροατήριο είναι άλλοτε ανύπαρκτα και άλλοτε περιορισμένα. Πράγματι η υπεράσπιση δε διαθέτει κανένα δικονομικό μέσο να αμυνθεί σε περίπτωση παραπομπής του κατηγορουμένου με απευθείας κλήση ενώπιον του μονομελούς πλημ/κείου και του πταισματοδικείου. Το ίδιο ισχύει και για τις περιπτώσεις, που ο κατηγορούμενος, με σύμφωνη γνώμη του προέδρου και εισαγγελέα εφετών, παραπέμπεται στο πενταμελές εφετείο για να δικάσθει για ορισμένα κακουργήματα.²⁶ Εδώ θα μπορούσε ίσως να ειπωθεί, πως η σύμπτωση των βουλήσεων δύο έμπειρων δικαστικών λειτουργών δικαιολογεί τη στέρηση από τον κατηγορούμενο δικονομικών όπλων να διαμαρτυρηθεί κατά της παραπομπής του. Αντίθετα ο κατηγορούμενος δικαιούται να προσφύγει ενώπιον του εισαγγελέα εφετών, όταν παραπέμπεται με απευθείας κλήση ενώπιον του τρ/λούς πλημμελειοδικείου.²⁷ Η δυνατότητα όμως αυτή δεν αποτελεί νομίζω ικανοποιητική έκφραση της αρχής της «ισότητας των όπλων». Πράγματι παρόλο που η προσφυγή δεν κρίνεται από τον φορέα της εισαγγελικής αρχής, που άσκησε την ποινική δίωξη και διαμόρφωσε τη δικογραφία, αλλά από ιεραρχικά ανώτερο λειτουργό, δεν παύει εντούτοις και το νέο όργανο να ανήκει στην κατηγορία. Τα πράγματα για τα πρόσωπα που υπάγονται στην ειδική δωσιδικία είναι περισσότερο ικανοποιητικά. Αν ένα παρόμοιο πρόσωπο προσφύγει κατά της απευθείας κλήσεώς του στο ακροατήριο, η προσφυγή του θα κριθεί από το συμβούλιο εφετών.²⁸ Τέλος όπου η παραπομπή στο ακροατήριο περιβάλλεται από τη δικαστική κρίση, γίνεται δηλαδή από δικαστικό συμβούλιο, ο κατηγορούμενος μπορεί να αμυνθεί με τα ένδικα μέσα που του παρέχει ο Κ.Π.Δ. Εδώ όμως πρέπει να παρατηρηθεί ότι σε ένδικα μέσα δεν υπόκειται κάθε παραπεμπτικό βούλευμα, αλλά μόνο όσα παραπέμπουν για έγκλημα, που απειλείται με

25. Άρθρο 308 § 1 ΚΠΔ.

26. Έτσι στις περιπτώσεις των κακουργημάτων του εμπρησμού δασών (άρθρα 264, 265 ΠΚ), του άρθρου 13 του Ν 495/1976 «Περί όπλων και εκρηκτικών κλπ.», των άρθρων 3—4 του Ν.Δ. 743/1970 «περί ναρκωτικών» κλπ.

27. Άρθρο 322 ΚΠΔ εκτός από τις περιπτώσεις των πλημμελημάτων που τελούνται με τον τύπο (άρθρο 46 § 2 του Α.Ν. 5060/1931 «περί τύπου»)

28. Βλ. Α.Π. 368/1962, Ποιν χρον 1963, σ. 90.

φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους.²⁹

Στο ακροατήριο οι δύο αντιμαχόμενες πλευρές παίρνουν τη θέση τους. Πάνω στην έδρα, μαζί με τους δικαστές, κάθεται ο εισαγγελέας στη δική του έδρα, αλλά χαμηλότερα βρίσκεται ο συνήγορος υπερασπίσεως. Η θέση των δύο οργάνων τονίζει το διαφορετικό διαδικαστικό ρόλο του καθένα. Αντικειμενικός κριτής είναι ο πρώτος υπερασπιστής των συμφερόντων του πελάτη του ο δεύτερος. Το συμπέρασμα είναι ξεκάθαρο: οι εντυπώσεις γέρνουν στην πλευρά της κατηγορίας.

Σε κάθε ποινική υπόθεση το ιερότερο πρόσωπο δεν είναι ούτε ο δικαστής ούτε και ο εκπρόσωπος της κατηγορίας· είναι ο ίδιος ο κατηγορούμενος. Ανάμεσα στους δικαστές και στο ακροατήριο η θέση του είναι τραγική. Σοβαροί και ανέκφραστοι κατά κανόνα οι κριτές του, ενδέχεται με μια λέξη τους να τον στερήσουν από πολύτιμα για τον άνθρωπο αγαθά. Σκληρό και ανελέητο μερικές φορές το ακροατήριο δεν αποκλείεται να τον αποδοκιμάσει και να τον χλευάσει. Βέβαια αυτός θα υποστεί τις συνέπειες της πράξεώς του. Δεν αποκλείεται καθόλου όμως να υποστεί και τις συνέπειες μια λαθεμένης ή ιδιαίτερα αυστηρής δικαστικής κρίσεως.

Το πνεύμα της «ισότητας των όπλων» παρέχει στον κατηγορούμενο εγγυήσεις για αντικειμενικότητα και αμεροληψία. Έτσι ο νόμος δίνει στον κατηγορούμενο το δικαίωμα να προτείνει μάρτυρες ακόμη και στο ακροατήριο πριν από την έναρξη της αποδεικτικής διαδικασίας³⁰, ενώ οι κατηγοροί του είναι υποχρεωμένοι να γνωστοποιήσουν σ' αυτόν κατάλογο μαρτύρων.³¹ Ακόμη το δικαίωμα που παρέχει ο νόμος στον κατηγορούμενο να υποβάλλει τελευταίος ερωτήσεις και να απολογείται τελευταίος, καθώς και το δικαίωμα του συνηγόρου του να αγορεύει τελευταίος και να δευτερολογεί, όταν το ίδιο κάνει και ο εισαγγελέας, αποτελεί κατά κάποιο τρόπο το αντίδοτο για την πλεονεκτική θέση της κατηγορίας. Εξάλλου το πνεύμα της «ισότητας των όπλων» διέπει και τις διευθυντικές εξουσίες, που έχει ο πρόεδρος του δικαστηρίου κατά τη διεξαγωγή της δίκης. Πράγματι αυτός δίνει την άδεια σ' όλους τους παράγοντες της δίκης να υποβάλλουν ερωτήσεις και να προβαίνουν σε αιτήσεις δηλώσεις και ενστάσεις για κάθε θέμα που αφορά την υπόθεση. Τέλος ο πρόεδρος δικαιούται να

29. Άρθρα 478 § 1 ΚΠΔ (έφεση). Το ένδικο μέσο της αναιρέσεως ο κατηγορούμενος δικαιούται να ασκήσει, όταν παραπέμπεται μόνο για κακούργημα (άρθρο 482 § 1 Α. περιπ. α' ΚΠΔ).

30. Όπως προκύπτει από τις διατάξεις των άρθρων 326 § 1 και 333 § 2 ΚΠΔ Ζησιάδη, οπ., σ. 58 επ.

31. Άρθρο 326§ 1 ΚΠΔ.

διακόπτει τους διαδίκους και τον εισαγγελέα, όταν ξεφεύγουν από το θέμα, να ανακαλεί σε τάξη τους συνηγόρους, όταν χρησιμοποιούν απρεπείς εκφράσεις ή διεξάγουν προσωπικές επιθέσεις και να υποδεικνύει στον εισαγγελέα το άτοπο παρόμοιας συμπεριφοράς του.³²

Για εξισορρόπηση δυνάμεων μπορεί να γίνει λόγος και μετά την καταδίκη ή την αθώωση του κατηγορουμένου. Ο νόμος δίνει δικονομικά όπλα και στις δύο πλευρές, όπλα ισοδύναμα περίπου, που επεκτείνονται μάλιστα και μετά το αμετάκλητο της σχετικής αποφάσεως με τον θεσμό της επαναλήψεως της διαδικασίας³³.

Από την ανάπτυξη του θέματος φάνηκε νομίζω ότι, παρά τις κάποιες ρωγμές που υπάρχουν στην αρχή της «ισότητας των όπλων», που οφείλονται στην πληθώρα των ποινικών υποθέσεων³⁴ και την επιθυμία για γρήγορη απονομή της ποινικής δικαιοσύνης, ο νομοθέτης συνέλαβε και αντιμετώπισε το πρόβλημα με ορθό κατά κανόνα τρόπο. Η ευθύνη πια μεταφέρεται στους ώμους του εφαρμοστή του δικαίου. Αν αυτός ενστερνισθεί το πνεύμα της αρχής της «ισότητας των όπλων» η αρχή αυτή θα λειτουργήσει για το συμφέρον της δικαιοσύνης. Ειπώθηκε κιόλας στην αρχή πως οι καλοί νόμοι για να εκπληρώσουν την αποστολή τους χρειάζονται καλούς δικαστικούς λειτουργούς.-

32. Άρθρα 333-334 ΚΠΔ.

33. Άρθρα 525—526 ΚΠΔ.

34. Βλ. *Φιλίππιδη*, Εθνεγερσία, σ. 41, *Μανωλεδάκη*, Πόλη και εγκληματικότητα, γενικές εισηγήσεις στο δέκατο συνέδριο Κοινωνικής Άμυνας στη Θεσ/νίκη (28—9 ως 2—10—81), σ. 49 επ. *Κωνσταντινίδη*, Μορφές εμφανίσεως κλπ. σ. 43.—

*Ποινική υπεράσπιση και
δικαίωμα για ακρόαση*

*- Συνταγματικές παρατηρήσεις στο
δικαίωμα για υποβολή αιτήματος
διεξαγωγής αποδείξεων-*

1. Το ότι υπάρχει κάποια σχέση¹ μεταξύ του δικαιώματος να υπερασπίζεται κανείς τον εαυτό του κατά της απόδοσης ευθύνης για τη διάπραξη μιας αξιόποινης πράξης από τη μια μεριά και της αξίωσης για έννομη ακρόαση, η οποία είναι συνταγματικά κατοχυρωμένη στο άρθρο 103 παρ. 1 GG, γίνεται φανερό, όταν κανείς αναλογιστεί, ότι το δικαίωμα για ακρόαση-όπως παρατήρησε και το ομοσπονδιακό συνταγματικό δικαστήριο στην από 9 Ιουλίου 1980² απόφασή του-δεν εξυπηρετεί μόνο τη διευκρίνηση της πραγματικής βάσης μιας δικαστικής απόφασης, αλλά πέρα απ' αυτή και το σεβασμό της αξίας του ανθρ-

1. Για τη λειτουργία της ποινικής υπεράσπισης: LÜDERSEN, Frankfurter Hefte 1981, σελ. 49 επ.

2. BVerfGE 55, 1 (5f.)· επίσης RIESS, RJA-FS 1977, 373 επ (383-414).

ρώπου: η τελευταία επιβάλλει σε μια τέτοια δύσκολη κατάσταση όπως είναι μια (ποινική) δίκη, να του δίνεται η δυνατότητα να προβάλλει νομικά και πραγματικά επιχειρήματα. Πόσο εξέχουσα σημασία δίνεται στην αξίωση για έννομη ακρόαση σε σφαιρικό συνδυασμό με τις δικαστικές διαδικασίες του κράτους δικαίου, μπορεί να διαφωτίσει ίσως το γεγονός, ότι κατά νεότερες έρευνες² σχεδόν 75% όλων των συνταγματικών προσφυγών που κατατίθενται αυτό τον καιρό στο ομοσπονδιακό συνταγματικό δικαστήριο - πέρα από την προβολή άλλων συνταγματικών δικαιωμάτων - διαμαρτύρονται για την προσβολή του άρθρου 103 παρ. 1 GG. Η εκτίμηση του «διαδικαστικού συνταγματικού δικαιώματος» για ακρόαση, που προβάλλει εδώ καθαρά, δεν αποδυναμώνεται από το ότι ο αριθμός των προσφυγών στις οποίες αυτή η αιτίαση είχε επιτυχία, είναι σχετικά μικρός. Δεδομένου ότι οι κατά την έναρξη ισχύος του συντάγματος ήδη ισχύοντες δικονομικοί κώδικες προέβλεπαν σε μια πληθώρα διατάξεων ένα δικαίωμα έκφρασης γνώμης των εκάστοτε μερών της διαδικασίας³, φαίνεται δικαιολογημένο, να θέσει κανείς το ερώτημα, τι μπορεί να έχει κινήσει την κοινοβουλευτική επιτροπή, να ανυψώσει σε επίπεδο μιας συνταγματικής διάταξης την αρχή της έννομης ακρόασης, που δεν είναι για την ποινική δίκη επίσης στην ουσία νέα, και ποιά συμπεράσματα πρέπει να εξαχθούν από το γεγονός αυτό σχετικά με την αξία της θέσης και την ακτίνα δράσης της αξίωσης αυτής. Στην επακολουθούσα ανάπτυξη επιθυμώ να εξετάσω το ερώτημα αυτό με βάση το σχέδιο της εισηγητικής επιτροπής για ένα μεταρρυθμιστικό της ποινικής διαδικασίας νόμο του 1983 - αποκαλούμενο στο εξής: RE ή StVÄG-RE -, αλλά εξαιτίας του περιορισμένου χρόνου που βρίσκεται στη διάθεσή μου, θα περιοριστώ στη σχέση μεταξύ του δικαιώματος για ακρόαση και του δικαιώματος για υποβολή αιτήματος διεξαγωγής αποδείξεων.

2. Για να μπορέσει κανείς να εκτιμήσει σωστά το σχέδιο της εισηγητικής επιτροπής για το μεταρρυθμιστικό νόμο της ποινικής διαδικασίας, θα ήταν σκόπιμο, να φέρει στη μνήμη του την προϊστορία του: Τον Οκτώβριο του 1981 ενέκριναν οι υπουργοί και γερουσιαστές δικαιοσύνης της Ομοσπονδίας και των ομοσπονδιακών κρατιδίων στην 52 σύνοδό τους στην Celle

2α. HÜBSCH, DRiZ 80, 140 επ.

3. Σχετικά με περισσότερες λεπτομέρειες RÜPING, Hinrich, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, Bepolivo 1976, σελ. 48 επ., 82 επ.

4. RÜPING, Hinrich, ο.α.π., σελ. 13-84.

έναν εκτεταμένο κατάλογο μέτρων μεταξύ άλλων για την αποσυμφόρηση των εισαγγελικών αρχών και των ποινικών δικαστηρίων⁵: κεντρικά σημεία των προτιθέμενων μεταρρυθμίσεων της ποινικής δικονομίας ήταν κατ' αρχή η «χαλάρωση» της επιταγής για αμεσότητα της διεξαγωγής των αποδείξεων στη διαδικασία του ειρηνοδικείου^{6,7}, κατά δεύτερο εκτεταμένοι περιορισμοί των δικαιωμάτων που αφορούσαν την υποβολή αιτημάτων, την αιτιολόγηση θέσεων, την υποβολή ερωτήσεων και την παροχή εξηγήσεων (§§ 238 παρ. 1, 241, 257 StPO)⁸ και τελικά η πρόθεση σύμφωνα πάντως με μια πρόταση των ομοσπονδιακών κρατιδίων της Βαυαρίας και του Βερολίνου⁹, τα οποία σχετικά μ' αυτό το θέμα μπορούσαν να στηριχτούν στην OWiG-RE του έτους 1980¹⁰ - να περικόψουν σε βάρος του το δικαίωμα του κατηγορουμένου για αίτημα διεξαγωγής αποδείξεων: επρόκειτο επίσης να διευρυνθεί η δυνατότητα της απόκρουσης αιτημάτων για διεξαγωγή αποδείξεων εξαιτίας πρόθεσης για παρέλκυση της δίκης και να δοθεί επίσης η δυνατότητα, κατά το πρότυπο των §§ 296, 528 ZPO, να αποκρούνται αιτήματα για διεξαγωγή αποδείξεων λόγω καθυστερημένης υποβολής.

Φανερά δηλωμένος σκοπός αυτών των μεταρρυθμιστικών προτάσεων, οι οποίες χαρακτηρίστηκαν στους δικηγορικούς κύκλους ως «τρομοκρατική λίστα»¹¹, ήταν να ελαττώσουν¹² το φόρτο εργασίας των εισαγγελικών αρχών και των ποινικών δικαστηρίων¹², «για να εξασφαλιστεί τουλάχιστον ένα ελάχιστο μέτρο δικαιοσύνης προστασίας σε ποινικές διαδικασίες»¹³. Αφετηρία των σκέψεων υπήρξε το ότι η αποφασιστική παράμετρος για την ποσοτική σχέση μεταξύ των διαδικασιών που αρχίζουν και εκείνων που διεκπεραιώνονται, δηλαδή το δυναμικό του προσωπικού της ποινικής δικαιοδοσίας, δεν

5. Με λεπτομερειακή πιστοποίηση στο StrafVert 82, 325 325 επ.

6. Strafvert 82, 325 αριθμ. 11.

7. Κατά τις BVerfGE 1, 418(429): 57, 250(257 επ) η αρχή της αμεσότητας των αποδείξεων δεν εξασφαλίζεται συνταγματικά από το άρθρο 103 παρ. 1 GG.

8. StrafVert 82, 325(330, αριθμ. 10)

9. StrafVert 82, 325(331, αριθμ. 11)

10. §§ 77, 77a OWiG-RE

11. Σχετικά με την κριτική των μεταρρυθμιστικών προτάσεων '82 από τους δικηγόρους βλ.: StrafVert 82, 301 επ., 392 επ. Η γερμανική ένωση δικαστών αντίθετα εκφράστηκε - κατά τρόπο χαρακτηριστικό - ομόφωνα θετικά: σύγκρισε: Referate und Protokolle der Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes vom 3-7.5.1982: Presseerklärung Nr. 4 des Deutschen Richterbundes.

12. Σχετικά με περισσότερες λεπτομέρειες: RIESS DRiZ 82, 201 επ· COEPPICUS, DRiZ 82, 366 επ· GÖHLER, DRiZ 83, 105 επ.

12a. Σχετικά ήδη: GÖSSEL, GA 1979, 241 επ.

13. Σχετικά με περισσότερες λεπτομέρειες: BÖTTCHER, DRiZ 83, 127 επ.

μπορούσε να μεταβληθεί αποφασιστικά με αύξηση του αριθμού του εξαιτίας της οικονομικής κατάστασης του Δημοσίου¹⁴, έτσι ώστε να φαίνεται τελικά ότι τα συνολικά έξοδα της ποινικής δικαιοσύνης μπορούν να ελαττωθούν μόνο με τον περιορισμό του χρονικού κόστους, που μετριέται σε ανθρώπινες ώρες εργασίας για κάθε διαδικασία. Αν κανείς κρίνει αυτή την επιχειρηματολογία από την «άποψη της χρονικής εξοικονόμησης», τότε προκύπτει κατ' αρχή, ότι οι αιτίες για τη διάρκεια των ποινικών δικών και την εργασιακή επιβάρυνση του δικαστικού και μη δικαστικού προσωπικού της δικαιοσύνης που συνδέεται μ' αυτήν είναι κατά μεγάλο μέρος άγνωστες· εκτός από μια εξαίρεση¹⁵ δεν υπάρχει καμία έρευνα νομικών δεδομένων σχετικά με την χρονική οικονομία της ποινικής δίκης.¹⁶ Συνακόλουθα η υπόθεση, ότι ο φόρτος εργασίας της ποινικής δικαιοδοσίας προκύπτει κατά πρώτο λόγο από μια χρησιμοποίηση δικαιωμάτων από μεριάς του κατηγορουμένου ή του συνηγόρου του, η οποία είναι υπερβολική και δυσανάλογη προς τη λειτουργία τους, δεν μπορεί σε καμιά περίπτωση να θεμελιωθεί με επιχειρήματα, τα οποία θα ανταποκρίνονταν στην αξίωση για επιστημονικότητα¹⁷· σε τέτοιου είδους επιχειρήματα αρμόζει το πολύ ο χαρακτηρισμός «ενοράσεις της καθημερινής εμπειρίας»¹⁸, και αυτό φαίνεται καθαρά από το ότι η σχέση των κύριων στόχων της μεταρρύθμισης της ποινικής δίκης από το 1970 - δηλαδή της επιτάχυνσης, της αυστηρότητας και απλοποίησης της διαδικασίας, της απόκρουσης της κατάχρησης διαδικαστικών θεσμών, της εξασφάλισης λειτουργικότητας

14. Σχετικά μ' αυτό ομιλεί ο WERLE (ZRP 83, 197) σωστά για μια μεταρρύθμιση της ποινικής διαδικασίας κάτω από την «υπαγόρευση άδειων ταμείων».

15. RIESS, στο: SARSTEDT-FS 1981, σελ. 253 (284 επ).

16. Σχετικά με την *πολιτική δίκη* βλ. BAUMGÄRTEL-MES, *Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (1 Instanz)*, 2 έκδοση, 1972· BAUMGÄRTEL-HOHMANN, *Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (2 Instanz)* 1972· BLANKENBURG-MORASCH-WOLF *Tatsachen zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit*, Τόμος 1 και 2, 1974· STEINBACH - KNIFFKA, *Strukturen des amtsgerichtlichen Zivilprozesses*, 1982.

Σχετικά με τη *διοικητική δίκη*: UHLE, *Rechtstatsachen zur Dauer des Verwaltungsprozesses*, 1977. Σχετικά με τη διαδικασία *δικών για κοινωνικές ασφαλίσεις*: ROHWER-KAHLMANN, *Rechtstatsachen zur Dauer des sozialgerichtlichen Verfahrens*, 1979.

17. Εξαιτίας των δομικών διαφορών μεταξύ πολιτικής, διοικητικής και κοινωνικο-ασφαλιστικής δικαστικής διαδικασίας από τη μια μεριά και της ποινικής διαδικασίας από την άλλη δεν επιτρέπεται η χωρίς εξέταση μεταφορά των αποτελεσμάτων της έρευνας των δικαιοσύνης δεδομένων, τα οποία αναφέρθηκαν στην υποσημείωση 16.

18. Σχετικά μ' αυτούς τους δύο τύπους διαλογικού τρόπου επιχειρηματολογίας ιδιαίτερα σε νομικές σχέσεις: OPP, *Soziologie im Recht*, 1973, σελ. 3 επ.

της διαδικασίας κλπ¹⁹ - παραμένει σε μεγάλο βαθμό ανεξήγητη²⁰.

3. Ενώ μετά από όλα αυτά οι μεταρρυθμιστικές προτάσεις της συνόδου των υπουργών δικαιοσύνης παρουσιάζουν αδύνατες βάσεις, ήδη εξαιτίας της έλλειψης υποστήριξης από νομικά δεδομένα, οι προτάσεις των ομοσπονδιακών κρατιδίων της Βαυαρίας και του Βερολίνου για την «εξοικονόμηση του δικαιώματος για υποβολή αιτημάτων διεξαγωγής αποδείξεων» προσκρούουν παραπέρα σε σημαντικούς νομικούς ενδοιασμούς, οι οποίοι προκύπτουν εξ ολοκλήρου από το ότι η πραγμάτωση αυτών των προτάσεων θα άλλαζε σημαντικά τη δομή της ποινικής διαδικασίας· ιδιαίτερα ο προταθείς αποκλεισμός αιτημάτων για διεξαγωγή αποδείξεων - ο οποίος βρίσκεται πέρα από τις §§ 77, 77a OWiG-RE και στην § 24 του «διατάγματος για μέτρα στο πεδίο της δικαστικής οργάνωσης και της δικαιοσύνης - διάταγμα απλοποίησης - της 1ης Σεπτεμβρίου 1939» (RGBII 1658) ένα πρότυπο αμφίβολης αξίας²¹ - θα έδινε στο δικαστήριο τη δυνατότητα, να επέμβει στην υπερασπιστική στρατηγική σε μια έκταση που δεν μπορεί να προβλεφθεί²².

Τίθεται βέβαια το ερώτημα, αν στην ποινική δίκη το δικαίωμα του κατηγορουμένου για υποβολή αιτήματος διεξαγωγής αποδείξεων έχει μια αυτοτελή σημασία απέναντι στην υποχρέωση που προκύπτει από την § 244 παρ. 2 StPO για αυτεπάγγελτη διερεύνηση του «πραγματικού συμβάντος».

Οπωσδήποτε θα μπορούσε κανείς να ισχυριστεί, ότι το δικαίωμα για υποβολή αιτήματος διεξαγωγής αποδείξεων είναι περιττό,

19. VOGEL, NJW 78, 1217 επ· WERLE, ZPR 83, 197.

20. Σχετικά με τη σημασία μιάς επιμελούς ανάλυσης των στόχων ως προϋπόθεσης για μια λογική απόφαση σε περίπτωση θέσης πολλαπλών στόχων: WALKER, ZgesStW 126(1968), 193 επ· σύγκρινε επίσης: OBERNDÖRFER-SCHMITZ, στο: Projektgruppe Regierungs-und Verwaltungsreform beim Bundesminister des Inneren, 1. Bericht zur Reform der Struktur von Bundesregierung und Bundesverwaltung-Anlagenband 1968, σελ. 437 επ.

21. Σχετικά με την ποινική υπεράσπιση στο τρίτο Ράιχ: OSTENDORF, StrafVert 83, 120 (122 με παραπέρα σημειώσεις).

22. Η επίσης προταθείσα υποκειμενικοποίηση του λόγου απόρριψης που αφορά την πρόθεση παρέκλυσης της δίκης θα περιόριζε απλά και μόνο την αναρτητική δικαστική έρευνα της απόρριψης ενός αιτήματος για διεξαγωγή απόδειξης που προέκυψε απ' αυτό το λόγο κατά το ότι το ακυρωτικό δικαστήριο δεν θα επιτρεπόταν να υποκαθιστά την αξιολόγηση του δικαστηρίου της ουσίας για τις περιστάσεις που καθορίστηκαν απ' αυτό με τη δική του αξιολόγηση, αλλά θα έπρεπε να περιορίζεται στο να εξετάσει, αν ο δικαστής της ουσίας δημιούργησε την πεποίθησή του με τρόπο νομικά άσφογο και με βάση νομικά άσφογα διακριβωμένα γεγονότα.

Σχετικά με την πρόθεση παρέκλυσης πολύ πρόσφατα: DÜNNEBIER, NSiZ 83, 91 επ· MEYER, JR 83, 91 επ.

επειδή μια αιτηθείσα διεξαγωγή απόδειξης ή θα μπορούσε να είναι εκτός του θέματος της δίκης ή να καλύπτεται ήδη από την υποχρέωση για αυτεπάγγελτη διερεύνηση· έτσι ώστε να μη μπορεί να προκύψει καμία διαφορά πεδίου εφαρμογής μεταξύ της αξίωσης του κατηγορουμένου για διεξαγωγή απόδειξης, που προκύπτει από την αυτεπάγγελτη υποχρέωση διευκρίνησης του πραγματικού από τη μία μεριά και αυτής που προκύπτει από το δικαίωμα για υποβολή αιτήματος διεξαγωγής αποδείξεων από την άλλη²³: δηλαδή ότι το δικαίωμα για υποβολή αιτήματος διεξαγωγής αποδείξεων δεν παρέχει στον κατηγορούμενο περισσότερες δυνατότητες επίδρασης στην εξέλιξη της διαδικασίας απ' ότι η αυτεπάγγελτη υποχρέωση για διερεύνηση²⁴ του πραγματικού. Ακόμη κι' αν κανείς εγκλωπωθεί αυτή τη «θεωρία της ταυτότητας» σχετικά με το αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής²⁵, δεν επιτρέπεται παρ' όλα αυτά να παραβλέψει τη διαφορά σχετικά με τη σημασία της διαδικαστικής τακτικής/υπερασπιστικής στρατηγικής: ενώ το δικαστήριο σε περίπτωση παράλειψης μιας υπηρεσιακής διερεύνησης δε χρειάζεται να δώσει καμιά σχετική εξήγηση, η απόρριψη των αιτημάτων για απόδειξη πρέπει να δικαιολογηθεί (§§ 244 παρ. 6, 34 StPO), και παράλληλα το δικαστήριο είναι υποχρεωμένο, να αξιολογήσει το μέχρι τούδε αποτέλεσμα της διαδικασίας στο ακροατήριο τουλάχιστο κατά ένα μέρος, πράγμα το οποίο πάλι επιτρέπει στην υπεράσπιση να πάρει μια ιδέα της αξιολόγησης που κάνει για τη διαδικασία το δικαστήριο· έτσι θα μπορούσε να στηριχθεί πάνω σ' αυτήν η παραπέρα υπερασπιστική στρατηγική της²⁶, αφού μια απόκλιση απ' αυτήν την αξιολόγηση - έστω κι' αν είναι προσωρινή - θα προκαλούσε μια κατά την § 265 StPO υποχρέωση του δικαστηρίου για ενημέρωση²⁷. Πέρα απ' αυτό - πράγμα το οποίο επίσης δεν επιτρέπεται να παραβλεφθεί - το δικαίωμα υποβολής αιτήματος για διεξαγωγή αποδείξεων είναι το μόνο μέσο, με τη βοήθεια του οποίου ο κατηγορούμενος μπορεί να προσπαθήσει να κλονίσει

23. Έτσι ιδιαίτερα: BELING JW 25, 2782 (2784)· 28, 298· DJZ 31, 843, ZStW 38, 612(621)· MAYER, GerS 104, 302(330).

24. Μια λεπτομερειακή παρουσίαση της σχέσης «αυτεπάγγελτης υποχρέωσης διερεύνησης - δικαιώματος για υποβολή αιτήματος απόδειξης» βρίσκει κανείς στους «ALSBERG-NÜSE-MEYER, Der Beweis Antrag im Strafprozess, 5. έκδοση 1983, σελ. 19 επ.

25. Απορριπτικά: ALSBERG-NÜSE-MEYER, ο.α.π., σελ. 19 επ (29).

26. Σύγκρινε: SCHULZ, GA 81, 301 (308) με παραδείγματα και παραπέρα παραπομπές.

27. Η παράλειψη μιας κατά την §265 StPO απαραίτητης ενημέρωσης αποτελεί διαρκώς και πάντα μια προσβολή της αξίωσης για ακρόαση: BVerfGE 8, 107 (206).

μια δεδομένη πεποίθηση του δικαστηρίου, η οποία οδηγεί σε βάρος του αυτό με την προϋπόθεση, ότι κατορθώνει να διατυπώσει εκείνες τις περιστάσεις, οι οποίες πρόκειται να επιφέρουν τον κλονισμό της πεποίθησης, ως θέμα απόδειξης²⁸. Μ' αυτό τον τρόπο μπορεί να διευρυνθεί το πραγματικό υλικό που εξετάζεται σε μια ποινική διαδικασία πέρα από τα πλαίσια του θέματος, το οποίο αφορά η απόδειξη, επειδή το δικαίωμα του κατηγορουμένου και του συνηγόρου του για υποβολή ερωτήσεων δεν περιορίζεται στο θέμα των αποδείξεων^{29,30}.

4. Εξαιτίας αυτής της στενής σχέσης μεταξύ του δικαιώματος υποβολής αιτήματος για διεξαγωγή αποδείξεων και του δικαιώματος για υποβολή ερωτήσεων³¹ αντιμετωπίζουν και οι αρχικά σχεδιασθείσες μεταρρυθμίσεις της §241 StPO³², οι οποίες αφορούσαν τη διεύρυνση της δυνατότητας για αφαίρεση του λόγου, σημαντικούς ενδοιασμούς: και αυτό γιατί μια και από το δικαίωμα για ακρόαση προκύπτει ένα συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα για υποβολή αιτημάτων απόδειξης³³, τα οποία κατά συνέπεια πρέπει να ληφθούν υπόψη, μια περικοπή του δικαιώματος για υποβολή ερωτημάτων θα αποτελούσε σε κάθε περίπτωση επέμβαση στο πεδίο της αρχής του άρθρ. 103 παρ. 1 GG κατά το ότι η αξίωση για διεξαγωγή αποδείξεων στην ποινική δίκη - σε αντιδιαστολή με την πολιτική - γίνεται ενεργός μόλις στο χρονικό σημείο της διεξαγωγής αποδείξεων αυτής καθουτής³⁴.

Αυτή η γενική σχέση μεταξύ του δικαιώματος για ακρόαση από τη μια μεριά και του δικαιώματος υποβολής αιτημάτων για διεξαγωγή αποδείξεων ή υποβολής ερωτήσεων από την άλλη γίνεται ιδιαίτερα σαφής, αν αναλογιστεί κανείς, ότι κατά τη

28. Σχετικά πιο αναλυτικά: SCHULZ, ο.α.π., 309 με παραπέρα σημειώσεις.

29. GOLLWITZER στο: LOEWE-ROSENBERG, νούμερο περιθωρίου 12 στην §241 StPO· SCHMIDT, Eberhard, Νούμερο περιθωρίου 11 στην §241 StPO.

30. Ότι το δικαίωμα για ακρόαση πρέπει να παρέχεται και στις διαδικασίες, οι οποίες εξελίσσονται κατά το αξίωμα της απευλόγητης εκδίκασης, απεφάνθη επανειλημμένα το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο (BVerfGE 7, 53· 10, 177 (182)· 15, 214 (218)· 32, 195 (197) και παράλληλα δοθείσης αφορμής υπέδειξε, ότι απ' εδώ προκύπτει μια υποχρέωση να λαμβάνονται υπόψη αιτήματα για διεξαγωγή αποδείξεων (BVerfGE 60, 247(249), 250 (252)).

31. BGH StrafVert 83, 139· TER VEEN, StrafVert 83, 167 επ.

32. StrafVert 82, 325 (330, αριθμ. 10)

33. BVerfGE 59, 129 (164)· 60, 247 (249), 250 (252)· παρόμοια επίσης: BayVGH, NJW 77, 243.

34. Διαφορετικά απ' ότι στην πολιτική δίκη στην ποινική δεν υπάρχει βάρος απόδειξης, για το οποίο θα είχε ήδη σημασία η έναρξη και μόνο της αποδεικτικής διαδικασίας.

γνώμη του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου η παραχώρηση του δικαιώματος για ακρόαση εξυπηρετεί ένα διπλό σκοπό:

«Η αρχή του δικαιώματος για ακρόαση στο δικαστήριο δεν εξυπηρετεί μόνο τη διευκρίνηση της πραγματικής βάσης της απόφασης, αλλά και το σεβασμό της αξίας του ανθρώπου, ο οποίος σε μια τόσο δύσκολη κατάσταση, όπως είναι συνήθως μια δίκη, πρέπει να έχει τη δυνατότητα; να προβάλλει πραγματικά και νομικά επιχειρήματα(...)»³⁵.

Σύμφωνα με αυτά όμως πρέπει να εναρμονιστεί³⁶ το δικαίωμα για ακρόαση και με τις άλλες αρχές, οι οποίες προκύπτουν από την εσωτερική αντικειμενική δικαιοσύνη της κάθε μορφής διαδικασίας. Πρόκειται για μια εναρμόνιση, η οποία στη σημερινή νομοθετική και δικαστική πραγματικότητα παρέχεται με τη βοήθεια του τύπου «λειτουργικότητα της απονομής της ποινικής δικαιοσύνης»³⁷, και της οποίας το αντιφιλελεύθερο περιεχόμενο κατέδειξαν με σαφήνεια οι RIEHLE³⁸ και HASSEMER³⁹.

5. Το ότι αποδεικνύεται έτσι το δικαίωμα του κατηγορουμένου για υποβολή αιτήματος διεξαγωγής αποδείξεων ως άμεση απόρροια της συνταγματικής επιταγής που επιβάλλει την παραχώρηση του δικαιώματος για ακρόαση, δεν εξασφαλίζει παρ' όλα αυτά απ' αυτή την άποψη σε καμιά περίπτωση και «ισότητα των όπλων» και αυτό ήδη γιατί η σύμφωνη με τους διάφορους ρόλους δομή της κύριας διαδικασίας της ποινικής δίκης δεν αντιστοιχεί⁴⁰ με κανένα τρόπο στη διαλεκτική δομή της απόκτησης των γνώσεων στην ποινική δίκη ως γνωστικού συμβάντος:

Ενώ στην πολιτική δίκη η διαλεκτική τριάδα της απόκτησης των γνώσεων «θέση-αντίθεση-σύνθεση» είναι διαφοροποιημένη στην τριάδα των ρόλων «ενάγων-εναγόμενος-δικαστής», αυτό δε συμβαίνει και στην κύρια διαδικασία της ποινικής δίκης. Το ότι η εισαγγελική αρχή και το δικαστήριο σε σχέση με τον κατηγορούμενο πρέπει να λάβουν υπόψη τους τόσο τις

35. KJ 80, 316 επ.

36. StrafVert 82, 275 επ.

37. Σύγκρισε: BVerfGE 19, 342 (347); 20, 45(49), 144(147); 33, 367(383); 34, 238(248); 36, 174(186); 38, 105(118), 312(321); 39, 156(164); 41, 246(250); 44, 353(374); 45, 354(359); 46, 214(222); 49, 24(54); 51, 324(343, 345); 53, 152(160).

38. KJ 80, 316 επ.

39. StrafVert 82, 275 επ.

40. Σχετικά με περισσότερες λεπτομέρειες: MEYER, Dialektik im Strafprozeß, 1965, σελ. 90 επ.

ελαφρυντικές όσο και τις επιβαρυντικές για εκείνον περιστάσεις, τους υποχρεώνει μ' ένα αφηρημένο κανόνα δικαίου να προλαμβάνουν τη διαλεκτικά σχηματιζόμενη απόκτηση γνώσεων⁴¹, χωρίς όμως να εξασφαλίζει θεσμικά αυτή την κανονιστική επιταγή. Γι' αυτό το λόγο το να λαμβάνεται υπόψη η διαλεκτική δομή της απόκτησης των γνώσεων παραμένει απλά και μόνο ένα τυπολογικό αίτημα⁴², του οποίου η πραγμάτωση δεν εξασφαλίζεται και μάλιστα από άποψη πληροφορική-ψυχολογική φαίνεται αδύνατη.

Εξαιτίας της περιορισμένης ικανότητας επεξεργασίας πληροφοριών, δηλαδή της βραχύχρονης μνήμης⁴³, ένας οποιοσδήποτε φορέας αποφάσεων - συνεπώς και ο δικαστής - μπορεί να καταχωρήσει ένα περιορισμένο αριθμό πληροφοριών και να τον επεξεργαστεί για το σκοπό της παραπέρα απόκτησης γνώσεων, έτσι ώστε να πρέπει κανείς να πάρει ως δεδομένο, ότι ήδη η λήψη των πληροφοριών γίνεται κατά τρόπο εκλεκτικό⁴⁴. Εξαιτίας του ότι αυτή η επιλογή γίνεται κατά κύριο λόγο με βάση την «αρχή της απλοποίησης»,⁴⁵ έχει ως συνέπεια για την ποινική δίκη, ότι αποτελέσματα της απόδειξης, τα οποία συμφωνούν με τη δικογραφία και είναι έτσι γνωστά, γίνονται σε πολύ μεγαλύτερο βαθμό αισθητά και τίθενται ως βάση της απόκτησης γνώσεων, απ' ότι εκείνα που αντίκεινται στο περιεχόμενο της δικογραφίας⁴⁶. Επειδή όμως το μοντέλο της εξεταστικής ποινικής δίκης δεν μπορεί να παραιτηθεί από τη δικαστική γνώση του περιεχομένου της δικογραφίας, η σημερινή δομή της ποινικής διαδικασίας υποστηρίζει τον - ασυναίσθητο - «μετασχηματισμό της λειτουργίας» των ανακριτικών αποτελεσμάτων σε αποτελέσματα απόδειξης⁴⁷.

41. MEYER, ο.α.π., σελ. 74

42. MEYER, ο.α.π.

43. Σχετικά με την περιορισμένη ικανότητα επεξεργασίας πληροφοριών λεπτομερέστερα: KIRSCH, Entscheidungsprozesse (1970), τόμος 1, σελ. 76, 81 επ., 83 επ., 94 επ., 103 επ. Τόμος 3 σελ. 66, 172 (με παραπέρα σημειώσεις).

44. KIRSCH, ο.α.π., τόμος 1, σελ. 81 επ.

45. Η αρχή της απλοποίησης καθορίζει, ότι μεταξύ δύο ειδήσεων με το ίδιο αντικειμενικό περιεχόμενο πληροφοριών η υποκειμενικά φτωχότερη σε πληροφόρηση και εξαιτίας αυτού ευκολότερα κατανοητή, γίνεται αντικείμενο επεξεργασίας γρηγορότερα και τη θυμάται κανείς καλύτερα απ' ότι την υποκειμενικά πλουσιότερη σε πληροφόρηση· η τελευταία αποχωρίζεται και αποκλείεται.

46. Το ότι η καταδειχθείσα επιλογή πληροφοριών στην ποινική δίκη κατά την αρχή της απλοποίησης δεν είναι μόνο ένας θεωρητικός φόβος, επιβεβαιώνεται με την μελέτη ερεθισμάτων του HAI SCH· σύγκρισε HAI SCH, MSchrKrim 1979, 157 επ.

47. Σχετικά ήδη: GOLLIK-HUSTER, Abhandlung von der Criminalgesetzgebung (1793), Νέα εκτύπωση 1969, σελ. 424: «Με την πιο μακρυνή υπόνοια

Επειδή λοιπόν η δομή και ο σκοπός της ποινικής διαδικασίας βρίσκονται σε αντίθεση μεταξύ τους,⁴⁸ φαίνεται σκόπιμη μια επανεξέταση και των δύο. Κατ' αυτή αποδεικνύεται, ότι το αίτημα της ποινικής δίκης για αλήθεια δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να γίνει κατανοητό ως θεωρία για το σχηματισμό της γνώσης, αλλά ως θεωρία για το σχηματισμό της απόφασης, δηλαδή ως ορθό θεμέλιο⁵⁰ για μια ενέργεια λήψης απόφασης σε περίπτωση αβεβαιότητας⁵¹. Αν όμως είναι έτσι, τότε τα άρθρα 3 παρ. 1, 103 παρ. 1 GG επιβάλλουν στον ποινικοδικονομικό νομοθέτη να παρέχει από τη μια στον κατηγορούμενο και από την άλλη στην εισαγγελική αρχή την ίδια *πραγματική* δυνατότητα να επηρεάζουν τη δικαστική μόρφωση ωρισμένης πεποίθησης⁵². Η σημερινή ποινική διαδικασία δεν εξασφαλίζει σε καμία περίπτωση την ισότητα των πραγματικών δυνατοτήτων, αλλά το πολύ-πολύ αυτή των νομικών. Η αιτία γι' αυτό το γεγονός έγκειται και στο ότι η επιστήμη που ασχολείται με την ποινική δίκη, η οποία, όπως είναι γνωστό, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία δεν είναι διαμορφωμένη ως κατ' αντιδικία διαδικασία, προσπαθεί να την κατανοήσει με έννοιες και μοντέλα δομής, τα οποία ταιριάζουν μόνο σε μια κατ' αντιδικία διαδικασία. Έτσι π.χ. μπορεί να πραγματοποιηθεί «ισότητα των όπλων» στην ποινική δίκη, μόνο όταν κανείς συνειδητοποιήσει, ότι η παραπομπή στο ακροατήριο δημιουργεί μια τελείως καινούργια δικονομική κατάσταση σε σύγκριση με την ήδη υπάρχουσα: ενώ στην προδικασία η εισαγγελική αρχή προφταται της έρευνας, με το αίτημά της για παραπομπή στο ακροατήριο ή την απόφαση του δικαστηρίου για παραπομπή

υποθέτει κανείς αμέσως, ότι το πρόσωπο το οποίο αυτή αφορά είναι ο κακός δράστης. Αυτή την αρχή θέλει να την επιβάλλει ο δικαστής με όλα τα μέσα, γιατί είναι ίδιο του αξιώματός του και της πλεονεκτικής του θέσης να βρίσκει παντού εγκληματία». Πρόσφατα: GRÜNWALD-DÜNNEBIER-FS : 1982, σελ. 347.

48. Σχετικά με τη «δομική ασυμμετρία» της ποινικής διαδικασίας ήδη ROTTLEUTHNER, KJ 70, 283 επ· 71, 60 επ.

49. Έτσι ήδη RGSi 66, 163 (164 επ).

50. Σχετικά με τον τόπο των «καλόπιστων λόγων»: PRIESTER, Rationalität und Normkritik, Διατριβή Saarbrücken 1972, σελ. 149 επ.

51. Σύγκρισε σχετικά και τις εξηγήσεις του RÖDIG (Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1973, σελ. 151 επ) σχετικά με την σχολαστική αρχή της «διπλής αλήθειας».

52. Το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο εξέφρασε επανηλειμένα τη γνώμη, ότι σ' αυτή την ευκαιρία, του να μπορεί κανείς να επηρεάσει το σχηματισμό της δικαστικής πεποίθησης, έγκειται μία από τις λειτουργίες του δικαιώματος για ακρόαση: σύγκρισε: BVerfGE 9, 89 (95 επ)· 21, 362 (373)· 53, 219 (222)· 55, 1 (5 επ)· 58, 353 (356)· 60, 120 (122), 247 (249), 250 (252).

στο ακροατήριο γίνεται μια «αλλαγή αρμοδιότητας», η οποία πρέπει να ληφθεί υπόψη σε σχέση με την επιταγή της ισότητας των όπλων, επειδή τώρα πια δεν είναι η εισαγγελική αρχή, αλλά το δικαστήριο ο «αντίποδας» εκείνου κατά του οποίου στρέφεται η διαδικασία⁵³. Συνακόλουθα ισότητα των όπλων στην κύρια διαδικασία δεν μπορεί να σημαίνει το ίδιο με την ισότητα των όπλων της προδικασίας, πράγμα το οποίο δε σημαίνει τίποτε άλλο, παρά ότι η ισότητα των όπλων στην κύρια διαδικασία δεν επιτρέπεται να περιορίζεται στην ισότητα των νομικών δυνατοτήτων ενέργειας, αλλά πρέπει να περιλαμβάνει μάλλον πέρα απ' αυτήν και την ισότητα των πραγματικών δυνατοτήτων επίδρασης, γιατί αλλιώς το δικαίωμα του κατηγορουμένου για ακρόαση περιορίζεται σε μεγάλο βαθμό μόνο σε συμβολικές διαδράσεις χωρίς δυναμική επιτυχία⁵⁴.

Η ισότητα της πραγματικής ευκαιρίας για επίδραση στη μόρφωση ωρισμένης δικαστικής πεποίθησης μπορεί όμως από μεριάς της να πραγματοποιηθεί μόνο με μια διαδικαστική δομή, η οποία διαχωρίζει κατά ρόλους τις λειτουργίες του προσώπου που προΐσταται της έρευνας και του προσώπου που αποφασίζει. Απλά και μόνο η τυπολογική υποχρέωση να μην αναμιγνύονται μεταξύ τους αυτές οι δύο λειτουργίες, παρά το ότι έχουν ως φορέα το αυτό πρόσωπο - δηλαδή το δικαστή - δεν επαρκεί· γιατί κάθε σχήμα, το οποίο φαίνεται σκόπιμο, μόνο όταν το εφαρμόζουν πρόσωπα διακεκριμένα χωρίς προκαταλήψεις, αλλά το οποίο αποτυγχάνει εύκολα, όταν αυτά τα πρόσωπα είναι συνηθισμένα ή έχουν συχνά συναντώμενες ιδιότητες, είναι ακατάλληλο.»⁵⁵

53. Σχετικά με περισσότερες λεπτομέρειες ROTTLEUTHNER (υποσημείωση 48)

54. MITTERMAIER, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen, 1845, σελ. 287.

παρατηρητής 

ΜΟΛΙΣ ΚΥΚΛΟΦΟΡΗΣΕ



“Ένα έργο-τομή στη
Νομική σκέψη

ΚΕΝΤΡΙΚΗ ΔΙΑΘΕΣΗ:
ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ ΠΡ. ΚΟΡΟΜΗΛΑ 38 ΤΗΛ. 264.958
ΑΘΗΝΑ ΔΙΔΟΤΟΥ 39 3600658

παρατηρητής 

ΜΟΛΙΣ ΚΥΚΛΟΦΟΡΗΣΕ

Τό έκδοτικό γεγονός
τῆς χρονιάς



“Ένα κλασικό έργο
στή διεθνή
Βιβλιογραφία

Μεταφρασμένο σέ 15
γλώσσες

ΚΕΝΤΡΙΚΗ ΔΙΑΘΕΣΗ:
ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ ΠΡ. ΚΟΡΟΜΗΛΑ 38 ΤΗΛ. 264.958
ΑΘΗΝΑ ΔΙΔΟΤΟΥ 39 3600658

Ο αποκλεισμός του συνηγόρου

Ο αποκλεισμός του συνηγόρου από τη διαδικασία αποτελεί την πιο σοβαρή επέμβαση στην προστασία του συνταγματικού δικαιώματος της ποινικής υπεράσπισης. Βλάπτει τη νομικά προστατευόμενη θέση του κατηγορουμένου στη δίκη και παράλληλα εξουδετερώνει την εκλογή και την εντολή του συνηγόρου, που προκάλεσε ο ίδιος ο κατηγορούμενος.

I. Προστασία του συνταγματικού δικαιώματος της ποινικής υπεράσπισης.

Το άρθρ. 6 IIIc της Σύμβασης για την Προστασία των Ανθρω-

πίων Δικαιωμάτων εγγυάται σε καθένα το δικαίωμα, να υπερασπίζεται μόνος του τον εαυτό του ή να έχει τη συμπράσταση ενός συνηγόρου, όταν αυτό είναι απαραίτητο προς το συμφέρον της απονομής της δικαιοσύνης. Αυτό το δικαίωμα του να έχει κανείς ένα συνήγορο έχει βέβαια στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας τη σειρά ενός απλού μόνο νόμου. Στο σύνταγμα δεν υπάρχει μια ρητή ρύθμιση αυτού του είδους. Εδώ η ποινική δίκη - και μαζί της η υπεράσπιση - βρίσκεται μάλλον σε ένα ιδιόμορφο κράμα μεταξύ μιας πληθώρας συνταγματικών εγγυήσεων: α) Μια ρητή επιφύλαξη του νόμιμου δικαστή γνωρίζει το σύνταγμα μόνο για στερητικές της ελευθερίας ποινές (άρθρο 104II 1 GG). Μ' αυτή τη διάταξη μια στερητική της ελευθερίας ποινή μπορεί να επιβληθεί μόνο από ένα δικαστήριο. Βέβαια μέσα σ' αυτή δεν αναλώνεται η επιφύλαξη του νόμιμου δικαστή. Το άρθρο 92 GG απονέμει στους δικαστές την «εξουσία απονομής της δικαιοσύνης». Παρ' όλες τις διαφωνίες γνώμών σχετικά με το πώς πρέπει να διαγραφεί η «εξουσία απονομής της δικαιοσύνης», αναγνωρίζεται σε κάθε περίπτωση σήμερα ότι: Η εξάσκηση της ποινικής δικαιοδοσίας αποτελεί πρωτογενή απονομή δικαιοσύνης και υπόκειται έτσι σύμφωνα με το άρθρο 92GG *αναγκαία στην επιφύλαξη του νόμιμου δικαστή*¹. Έτσι αναγνωρίζει και το σύνταγμα οπωσδήποτε μια αποκλειστική παραχώρηση της δικαιοδοσίας για την ποινική δικαιοσύνη στα δικαστήρια και μάλιστα ανεξάρτητα από το είδος της ποινής που πρόκειται να επιβληθεί. Χωρίς δικαστήριο δεν είναι νοητή ποινική διαδικασία - το άρθρο 92 GG διαμορφώνει έτσι υποχρεωτικά τη ρύθμιση της δικαιοδοσίας, η οποία δεν μπορεί ν' αφαιρεθεί με το νόμο. Μια ποινή, η οποία θα επιβαλλόταν από μια άλλη αρχή εκτός από ένα δικαστήριο, θα ήταν αντισυνταγματική.

β) Δικαστικές διαδικασίες δεν μπορούν να διαμορφώνονται σε καμιά περίπτωση κατά βούληση. Σχετικά μ' αυτές προβλέπει το συνταγματικό δίκαιο μια πληθώρα συνταγματικών δικαιωμάτων που αφορούν τη δικαιοσύνη. Κεντρικής σημασίας είναι το συνταγματικό δικαίωμα για ακρόαση (άρθρο 103 I GG), το

1) Επισκόπηση των διαφόρων γνώμων στον W. Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, σελ. 223 επ. με παραπέρα σημειώσεις. Όταν γίνεται λόγος από 'δω και πέρα για τον κατηγορούμενο, δεν εννοείται με την έκφραση αυτή κανένας περιορισμός στη διαδικασία στο ακροατήριο μετά την απαγγελία της κατηγορίας. Επειδή όμως η διαδικασία στο ακροατήριο αποτελεί τον πυρήνα της ποινικής δίκης, γι' αυτό αυτή θ' αποτελέσει το κέντρο βάρους της διερεύνησης.

2) BVerfGE 22, 78, 80 130· βλ. επίσης E8, 207· 12, 274· 21, 144· 22, 77επ· 317.

οποίο έχει καθέννας «μπροστά στο δικαστήριο»³. Αυτό εγγυάται το δικαίωμα του να μπορεί κανείς να πάρει θέση για όλα τα πραγματικά και νομικά ερωτήματα που είναι σχετικά με μια δίκη. Αυτές οι δηλώσεις πρέπει να ληφθούν υπόψη από το δικαστήριο και να εκτιμηθούν. Πολλές φορές ένα τέτοιο δικαίωμα έχει νόημα, μόνο όταν ο ενδιαφερόμενος μπορεί να συμβουλευτεί ένα δικηγόρο. Έτσι γίνεται η ποινική υπεράσπιση πραγματικά ένα απαραίτητο όργανο, που δίνει στο δικαίωμα για ακρόαση πρακτική αποτελεσματικότητα και δυνατότητα επιβολής. Παρ' όλα αυτά το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο αποφάσισε, ότι το άρθρο 103 I GG ούτε το θεσμό της δικηγορίας ούτε την ελεύθερη εκλογή του δικηγόρου εξασφαλίζει.⁴ Βέβαια η δυνατότητα, να μπορεί κανείς γενικά να έχει ως συμπαραστάτη ένα δικηγόρο, αποτελεί μια απαραίτητη συμπληρωματική εγγύηση για την πραγμάτωση του δικαιώματος για ακρόαση. Χωρίς δικηγόρο είναι οπωσδήποτε για την πλειονότητα των κατηγορουμένων η προστασία του συνταγματικού δικαιώματος του άρθρου 103 I GG κατά κυριολεξία απατηλή. Εάν πρέπει πράγματι να εξασφαλιστεί, το ότι ο κατηγορούμενος δεν είναι απλά αντικείμενο, αλλά - επίσης - υποκείμενο της διαδικασίας, τότε αυτό οπωσδήποτε δεν συμβιβάζεται με μια ολοκληρωτική παραίτηση από τη δυνατότητα πρόσληψης ενός συνηγόρου. Βέβαια μπορεί αυτό να μην αρκεί, για να στηρίξει την ύπαρξη της δικηγορίας ή την ελεύθερη εκλογή του δικηγόρου· όποιος αντίθετα όμως αρνείται στον κατηγορούμενο τον συνήγορο ολοκληρωτικά, του αρνείται κατά κανόνα ταυτόχρονα το δικαίωμα για ακρόαση.

γ) Επιπλέον στην ποινική διαδικασία εμφανίζεται με χαρακτηριστικό τρόπο η εγγύηση της έννομης προστασίας του άρθρου 19 IV GG⁵. Εδώ παίρνει αυτή όμως μια ιδιόμορφη διπλή θέση: Η εγγύηση της έννομης προστασίας κατευθύνεται εναντίον ενεργειών της δημόσιας εξουσίας. Με τον όρο αυτό εννοεί το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο την εκτελεστική εξουσία αλλά όχι και τα δικαστήρια. Το άρθρο 19 IV GG εξασφαλίζει σύμφωνα με τα παραπάνω έννομη προστασία μέσω των δικαστηρίων, όχι κατά των δικαστηρίων⁶. Το

3) Σχετικά H. Rüping, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, 1976, ιδιαίτερα σελ. 101 επ., F.O. Kopp, AöR 1981, 604 επ., F.Rissel, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, insbesondere in seiner Funktion als Verteidiger im Strafverfahren, Διατριβή Marburg 1980, ιδιαίτερα σελ. 104 επ.

4) BVerfGE 9,132· 31, 308

5) Διεξοδικά σχετικά με το θέμα D.Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, ιδιαίτερα σελ. 127 επ.

6) BVerfGE 15,280· βλ. επίσης E 11,265·22,110· 25,365· 49,340

συνηθισμένο μοντέλο της έννομης προστασίας αποτελεί έτσι ο διαχωρισμός μεταξύ της επεμβαίνουσας αρχής και του εξασφαλιστικού της έννομης προστασίας δικαστηρίου. Αυτές οι λειτουργίες όμως συμπίπτουν στην ποινική δίκη. Εδώ η επέμβαση που επιβάλλει την τιμωρία και η νόμιμη δικαιοδοσία, δηλαδή η επεμβαίνουσα και προστατεύουσα δικαιοδοσία αντίστοιχα, ταυτίζονται. Στην ποινική δίκη πρέπει έτσι η διαδικασία στο δικαστήριο ν' αναλάβει και τη λειτουργία της έννομης προστασίας, η οποία διαφορετικά θα πραγματοποιόταν σε μια ξεχωριστή δικαστική διαδικασία. Μια τέτοια διαπίστωση δεν στερείται σημασίας για τη διαμόρφωση του δικονομικού δικαίου, μια και εδώ αποκτά σημασία μια αρχή που συνάγεται από το άρθρο 19IV GG: η αποτελεσματικότητα της έννομης προστασίας. Υπέρ αυτής της άποψης μετράει ιδιαίτερα το ότι η δίκη δεν είναι μόνο μια τυπική, νομιμοποιητική και διαδικαστική δικαιοδοσία, αλλά δίνει τουλάχιστο τη δυνατότητα μιας αποτελεσματικής επιβολής του δικαίου για χάρη του ενδιαφερομένου. Σκοπός της ποινικής διαδικασίας είναι ταυτόχρονα η επίτευξη μιας προβλεπόμενης, αποτελεσματικής έννομης προστασίας κατά των κρατικών ποινικών κολασμών. Η εγγύηση της έννομης κατοχύρωσης χαρακτηρίζει έτσι αναγκαία την ποινική δίκη. Αυτό ισχύει ακόμη περισσότερο εφόσον κατά της επέμβασης που έχει ως συνέπειά της μια ποινική απόφαση, συχνά επιτρέπεται μόνο ακόμη πιο περιορισμένη έννομη προστασία: το άρθρο 19IV GG δεν εγγυάται καμία τάξη βαθμών δικαιοδοσίας⁷.

δ) Επίσης στην ποινική δίκη εμφανίζεται η αρχή «της ισότητας των όπλων» μεταξύ κατηγορούμενου και κατηγορούμενου⁸. Αυτή την αρχή τη συνάγει το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο από το δικαίωμα για μια δίκαιη ποινική δίκη, η οποία από πλευράς της πρέπει να έχει τη βάση της στα άρθρα 1,2II GG και στην αρχή του κράτους δικαίου. Σύμφωνα μ' αυτή αφού η κατηγορία συμμετέχει στη δίκη μ' έναν αντιπρόσωπο της εισαγγελικής αρχής, ειδικό γνώστη των πραγματικών και νομικών θεμάτων, τότε πρέπει να δίδεται στον κατηγορούμενο τουλάχιστο το δικαίωμα, να χρησιμοποιήσει επίσης ένα συνήγορο, ειδικό γνώστη των πραγματικών και νομικών θεμάτων. Αλλιώς δε θα εξασφαλιζόταν ούτε κατ' αρχή ισότητα των όπλων.

7) BVerfGE 11,233·βλ. επίσης E 4,94 επ· 6,12· 8,180· 28,36· 35,271· 40,274· 41,26· 45,375· 49,340· 54,143

8) Σχετικά κατά τρόπο θεμελιώδη BVerfGE 38,111· απορρίπτεται όμως βέβαια από την BVerfGE, JZ 1983,439· παραπέρα G.Kohlmann, FS. K. Peters, 1974, σελ. 311· H. Rüping, JZ 1983,663 επ· J.Schulz σ' αυτό τον τόμο.

Το αν βέβαια χρειάζονται γι' αυτό το σκοπό πραγματικά απαγωγικά συμπεράσματα από την αρχή του κράτους δικαίου, που άλλωστε δεν αναφέρεται ως θέμα ρητά στο σύνταγμα, φαίνεται πάρα πολύ αμφίβολο. Το περιεχόμενο της αρχής αυτή ειδικά στην ποινική δίκη δεν είναι καθόλου σαφές, αλλά αντίθετα πολλές φορές προκαλεί αντινομίες, έτσι ώστε ν' ανοίγει το δρόμο σχεδόν σε οποιαδήποτε απαγωγικά συμπεράσματα και δυνατότητες εφαρμογής. Έτσι και το νομοκανονιστικό της περιεχόμενο είναι εύλογα περιορισμένο και σε περιπτώσεις αμφιβολίας περιορίζεται σε μια εγγύηση ενός βασικού πυρήνα, που επιτρέπει όμως και αυτή πολύ σημαντικές προσβολές⁹. Συνακόλουθα και το εγγυητικό περιεχόμενο αυτής της αρχής είναι ελαχιστότατο. Επιπλέον η επίκληση τέτοιων γενικών, άγραφων αρχών έχει πάντως λίγη σημασία σ' εκείνες τις περιπτώσεις, που υπάρχουν σχετικές συνταγματικές διατάξεις, οι οποίες ρυθμίζουν την εκάστοτε ύλη με σαφήνεια και κατά τρόπο κατανοητό. Για την προστασία του συνταγματικού δικαιώματος της υπεράσπισης είναι οι εγγυήσεις που παρέχονται από τα άρθρα 103I, 19IV GG. Δίνουν το εφαρμοστέο μέτρο ελέγχου και καθιστούν έτσι γενικές κατευθυντικές αρχές περιττές. Διαμορφώνουν τη νομική θέση του κατηγορουμένου στην ποινική δίκη με την έννοια, ότι ένας ολοκληρωτικός αποκλεισμός της δυνατότητας να προσλάβει ένα συνήγορο θα ήταν αντισυνταγματικός. Έτσι εξασφαλίζουν κατά βάση το δικαίωμα του να έχει κανείς ένα συνήγορο. Οι διαστάσεις αυτού του δικαιώματος και τα όρια του είναι:

- Το δικαίωμα να έχει κανείς ένα συνήγορο (ελεύθερη εκλογή δικηγόρου, διάθεση ενός υποχρεωτικού συνηγόρου)
- Το δικαίωμα για επικοινωνία με το δικηγόρο
- Η προστασία της σχέσης εμπιστοσύνης μεταξύ συνηγόρου και εντολέα
- Το δικαίωμα του συνηγόρου για σύμπραξη στην ποινική διαδικασία

II. Τυποποιημένες περιπτώσεις αποκλεισμού.

α) Ως επέμβαση σε συνταγματικό δικαίωμα ο αποκλεισμός του συνηγόρου προϋποθέτει μια νομοθετική βάση εξουσιοδότησης, όπως αυτή απαιτείται για κάθε επέμβαση τέτοιας μορφής. Η επέμβαση πρέπει να προβλέπεται και να επιτρέπεται νομοθε-

9) Σύγκρισε B VerfGE 30,24

τικά· επίσης πρέπει στη συγκεκριμένη περίπτωση να συντρέχουν οι προϋποθέσεις του πραγματικού του νόμου. Χωρίς νομική βάση είναι τέτοιες επεμβάσεις ανεπίτρεπτες. Μια εξαίρεση από την αρχή αυτή δέχθηκε το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο, όταν ο συνήγορος δεν εμφανίζεται με το προβλεπόμενο ένδυμα, ιδιαίτερα όταν δεν φοράει την τήβεννο.¹⁰ Αυτές οι αποφάσεις είναι τόσο περισσότερο άξιες παρατήρησης, όσο ούτε η υποχρέωση για την ένδυση με τήβεννο ούτε οι συνέπειες σε περίπτωση παράβασής της προβλέπονται στο νόμο. Αυτή την έλλειψη νομικής βάσης εξουσιοδότησης την αγνόησε το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο με την υπόδειξη ισχύοντος «εθμικού δικαίου». Σύμφωνα μ' αυτήν η ένδυση με τήβεννο αποτελεί εθμική υποχρέωση της επαγγελματικής τάξης των δικηγόρων. Η επιβολή της αποτελεί βέβαια πρωταρχικά καθήκον των επαγγελματικών οργανώσεων ιδιαίτερα των δικηγορικών συλλόγων. Ο αποκλεισμός του δικηγόρου από τη δίκη παρ' όλη την έλλειψη νομικής βάσης δικαιολογείται από το ότι αποτελεί την πιο ελαφρά δυνατότητα τιμώρησης που υπάρχει. Διαδικασίες πειθαρχικών δικαστηρίων θα οδηγούσαν πάντοτε σε πιο ριζοσπαστικά μέτρα, ενώ ο αποκλεισμός από τη διαδικασία συνδέεται μόνο με μια και μόνο υπόθεση. Κατά τα λοιπά παραμένει η θέση του δικηγόρου ανέπαφη. Σ' αντίθεση μ' αυτή η νομική θέση του εντολέα δεν τέθηκε καν ως θέμα. Πολύ περισσότερο βάρος δόθηκε στο ότι μια αναβολή της δίκης θα απέφερε πιο αισθητά μειονεκτήματα στα συμφέροντα του εντολέα εξαιτίας της καθυστέρησης που αυτή θα συνεπάγονταν, απ' ό,τι η αποπομπή του δικηγόρου. Εκτός τούτου στηρίχθηκε το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο στο ότι ο δικηγόρος στη δίκη δεν εξασκεί βέβαια μόνο τα δικά του συνταγματικά δικαιώματα, αλλά είναι επίσης και «Όργανο απονομής της δικαιοσύνης». Αυτή η θέση απαιτεί μια αξιοπρεπή, ταιριαστή εμφάνιση «για το συμφέρον της ολότητας». Οι αποφάσεις θάπρεπε πάντως σύμφωνα με την νεότερη νομολογία του ομοσπονδιακού συνταγματικού δικαστηρίου να καταλήξουν σε άλλα συμπεράσματα. Σ' αυτό το σημείο μπορεί να μείνει ανοιχτό το θέμα του κατά πόσο και σε ποιά έκταση υπάρχει υποχρέωση για ένδυση της τήβεννου. Πάντως ο αποκλεισμός του συνηγόρου δε θάπρεπε να λάβει χώρα για περισσότερους λόγους:

— Επεμβάσεις στα συνταγματικά δικαιώματα - ακόμη και σ' αυτά των συνηγόρων και των κατηγορουμένων - επιτρέπονται

10. BVerfGE 28, 28 επ., 34, 138 επ.

μόνο όταν βασίζονται σε νομική εξουσιοδότηση. Μια τέτοια εξουσιοδότηση δεν ίσχυε. Εθνικό δίκαιο δεν αρκεί στις περιπτώσεις αυτές για την αντικατάσταση νόμων που λείπουν¹¹.

— Ιδιαίτερα διατάξεις τότε μόνο επιτρέπονται, όταν υπάρχουν γι' αυτές οι προϋποθέσεις. Εδώ ο αποκλεισμός του συνηγόρου αποτελεί μια παράκαμψη της §176 GVG. Μια διατάραξη της δημόσιας ασφάλειας και τάξης στη δίκη δε διαφαινόταν¹².

— Τέλος ακόμη και σε περιπτώσεις νομοθετικά προβλεπόμενων επεμβάσεων στη διαδικασία δεν επιτρέπεται να επιβληθεί αντί αυτών κάποια άλλη με την αιτιολογία, ότι αποτελεί το ελαφρότερο μέσο. Η απαγόρευση της υπέρβασης του μέτρου επιτρέπει μόνο την επιλογή μεταξύ περισσότερων αποφάσεων, των οποίων οι προϋποθέσεις του πραγματικού υπάρχουν στη συγκεκριμένη περίπτωση. Άλλα από τα επιτρεπόμενα στο πραγματικό μέτρα δεν τα δικαιολογεί, ακόμη κι' όταν είναι ελαφρότερα¹³.

β) Ως άγραφα πραγματικά γνωρίζουν οι §§ 137 I 2, 146 StPO τον αποκλεισμό του συνηγόρου από το δικαστήριο της ουσίας ακόμη και στη μορφή της «αποπομπής». Η § 137 I 2 StPO περιορίζει τον αριθμό των συνηγόρων για κάθε κατηγορούμενο σε τρεις· η § 146 StPO απαγορεύει την κοινή υπεράσπιση περισσότερων κατηγορουμένων από έναν κοινό συνήγορο. Αν παρίστανται περισσότεροι από τρεις ή κοινοί συνήγοροι τότε πρέπει ν' αποπεμφθούν από το δικαστήριο της ουσίας χωρίς ιδιαίτερη διαδικασία¹⁴. Αυτή η περίπτωση είναι τόσο περισσότερο άξια παρατήρησης, όσο η ερμηνεία των παραπάνω διατάξεων δημιουργεί μάλιστα αμφιβολίες και δυσκολίες. Έτσι γεννιέται ο κίνδυνος να αναζητήσει το δικαστήριο της ουσίας κατά ένα μέρος από μόνο του τους συνηγόρους που θα συμμετέχουν στη διαδικασία. Αν έτσι βλάπτεται ήδη στην ουσία της η ελεύθερη εκλογή δικηγόρου, τότε η «άτυπη» διαδικασία συρρικνώνει ιδιαίτερα τις διαστάσεις της προστασίας του συνταγματικού δικαιώματος της υπεράσπισης.

γ) Από το 1974 οι §§ 138a, b StPO ρυθμίζουν τον αποκλεισμό του συνηγόρου από τη συμμετοχή του στη διαδικασία. Η ρύθμιση προβλέφθηκε - σχεδόν εκατό χρόνια μετά την έναρξη της ισχύος της StPO στα 1877 - με αφορμή το ότι το Ομοσπονδιακό

11) BVerfGE 33,1 επ.

12) BVerfGE 28,27 στην έκθεση σχετικά με τη θέση του Ομοσπονδιακού Δικηγορικού Συλλόγου.

13) Απορριπτικός επίσης H.Rüping, ZfP 1975, 234· P.Müller, NJW 1979, 22· Beulke ο.α.π. (υποσημ. 1), σελ. 222, 232

14) βλ. υποσημείωση 23.

Συνταγματικό Δικαστήριο απαιτούσε πια για τον αποκλεισμό ενός συνηγού μια νομοθετική εξουσιοδότηση¹⁵. Το εθιμικό δίκαιο που αναγνωριζόταν απ' αυτό πρωτύτερα ως επαρκές¹⁶ δεν θεωρούνταν από τότε πια ως σύμφωνο προς το σύνταγμα.

Η §138a StPO επιτρέπει τον αποκλεισμό του συνηγού σε περιπτώσεις αξιόποινων ενεργειών του. Αυτό ισχύει είτε επειδή θα ήταν ύποπτος συμμετοχής στην πράξη του κατηγορουμένου ή υπόθαλψης ή ματαίωσης επιβολής ποινής ή αποδοχής προϊόντων εγκλήματος σε σχέση με την πράξη του, είτε επειδή χρησιμοποιεί την ελεύθερη επικοινωνία του με τον κατηγορούμενο για δικές του αξιόποινες πράξεις ή καθ' όσο θέτει σε κίνδυνο την ασφάλεια της φυλακής. Για την υπόνοια συμμετοχής αρκεί μια αξιόποινη απόπειρα¹⁷, είναι όμως απαραίτητο και η πράξη του συνηγού από μεριάς της να έχει περάσει στο στάδιο του αξιόποινου¹⁸. Κατά πόσο θα πρέπει η υπόνοια να έχει συγκεκριμενοποιηθεί είναι σχεδόν αδύνατο να περιγραφεί κατά τρόπο αξιόπιστο. Πάντως δε χρειάζεται να έχει ασκηθεί ή να έχει επιτραπεί καν κατά την § 175 StPO μήνυση κατά του δικηγόρου· δε χρειάζεται επίσης να έχει περατωθεί και η ανάκριση της υπόθεσης, εφόσον η υπόνοια είναι «κατεπίγουσα».¹⁹ Στις δίκες των τρομοκρατών μάλιστα αρκεί σύμφωνα με την § 138a II StPO μια γενική υπόνοια, η οποία δεν χρειάζεται να είναι αξιολογημένη.²⁰

Πέρα απ' αυτό σε υποθέσεις προστασίας του κράτους μπορεί ο συνηγός ν' αποκλεισθεί σύμφωνα με την § 138b StPO, όταν η συμμετοχή του και μόνο στη διαδικασία θα επέφερε κίνδυνο για την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας. Αυτό μπορεί να συμβεί πρακτικά, μόνο όταν ο ίδιος ο δικηγόρος είναι ύποπτος εσχάτης προδοσίας, προδοσίας της χώρας ή κατασκοπείας «εξαιτίας συγκεκριμένων γεγονότων» και κατά τη διαδικασία θα ήταν προσिता στο δικηγόρο έγγραφα ή πληροφορίες που βάζουν σε κίνδυνο το κράτος.

Η διαδικασία του αποκλεισμού ρυθμίζεται στην § 138c StPO. Αρμόδιο είναι το εφετείο. Ήδη πριν από την απόφασή του

15) BVerfGE 34, 303 επ· βλ σχετικά με το ιστορικό προέλευσης J. Vogel, NJW 1978,1222· παραπέρα H.Donus, Ausschließung und Überwachung des Verteidigers im Strafverfahren, διατριβή Tübingen 1978.

16) BVerfGE 15,231 επ· ο αποκλεισμός τότε βέβαια ακυρώθηκε ως δυσανάλογος.

17) BGH της 27.6.1980 (2AR 115/80).

18) BGH,MDR 1977, 984.

19) BGH, Anw Bl 1981, 15.

20) Συσταλτικά BGHSt 28, 355· 29,341· W.Krekeler, AnwBl 1979,212 επ.

μπορεί το δικαστήριο της κύριας δίκης να διατάξει, ότι τα δικαιώματα του συνηγούρου αδρανούν μέχρι να βγει η απόφαση του εφετείου. Η διαδικασία ασχολείται αποκλειστικά με τους λόγους αποκλεισμού σύμφωνα με τις § 138a, b StPO. Για αποκλεισμό εξαιτίας προσβολής των §§ 137I 2, 146 StPO δεν προβλέπεται ρητά καμιά διαδικασία.

Το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο θεωρεί συνταγματική την § 138a StPO²¹. Κατά τη γνώμη του ο νομοθέτης δικαιούται κατά βάση, να δίνει μορφή νομικών διατάξεων σε πραγματικά αποκλεισμού, όσο αυτά παραμένουν στα πλαίσια της αναλογικότητας. Απ' αυτή την άποψη δεν υπάρχουν αντιρρήσεις κατά των ρυθμίσεων της §138a StPO. Αυτό ισχύει ακόμη και όταν η αξιόποινη πράξη που πιθανότατα διαπράχθηκε από τον ίδιο το δικηγόρο και στην οποία αναφέρεται η υπόνοια, τιμωρείται κατ' ανώτατο όριο με λιγότερο από ένα έτος ποινή στέρησης της ελευθερίας.

Επίσης επιτρέπεται σε περιπτώσεις υπόνοιας να αποκλείεται η συμπάρσταση του υποχρεωτικού συνηγούρου²². Αυτό ισχύει άσχετα από το γεγονός, ότι για την ανάκληση της παραγγελίας από λόγους υπόνοιας συμμετοχής, δεν προβλέπεται κανένα ειδικό νομικό πραγματικό περιεχόμενο (βλ. § 148 StPO). Επίσης δε λαμβάνεται υπόψη μια αναλογική εφαρμογή της § 138a StPO. Πολύ περισσότερο το δικαστήριο στηρίζεται στο ότι η παραγγελία για υποχρεωτικό συνήγορο αποτελεί «μια ευνοϊκή διοικητική πράξη», η οποία μπορεί ν' ανακληθεί σύμφωνα με τις γενικές αρχές. Ένα τέτοιο πραγματικό ανάκλησης αποτελεί η υπόνοια της συμμετοχής του συνηγούρου στην πράξη. Επειδή ένας τέτοιος δικηγόρος δεν είναι σε θέση να εκπληρώσει τα καθήκοντά του, όπως αρμόζει, γι' αυτό το λόγο πρέπει κατ' ανάγκη ν' απαλλαγεί της ασκήσεως των καθηκόντων του. Αυτό ισχύει ακόμη και στην περίπτωση που δεν υπήρχε καν μια κατά την §138a StPO αναγκαία για τον αποκλεισμό από τη διαδικασία υποψία διάπραξης αξιόποινης πράξης. Ακόμη και σ' αυτή την περίπτωση επιτρέπεται η ανάκληση για τους λόγους που αναφέρθηκαν.

Αντίθετα η απόκρουση και ο αποκλεισμός των συνηγούρων που εμφανίζονται σε περίπτωση παράβασης των §§ 137I2, 147 StPO, δεν κρίνονται σύμφωνα με την §138c StPO. Εδώ θεωρεί το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο τις §§137 I 2, 146

21) BVerfGE, EuGRZ 1975,643 επ' επιβεβαιώνεται στην BVerfGE, EuGRZ 1975,462.

22) BVerfGE 39, 241 επ.

StPO ως αυτοτελείς λόγους αποκλεισμού, οι οποίοι δεν θέτουν ως όρο ή προϋποθέτουν καμιά αυτοτελή διαδικασία²³.

δ) Οι αποφάσεις του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου δεν άφησαν τις συνταγματικές προέλευσης αντιρρήσεις σχετικά με τις ρυθμίσεις του αποκλεισμού του συνηγόρου στις §§ 138a,b StPO να αποσιωπηθούν. Ιδιαίτερα οι γενικευμένες εκφορές γνώμης του δικαστηρίου, οι οποίες δεν ανάγουν σε θέμα τους τα πολλαπλά εξειδικευμένα ερωτήματα, είναι εκείνες που προκάλεσαν για πρώτη φορά μια συζήτηση σχετικά με τις λεπτομέρειες.

Αυτό ισχύει κατ' αρχή σχετικά με την αοριστία της απαραίτητης «υποψίας». Ενώ η §138a I 1 StPO απαιτεί στην περίπτωση αυτή «επείγουσα» ή «επαρκή» υποψία, η § 138a II StPO προβλέπει μια «βασιζόμενη στα πραγματικά γεγονότα υποψία». Δεν είναι επίσης απαραίτητο να έχει απαγγελθεί κατηγορία ή να έχει επιτραπεί η απαγγελία της· δηλαδή υποχρέωση για συγκεκριμενοποίηση δεν είναι ορατή, όπως ακριβώς και αναγκαιότητα για πλήρη διακρίβωση των σημείων της υποψίας. Έτσι δεν ικανοποιείται ο ρητά από το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο απαιτούμενος όρος για το ωρισμένο των πραγματικών στοιχείων του αποκλεισμού.²⁴ Μια απλή υποψία, η οποία πέρα από την εισαγγελική αρχή δεν μπορεί να υποβληθεί σε αντικειμενικό έλεγχο, ανοίγει για την κατηγορούσα αρχή τη δυνατότητα να αποκλείει ανεπιθύμητους ή δυσάρεστους συνηγόρους. Αυτό ισχύει πολύ περισσότερο ενόσω η εισαγγελική αρχή έχει όλα τα αποδεικτικά μέσα στα χέρια της και κατέχει έτσι ένα ανακριτικό μονοπώλιο. Μια ειδική διεξαγωγή απόδειξης στη διαδικασία αποκλεισμού κατά την §138a StPO δεν προβλέπεται.

Παράλληλα προβάλλεται ως αντίρρηση μια πρόσκρουση στην απαγόρευση υπέρβασης του ανάλογου μέτρου.²⁵ Η δικαιολογία της αντίρρησης αυτής βρίσκεται στο ότι ήδη ασήμαντες αξιόποινες πράξεις του δικηγόρου επαρκούν, για ν' αποκλειστεί αυτός από τη διαδικασία. Έτσι όμως συνδέθηκε μια κάπως ελαφρότερη παράβαση της δικαιοσύνης τάξης με ένα ιδιαίτερα βαρύ μέσο αντίδρασης σε βάρος τόσο του δικηγόρου όσο και του κατηγορουμένου.

Τέλος πρέπει να προβληθούν ενδοιασμοί εξαιτίας του ότι λείπει η διαδικαστική διάταξη σχετικά με το πραγματικό της

23) BVerfGE, NStZ 1982, 294.

24) BVerfGE 34,301επ.

25) Rissel, ο.α.π. (υποσημ. 3), σελ. 131 επ· βλ. όμως επίσης BVerfGE ο.α.π. (υποσημ. 73)

απόκρουσης ή του αποκλεισμού σύμφωνα με τις §§ 137 I 2, 146 StPO. Το θέμα αυτό το κρίνει το δικαστήριο της κύριας υπόθεσης, έτσι ώστε να υπάρχει η δυνατότητα στη συγκεκριμένη περίπτωση, να πειθαρχούνται «ανεπιθύμητοι» δικηγόροι.

Παραπέρα ανεπίτρεπτη είναι η εκτενής δυνατότητα της απαλλαγής των υποχρεωτικών συνηγόρων από την άσκηση των καθηκόντων τους. Αυτή αποτελεί μια καταστρατήγηση των §§ 143, 138a StPO. Η κατασκευή μιας «ευνοϊκής διοικητικής πράξης» δεν ταιριάζει εδώ, επειδή στην ποινική δίκη δεν είναι εφαρμόσιμες οι ρυθμίσεις των διοικητικών δικονομικών νόμων. Πέρα απ' αυτό δεν θα μπορούσε να εξακριβωθεί στην συγκεκριμένη περίπτωση με τη βοήθεια ενός εκ των ενόντων ελέγχου, αν συντρέχουν γι' αυτήν οι προϋποθέσεις της ανάκλησης που προβλέπονται στην §49II No 3 VerwVG. Στο διοικητικό δικονομικό δίκαιο πάντως επιτρέπονται το πολύ-πολύ προσωρινά δυσμενή μέτρα με βάση ένα εκ των ενόντων έλεγχο. Εδώ παρουσιάζεται όμως η προσφυγή στο διοικητικό δικονομικό νόμο ως καταστρατήγηση της ρύθμισης για την απαλλαγή από την άσκηση καθηκόντων ή τον αποκλεισμό του συνηγόρου, η οποία είναι μάλιστα ανεπίτρεπτη, επειδή η απαλλαγή από την άσκηση των καθηκόντων επιτρέπεται μόνο σύμφωνα με τα όσα ορίζουν οι §§ 143, 138a StPO.

ε) Από συνταγματική άποψη οι διατάξεις οι σχετικές με τον αποκλεισμό του συνηγόρου είναι υπερβολικά πλατιές από πολλές πλευρές. Από τη νομολογία προκύπτουν οι ακόλουθες απαιτήσεις:

— Προαπαιτούμενο του νομικού θεμελίου και μάλιστα τόσο για τον αποκλεισμό του κατ' εκλογή όσο και γι' αυτόν του υποχρεωτικού συνηγόρου. Αυτό ισχύει επίσης όταν η απαλλαγή από την άσκηση των καθηκόντων παρουσιάζεται ως αποκλεισμός.

— σαφήνεια και ωρισμένο του νομικού θεμελίου και μάλιστα τόσο των προϋποθέσεων όσο και των συνεπειών.

— εξασφάλιση της απαγόρευσης της υπέρβασης του μέτρου, ιδιαίτερα της αναγκαιότητας και της αναλογικότητας σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση.

Αυτές οι απαιτήσεις μπορούν να ικανοποιηθούν στην ποινική δίκη με δύο διαφορετικούς τρόπους. Ο ένας είναι να τεθεί η υπεράσπιση στην κρίση του κατηγορουμένου με έξαρση της αρχής της αυτονομίας.²⁶ Αυτό ισχύει πάντως για λόγους αποκλεισμού, οι οποίοι στηρίζονται σε έλλειψη ταυτότητας

26) Σχετικά J.Welp,ZStW 1978, 101 επ.

συμφερόντων του κατηγορουμένου και του συνηγόρου. Στον κατηγορούμενο πρέπει ν' ανακοινωθεί τότε η υπόνοια συμμετοχής που βαρύνει το συνήγορο. Το αν θέλει σε μια τέτοια περίπτωση να χρησιμοποιήσει τις υπηρεσίες του συνηγόρου και παραπέρα ή όχι τίθεται στην κρίση του. Αυτή η λύση θα ταίριαζε κατά τον καλύτερο τρόπο στην προστασία του συνταγματικού δικαιώματος της ποινικής υπεράσπισης. Ο άλλος τρόπος είναι να θεσπιστούν νομοθετικές διατάξεις με συγκεκριμένα πραγματικά στοιχεία αποκλεισμού, τα οποία θα ικανοποιούν τις συνταγματικές απαιτήσεις που αναφέρθηκαν. Μια αξιόλογη πρόταση για μια τέτοια διατύπωση παρουσίασε ο κύκλος εργασίας για τη μεταρρύθμιση της ποινικής δίκης.

«Ένας συνήγορος πρέπει ν' αποκλειστεί από τη σύμπραξη του σε μια διαδικασία, μόλις παραπεμφθεί στο ακροατήριο για συμμετοχή σε μια πράξη, που είναι αντικείμενο μιας διαδικασίας, ή εξαιτίας μιας ενέργειας υπόθαλψης, ματαίωσης ποινής ή αποδοχής προϊόντων εγκλήματος σχετικά μ' αυτή την πράξη. Αντίθετα δεν ενδιαφέρουν ενέργειες του συνηγόρου μετά την έναρξη των διαπραγματεύσεων, οι οποίες είχαν ως αντικείμενο την ανάληψη της υπεράσπισης.

Αν τελειώσει η διαδικασία κατά του συνηγόρου χωρίς καταδίκη, τότε πρέπει να αρθεί ο αποκλεισμός του μετά από αίτησή του ή αίτηση του κατηγορουμένου».

Και οι δύο παραλλαγές θα διαμόρφωναν τον αποκλεισμό του συνηγόρου κατά τρόπο σύμφωνο προς το σύνταγμα.

27) G.Bemmann μεταξύ άλλων, Die Verteidigung 1979, σελ. 10επ. 141 επ (§18).

Ο αναγκαστικός συνήγορος

I. Ορισμός.

Προσανατολισμένος στη βαρύτητα της ποινής, στην πολύπλοκη πραγματική και νομική κατάσταση καθώς και σε μια ενδεχόμενη περιορισμένη ικανότητα του κατηγορουμένου¹ να υπερασπίζεται τα δικαιώματά του στην ποινική διαδικασία μόνος του, ο νόμος προβλέπει, ότι σε ωρισμένες περιπτώσεις πρέπει να συμπράξει από τη μεριά του κατηγορουμένου ένας συνήγορος—πρόκειται για την καλούμενη *αναγκαία υπεράσπιση*.²

1) Ο ποινικά διωκόμενος έχει στα διάφορα τμήματα της διαδικασίας διάφορους χαρακτηρισμούς (σύγκρινε § 157 StPO). Για λόγους ευκολίας θα χρησιμοποιείται διαρκώς ο χαρακτηρισμός «κατηγορούμενος» ως η πιο ευρεία έννοια.

2) Η § 140 παρ. 1 StPO απαριθμεί ειδικές περιπτώσεις αναγκαστικής υπεράσπισης, ενώ η παρ. 2 είναι ρύθμιση που συλλαμβάνει τις περιπτώσεις, στις οποίες η υπεράσπιση είναι αναγκαία, πέρα από τις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παρ. 1 της διάταξης. Ιδιαίτερες περιπτώσεις αναγκαίας υπεράσπισης συναντώνται στις §§ 117 παρ. 4 138c παρ. 3, πρωτ. 4, 364a, 364b StPO. Για το πεδίο της δικαιοδοσίας ανηλίκων περιέχουν ανάλογες ρυθμίσεις οι §§ 68, 104 παρ. 1 αριθμ. 10, 109 παρ. 1, 112 JGG

Αν ο κατηγορούμενος—από οποιουσδήποτε λόγους³— δεν έκανε χρήση του δικαιώματος που του παρέχει η § 137 παρ. 1 StPO για ελεύθερη εκλογή ενός συνηγόρου⁴, τότε πρέπει να του ορίσει σύμφωνα με την § 141 παρ. 1 StPO το δικαστήριο ένα συνήγορο, όταν η υπεράσπιση είναι αναγκαία—πρόκειται την καλούμενη *υποχρεωτική υπεράσπιση*.

Το κείμενο της § 141 παρ.1 StPO είναι— έτσι θάλεγε κανείς—σαφές. Μόνο για τον κατηγορούμενο, ο οποίος δεν επέλεξε ακόμη κανένα συνήγορο πρέπει να οριστεί ένας. *Συνεπώς η ελεύθερη επιλογή του συνηγόρου είναι το πρωτεύον, ο ορισμός συνηγόρου το δευτερεύον.*

Εξίσου σαφής είναι η συμπληρωματική διάταξη της § 141 παρ.1 StPO, δηλ η § 143 StPO: ο ορισμός του συνηγόρου πρέπει να ανακληθεί, «όταν στη συνέχεια επιλέγεται ένας άλλος συνήγορος κι αυτός αποδέχεται την εκλογή του»⁵

Σε απόλυτα καθωρισμένες καταστάσεις επιτρέπουν οι §§ 145 παρ. 1 και 138 c παρ.3 προτ. 4 StPO μια εξαίρεση από τον κανόνα που προαναφέρθηκε, δηλ. επιτρέπουν τον ορισμό ενός συνηγόρου ακόμη και όταν ο κατηγορούμενος έχει ήδη επιλέξει ένα συνήγορο. Και συγκεκριμένα: η § 145 παρ. 1 StPO τότε, όταν ο (εκλεγείς) συνήγορος λείπει από τη διαδικασία στο ακροατήριο, αποχωρεί άκαιρα ή αρνείται να υπερασπιστεί τον κατηγορούμενο. Η διάταξη αφορά λοιπόν την απουσία ενός συνηγόρου και όχι απλώς τη δυνατότητα της απουσίας του. Κατά την § 138c παρ.3 προτ. 4 StPO πρέπει να οριστεί για τον κατηγορούμενο ήδη κατά τη διάρκεια μιας διαδικασίας αποκλεισμού του συνηγόρου του (σύμφωνα με τις §§ 138a επ. StPO) ένας άλλος συνήγορος, για να φροντίσει τα αδρανούσα διαδικαστικά του δικαιώματα.

Παρά τις διατάξεις των §§ 141 παρ. 1 και 143 StPO και παρά τον

3) Π.χ. επειδή θεωρεί, ότι ο ίδιος μπορεί να υπερασπιστεί τον εαυτό του καλύτερα ή επειδή δε βρήκε κανένα συνήγορο της εμπιστοσύνης του. Συχνά όμως ο κατηγορούμενος που δεν επιλέγει συνήγορο, δεν έχει απλώς τα οικονομικά μέσα για να πληρώσει την αμοιβή του. Το ποινικό δικονομικό δίκαιο δεν γνωρίζει, όπως η πολιτική δικονομία, ένα δικαίωμα πενίας.

4) Το δικαίωμα για ελεύθερη εκλογή συνηγόρου εξασφαλίζεται στο άρθρο 611 της Σύμβασης των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων. Κατά κρατούσα σήμερα γνώμη έχει στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας ισχύ συνταγματικού δικαιώματος. Έτσι π.χ. BVerfGE 22, 71, 34, 302.

5) Με την προϋπόθεση ότι το πρόσωπο που εκλέχθηκε μπορεί σύμφωνα με την §138 StPO να εκλεγεί ως συνήγορος και δεν αποκλείεται στη συγκεκριμένη περίπτωση από την υπεράσπιση, π.χ. κατά την § 138a ή 138b StPO.

εξαιρετικό χαρακτήρα των §§ 145 παρ. 1 και 138c παρ. 3 προτ. 4 StPO τα πρωτόδικα δικαστήρια εδώ και αρκετό καιρό σε διαδικασίες μεγάλης έκτασης ορίζουν συνηγόρους και δεν τους απολύουν ούτε αργότερα, χωρίς να λαμβάνουν υπόψη τους, ότι ο κατηγορούμενος έχει (επιλέξει) ένα συνηγόρο, και μολοντί δεν υφίσταται μια διαδικαστική κατάσταση τέτοια που να μπορεί να υπαχθεί στις εξαιρετικές διατάξεις που αναφέρθηκαν παραπάνω.⁶

Δηλωμένος σκοπός αυτού του μέτρου είναι η *ασφάλεια της διαδικασίας*. Η § 338 αριθμ. 5 StPO απειλεί την αναγκαστική ανάκληση της απόφασης, αν σε μια περίπτωση αναγκαίας υπεράσπισης διεξάγεται η διαδικασία στο ακροατήριο χωρίς την παρουσία ενός συνηγόρου.

Επειδή λοιπόν ο συνηγόρος δεν μπορεί να υποχρεωθεί να είναι παρών και ο κατηγορούμενος δεν μπορεί να εμποδιστεί στην απόλυσή του κατ' επιλογήν συνηγόρου—γι' αυτήν χρειάζεται απλά και μόνο μια αφαίρεση της εντολής χωρίς αναφορά σε λόγους—υπάρχει θεωρητικά η δυνατότητα του να μπορεί ο κατηγορούμενος μόνος του ή σε συνεργασία με τον συνηγόρο του να εμποδίσει την εξέλιξη της διαδικασίας. Πέρα απ' αυτό υπάρχει αυτονομία πάντα επίσης ο κίνδυνος μιας αθέλητης απουσίας του συνηγόρου, ο οποίος είναι τόσο μεγαλύτερος, όσο περισσότερο διαρκεί η διαδικασία.

Κατά πάγια νομολογία ο ορισμός ενός πρόσθετου συνηγόρου είναι εξαιτίας της § 338 αριθμ.5 StPO (ήδη) τότε επιβεβλημένη, «όταν παρουσιάζεται ο κίνδυνος, ο εκλεγμένος συνηγόρος να μη μπορεί ή να μη θέλει να εκπληρώσει τα καθήκοντά του»⁷. Το είδος των λόγων που τον εμποδίζουν είναι σχετικά αδιάφορο. Υπερφόρτωση ή ασθένεια του εκλεγέντος συνηγόρου λαμβάνονται εξίσου υπόψη, όπως και ο κίνδυνος ενός αποκλεισμού

6) Έτσι π.χ. BGH, Goldammers Archiv für Strafrecht, 1971, 367. Σ' αυτή την απόφαση θεώρησε ρητά το ανώτατο ομοσπονδιακό δικαστήριο, ότι ο ορισμός ενός συνηγόρου, από τον οποίο ο κατηγορούμενος προηγουμένως είχε αφαιρέσει την εντολή, ως υποχρεωτικού συνηγόρου πλάι στον νέο εκλεγμένο συνηγόρο είναι επιτρεπτή. Σύγκρινε επίσης OLG Stuttgart Urteil vom 23.11.1966, NJW 1967, σελ 944 και Urteil vom 28.4.1978, NJW 1979, σελ. 559.

7) Αυτή η φόρμουλα προσφεύγει σε μια απόφαση του ανώτατου ομοσπονδιακού δικαστηρίου της 24.1.1961 (BGHSt 15, 309), στην οποία αυτό, χωρίς να είναι απαραίτητο για την απόφαση επί της υποθέσεως και χωρίς ειδικότερη αιτιολογία, διατύπωσε την σημαντικής σημασίας—όπως αποδείχθηκε—πρόταση: «το δικαστήριο επιτρέπεται όμως, όταν εμφανίζεται ο κίνδυνος του ότι ο συνηγόρος δεν μπορεί ή δεν θέλει να λάβει τα απαραίτητα για την αδιακώλυτη διεξαγωγή της διαδικασίας στο ακροατήριο μέτρα, να καλέσει δίπλα στον εκλεγμένο έναν υποχρεωτικό συνηγόρο, για να εξασφαλίσει έτσι την χωρίς προστριβές συνέχιση της διαδικασίας».

του συνηγόρου, μιας αφαίρεσης ή παραίτησης από την εντολή. Σχετικά με τη δυνατότητα δικαιολόγησης της πρόγνωσης ενός τέτοιου κινδύνου τίθενται τόσο λιγότεροι όροι, όσο πιο εκτεταμένη είναι η διαδικασία. Στις λεγόμενες διαδικασίες μαμούθ είναι συνακόλουθα ο επιπρόσθετος συνήγορος αναπόφευκτος⁸.

Θα μπορούσε λοιπόν να ισχυριστεί κανείς, ότι ο κατηγορούμενος, ο οποίος έτσι μάλιστα μπορεί να βρεθεί με περισσότερους συνηγόρους απ' ότι του επιτρέπεται να εκλέξει σύμφωνα με την § 137 παρ. 1 προτ. 2⁹, θάπρεπε να διακρίνει στην κατάσταση αυτή μια καλύτερευση των δυνατοτήτων για την υπεράσπισή του. Αντίθετα όμως οι κατηγορούμενοι στην πλειονότητα των περιπτώσεων αντιδρούν σφοδρά κατά του ορισμού ενός επιπρόσθετου συνηγόρου. Αυτός τελικά αναλαμβάνει καθήκοντα στη διαδικασία, στην οποία έχει από πριν πλήρεις υπερασπιστικές αρμοδιότητες, ενάντια στην ρητή θέληση του κατηγορουμένου. Στους συγγραφείς καθιερώθηκε γι' αυτόν το λόγο, ο —σίγουρα πολεμικός— χαρακτηρισμός «αναγκαστικός συνήγορος»¹⁰. Ο λόγος, για τον οποίο ο κατηγορούμενος αισθάνεται αυτόν τον συνήγορο ως «εξαναγκασμό», μπορεί να έγκειται από τη μια στο ότι δεν συμφωνεί με το πρόσωπό του,¹¹ από την άλλη μπορεί όμως η απόκρουσή του να προκύπτει επίσης και από το ότι απλώς αρνείται καθαυτόν έναν επιπρόσθετο συνήγορο.¹²

8) WELP, Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens, ZStW 90, (1978) σελ. 101 επ (122) με υποσημειώσεις.

9) Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή δεν επιτρέπεται, όπως είναι γνωστό, ο αριθμός των από το συνήγορο εκλεγμένων συνηγόρων να υπερβαίνει τους τρεις. Σκοπός της διάταξης αυτής είναι να εμποδίσει την πιθανή κατάχρηση της υπεράσπισης, που γίνεται με τη βοήθεια της σύμπραξης ενός μεγάλου αριθμού συνηγόρων για παρέλκυση και ματαίωση της δίκης (BGH St 27, 124, 128) Η § 137 παρ. 1 προτ. 2 δεν ισχύει κατά την κρατούσα γνώμη για κατά παραγγελία συνηγόρους, έτσι ώστε να μπορεί να οριστεί ένας συνήγορος ακόμη και όταν έχουν εκλεγεί ήδη τρεις συνήγοροι.

10) Μερικές φορές οι συγγραφείς κάνουν χρήση μιας ευρύτερης έννοιας αναγκαστικού συνηγόρου και χαρακτηρίζουν π.χ. ακόμη και τον υποχρεωτικό ως αναγκαστικό συνήγορο, όταν ο κατηγορούμενος αρνείται παντελώς μια υπεράσπιση από ένα συνήγορο ή δεν συμφωνεί με το πρόσωπο που παραγγέλθηκε από το δικαστήριο.

11) Κατά πάγια νομολογία ο κατηγορούμενος δεν έχει καμιά αξίωση να του δοθεί ο δικηγόρος που αυτός επιθυμεί, αλλά μόνο αξίωση για μια αλάθητη κατά την κρίση του Προέδρου του δικαστηρίου απόφαση.

12) Ο λόγος γι' αυτό θα μπορούσε, δεν πρέπει όμως απαραίτητα και να είναι, ότι ο κατηγορούμενος θεωρεί τον επιπρόσθετο συνήγορο ως ένα βοηθό εκπλήρωσης του δικαστηρίου, ή ότι απ' αυτόν βλέπει να κινδυνεύουν οι δυνατότητές του για σαμποτάζ της διαδικασίας με τη βοήθεια της αφαίρεσης της εντολής, αλλά

Με μια τέτοια βάση ως αφετηρία δεν μπορεί να περιμένει κανείς πάντως την απαραίτητη για μια αποτελεσματική υπεράσπιση του κατηγορουμένου σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ αυτού και του επιπρόσθετου, δηλ. του αναγκαστικού, συνηγόρου, αντι γι' αυτό όμως μπορεί να περιμένει αντίθετα τον κίνδυνο μεταξύ τους συγκρουόμενων μορφών στρατηγικής του εκλεγμένου και του αναγκαστικού συνηγόρου. Παραίτηση από την εντολή του εκλεγμένου συνηγόρου και φιλονεικίες μεταξύ του κατηγορουμένου και του αναγκαστικού συνηγόρου, με αιτήματα για απαλλαγή από την υποχρέωσή του για υπεράσπιση και μάλιστα και χειροδικίες υπήρξαν στο παρελθόν δυσάρεστα συμπτώματα, ιδιαίτερα στις λεγόμενες δίκες των τρομοκρατών¹³, κατά τη διάρκεια των οποίων οι συγγραφείς πρόσεξαν την πρακτική των αναγκαστικών συνηγόρων, η οποία βέβαια υπήρχε ήδη από πολύ πριν.

II. Κριτική του αναγκαστικού συνηγόρου και προτάσεις λύσεων.

Μετά από μια αρχική, με διάφορους τρόπους, απόκρουση από τη νομολογία του κατά πρόνοια ορισμού συνηγόρου ως αντίθετης προς τη νομοθετική ρύθμιση και για το λόγο αυτό ανεπίτρεπτης¹⁴ βλέπει αυτή τώρα πια στον κατά πρόνοια ορισμό συνηγόρου σε μεγάλο βαθμό μια αναπόφευκτη ανάγκη της διαδικαστικής ασφάλειας¹⁵· σε μερικές αποφάσεις βρίσκει κανείς μάλιστα προσφυγή στη «διαδικαστική υποχρέωση για πρόνοια»¹⁶ του δικαστηρίου για τον κατηγορούμενο.

μπορεί απλώς η δικαιολογία του να βρίσκεται στο ότι ο ίδιος είναι της γνώμης, πως μόνο ένας συνήγορος από μόνος του θα μπορούσε να εκπροσωπήσει αποτελεσματικά τα συμφέροντά του.

13) Στις περισσότερες «Baader-Meinhof δίκες», που πήραν το όνομά τους από τους αρχηγούς των Ερυθρών Ταξιαρχιών, πλάι στους εκλεγμένους ενεργούσαν και υποχρεωτικοί συνήγοροι. Στη διαδικασία κατά των πιθανών δολοφόνων του προέδρου του ακυρωτικού δικαστηρίου του Βερολίνου von Drencmann και των απαγωγέων του αρχηγού της CDU Lorenz οι κατηγορούμενοι κάλεσαν τους υποχρεωτικούς συνηγόρους τους στα κελιά, εκεί τους χτύπησαν και την επόμενη μέρα τους χαρακτήρισαν στην αίθουσα του δικαστηρίου ως «εκμεταλλευτές» (ROPHL, Der «Zwangverteidiger» - Ein Beitrag zur Problematik der vorsorglichen Bestellung von Pflichtverteidigern neben Wahlverteidigern im Hinblick auf die Prinzipien der Verfahrenssicherung, der freien Verteidigerwahl sowie der freien Advokatur, Διατριβή, Αννόβερο 1983, σελ 15 επ.

14) RÖMER, Der aufgenötigte Pflichtverteidiger, ZRP 1977, 92 επ.

15) Π.χ. η απόφαση του BGH της 16.6.1971, Coltdammers Archiv für Strafrecht 1971, σελ. 367 επ.

16) Π.χ. OLG Hamm, Βούλευμα της 23.6.1978, NJW 1978, 1986.

Το επιτρεπτό της σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία δικαιολογείται με το ότι η StPO δεν προβλέπει βέβαια ρητά τον κατά πρόνοια ορισμό συνηγούρου αλλά και δεν τον απαγορεύει¹⁷. Αυτόν τον ισχυρισμό αντικρούουν όμως—όπως ήδη αναλύθηκε εισαγωγικά—κατά τρόπο σαφή οι §§ 141 παρ. 1 prot. 1 και 143 StPO¹⁸.

Σε ότι αφορά την υποχρέωση πρόνοιας του δικαστηρίου, προβάλλεται το επιχείρημα, ότι η επιτάχυνση της διαδικασίας που επιτυγχάνεται με τον επιπρόσθετο συνηγόρο δεν εξυπηρετεί μόνο το δημόσιο συμφέρον, αλλά πρώτα απ' όλα την προστασία του κατηγορουμένου, στον οποίο το άρθρο 61 της Σύμβασης για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα αναγνωρίζει ένα δικαίωμα για επιτάχυνση της διαδικασίας.¹⁹

Τα μειονεκτήματα που μπορεί να συνεπιφέρει ο αναγκαστικός συνηγόρος για την υπεράσπιση του κατηγορουμένου είναι προφανή και αναφέρθηκαν ήδη παραπάνω. Και χωρίς εμβασθύνουσες αναλύσεις σχετικά με τη νομική φύση, το περιεχόμενο και την έκταση της δικαστικής υποχρέωσης για πρόνοια αναφορικά με τον κατηγορούμενο δεν μπορεί εξαιτίας της βαρύτητας, η οποία δίδεται από το νόμο στην υπεράσπιση του κατηγορουμένου (βλ. ιδιαίτερα το δικαίωμα για ελεύθερη εκλογή συνηγούρου της § 137 StPO και τον απόλυτο λόγο ακυρότητας της § 338 αριθμ. 5 STPO σε περίπτωση διαδικασίας χωρίς την παρουσία ενός «αναγκαίου» συνηγούρου), να υπάρξει αμφιβολία σχετικά με το ότι ο ορισμός αναγκαστικού συνηγούρου δεν έχει καμιά σχέση με την δικαστική πρόνοια για τον κατηγορούμενο. Αυτή δεν εξασφαλίζει τίποτε περισσότερο από το ότι σε περίπτωση μιας αναγκαίας υπεράσπισης ο κατηγορούμενος έχει τυπικά έναν συνηγόρο, την ουσιαστική του όμως υπεράσπιση δεν μπορεί βέβαια να την πραγματοποιήσει.

Τα σχολιασμένα συγγράμματα συμμορφώνονται σε μεγάλο

17) Π.χ. KLEINKNECHT, Kommentar zur StPO, 36 έκδοση (1983) Νούμερο περιθωρίου 3 στην § 141.

18) Έτσι π.χ. RÖMER, Pflichtverteidiger neben Wahlverteidiger? Der aufgenötigte Pflichtverteidiger, ZRP 1977, 92 επ., ο οποίος κατά την κείμενη νομοθεσία θεωρεί μια κατά πρόνοια παραγγελία συνηγούρου μόνο τότε ως επιτρεπτή, όταν μπορεί να εφαρμοστεί αναλογικά η § 145 παρ. 1 StPO. Γι' αυτήν θάπρεπε με βάση ωρισμένα γεγονότα να είναι ήδη εξακριβωμένο, ότι (1) ο εκλεγμένος συνηγόρος θα εκλείψει από τη διαδικασία στο ακροατήριο και (2) ότι ο κατηγορούμενος και τότε πράγματι θέλει να είναι χωρίς οποιοδήποτε (εκλεγμένο) συνηγόρο.

19) Σύμφωνα με το άρθρο 6 παρ. 1 της Σύμβασης για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα καθέννας έχει το δικαίωμα να απαιτεί «η υπόθεσή του ν' αποφασίζεται κατά δίκαιο τρόπο.. και μέσα σε ανάλογη προθεσμία»

βαθμό²⁰ με την πρακτική των δικαστηρίων σχετικά με τον αναγκαστικό συνήγορο με την αναφορά στην ανάγκη για διαδικαστική ασφάλεια. Στα υπόλοιπα συγγράμματα αναγνωρίζεται βέβαια επίσης κατά κανόνα κι η ανάγκη για διαδικαστική ασφάλεια, αλλά η σημερινή πρακτική του αναγκαστικού συνηγόρου χαρακτηρίζεται όμως κυρίως ως ανεπίτρεπτη κατά την κείμενη νομοθεσία.^{20α}

Από άποψη δικαίου, το οποίο μπορεί να θεσμοθετηθεί γίνονται οι ακόλουθες προτάσεις, οι οποίες λαμβάνουν σε επαρκή βαθμό υπόψη τους τόσο το ενδιαφέρον του κράτους για την έναρξη και την ολοκλήρωση μιας ποινικής διαδικασίας σε ανάλογο χρόνο, όσο και το συμφέρον του κατηγορουμένου για μια αποτελεσματική υπεράσπιση:

— Ο «αναπληρωματικός συνήγορος»

Ο SCHMIDT-LEICHNER²¹ πρότεινε για πρώτη φορά, στηριζόμενος στον αναπληρωματικό δικαστή²² που προβλέπεται στην § 192 GVG, να εισαχθεί στην StPO ένας αναπληρωματικός συνήγορος. Η λειτουργία του θάπρεπε να έγκειται στο να παρεμποδίσει την ως αφόρητη εμφανιζόμενη συνύπαρξη του αναγκαστικού και του συνηγόρου εμπιστοσύνης, που έχουν πλήρη υπεράσπιστική εξουσία στη διαδικασία και τον κίνδυνο που προκύπτει απ' αυτήν για αντικρουόμενες μεθόδους υπερασπιστικής στρατηγικής. Γι' αυτό το λόγο πρέπει βέβαια ο αναπληρωματικός συνήγορος να είναι παρών σ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας στο ακροατήριο και να έχει ωρισμένα δικαιώματα, όπως π.χ. δικαιώματα μελέτης της δικογραφίας και πληροφόρησης, τα οποία θα του επιτρέπουν, σε περίπτωση ανάγκης, δηλ. απουσίας του εκλεγμένου συνηγόρου, να διεξάγει παραπέρα την υπεράσπιση, χωρίς να πρέπει να αναβληθεί η διαδικασία στο ακροατήριο. Πλήρεις υπερασπιστικές αρμοδιότητες θα πρέπει αντίθετα ν' αποκτήσει, μόνο όταν θα είναι απαραίτητος, δηλ. όταν θα λείπει ο εκλεγμένος

20) KLEINKNECHT, ο.α.π. (υποσημείωση 17)

20α) Σύγκρινε τις παραπομπές στον ROPOHL, ο.α.π. (υποσημείωση 13), σελ. 37.

21) Strafverfahrensrecht 1975—Fortschritt oder Rückschritt? NJW 1975, 417 επ. (422)

22) Αυτός μπορεί να κληθεί σε διαδικασίες μεγάλης διάρκειας. Είναι παρών κατά τη διάρκεια όλης της διαδικασίας και έχει σ' αυτήν όλα τα δικαιώματα ενός δικαστή. Στις διασκέψεις παίρνει όμως μόνο τότε μέρος, όταν κωλύεται ένας δικαστής.

συνήγορος.²³

Ο αναπληρωματικός συνήγορος εγκρίθηκε σε μεγάλο βαθμό από τους συγγραφείς.²⁴ Ο κύκλος εργασίας για τη μεταρρύθμιση της ποινικής δικονομίας²⁵ διατύπωσε στο σχέδιο νόμου που κατέθεσε το 1979²⁶ στις §§ 16 και 17 το μοντέλο ενός αναπληρωματικού συνηγόρου για εκτεταμένες διαδικασίες²⁷. Το σχέδιο της εισηγητικής επιτροπής για το μεταρρυθμιστικό της ποινικής διαδικασίας νόμο²⁸ τάχθηκε επίσης υπέρ της καθιέρωσης ενός αναπληρωματικού συνηγόρου για την εξυπηρέτηση της διαδικαστικής ασφάλειας.

Η κριτική για τον αναπληρωματικό συνήγορο έγκειται κατά πρώτο λόγο στο ότι αυτός δεν παραγκωνίζει στην πραγματικότητα καθόλου τη δυνατότητα που συνδέεται με το θεσμό του αναγκαστικού συνηγόρου για αντικρουόμενες μεθόδους υπερασπιστικής στρατηγικής μεταξύ αυτού και του εκλεγμένου συνηγόρου, παρά μετατρέπει μονάχα τη συνύπαρξή τους σε μια αλληλοδιάδοχη ύπαρξη. (Όμως) Έτσι δεν απαμβλύνει σχεδόν καθόλου το μειονέκτημα των αντικρουόμενων μεθόδων υπερασπιστικής στρατηγικής, όταν αυτές δεν εμφανίζονται παράλληλα παρά η μια μετά την άλλη.²⁹ Ο δεύτερος άξονας της κριτικής είναι η ουσιαστική εξουδετέρωση του αναπληρωματικού συνηγόρου. Συγκεκριμένα επειδή αποκτά πλήρη υπερασπιστικά δικαιώματα μόνο μόλις λείπει ο εκλεγμένος συνήγορος, πρέπει ο αναγκαστικός συνήγορος «να χτίσει πάνω σε μια υπερασπιστική στρατηγική, που δεν είναι δικιά του και

23) Ανταποκρινόμενα σ' αυτό πρέπει τα δικαιώματα του συνηγόρου από την επαναφορά του συνηγόρου εμπιστοσύνης πάλι να περιοριστούν.

24) Σύγκρινε MÜLLER-MEININGEN, Anwaltsblatt 1978, σελ. 218; ROXIN, Strafverfahrensrecht, 16 έκδοση, Μόναχο 1980, σελ. 95 LAMPE, JZ 1974, σελ. 699.

25) Σκοπός αυτού του κύκλου εργασίας που αποτελείται από τους πανεπιστημιακούς καθηγητές BEMMANN, GRÜNDWALD, HASSEMER, KRAUSS, LÜDERSEN, NAUKE, RUDOLPHI και WELP είναι η διαμόρφωση ενός σχεδίου ενός μοντέρνου δικαίου ποινικής δικονομίας.

26) Die Verteidigung-Gesetzentwurf mit Begründung, Heidelberg-Karlsruhe 1979.

27) Ως εκτεταμένες διαδικασίες εννοούν οι συγγραφείς τέτοιες δίκες, των οποίων η έκταση πιθανώς δεν θα το επιτρέψει σ' ένα νέο συνήγορο να κατατοπιστεί μέσα στην προθεσμία διακοπής της § 229 παρ. 1 StPO, δηλ. μέσα σε 10 ημέρες.

28) Referentenentwurf zur Änderung strafverfahrensrechtlicher Vorschriften-StVÄG 1983—, σύγκρινε Dokumentation, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins u.a., Strafverteidiger 1983, σελ. 214 επ. Το σχέδιο της εισηγητικής επιτροπής διαφέρει από τις προτάσεις του κύκλου εργασίας για τη μεταρρύθμιση της ποινικής δικονομίας ιδιαίτερα στη ρύθμιση της επίδρασης του κατηγορούμενου στο πρόσωπο αυτού που παραγγέλθηκε ως αναπληρωματικός συνήγορος.

29) RIESS, αναφέρθηκε nach Dokumentation,...o.α.π. (υποσημείωση 28)

δεν την θεωρεί σωστή³⁰, γιατί αλλιώς θα γινόταν δεκτός από τον κατηγορούμενο και τον εκλεγμένο συνήγορο και δε θα περιοριζόταν στο ρόλο του αναπληρωματικού συνηγόρου».

Την λειτουργία που αρμόζει στην (αναγκαία) υπεράσπιση -δηλ. προστασία και υποστήριξη του κατηγορουμένου- θα μπορούσε να την εκπληρώσει ο αναπληρωματικός συνήγορος, μόνο αν θα ίσχυε και γι' αυτόν, αυτό που αναγνωρίζεται στη νομολογία γενικά για την περίπτωση της εισόδου στη διαδικασία ενός νέου συνηγόρου³¹, ότι δηλ. εγκρίνονται τα αιτήματά του για επανάληψη της διεξαγωγής των αποδείξεων, πράγμα που σε ακραία περίπτωση θα μπορούσε να σημαίνει την επανάληψη όλης της διεξαγωγής της απόδειξης. Έτσι όμως θα χανόταν σε σημαντικό βαθμό βέβαια το επιταχυντικό της διαδικασίας αποτέλεσμα, το οποίο υποτίθεται, ότι σκοπείται με το θεσμό του αναπληρωματικού συνηγόρου. Για να εμποδιστεί κάτι τέτοιο, σημειώνεται και στην αιτιολογική έκθεση της § 144 παρ. 5 του σχεδίου της εισηγητικής επιτροπής, ότι ο αναπληρωματικός συνήγορος πρέπει ν' αναλάβει τη διαδικασία στην κατάσταση εκείνη που βρίσκεται στο χρονικό σημείο, κατά το οποίο αυτός εισέρχεται σε πλήρη υπερασπιστική θέση³². Έτσι όμως ο αναπληρωματικός συνήγορος, όπως ήδη ειπώθηκε, δεν αποτελεί λύση, η οποία θα ήταν περισσότερο κατάλληλη από τον αναγκαστικό συνήγορο για να επιφέρει μια ανάλογη εξισορρόπηση συμφερόντων μεταξύ των συμφερόντων του κατηγορουμένου και αυτών της διαδικασίας.

— Κατάργηση ή περιορισμός της αναγκαίας υπεράσπισης

Χωρίς το θεσμό της αναγκαίας υπεράσπισης δεν υπάρχει καμιά δυνατότητα σαμποτάζ της διαδικασίας με παραίτηση από την εντολή ή αφαίρεσή της. Αν λοιπόν έλειπε ο απόλυτος λόγος αναιρέσης της § 338 αριθμ. 4 StPO, τότε θα ήταν δυνατό να προχωρήσει η διαδικασία και χωρίς συνήγορο. Έτσι θα ήταν η προληπτική παραγγελία συνηγόρου περιττή και το πρόβλημα του αναγκαστικού συνηγόρου φαίνεται νάναι λυμένο.

Ο HAFCKE³³, όπως και ο WELP³⁴, βλέπει στην αναγκαία

30) RIESS, ο.α.π. (υποσημείωση 29)

31) Σύγκρινε π.χ. BGHSt 13, 337 επ. (339)

32) ROPOHL, ο.α.π. (υποσημείωση 13) σελ. 202.

33) Zwangsverteidigung-notwendige Verteidigung-Pflichtverteidigung-Ersatzverteidigung, Strafverteidiger 1981, σελ. 471 επ.

34) Der Strafverteidiger als Anwalt des Vertrauens, ZStw 90 (1978), σελ. 101 επ.

υπεράσπιση μια προσβολή της αρχής της αυτονομίας, η οποία ανάγεται σε συνταγματικό επίπεδο. Η κριτική του στηρίζεται κυρίως σε τρεις προϋποθέσεις:

(1) Για να εξασφαλιστεί η ιδιότητα ως υποκειμένου για τον κατηγορούμενο, πρέπει να του παραχωρηθεί ένας διαδικαστικός χώρος ενέργειας, τον οποίο να μπορεί να χρησιμοποιήσει αυτόνομα και χωρίς κρατική κηδεμονία (2) Ο εξαναγκασμός για υπεράσπιση προσβάλλει τον πυρήνα αυτής της αρχής της αυτονομίας και (3) Η υπεράσπιση δεν είναι απαραίτητος όρος της δίκαιας απόφασης, παρά μόνο μια επιπρόσθετη εξασφάλιση, από την οποία μπορεί κανείς να παραιτηθεί³⁴. Πάνω σ' αυτή τη βάση προτείνει ο HAFCKE *de lege ferenda*, να λαμβάνεται από τη μια μεριά πρόνοια, ώστε να μπορεί να γίνεται πραγματικά υπεράσπιση του κατηγορουμένου από έναν εκλεγμένο συνήγορο της εμπιστοσύνης του³⁵, και από την άλλη όμως να γίνεται σεβαστή η θέληση του κατηγορουμένου, ο οποίος παρά την προσφορά υπεράσπισης δεν διαβλέπει καμία αξία σ' αυτήν, με την προϋπόθεση βέβαια ότι ο κατηγορούμενος είναι σε θέση πνευματικά να αναγνωρίζει τη σημασία της απόφασής του.

Σχετικά με τα πλεονεκτήματα και τα μειονεκτήματα μιας διαδικαστικής αρχής αυτονομίας και με τα συμπεράσματα που συνάγει ο HAFCKE απ' αυτήν δεν είναι δυνατό, και δε χρειάζεται να επεκταθούμε σ' αυτό το σημείο³⁶. Για τη λύση του προβλήματος του από πρόνοια ορισμού συνηγόρου, για την οποία πρόκειται εδώ, δεν κερδίζουμε τίποτα από την αναγνώριση της αρχής της αυτονομίας, επειδή ο κατηγορούμενος, ο οποίος εξέλεξε ένα συνήγορο, θέλει να τον υπερασπιστεί κάποιος και μάλιστα ακόμη και όταν έχει αφαιρέσει για οποιοδήποτε λόγο από το συγκεκριμένο συνήγορο την υπερασπιστική εντολή, εφόσον απλώς θέλει να εκλέξει ένα άλλο συνήγορο.

Αν θελήσει κανείς να εξαλείψει το πρόβλημα του αναγκαστικού συνηγόρου με κατάργηση της αναγκαίας υπεράσπισης, πρέπει να κάνει ένα βήμα παραπέρα, όπως το έκανε π.χ. ο RIESS³⁷ με

34a) RIESS, *Pflichtverteidigung-Zwangsverteidigung-Ersatzverteidigung, Reform der notwendigen Verteidigung, Strafverteidiger* 1981, 460 επ. (461).

35) Αυτό σημαίνει λοιπόν απελευθέρωση του σημερινού συστήματος του υποχρεωτικού συνηγόρου από την αναπληρωματική λειτουργία του ευεργετήματος της πείνας και αντικατάστασή του από μια προσφορά δικονομικής βοήθειας, η οποία καθιστά δυνατό για τον κατηγορούμενο να εκλέγει ένα συνήγορο της εμπιστοσύνης του.

36) Για την κριτική της αρχής της αυτονομίας σύγκρινε αναλυτικά. ROPOHL, ο.α.π. σελ. 156 επ.

37) ο.α.π. (υποσημείωση 34a)

την καλούμενη λύση αποδυνάμωσης. Αυτή η ιδέα στηρίζεται— όπως το ονομάζει ο εμπνευστής της—σε μια «περιορισμένη» αρχή της αυτονομίας. Στις περιπτώσεις εκείνες που πρέπει να «καταλογιστεί» στον κατηγορούμενο η αποχώρηση του συνηγόρου, πρέπει να μπορεί να διεξαχθεί η διαδικασία στο ακροατήριο και κατά του κατηγορουμένου, ο οποίος δεν αντιπροσωπεύεται από δικηγόρο. Θάπρεπε σ' αυτή την περίπτωση μόνο να φροντίσει κανείς, να συμπαρίσταται γρήγορα πάλι στον κατηγορούμενο ένας συνήγορος.

Το κύριο πρόβλημα της λύσης αυτής έγκειται στη *φόρμουλα του καταλογισμού*. Κριτήρια για το πότε πρέπει να καταλογιστεί στον κατηγορούμενο η αποχώρηση του συνηγόρου δε δίνει ούτε ο RIESS.

Ο νομοθέτης θα μπορούσε να θέσει σχετικά από την μια αντικειμενικά κριτήρια, για το πότε μια αποχώρηση συνηγόρου πρέπει να καταλογίζεται στον κατηγορούμενο. Η κατάχρηση του δικαιώματος για υπεράσπιση θα προέκυπτε τότε ήδη από την εξωτερική εικόνα³⁸. Αυτό θα μπορούσε επίσης να συμβεί με τη διάταξη, ότι κατά του κατηγορουμένου, ο οποίος άλλαξε ήδη μια-δυό ή χ-φορές τον συνήγορό του, μπορεί να προχωρήσει η διαδικασία και χωρίς παρουσία συνηγόρου. Έτσι θα δινόταν στα δικαστήρια μια σαφής βάση για λήψη αποφάσεων, ενώ και η πολλαπλή αλλαγή συνηγόρων από τον κατηγορούμενο δε θα πρέπει σε καμιά περίπτωση να σημαίνει, ότι η αλλαγή των συνηγόρων έγινε με σκοπό την παρέλκυση της διαδικασίας³⁹. Για να διαπιστωθεί, αν ο κατηγορούμενος σε μια τέτοια περίπτωση χρησιμοποίησε καταχρηστικά το δικαίωμά του για ελεύθερη εκλογή συνηγόρου, θάπρεπε να προσφύγει κανείς σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση στα σχετικά ελατήριά του. Γι' αυτό το λόγο και η λύση αυτή συναντά τους ίδιους ενδοιασμούς, όπως μια καταχρηστική ρήτρα της μορφής, ότι το δικαίωμα για ελεύθερη εκλογή συνηγόρου αποδυναμώνεται τότε, όταν η παραίτηση από την εντολή ή η αφαίρεσή της «γίνεται προφανώς μόνο για παρέλκυση της δίκης». Μολονότι μπορεί να βρει κανείς στην StPO παραδείγματα για τέτοιες ρήτρες κατάχρησσης⁴⁰, πρέπει να αποκρουστεί επίσης αυτός ο δρόμος από λόγους

38) Ως παράδειγμα για μια ρύθμιση, στην οποία θα υλοποιούνταν αυτή η αρχή, θα μπορούσε να ονομάσει κανείς π.χ. την § 137 παρ. 1 prot. 1 —περιορισμός του αριθμού των εκλεγμένων συνηγόρων σε τρεις—, η οποία καθοδηγείται από τη βασική σκέψη, ότι ένας μεγαλύτερος αριθμός εκλεγμένων συνηγόρων κρύβει τον κίνδυνο της παρέλκυσης της δίκης. ROPOHL ο.α.π., σελ. 172.

39) ROPOHL, ο.α.π. σελ. 174.

40) σύγκρινε π.χ. § 266 παρ. 3 prot. 1 StPO, η οποία στην περίπτωση μιας πρόσθετης κατηγορίας προβλέπει την απόρριψη της διακοπής της διαδικασίας.

ασφαλείας του δικαίου, επειδή υποκειμενικές διαδικασίες «εξελίσσονται στο μυαλό των διαδίκων»⁴¹ και «η έρευνα των ελατηρίων» δεν μπορεί να είναι καθήκον του δικαστηρίου.

— Ο «συμπληρωματικός συνήγορος»

Ο ROPohl⁴² προτείνει την καθιέρωση ενός λεγομένου *συμπληρωματικού συνηγόρου* στην StPO. Αφετηρία αυτού του μοντέλου είναι η θέση, ότι η σύμπραξη τουλάχιστον δύο συνηγόρων είναι κατ' αρχή κατάλληλη να περιορίσει τον κίνδυνο της απουσίας του συνηγόρου και συνεπώς μιας κατάστασης που αντιτίθεται στη συνέχιση της διαδικασίας στο ακροατήριο, δηλ. μιας άνευ συνηγόρου κατάστασης. Από την αρχή λοιπόν θάπρεπε να συμπράττουν δύο συνήγοροι στη διαδικασία, οι οποίοι διεξάγουν από κοινού την υπεράσπιση. Γι' αυτό το λόγο θάπρεπε και οι δυό να είναι συνήγοροι της εμπιστοσύνης του κατηγορουμένου. Παραπέρα αποτελεί προϋπόθεση, να είναι ο ένας των δύο συνηγόρων ένας κατά παραγγελία συνήγορος, δηλ. ένας συνήγορος, από τον οποίο δε θα μπορεί ν' αφαιρεί την εντολή ο κατηγορούμενος από μόνος του, ώστε να μην είναι στο χέρι του το να επιφέρει μια κατάσταση έλλειψης συνηγόρου. Επειδή όμως και ο κατά παραγγελία συνήγορος θάπρεπε να είναι συνήγορος εμπιστοσύνης, η επιλογή του επαφίεται αναγκαστικά στον κατηγορούμενο. Έτσι θάπρεπε σε περίπτωση απώλειας της εμπιστοσύνης να καθιερωθεί μια αξίωση του κατηγορουμένου για απαλλαγή του από τα καθήκοντά του.⁴³

Με το μοντέλο αυτό προλαμβάνεται το σαμποτάζ της διαδικασίας, που επιτυγχάνεται με αφαίρεση της εντολής και της εμπιστοσύνης, επειδή κατ' αρχή οι συνήγοροι ποτέ δεν επιτρέπεται να αποχωρήσουν από τη διαδικασία ταυτόχρονα αλλά πάντα μόνο διαδοχικά, δηλ. μετά την κατατόπιση του νέου συνηγόρου. Κατά δεύτερο λόγο ο κατηγορούμενος μπορεί ν' αλλάξει ένα συνήγορο που βρίσκεται στη διαδικασία (αναγκαίο) βασικά μόνο δυό φορές. Μια αλλαγή συνηγόρων πέρα απ' αυτήν είναι μόνο τότε επιτρεπτή, όταν ταυτόχρονα εξασφαλίζε-

όταν το αίτημα για διακοπή τίθεται «προφανώς κατά τρόπο θρασύ ή για καθυστέρηση της διαδικασίας»

41) ROPohl, ο.α.π., σελ. 174επ.

42) ROPohl, ο.α.π. σελ. 208επ, ο οποίος στηρίζεται σε μια ιδέα του Schneider, *Notwendige Verteidigung und Stellung des Pflichtverteidigers im Strafverfahren*, Διατριβή 1979, σελ. 99επ.

43) ROPohl, ο.α.π. σελ. 214.

ται, ότι δεν πρόκειται να υπάρξει καθυστέρηση της διαδικασίας.⁴⁴

Χωρίς να μπορούμε να επεκταθούμε σε ειδικότερη μελέτη αυτού του μοντέλου από λόγους περιορισμένου χώρου, φαίνεται να είναι ο «συμπληρωματικός» συνήγορος πραγματικά ο δρόμος, ο οποίος βλάπτει στο ελάχιστο τα υπερασπιστικά συμφέροντα του κατηγορουμένου, μολονότι κι αυτή η λύση—όπως προκύπτει από τον περιορισμό σε μια αλλαγή συνηγόρου μόνο δυο φορές—ξεκινά από το ότι μια πολλαπλή αλλαγή συνηγόρου είναι πάντα μια σίγουρη ένδειξη για την πρόθεση σαμποτάζ της διαδικασίας⁴⁵ και μ' αυτήν συνδέει την ανάλογη συνέπεια.

Αν οι άλλες λύσεις δεν είναι εφαρμόσιμες χωρίς σημαντικές επενέργειες στη δομή της ποινικής δίκης, κατά της λύσης του «συμπληρωματικού συνηγόρου» ομιλούν κατά τη γνώμη μου τα σοβαρά οικονομικά έξοδα, τα οποία θα συνεπαγόταν αναγκαία η καθιέρωση του. Σκέψεις σχετικές με το κόστος και τα οφέλη είναι κατά τη γνώμη μου σκόπιμες στην επίλυση της προβληματικής του αναγκαστικού συνηγόρου. Στην μακρόχρονη συζήτηση σχετικά με τον αναγκαστικό συνηγόρο παρατηρεί κανείς, ότι στην πράξη δεν συναντώνται αξιόλογα παραδείγματα για σαμποτάζ της διαδικασίας με κατάχρηση της αναγκαίας υπεράσπισης⁴⁶. Αν κανείς όμως παραμερίσει το ότι το σαμποτάζ της διαδικασίας με τη βοήθεια του θεσμού της αναγκαίας υπεράσπισης θα είχε πράγματι το βάρος, που του αποδίδεται κατά τη συζήτηση για τον αναγκαστικό συνηγόρο, τότε πρέπει να θέσει κατά τη γνώμη μου δυο ερωτήματα:

1. Ποιοί λόγοι μπορούν να παρακινήσουν κατά λογικό τρόπο τον κατηγορούμενο στο να αναβάλλει με όλα τα μέσα που βρίσκονται στη διάθεσή του την απόφαση; και

2. Δεν υπάρχουν επίσης δυνατότητες να προληφθεί ένα σαμποτάζ της διαδικασίας χωρίς να χρειάζεται γι' αυτό μια μεταρρύθμιση των διατάξεων για την ποινική υπεράσπιση;

Στην 1. ερώτηση: Λογικά φαίνονται μόνο δύο κίνητρα του κατηγορουμένου να καθυστερεί τη διαδικασία για ν' αναβάλλει έτσι την απόφαση. Από τη μια μεριά η επιμήκυνση της διάρκειας της προφυλάκισης για εκείνον τον κατηγορούμενο, ο οποίος αναμένει μια μακρόχρονη στερητική της ελευθερίας

44) ROPOHL, ο.α.π. σελ. 223 επ.

45) Μια συνέπεια την οποία ο ROPOHL στην κριτική της λύσης της αποδυνάμωσης του RIESS την απορρίπτει, ο.α.π.

46) WÄCHTLER, Ersatzverteidigung—Eine Alternative zur Zwangsverteidigung? Strafverteidiger 1981, σελ. 466 επ.

ποινή, επειδή οι περιορισμοί που αντιμετωπίζει σ' αυτήν είναι πολύ λιγότερο ριζοσπαστικοί απ' αυτούς που τον περιμένουν κατά την έκτιση της ποινής.⁴⁷

Βέβαια τέτοιες σκέψεις μπορούν να κάνουν μόνο οικονομικά πολύ ανεξάρτητοι κατηγορούμενοι, επειδή τα έξοδα της διαδικασίας δηλ. κατά πρώτο λόγο τα έξοδα της υπεράσπισης με την επέκταση της διάρκειας της διαδικασίας δεν ελαττώνονται. Από την άλλη μεριά και το ενδιαφέρον ενός συνηγόρου για μια εξαιρετικά μακρόχρονη ποινική διαδικασία είναι περιορισμένο, γιατί μια ποινική διαδικασία που βρίσκεται σε εξέλιξη παραβλάπτει σημαντικά τη δυνατότητά του για διάθεση του επαγγελματικού του χρόνου.

Δεύτερο ελατήριο του κατηγορουμένου να καθυστερήσει τη διαδικασία και συνακόλουθα την απόφαση θα ήταν η αναμονή της έναρξης καταστάσεων που αφορούν τη δυνατότητα υγείας του ή/και την λόγω ηλικίας ικανότητα να λάβει μέρος στη διαδικασία ή/και την ικανότητά του να είναι προφυλακισμένος. Ο αριθμός των κατηγορουμένων που θα υπέπιπτε σ' αυτήν την κατηγορία πρέπει όμως νάναι ακόμη μικρότερος, από τον αριθμό εκείνων, οι οποίοι θέλουν να επιμηκύνουν τη διάρκεια της προφυλάκισης σε βάρος της έκτισης της ποινής.

Στη 2 ερώτηση: Αν αποσκοπούσε πράγματι ένας σημαντικός αριθμός κατηγορουμένων την καθυστέρηση της διαδικασίας για να επιμηκύνει την προφυλάκιση —πράγμα που θάπρεπε να ερευνηθεί— τότε δεν μπορεί η συνέπεια αυτού του γεγονότος να βρίσκεται στην απαγόρευσή του με περιορισμούς των δικαιωμάτων υπεράσπισης, αλλά η λύση του προβλήματος θάπρεπε να επιχειρηθεί στο επίπεδο που αυτό εμφανίζεται, δηλ. με τον παραμερισμό της δυσανάλογης σχέσης μεταξύ των συνθηκών προφυλάκισης και έκτισης της ποινής.

Ανεξάρτητα απ' αυτό πρέπει κανείς ν' αναλογιστεί και τα ακόλουθα:

Σαμποτάζ μιας διαδικασίας μπορεί να επιχειρηθεί —αποτελεσματικά— μόνο σε διαδικασία μιας ωρισμένης έκτασης, η οποία δεν καθιστά δυνατό για ένα συνήγορο που θα οριστεί κατά την § 145 παρ.1, να κατατοπιστεί για το υλικό της δίκης μέσα στην καθιερωμένη από το νόμο προθεσμία διακοπής της δίκης της §

47) Ένας νόμος για την εκτέλεση της προφυλάκισης δεν υπάρχει στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας. Σε σύγκριση με τις ριζοσπαστικές και κατά τη γνώμη μου εξαιρετικά σχολαστικές ρυθμίσεις των δικαιωμάτων των καταδικών στο νόμο για την εκτέλεση των ποινών, αφήνουν οι αρχές που τίθενται στην § 119 StPO ένα ευρύ περιθώριο.

229 παρ. 1 StPO, δηλ. μέσα στις 10 ημέρες. Σύμφωνα με τα στατιστικά στοιχεία της δικαιοσύνης το 1979 χρειάστηκαν 2,8% των πρωτόδικων διαδικασιών στο πλημμελειοδικείο, 0,02% όλων των κατ' έφεση διαδικασιών και 0,002% όλων διαδικασιών του πταισματοδικείου περισσότερες από 10 μέρες⁴⁸. Αυτά τα ποσοστά δεν αποτελούν βέβαια σημαντικό τμήμα του συνόλου των ποινικών διαδικασιών. Πέρα απ' αυτό οι αριθμοί αυτοί δεν λένε τίποτα σχετικά με το γιατί αυτές οι διαδικασίες χρειάστηκαν μια ωρισμένη διάρκεια. Επίσης δεν υπάρχουν αποτελέσματα μιας κάποιας σχετικής έρευνας νομικών δεδομένων⁴⁹. Σε μια διαδικασία κατά τεσσάρων ηγετικών στελεχών της Κόκκινης Ταξιαρχίας το εφετείο της Στουτγκάρδης χρησιμοποίησε ως απόδειξη του μη δυνατού της διεξαγωγής της διαδικασίας στο ακροατήριο κατά των περιορισμένα μόνο ικανών για τη διαδικασία κατηγορουμένων, σε μερικές μέρες και ώρες διαδικασίας, ότι η ομοσπονδιακή εισαγγελική αρχή γνώστοποίησε 997 (!) μάρτυρες και 80(!) πραγματογνώμονες⁵⁰. Αυτό οδηγεί στο ερώτημα, μήπως υπάρχει κάποια δυνατότητα να μην επιτρέπεται καν να μετατρέπονται οι διαδικασίες σε διαδικασίες μαμούθ, οι οποίες τότε με τη σειρά τους δίνουν στον κατηγορούμενο τη δυνατότητα να σαμποτάρει τη διαδικασία με αλλαγή συνηγόρων και μπορούν να παρακινήσουν το δικαστήριο να περιορίσει τα υπερασπιστικά δικαιώματα του κατηγορουμένου με την παραγγελία ενός αναγκαστικού συνηγόρου.

Ένας δρόμος για τη λύση του προβλήματος θα μπορούσε να είναι η πρόταση του τμήματος ποινικού δικαίου της 50. Γερμανικής Ημέρας Νομικών⁵¹, δηλ. αντί για μια ιδιαίτερη δικονομία για μεγάλες διαδικασίες να μεταρρυθμιστεί το ποινικό δικονομικό δίκαιο και η πρακτική της απονομής της δικαιοσύνης έτσι, ώστε οι λεγόμενες μεγάλες διαδικασίες ν' αποφεύγονται κατά το δυνατό ή να μπορούν τουλάχιστο να περιορίζονται. Ένα κατάλληλο μέσο για το σκοπό αυτό θεωρούν οι υπογράφωντες την πρόταση τον περιορισμό του υλικού της δίκης. Γι' αυτό θα πρέπει να συμπληρωθούν και να διευρυνθούν οι σχετικές δυνατότητες που υπάρχουν κατά το ισχύον δίκαιο σύμφωνα με τις §§ 154 και 154a StPO— και

48) αναφέρεται σύμφωνα με τον ROPOHL, ο.α.π. σελ. 226.

49) Σύγκρινε FROHN σ' αυτό το τεύχος.

50) Σύγκρινε GRÜNDWALD, Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 22. 10. 75, BGHSt 26, 228, bzw zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichtshofes vom 21. 1. 1976, BVerfGE 41, 246, JZ 1976, 767 επ. (769)

51) Σύγκρινε Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Hamburg 1974, Tom. II, Μέρος Κ, σελ. 270 επ.

αφορούν μερική παραίτηση από την ποινική δίωξη σε περίπτωση πολλών πράξεων και παραίτηση από τη δίωξη ξεχωριστών μερών μιας πράξης—με τη μεταρρύθμιση αυτών των διατάξεων.

Μ' αυτή την πρόταση συντάσσομαι κι εγώ.

Τα τεχνάσματα του συνηγόρου

Ι. Πριν από λίγα χρόνια κυκλοφόρησε στη χώρα μας ένα σύγγραμμα—λίβελλος για τις μεθόδους όσων με οποιοδήποτε τρόπο συμβάλλουν στην απονομή της ποινικής δικαιοσύνης: πρόκειται για το «Εγχειρίδιον του Καλού Κλέφτη» του *Η. Πετρόπουλου* που αρχικά χαρακτηρίστηκε από τα ελληνικά ποινικά δικαστήρια για κάποιες σελίδες του ως άσεμνο έντυπο. Η σχετική κρίση δικαστηρίου της ουσίας πρόκειται πάντως να επαναληφθεί μετά από αναιρετική απόφαση του Αρείου Πάγου.¹

Στο εγχειρίδιο αυτό, στα πλαίσια μιας σκληρής και άδικα

1. ΑΠ 546/1983, ΝοΒ 31(1983) 714

γενικευμένης κριτικής των υπερασπιστικών μεθόδων αναφέρεται² ότι ο συνήγορος του Καλού Κλέφτη συμεριζεται τις απαρχαιωμένες αντιλήψεις του δικαστή περί Δικαιοσύνης, εγκλήματος και σφρονισμού. Και αναλύεται η υπερασπιστική τακτική της προσαρμογής προς τα πρότυπα του δικαστή^{2α}: «Ο κατηγορούμενος στη διάρκεια της δίκης κάθεται στο εδώλιο σαν Παναγία. Ακίνητος, απαντά με λίγα λόγια, φέρεται σεμνά, δίνει διευκρινήσεις με δουλοπρέπεια, παριστάνει τον πικρά μετανοιωμένο, κοιτάει στα μάτια τον δικαστή, ευχαριστεί τον Εισαγγελέα ακόμη κι όταν αυτός τον βρίζει, δεν χρησιμοποιεί αργό, αμφισβητεί με λεπτότητα τα λόγια των μαρτύρων κατηγορίας, γίνεται οπαδός της στωϊκής φιλοσοφίας, δεν βήχει, δεν εξάπτεται, δεν χαμογελά, σχεδόν δεν ανασαινει».

Όσο πρόχειρη κι αν θα ήταν η γενίκευση ακραίων περιπτώσεων, πρέπει να παραδεχθούμε ότι καταστάσεις που δεν απομακρύνονται πολύ από τις παραπάνω είναι υπαρκτές και ίσως όχι σπάνιες στους χώρους της απονομής της ποινικής δικαιοσύνης. Ανάλογες παρατηρήσεις άλλωστε γίνονταν από παλιά, και μάλιστα από λόγιες φωνές.³ Είναι αρκετά αντιπροσωπευτικό, και αξίζει γι' αυτό να αναφερθεί, ένα πρόσφατο περιστατικό για το οποίο έχω προσωπική γνώση: Πριν από λίγους μήνες καταδικάστηκαν από το Τριμ. Πλημ. Θεσ. για διατάραξη κυκλοφορίας μέλη της κινήσεως των οικολόγων που διαδήλωναν προβάλλοντας τους στόχους τους. Κατά τη διάρκεια της υπερασπιστικής προετοιμασίας, την προηγούμενη μέρα της δίκης, συνήγοροι ανακοίνωσαν στους κατηγορούμενους ότι μάρτυρες υπερασπίσεως θέλουν να καταθέσουν ότι αυτοί είναι «αξιόλογοι άνθρωποι, επιστήμονες, φοιτητές, καλά παιδιά». Οι κατηγορούμενοι τότε έδειξαν έντονη δυσφορία, συμφωνώντας λίγο—πολύ ότι οι αναφορές αυτές τους φαίνονται υποτιμητικές, και πως επιθυμούν να περιοριστούν οι μάρτυρες στο συγκεκριμένο ιστορικό: τί έγινε, τί δεν έγινε.

II. Τα παραδείγματα αυτά σχηματοποιούν μια σημαντική κατηγορία τεχνικών της ποινικής δικηγορίας: τις προσπάθειες προσαρμογής του κατηγορουμένου στα πρότυπα και τις αντιλήψεις του αναμενόμενου δικαστή, προσπάθειες που

2. Σελ. 103

2α. Σελ. 100—101

3. Βλ. Κ.Μπράτσου, Η άσκησης της δικηγορίας ως κοινωνικών λειτουργήματα (1961)71: «...παρατηρεί τις απατηλές δράσεις, η λαϊκή δε ως εκ τούτου πεποίθησις είναι ότι ο Δικηγόρος τον δόλον και το ψεύδος θεωρεί ως θεμελιώδες άρθρον της δικηγορικής δεοντολογίας».

αποφέρουν κάποτε διασκεδαστικές μεταμορφώσεις των λύκων σε αρνιά.

Στις τεχνικές αυτές εντάσσονται βέβαια και πολλές άλλες μέθοδοι: η προσπάθεια κάποιας έμμεσης επιλογής της σύνθεσης με την επίκληση λόγων αναβολής, η υποβολή αιτημάτων για μικρό ή μεγάλο αριθμό πινακίου και η εφαρμογή κανόνων της καθημερινής εμπειρίας, όπως π.χ. ότι είναι προτιμότερο να «περάσει» κάποιος συλλογισμός πρώϊμα στη δίκη, παρενθετικά σε μια ερώτηση, παρά να προβληθεί στο τέλος με την αγόρευση, ότι είναι (ή δεν είναι) προτιμότερη η προσαγωγή πολλών αποδεικτικών μέσων, κ.λ.π.

Οι ποικίλες αυτές τεχνικές εντάσσονται στον ενδιάμεσο χώρο ανάμεσα στην αναζήτηση της αλήθειας και στα αθέμιτα και αξιοποινα υπερασπιστικά τεχνάσματα (όπως η προσαγωγή ψευδών αποδεικτικών μέσων). Έτσι οριοθετείται και το πρόβλημα που τίγεται εδώ: Από τη μια πλευρά εξαιρούνται τα ερωτήματα νομιμότητας, αφού αυτή σ' αυτές τις περιπτώσεις είναι αδύνατο να αμφισβητηθεί. Από την άλλη, εκτός οπτικού πεδίου μένουν οι μέθοδοι για την αντικειμενική αναζήτηση της αλήθειας. Εδώ πρόκειται για την προβολή ισχυρισμών και τη δημιουργία παραστάσεων που έχουν πιο πολύπλοκη σχέση με την πραγματικότητα.

Είναι φανερό ότι το ερώτημα εξαρτάται άμεσα από τις αντιλήψεις για τη θέση και την αποστολή του συνηγόρου. Αλλιώς θα απαντηθεί από όσους αποδίδουν το κύριο βάρος στη συμβολή του συνηγόρου για την ανεύρεση της αλήθειας⁴, αλλιώς από όσους τονίζουν τον αναγκαστικά μονόπλευρο, υπέρ του κατηγορουμένου, ρόλο του μονόπλευρο είτε από νομική άποψη (γιατί η έξαρση εκείνων των στοιχείων που ωφελούν τον κατηγορούμενο οδηγεί στην έκδοση αξιολογικά συνθετικής και ηθικά δικαιωμένης απόφασης)⁵ είτε από κοινωνιολογική άποψη (επειδή π.χ. γίνεται δεκτό ότι ο δικηγόρος δεν επιδιώκει «αντικειμενικότητα και δικαιοσύνη, αλλά ευθεία παρέμβαση και οικειοποίηση της κρατικής εξουσίας που ασκείται και ταυτόχρονα διανέμεται»)⁶. Αλλά το ευρύτερο πρόβλημα της μονομέρειας του συνηγόρου ξεφεύγει από τα όρια αυτής της εισήγησης.

4. Ι. Ζησιάδη, Ποινική δικονομία Ι (1977) 129—130.

5. Έτσι ο Γ.Α. Μαγκάκης, Το ηθικόν πρόβλημα της υπερασπίσεως, Πχρ. 1965. 257, 266. Δογματικό επιχείρημα για την ίδια άποψη βλ. στον Τ. Φιλιππίδη, Εγχειρίδιον Δικαστικής ψυχολογίας Ι (1979) 168.

6. Κ. Τσουκαλά, Κοινωνική ανάπτυξη και κράτος. Η συγκρότηση του δημόσιου χώρου στην Ελλάδα (1981) 165.

Εδώ θα γίνει αναφορά κυρίως στις σχέσεις των τεχνικών αυτών με την επιστήμη. Πρόκειται για μια οπτική γωνία που δεν ταυτίζεται ολοκληρωτικά μ' αυτήν της υπερασπιστικής δεοντολογίας. Για παράδειγμα, το δικαίωμα σιγής του κατηγορουμένου και η υποχρέωση του συνηγόρου να μη λείει όλη την αλήθεια (να στηρίζεται δηλαδή σε ό,τι προκύπτει και όχι σε ό,τι έγινε)⁷ νομιμοποιεί αλλά αυτόματα δεν δικαιολογεί από επιστημονική άποψη παρόμοιες τεχνικές.

Βέβαια στα πλαίσια αυτής της εισήγησης δεν μπορεί να επιχειρηθεί μια γενικότερη επιστημολογική θεώρηση του έργου του νομικού: θα πρέπει να αρκεστούμε στις απλές θέσεις, ότι επιστημονικό χαρακτήρα έχει η προσπάθεια του νομικού για ακριβέστερη γνώση, κι ότι η γνώση αυτή στην ποινική δίκη θα πρέπει να οδηγεί στην επιλογή μιας αντίστοιχης με το άδικο και τον καταλογισμό του συγκεκριμένου δράστη έννομης συνέπειας.

Καθώς όμως ο νομικός αναζητεί «κοινωνική γνώση» και «κοινωνική αλήθεια», αναγόμενη δηλαδή στη συμπεριφορά του ανθρώπου μέσα στην κοινωνία, η διαπίστωσή του δεν μπορεί να είναι απαλλαγμένη από αξιολογήσεις⁸. Ο παρατηρητής, φορέας προκαταλήψεων και ιδεολογίας, μετέχει στα παρατηρούμενα, τα βλέπει με τους δικούς του φακούς: καθώς λοιπόν κάθε ανθρώπινη πράξη είναι δεκτική πολλών σημασιολογήσεων, ο συνήγορος δεν μπορεί να ψεχθεί ως επιστήμονας, όταν υποστηρίζει εκείνη την άποψη που έχοντας αφετηρία την πράξη ευνοεί τον κατηγορούμενο. Όταν αντίθετα η άποψή του έρχεται σε ολοκληρωτική αντίθεση με κάθε εμπειρικό στοιχείο, όταν δεν είναι καν σχετική αλήθεια, δεν μπορεί νομίζω να χαρακτηρίζεται επιστημονική.

Πρέπει λοιπόν στο όνομα της επιστήμης να δεχθούμε την αυστηρή θέση ότι όλες αυτές οι υπερασπιστικές τεχνικές που «παίζουν» με την πραγματική κατάσταση είναι ανεπίτρεπτες;

Ότι όπως φαίνεται να ισχυρίζεται ο συγγραφέας του Εγχειριδίου, η ανάπτυξή τους οφείλεται βασικά στην αμοιβοθηρία;⁹ Ή υπάρχουν περιπτώσεις και λόγοι, σύμφυτοι με οργανικές αδυναμίες της απονομής της ποινικής δικαιοσύνης, που κάποτε μπορούν να τις δικαιολογήσουν;

7. Βλ. σχετικά Ι. Δασκαλοπούλου, Ψυχολογικά αίτια της αστόχου διαकाστικής κρίσεως (1965) 240 κλ., Η Γάφου, Ποινική δικονομία Ι (1966) 66, Φιλίππιδη, αυτ. Επίσης Η. Dahn, Handbuch des Strafverteidigers (1971) 28 κκ.

8. Ι. Μανωλεδάκη, Εισαγωγή στην επιστήμη (1980) 43, Θ. Βέικου, Φιλοσοφία και επιστήμη (1980) 143

9. Ο.π. 103

III. Η διερεύνηση μπορεί να ξεκινήσει από τα πιο βατά πεδία: από τα νομικά (σε αντιδιαστολή δηλαδή 'με τα πραγματικά) ζητήματα.

Ας υποθέσουμε ότι για τον όρο X της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος που κατηγορείται κάποιος ότι διέπραξε, υποστηρίζονται δύο ερμηνείες: Η Α, που επικρατεί, και η Β που υποστηρίζεται μεμονωμένα και δεν πείθει για την ορθότητά της ούτε τον ίδιο τον συνήγορο. Αν τώρα ο τελευταίος υποστηρίζει την ερμηνεία Β επειδή ευνοεί τον κατηγορούμενο, τότε η επιλογή του αυτή

- είναι βέβαια νομικά επιτρεπτή
- είναι δικαιωμένη απόλυτα από υπερασπιστική άποψη
- μένει αδικαιολόγητη όμως από την άποψη της επιστημονικής ευθύνης.

Εδώ ο συνήγορος βρίσκεται σε μια ιδιότυπη κατάσταση ανάγκης: ή θα θέσει σε κίνδυνο την επιστημονική εγκυρότητα της απόφασης και συγχρόνως το δικό του επιστημονικό κύρος, ή θα ζημιώσει τον κατηγορούμενο. Μια σκόπιμη αλλά πολύ δύσκολη λύση εδώ είναι η έγκαιρη παραίτηση από την υπεράσπιση.

IV. Στα παραπάνω ζητήματα η κρίση του ποινικού δικαστηρίου είναι δεσμευμένη, ελέγχεται δηλαδή από το ανώτατο ακυρωτικό δικαστήριο. Σε πολλές άλλες περιπτώσεις ωστόσο η κρίση των δικαστηρίων της ουσίας είναι ανέλεγκτη, ή, όπως λέγεται στην Ελλάδα, κυριαρχική. Αυτό συμβαίνει στα πραγματικά ζητήματα, στην εκτίμηση του υλικού που θα απαρτίσει την ελάχιστονα πρόταση του δικανικού συλλογισμού. Υπάρχει μάλιστα σήμερα η τάση στο ελληνικό ακυρωτικό να επεκτείνει αυτήν την κυριαρχική εξουσία και σε θέματα καθαρά νομικά, όπως η εφαρμογή διατάξεων με αξιολογικό χαρακτήρα.¹⁰ Ευρέα πεδία διακριτικής ευχέρειας έχει ο ποινικός δικαστής και στον καθορισμό της έννομης συνέπειας: στην επιμέτρηση της ποινής (αφού η τήρηση των προβλεπομένων στο άρθρο 79 ΠΚ κριτηρίων, που αντιμετωπίζονται ως χαλαρές κατευθυντήριες γραμμές, δεν ελέγχεται από τον ΑΠ) και στη δυνατότητα αναστολής ή μετατροπής σε χρήμα της στερητικής της ελευθερίας ποινής. Υπάρχουν μάλιστα περιπτώσεις όπου η

10. Βλ. π.χ. την ΑΠ 1012/1982, Πχρ. 1983. 301 όπου και αντίθετο σχόλιο του Λ. Μαργαρίτη. Στο ίδιο σχόλιο βλ. ευρύτερη παράθεση νομολογίας, καθώς και αναφορά προηγούμενων απόψεων των Χωραφά, Μπουροπούλου, Καρανίκα, Ψαρούδα Μπενάκη, Μανωλεδάκη, που δέχονται ότι η υπαγωγική κρίση του δικαστηρίου ελέγχεται και σ' αυτές τις περιπτώσεις. Βλ. και Φιλίππιδη. Η προστασία δεδικαιολογημένων συμφερόντων επί των εγκλημάτων κατά της τιμής (1965) 147.

δυναμική ευχέρεια του δικαστή για την έννομη συνέπεια δεν φαίνεται να συνδέεται με κανένα κριτήριο: αυτό συμβαίνει όπου προβλέπεται δυνατότητα επιβολής παρεπόμενων ποινών, ή δυνατότητα δικαστικής αφέσεως της ποινής.

Οποσδήποτε η διακριτική αυτή εκτίμηση του δικαστή της ουσίας έχει τον κρίσιμο λόγο στις περισσότερες περιπτώσεις και υποθέσεις. Οποιοδήποτε επιχείρημα του υπερασπιστή εδώ μπορεί να παρακαμφθεί χωρίς νομικό έλεγχο, να είναι δηλαδή τελικά αναποτελεσματικό. Κάποτε μάλιστα η κρίση που εκφέρεται στα πλαίσια της διακριτικής εξουσίας του ποινικού δικαστή μπορεί να αποτελεί σπασμωδική αντίδραση στην τακτική του συνηγόρου να προβάλλει ενστάσεις, ή στην περίεργη συμπεριφορά του ίδιου ή του κατηγορουμένου κατά τη διαδικασία.

Έκφραση ειρωνίας γι' αυτήν ακριβώς τη σχέση που συνδέει την *ενδόμωχη* κρίση του δικαστή για το φρόνημα του κατηγορουμένου (όπως αυτό εκδηλώνεται με την τήρηση ή μη του τελετουργικού της δίκης, την εμφάνισή του, τον τρόπο ομιλίας κλπ) και την *επίσημη* για το αντικείμενο της δίκης μπορούμε να διαγνώσουμε σ' ένα γνωστό περιστατικό¹¹ που καταγράφηκε ως λουιδορία της δικαιοσύνης. Στη δίκη του παλαίμαχου τρομοκράτη Fritz Teufel, στις επίμονες προσκλήσεις του Προέδρου του δικαστηρίου προς τον κατηγορούμενο για να σηκωθεί όρθιος, ο τελευταίος απάντησε: «μα βέβαια, εφόσον αυτό συμβάλλει στην ανεύρεση της αλήθειας...»

Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι η διακριτική ευχέρεια και ο μανδύας του συνοπτικού σκεπτικού της απόφασης μπορούν να καλύπτουν πολλές και ποικίλες διαμορφωτικές για τη δικαστική κρίση ψυχολογικές επιδράσεις. Το θεσπισμένο τεκμήριο αθωότητας¹² του κατηγορουμένου μέχρι την καταδίκη του, στη συνείδηση του δικαστή είναι συχνά ανεστραμμένο: Ενώ θέση θα έπρεπε ν' αποτελεί η αθωότητα του κατηγορουμένου, άρνηση η κατηγορία και το επιβαρυντικό αποδεικτικό υλικό και σύνθεση η δικαστική κρίση, η ακολουθία έχει αλλάξει: θέση αποτελεί η εντύπωση ενοχής και άρνηση η προσπάθεια του ίδιου του κατηγορουμένου να αποδείξει την αθωότητά του. Γίνεται λόγος για μονομέρεια του δικαστή και του εισαγγελέα και κάποτε για προκατάληψη ως ένα από τα κύρια ψυχολογικά αίτια άστοχων δικαστικών κρίσεων.¹³

11. Το θυμίζει ο *Ανδρουλάκης*, *Αυθεντία και περιύβριση* (1978) 109.

12. Άρθρο 6§2 της Σύμβασης της Ρώμης. Βλ. για το τεκμήριο αθωότητας και *Φιλιππίδη*, *Δικ. ψυχολογία* 161.

13. *Δασκαλοπούλου*, ο.π. 227 και 240, *Φιλιππίδη*, ο.π. 47

Είχαμε αναρωτηθεί αρχικά αν υπάρχουν αδυναμίες σύμφυτες με την απονομή της δικαιοσύνης, που ίσως μπορούν να προκαλέσουν την εμφάνιση των υπερασπιστικών τεχνικών. Η δικαστική ψυχολογία οδηγεί λοιπόν σε κατάφαση του ερωτήματος. Οι κοινωνιολόγοι μάλιστα μιλούν με γλώσσα πιο σκληρή: «Η αδυναμία της παγίωσης μιας «ανεξάρτητης» δικαιοσύνης δεν συνδέεται μόνο με την συγκεκριμένη εξάρτηση των δικαστικών υπαλλήλων από τη διοίκηση. Σε ένα βαθύτερο επίπεδο συναρτάται και με το γενικότερο «επίδικο» και εξαρτημένο χαρακτήρα της υλοποίησης της έννομης κρατικής ισχύος σε όλα τα επίπεδα»¹⁴

Σ' αυτές τις περιπτώσεις μόνο έμμεσα μπορεί να τιθασσενται η λανθασμένη ουσιαστική κρίση: η δημοσιότητα της δίκης σε συνδυασμό με τη συνταγματική επιταγή της ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας της απόφασης, δημιουργούν μια δυνατότητα σύγκρισης της ελάσσονας δικαστικής πρότασης με τα αποδεικτικά στοιχεία. Ο νομικός έλεγχος όμως μπορεί να κατευθυνθεί μόνο προς την τήρηση της δημοσιότητας ή της υποχρέωσης για αιτιολογία. Ακόμη, έγκαιρα μπορεί να αντιδράσει ο συνήγορος στην περίπτωση της διατύπωσης πρώιμων συμπερασμάτων από τον πρόεδρο κατά τη διάρκεια της διεύθυνσης της διαδικασίας. Ωστόσο η ουσιαστική κρίση καθαυτή δεν ελέγχεται.

Ακριβώς εκεί δημιουργείται το πρόσφορο πεδίο για την ανάπτυξη διαφόρων υπερασπιστικών τεχνικών και εμπειρικών κανόνων. Όταν η τεχνική είναι διορθωτική απέναντι σε μια διαφαινόμενη κατά τη διαδικασία απόκλιση του συγκεκριμένου δικαστή από το πρότυπο νηφαλιότητας, η θυσία της επιστημονικής δεοντολογίας στο βωμό του υπερασπιστικού καθήκοντος πρέπει να συγχωρεθεί ως έσχατη λύση ανάγκης. Βοηθά στην εξουδετέρωση της επιρροής των προκαταλήψεων και των συναισθηματικών αντιδράσεων¹⁵ στην κυριαρχική δικαστική κρίση. Η κάθαρση αυτή πολύ περισσότερο βοηθά και λιγότερο δυσκολεύει την προσέγγιση της ουσίας και της περιοχής των ορθών τιμών ποινής. Όπως π.χ. όταν εμφανίσει ο συνήγορος τον κατηγορούμενο με ένα συνηθισμένο σκούρο κοστούμι, επειδή γνωρίζει καλά ότι οι αναμενόμενοι δικαστές είναι ιδιαίτερα αυστηροί όταν αντικρύζουν τον τύπο του «οργισμένου», όπως λέγεται, νέου με την ιδιότυπη εμφάνιση.

14. Τσουκαλά, ο.π. 156

15. Δασκαλοπούλου, ο.π. 109

V. Οι παρατηρήσεις αυτές μας οδηγούν στις ακόλουθες τελικές σκέψεις:

Οι υπερασπιστικές τεχνικές είναι από επιστημονική άποψη έκθετες:

— όταν αφορούν νομικά ζητήματα

— όταν υποκαθιστούν τα νομικά μέσα άμυνας απέναντι στη μονομέρεια του δικαστή ή του εισαγγελέα

— όταν αλλοιώνουν ευνοϊκά για τον κατηγορούμενο μια χωρίς προκαταλήψεις εικόνα που τείνει να σχηματίσει με βάση το αποδεικτικό υλικό ένας στο μέτρο του δυνατού νηφάλιος δικαστής¹⁶.

Αντίθετα η προσφυγή στις τεχνικές αυτές συγχωρείται ως λύση ανάγκης όταν αποτελεί προσπάθεια εξουδετέρωσης της εισαγγελικής ή δικαστικής μονομέρειας στα καλυπτόμενα από την κυριαρχική εξουσία του δικαστή της ουσίας ζητήματα. Στις περιπτώσεις αυτές δημιουργείται κάποιος διχασμός της υπερασπιστικής και της επιστημονικής δεοντολογίας, ιδιαίτερα έντονος και πειστικός για το συνήγορο που γνωρίζει την αθωότητα του πελάτη του.

Ωστόσο η αναγνώριση αυτή δεν πρέπει να οδηγήσει σε εφησυχασμό: η προσπάθεια για συρρίκνωση της χρήσης των τεχνικών μπορεί να αποτελέσει πράξη συμβολής στην αντικατάσταση των προτύπων νομιμοφροσύνης με το σεβασμό της ετερότητας και της αυτονομίας του φρονήματος και της παράστασης του καθενός. Βέβαια προϋποτίθεται μια κοινή παιδεία και συνεργασία των νομικών σ' αυτήν την κατεύθυνση· έτσι η επιλογή της άρνησης των προτύπων δεν θα είναι μεμονωμένη πράξη αυτοκτονίας, αλλά γενικευμένη μεθόδευση προσέγγισης της ουσιαστικής δικαιοσύνης με προοπτικές επιτυχίας.

16. Πρβλ. και Ζησιάδη, ο.π. 130

Κατάχρηση των εξουσιών της υπεράσπισης

A.

Σχεδόν από το τέλος της δεκαετίας του 60 με αρχή της δεκαετίας του 70 αντιμετωπίζει η ποινική δικαιοσύνη στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας ολοένα και περισσότερο ένα φαινόμενο, το οποίο μέχρι αυτού του χρονικού σημείου τόσο στην πρακτική των δικαστηρίων όσο και στην ποινική επιστήμη δεν παρουσίαζε ιδιαίτερη σημασία: την κατάχρηση των εξουσιών της υπεράσπισης, δηλαδή την περισσότερο από επεκτατική εκμετάλλευση των δικονομικών δικαιωμάτων, τα οποία βρίσκονται στη διάθεση του κατηγορουμένου και του σπυνηγόρου του στα πλαίσια της ποινικής διαδικασίας.¹

1) Σχετικά με την όλη προβληματική προσφέρει ο H-J Vogel, *Strafverfahrensrecht und Terrorismus* μια σύνοψη, NJW 1978, 1217 επ.· σχετικά επίσης H.J.Rudolphi, *Strafprozeß im Umbruch*, ZRP 1976, 165, 172

Ενώ στις πρώτες μεταπολεμικές δεκαετίες επικρατούσε μια κοινή συναίνεση σχετικά με το ότι ο σκοπός της ποινικής δίκης θα έπρεπε να είναι η εξερεύνηση της αλήθειας, η επικράτηση και οριοθέτηση της κρατικής αξίωσης για επιβολή ποινής και ότι όλοι οι μετέχοντες στη διαδικασία θα έπρεπε να προσαρμόζονται πάνω σ' αυτό τη συμπεριφορά τους κατά τη δίκη, τώρα εμφανίστηκε μια αλλαγή.² Οι κατηγορούμενοι και οι μαζί τους πολιτικά συμφωνούντες συνήγοροι προσπάθησαν κατ' αρχή στις λεγόμενες φοιτητικές ταραχές του 1968 και στις διαδικασίες που άρχισαν τα επόμενα χρόνια εναντίον μελών της ΑΡΟ και αργότερα ολοένα και περισσότερο στις δίκες εναντίον μελών τρομοκρατικών οργανώσεων να «αλλάξουν τη λειτουργία» της ποινικής δίκης κατά τη δική τους αντίληψη, να την μπουκοτάρουν, μάλιστα να ματαιώσουν ολοκληρωτικά την πραγματοποίησή της.³ Μοναδικός σκοπός δεν ήταν πια η αποφυγή μιας καταδίκης ή τουλάχιστον μια ελαφρά ή ελαφρότερη τιμωρία. Πολύ περισσότερο χρησιμοποιήθηκε η ποινική διαδικασία, που βρισκόταν στο επίκεντρο της δημοσιότητας, ως χώρος για την παρουσίαση των προσωπικών πολιτικών απόψεων και για την καταπολέμηση ή περιύβριση του πολιτικά κατ' άλλο τρόπο σκεπτόμενου προσώπου. Επιπλέον έγιναν προσπάθειες, να αποδειχθεί η αδυναμία του κράτους με το να εμποδιστεί ένα ομαλό τέλος της διαδικασίας με τη βοήθεια της εκμετάλλευσης όλων των διαδικαστικών νομικών θέσεων.⁵

Σύντομα ανάλογη συμπεριφορά δεν ήταν πια σπάνιο φαινόμενο μόνο σε διαδικασίες με πολιτικό υπόβαθρο. Ακόμη και σε άλλες μεγάλες διαδικασίες, ιδιαίτερα σε δίκες, στις οποίες ο κατηγορούμενος είχε στη διάθεσή του όλα τα απαραίτητα μέσα, πλήθυναν τα αιτήματα, τα οποία καθιστούσαν αδύνατη την έκδοση μιας απόφασης σε ανάλογο χρονικό διάστημα.⁶

2) Σύγκρισε αναλυτικότερα G.Schmidt, Großverfahren und Strafprozeßrecht, JR, 1974, 320, 323 επ. Weber, Der Mißbrauch prozessualer Rechte im Strafverfahren, GA 1975, 289 επ' Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Rechtspflege, Ειδικό μέρος - Έντυπο 7/3116

3) KMR-Sax, Εισαγωγή II, Αριθμ. Περιθωρίου 7.

4) KG JR 1971, 338 επ με παρατηρήσεις του PETERS KMR-Sax, Εισαγωγή II, Αριθμ. Περιθωρίου 7

5) Ως παραδείγματα πρέπει ν' αναφερθούν οι ακόλουθοι τρόποι ενέργειας:

— Υποβολή μιας πληθώρας ανατιολόγητων αιτημάτων για διεξαγωγή αποδείξεων, σύγκρισε BGHSI 29, 149 επ.

— Ανακοίνωση δικαστών ως μαρτύρων, BGHSI 7, 330 επ.

— Κατάχρηση του δικαιώματος για αυτοπρόσκληση της §220 StPO, KGJR 1971, 338.

— Υποβολή αναρίθμητων περιττών ερωτήσεων OLG Karlsruhe, JZ 1978, 35 επ.

6) Schmidt, Großverfahren und Strafprozeßrecht, JR 1974, 320 επ.

B.

I.

Το πρόβλημα της κατάχρησης των εξουσιών της υπεράσπισης διαγνώστηκε σύμφωνα με τα παραπάνω σχεδόν από τα μέσα της δεκαετίας του 70 τόσο από τη νομική επιστήμη όσο και από τη δικαιοπολιτική άποψη ως σοβαρή προβληματική. Η δογματική επεξεργασία οδήγησε - ξεκινώντας από παρόμοιες έρευνες που έγιναν για το πεδίο της αστικής δίκης⁷ - στα εξής γενικά αποδεκτά αποτελέσματα:

1.

Στην ποινική δίκη εμφανίζεται η κατάχρηση κατά πρώτο λόγο με τη μορφή θεσμικής κατάχρησης δικονομικών δικαιωμάτων, επειδή ένα πρόσωπο που συμμετέχει στη διαδικασία δεν χρησιμοποιεί τις εξουσίες που του παραχωρήθηκαν για την επιθυμητή από το νομοθέτη υποστήριξη συμφερόντων, αλλά για να επιτύχει σκοπούς που αποδοκιμάζονται απ' αυτόν.⁸

Αντίθετα η αστική δίκη γνωρίζει και άλλες περιπτώσεις, στις οποίες η μορφή καταχρηστικής - ή εδώ καλύτερα αντίθετης στην οφειλόμενη πίστη - άσκησης δικαιώματος συνάγεται από μια παράβαση της αρχής της καλής πίστης. Με άλλα λόγια: εδώ είναι η κατάχρηση συνδεδεμένη με πρόσωπα, επειδή η συμπεριφορά, κατά της οποίας προβάλλονται αντιρρήσεις, παρουσιάζεται ως καταχρηστική μόνο με την προϋπόθεση ειδικών, από μια προσωπική σχέση οφειλόμενης πίστης προερχόμενων, υποχρεώσεων για διακριτικότητα και έντιμη συμπεριφορά.⁹

2.

Η ποινική δικονομία γνώριζε από παλιά μεμονωμένες περιπτώσεις καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος και πρόβλεπε ποινές¹⁰:

α.

Ήδη στη διατύπωση του 1877 πρόβλεπε η τότε §240 παρ. 1 StPO (σήμερα §241 παρ. 1 StPO) την αφαίρεση της εξουσίας για

7) W.Zeiss, Die arglistige Prozeßpartei, Βερολίνο 1967.

8) έτσι Weber, ο.α.π., σελ. 295

Vogel, ο.α.π., σελ. 1223

σύγκρινε επίσης Zeiss, ο.α.π., σελ. 62 και 153 επ.

9) επιτυχημένα υποδεικνύει ο Weber (σελ. 294), ότι τελικά είναι ένα ερώτημα ορθολογίας το αν κανείς ερμηνεύει την αρχή της «καλής πίστης» τόσο πλατιά, ώστε να περιλαμβάνει και την απαγόρευση της θεσμικής κατάχρησης. Υπέρ αυτής της γνώμης για την πολιτική δίκη πάντως ο Zeiss (σελ.202)

10) σύγκρινε σχετικά την πιο ολοκληρωμένη σύνοψη στον Vogel, ο.α.π., σελ. 1223

εξέταση κατ' αντιπαράσταση σε περίπτωση κατάχρησης. Ο νομοθέτης και η νομολογία αντιλήφθηκαν αυτήν ως έκφραση μιας γενικής ιδέας και προσπάθησαν να ρυθμίσουν και παραπέρα περιπτώσεις κατάχρησης αφηρημένα ή συγκεκριμένα.

β.

Η ποινική δικονομία περιέχει στη σημερινή της διατύπωση στις ακόλουθες διατάξεις, ρητές ρυθμίσεις σχετικά με τις προϋποθέσεις και τις νομικές συνέπειες καταχρηστικών υπερασπιστικών ενεργειών, ενώ για να περιοριστεί το θέμα, αντικείμενο της εισήγησης θα είναι μόνο το τμήμα της διαδικασίας που αναφέρεται στη δίκη στο ακροατήριο:

— §26α παρ. 1 αριθμ. 3 StPO

Απόρριψη της εξαίρεσης ενός δικαστή, όταν «με την εξαίρεση αποσκοπείται προφανώς μόνο η παρέλκυση της διαδικασίας ή η εξυπηρέτηση ξένων προς αυτήν σκοπών.»

— §241 StPO σε σύγκριση με τις §§239, 240, (68α) StPO

(α) Αφαίρεση του δικαιώματος για υποβολή ερωτήσεων στην κατ' αντιπαράσταση εξέταση σε περίπτωση κατάχρησης (παρ. 1)

(β) Απόκρουση ερωτήσεων εξαιτίας της ακαταλληλότητάς τους ή της έλλειψης πρακτικότητας μερικές φορές στις περιπτώσεις της §239 παρ. 1 StPO και της §240 παρ. 2 StPO (παρ. 2).

— §244 παρ. 3 προτ. 2 StPO

Άρνηση ενός αιτήματος για διεξαγωγή απόδειξης, το οποίο υποβάλλεται με σκοπό την παρέλκυση της δίκης.

— §245 παρ. 2 προτ. 3 StPO

Περιορισμός της διεξαγωγής αποδείξεων και άρνηση ενός αιτήματος για διεξαγωγή απόδειξης, όταν αυτό υποβάλλεται με σκοπό την παρέλκυση της δίκης.

— §266 παρ. 3 προτ. 1 StPO

Καμία διακοπή της διαδικασίας σε περίπτωση της πρόσθετης κατηγορίας, όταν το αίτημα του κατηγορουμένου

(α) είναι προφανώς θρασύ

ή

(β) υποβάλλεται με αποκλειστικό σκοπό την καθυστέρηση της διαδικασίας.

3.

Οι Rüping και Dornseifer¹¹ κατέταξαν σε κατηγορίες τις

11) H. Rüping und G. Dornseifer, Dysfunktionales Verhalten im Prozeß, JZ 1977, 417 επ. το ίδιο Weber, ο.α.π., σελ. 295 επ.

διάφορες περιπτώσεις δυσλειτουργικής συμπεριφοράς της υπεράσπισης:

α.

Ονομάζουν ως πρώτη κατηγορία «τη βλάβη δικαιωμάτων τρίτων προσώπων». Εδώ ανήκουν όλες εκείνες οι ενέργειες, οι οποίες χωρίς αφορμή από τα πράγματα επεμβαίνουν στην νομικά προστατευόμενη σφαίρα της προσωπικότητας των άλλων. Αυτό μπορεί να συμβεί, επειδή οι ενέργειες απευθύνονται σε άλλα πρόσωπα που μετέχουν στη διαδικασία αλλά όχι στα πλαίσια της δικονομικής τους λειτουργία.

Παράδειγμα: Ένα αίτημα εξαιρέσεως ασχολείται σχεδόν αποκλειστικά με την «ψυχοπαθητική δομή του χαρακτήρα» του προέδρου.¹²

Ή μπορεί να προκύψει από το ότι αυτός που μετέχει στη διαδικασία θέλει να ικανοποιήσει σκοπούς ξένους προς αυτήν χρησιμοποιώντας ένα θεσμό της δίκης.

Παράδειγμα: Αυτός που μετέχει στη διαδικασία προσβάλλει το δικαστή στην ποινική δίκη, για να πετύχει μ' αυτό ένα λόγο αποκλεισμού κατά την §22 No 1 StPO¹³.

Και τέλος μπορεί ακόμη να συμβεί και όταν αυτός που μετέχει στη διαδικασία ασχολείται, χωρίς αυτό να είναι απαραίτητο, με το πρόσωπο ενός μάρτυρα, για να τον εξευτελίσει, να τον προσβάλλει, για να φανερώσει την άσχετη με το αντικείμενο της διαδικασίας πολιτική του πεποίθηση και παρόμοια. Το επιτρεπτό και τα όρια τέτοιων μέτρων προκύπτουν από τις §§241 παρ. 2, 68α StPO.¹⁴

Παράδειγμα: Σε μια ποινική διαδικασία, που έχει ως αντικείμενο ένα τροχαίο ατύχημα, ερωτάται μια μάρτυς από την υπεράσπιση λεπτομερώς σχετικά με τον κάπως «ασταθή» τρόπο ζωής της, με σκοπό να εξευτελιστεί και να γελοιοποιηθεί η μάρτυς.

Ποιές προϋποθέσεις πρέπει να πληρούνται για την απόκρουση της κατάχρησης στις περιπτώσεις που μόλις προαναφέρθηκαν; Στην περίπτωση της εξαίρεσης δικαστή είναι το αίτημα κατά την §26α παρ. 1 αριθμ. 3 StPO ανεπίτρεπτο, όταν αυτό υποβάλλεται αποκλειστικά για την επίτευξη ξένων προς τη διαδικασία σκοπών. Αν λοιπόν ο κατηγορούμενος στην πραγματικότητα δεν θεωρεί το δικαστή προκατειλημένο, αλλά

12) σύγκρινε KGJR 1966, 229, 230

13) σύγκρινε στο σημείο αυτό Rabe, Ablehnung des Strafrichters bei provokativem oder beleidigendem Verhalten des Angeklagten oder seines Verteidigers, NJW 1976, 172, 173.

14) σύγκρινε την περίπτωση Springer στο KGJR 1971, 338 επ.

απλώς το προσποιείται, για να επιτύχει ξένους προς τη διαδικασία σκοπούς, δεν μπορεί να υπάρξει καν ένα αποτελεσματικό αίτημα εξαίρεσης¹⁵. γιατί σ' αυτή την περίπτωση υπάρχει μόνο η μορφή και η επίφαση ενός λόγου εξαίρεσεως. Αν όμως με το αίτημα πέρα από τους ξένους προς τη διαδικασία σκοπούς επιδιώκονται ταυτόχρονα και πραγματικοί λόγοι εξαίρεσεως, τότε σύμφωνα με την §26α παρ. 1 αριθμ. 3 StPO δεν είναι δυνατή η απόκρουση του αιτήματος για εξαίρεση.¹⁶

Οι §§ 241 παρ. 2, 68α StPO προϋποθέτουν, ότι η υπεράσπιση υποβάλλει ακατάλληλα ή εκτός θέματος ερωτήματα σχετικά με επιτιμητικά γεγονότα ή προηγούμενες ποινές, μολονότι αυτές οι ερωτήσεις δεν είναι απαραίτητες. Τέτοιες θεωρούνται όλες οι ερωτήσεις, οι οποίες δεν έχουν καν έμμεσα κάποια σχέση με την πράξη που επιρρίπτεται στον κατηγορούμενο¹⁷ ή οι οποίες, ακόμη κι' αν ανήκουν στην υπόθεση, δεν συμβιβάζονται με τους σκοπούς της ποινικής δίκης¹⁸ και επιπλέον βάζουν σε κίνδυνο την καλή φήμη του μάρτυρα.¹⁹ Αν καταχράται η υπεράσπιση το δικαίωμά της για υποβολή ερωτήσεων μ' αυτό τον τρόπο, τότε επιτρέπεται το δικαστήριο ν' απαγορεύσει την υποβολή παραπέρα ερωτήσεων ή ν' απαιτήσει προηγούμενη γνωστοποίηση της ερώτησης²⁰. Έτσι μπορεί ο μάρτυρας να προστατευθεί ήδη στη διαδικασία στο ακροατήριο από σχετικές επιθέσεις και δεν περιορίζεται στις δυνατότητες που προβλέπονται από τις §§185 επ StGB.

β.

Η «αντικειμενική κατάχρηση θεσμού εξαιτίας έλλειψης σχέσης με την υπόθεση» αποτελεί τη δεύτερη κατηγορία.

Εδώ ανήκουν όλες εκείνες οι ενέργειες, στα πλαίσια των οποίων εξαιτίας της έλλειψης σχέσης με την υπόθεση οι δηλώσεις και οι ερωτήσεις που υποβάλλονται στη διαδικασία δεν μπορούν σε καμιά περίπτωση να έχουν σημασία για την απόφαση ή για το αποτέλεσμα της εξέτασης του μάρτυρα ή της διεξαγωγής των

15) σύγκρινε αντί όλων Karlsruher Kommentar (KK)-Pfeiffer, στην §26α StPO No. Περιθωρίου 4.

16) σύγκρινε BT-Drucksache 4/178, σελ. 35

17) σύγκρινε BGHSt 2, 284, 287

18) BGHSt 21, 334, 360

19) BGHSt 13, 252, 254

20) για τις λεπτομέρειες σύγκρινε:

Wagner, Der Mißbrauch des Selbstladungsrechts des Angeklagten-KG JR 1971, 338 στο JuS 1972, 315 επ.

Löwe-Rosenberg-Gollwitzer στην §241 StPO, Αριθμ. Περιθωρίου 21

άλλης γνώμης Miebach, Entziehung des Fragerechts imStrafprozeß?, DRIZ 1977, 140

αποδείξεων²¹. Σε αντίθεση με την προηγούμενη κατηγορία μ' αυτές τις ενέργειες δεν προσβάλλονται τρίτα πρόσωπα στα δικαιώματά τους. Βασικές διατάξεις για την κρίση και τη μεταχείριση αυτών των καταχρήσεων είναι οι §§ 241, 244 παρ. 3 StPO.

Από τη μια μεριά για να εξασφαλιστεί στον κατηγορούμενο ως απόρροια της συνταγματικά κατοχυρωμένης αρχής του δικαιώματος για ακρόαση, που προβλέπεται στο άρθρο 103 παρ. 1 GG, η δυνατότητα να εκθέσει όλα, όσα κατά τη γνώμη του είναι δυνατό να αποβούν σημαντικά για την απόφαση και από την άλλη μεριά για ν' αντιμετωπίσει τον κίνδυνο που εμπεριέχεται στην §241 StPO σχετικά με μια απαγορευμένη σύντμηση της υπεράσπισης από το δικαστήριο, επιτρέπεται να γίνεται απόκρουση ερωτημάτων εξαιτίας της μη ύπαρξης σχέσης με την υπόθεση ή απόκρουση σχετικών αιτημάτων, όταν τα σημεία που θίγονται, «αφορούν τελείως ετερογενείς περιστάσεις, τέτοιες που δεν τελούν σε καμιά απολύτως σχέση με την προκείμενη εξέταση»²². Εκτός απ' αυτές τις περιπτώσεις μια άρνηση είναι δυνατή, όταν η αποδεικτική μέθοδος φαίνεται να είναι παράλογη.²³

γ.

Η τρίτη κατηγορία περιλαμβάνει τις περιπτώσεις της «παρέλκυσης της διαδικασίας ως υποκειμενικής κατάχρησης θεσμού».

Σ' αυτή την κατηγορία υπάγονται οι περιπτώσεις που εμφανίζονται πιο συχνά στην πράξη, στις οποίες η υπεράσπιση θέλει μόνο να καθυστερήσει τη διεξαγωγή της διαδικασίας και ο κατηγορούμενος θέλει να αποφύγει τη δίκη. Επομένως πρόκειται για την χαρακτηριστική περίπτωση της επιδίωξης ενός στην περίπτωση αυτή ειδικά προβλεπόμενου «σκοπού ξένου προς τη διαδικασία». Ο νομοθέτης προβλέπει στις §§26a παρ. 1 αριθμ. 3, 244 παρ. 3 προτ. 2, 245 παρ. 2 προτ. 3, 266 παρ. 3 προτ. 1 StPO ρυθμίσεις.

Ένα αίτημα για διεξαγωγή απόδειξης υποβάλλεται με πρόθεση παρέλκυσης, όταν ο συνήγορος ή κατά περίπτωση ο κατηγορούμενος δεν αποβλέπει στη διευκρίνιση του πραγματικού, αλλά σε μια καθυστέρηση λήψης της απόφασης, ενώ είναι συνειδητό στον αιτούντα, ότι με το αίτημά του αντικειμενικά δεν

21) Rüping/Dornseifer, ο.α.π., σελ. 419

22) έτσι RGSt 1, 241, 244 και Rüping/Dornseifer, ο.α.π., σελ. 419

23) σύγκρινε BGHSt 17,28,30, εκεί θάπρεπε σημεία της παλιάς διαθήκης ν' αποδεικνύουν, ότι ο εβραϊκός λαός στήριζε τον ισχυρισμό της επιλογής του σε πονηρία και απάτη.

μπορεί να επιτύχει τον σκοπό του διαδικαστικού θεσμού και υποκειμενικά δεν τον επιδιώκει.²⁴

Για το αίτημα εξαιρέσεως με πρόθεση παρέλκυσης ισχύει τότε ανάλογα, ότι ο αιτών δεν πιστεύει στην ύπαρξη προκατάληψης και αποβλέπει μόνο σε μια αντικειμενικά αποδεικνυόμενη καθυστέρηση της διαδικασίας.²⁵ Εδώ πρέπει να παρατηρηθεί, ότι πρέπει να διαφαίνεται από το ίδιο το αίτημα εξαιρέσεως, ότι αποσκοπείται απλά και μόνο η καθυστέρηση της διαδικασίας στο ακροατήριο, και ότι ταυτόχρονα η ανάλογη πρόθεση του αιτούντος μπορεί επίσης να εξακριβωθεί χωρίς παραπέρα διερευνήσεις.²⁶

δ.

Τέλος πρέπει να αναφερθεί ακόμη «η διαδικαστική συμπεριφορά που αποβλέπει σε διαδήλωση.»

Με τον όρο αυτό εννοούνται οι περιπτώσεις, στις οποίες η υπεράσπιση θέλει να δημιουργήσει εντύπωση, να κάνει διαφήμιση ή να προκαλέσει σε τρίτα πρόσωπα δυσάρεστες καταστάσεις και να εξευτελίσει τους μάρτυρες δημόσια.²⁷ Με άλλα λόγια η υπεράσπιση χρησιμοποιεί τις διαδικαστικές δυνατότητες που τις δόθηκαν για άλλους σκοπούς, για να μετατρέψει τη δίκη σε μια διαδήλωση των δικών της πεποιθήσεων, ενώ η παρούσα στη δικαστηριακή αίθουσα κοινή γνώμη της χρησιμεύει ως ευπρόσδεκτος χώρος κρίσης.²⁸

Ειδικές νομοθετικές ρυθμίσεις για την περίπτωση αυτή δεν υπάρχουν. Πρόκειται μάλλον για περιπτώσεις, όπως εκείνες που κατά ένα μέρος αναφέρθηκαν στις διατάξεις για τις οποίες ήδη έγινε λόγος κάτω από τον τίτλο «επιδίωξη ξένων προς τη διαδικασία σκοπών». Παράλληλα είναι δυνατό τέτοια συμπεριφορά κατά κανόνα να εμποδιστεί με εφαρμογή των §§ 257, 258 StPO, οι οποίες περιορίζουν το επιτρεπτό ερωτήσεων ξένων προς την υπόθεση και την πρόταξη των αγορεύσεων.²⁹

Αυτό αναφορικά με τη νομοθετική ρύθμιση!

24) RGSt 12,335,336· BGHSt 21,118,121· Eb. Schmidt, Lehrkommentar zu §244 StPO No Περιθωρίου 38· Rüping/Dornseifer, ο.α.π., σελ. 419

25) σύγκρινε RGSt 30, 273, 275· BGH MDR 1973, 371

26) σύγκρινε KK-Pfeiffer στην §26α StPO Αριθμ. Περιθωρίου 4

27) σύγκρινε Rüping/Dornseifer, ο.α.π., σελ. 419

28) σύγκρινε σ' αυτό το σημείο επίσης KG JR 1971, 338· BT-Drucksache 4/178, σελ. 35.

29) βλ. σχετικά επίσης Vogel, ο.α.π., σελ. 1225· κριτικά Schmidt-Leichner, Strafverfahrensrecht 1975 - Fortschritt oder Rückschritt?, NJW 1975, 417, 420.

II.

Ανεξάρτητα από τις διατάξεις που εισήχθησαν κατά την πάροδο του χρόνου στην ποινική δικονομία παραμένει ανοικτό το θέμα του κατά πόσο μέσα σ' αυτήν εκφράζεται μία γενική αρχή, από την οποία μπορεί να συναχθεί μέσα από την οδό της δικαστικής διαμόρφωσης του δικαίου και η λύση άλλων περιπτώσεων, που δεν ρυθμίζονται ρητά.³⁰

1.

Το εάν μ' αυτή την ευκαιρία μπορεί να παίξει κάποιο ρόλο η άποψη της «κατά κατάχρηση του δικαίου συμπεριφοράς», η οποία σε κάθε περίπτωση αναγνωρίζεται από την πολιτική δικονομία, προϋποθέτει κατ' αρχή έναν προσανατολισμό για τη λειτουργία της ποινικής δίκης.

Γενικά αναγνωρίζεται³¹ τούτο, ότι ο σκοπός της ποινικής δίκης έγκειται στο να επιβάλλει την αξίωση του κράτους για τιμωρία για χάρη της προστασίας των εννόμων αγαθών του ατόμου και της ολότητας μέσα σε μια διαδικασία οργανωμένη με τον τύπο της δίκης. Για λόγους συνταγματικούς πρέπει παράλληλα να εξασφαλίζεται με κατάλληλα δικονομικά μέτρα η αρχή που συνάγεται από την αξία του ανθρώπου ως υπεύθυνα ενεργούντος προσώπου, δηλαδή το ότι δεν επιτρέπεται να επιβληθεί καμιά ποινή χωρίς να υπάρχει ενοχή³². Σύμφωνα με τα παραπάνω προκύπτει ως σκοπός της ποινικής δίκης η εξακρίβωση του «αληθινού» πραγματικού υλικού μέσα στα πλαίσια μιας δίκαιης διαδικασίας με οργανωμένες εξουσίες αυτών που συμμετέχουν στη διαδικασία, που υπαγορεύονται από την αρχή του κράτους δικαίου. Για την εκπλήρωση αυτού του σκοπού είναι ο νομοθέτης συνταγματικά υποχρεωμένος να εγγυηθεί τη λειτουργικότητα της απονομής της ποινικής δικαιοσύνης με μια αυστηρή και περιεκτική διεξαγωγή της διαδικασίας³³. Διαφορετικά δε θα έμπαινε σε κίνδυνο μόνο η προστατευτική για το δίκαιο λειτουργία της ποινικής δίκης, αλλά θα κλονιζόταν και η εμπιστοσύνη στην απονομή της δικαιοσύνης ως αποτελεσματικής κρατικής προστασίας.³⁴

2.

Κάτω απ' αυτή την οπτική γωνία παρουσιάζονται και οι

30) βασικά αμφιβολίες κατά τούτο και στον Weber, ο.α.π., σελ. 299 επ.

31) KMR-Sax, Εισαγωγή II, Αριθμ. Περιθωρίου 12 επ· BVerfGE NJW 1981, 1719, 1722 εκάστοτε με παραπέρα σημειώσεις.

32) σύγκρινε BVerfGE 20, 323, 331

33) σύγκρινε για παράδειγμα BVerfGE 33, 367, 383· BVerfGE NJW 1977, 2355, 2356.

34) σύγκρινε Celler Beschlüsse στο StrV 1982, 323, 332

δικονομικές εξουσίες που παραχωρούνται στον κατηγορούμενο και το συνήγορό του ως δικαιώματα που έχουν μια σκοπιμότητα. Γι' αυτό το λόγο και η εξάσκησή τους πρέπει να περιορίζεται βασικά στα πλαίσια του προσδιορισμού του σκοπού τους³⁵, θάπρεπε δηλαδή να εξυπηρετεί στην ποινική διαδικασία τη διερεύνηση της αλήθειας καθώς και την επικράτηση και τον περιορισμό της κρατικής αξίωσης για επιβολή ποινής.

Βέβαια μια βασική διαφορά μεταξύ της πολιτικής και της ποινικής δίκης υποχρεώνει εδώ να θέσουμε ένα ερωτηματικό: Στην πολιτική δίκη υποχρεούνται οι διάδικοι σύμφωνα με την §138 παρ. 1 ZPO σε έκθεση των γεγονότων σύμφωνα με την αλήθεια. Από άποψη ποινικής δικονομίας αντίθετα χορηγεί η §136 StPO στον κατηγορούμενο το δικαίωμα της επιλογής για το αν θα εκφραστεί σχετικά με την κατηγορία ή θα σιωπήσει.³⁶ Υποχρέωση για ενεργητική υποστήριξη της αλήθειας δεν υφίσταται³⁷. Αντίθετα επιτρέπεται να αμφισβητήσει τα αποδεικτικά μέσα που τον επιβαρύνουν και επιπλέον επιτρέπεται να καταδικαστεί, μόνο όταν τα στοιχεία που αναιρούν την υπόθεση της αθωότητάς του, έχουν προκύψει κατά τρόπο επιτρεπτό από δικονομική άποψη.

Δεν είναι τότε δικαίωμα του κατηγορουμένου και του συνηγόρου του να εμποδίσουν μια καταδίκη με αντίθετη προς το σκοπό της άσκηση των δικαιωμάτων της υπεράσπισης; Αυτό το ερώτημα πρέπει κατ' αποτέλεσμα να απαντηθεί αρνητικά σε κάθε περίπτωση. Ακόμη κι' αν τα δικαιώματα της υπεράσπισης χορηγούνται στην ποινική δικονομία τυπικά χωρίς περιορισμούς και χωρίς ένα ρητό καθορισμό σκοπού, βρίσκουν ευνότητα τα όρια τους εκεί, όπου αρχίζουν τα καθήκοντα και οι εξουσίες των άλλων προσώπων που συμμετέχουν στη διαδικασία και εκεί όπου αρχίζουν οι αξιώσεις του ατόμου ή της δικαιοσύνης οργανωμένης κοινωνίας σε σχέση με την ποινική διαδικασία ως θεσμό για την αποκατάσταση της δικαιοσύνης ειρήνης³⁸. Η αντικανονική χρησιμοποίηση των δικαιωμάτων της υπεράσπισης ξεπερνά λοιπόν τα όρια προς την ανεπίτρεπτη, τιμωρούμενη κατάχρηση εκεί, όπου η διεξαγωγή της διαδικασίας παραλύει και η ανεύρεση της αλήθειας αποκλείεται³⁹.

35) Rüping/Dornseifer, ο.α.π., σελ. 418 Vogel, ο.α.π., σελ. 1223· Weber, ο.α.π., σελ. 290.

36) βλ. BGHSt 14, 358, 363· για τις δικαιοτικές βάσεις της ελευθερίας για μαρτυρία σύγκρινε BVerfG NJW 1981, 1431.

37) KMR-MEYER, στην §136 StPO, No Περιθωρίου 23· πιο αναλυτικά Rieß, JA 1980, 293 επ.

38) σύγκρινε Schmidhäuser, στην Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, 511, 522

39) KMR-Sax, Εισαγωγή IV, No Περιθωρίου 54.

3.

Μέσα στα πλαίσια των ερωτημάτων που εξετάστηκαν εδώ μένει να ξεκαθαριστεί, αν, για να εμποδιστούν τέτοιες επεμβάσεις, αρκούν οι εκάστοτε διατάξεις της ποινικής δικονομίας που προβλέπουν την κατάχρηση, ή αν είναι προτιμότερη μια διάταξη με μορφή γενικής ρήτηρας. Δίκαια είχε υποδείξει ο τότε ομοσπονδιακός υπουργός δικαιοσύνης Vogel⁴⁰, ότι τα όρια μεταξύ κατάχρησης και εκτατικής αλλά νόμιμης εκμετάλλευσης των δικαιωμάτων της υπεράσπισης θα είναι συχνά ρευστά. Μόνο σε περίπτωση επείγουσας ανάγκης λαμβάνονται υπόψη μέτρα απόκρουσης της κατάχρησης, όταν το δικαίωμα που μπαίνει σε κίνδυνο δεν είναι απαραίτητο για τη μορφή της διαδικασίας ως δίκης⁴¹. Για λόγους ασφάλειας του δικαίου και δυνατότητας ελέγχου, πρέπει να περιγραφούν τα πραγματικά στοιχεία της κατάχρησης με ακρίβεια⁴² και να αναφέρονται σε όσο το δυνατό αντικειμενικά μέτρα⁴³. Θα ήταν αντίθετο με την αρχή της ποινικής δικονομίας, δηλαδή με το να παραχωρούνται διαδικαστικά δικαιώματα εκάστοτε συγκεκριμένα και να εφοδιάζονται ενδεχόμενα με απαριθμημένους λόγους απόκρουσης ή αφαίρεσης, αν θα εισήγαγε κανείς μια διάταξη κατάχρησης που το πραγματικό της θα περιγράφονταν ως γενική ρήτρα. Τούτο θα εξισούνταν με μία δυνατότητα πειθάρχησης, που θα είχε εκάστοτε στο χέρι του το δικαστήριο της ουσίας, η οποία θα καθιστούσε απολύτως αδύνατη την «ισότητα των όπλων» των προσώπων που συμμετέχουν στη δίκη.

III.

Ακόμη κι' αν με τα παραπάνω κερδίζει την προτίμηση η διακρίνουσα ρύθμιση, έτσι όπως την εξέλεξε ο νομοθέτης, από μια γενική ρήτρα, παραμένει ακόμη ανοικτό, το αν οι νομοθετικές διατάξεις είναι πρακτικές και οι προβλεπόμενες συνέπειες είναι λογικές.

I.

Αμφιβολίες δημιουργούνται εδώ ιδιαίτερα σε περιπτώσεις της υποκειμενικής κατάχρησης του θεσμού, δηλαδή στις περιπτώσεις που είναι απαραίτητη μία αναδρομή στα κίνητρα του ενεργούντος, για να διαπιστωθεί, αν η εξάσκηση του δικαιώματος για υπεράσπιση συμπίπτει με τον σκοπό του νόμου.

40) Vogel, ο.α.π., σελ. 1223.

41) Vogel, ο.α.π., σελ. 1223.

42) Weber, ο.α.π., σελ. 298.

43) Weber, ο.α.π. Vogel, ο.α.π.

Ακριβώς σε τέτοιες περιπτώσεις, αλλά ακόμη και σ' αυτές τελικά, που θα μπορούσε να συναχθεί μια τέτοια κατάχρηση ήδη από την αντικειμενική εικόνα εμφάνισης, υπάρχουν για το δικαστήριο διαγνωστικά προβλήματα⁴⁴. Το αν μία ερώτηση ή μία αιτηθείσα διεξαγωγή αποδείξεων εξυπηρετεί την εξερεύνηση της αλήθειας, είναι δυνατό να διαπιστωθεί με σιγουριά μόνο σε μια εκ των υστέρων παρατήρηση. Μόνο αφού διεξαχθεί η απόδειξη, τεθεί το ερώτημα στο μάρτυρα και απαντηθεί, είναι σίγουρο, αν με τις ενέργειες αυτές διευκρινίστηκε παραπέρα το πραγματικό. Αντίθετα η από το νόμο απαιτούμενη εκ των προτέρων αξιολόγηση του δικαστηρίου, εκτός από μερικές εξαιρέσεις⁴⁵, εγκυμονεί πάντα τον κίνδυνο του να εμποδίζει, ιδιαίτερα σε περιπτώσεις της υποκειμενικής πρόθεσης για κατάχρηση, μια λαθεμένη κρίση του δικαστηρίου τη διευκρίνιση του αληθινού πραγματικού της υπόθεσης και να ετοιμάζεται έτσι το έδαφος για μια λαθεμένη απόφαση. Το ότι τα αναιρετικά δικαστήρια αναγνώρισαν αυτόν τον κίνδυνο και προσπαθούν να τον περιορίσουν, αποδεικνύεται εντυπωσιακά από μια πληθώρα αποφάσεων⁴⁶, στις οποίες ακυρώθηκαν σχετικές αποφάσεις των δικαστηρίων της ουσίας. Το αν ο έλεγχος της κατάχρησης των εξουσιών της υπεράσπισης με τη βοήθεια του περιορισμού μεμονωμένων δικαιωμάτων υπεράσπισης, που προβλέπεται από την ποινική δικονομία, αποτελεί μια λογική ρύθμιση, είναι κατά τη γνώμη μου υπό το φως αυτής της σκέψης τουλάχιστον αμφίβολο.

2.

Πάντως είναι νοητές άλλες λύσεις, οι οποίες θα παρουσιαστούν σύντομα ως επίλογος χωρίς βαθύτερη αξιολόγηση των πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων τους:

α.

Ένας έλεγχος της κατάχρησης με τη βοήθεια του ουσιαστικού ποινικού δικαίου, ιδιαίτερα με το πραγματικό της §258 StGB,

44) σύγκρινε Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweis Antrag im Strafprozess, 5. έκδοση, 1983, σελ. 643 με παραπέρα σημειώσεις.

45) π.χ. με τον τρόπο ανάγνωσης ενός εγγράφου αποδεικνύεται το αντίθετο απ' ό,τι προκύπτει από το περιεχόμενό του

ή: ο κατηγορούμενος υποβάλλει αίτημα για κλήση και εξέταση ενός μάρτυρα, μολονότι επανηλειμένα προηγούμενα δήλωσε, ότι συμφωνεί με την ανάγνωση των πρακτικών εξέτασης και δεν υπήρχε ούτε διαφαινόταν κάποιος λόγος που να υποστηρίζει το αίτημα για προσωπική ακρόαση (BGHSt 1, 29, 33).

46) σύγκρινε π.χ. BGH StrV 1982, 405 επ.

BGH MDR 1973, 371.

BGHSt 29, 149 επ. 21, 118 επ.

επίσης Alsberg/Nüse/Meyer, ο.α.π., σελ. 643 επ με παραπέρα σημειώσεις.

δεν φαίνεται πολύ λογικός. Το πραγματικό της παραγράφου αυτής δεν έχει περίγραμμα⁴⁷, είναι δύσκολο να το χειριστεί κανείς⁴⁸ και παραλέμπει επιπλέον σχετικά με την ερώτηση, του τί επιτρέπεται ή απαγορεύεται πίσω στην ποινική δικονομία. Ενέργειες του κατηγορουμένου δε θα μπορούσαν να καλυφθούν άλλωστε από την παράγραφο αυτή.

β.

Ο αποκλεισμός του συνηγούρου θα πρέπει να αποκλειστεί σε περιπτώσεις καταχρήσεων της μορφής που περιγράφηκε εδώ ήδη από λόγους αναλογίας⁴⁹.

γ.

Μέτρα, τα οποία αντιστοιχούν στην ισχύουσα στον αγγλο-αμερικανικό κύκλο δικαίου Contempt - of - Court - Ποινική εξουσία, θα απορρίπτονταν έστω και de lege ferenda εξαιτίας του αιτήματος για ακρίβεια του άρθρου. 103 παρ. 2 GG, επειδή η αποτελεσματικότητα και ο κίνδυνος της ρύθμισης βρίσκονται ακριβώς στο ότι δεν υπάρχει κανένα νομοθετικά συγκεκριμένο πραγματικό⁵⁰.

δ.

Μια επέκταση της εξουσίας του προέδρου για αστυνόμευση της συνεδρίασης θα μπορούσε να παραγματοποιηθεί μόνο de lege ferenda. Ο κίνδυνος που συνδέεται μ' αυτήν, δηλαδή να υπάρχει δυνατότητα να τίθενται κάτω από πίεση πειθαρχικών μέτρων και δυσάρεστοι αλλά σωστοί συνήγοροι, καθιστά μια τέτοια ρύθμιση όχι και τόσο επιθυμητή.

ε.

Ως τελευταία, αλλά κατά τη γνώμη μου εφαρμόσιμη δυνατότητα απομένει η επίταση μηχανισμών ελέγχου, που έχουν προέλευση τους κανόνες ορισμένης επαγγελματικής οργάνωσης, όπως χρησιμοποιούνται ακριβώς γι' αυτό το σκοπό και στον αγγλο-αμερικανικό χώρο. Οι αντιρρήσεις⁵¹ που προβάλλονται κατ' αυτών δεν είναι τόσο αποφασιστικές, ώστε να μπορούν να προταθούν αποτελεσματικά εναντίον αυτή της λύσης.

Η υπόδειξη, ότι δεν υπόκεινται όλοι οι συνήγοροι στο δίκαιο της δικηγορικής τάξης, δημιουργεί μια λαθεμένη εντύπωση της

47) σύγκρινε Samson, Systematischer Kommentar, zu §258 StGB, Αριθμ. Περιθωρίου 28 επ.

48) Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren 1980, σελ. 218, σημ. 11, όπου δίνεται μια σύνοψη για τον αριθμό των καταδικών.

49) σύγκρινε Ch.Gusy σ' αυτό τον τόμο.

50) Beulke, ο.α.π., σελ. 220 με παραπέρα σημειώσεις.

51) Beulke, ο.α.π., σελ. 218.

πρακτικής σημασίας της υπεράσπισης από μη-δικηγόρους. Για τους καθηγητές πανεπιστημίων και για τους ασκούμενους υπάρχει επιπλέον η δυνατότητα, να αποκρουστεί η κατάχρηση πειθαρχικά: αλλοδαπί δικηγόροι μπορούν να παρίστανται στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας μόνο κατά συμπαράσταση ημεδαπών συνηγόρων⁵².

Για τους αναγκαστικά τότε εκ των υστέρων κρινόμενους από τα δικηγορικά πειθαρχικά δικαστήρια τρόπους συμπεριφοράς θα επαρκούσε η σύνδεση με τις ήδη κατά μεγάλο μέρος υπάρχουσες γενικές ρήτρες του δικαίου της συγκεκριμένης επαγγελματικής οργάνωσης. Το σκληρό σύστημα ενόμων συνεπειών της ποινικής δικονομίας θα μπορούσε ν' αντικατασταθεί από τις κλιμακωμένες ποινές του δικαίου της συγκεκριμένης επαγγελματικής οργάνωσης, που θα επέτρεπαν αντιδράσεις ανάλογες προς την τιμωρούμενη συμπεριφορά και συνακόλουθα ένα μεγαλύτερο βαθμό γενικό —και ειδικοπροληπτικής επίδρασης. Αν αυτά τα μέτρα όλα μαζί δεν επαρκούσαν, τότε θα μπορούσε να σκεφθεί κανείς - επιπλέον και για υποστήριξη τους - τη δυνατότητα καθιέρωσης από την νομοθεσία επιβαρύνσεων του συνηγόρου και του κατηγορουμένου με δικαστικά τέλη, με τον έννοια που το προβλέπει η §34 GKG ήδη για την πολιτική διαδικασία.

52) KK-Laufhütte, στην §138 StPO, Αριθμ. Περιθωρίου 13.

*Αξιόποινες παρεκτροπές του δικηγόρου
κατά την υπεράσπιση του κατηγορούμενου
πελάτη του και δικαιολόγησή τους*

1.1. Το θέμα μας αφορά τις αξιόποινες εκείνες πράξεις ή παραλείψεις που τελεί ο συνήγορος για την πληρέστερη υπεράσπιση του κατηγορούμενου πελάτη του, καθώς και τη δυνατότητα δικαιολόγησης αυτών των πράξεων, δηλαδή την ενδεχόμενη άρση του άδικου χαρακτήρα τους.

Δεν πρόκειται συνεπώς για τα εγκλήματα που τυχόν τελούνται έξω από το χώρο της υπεράσπισης και σκοπεύουν στην απόκτηση άλλων ωφελημάτων ή για τα εγκλήματα που τελούνται στα πλαίσια κακών «συμβουλών» του δικηγόρου προς τον πελάτη του ούτε για τα εγκλήματα που τελούνται από

το δικηγόρο σε βάρος του εντολέα του. Έτσι, η εισήγηση αυτή δεν αφορά λ.χ. την ηθική αυτουργία του δικηγόρου στην τελούμενη κατά προτροπή του από τον πελάτη του άμβλωση ή αρπαγή ανηλίκου ή αυτοδικία ή χρεωκοπία ούτε την τυχόν συμμετοχή του δικηγόρου σε απόδραση του εντολέα του (173§2 ΠΚ) ούτε και την απιστία δικηγόρου (233 ΠΚ) ή την παραβίαση της επαγγελματικής εχεμύθειας (371 ΠΚ) ή την απιστία στη διαχείριση της περιουσίας του εντολέα (390 ΠΚ).

Θα περιοριστούμε μόνο σ' εκείνες τις αξιόποινες πράξεις που τελεί ο δικηγόρος για χάρη της τελειότερης, κατά την αντίληψή του, υπεράσπισης του κατηγορουμένου και μέσα στα πλαίσια αυτής. Η δυνατατότητα δικαιολόγησης αυτών των αξιόποινων πράξεων θα αποτελέσει το κύριο σκέλος του προβληματισμού μας.

1.2. Η ποινική δίκη είναι σκληρή μάχη. Στη διαλεκτική σύγκρουση κατηγορίας και υπεράσπισης η προσβολή εννόμων αγαθών, ατομικών ή κοινωνικών, μέσα στο διαγραφόμενο από τον ποινικό νόμο χώρο του τυποποιημένου αξιοποιίνου είναι όχι απλώς ενδεχόμενη, αλλά πολλές φορές αναπόφευκτη. Τί θα προτιμήσει ο δικηγόρος; Μια υποτονική και ίσως ατελή υπεράσπιση του πελάτη του που θα βρίσκεται όμως μέσα στα πλαίσια της πλήρους νομιμότητας και του σεβασμού των ξένων εννόμων αγαθών ή τη συνειδητή προσβολή ορισμένων απ' αυτά για χάρη μιας τέλει υπεράσπισης; Πού θα βρεθεί η χρυσή τομή — η εξισορρόπηση ανάμεσα στην αξιούμενη από τον ίδιο τον ποινικό νόμο (άρθρο 233 ΠΚ) «πίστη» του δικηγόρου απέναντι στον πελάτη του και στην υποβαλλόμενη και στο δικηγόρο συμμόρφωση προς τους υπόλοιπους αξιολογικούς κανόνες του ποινικού δικαίου; Δεν πρόκειται μόνο για τις αξιόποινες πράξεις που η αποφυγή τους βλάπτει τα συμφέροντα του εντολέα με την έννοια του άρθρου 233, οπότε υπάρχει θέμα σύγκρουσης καθηκόντων για το δικηγόρο στα πλαίσια αυτής της διάταξης του Ποινικού Κώδικα, αλλά και για τις αξιόποινες πράξεις που η τέλεσή τους ωφελεί τον κατηγορούμενο, χωρίς η αποφυγή της να τον βλάπτει με την έννοια του άρθρου 233 ΠΚ, δηλαδή ενόψει της κανονικής και μέσα στα πλαίσια των δικονομικών και των αξιολογικών ουσιαστικών ποινικών κανόνων διεξαγωγής της ποινικής δίκης. Μέχρι ποιού σημείου ο δικηγόρος μπορεί να *ωφελήσει* τον πελάτη του ενόψει της ποινικής δίκης; Ας υποθέσουμε ότι μπορούσαμε να «μετρήσουμε» την ενοχή και ο συγκεκριμένος κατηγορούμενος ήταν λ.χ. ένοχος «πέντε βαθμών». Η αποφυγή από το δικηγόρο πράξεων που θα ανέβαζε την ενοχή στους «επτά βαθμούς» θα συνιστούσε βλάβη του κατηγορουμένου. Αντίθετα, η τέλεση των πράξεων που θα

κατέβαζε την ενοχή σε «τρεις βαθμούς» θα αποτελούσε ωφέλεια γι' αυτόν. Η μη—βλάβη δεν ταυτίζεται λοιπόν με την ωφέλεια του κατηγορουμένου και τα κρίσιμα ερωτήματά μας δεν αφορούν μόνο τις παρεκτροπές του δικηγόρου για την αποφυγή της βλάβης, αλλά και τις παρεκτροπές του που γίνονται για να προκαλέσουν ωφέλεια στον πελάτη. Πριν όμως προσπαθήσουμε να αντιμετωπίσουμε τα ερωτήματα αυτά, που η απάντησή τους διαγράφει και τα όρια της δικαιολόγησης των αξιόποινων πράξεων που τελούνται από το συνήγορο κατά—και για την υπεράσπιση του εντολέα του, θα επιχειρήσουμε μια ταξινόμηση των πράξεων αυτών, η οποία ίσως βοηθήσει στην επιλογή των λύσεων αναφορικά με τη δικαιολόγηση.

2.0. Δύο είναι οι βασικές κατηγορίες, στις οποίες μπορούν να καταταγούν οι αξιόποινες παρεκτροπές του συνηγόρου που γίνονται στα πλαίσια και για χάρη της υπεράσπισης του πελάτη του: α) οι αξιόποινες πράξεις του στρέφονται κατά ατομικών εννόμων αγαθών, βασικά κατά της τιμής κάποιου προσώπου.

β) Οι αξιόποινες πράξεις που στρέφονται κατά κοινωνικών εννόμων αγαθών, βασικά κατά της απονομής της δικαιοσύνης στα επιμέρους έννομα αγαθά που τη συνιστούν (δικαστής, έγγραφα κ.λ.π.)¹.

2.1. Η τιμή των μαρτύρων της ποινικής δίκης, αλλά και άλλων προσώπων που άμεσα ή έμμεσα συνδέονται με το έγκλημα του κατηγορουμένου, είναι κατά κανόνα εκτεθειμένη σε προσβολή από το μαχητικό συνήγορο². Η εξύβριση μαρτύρων κατηγορίας και ιδιαίτερα του μηνυτή για την κάμψη του αγωνιστικού ηθικού τους ή για τη μείωσή τους μπροστά στο δικαστήριο ή και σαν συνέπεια μιας τεταμένης ατμόσφαιρας στην ποινική δίκη αποτελεί συνηθισμένο φαινόμενο. Το ίδιο ισχύει και για τη δυσφήμιση, που αποβλέπει κυρίως στον κλονισμό της αξιοπιστίας των αντιπάλων του κατηγορουμένου ή στη μετάθεση ευθυνών για την αξιόποινη πράξη με την οποία αυτός βαρύνεται. Και βέβαια δεν αποκλείεται και η τέλεση της συκοφαντικής δυσφήμισης ως έσχατο όπλο σε μια δυσμενή για τον κατηγορούμενο τροπή της δίκης. Δεν είναι λίγες οι περιπτώσεις που οι συνήγοροι υπεράσπισης σε δίκες βιαστών

1. Για το έννομο αγαθό «απονομή της δικαιοσύνης» και τα επιμέρους έννομα αγαθά που το συγκροτούν βλ. τη μελέτη μου «Προβληματική και παρατηρήσεις επί των εγκλημάτων περί την απονομή της δικαιοσύνης (άρθρα 224—234 ΠΚ)», Ποινικά Χρονικά ΚΕ' (1975), σ. 449 επ. Κριτική των απόψεων βλ. στη διατριβή του Α. Μαργαρίτη, Το νομικό αντικείμενο της ψευδορκίας, 1981, σ. 32 επ.

2. Για τις σχέσεις υπεράσπισης και μαρτύρων βλ. H. Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, εκδ. γ' 1971, σ. 101 επ. (αρ. 128).

επικαλούνται ανύπαρκτα γεγονότα σε βάρος των θυμάτων, για να κλονίσουν την «ηθική» τους υπόσταση και να ελαφρύνουν έτσι τη θέση του πελάτη τους. Σ' αυτή την εκτροπή έχει κάποια ευθύνη και ο ίδιος ο νομοθέτης που στην Ελλάδα εξακολουθεί ακόμα να θεωρεί το βιασμό έγκλημα κατά των ηθών (άρθρο 336 ΠΚ—κεφάλαιο ΙΘ'), διαστρεβλώνοντας έτσι ιδεολογικά την απαξία της πράξης, με τη μετάθεσή της από το χώρο προσβολής της προσωπικής (της γενετήσιας) ελευθερίας και αυτοδιάθεσης στο χώρο των παραβάσεων της ηθικής³. Ήδη όμως επίκειται η νομοθετική μεταβολή και η αναμόρφωση του σχετικού κεφαλαίου του Ποινικού μας Κώδικα, που ελπίζω να αρχίσει με την αλλαγή του τίτλου του από «εγκλήματα κατά των ηθών» σε «εγκλήματα κατά της γενετήσιας ελευθερίας και αυτοδιάθεσης», όπως έγινε και στη Δυτική Γερμανία. Η μεταβολή αυτή έγινε με τον ν. 1419/1984.

Τέλος, η δυσφήμιση μπορεί να πάρει τη μορφή της ψευδούς καταμήνυσης (άρθρο 229 ΠΚ), η οποία κατά τη γνώμη μου αποτελεί έγκλημα κατά της τιμής και όχι έγκλημα περί την απονομή της δικαιοσύνης⁴, όπως δέχεται μεγάλη μερίδα της ελληνικής θεωρίας, ακολουθώντας πιστά τη σχετική τοποθέτηση του εγκλήματος στον Ποινικό μας Κώδικα.

2.2. Ευρύτερο πεδίο προσβολής παρέχουν τα κοινωνικά αγαθά και βασικά αυτά που σχετίζονται με την απονομή της δικαιοσύνης. Σε μια δυσμενή για τον κατηγορούμενο τροπή της δίκης και στα πλαίσια μιας οξείας αντιδικίας με το μνηυτή ή την εισαγγελική έδρα, δεν είναι απίθανη η περιύβριση του δικαστηρίου, ακόμα και η διατάραξη της συνεδρίασής του (άρθρα 181 και 197§2 ΠΚ αντίστοιχα). Κατά κανόνα βέβαια πρόκειται για προσβολές σε βρασμό ψυχικής ορμής του συνηγόρου και όχι «εν ψυχρώ».

Αν οι παραπάνω αξιόποινες πράξεις αποτελούν δυναμική προσβολή του δικαστηρίου, η δωροδοκία των δικαστών από το

3. Ότι ο βιασμός αποτελεί καθαρά έγκλημα κατά της προσωπικής ελευθερίας είχα υποστηρίξει στη μελέτη μου «Η διαλεκτική έννοια των εννόμων αγαθών», 1973, σ. 94, σ. 98. Κριτική για την ιδεολογική διαστρέβλωση των πραγμάτων στο ΙΘ' κεφάλαιο του Β' βιβλίου του Ποινικού Κώδικα («εγκλήματα κατά των ηθών») βλ. στην παραπάνω μελέτη μου, σ. 96 επ., καθώς και στη μελέτη μου «Τροποποίησης, μεταρρύθμιση και ιδεολογικός αποχρωματισμός του ειδικού μέρους του Ποινικού Κώδικα», Δίκαιο και Πολιτική, τ. 1 (1982), σ. 22 επ. (σ. 40, σ. 43). Βλ. επίσης Ν. Παρασκευόπουλου, Οι έννοιες των ηθών και της ασέλγειας στα εγκλήματα κατά των ηθών, 1979, σ. 195—198. Πρβλ. όμως και Τ. Φιλιππίδη, Πόσον αναχρονιστικά είναι δια το σύγχρονον Ποινικόν Δίκαιον αι έννοιαι των «ηθών» και της «ασελγείας»; Αρμενόπουλος 1979, σ. 593 επ.

4. Βλ. Μανωλεδάκη, Η διαλεκτική έννοια των εννόμων αγαθών, σ. 84, και του ίδιου, Προβληματική και παρατηρήσεις επί των εγκλημάτων περί την απονομή της δικαιοσύνης, ο.π., σ. 535 επ.

συνήγορο για να εξασφαλιστεί η εύνοιά τους προς τον κατηγορούμενο συνιστά ασφαλώς μια «εν κρυπτώ» και ύπουλη διάβρωση των οργάνων απονομής της δικαιοσύνης, πιο επικίνδυνη από την πρόσκαιρη και δυναμική προσβολή τους. Η παρεκτροπή αυτή δεν γίνεται βέβαια στην αίθουσα της δημόσιας συνεδρίασης του δικαστηρίου. Τα αποτελέσματά της όμως αφορούν ασφαλώς όσα θα διαδραματισθούν στην αίθουσα εκείνη.

Κύριο «στόχο» των αξιόποινων παρεκτροπών της υπεράσπισης του κατηγορουμένου αποτελεί εύλογα ο χώρος των αποδεικτικών μέσων: γραπτών και προφορικών. Η αλλοίωσή τους προς το συμφέρον του κατηγορουμένου αποτολμάται συχνά από το ριψοκίνδυνο συνήγορο.

Δυσκολότερα επιχειρείται η αλλοίωση των γραπτών αποδεικτικών μέσων, εξαιτίας της σταθερότητάς τους στο χώρο και στο χρόνο. Η υλική (άρθρα 216, 217 ΠΚ), η διανοητική (άρθρο 220 ΠΚ), η αρνητική (άρθρο 222 ΠΚ) πλαστογραφία και η ηθική αυτουργία σε διανοητική πλαστογραφία (άρθρα 221 και 242 ΠΚ) αποτελούν κατά κανόνα παρακινδυνευμένες ενέργειες για το συνήγορο. Πιο εύκολη είναι η αλλοίωση του προφορικού αποδεικτικού μέσου της μαρτυρίας, που τελείται με την ηθική αυτουργία σε ψευδορκία και ψευδή ανώμοτη κατάθεση (άρθρα 224—226 σε συνδυασμό με το άρθρο 46§1 α' ΠΚ) και την παραπλάνηση σε ψευδορκία (άρθρο 228 ΠΚ), ιδιαίτερα όταν ο μάρτυς είναι πρόσωπο με περιορισμένη αντίληψη και μειωμένη δύναμη ηθικής αντίστασης.

Θα μπορούσε, τέλος, να υποστηριχθεί πως την πιο συνηθισμένη αξιόποινη παρεκτροπή του συνηγόρου αποτελεί η υπόθαλψη εγκληματία (άρθρο 231 ΠΚ). Με μια «τραβηγμένη» μάλιστα ερμηνεία του σχετικού άρθρου του Ποινικού Κώδικα, θα ήταν δυνατόν να θεωρηθεί υπόθαλψη κάθε επιτυχία του συνηγόρου να αθώσει τον ένοχο πελάτη του, ανεξάρτητα από τη χρήση εκ μέρους του νόμιμων ή παράνομων τεχνασμάτων. Πιστεύω ωστόσο—και το υποστήριξα σε παλιότερη μελέτη μου⁵—πως η υπόθαλψη εγκληματία δεν έχει καθόλου σχέση με την υπεράσπιση του κατηγορουμένου⁶. Αυτή προϋποθέτει ότι

5. Ο.α.π., σ. 539 επ.

6. Πρβλ., αντίθετα, *Γαρδίκια*, Ο συνήγορος εν τη ποινική δίκη, 1973, σ. 80—82. Πρβλ. και Dahs, ο.π., σ. 30 επ. (αρ. 33 επ.) — Αν ο δράστης εγκλήματος αναθέσει σε δικηγόρο την υπόθεσή του, πριν αναγνωρισθεί και συλληφθεί, και εκείνος τον φυγαδεύσει ή συσκοτίσει τα πραγματικά περιστατικά, ματαιώνοντας έτσι τη δίωξη του πελάτη του, ο δικηγόρος τελεί ασφαλώς το έγκλημα της υπόθαλψης εγκληματία (άρθρο 231 ΠΚ). Ωστόσο στην περίπτωση αυτή δεν ενεργεί ως *συνήγορος* του δράστη. Γιατί από νομική άποψη δεν έχει αρχίσει το έργο της

έχει ασκηθεί ποινική δίωξη, αφού κατηγορούμενος με τη στενή έννοια του όρου δεν μπορεί να νοηθεί χωρίς προηγούμενη κίνηση της ποινικής δίωξης.⁷ Αντίθετα, ως υπόθαλψη πρέπει να χαρακτηρίζεται η πράξη που ματαιώνει την αρχική δίωξη του εγκληματία και όχι την οποιαδήποτε *συνέχιση* της ποινικής του δίωξης. Επίσης ως υπόθαλψη χαρακτηρίζεται και η ματαίωση της εκτέλεσης της ποινής που επιβλήθηκε στον κατηγορούμενο. Αυτή η ενέργεια προϋποθέτει περατωμένη ποινική δίκη, αφού ποινή χωρίς δικαστική απόφαση δεν μπορεί να επιβληθεί. Όταν όμως έχει τελειώσει η ποινική δίκη, έχει τελειώσει μαζί της και η υπεράσπιση του κατηγορούμενου από το συνήγορό του. Έτσι η υπεράσπιση βρίσκεται *έξω* από το χρόνο τέλεσης του εγκλήματος της υπόθαλψης εγκληματία. Σύμφωνα με την άποψη που υποστήριξα και παλιότερα, η υπόθαλψη μπορεί μόνο να τελεστεί είτε με απόκρυψη του δράστη εγκλήματος που ματαιώνει τη δίωξή του είτε με φυγάδευση του ήδη καταδικασμένου δράστη που ματαιώνει την εκτέλεση της ποινής (ή του μέτρου ασφαλείας) που του επιβλήθηκε. Αυτές όμως οι ενέργειες βρίσκονται *έξω* από κάθε πλαίσιο «υπεράσπισης κατηγορουμένου».

3.0. Και ερχόμαστε τώρα στο κρίσιμο ερώτημα: *Σε ποιές περιπτώσεις οι παραπάνω παρεκτροπές του συνηγόρου μπορούν να δικαιολογηθούν από άποψη ποινικού δικαίου; Με άλλα λόγια: Με ποιές προϋποθέσεις είναι δυνατό να αρθεί ο άδικος χαρακτήρας των αξιόποινων αυτών παρεκτροπών; Οι απαντήσεις μας θα ακολουθήσουν τη σειρά της ταξινόμησης των σχετικών πράξεων που προτάθηκε στη προηγούμενη παράγραφο.*

3.1. Το άρθρο 367 ΠΚ ορίζει τότε η προσβολή της τιμής μπορεί να δικαιολογηθεί από ποινική άποψη. Αναφορικά με τις παρεκτροπές του συνηγόρου, για τις οποίες έγινε λόγος στην παράγραφο 2.1. πιο πάνω, και ενόψει του άρθρου 367 ΠΚ που δικαιολογεί τις προσβλητικές εκφράσεις, όταν γίνονται «*χάριν διαφυλάξεως (προστασίας) δικαιώματος ή εξ άλλου δεδικαιολογημένου ενδιαφέροντος*», θα πρέπει να δεχθούμε ότι ο άδικος χαρακτήρας τους αίρεται, όταν η αθωότητα ή οι υπάρχουσες (αληθινές) ελαφρυντικές περιστάσεις για τον κατηγορούμενο δεν μπορούν να προβληθούν διαφορετικά, παρά μόνο μέσα από τις προσβλητικές για την τιμή κάποιου άλλου εκφράσεις του

υπεράσπισης, αφού δεν υπάρχει ακόμα *κατηγορούμενος*, η ενέργεια μάλιστα του δικηγόρου αποσκοπεί στο να μην καταστεί καν κατηγορούμενος ο πελάτης του.

7. Το άρθρο 72 Κ Ποιν. Δ αναφέρεται σε μια πλατιά έννοια «κατηγορουμένου». Η έννοια του «συνηγόρου» όμως αντιστοιχεί στη στενή έννοια του όρου «κατηγορούμενος» που προϋποθέτει άσκηση ποινικής δίωξης.

συνηγόρου⁸. Θα πρέπει όμως να τονιστεί ότι η δικαιολόγηση αυτή ισχύει, εφόσον οι εκφράσεις δεν συνιστούν συκοφαντική δυσφήμιση και δεν προκύπτει «σκοπός εξυβρίσεως» του προσώπου στο οποίο αναφέρονται. Η άρση του αδικού με βάση το δικαιολογημένο συμφέρον κατά το άρθρο 367 ΠΚ είναι ανεξάρτητη από την άρση του αδικού, όταν το δυσφημιστικό γεγονός είναι αληθινό, που προβλέπεται στο άρθρο 366 ΠΚ. Συνεπώς η απόδειξη της αλήθειας επιτρέπεται πάντοτε, προκειμένου να αποδειχθεί ότι δεν πρόκειται για συκοφαντική δυσφήμιση και να λειτουργήσει έτσι η ευεργετική για το δράστη διάταξη του άρθρου 367 ΠΚ. Θα πρέπει επίσης να τονισθεί πως ως *δικαιολογημένο* συμφέρον εννοείται το *νόμιμο* συμφέρον του κατηγορουμένου να αποδείξει την αθωότητά του, όταν *πράγματι* υπάρχει αυτή. Ανύπαρκτα ελαφρυντικά μπορούν βέβαια να προβληθούν από το συνήγορο χωρίς ποινικές συνέπειες γι' αυτόν, όχι όμως μέσα από την προσβολή της τιμής άλλων προσώπων. Στην τελευταία αυτή περίπτωση ο άδικος χαρακτήρας της παρεκτροπής του συνηγόρου δεν αίρεται⁹. Επίσης δεν αίρεται ο άδικος χαρακτήρας των παρεκτροπών που γίνονται για την κάμψη του ηθικού των μαρτύρων και γενικά στα πλαίσια «δικηγορικών τεχνασμάτων» για τη δημιουργία εντυπώσεων, άσχετα από την καθαρή αποδεικτική εργασία¹⁰.

8. Βλ. *Φιλίππιδη*, Η προστασία δεδικαιολογημένων συμφερόντων επί των εγκλημάτων κατά της τιμής, 1965, σ. 266 επ. Κατά τον *Γαρδίκια*, ο.π., σ. 68, «αίρεται ο άδικος χαρακτήρ προσβολής της τιμής υπό του συνηγόρου, αν η πράξις κριθί αναγκαία προς επιτέλεσιν των καθηκόντων αυτού» σύμφωνα με το άρθρο 20 ΠΚ. Ωστόσο εδώ δεν εφαρμόζεται, νομίζω, το άρ. 20, αλλά το άρθρο 367 ΠΚ, στο μέτρο που όχι σε κάθε περίπτωση, αλλά μόνο όταν το συμφέρον του πελάτη δεν μπορεί κατ' άλλο τρόπο να προστατευθεί, δικαιολογείται η προσβολή της τιμής του μάρτυρα. Κατ' ακριβολογία: ο συνήγορος δεν έχει δικαίωμα να *προσβάλλει* άλλους αγορεύοντας υπέρ του πελάτη του (αρ. 20 ΠΚ), αλλά έχει καθήκον να *προστατεύει* τα συμφέροντα του πελάτη του, προσβάλλοντας *εν ανάγκη* την τιμή άλλων, όταν δεν μπορεί να κάνει διαφορετικά το καθήκον του αυτό (αρ. 367 ΠΚ).

9. Αν βέβαια ο συνήγορος βρίσκεται σε πλάνη είτε σχετικά με την ύπαρξη δικαιολογημένου συμφέροντος είτε σχετικά με το επιβεβλημένο του μέσου που χρησιμοποίησε, πρόκειται για νομική πλάνη (αρ. 31§2 ΠΚ) που αποκλείει τη συνείδηση του αδικού και θα οδηγήσει σε άρση του καταλογισμού, αν κριθεί συγγνωστή. Βλ. *Φιλίππιδη*, ο.π., σ. 268. Πρβλ. όμως *Σπινέλλη*, Ποινικό Δίκαιο, ειδικό μέρος, εγκλήματα κατά της τιμής, 1980, σ. 81/82. Την αντιπαράθεση της ελληνικής βιβλιογραφίας πάνω στο θέμα της πλάνης σχετικά με τις πραγματικές προϋποθέσεις λόγου που αίρει τον άδικο χαρακτήρα της πράξης βλ. στην μελέτη του *Γ. Πουλή*, Νομική πλάνη, Επιστημονική Επετηρίδα Δικηγορικού Συλλόγου Θεσσαλονίκης, 1980, σ. 91 επ. (σ. 105).

10. Πρβλ. *Γαρδίκια*, ο.π., σ. 68: «ο συνήγορος έχει το δικαίωμα να είπη τα πάντα, αλλ' ουχί και δικαίωμα αθυροστομίας».

Τέλος, όπως ειπώθηκε κιόλας, η *συκοφαντική* δυσφήμιση και η εξύβριση που γίνεται «για την εξύβριση» δεν φαίνεται να μπορούν να δικαιολογηθούν σε οποιαδήποτε περίπτωση. Το ίδιο ισχύει και για την ψευδή καταμήνυση που αποτελεί, κατά την ορθότερη άποψη, ειδική μορφή συκοφαντικής δυσφήμισης, όπως τονίστηκε και πιο πάνω.

3.2. Στα πλαίσια τώρα προσβολής του δικαστηρίου και νόθευσης των σχετικών με τη δίκη υπομνημάτων θα πρέπει να τονιστεί πως η περιύβριση του δικαστηρίου, η διατάραξη των συνεδριάσεών του και η δωροδοκία των δικαστών δεν μπορούν να δικαιολογηθούν σε καμιά περίπτωση και με καμιά θεωρητική κατασκευή. Η προστασία των δικαιολογημένων συμφερόντων του κατηγορουμένου παρέχεται μέσα από τους μηχανισμούς απονομής της δικαιοσύνης. Όταν λοιπόν προσβάλλονται οι μηχανισμοί αυτοί, δεν είναι δυνατό να γίνει λόγος για νόμιμο δικαίωμα ή για προστασία δικαιολογημένου συμφέροντος. Μιλούμε βέβαια με βάση τη δικαιοκτική λογική και από τη σκοπιά της νομικής θεώρησης του θέματος. Εξάλλου και αναφορικά με τη στάθμιση των εννόμων αγαθών για την παραδοχή της κατάστασης ανάγκης, σε καμιά περίπτωση δεν θα μπορούσε το δικαστήριο και οι δικαστές να θεωρηθούν — κατά την απονομή βέβαια της (ποινικής) δικαιοσύνης—έννομα αγαθά «κατά το είδος και τη σπουδαιότητα σημαντικώς κατώτερα» από τα αγαθά του κατηγορουμένου, ώστε η προσβολή τους να μπορεί να δικαιολογηθεί για την προστασία των τελευταίων. Έτσι και αν ακόμα επίκειται η έκδοση μιας απόφασης κατά φανερή δικαστική πλάνη σε βάρος του κατηγορουμένου πελάτη που είναι πράγματι αθώος, ο συνήγοος δεν μπορεί να διαταράξει, διακόπτοντας βίαια, τη συνεδρίαση του δικαστηρίου, για να αποτρέψει την πρόοδο της δίκης,¹¹ ούτε να δωροδοκήσει τους δικαστές σε κάποια διακοπή της διαδικασίας, για να τους απομακρύνει, με τον τρόπο αυτόν, από την πλάνη τους. Η αποτροπή βλάβης στα έννομα αγαθά του κατηγορουμένου μόνο μέσα από τους δικονομικούς μηχανισμούς (ένδικο μέσα κ.λ.π.) μπορεί τελικά να επιτευχθεί.

Ισχύει άραγε το ίδιο και για την προσβολή (νόθευση) των δικαστικών υπομνημάτων; Εδώ πρέπει να διακρίνουμε: Στις περιπτώσεις που επιχειρείται η αλλοίωση των αποδεικτικών μέσων για να ωφεληθεί απλώς (και όχι για να μη ζημιωθεί) ο

11. Η παρακάλυψη της προόδου της δίκης από το συνήγορο με μακρυγορία και εμμονή σε ασήμαντες λεπτομέρειες δεν αποτελεί βέβαια κατά το ελληνικό δίκαιο ποινικό αδίκημα. Πρβλ., αντίθετα, την περίπτωση που χαρακτηρίστηκε από δικαστή της Ν. Υόρκης ως *contempt of Court* στον *Γαρδίκια*, ο.π., σ. 67, σημ. 4.

κατηγορούμενος, η πράξη δεν μπορεί να δικαιολογηθεί¹². Ο συνήγορος επιτρέπεται να ισχυριστεί ότι νομίζει για να βελτιώσει τη θέση του πελάτη του. Όπως όμως δεν μπορεί να προσβάλλει την τιμή άλλου προσώπου για να πετύχει το σκοπό αυτόν, έτσι και δεν επιτρέπεται να αλλοιώσει τα αποδεικτικά μέσα. Θα μπορούσε όμως, νομίζω, να υποστηριχθεί πως, με ορισμένες προϋποθέσεις, η αλλοίωση αποδεικτικού μέσου, που γίνεται για να αποτρέψει αναπότρεπτη διαφορετικά βλάβη του κατηγορουμένου, είναι δυνατό να δικαιολογηθεί. Τα αποδεικτικά μέσα δεν ταυτίζονται με το μηχανισμό της απονομής της δικαιοσύνης καθ'αυτόν. Αλλά έχουν ως σκοπό να διαμορφώσουν την πεποίθηση του δικαστή για το τί έγινε στην εμπειρική πραγματικότητα και να οδηγήσουν στη δικαστική κρίση, η οποία αναφορικά με τη διαπίστωση του πραγματικού πρέπει να είναι αληθής και αναφορικά με την υπαγωγή τούτου στον κανόνα δικαίου που ταιριάζει πρέπει να είναι ορθή. Όταν λοιπόν το δικαστήριο οδηγείται σε πλάνη από την ανυπαρξία ή την ανεπάρκεια των αποδεικτικών μέσων, και η βλάβη που θα επέλθει στον αθώο κατηγορούμενο είναι μεγάλη, η περιορισμένη αλλοίωση αποδεικτικού μέσου, όταν βέβαια αυτή δεν επιφέρει βλάβη σε τρίτο πρόσωπο, θα μπορούσε νομίζω να δικαιολογηθεί με ανάλογη επίκληση μιας κατάστασης ανάγκης, ή της προστασίας δικαιολογημένου συμφέροντος. Εδώ η αλλοίωση του αποδεικτικού μέσου οδηγεί στην αλήθεια. Έστω και με ανορθόδοξο τρόπο, το αποδεικτικό μέσο θα επιτελέσει τον προορισμό του που είναι η έκδοση τελικά ορθής και αληθούς στην αποτύπωση της πραγματικότητας απόφασης. Τα αποδεικτικά μέσα δεν έχουν αξία καθ'αυτά, αλλά μόνο αναφορικά προς τη συγκεκριμένη απόφαση, στην έκδοση της οποίας συμβάλλουν. Η τελική γνησιότητα αυτής ενδιαφέρει. Η γνησιότητα όμως της απόφασης πρέπει να είναι προϊόν δικαστικής αποκλειστικά κρίσης και όχι εξωτερικής επέμβασης. Η μάχη για τη διαμόρφωση της κρίσης αυτής μπορεί στην απελπισμένη τραχύτητά της να εκτραπεί από τους κανόνες του παιχνιδιού για χάρη της ουσιαστικής αλήθειας, χωρίς να θιγεί όμως ο μηχανισμός απονομής της δικαιοσύνης καθ'αυτόν. Έτσι, ένα «αθώο» ψέμμα του μάρτυρα (καθ' υπόδειξη του συνηγόρου) που δεν βλάπτει άλλο πρόσωπο, αλλά που είναι απολύτως αναγκαίο για να αποδειχθεί η αθωότητα του κατηγορουμένου, η οποία με κανένα άλλο τρόπο δεν θα ήταν δυνατό να αποκαλυφθεί, μπορεί

12. Για το πρόβλημα, αν μπορεί ο συνήγορος να καταστεί ένοχος των σχετικών εγκλημάτων με παράλειψη, όταν η αλλοίωση των αποδείξεων γίνεται από μάρτυρα ή από τον κατηγορούμενο και ο συνήγορος δεν αντιδρά, βλ. Dahs, ο.π., σ. 103 επ. (αρ. 132).

νομίζω να δικαιολογηθεί ως ηθική αυτουργία σε ψευδορκία ή ως παραπλάνηση σε ψευδορκία, ανάλογα. Θα πρέπει πάντως η αθωότητα του κατηγορουμένου να είναι δεδομένη αντικειμενικά¹³, το δικαστήριο να οδηγείται σε καταδίκη από τα υπάρχοντα αποδεικτικά μέσα και η αθωότητα του κατηγορουμένου να μην είναι δυνατό ν' αποδειχθεί με άλλον τρόπο. Επίσης θα πρέπει η αλλοίωση του αποδεικτικού μέσου να μην επιφέρει βλάβη σε άλλο πρόσωπο, εκτός αν αυτή είναι εντελώς ασήμαντη σε σχέση με την απειλούμενη στον κατηγορούμενο.

Θα μπορούσε ίσως να ισχυριστεί κανείς πως η αλλοίωση του αποδεικτικού μέσου σε συγκεκριμένη υπόθεση αποκτά όχι λιγότερη γενική σημασία, αφού κλονίζει την εμπιστοσύνη μας στα υπομνήματα και στη μαρτυρία γενικά, πέρα δηλαδή από τη λειτουργία αυτών των μέσων στη συγκεκριμένη υπόθεση. Στη γενικεύουσα ιδεαλιστική αυτή άποψη θα μπορούσε να αντιπαραθέσει κανείς πως —πέρα από το γεγονός ότι στην κατάσταση ανάγκης και στην προστασία δικαιολογημένου συμφέροντος η στάθμιση των αγαθών δεν επεκτείνεται σε γενικές αξιολογήσεις της αφηρημένης καθολικότητάς τους¹⁴ —και η αθώωση ενός αθώου πράγματι κατηγορούμενου, έστω με ανορθόδοξο τρόπο, δεν στερείται πάντως γενικότερης σημασίας. Όπως τονίζει ο Jacques Hamelin¹⁵, σε κάθε δίκη δεν πρόκειται μονάχα για την ειδική περίπτωση που δικάζεται. Στο πρόσωπο του κατηγορουμένου, ο συνήγορος υπερασπίζεται κάθε φορά τη γενική αρχή, ότι η καταδίκη ενός αθώου είναι πολύ χειρότερη από την αθώωση του ενόχου. Αρχή που συνδυάζει και συμφιλιώνει μοναδικά τα αντίπαλα κατά κανόνα ιδεώδη της ουσιαστικής απονομής της δικαιοσύνης και της ασφάλειας του δικαίου

13. Για την περίπτωση συγγνωστής πλάνης του συνηγόρου βλ. τη σημ. 9 πιο πάνω.

14. Βλ. *Μανωλεδάκη*, Γενική θεωρία του ποινικού δικαίου, τ. Γ' 1981, σ. 37 επ., σ. 147.

15. J. Hamelin, Ο υπερασπιστής — απόψεις για το ρόλο του συνηγόρου — (απόδοση στα ελληνικά από τον Γ. Πανάγο, 1953), σ. 58.

*Η παραβίαση
της επαγγελματικής εχεμύθειας
από τον δικηγόρο*

Ο δικηγόρος ανεξάρτητα από το αν τελικά αναλαμβάνει ή όχι την υπεράσπιση στην ποινική ή πολιτική δίκη έρχεται αναπόφευκτα, από την πρώτη στιγμή που ο ιδιώτης τον επισκέπτεται στο γραφείο του, σε επαφή με έναν κύκλο γεγονότων που αναφέρονται στην κατ' εξοχή προσωπική σφαίρα του ατόμου και τούτο γιατί είτε ο ίδιος ο πελάτης τού τα εμπιστεύεται είτε, πράγμα πολύ πιο συνηθισμένο, τα πληροφορείται από άλλες πηγές με αφορμή την άσκηση του λειτουργήματός του. Για τα γεγονότα αυτά επιχειρεί ο έλληνας νομοθέτης με μια σειρά άρθρων να εξασφαλίσει την απόλυτη εχεμύθεια του δικηγόρου.

Τους κανόνες που αφορούν την επαγγελματική εχεμύθεια μπορούμε να διακρίνουμε σε δύο κατηγορίες: σε κείνους που επιβάλλουν, απειλώντας ποινικές και πειθαρχικές κυρώσεις, την εχεμύθεια στον ίδιο τον δικηγόρο και σε κείνους που υποχρεώνουν πια την πολιτεία να σεβαστεί το κατοχυρωμένο επαγγελματικό απόρρητο. Στην πρώτη κατηγορία ανήκουν οι διατάξεις των άρθρων 371 του Ποινικού Κώδικα και 49§1 του Κώδικα των Δικηγόρων, που απειλούν χρηματική ποινή ή φυλάκιση ως ένα έτος καθώς και πειθαρχικές κυρώσεις στους δικηγόρους που παραβιάζουν την υποχρέωση της εχεμύθειας. Στη δεύτερη κατηγορία, οι διατάξεις των άρθρων 400 του Κ. Πολ. Δ., 212 του Κ. Ποιν. Δ και 50 του Κώδικα των Δικηγόρων απαγορεύουν στον δικαστή να εξετάσει ως μάρτυρες τους δικηγόρους όταν αυτοί δεσμεύονται από το επαγγελματικό απόρρητο.

Τη σημασία των διατάξεων αυτών θα αναλύσουμε αμέσως πιο κάτω, προσδιορίζοντας το έννομο αγαθό που προστατεύουν. Προηγουμένως όμως πρέπει να διασαφηστεί ο κύκλος των γεγονότων στα οποία αναφέρεται η υποχρέωση για εχεμύθεια, ή διαφορετικά *το υλικό αντικείμενο των προσβολών*. Τόσο το άρθρο 371 του ΠΚ όσο και τα σχετικά άρθρα της πολιτικής και ποινικής δικονομίας ρητά μνημονεύουν ως αντικείμενα προσβολής τα ιδιωτικά απόρρητα, έννοια γύρω από την οποία δεν φαίνεται να υπάρχει ουσιώδης διαφωνία ανάμεσα στη γερμανική και ελληνική επιστήμη. Για να χαρακτηριστεί ένα γεγονός απόρρητο πρέπει να συντρέχουν δύο στοιχεία: αφενός να μην είναι ήδη πλατειά γνωστό και αφετέρου να υπάρχει ένα κατανοητό, λογικό, ενδιαφέρον εκείνου τον οποίο αφορά να μη φανερωθεί παραπέρα. Έτσι η μυστικότητα εξαρτάται κυρίως, *αλλά όχι αποκλειστικά* από τη βούληση του ενδιαφερομένου.¹

1. Βλ. *Καρανίκα* Εγχειρίδιο Ποινικού Δικαίου, τ. Γ', 321: «Απόρρητα είναι γεγονότα ή πραγματικά καταστάσεις ή συναρτήσεις σχέσεων, των οποίων η γνώσις δεν εξέρχεται ωρισμένου κύκλου ατόμων και περί της μυστικότητος των οποίων ενδιαφέρεται συγκεκριμένον τι πρόσωπον». — *Τούση/Γεωργίου* Ποινικός Κώδικς, Β' (έκδ. γ') 982/983: «ως ιδιωτικόν απόρρητον θεωρούνται μόνον τα εις περιωρισμένον κύκλον γνωστά πραγματικά περιστατικά εις την μη φανέρωσιν των οποίων έχει συμφέρον ο ιδιώτης» — *Φιλιππίδη Τ.* Η παραβίασις της επαγγελματικής εχεμυθείας ΠΧρ. 1952, 99 — *Lackner StGB*, 15 Aufl., § 203, 3a: «ιδιωτικό απόρρητο θεωρείται το γεγονός που είναι γνωστό σε έναν περιορισμένο κύκλο προσώπων και δεν πρέπει να γίνει ευρύτερα γνωστό κατά ένα κατανοητό ενδιαφέρον (*verständliches Interesse*) του φορέα του» — *Seiler Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre*, 1960, 197 — *Schönke/Schröder StGB*, 20 Aufl., § 203, 5 — *Welzel Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., 336: Η έννοια του απορρήτου περιέχει τρία στοιχεία: σχετικά άγνωστο (*relative Unbekanntheit*), επιθυμία μυστικότητας (*Geheimhaltungswille*) και ενδιαφέρον μυστικότητας (*Geheimhaltungsinteresse*).

Από την άλλη πλευρά, το γεγονός ότι όλες οι διατάξεις που στοχεύουν να κατοχυρώσουν την εχεμύθεια αφορούν αποκλειστικά και μόνο ιδιωτικά απόρρητα δεν πρέπει να μας οδηγήσει στη σκέψη ότι προστατεύουν και ένα κοινό έννομο αγαθό. Άλλωστε αυτή η ίδια η ένταξη τους σε διαφορετικά νομοθετήματα προσδιορίζει και τις προτεραιότητες που δικαιολογούν τη θέσπισή τους.

Έτσι το άρθρο 371 του ΠΚ, ενταγμένο σε ένα κεφάλαιο που προστατεύει ατομικά έννομα αγαθά και ανάμεσα σε κεφάλαια που η θέσπισή τους αποβλέπει επίσης κατά κύριο λόγο στην προστασία του ατόμου, θα πρέπει να θεωρήσουμε, παρά το γεγονός ότι έχουν αναπτυχθεί και διαφορετικές απόψεις,² ότι προστατεύει πρωταρχικά το δικαίωμα του ατόμου να έχει και να διατηρεί έναν κύκλο μυστικών γεγονότων της ιδιωτικής του ζωής, ως μια ειδικότερη έκφραση της προσωπικής του ελευθερίας. Ότι το δικαίωμα αυτό προστατεύεται μόνο σε σχέση με συγκεκριμένα επαγγέλματα ή λειτουργήματα σημαίνει απλώς ότι ο νομοθέτης θεώρησε σκόπιμο να επέμβει στις περιπτώσεις που το άτομο είναι πράγματι υποχρεωμένο να προβεί σε εκμυστηρεύσεις και όχι ότι υποβιβάζει σε δεύτερη θέση το έννομο αυτό αγαθό. Αντίθετα στις περιπτώσεις εκείνες που το άτομο δεν είναι αναγκασμένο να εμπιστευθεί τα απόρρητα του, ο κίνδυνος αφήνεται στον ίδιο τον ενδιαφερόμενο να φυλάξει όσο καλύτερα μπορεί τα μυστικά του. Η άποψη αυτή ενισχύεται και από το γεγονός ότι η έννοια του απορρήτου προσδιορίζεται, όπως είπαμε, βασικά από τη βούληση του ενδιαφερομένου, άρα το έννομο αγαθό στη βάση του δεν μπορεί να είναι παρά ένα ιδιωτικό συμφέρον. Στην αφηρημένη του όψη πάντως, το αγαθό αυτό πλησιάζει προς το κοινωνικό έννομο αγαθό της εμπιστοσύνης του κοινού σε συγκεκριμένα επαγγέλματα, στο οποίο δίνουν ορισμένοι την προτεραιότητα. Πράγματι, όταν το δίκαιο αναγνωρίζει σε κάθε άνθρωπο το δικαίωμα να διατηρείται ένας κύκλος προσωπικών του περιστατικών μυστικός παρά το γεγονός ότι είναι υποχρεωμένος να τον αποκαλύψει σε ορισμένους επαγγελματίες ή λειτουργούς, καλλιεργεί ταυτόχρονα μίαν εμπιστοσύνη του

2. Ειδικότερα έχουν αναπτυχθεί δύο διαφορετικές απόψεις. Σύμφωνα με την πρώτη, το έγκλημα του άρθρου 371 ΠΚ δεν είναι παρά μια παραβίαση της επαγγελματικής δεοντολογίας γι' αυτό και θα πρέπει αφενός να απαλληφθεί από τον Π.Κ. αφετέρου να τυποποιηθεί ως πειθαρχικό πια αδίκημα στους επί μέρους ειδικούς νόμους που ρυθμίζουν τα της άσκησης αυτών των επαγγελμάτων (βλ. *Μανωλεδάκη*, Η διαλεκτική έννοια των εννόμων αγαθών, 116). Κατά τη δεύτερη άποψη έννομο αγαθό κατά κύριο λόγο δεν είναι το ιδιωτικό απόρρητο ως έκφραση της προσωπικής ελευθερίας αλλά η «εμπιστοσύνη του κοινού σε συγκεκριμένα επαγγέλματα», άρα πρόκειται για ένα κοινωνικό έννομο αγαθό (βλ. *Schönke/Schröder* §203, 3).

κοινού προς τα επαγγέλματα αυτά: εμπιστοσύνη που και αυτή αποτελεί μιαν ειδικότερη έκφραση της προσωπικής ελευθερίας αφού ταυτίζεται με το δικαίωμα κάθε ατόμου να βρίσκει την ηθική, ιατρική ή νομική στήριξη που του είναι αναγκαία χωρίς τον φόβο να αποκαλυφθούν τα μυστικά του. Τέλος αναμφισβήτητα και η σωστή λειτουργία αυτών των επαγγελματιών στο δεδομένο κοινωνικό σύστημα εξασφαλίζεται χωρίς ωστόσο ο τελευταίος αυτός στόχος να μπορεί να θεωρηθεί βασικός.³

Αντίθετα στις διατάξεις του Κώδικα των Δικηγόρων, σαφώς προηγείται ως στόχος η επαγγελματική δεοντολογία και ακολουθεί σε δεύτερη θέση η προστασία των άλλων αγαθών. Αλλά και στους Κώδικες της Δικονομίας διαφοροποιούνται οι προτεραιότητες. Ειδικότερα, στην ποινική δικονομία η διάταξη του άρθρου 212, απαγορεύοντας να εξετασθούν ως μάρτυρες οι δικηγόροι ακόμα κι αν υπάρχει η σχετική συναίνεση του πελάτη τους τάσσεται προφανώς υπέρ του κοινωνικού χαρακτήρα της εχεμύθειας. Στην ποινική δίκη η προστασία των ιδιωτικών απορρήτων παύει να ταυτίζεται με την προστασία του ατόμου και σκοπεύει να εξυπηρετήσει κυρίως την πίστη του κοινού σε συγκεκριμένα επαγγέλματα.⁴ Αντίθετα, στην πολιτική δίκη που από τη φύση της δεν είναι παρά η σύγκρουση αντίθετων ιδιωτικών συμφερόντων ο ατομικός χαρακτήρας στην προστασία των ιδιωτικών απορρήτων επικρατεί και εδώ θα πρέπει να

3. Αυτή είναι η γνώμη που επικρατεί Βλ. ενδεικτικά Dreher/Tröndle StGB, 41 Aufl., §203. I —Lackner §203. I —Mösl Leipziger Kommentar, 9 Aufl., I zu §300af —Φιλίππιδη ΠΧρ 52, 100. Ωστόσο έχει υποστηριχθεί και η άποψη ότι προστατεύεται μόνο το ιδιωτικό απόρρητο. Έτσι Seiler 17 — Schünemann Der stafrechliche Schutz von Privatheimnissen, ZStW 90, 11 επ.

4. Βλ. Ζησιάδη Ποινική Δικονομία, τ. Β (1977), 38. «Εις τας περιπτώσεις αυτές εξ υπερτέρων ηθικών κοινωνικών και κρατικών λόγων δεν υφίσταται υποχρέωσις προς μαρτυρίαν» — Ζαγκρόλα Οι δικηγόροι ως μάρτυρες, ΠΧρ 1959, 489: «Εκ της διατάξεως ταύτης σαφώς προκύπτει ότι η περί ής πρόκειται απαγόρευσις δεν ετέθη δια την προστασίαν ωρισμένων ατόμων, αλλά χάριν της ολότητος, δια λόγους κοινωνικούς, υπερτέρους από την ιδιωτικήν βούλησιν του ανακοινούντος και συγκεκριμένως ότι ετέθη χάριν της ομαλής ασκήσεως ωρισμένων κοινωνικών λειτουργημάτων εις á ιδιάζουσαν αποδίδει σημασίαν η Πολιτεία».

Πάντως de lege ferenda, επειδή ούτε το έννομο αγαθό «ιδιωτικό απόρρητο» ως στοιχείο της προσωπικής ελευθερίας προσβάλλεται όταν την αποκάλυψη ζητά ο ίδιος ο ενδιαφερόμενος ούτε η εμπιστοσύνη του κοινού απέναντι σε συγκεκριμένα λειτουργήματα θίγεται πραγματικά αφού ο δικηγόρος, γιατρός κ.λ.π. δεν αποδεδεσμεύεται παρά μόνο με έγκριση του φορέα του μυστικού και σε συγκεκριμένη περίπτωση, φαίνεται σωστότερο να τροποποιηθεί η ρύθμιση και να εναρμονισθεί με αυτήν του Κ. Πολ. Δ., ώστε ο δικηγόρος να μπορεί να εξεταστεί ως μάρτυρας όταν του το επιτρέπουν εκείνος που του εμπιστεύθηκε το μυστικό καθώς και ο φορέας του απορρήτου.

αποδοθεί αφενός το γεγονός ότι ο δικηγόρος μπορεί να εξεταστεί ως μάρτυρας όταν του το επιτρέψει εκείνος τον οποίο αφορά το απόρρητο και αφετέρου το ότι την ένσταση της εξαίρεσης μπορεί να προτείνει μόνο ο πελάτης και όχι ο αντίδικος.⁵

Μετά από αυτά παρουσιάζει ενδιαφέρον να εξετάσουμε πώς διαγράφεται η θέση του δικηγόρου όταν καλείται να εξεταστεί ως μάρτυρας σε ποινική δίκη.

Το πρώτο πρόβλημα που μπορεί να δημιουργηθεί οφείλεται στο γεγονός ότι τόσο ο Ποινικός Κώδικας όσο και η Ποινική Δικονομία αναφέρονται σε ιδιωτικά απόρρητα που ο δικηγόρος πληροφορήθηκε είτε από τον πελάτη του είτε από αλλού με αφορμή της άσκησης της δικηγορίας. Ποιά θα είναι όμως η θέση του δικηγόρου όταν τα απόρρητα δεν έχει πληροφορηθεί με αυτόν τον τρόπο, όπως λ.χ. όταν είναι *αυτόπτης μάρτυρας* ενός εγκλήματος και στη συνέχεια αναλαμβάνει την υπεράσπιση του δράστη; Στην περίπτωση αυτή ούτε από το γράμμα του άρθρου 371 του Π.Κ. δεσμεύεται, αλλά ούτε και με βάση το άρθρο 212 της ποινικής δικονομίας μπορεί να αρνηθεί την εξέτασή του ως μάρτυρα. Και από την άλλη πλευρά καταθέτοντας την αλήθεια είναι αυτονόητο πως δεν μπορεί πια να υπερασπιστεί ως συνήγορος τον πελάτη του. Για το λόγο αυτό πρέπει να κάνουμε ορισμένες διακρίσεις. Οπωσδήποτε αν ο δικηγόρος επιλέξει να καταθέσει τα όσα γνωρίζει δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι διαπράττει ποινικό αδίκημα αφού η διασταλτική ερμηνεία απαγορεύεται στον Ποινικό Κώδικα όταν είναι σε βάρος του κατηγορουμένου. Στην ποινική όμως δικονομία η διασταλτική ερμηνεία και επιβάλλεται και επιτρέπεται. Επιβάλλεται, γιατί το έννομο αγαθό της εμπιστοσύνης του κοινού που πρωταρχικά προστατεύεται σαφώς θα θιγόταν αν ο δικηγόρος δεν δικαιούνταν να αρνηθεί την μαρτυρία σχετικά με απόρρητα που πληροφορήθηκε ανεξάρτητα από την άσκηση της δικηγορίας του, από τη στιγμή βέβαια—και αυτό είναι το βασικό—που έχει αποδεχθεί την εντολή του πελάτη του, άρα έχει δημιουργηθεί μεταξύ τους σχέση εμπιστοσύνης.⁶ Αλλά και επιτρέπεται η διασταλτική ερμηνεία αφού είναι σε κάθε περίπτωση υπέρ του κατηγορουμένου τον οποίο αφορά το απόρρητο.

Μια δεύτερη δυσχέρεια στον προσδιορισμό της θέσης του δικηγόρου όταν καλείται να εξεταστεί ως μάρτυρας προέρχεται

5. Έτσι *Φραγκίστας* Δίκαιον Αποδείξεως, εκδ. Β' (1975), 173

6. Από τη στιγμή που ο δικηγόρος έχει αποδεχθεί την εντολή του πελάτη του δέχονται όλοι ότι έχει πια καθήκον σιγής υπέρ αυτού που σημαίνει ότι οφείλει να μη λέει όλη την αλήθεια παρά τόση όση πρόκειται να τον ωφελήσει (βλ. ενδεικτικά *Ζησιάδη* Εγχειρίδιον Ποινικής Δικονομίας, τ. Α', 1954, 88/89—*Χωραφά* Εγχειρίδιον Ποινικού Δικονομικού Δικαίου, 1933, 83).

από το γεγονός ότι ενώ το άρθρο 371 ΠΚ αναφέρεται σε δικηγόρους γενικά, το άρθρο 212 της ποινικής δικονομίας θεωρεί εξαιρετέους μόνο τους *συνηγόρους*, άρα δικηγόρους που έχουν εντολή υπεράσπισης. Έτσι εκείνος που για οποιοδήποτε λόγο δεν ανέλαβε την υπεράσπιση του κατηγορουμένου επειδή λ.χ. δεν συμφώνησαν στην αμοιβή, βρίσκεται στην προβληματική θέση καταθέτοντας να πραγματώσει την νομοτυπική μορφή του άρθρου 371, ενώ αν αρνηθεί την κατάθεση να τιμωρηθεί για άρνηση μαρτυρίας κατά το άρθρο 224§2 του ΠΚ ή για λιπομαρτυρία. Και εδώ η λύση θα πρέπει να δοθεί υπέρ μιας πλατειάς ερμηνείας του άρθρου 212 της ποιν. δικονομίας, ώστε ο όρος *συνήγορος* να ταυτιστεί με τον όρο *δικηγόρος* που χρησιμοποιεί ο Π.Κ.⁷

Ένα τρίτο θέμα έχει δημιουργηθεί σχετικά με τον *ρόλο της συναίνεσης* του ατόμου που έχει εμπιστευθεί το απόρρητο. Σύμφωνα με τη δεύτερη παράγραφο του άρθρου 212 του ΚΠοιν. Δ. ο δικηγόρος, ακόμα κι αν έχει τη συναίνεση εκείνου που του εμπιστεύθηκε το απόρρητο δεν μπορεί να εξεταστεί ως μάρτυρας και αν εξεταστεί η διαδικασία θα κριθεί άκυρη. Εύλογα όμως γεννιέται το ερώτημα κατά πόσο η πράξη αυτή είναι και ποινικά επιλήψιμη. Στην επιστήμη επικρατεί η άποψη ότι η συναίνεση αίρει τον άδικο χαρακτήρα της πράξης.⁸ Ωστόσο, ορίζοντας πιο πάνω την έννοια του ιδιωτικού απορρήτου είδαμε ότι αυτή προσδιορίζεται πρωταρχικά από τη βούληση του ατόμου. Από τη στιγμή που ο φορέας του μυστικού δηλώνει στον δικηγόρο ότι συναινεί στο να το αποκαλύψει παραπέρα, σημαίνει ότι δεν υπάρχει πια κανένα ενδιαφέρον, ή έστω έχει περιοριστεί το ενδιαφέρον του ως προς την απόλυτη μυστικότητα του γεγονότος. Παύει έτσι να υπάρχει το ένα από τα δύο στοιχεία που συνθέτουν την έννοια του απορρήτου, άρα παύει να υπάρχει το αντικείμενο της προσβολής. Για τον λόγο αυτό, φαίνεται σωστότερο να δεχτούμε ότι η συναίνεση εκείνου τον οποίο *αφορά* το απόρρητο δεν δικαιολογεί απλώς την προσβολή αλλά την αποκλείει.⁹

7. Έτσι Ζησιάδης Εγχειρίδιον Ποιν. Δικονομίας, 1954, 93 — Τσουκαλάς Ποινική Δικονομία Α (1936), 135.

8. Βλ. Γάφου Ποινικόν Δίκαιον, Ειδ. Μέρος, ε', 206 — Καρανίκας Εγχειρίδιον Ποινικού Δικαίου τ. Γ' (1962), 333 — Φιλίππιδη ΠΧρ1952, 113 — Dreher /Tröndle StGB§203, 24 — Lackner StGB, 3 vor§201 — Maurach/Schroeder Strafrecht, Β. Τ. (6 Aufl) II/1, 247 — Mösl LK, §300. 10 — Wessels Strafrecht Β.Τ., I (3 Aufl) 69.

9. Την άποψη ότι η συναίνεση του ενδιαφερομένου αποκλείει την πραγμάτωση της αντικειμενικής υπόστασης έχουν υποστηρίξει οι Χωραφάς Ποινικόν Δίκαιον, 9η έκδ., 1978, τ. Α, 186 — Schönke / Schröder StGB, 20 Aufl, §203, 22 — Welzel 336. Έχει ακόμα υποστηριχτεί η γνώμη ότι η συναίνεση δεν επηρεάζει τον άδικο

Τέλος κατά την εξέταση του δικηγόρου ως μάρτυρα, πρόβλημα δημιουργείται σχετικά με τα γεγονότα που γνωρίζει με αφορμή το επάγγελμά του και όχι επειδή του τα εμπιστεύτηκε ο πελάτης του. Κατά τον ΠΚ η αποκάλυψη και των απορρήτων αυτών αποτελεί αδίκημα ενώ αντίθετα κατά την ποινική δικονομία ο δικηγόρος κρίνει κατά συνείδηση αν και τι θα φανερώσει, από τα μυστικά που πληροφορήθηκε με αφορμή την άσκηση του λειτουργημάτων του. Έτσι φαίνεται να υπάρχει κάποια αντινομία ανάμεσα στο ουσιαστικό και δικονομικό δίκαιο που θα πρέπει να λυθεί με τη συνδυασμένη εφαρμογή των σχετικών διατάξεων. Ο δικηγόρος αποκάλυπτοντας ξένα απόρρητα που πληροφορήθηκε εξαιτίας της ιδιότητάς του πραγματώνει σε κάθε περίπτωση την αντικειμενική υπόσταση του άρθρου 371 ΠΚ. Ο άδικος χαρακτήρας της πράξης του αίρεται σύμφωνα με την 4η παράγραφο του άρθρου μόνο αν στοχεύει στην εκπλήρωση καθήκοντος ή την διαφύλαξη κάποιου ουσιαστικού δημόσιου ή ατομικού συμφέροντος που δεν μπορούσε να διαφυλαχθεί διαφορετικά. Ο δικηγόρος όμως δεν έχει καθήκον για μαρτυρία απλώς δικαίωμα να κρίνει κατά συνείδηση αν και τι θα φανερώσει. Ωστε η αποκάλυψη των απορρήτων μπορεί να δικαιολογηθεί μόνο με την προϋπόθεση ότι σκοπεύει να εξυπηρετήσει κάποιο συμφέρον που δεν μπορούσε να εξυπηρετηθεί διαφορετικά. Αν κάτι τέτοιο δεν συμβαίνει, αν επομένως ο δικηγόρος με την κατάθεσή του διαπράττει ποινικό αδίκημα, μπορούμε παρόλα αυτά να θεωρήσουμε ότι η ποινική διαδικασία διατηρεί το κύρος της; Μπορούμε, με το δεδομένο ότι η κατά συνείδηση κρίση ελέγχεται από το Ανώτατο Πειθαρχικό Συμβούλιο των δικηγόρων και επιβάλλονται πειθαρχικές κυρώσεις αν διαπιστωθεί ότι είναι διαβλητή¹⁰, να θεωρήσουμε ότι η ποινική δικονομία δίνει μια απόλυτη και ανέλεγκτη διακριτική ευχέρεια στον δικηγόρο να κρίνει τι θα αποκαλύψει; Μια τέτοια λύση δεν ικανοποιεί βέβαια απόλυτα. Σωστότερο φαίνεται, από τη στιγμή που η κρίση του δικηγόρου ελέγχεται ως καταχρηστική, να οδηγηθούμε και σε ακύρωση των σχετικών διαδικαστικών πράξεων, με μόνη προϋπόθεση ίσως ότι αυτές

χαρακτήρα της πράξης (βλ. Ζησιάδη Ποιν. Δικονομία, Β', 44). Οι Μπουρόπουλος (Ερμηνεία του Ποινικού Κώδικος, Β', 694) και Τούσης/Γεωργίου (Ποινικός Κώδιξ, Β, 989) δέχονται ότι η συναίνεση του παθόντα δεν αίρει τον άδικο χαρακτήρα της πράξης «όταν το απόρρητον δεν ενεπιστάθη εις τον δράστην, αλλά περιήλθεν εις γνώσιν του δυνάμει του επαγγέλματος ή της ιδιότητός του».

10. Βλ. σε ΝοΒ. 1954, 953 την απόφαση 77/54 του Ανώτατου Πειθαρχ. Συμβουλίου των Δικηγόρων.

οδηγούν σε επιβάρυνση της θέσης του κατηγορουμένου.¹¹

Ως τελευταίο θέμα πρέπει βέβαια να εξεταστεί το ηθικό δίλημμα στο οποίο πολλές φορές οδηγεί τον δικηγόρο η τήρηση της επαγγελματικής εχεμύθειας.

Ο δικηγόρος πληροφορείται κατά τρόπο αξιόπιστο και με αφορμή το επάγγελμά του ότι πρόκειται να τελεστεί ένα κακούργημα. Αν δεν το καταγγείλει θα τιμωρηθεί για παρασιώπηση εγκλήματος (232 ΠΚ)· αλλά ταυτόχρονα καταγγέλοντας παραβιάζει την επαγγελματική του εχεμύθεια. Ποιά θα πρέπει να είναι εδώ η στάση του, 'Η ο δικηγόρος πληροφορείται από την πελάτισσά του σε μια δίκη διαζυγίου ότι πρόκειται να κάνει άμβλωση για να απαλλαχθεί από ένα ανεπιθύμητο μωρό. Είναι υποχρεωμένος να καλύψει μια πράξη με την οποία βρίσκεται σε πλήρη ηθική διάσταση ή μήπως επιτρέπεται να παραβιάσει την επαγγελματική του εχεμύθεια;

Αν ο συνήγορος σε μια ποινική δίκη γνωρίζει ότι ο πελάτης του είναι ένοχος, επειδή λ.χ. ο ίδιος το έχει εμπιστευθεί και ωστόσο δεν παρουσιάζονται αρκετά στοιχεία εναντίον του είναι υποχρεωμένος να επιτρέψει να αθωωθεί ο ένοχος; 'Η το χειρότερο, όταν στη θέση του βλέπει να καταδικάζεται ένας αθώος, πρέπει και πάλι να μείνει απλός θεατής;

'Όλες αυτές οι περιπτώσεις θα πρέπει να αξιολογηθούν στα πλαίσια της 4ης παραγράφου του άρθρου 371 ΠΚ. Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, ο άδικος χαρακτήρας της παραβίασης της επαγγελματικής εχεμύθειας αίρεται σε κάθε περίπτωση όταν η πράξη αποτελεί εκπλήρωση καθήκοντος. Δεν είναι λοιπόν τελικά άδικη η πράξη του δικηγόρου όταν καταγγέλλει ένα

11. Σχετικά με τον συνδυασμό των άρθρων 371 ΠΚ και 212 § 1 Κ. Ποιν. Δ. όταν η αποκάλυψη αφορά απόρρητα που ο δικηγόρος γνωρίζει με *αφορμή* την άσκηση της δικηγορίας έχουν υποστηριχτεί τρεις συνολικά απόψεις. Σύμφωνα με την πρώτη (*Φιλιππίδης* ΠΧρ 52, 110) η διάταξη του Π.Κ. ως ουσιαστικού δικαίου, είναι επικρατέστερη της Ποιν. Δικονομίας και γιατί η ποινική διαδικασία είναι σε κάθε περίπτωση άκυρη αν ο δικηγόρος εξεταστεί ως προς αυτά τα ζητήματα. Κατά τη δεύτερη άποψη (*Ζαγκαρόλας* ΠΧρ1959, 490 — *Σακελλαρίου* ΠΧρ1959, 556 υπό την ΑΠ 234/59) ο δικηγόρος εφόσον είναι συνήγορος στην ποινική δίκη απαγορεύεται σε κάθε περίπτωση να εξεταστεί. Αντίθετα, αν δεν έχει σχετική εντολή, μπορεί να κρίνει κατά συνείδηση ποια από τα περιστατικά που έχει πληροφορηθεί με αφορμή την άσκηση της δικηγορίας — και όχι επειδή του τα έχουν εμπιστευθεί — θέλει να αποκαλύψει. Τέλος, κατά την τρίτη άποψη (*Ζησιιάδης* Ποιν. Δικονομία, Β', 40/41) οι δικηγόροι «εκπληρούν νομικόν καθήκον, όταν μαρτυρούν, ως εκ του ότι εν συνειδήσει κρίνουν, ότι πρέπει να καταθέσουν τα «όσα άλλα περιήλθον εις γνώσιν των εξ αφορμής του επαγγέλματος». 'Ετσι εφαρμόζεται σε κάθε περίπτωση η §4 του άρθρου 371 ΠΚ, σύμφωνα με την οποία ο άδικος χαρακτήρας της πράξης αίρεται όταν αυτή αποβλέπει στο να εκπληρωθεί κάποιο καθήκον.

μελετώμενο κακούργημα, αφού έτσι εκπληρώνει ένα καθήκον που ο ίδιος ο νόμος του επιβάλλει. Εδώ το δίκαιο σε αφηρημένο πια επίπεδο, κρίνει ότι ανάμεσα σε δύο συγκρουόμενα καθήκοντα το καθήκον της εχεμύθειας είναι σε κάθε περίπτωση υποδεέστερο. 'Αρα στην πραγματικότητα για το δικηγόρο δεν υπάρχει καν ζήτημα σύγκρουσης καθηκόντων.¹²

Το πρόβλημα γίνεται πιο δύσκολο όταν δεν πρόκειται για νομικό αλλά για ηθικό καθήκον. Η άποψη που επικρατεί σήμερα στην ελληνική επιστήμη, εκφράστηκε άλλωστε ρητά και στην Αιτιολογική Έκθεση, δέχεται πως όταν ο νομοθέτης στην 4η παράγραφο του άρθρου 371 του ΠΚ αναφέρεται στα καθήκοντα εννοεί όχι μόνο τα νομικά αλλά και τα ηθικά. 'Ετσι οι επιλογές του δικηγόρο ανάγονται πια στο επίπεδο της δικής του ηθικής: σε επίπεδο καθαρά υποκειμενικών κρίσεων και αντιλήψεων. Με τον τρόπο αυτό παραβιάζεται κατάφορα η αρχή της ασφάλειας του δικαίου. Ο ιδεαλιστής δικηγόρος που στο άμορφο ακόμα έμβρυο φαντάζεται την προστασία της ανθρώπινης ζωής είναι αυτονόητο ότι θεωρεί υπέρτερο καθήκον του να υπερασπιστεί τη ζωή σε βάρος της επαγγελματικής του εχεμύθειας. Αλλά μια τέτοια θεώρηση του προβλήματος είναι αντίθετη στα ίδια τα θεμέλια του αντικειμενικού ποινικού συστήματος. Γι' αυτό ως καθήκοντα, η εκπλήρωση των οποίων αίρει τον άδικο χαρακτήρα της πράξης, δεν μπορούν να νοούνται παρά μόνο τα νομικά. Αντίθετα τα τυχόν ηθικά καθήκοντα που θεωρεί ότι έχει ένας δικηγόρος θα εκτιμηθούν μόνο στα πλαίσια του καταλογισμού καθώς και της λειτουργίας του δευτέρου λόγου που δικαιολογεί το έγκλημα, ως διαφύλαξη δηλαδή νόμιμου ή διαφορετικά δικαιολογημένου ουσιαστικού συμφέροντος, δικού του, του δημοσίου ή τρίτου, το οποίο συμφέρον δεν μπορούσε να διαφυλαχθεί διαφορετικά.¹³ Τέτοιο συμφέρον κατά πάγια πια άποψη της επιστήμης δεν μπορεί σε καμιά περίπτωση να θεωρηθεί η σωστή απονομή της δικαιοσύνης, αφού βέβαια αυτή

12. 'Ετσι *Μανωλεδάκης* Γενική Θεωρία του Ποινικού Δικαίου, γ', 156. Αντίθετα ο *Μαγκάκης* (Ποινικό Δίκαιο, εκδ. β (1981) 271/272) θεωρεί ότι και εδώ υπάρχει σύγκρουση καθηκόντων για τον δίκηγόρο, αφού για να δικαιολογήσει την παραβίαση της επαγγελματικής εχεμύθειας δεν αρκείται στο να διαπιστωθεί ότι συντρέχει κάποιο νομικό ή ηθικό καθήκον, αλλά απαιτεί επιπλέον α) το καθήκον αυτό να είναι in concreto κοινωνικά υπέρτερης σημασίας και β) να μη μπορούσε να προστατευθεί διαφορετικά — Ο *Φιλιππίδης* (ΠΧρ 52, 110) δέχεται ότι η παραβίαση της επαγγελματικής εχεμύθειας δικαιολογείται σε κάθε περίπτωση που υπάρχει νομικό καθήκον, ενώ για το ηθικό καθήκον απαιτεί να είναι υπέρτερο από το προσβαλλόμενο.

13. Το συμφέρον είτε πρέπει να είναι έννομο, είτε διαφορετικά δικαιολογημένο, αλλά πάντως ουσιαστικό — δηλαδή όχι ασήμαντο. Ο ελληνικός ΠΚ δεν απαιτεί επιπλέον το συμφέρον να είναι υπέρτερο από το έννομο αγαθό που προστατεύει η διάταξη του άρθρου 371 (Αντίθετος ο *Μαγκάκης* Ποινικό...272).

δεν εξαρτάται μόνο από τη στάση του δικηγόρου, αλλά πολύ περισσότερο από άλλους παράγοντες.¹⁴ Αυτό άλλωστε συνάγεται και από το γεγονός ότι η θέση του δικηγόρου στην ποινική δίκη είναι αναγκαστικά μονομερής — ο δικηγόρος έχει τον ρόλο της υπεράσπισης και όχι της ουσιαστικής απονομής της δικαιοσύνης.¹⁵ Ο συνήγορος γι' αυτό οφείλει παρά το γεγονός ότι γνωρίζει την ενοχή του πελάτη του, εκμεταλλεόμενος τα κενά της απόδειξης — αφού κανείς δεν είναι ένοχος αν δεν αποδειχθεί — να ζητήσει ακόμα και την αθώωσή του.¹⁶

Το κρίσιμο βέβαια δίλημμα και μόνο πραγματικό μέσα σε συνθήκες πληθωρισμού του δικηγορικού λειτουργήματος, παρουσιάζεται όταν αντί για τον πραγματικό ένοχο καταδικάζεται κάποιος αθώος. Η άποψη ότι θα πρέπει να διακρίνουμε ανάμεσα στη θανατική ποινή, ποινές στερητικές της ελευθερίας και χρηματικές ποινές και να θεωρήσουμε ότι η υποχρέωση πίστης υποχωρεί μόνο όταν βρίσκεται αντιμέτωπη με μια άδικη θανατική καταδίκη¹⁷ συμβαδίζει ίσως με τις γενικές επιταγές του άρθρου 25 του ΠΚ για τη σύγκρουση αντίθετων συμφερόντων, αλλά δεν μπορεί να γίνει εδώ δεκτή. Κατά το άρθρο 371§4 του ΠΚ το συμφέρον που πρόκειται να εξυπηρετηθεί δεν χρειάζεται να είναι σημαντικά ανώτερο από αυτό που προσβάλλεται· αρκεί να είναι ουσιαστικό. Και η ζωή, η προσωπική ελευθερία ακόμα και αυτή η περιουσία του ατόμου είναι ουσιαστικά του συμφέροντα· πολύ περισσότερο όταν η προσβολή του καθενός από αυτά συνδέεται με την τιμή, την επαγγελματική εξέλιξη ή την οικογενειακή κατάσταση του θύματος. Αλλά ο δικηγόρος θα μείνει ατιμώρητος μόνο αν τα συμφέροντα αυτά δεν μπορούσαν διαφορετικά να διαφυλαχθούν. Άρα, αν κάποιος από δικαστική πλάνη έχει καταδικαστεί αμετάκλητα σε οποιαδήποτε ποινή, που σημαίνει ότι πια η αλήθεια δεν μπορεί να βρεθεί ή είναι σχεδόν βέβαιο ότι δεν θα βρεθεί, είναι και λογικό αλλά και δίκαιο να απαλλαγεί ο δικηγόρος αποκαλύπτοντας τόσα όσα είναι αναγκαία για να αποδειχθεί η αθωότητα του θύματος.

14. Βλ. ενδεικτικά Seiler 198 — Αντίθετα γίνεται δεκτό ότι αίρεται ο άδικος χαρακτήρας της πράξης όταν ο δικηγόρος αποκαλύπτει ιδιωτικά απόρρητα για να θεμελιώσει μια δίκη για την αμοιβή του από πελάτη που αρνείται να τον πληρώσει (βλ. Seiler 197) ή για να αποδείξει ως αναληθή κατηγορία εναντίον του που δεν μπορούσε διαφορετικά να αποδειχθεί (βλ. *Πάλλη* Δικηγόρος και εχεμύθεια, Νο Β 1966, 379) υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι αποκαλύπτει τόσα όσα είναι αναγκαία για να εξυπηρετήσει τον σκοπό του.

15. Έτσι *Φιλιππίδης* Δικαστική Ψυχολογία, Α' 167/168

16. Βλ. και *Φιλιππίδη* Δικ. Ψυχολογία, 168.

17. Έτσι Seiler 198.

Απιστία δικηγόρου

1. Σε βάρος κάποιου εκδίδεται παραπεμπτικό βούλευμα για κλοπή σε βαθμό πλημμελήματος. Ο συνήγορός του προβληματίζεται κατά πόσο είναι σκόπιμη η άσκηση εφέσεως. Οι περιστάσεις τελέσεως της πράξεως είναι τέτοιες, ώστε να μην αποκλείεται σε περίπτωση ασκήσεως εφέσεως, η μεταρρύθμιση του βουλεύματος και η παραπομπή του κατηγορουμένου για κλοπή σε βαθμό κακουργήματος¹: από την άλλη μεριά η καθυστέρηση που θα προέλθει από την άσκηση της εφέσεως πιθανόν να οδηγήσει στη συμπλήρωση του χρόνου παραγραφής του εγκλήματος. Ο συνήγορος υπερασπίσεως συνεννοείται με τον

1. Βλ. άρθρα 372 § 1 και 374 περ. στ' ΠΚ. Έχει γίνει νομολογιακά δεκτό ότι η προσθήκη κατά την προδικασία επιβαρυντικών περιστάσεων στην πράξη που αποδίδεται στον κατηγορούμενο δεν αποτελεί ανεπίτρεπτη μεταβολή κατηγορίας, αλλά σύννομο διαφορετικό νομικό χαρακτηρισμό: ΑΠ 1521/1982, ΠοινΧρον 1983, 583.

ενδιαφερόμενο και ασκεί τελικά έφεση, αποδεχόμενος το ενδεχόμενο της παραπομπής για κακούργημα. Το αποτέλεσμα: ο κατηγορούμενος παραπέμπεται για κακούργημα και εισάγεται σε δίκη πριν συμπληρωθεί ο χρόνος παραγραφής².

Σ' άλλο ιστορικό τα πράγματα διαμορφώνονται ως εξής: Ένας δικηγόρος υπερασπίζεται, σε κάποια ποινική δίκη, τον κατηγορούμενο· στη συνέχεια ο ίδιος δικηγόρος εκπροσωπεί στα πολιτικά δικαστήρια τον παθόντα (= πολιτικώς ενάγοντα στην ποινική δίκη), ο οποίος επιδιώκει ικανοποίηση των αστικών αξιώσεών του σε βάρος του δράστη (= κατηγορουμένου στην ποινική δίκη). Από την αμφίπλευρη αυτή διαδοχική υπεράσπιση ούτε απόρρητα φανερώθηκαν, ούτε βλάβη προκλήθηκε³.

Ενόψει του ότι η διάταξη του άρθρου 233 ΠΚ (= απιστία δικηγόρου)⁴ απειλεί ποινή φυλακίσεως μέχρι τριών ετών σε βάρος του δικηγόρου ο οποίος βλάπτει τον πελάτη του ή βοηθά, ταυτόχρονα ή διαδοχικά, στην ίδια υπόθεση και τους δύο διαδίκους⁵, ερωτάται: Οι δικηγόροι των δύο πιο πάνω ιστορικών αντιμετώπιζουν κίνδυνο διώξεως για απιστία;

Μιά πρόχειρη υπαγωγή του πραγματικού υλικού στον κυρωτικό κανόνα του άρθρου 233 ΠΚ δίνει το προβάδισμα στην καταφατική απάντηση, μιά και το γράμμα του νόμου δεν φαίνεται να ζητά για την ικανοποίησή του τίποτα περισσότερο, απ' όσα έκαναν οι δύο δικηγόροι. Είναι, όμως, περίπου βέβαιο ότι το δρόμο που επέλεξαν οι συνήγοροι των ιστορικών μας

2. Ανάλογο παράδειγμα, σχετικό με το έγκλημα της απάτης, αναφέρεται από τον *Ανδρουλάκη* (Τινά περί της απιστίας δικηγόρου, άρθρ. 233 ΠΚ, Ποινικά Μελέται, 1972, σ. 147 επ.).

3. Βλ. RG 49. 344.

4. Το έγκλημα της απιστίας δικηγόρου ήταν γνωστό από την εποχή του Ρωμαϊκού Δικαίου ως *raevanficatio*. Βλ. *Γάφου*, Ποινικόν Δίκαιον, Ειδικόν Μέρος, τεύχ. Β' (άρθρ. 198—234), 1959, σ. 182, *Δέδε*, Ποινικόν Δίκαιον, Ειδικόν Μέρος, Έγκλήματα περί την απονομήν της δικαιοσύνης, άρθρα 224—234 ΠΚ, 1976, σ. 117, *Κωστή*, Ερμηνεία του εν Ελλάδι ισχύοντος Ποινικού Νόμου, έκδ. δ' (από τον *Α. Μπουρόπουλο*), τόμ. Γ', 1929, σ. 416 και τις εκεί παραπομπές στη σχετική ρωμαϊκή νομοθεσία που οριοθετούσε την έννοια της *raevanficatio*.

5. Το πλήρες κείμενο, της διατάξεως του άρθρου 233 ΠΚ είναι: «Δικηγόρος ή άλλος νομικός παραστάτης εκ προθέσεως βλάπτων εκείνον, των συμφερόντων του οποίου έχει αναλάβει την νομικήν προστασίαν ή κατά την αυτήν ένδικον υπόθεσιν δια συμβουλών ή αντιλήψεως βοηθών αμφοτέρους τους διαδίκους, είτε συγχρόνως, είτε διαδοχικώς, τιμωρείται διά φυλακίσεως μέχρι τριών ετών. Εάν όμως ενήργησεν κατά συνενόησιν μετά των εχόντων αντίθετα συμφέροντα ή χάριν κέρδους, τιμωρείται δια φυλακίσεως τουλάχιστον τριών μηνών». Όπως φαίνεται από τη διατύπωση, η απιστία δικηγόρου είναι έγκλημα μικτό· υποστηρίζεται μάλιστα ότι είναι σωρευτικά και όχι διαζευκτικά μικτό. Βλ. *Ανδρουλάκη*, ο.π., σ. 147 σημ. 1, *Δέδε*, ο.π., σ. 118, *Μπουρόπουλου*, Ερμηνεία του Ποινικού Κώδικος, τόμ. Β', Ειδικόν Μέρος, 1960, σ. 309.

ακολουθούν στην πράξη και άλλοι πολλοί και μάλιστα χωρίς καν να υποψιάζονται πως έτσι παραβιάζουν τις διατάξεις του Ποινικού μας Κώδικα. Πού, λοιπόν, βρίσκεται η σωστή λύση του ζητήματος; Ποιά είναι η πραγματική έκταση του αξιοποίνου που τυποποιείται με τη διάταξη του άρθρου 233 ΠΚ;

II. Το κρίσιμο αυτό ερώτημα δεν μπορεί να βρει την απάντησή του παρά μόνο εάν προηγουμένως οριοθετηθεί το έννομο αγαθό που προσβάλλεται με το έγκλημα της απιστίας δικηγόρου και αντίστοιχα προστατεύεται από τη διάταξη του άρθρου 233 ΠΚ· τούτος ο τρόπος πορείας είναι επηρεασμένος καθοριστικά από την πλατιά υποστηριζόμενη σήμερα άποψη ότι το έννομο αγαθό έχει υπαρξιακή σημασία για το έγκλημα και αποτελεί δογματικό θεμέλιο της ερμηνευτικής διαδικασίας στο ποινικό δίκαιο⁶. Για την παρακολούθηση της όλης προβληματικής χρήσιμο είναι να έχει κανείς κατά νου ότι με το ισχύον καθεστώς απιστία τελεί ο δικηγόρος όταν βλάπτει τον εντολέα του ή παρέχει στην ίδια υπόθεση βοήθεια και στους δύο διαδίκους.

Στο προηγούμενο δίκαιο αντίστοιχη ήταν η διάταξη του άρθρου 490 του Ποινικού Νόμου. Σύμφωνα μ' αυτή αξιόποινη ήταν: (ι) η από το δικηγόρο παροχή βοήθειας στην ίδια υπόθεση και στους δύο διαδίκους, (ii) η ύστερα από προηγούμενη παράνομη συνεννόηση διενέργεια πράξεως βλαπτικής για τον πελάτη και ευνοϊκής για τον αντίδικο, και (iii) η παροχή στον εντολέα επιβλαβών συμβουλών⁷. Το έγκλημα ήταν οργανικά—συστηματικά τοποθετημένο στο κεφάλαιο όπου ποινικο-

6. Είναι αλήθεια πως η ελληνική ποινική επιστήμη έχει πια αναγνωρίσει τη σημασία της μελέτης των εννόμων αγαθών ως λογικών και πραγματικών προϋποθέσεων, αλλά και ως διαμορφωτικών παραγόντων των εγκλημάτων. Βλ. *Μανωλεδάκη*, Η διαλεκτική έννοια των εννόμων αγαθών, 1973, *του ίδιου*, Γενική Θεωρία του ποινικού δικαίου, I—III, 1976-1981, *Σπινέλλη*, Το έννομον αγαθόν και η σημασία του εις την σύγχρονον διδασκαλίαν του ποινικού δικαίου, *Ποινχρον.* 1971. 721 επ., 801 επ., *του ίδιου*, Το έννομον αγαθόν της τιμής και οι αξιόποιοι αυτού προσβολαί, 1976, *Σταμάτη*, Η συρροή ποινικών νόμων εν γένει και η μη τιμωρητή προτέρα ή ύστερα πράξις, 1967, *του ίδιου*, Γενικά αρχαί της φαινομένης συρροής εγκλημάτων και ιδίως της κατ' ιδέαν, 1972, *Φιλιππίδη*, Η συναίνεσις του παθόντος, 1951. Διαφορετική είναι η αντίληψη του *Ανδρουλάκη* (*Ποινικόν Δίκαιον*, Γενικόν Μέρος, Α', Τα θεμέλια, 1982), ο οποίος για τη σύλληψη της έννοιας του εγκλήματος προτείνει την έννοια της ποιότητος, από την οποία αναγωγικά εξάγει την έννοια του πρώτου (βλ. και βιβλιοκρισία του έργου αυτού από το *Σταμάτη*, *ΠοινΧρον.* 1982. 702-704).

7. Συμπλήρωμα της διατάξεως του άρθρου 490 ΠΝ αποτελούσε η διάταξη του άρθρου 491 ΠΝ. Σύμφωνα με την τελευταία αυτή διάταξη απειλούνταν ποινή σε βάρος του δικηγόρου, ο οποίος: (ι) ανέβαλε, από φιλοκέρδεια, τις διαπιστευμένες σ' αυτόν υποθέσεις, και (ii) κατακρατούσε παράνομα και δεν παρέδιδε έγκαιρα στον πελάτη του τα χρήματα ή τα άλλα πράγματα που έπαιρνε για λογαριασμό του. Για την ερμηνεία των δύο αυτών διατάξεων βλ. *Κωστή*, ο.π., σ. 416—421.

ποιούνταν οι παραβάσεις καθηκόντων των δημοσίων υπαλλήλων και υπηρετών· ο δικηγόρος χαρακτηριζόταν ως δημόσιος υπηρέτης και η απιστία του ως έγκλημα κατά της δημόσιας υπηρεσίας⁸.

Ο νομοθέτης του ισχύοντος Ποινικού Κώδικα τροποποίησε ουσιαστικά τη ρύθμιση του προϊσχύσαντος δικαίου· ειδικότερα: κατέστησε υποκείμενο του εγκλήματος και τον οποιονδήποτε νομικό προστάτη⁹, διέγραψε το στοιχείο της προηγούμενης παράνομης συνεννόησης που ήταν απαραίτητο για την κατάφαση του αξιοποιού στην περίπτωση της βλάβης του πελάτη και ποινικοποίησε και την διαδοχική βοήθεια που δίνεται και στους δύο διαδίκους στα πλαίσια της ίδιας υποθέσεως¹⁰. Ωστόσο ως σημαντικότερη ποιοτικά μεταβολή θα πρέπει να επισημανθεί η μεταφορά της απιστίας δικηγόρου από το κεφάλαιο των εγκλημάτων περί την υπηρεσία στο κεφάλαιο των εγκλημάτων περί την απονομή της δικαιοσύνης, γεγονός που υποδηλώνει, βέβαια, και διαφοροποίηση αντιλήψεως αναφορικά με το προσβαλλόμενο από την πράξη έννομο αγαθό. Πράγματι η κρατούσα σήμερα στην ελληνική θεωρία¹¹ και νομολογία¹² άποψη δέχεται — στηριζόμενη στη συστηματική τοποθέτηση του εγκλήματος — ότι η διάταξη του άρθρου 235 ΠΚ προστατεύει την ορθή απονομή της δικαιοσύνης, η οποία βλάπτεται με την απιστία του δικηγόρου ή του νομικού

8. Βλ. *Κωστή*, ο.π., σ. 329 επ.

9. Νομικοί παραστάτες είναι τα πρόσωπα που, με αναγνωριζόμενο επίσημα τρόπο, μπορούν να εμφανίζονται στα δικαστήρια ή να παρέχουν νομική βοήθεια. Τέτοιοι, για παράδειγμα, είναι: οι ασκούμενοι δικηγόροι, οι νόμιμα διορισμένοι δικολάβοι, οι νομικοί σύμβουλοι του κράτους, οι σύνδικοι, οι καθηγητές Πανεπιστημίων που εμφανίζονται ως συνήγοροι και οι αξιωματικοί που εκτελούν χρέη συνηγόρου στα στρατιωτικά δικαστήρια. Βλ. *Γάρου*, ο.π., σ. 184 σημ. 4 (και τις εκεί παραπομπές σε γερμανική και ιταλική νομολογία και θεωρία), *Μπουράπουλου*, ο.π., σ. 310.

10. Το Σχ. ΠΚ 1929—1933 θεώρησε ως κύριο χαρακτηριστικό της απιστίας δικηγόρου τη βλάβη των συμφερόντων του εντολέα για το λόγο τούτο, υιοθετώντας απόψεις του γερμανικού Προσχεδίου, τυποποίησε με το άρθρο 201 μόνο αυτή τη συμπεριφορά. Βλ. *ΑιτΣχ. ΠΚ 1929-1933*, έκδοση *Ζαχαρόπουλου*, 1950, άρθρο 206, σ. 237—238. Στο μεταγενέστερο, όμως, ΣχΠΚ του 1938 προστέθηκε και η άλλη μορφή απιστίας: της ταυτόχρονης ή διαδοχικής βοήθειας και των δύο διαδίκων. Βλ. *ΑιτΣχΠΚ 1938*, ο.π., σ. 473.

11. Βλ. *Γάρου*, ο.π., σ. 183, *Δέδε*, ο.π., σ. 117, *Καρανίκα*, Γενικαι παρατηρήσεις επί των εγκλημάτων περί την απονομή της δικαιοσύνης, Αρμ 1956.3 επ., του ίδιου, *Εγχειρίδιον Ποινικού Δικαίου*, τόμ. Β', Ειδικόν Μέρος, 1954, σ. 384, *Μπουράπουλου*, ο.π., σ. 309.

12. Βλ. ΑΠ 217/1979, ΠοινΧρον. 1979. 452, ΠλημΗλ. 152/1970, ΠοινΕπ. 1970. 867, ΠλημΛαρ. 205/1971, ΠοινΕπ. 1971. 710, βουλΣυμβΠλημΕδес. 67/1981, Αρμ 1982. 144.

παραστάτη, με την απιστία, δηλαδή, προσώπων που έχουν καθήκον να την εξυπηρετούν.

Στον χώρο του Ιταλικού ποινικού δικαίου η ρύθμιση του προβλήματος δεν διαφέρει ουσιαστικά από την αντίστοιχη δική μας· και εκεί τυποποιείται ποινικά τόσο η βλάβη των συμφερόντων του πελάτη (:άρθρο 380 ΠΚ)¹³, όσο και η παροχή βοήθειας και στους δύο διαδίκους (:άρθρο 381 ΠΚ)¹⁴. Σταθερά η ιταλική διδασκαλία ακολουθεί την άποψη ότι δικαιολογητικός λόγος θεσπίσεως των σχετικών διατάξεων είναι η ομαλή λειτουργία της απονομής της δικαιοσύνης, για χάρη της οποίας πρέπει να εξασφαλίζεται, έστω και με την απειλή ποινικών κυρώσεων, ένα *minimum* ευπρέπειας και ειλικρίνειας από μέρους των δικηγόρων, οι οποίοι εκ του λειτουργήματός τους καλούνται να συνεργαστούν με τα δικαστικά όργανα¹⁵.

Τα πράγματα είναι διαφορετικά στο πεδίο του Γερμανικού ποινικού δικαίου. Εδώ η ρύθμιση που υπάρχει δεν ταυτίζεται με την αντίστοιχη που υιοθετεί ο Ποινικός μας Κώδικας. Πράγματι η §356 StGB θεωρεί ως απιστία μόνο την από το δικηγόρο ή άλλο νομικό παραστάτη παροχή στα πλαίσια της ίδιας υποθέσεως βοήθειας και στους δύο διαδίκους· ο άλλος τρόπος τελέσεως του εγκλήματος που καθιερώνεται στο δίκαιό μας, δηλαδή η βλάβη του πελάτη, δεν αποτελεί σύμφωνα με το Γερμανικό Ποινικό Κώδικα απιστία δικηγόρου· αυτή είναι μια πρώτη θεμελιακή διαφορά των δύο ρυθμίσεων που πρέπει να επισημανθεί. Ένα ακόμα στοιχείο, σημαντικό για την έρευνα του προβλήματος που εξετάζουμε, αποτελεί η συστηματική τοποθέτηση της §356 StGB στα εγκλήματα περί την υπηρεσίαν¹⁶.

13-14. Τα άρθρα 380 (:Patrocinio o consulenza infedele) και 381 (:Altre infedelta del patrocinatore o del consulente tecnico) του Ιταλικού Ποινικού Κώδικα τυποποιούν όχι μόνο την απιστία δικηγόρου, αλλά και την απιστία του τεχνικού συμβούλου· αντίθετα, με το άρθρο 233 του δικού μας Κώδικα δεν είναι αξιόποινη η απιστία του τεχνικού συμβούλου. Βλ. Μπουρόπουλου, ο.π., σ. 310.

15. Βλ. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, έκδ. 6η· 1972, σ. 827, Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, τομ. 5ος, έκδ. 4η· 1962, σ. 436 επ., Saltelli-Di Falco, *Commento teorico pratico del codice penale*, τόμ. Γ', 1956, σ. 420. Για την ερμηνεία των άρθρων 380-381 του Ιταλικού Ποινικού Κώδικα πέρα από τα γενικά έργα του ποινικού δικαίου βλ. Durigato, *Sul delitto di infedele partocinio*, 1966, Loasses, *In tema di infedeltà del patrocinatore*, *Giust. pen.* 1961, II, 199, Pannain, *Prevaricazione e infedeltà dei patrocinatori*, *Nov. Dig. Ital.* XIII, 1966, 808.

16. Η §356 StGB (:*Parteiverrat*) είναι τοποθετημένη οργανικά στο 28ο κεφάλαιο του Ειδικού Μέρους του StGB που φέρει τον τίτλο: *Straftaten im Amte* (§§331-358). Για την ερμηνεία της διατάξεως αυτής πέρα από τα γενικά έργα του ποινικού δικαίου βλ. Cüppers, *Parteiverrat*, *NJW* 1947. 4 επ., O. Geppert, *Der strafrechtliche Parteiverrat*, 1961, *του ίδιου*, *Der strafrechtliche Parteiverrat bei der Vertretung gemeinsamer Interessen*, *MDR* 1959. 352 επ., *του ίδιου*, *Der Täterkreis*

Η γερμανική θεωρία και νομολογία αντιμετώπισαν με ιδιαίτερη προσοχή το ζήτημα του ακριβούς προσδιορισμού του εννόμου αγαθού που η διάταξη της §356 προστατεύει. Εκτιμώντας συνολικά τα πορίσματα της σχετικής προβληματικής μπορούμε σύντομα και σχηματικά να παρατηρήσουμε τα εξής: Από αρνητική σκοπιά υποστηρίζεται ότι η ποινικοποίηση της πράξεως δεν στοχεύει αποκλειστικά ή κατά κύριο λόγο στην τήρηση της ιδιωτικού χαρακτήρα συμβάσεως μεταξύ δικηγόρου και πελάτη, στη μη παραβίαση, δηλαδή, του καθήκοντος πίστεως που έχει ο νομικός παραστάτης απέναντι στον εντολέα. Και ενώ ως προς το σημείο αυτό — ως προς το τι, δηλαδή, δεν προστατεύει η επίμαχη διάταξη — υπάρχει ταυτότητα απόψεων, δεν συμβαίνει το ίδιο και με τη θετική πλευρά του θέματος, με το ζήτημα, δηλαδή, του τι ακριβώς προσβάλλει κατά κύριο λόγο η τυποποιημένη συμπεριφορά. Έτσι θεωρήθηκαν ως προστατευόμενα από τη διάταξη έννομα αγαθά: η εμπιστοσύνη σχετικά με την καθαρότητα του τρόπου απονομής της δικαιοσύνης, η εμπιστοσύνη της δημόσιας γνώμης αναφορικά με το άμεμπτο της ασκήσεως του δικηγορικού λειτουργήματος καθαυτού, αναφορικά με την ακεραιότητα, δηλαδή, της δικηγορικής τάξεως ως οργάνου απονομής της δικαιοσύνης και τέλος η ικανότητα του δικηγόρου να λειτουργεί δικαστικά και εξώδικα με την ιδιότητα αυτή, ως όργανο, δηλαδή, που συμμετέχει στην απονομή της δικαιοσύνης¹⁷.

Μια κριτική αποτίμηση των παραπάνω αντιλήψεων οδηγεί στα ακόλουθα συμπεράσματα: η θεώρηση της δημόσιας υπηρεσίας ως προσβαλλόμενου εννόμου αγαθού—άποψη που υποστηριζόταν στο προηγούμενο δίκαιό μας και μπορεί σήμερα να βρει έρεισμα στη συστηματική τοποθέτηση του εγκλήματος στον ισχύοντα Γερμανικό Ποινικό Κώδικα — μόνο ιστορική αξία έχει¹⁸. Ο δικηγόρος τώρα — σε αντίθεση με παλιότερες εποχές — δεν ασκεί κατά κανόνα καθήκοντα δημοσίου υπαλλήλου, δεν είναι, δηλαδή, πρόσωπο στο οποίο έχει ανατεθεί δημόσια υπηρεσία: όπου κατεξάιρεση συμβαίνει κάτι τέτοιο

beim strafrechtlichen Parteiverrat, NJW, 1960. 1043 επ., του ίδιου, Vorsatz und Irrtum beim strafrechtlichen Parteiverrat, MDR 1960. 623 επ., Welzel, Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme, IZ 1954. 276 επ., K. Wolff, Der Parteiverrat des Sachwalters, 1930.

17. Για τις απόψεις αυτές που υποστηρίζονται στη γερμανική θεωρία σχετικά με το έννομο αγαθό που η διάταξη της §356 StGB προστατεύει βλ. Blei, Strafrecht II, BT, 10. Aufl. 1976, σ. 367 επ., Dreher-Tröndle, StGB, 38 Aufl. 1978, § 356, σ. 1348, Lackner, StGB, 14. Aufl. 1981, σ. 1182, Maurach, Deutsches Strafrecht, BT, 5. Aufl. 1969, σ. 777, Rudolphi, SK StGB, II, BT, 5. LFG. 1978, §356, σ. 78 επ., Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, σ. 501.

18. Βλ. Rudolphi, ο.π., σ. 501.

κινητοποιούνται για εφαρμογή, εφόσον συντρέχουν οι σχετικές προϋποθέσεις, οι διατάξεις που τυποποιούν τα εγκλήματα περί την δημόσια υπηρεσία. Εξάλλου και η άμεση σύνδεση της επίμαχης δικηγορικής συμπεριφοράς με τα συμφέροντα του εντολέα, χωρίς την παρεμβολή κανενός σταδίου δημοσιουπηρεσιακής αποχρώσεως, δεν αφήνει, νομίζω, περιθώρια για παραδοχή τέτοιων αντιλήψεων. Αλλά και η άλλη άποψη που βλέπει ως δικαιολογητικό λόγο θεσπίσεως της διατάξεως την προστασία της απονομής της δικαιοσύνης δεν φαίνεται περισσότερο πειστική. Και τούτο διότι: α) ο δικηγόρος δεν μπορεί να θεωρηθεί χωρίς αντιρρήσεις ως αυτοτελές όργανο απονομής της δικαιοσύνης¹⁹· η παρουσία του κατοχυρώνει κατά κύριο λόγο όχι την απονομή της δικαιοσύνης ως κρατικής λειτουργίας, αλλά την ελευθερία και ισότητα των διαδίκων, και αυτή είναι που θίγεται και όχι η απονομή της δικαιοσύνης, όταν ο διάδικος αυτούπερασπίζει τα συμφέροντά του. Η σχέση, δηλαδή, που υπάρχει ανάμεσα στο δικηγόρο και τον πελάτη είναι πολύ στενότερη και βαθύτερη από εκείνη που υπάρχει ανάμεσα στο δικηγόρο και το μηχανισμό απονομής της δικαιοσύνης²⁰. β) Η απιστία δεν περιορίζεται μόνο στα πλαίσια *in concreto* διεξαγόμενης δίκης, δεν αναφέρεται, δηλαδή, απαραίτητα σε συγκεκριμένη διαδικασία απονομής της δικαιοσύνης. Τόσο η νομολογία²¹, όσο και η θεωρία²² καταφάσκουν τη θεμελίωση του εγκλήματος και όταν ακόμη η ένδικη υπόθεση δεν έχει αχθεί ενώπιον του δικαστηρίου· σε μια τέτοια περίπτωση, όμως, είναι φανερό ότι κανένας λόγος δεν μπορεί να γίνει για προσβολή της δικαιοσύνης ως κρατικής λειτουργίας, ως κρατικού μηχανισμού.

γ) Γίνεται δεκτό ότι η απιστία μπορεί να τελεστεί και σε βάρος εκείνου, ο οποίος υποστηρίζει αβάσιμη αξίωση ή ισχυρίζεται

19. Πάντως η άποψη αυτή υποστηρίζεται. Βλ. *Ανδρουλάκη*, Θεμελιώδεις έννοιαι της ποινικής δίκης, τεύχ. Α', 1972, σ. 66, *Γαρδίκια*, Ο συνήγορος εν τη ποινική δίκη, 1973, σ. 21, Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 2 Aufl. 1968, σ. 152, Pfenninger, *Probleme des schweizerischen Strafprozessrechts*, 1966, σ. 151 επ.

20. Βλ. *Μανωλεδάκη*, Προβληματική και παρατηρήσεις επί των εγκλημάτων περί την απονομή της δικαιοσύνης (άρθρα 224—234 ΠΚ), *ΠοινΧρον* 1975. 449 επ., 527 επ. (544).

21. Βλ. ΑΠ 276/1953, *ΠοινΧρον* 1953.457, ΑΠ 182/1964, *ΠοινΧρον* 1964. 434, ΑΠ 429/1967, *ΠοινΧρον* 1967. 605, ΕφΑθ 345/1974, *ΠοινΧρον* 1976. 162, ΠλημΚαρδ 143/1968, *ΠοινΧρον* 1968. 566, ΠλημΛαρ 205/1971, ο.π.

22. Βλ. *Ανδρουλάκη*, Τίνα περί της απιστίας δικηγόρου, ο.π., σ. 151, *Γάφου*, ο.π., σ. 185, *Δέδε*, ο.π., σ. 119, *Παρασκευοπούλου*, Η έννοια των όρων «ένδικος υπόθεσις» και «διάδικος» του άρθρου 233 ΠΚ (σχόλιον επί της υπ' αριθμ. 57/1955 αποφάσεως του Αρείου Πάγου), ΝοΒ 1955.611 επ.

αναληθώς ότι είναι αθώος²³. Εδώ, βέβαια, η αξιόποινη πράξη όχι μόνο δεν βλάπτει την ορθή απονομή της δικαιοσύνης, αλλά αντίθετα την υποβοηθεί. δ) Αν δεχθούμε, πράγμα που νομίζω σωστό, ότι μόνο στο αντικειμενικό της και όχι το υποκειμενικό της περιεχόμενο, μόνο δηλαδή αν θεωρηθεί ως κρατικός μηχανισμός η έννοια «απονομή της δικαιοσύνης» αποτελεί έννομο αγαθό, τότε πολύ δύσκολα η απιστία δικηγόρου μπορεί να θεωρηθεί βλαπτική γιαυτό συμπεριφορά. Πράγματι· σε τούτο της το περιεχόμενο η έννοια της «απονομής της δικαιοσύνης» βρίσκει έκφραση στα μερικότερα έννομα αγαθά: «δικαστής», «δικαστικό υπόμνημα», «δικαστήριο» και «δικαστική εξουσία»²⁴. Ωστόσο κανένα απ' αυτά δεν βλάπτεται από τη συμπεριφορά του δικηγόρου που τυποποιείται με τη διάταξη του άρθρου 233 ΠΚ και τις αντίστοιχες διατάξεις των ξένων νομοθεσιών, ή τουλάχιστο δεν βλάπτεται σε τέτοιο βαθμό ώστε να δικαιολογείται η αναγωγή της οικείας πράξεως σε έγκλημα.

III. Τα πορίσματα της μέχρις εδώ έρευνάς μας επιτρέπουν, νομίζω, τη συνέχιση της προβληματικής στο ίδιο πάντα επίπεδο: της αναζητήσεως του εννόμου αγαθού που προσβάλλεται με το έγκλημα της απιστίας. Η προσπάθεια, όμως, θα πρέπει να προχωρήσει τώρα με γνώμονα τη σαφήνεια της πραγματικότητας και όχι τη ρευστότητα της αφηρημενοποιήσεως· και τούτο γιατί δεν μπορεί να αγνοηθεί το γεγονός ότι η έννοια του εννόμου αγαθού έχει υποστεί στα τελευταία χρόνια επιστημονική επεξεργασία σε βάθος που οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η υπόστασή του έχει άμεση εξάρτηση από τον εξωτερικό εμπειρικό κόσμο²⁵.

Η απιστία δικηγόρου, όπως αυτή περιγράφεται στο άρθρο 233 ΠΚ, είναι έγκλημα μικτό, με την έννοια ότι η σχετική αντικειμενική υπόσταση μπορεί να τελεστεί με δύο τρόπους: την πρόκληση βλάβης σ' εκείνον, τη νομική προστασία των συμφερόντων του οποίου έχει αναλάβει ο δικηγόρος και την παροχή βοήθειας και στους δύο διαδίκους. Αυτός ο χαρακτήρας

23. Βλ. *Ανδρουλάκη*, ο.π., σ. 151, *Μανωλεδάκη*, ο.π., σ. 544, *Geppert*, *Der strafrechtliche Parteiverrat*, σ. 30.

24. Βλ. *Μανωλεδάκη*, ο.π., σ. 452 επ., *Μαργαρίτη*, Το νομικό αντικείμενο της ψευδορκίας ως βάση για την επίλυση των ερμηνευτικών προβλημάτων του άρθρου 224 ΠΚ, 1981, σ. 41 επ.

25. Για την αντίληψη αυτή βλ. *Μανωλεδάκη*, Η διαλεκτική έννοια των εννόμων αγαθών, 1973, *του ίδιου*, Γενική θεωρία του ποινικού δικαίου, I—III, 1976—1981, *Μαργαρίτη*, ο.π., *Παρασκευόπουλου*, Οι έννοιες των ηθών και της ασέλγειας στα εγκλήματα κατά των ηθών, 1979, *Σπινέλλη*, Το έννομο αγαθόν και η σημασία του εις την σύγχρονον διαδασκαλίαν του ποινικού δικαίου, ο.π., *Συμμεωνίδη-Καστανίδη*, Η ποινική προστασία των πολιτικών σωματίων στο ελληνικό δίκαιο, 1982.

του εγκλήματος —σε συνδυασμό με το γεγονός ότι η μεν ιταλική νομοθεσία ανάγει σε ξεχωριστό έγκλημα την καθεμιά από τις δύο τούτες μορφές, η δε γερμανική αγνοεί την πρώτη μορφή — επιβάλλει την ξεχωριστή έρευνα του κάθε τρόπου τελέσεως της απιστίας.

Ας ξεκινήσουμε με την πρώτη μορφή απιστίας: τη βλάβη εκείνου, την νομική προστασία των συμφερόντων του οποίου έχει αναλάβει ο δικηγόρος. Ως πρώτη παρατήρηση, και σίγουρα όχι λιγότερο σημαντική, θα πρέπει να αναφερθεί η μοναδικότητα της ρυθμίσεως: πράγματι άλλο έγκλημα, περιεχόμενο του οποίου να είναι απλά και μόνο η βλάβη κάποιου άλλου, δεν γνωρίζει ο Ποινικός μας Κώδικας²⁶. Η τελευταία αυτή διαπίστωση γεννά πολλές απορίες: ποιός είναι ο λόγος που εξανάγκασε το νομοθέτη ν' ακολουθήσει, ειδικά στο έγκλημα της απιστίας δικηγόρου, αυτού του είδους την τυποποίηση; Πειστική απάντηση στο ερώτημα αυτό δεν φαίνεται ορατή. Και τούτο ενισχύεται από την παρατήρηση ότι γενικά στις σύγχρονες νομοθεσίες δεν συναντά κανείς συχνά ειδικές διατάξεις για την απιστία δικηγόρου, πέρα από το πειθαρχικό επίπεδο, οι κυρώσεις του οποίου κρίνονται επαρκείς²⁷. Αλλά τα προβλήματα δεν σταματούν εδώ. Θάλεγε μάλιστα κανείς, ίσως χωρίς υπερβολή, ότι από δω αρχίζουν. Το σχήμα: απιστία δικηγόρου=βλάβη του εντολέα δημιουργεί αναπρόδραστα τα εξής παραπέρα ζητήματα:

(ι). Η βλάβη τίνος πράγματος του εντολέα συνιστά απιστία; Στο σημείο αυτό η διατύπωση του σχετικού άρθρου είναι φανερά κακότεχνη· γίνεται λόγος για βλάβη εκείνου, του οποίου τη νομική προστασία των συμφερόντων έχει αναλάβει ο δικηγόρος, και όχι για βλάβη εκείνων των συμφερόντων του εντολέα, των οποίων τη νομική προστασία έχει αναλάβει ο δικηγόρος. Αυτό σημαίνει ότι ο χώρος βλάβης θα αναζητηθεί με σημείο αναφοράς τον εντολέα και όχι τα συγκεκριμένα συμφέροντά του που αποτέλεσαν αντικείμενο νομικής προστασίας. Έτσι, γραμματικά τουλάχιστον, αξιόποινη δεν είναι μόνο η βλάβη των νομικά προστατεύσιμων συμφερόντων αλλά και η βλάβη οποιουδήποτε άλλου συμφέροντος του εντολέα. Αν η παραπάνω εκτίμησή μας είναι σωστή, όπως πιστεύω ότι είναι, τότε σε γενικό επίπεδο, a priori, δεν μπορεί να γίνει κανένας περιορισμός ή προσδιορισμός

26. Βλ. Ανδρουλάκη, ο.π., σ. 147.

27. Βλ. Ανδρουλάκη, ο.π., σ. 152 σημ. 20, Δέδε, ο.π., σ. 117 σημ. 3, Μανωλεδάκη, Η διαλεκτική έννοια των εννόμων αγαθών, σ. 85, του ίδιου, Προβληματική και παρατηρήσεις εις τα εγκλήματα περί την απονομήν της δικαιοσύνης, ο.π., σ. 544—545, März, Strafbare Handlungen gegen die Rechtspflege, Materialien zur Strafrechtsreform 2. 1955, σ. 199 επ.

του αντικειμένου της βλάβης. Αυτό θα συγκεκριμενοποιείται στην κάθε επιμέρους περίπτωση. Το επίμαχο στοιχείο έχει, δηλαδή, χαρακτήρα πολυσήμαντο· τη μια φορά η απόχρωσή του θα είναι περιουσιακή, την άλλη προσωπική και την τρίτη κάτι άλλο. Μπορεί, κατά συνέπεια, η απιστία να προσβάλλει την περιουσία, την ιδιοκτησία, την τιμή, την προσωπική ελευθερία, την οικογένεια κ.λ.π.²⁸ Και μέχρι μεν του σημείου που η βλάβη περιορίζεται στην προσβολή ενός υπαρκτού εννόμου αγαθού θα μπορούσε ίσως κανείς να μιλά για κάποια ρευστότητα, οπωσδήποτε όμως ανεκτή ακόμα και σ' ένα σύστημα ποινικό που υιοθετεί κατά βάση το αντικειμενικό άδικο. Το πράγμα όμως δεν σταματά εδώ. Τι θα γίνει στις περιπτώσεις όπου ως αντικείμενο της βλάβης θα πρέπει να νοηθεί ένα συμφέρον που δεν έχει εμπειρικά απτή έκφραση, όπως παραπάνω, αλλά μια έκφραση που την προσδιορίζουν αποκλειστικά οι υποκειμενικές αντιλήψεις του εντολέα; Στην τελευταία αυτή περίπτωση είναι φανερό ότι το αξιόποινο μπορεί να προσλάβει χαώδεις διαστάσεις. Και αυτές, βέβαια, οι διαστάσεις δύσκολα συμβιβάζονται, όπως στη συνέχεια θα δούμε, με θεμελιώδεις αξιώσεις του σύγχρονου ποινικού δικαίου. Ένα πράγμα θα πρέπει να σημειωθεί εδώ: ότι υπάρχει αοριστία ως προς το έννομο αγαθό, η προστασία του οποίου επιχειρείται με την τυποποίηση της πρώτης μορφής απιστίας.

(ιι). Ποιά έκφραση πρέπει να έχει η βλάβη των συμφερόντων του πελάτη για να καταφαθεί η πραγμάτωση του εγκλήματος; Και τούτο το ζήτημα δεν μπορεί να προσεγγισθεί ερμηνευτικά με περισσότερη ευκολία από ό,τι το προηγούμενο. Και αυτό γιατί υπάρχουν περιπτώσεις όπου η ακριβής οριοθέτηση του όρου «βλάβη» προσκρούει σε ανυπέρβλητες δυσχέρειες. Ας υποθέσουμε, για παράδειγμα, πως η από το δικηγόρο προάσπιση των συμφερόντων του εντολέα γίνεται στα πλαίσια ενός δικαστικού αγώνα. Η μορφή της βλάβης φαίνεται να είναι εδώ δεδομένη. Θα συνίσταται, κατά κανόνα, στην έκδοση μιας δυσμενούς για τα συμφέροντα του εντολέα δικαστικής αποφάσεως²⁹. Είναι, όμως, το πράγμα τόσο απλό όσο από πρώτη άποψη μοιάζει; Θάλεγε κανείς όχι, τουλάχιστο για τις περιπτώσεις όπου η υπόθεση είναι πολύπλοκη και διεξάγεται στα πλαίσια οξείας αντιδικίας· γιατί σ' αυτές δύσκολα μπορεί να σχηματιστεί δικανική πεποίθηση όσον αφορά την ύπαρξη

28. Βλ. *Ανδρουλάκη*, ο.π., σ. 147, *Γάφου*, ο.π., σ. 184, *Δέδε*, ο.π., σ. 119, *Μανωλεδάκη*, ο.π., σ. 544, *Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, ΒΤ, τόμ. Β', 1905, σ. 579.

29-30. Βλ. *Ανδρουλάκη*. Είναι νοητή η «απάτη επί δικαστηρίου»;, *Ποινικαί Μελέται*, σ. 285 επ., *του ίδιου*, ο.π., σ. 148.

αντικειμενικού αιτιώδους συνδέσμου ανάμεσα στην συμπεριφορά του δικηγόρου και τη βλάβη που προκλήθηκε³⁰. Και όσο δεν υπάρχει αυτή η πεποίθηση δύο λύσεις απομένουν: ή θα αχθούμε στη μη εφαρμογή της διατάξεως του άρθρου 233 ΠΚ με βάση την αρχή *in dubio pro reo* ή θα αναζητήσουμε κάποιο άλλο είδος βλάβης: και το άλλο είδος δεν μπορεί παρά να σημαίνει ταύτιση της βλάβης με αυτή καθαυτή την ενέργεια ή παράλειψη του δικηγόρου και με την παραγόμενη από τούτη χειροτέρευση της δικονομικής θέσεως του εντολέα³¹. Είναι όμως φανερό ότι αυτά τα δύο είδη βλάβης (:δυσμενής δικαστική απόφαση — χειροτέρευση της δικονομικής θέσεως του εντολέα) δεν τελούν σε σχέση ποιοτικής ισοτιμίας, αφού η ποινική τους απαξία είναι διαφορετική. Από το παραπάνω παράδειγμα — που μπορεί να είναι χαρακτηριστικό, αλλά όχι και μοναδικό — ένα πράγμα συνάγεται με σαφήνεια: η αοριστία του όρου βλάβη.

(ιι). Ποιός είναι ο τρόπος με τον οποίο μπορεί να προκληθεί η βλάβη των συμφερόντων του πελάτη; Και σε τούτο το σημείο από τη γραμματική τουλάχιστο διατύπωση κανένας περιορισμός δεν συνάγεται. Δυνατότητα απομονώσεως ορισμένων μόνον πράξεων του δικηγόρου, στις οποίες και να περιοριστεί το αξιόποino, δεν μπορεί να βασιστεί πουθενά. Η οποιαδήποτε ενέργεια ή παράλειψη θα πρέπει να θεωρηθεί ότι από άποψη τρόπου τελéseως ικανοποιεί την απαίτηση του νόμου, αρκεί, βέβαια, να επιφέρει βλάβη. Κατά συνέπεια στο αρχικό μας παράδειγμα — του δικηγόρου που ελπίζοντας σε παραγραφή έκανε έφεση, με αποτέλεσμα να παραπεμφθεί έγκαιρα ο κατηγορούμενος για κακούργημα — δύσκολα θα μπορούσε να πει κανείς, με βάση τα έως τώρα δεδομένα, ότι πρόκειται για θεμιτό τρόπο ενέργειας. Και αυτό παρόλο που — όπως ειπώθηκε — τούτη η μεθόδευση θα συγκέντρωνε την προτίμηση πολλών δικηγόρων.

Ανακεφαλαιώνοντας τις μέχρις εδώ παρατηρήσεις μας πρέπει να σημειώσουμε ως συμπέρασμα το εξής: η πρώτη μορφή απιστίας που τυποποιείται στο άρθρο 233 ΠΚ έχει ουσιαστικά το ακόλουθο περιεχόμενο: «...τιμωρείται...ο δικηγόρος ή άλλος νομικός παραστάτης, ο οποίος με οποιοδήποτε τρόπο προξενεί οποιαδήποτε βλάβη σε οποιοδήποτε συμφέρον του εντολέα του...».

Μια ποινική διάταξη με περιεχόμενο τέτοιο έρχεται, νομίζω, σε αντίθεση με το άρθρο 7§1 του Συντάγματος που ορίζει

31. Γίνεται, πάντως, δεκτό ότι η βλάβη στο άρθρο 233 ΠΚ μπορεί να έχει και δικονομικό χαρακτήρα. Βλ. *Γάφου*, ο.π., *Δέδε*, ο.π. ΑΠ 217/1979, ο.π., ΠλημΗλ 91/1979, ΕλλΔνη 21. 177.

ότι έγκλημα δεν υπάρχει ούτε ποινή επιβάλλεται χωρίς νόμο που να ορίζει τα στοιχεία της πράξεως. Και αυτό γιατί η υπάρχουσα στη διατύπωση αοριστία ως προς: το προσβαλλόμενο έννομο αγαθό, την πράξη προσβολής και το αποτέλεσμα της προσβολής δεν επιτρέπει το σχηματισμό ακριβούς εικόνας για την κοινωνική βλαπτικότητα της εγκληματικής ενέργειας³². Αντίθετη εκδοχή οδηγεί σε χαώδη επέκταση των ορίων του σχετικού αξιολογίου. Κάθε δικηγόρος, του οποίου ο πελάτης «χάνει» την υπόθεση, κινδυνεύει να εμπλακεί στα πλαίσια εφαρμογής του άρθρου 233 ΠΚ. Και αυτή βέβαια η κατάληξη είναι πολύ επικίνδυνη, ιδιαίτερα σήμερα που, εξαιτίας του πληθωρισμού, το κύρος του δικηγορικού λειτουργήματος βρίσκεται σε πολύ χαμηλό σημείο.

Η άποψη που εδώ υποστηρίζεται για αντισυνταγματικότητα της διατάξεως που ποινικοποιεί την πρώτη μορφή απιστίας δικηγόρου εύλογα δημιουργεί ένα παραπέρα ερώτημα: ο δικηγόρος παραμένει ατιμώρητος σε κάθε περίπτωση προκλήσεως βλάβης στον πελάτη του; Η απάντηση είναι κατηγορηματικά όχι. Και να γιατί: ο νομοθέτης έχει ήδη προσδιορίσει επακριβώς το μέτρο της ποινικής ευθύνης του προσώπου που από το νόμο ή με δικαιοπραξία έχει την επιμέλεια ή την διαχείριση της περιουσίας άλλου. Και το έκανε αυτό με τη διάταξη του άρθρου 390 ΠΚ, η οποία τιμωρεί εκείνον που ζημιώνει ξένη περιουσία, της οποίας έχει την ολική ή μερική διαχείριση ή επιμέλεια.

Τίποτε δεν μας εμποδίζει να θεωρήσουμε και το δικηγόρο υποκείμενο του εγκλήματος της απιστίας του άρθρου 390 ΠΚ, αφού το άρθρο αυτό αρκείται και σε σχετιζόμενη με ορισμένη μόνο πράξη επιμέλεια και σ' αυτού του είδους την επιμέλεια ασφαλώς μπορεί να υπαχθεί και η περίπτωση της νομικής προστασίας.

Με τη λύση αυτή: α) Θα εκλείψει η αθεράπευτη σύγχυση που υπάρχει σήμερα ανάμεσα στην απιστία δικηγόρου και την κοινή απιστία, μία σύγχυση που δημιουργεί πολλά προβλήματα κυρίως στο χώρο της συρροής, και β) θα εφαρμοσθούν και επί απιστίας δικηγόρου οι βασικοί ερμηνευτικοί κανόνες που

32. Για την αρχή *nullum crimen nulla poena sine lege* βλ. *Ανδρουλάκη*, *Nullum crimen sine lege certa*, *ΠοινΧρον.* 1973.513 επ., *Ζαγκαρόλα*, Η αρχή *nullum crimen nulla poena sine lege* εις τους νεωτέρους ποινικούς κώδικας, *ΑΠΕ* 1937. 95 επ., *Μανωλεδάκη*, Η αντισυνταγματικότητα του άρθρου 357 ΠΚ., *ΔΙΚΑΙΟ* και *ΠΟΛΙΤΙΚΗ*, 1, 1982, σ. 173 επ., *του ίδιου*, Το άρθρο 7 του Συντάγματος και οι ποινικοί νόμοι, *ΠοινΧρον* 1983.865 επ., *Παπακυριακόπουλου*, Δικαιοπλαστική εξουσία του ποινικού δικαστού. Συμβολή εις την δογματικήν ερμηνείαν του αξιώματος «*nullum crimen sine lege*», 1945.

διέπουν τη διάταξη του άρθρου 390 ΠΚ. Από τους τελευταίους ιδιαίτερη σημασία έχουν για το ερευνώμενο πρόβλημα οι ακόλουθοι δύο: (ι) Ότι η συναίνεση του παθόντος μπορεί να λειτουργήσει ως λόγος άρσεως του αδίκου³³ και (ιι) ότι στοιχείο της αντικειμενικής υποστάσεως του εγκλήματος αποτελεί και η παράβαση του καθήκοντος επιμέλειας που δεν υπάρχει σε περιπτώσεις ζημιών που εντάσσονται στα πλαίσια μιας συνεπούς και σύμφωνης με τους κανόνες του οικείου τομέα διαχειρίσεως της υποθέσεως³⁴. Οι δύο αυτές ερμηνευτικές αναφορές οριοθετούν, νομίζω, το σωστό μέτρο ποινικής ευθύνης του δικηγόρου απέναντι στον εντολέα, τοποθετώντας μάλιστα τον τρόπο λειτουργίας της σχέσεως δικηγόρου—πελάτη σε ανώτερο επίπεδο. Και τούτο γιατί από τη μια προορίζουν τις ποινικές κυρώσεις για τους πραγματικά «άπιστους» νομικούς συμπαραστάτες, γιαντούς δηλαδή που αναντίρρητα «προδίδουν» την υπάρχουσα σχέση εμπιστοσύνης, και από την άλλη επιφυλάσσουν ειδικό ενεργητικό ρόλο στον εντολέα, η συναίνεση του οποίου, δοσμένη ύστερα από πλήρη ενημέρωση, είναι καθοριστική σε περιπτώσεις κρίσιμων ουσιαστικών και νομικών επιλογών του δικηγόρου. Έτσι και η δαμόκλειος σπάθη της ποινικής ευθύνης για τα πάντα, δηλαδή για το τίποτα, θα χάσει την σημερινή της οξύτητα και οι απαραίτητοι στην άσκηση της δικηγορίας ελιγμοί και συνδυασμοί — κατά τους οποίους ο νομικός παραστάτης πολλά αποδέχεται για χάρη άλλων — μπορούν να γίνουν με τη συναίνεση του εντολέα.

IV. Ας δούμε τώρα τη δεύτερη μορφή απιστίας του άρθρου 233 ΠΚ: την παροχή ταυτόχρονης ή διαδοχικής βοήθειας και στους δύο διαδίκους στα πλαίσια της ίδιας ένδικης υποθέσεως. Το βασικό ερμηνευτικό πλαίσιο αυτής της διατάξεως οριοθετείται από τις ακόλουθες γενικά αποδεκτές αναφορές: (ι). Ως διάδικοι θεωρούνται τα μέρη που έχουν όντως αντιμαχόμενα—ουσιαστικά αντίθετα—συμφέροντα³⁵. (ιι). Απαιτείται εξώδικη ή διαδικαστική παροχή πραγματικής βοήθειας με συμβουλές

33. Η συναίνεση του εντολέα καμιά σημασία δεν έχει, αν γίνει δεκτή η άποψη ότι η απιστία δικηγόρου είναι έγκλημα «περί την απονομήν της δικαιοσύνης». Βλ. *Ανδρουλάκη*, Τινά περί της απιστίας δικηγόρου, ο.π., σ. 150 σημ. 11, *Γάφου*, ο.π., σ. 184 σημ. 5, *Geppert*, ο.π., σ. 127 επ. Αντίθετα στην περίπτωση του εγκλήματος της κοινής απιστίας (άρθρο 390 ΠΚ) η συναίνεση μπορεί να λειτουργήσει ως λόγος άρσεως το αδίκου.

34. Για την ερμηνεία του άρθρου 390 ΠΚ βλ. *Ανδρουλάκη*, Η απιστία—άγραφον ουσιώδες συστατικόν του εγκλήματος της «απιστίας» (άρθρ. 390 ΠΚ), *ΠοινΧρον* 1975. 161 επ. και τις εκεί παραπομπές σε θεωρία και νομολογία.

35. Βλ. *Ανδρουλάκη*, Τινά περί της απιστίας δικηγόρου, ο.π., σελ. 152—153, *Γάφου*, ο.π., σ. 185, *Παρασκευόπουλου*, ο.π., ΑΠ 276/1953, ο.π., ΑΠ 57/1955, *ΠοινΧρον* 1955.188, Εφαθ 345/1974, ο.π.

ή αντιλήψεις· απλή αποδοχή της εντολής υπερασπίσεως δεν είναι αρκετή³⁶. Το ταυτόχρονο ή διαδοχικό της βοήθειας κρίνεται με βάση το αν διατηρείται ή όχι η εντολή του ενός μέρους κατά το χρόνο παροχής συνδρομής στο άλλο³⁷. (iii). Η ταυτότητα της ένδικης υποθέσεως καταφάσκειται στις περιπτώσεις ταυτότητας του ιστορικού γεγονότος· η προϋπόθεση αυτή, δηλαδή, δεν αναιρείται όταν από το ίδιο πραγματικό υλικό πηγάζουν περισσότερες αξιώσεις, οι οποίες εξετάζονται σε διαφορετικές διαδικασίες³⁸. Έτσι ο δικηγόρος του δεύτερου παραδείγματός μας είναι αξιόποινος. (iv). Επέλευση βλάβης για την τελείωση του εγκλήματος δεν είναι απαραίτητη³⁹.

Εκτιμώντας συνολικά τις παραπάνω θέσεις μπορούμε να διατυπώσουμε τις εξής σκέψεις αναφορικά με την ακριβή νομική φύση του εννόμου αγαθού που αυτή η μορφή απιστίας προσβάλλει. Όσα ειπώθηκαν στην αρχή περί δήθεν προσβολής των εννόμων αγαθών της δημόσιας υπηρεσίας και της ορθής απονομής της δικαιοσύνης βρίσκουν εφαρμογή και εδώ. Ως νέα στοιχεία θα πρέπει να παρατεθούν στο σημείο τούτο τα ακόλουθα: Η προστασία της περιουσίας του εντολέα δυσχερώς είναι δυνατόν να νοηθεί ως δικαιολογητικός λόγος θεσπίσεως της διατάξεως· αν πράγματι τέτοιες ήταν οι προθέσεις του νομοθέτη θα έπρεπε αυτός να αρκестεί στην πρώτη μορφή απιστίας, η οποία αντιμετωπίζει, στο μέτρο που καθορίσαμε, τις περιπτώσεις βλάβης του πελάτη. Η απόπειρα, εξάλλου, της μορφής αυτής απιστίας θάταν ικανή να καλύψει τυχόν προθέσεις για μετάθεση σε προγενέστερο στάδιο της παρεχόμενης στην περιουσία του εντολέα προστασίας. Σ' όλα αυτά βέβαια ως προστεθεί και το γεγονός ότι η δεύτερη μορφή απιστίας καταφάσκειται χωρίς να ερευνάται αν η ενέργεια του δικηγόρου προκάλεσε ή μπορούσε να προκαλέσει βλάβη στον ένα από τους δύο διαδίκους. Αλλά καθόλου πειστική δεν είναι και η άποψη ότι η σχετική ρύθμιση σκοπεύει στην προστασία των απορρήτων του διαδίκου⁴⁰· όχι μόνο διότι η από το δικηγόρο παραβίαση της επαγγελματικής εχεμύθειας αντιμετωπίζεται από τη διάταξη του άρθρου 371 ΠΚ, αλλά και διότι δεν αποκρούεται η απιστία σ' αυτή της τη μορφή ακόμα και όταν καμία αποκάλυψη κανενός απορρήτου δεν γίνεται.

36. Βλ. *Γάφου*, ο.π., σ. 184 και τις εκεί παραπομπές.

37. Βλ. *Λέδε*, ο.π., σ. 121.

38. Βλ. *Μπουρόπουλου*, ο.π., σ. 312, *Geppert*, ο.π., σ. 59 επ., ΑΠ 57/1955, ο.π., ΑΠ 182/1964, ο.π., ΑΠ 429/1967, ο.π., ΠλημΚαρδ 143/1968, ο.π., ΠλημΛαρ 205/1971, ο.π.

39. Βλ. *Γάφου*, ο.π., σ. 186 και τις εκεί παραπομπές.

40. Βλ. *Μπουρόπουλου*, ο.π.

Σωστή μου φαίνεται η ακόλουθη αντιμετώπιση του προβλήματος: η απιστία δικηγόρου στη δεύτερη μορφή της δεν αποτελεί ουσιαστικό έγκλημα, αφού κανένα έννομο αγαθό δεν προσβάλλει· αποτελεί παράβαση επαγγελματική, με την έννοια ότι πρόκειται για συμπεριφορά η οποία είναι αντίθετη προς τους κανόνες δεοντολογίας που πρέπει να διέπουν το δικηγορικό λειτούργημα, ως ιδιόμορφο κοινωνικό λειτούργημα⁴¹. Κατά την αναφορά αυτή η σχετική παράβαση θα πρέπει να υπάρχει στον Κώδικα περί Δικηγόρων και όχι στον Ποινικό Κώδικα⁴².

V. Από την έρευνα που προηγήθηκε δύο είναι τα συμπεράσματα: (ι) Η διάταξη που τυποποιεί την πρώτη μορφή απιστίας είναι ανίσχυρη ως αντισυνταγματική. Το κενό που δημιουργείται πρέπει να καλυφθεί από τη ρύθμιση του άρθρου 390 ΠΚ.

(ιι). Η δεύτερη μορφή απιστίας είναι παράβαση τάξεως — επαγγελματικό έγκλημα, και ως τέτοιο πρέπει να μεταφερθεί στο Δικηγορικό Κώδικα.

41. Βλ. *Ανδρουλάκη*, ο.π., σ. 152, *Μανωλεδάκη*, Προβληματική και παρατηρήσεις επί των εγκλημάτων περί την απονομήν της δικαιοσύνης, ο.π., σ. 544—545, του ίδιου, Η διαλεκτική έννοια των εννόμων αγαθών, σ. 85.

42. Βλ. *Μανωλεδάκη*, ο.π.

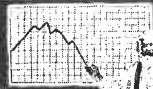
παρατηρητής 

ΜΟΛΙΣ ΚΥΚΛΟΦΟΡΗΣΕ


ΔΙΜΙΛΙΟΣ ΖΑΧΑΡΕΑΣ

**Η ΑΡΙΣΤΕΡΑ
ΚΑΙ Η
ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΚΡΙΣΗ**

ΟΙΚΟΝΟΜΙΑ 5



ΔΕΥΤΗΡΙΑ
ΒΙΒΛΙΟ

παρατηρητής 

ΚΕΝΤΡΙΚΗ ΔΙΑΘΕΣΗ

ΘΕΣ/ΝΙΚΗ «ΠΑΡΑΤΗΡΗΤΗΣ» ΤΗΛ. 264.958
ΑΘΗΝΑ «ΠΑΡΑΤΗΡΗΤΗΣ» ΔΙΔΟΤΟΥ 39

Vorwort

Gern entspreche ich der Bitte meines Freundes Ioannis Manoledakis, zu diesem Heft der Zeitschrift «Dikaio kai Politiki», das die Erträge einer griechisch-deutschen wissenschaftlichen Zusammenarbeit enthält, ein Vorwort zu schreiben.

Wissenschaftliche Zusammenarbeit ist für mich eine höhere Ebene der geistigen Kommunikation. Sie hat gerade zwischen griechischen und deutschen Strafrechtslehrern eine alte, sehr alte Tradition. Diese fortzusetzen und zu pflegen war mein erklärter Wunsch, als die damalige Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Thessaloniki mir die Würde eines Ehrendoktors der Jurisprudenz verlieh.

Dank dem Entgegenkommen und der Tatkraft meiner Fachkollegen in Thessaloniki war es möglich, dort am 9. und 10. November 1983 ein Symposium zu veranstalten. Erörtert wurden Probleme der Strafverteidigung. Das vorliegende Heft gibt die Referate wieder, die auf dieser Veranstaltung gehalten wurden.

Die Entscheidung von Ioannis Manoledakis und mir, die Referate zweisprachig zu publizieren, beruht vor allem auf der Erwägung, daß die behandelte Thematik eine aktuelle Praxisrelevanz in unseren beiden Ländern aufweist. Das hat auch die lebhafteste Diskussion gezeigt, die durch die Referate ausgelöst wurde. Da Rechtsprobleme nicht vom Himmel fallen, sondern

Erzeugnisse des Lebens sind, war diese Diskussion, in der die praktische Bedeutung der einzelnen Beiträge deutlich zutage trat, die schönste Bestätigung für den Erfolg unserer Veranstaltung.

Hinzu kam die Überlegung, daß es nötig ist, die Reformbedürftigkeit des positiven Rechts gerade auf dem Gebiet der Strafverteidigung darzutun. Das positive Recht setzt ja doch gesellschaftliche Akzeptanz voraus. Nicht mit seiner faktischen Durchsetzung erfüllt es seine Funktion, sondern zur wahren Geltung gelangt es erst, wenn es weithin als gerechtes Recht akzeptiert wird. Diese gesellschaftliche Akzeptanz stellt die ständig geforderte und ständig zu fordernde demokratische Legitimation der Rechtsanwendung dar.

Freilich, wir haben die Probleme der Strafverteidigung nicht gelöst. Griechische und deutsche Strafrechtslehrer sind lediglich einige Schritte gemeinsam suchend weitergegangen, in der Erkenntnis, daß die Wege des Forschens und Nachdenkens kein Ende haben und um der Freiheit willen auch kein Ende haben dürfen.

Auf jeden Fall aber hat die griechische Umgebung, in der die Ideen und Phantasien so prächtig gedeihen, unsere Arbeit belebt und befruchtet. Im Namen der deutschen Tagungsteilnehmer danke ich noch einmal allen griechischen Kollegen für die gute Zusammenarbeit, namentlich Ioannis Manoledakis, der ja auch als Mitherausgeber dieser Zeitschrift die Publikation der Referate ermöglicht hat.

Günter Bemann

Aufgabe und Rechtsstellung des Strafverteidigers

Die Aufgabe, die der Verteidiger im Strafprozeß zu erfüllen hat, und seine prozessuale Position sind derzeit im deutschen Recht nur sehr unvollkommen, ja ausgesprochen dürftig geregelt. Es gibt meines Wissens nur zwei Gesetzesstellen, die für die Bestimmung der Funktion und der Position des Strafverteidigers allenfalls herangezogen werden können. Die eine ist § 137 I 1 Strafprozeßordnung (StPO), die andere § 1 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO).

§ 137 I 1 StPO gestattet dem Beschuldigten, sich «in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers» zu bedie-

nen. Die Formulierung «des Beistandes eines Verteidigers» deutet darauf hin, daß der Verteidiger die Interessen des Beschuldigten wahrzunehmen hat, also im Regelfall darum bemüht sein muß, eine Verurteilung zu verhindern.¹

§ 1 BRAO bezeichnet den Rechtsanwalt als «ein unabhängiges Organ der Rechtspflege». Unter Hinweis hierauf wird vielfach die These vertreten, der Verteidiger sei neben Richter und Staatsanwalt zur Mitwirkung an der Wahrheitsfindung verpflichtet und dürfe das Zustandekommen eines gerechten Urteils nicht erschweren.²

Es liegt auf der Hand, daß diese beiden Interpretationen schwerlich miteinander vereinbar sind. Sie geben zum Beispiel unterschiedliche Antworten auf die Frage, ob der Verteidiger das Anliegen des Beschuldigten, nicht verurteilt zu werden, auch dann verfechten darf, wenn er von dessen Schuld überzeugt ist. Meine Antwort auf diese Frage – ich halte mit meiner Meinung nicht zurück – lautet ganz klar: Der Verteidiger darf nicht nur, er muß das Anliegen des Beschuldigten verfechten, und zwar mit allen zulässigen Mitteln; er muß den Beschuldigten, der nicht verurteilt werden möchte, auch dann, wenn dessen Schuld für ihn außer Zweifel steht, so verteidigen, daß eine Verurteilung möglichst unterbleibt.

Gewiß kann die Verteidigung in solch einem Fall, wie MANGAKIS einmal eindringlich vorgetragen hat, zu einem «ethischen Problem» werden.³ Der Verteidiger etwa, dem der Beschuldigte seine Schuld gestanden hat, kann in einen schweren Gewissenskonflikt geraten. Gleichwohl muß er, vorausgesetzt, der Beschuldigte wünscht es, alles tun, was im Rahmen des rechtlich Möglichen zur Entkräftung des Schuldvorwurfs getan werden kann. Und er hat umgekehrt alles, was diesen Vorwurf erhärtet, strikt zu unterlassen. Dem Verteidiger obliegt meines Erachtens eine streng einseitige Interessenwahrnehmung; ihm obliegt die Wahrnehmung nur der Beschuldigteninteressen.

Dies entspricht, wenngleich eine exakte gesetzliche Regelung noch aussteht, wohl bereits dem gegenwärtigen deutschen Recht. Auf § 1 BRAO kann eine Inpflichtnahme des Verteidigers

1. So die herrschende Meinung; grundlegend EBERHARD SCHMIDT, StPO-Lehrkommentar II, 1957, Rdnr. 3 ff vor § 137; neuerdings namentlich WELP, ZStW 1978, S. 813 ff; LÜDERSSEN, Festschrift für WERNER SARSTEDT, 1981, S. 158 ff.

2. So bereits RGSt 77/155; besonders KALSBACH, BRAO-Kommentar, 1960, Rdnr. 2 nach § 1.

3. MANGAKIS, GA 1966, S. 321 ff.

zugunsten staatlicher Belange und damit eine Relativierung seiner Pflicht zur Wahrnehmung der Beschuldigteninteressen jedenfalls nicht gestützt werden. Denn erstens spricht diese Vorschrift ja nicht vom Verteidiger, sondern vom Rechtsanwalt. Verteidiger kann aber unter Umständen auch jemand sein, der kein Rechtsanwalt ist.⁴ Und zweitens ist die Bundesrechtsanwaltsordnung lediglich eine Berufsstandsordnung. Als solche kann sie aus den Prinzipien des Prozeßrechts zwar Folgerungen ziehen, aber sie kann nicht umgekehrt in diese Prinzipien gestaltend eingreifen.⁵ Die Annahme also, der Verteidiger habe, da er nicht nur Beistand des Beschuldigten, sondern auch «Organ der Rechtspflege» sei, die Interessen des Beschuldigten nur insoweit wahrzunehmen, als sie dem Postulat nach einem gerechten Urteil nicht zuwiderliefen, diese Annahme dürfte unhaltbar sein.

Daß der Verteidiger einseitig die Interessen des Beschuldigten wahrzunehmen hat, erscheint mir um deswillen sachlich geboten, weil der Beschuldigte das ihm unstreitig zustehende Recht, seine Interessen im Verfahren zur Geltung zu bringen, oft nicht allein durchzusetzen vermag, etwa weil er rechtsunkundig oder zu wenig sprachgewandt ist, sich womöglich in Haft befindet oder weil ihn die Ermittlungen, die gegen ihn laufen, so bedrücken, daß er währenddessen zu keinen vernünftigen Reaktionen fähig ist. Wie jeder Erfahrene weiß, ist aus diesen oder anderen Gründen der Beschuldigte oft von sich aus nicht imstande, die Möglichkeiten zur Verteidigung richtig zu erkennen und entsprechend zu nutzen. Der Beschuldigte, der einen Verteidiger braucht, braucht also jemanden, der sozusagen voll auf seiner Seite steht, der ausschließlich als Vertreter der Beschuldigteninteressen und damit praktisch als Widerpart von Staatsanwalt und Gericht auf das Verfahren einwirkt.

Zwar sind Staatsanwaltschaft und Gericht von Rechts wegen zur Objektivität, zu einem unparteiischen Vorgehen im Verfahren verpflichtet. Die Staatsanwaltschaft hat gemäß § 160 II StPO bekanntlich «nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln». Und das Gericht hat zur umfassenden Erforschung des Sachverhalts gemäß § 244 II StPO die Beweisaufnahme auf alle entscheidungserheblichen Tatsachen; also gerade auch auf die Entlastungstatsachen, zu erstrecken. Man könnte daher meinen, Staatsanwaltschaft und Gericht nähmen die Interessen des Beschuldigten schon zur

4. Siehe § 138 StPO.

5. So auch LÜDERSEN, Festschrift für WERNER SARSTEDT, 1981, S. 157.

Genüge wahr, der Verteidiger sei mithin eigentlich eine überflüssige Institution.

Indessen dürfen die natürlichen Grenzen, die der Objektivität der Staatsanwaltschaft und auch des Gerichts gezogen sind, nicht übersehen werden. Die staatsanwaltlichen Ermittlungen knüpfen an den Verdacht einer begangenen Straftat an. Sie bezwecken, diese Tat aufzuklären, den Täter zu finden und zu überführen. Es ist daher nur natürlich, daß die Staatsanwaltschaft ihr Augenmerk vor allem auf die Dinge richtet, die für den Beschuldigten ungünstig sind. Spätestens mit dem Entschluß, den Beschuldigten anzuklagen, wird die Staatsanwaltschaft faktisch zu dessen Gegner und wird fortan mit weitgehender Einseitigkeit auf eine Verurteilung hinarbeiten.⁶

Auch die Objektivität des Gerichts ist, wie gesagt, naturgemäß begrenzt. Mit der Anklageschrift werden ihm die Akten vorgelegt, die, andernfalls wäre es nicht zur Anklage gekommen, kaum Hinweise auf für den Beschuldigten günstige Umstände enthalten. Die Gefahr liegt nahe, daß das Gericht durch das Studium der Akten seine Unvoreingenommenheit verliert. Indem es die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließt, identifiziert es sich bis zu einem gewissen Grade mit der Anklage.⁷ Erfahrungsgemäß kann dann auch die Verpflichtung des Gerichts zur umfassenden Erforschung des Sachverhalts das Risiko einer Überbewertung der für den Beschuldigten ungünstigen Umstände nicht mehr ohne weiteres ausgleichen.

Wichtig also, daß dem Beschuldigten ein Verteidiger zur Seite steht, der frühzeitig auf den Gang der Ermittlungen Einfluß nimmt, entlastende Gesichtspunkte hervorhebt, Schwächen der Anklage aufspürt, der über die Einhaltung der Verfahrensregeln wacht, Erklärungen abgibt, Fragen und Anträge stellt, Argumente vorbringt, kurzum, der dem mehr oder minder einseitigen Vorgehen von Staatsanwaltschaft und Gericht dadurch entgegenwirkt, daß er mit allen rechtlich angängigen Mitteln einseitig die Beschuldigteninteressen wahrnimmt!

Aus der Erkenntnis, daß der Verteidiger einseitig die Interessen des Beschuldigten wahrzunehmen hat, ergeben sich Konsequenzen, Konsequenzen für den Gesetzgeber. Ich kann dazu jetzt freilich nur noch wenige Andeutungen machen.

Ganz wesentlich für die Wahrnehmung der Beschuldigteninteressen ist, daß der Beschuldigte dem Verteidiger Vertrauen

6. So auch BEULKE, *Der Verteidiger im Strafverfahren*, 1980, S. 35.

7. So auch ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 1983, S. 228.

entgegenbringt.⁸ Denn nur wenn der Beschuldigte dem Verteidiger vertraut, also sicher sein kann, daß die Angaben, die er macht, keinesfalls gegen ihn verwendet werden, wird er dem Verteidiger genaue und vollständige Informationen geben. Ohne solche Informationen aber wäre eine sachgerechte Verteidigung gar nicht möglich. Ein uninformierter oder schlecht informierter Verteidiger wäre gar nicht in der Lage, eine zweckmäßige Verteidigungsstrategie zu entwickeln. Er würde vielleicht gerade solche Fragen und Anträge stellen, die sich nur nachteilig für den Beschuldigten auswirken können. Das Vertrauen, das der Beschuldigte dem Verteidiger entgegenbringt, «wird somit zum bestimmenden Faktor der Wirksamkeit und der Qualität der Verteidigung».⁹

Freilich, dieses Vertrauen kann der Gesetzgeber nicht dekretieren. Doch er kann und muß die Voraussetzungen schaffen, die nötig sind, damit dieses Vertrauen hergestellt und aufrechterhalten werden kann.

Erste Voraussetzung dafür, daß der Beschuldigte sich dem Verteidiger vertrauensvoll offenbaren, sich ihm anvertrauen kann, ist die Freiheit der Verteidigerwahl. Der Beschuldigte muß sich den Verteidiger also selbst aussuchen dürfen. Das gegenwärtige deutsche Recht anerkennt die Freiheit der Verteidigerwahl zwar im Grundsatz, duldet aber Ausnahmen.¹⁰ Unter Umständen kann dem Beschuldigten ein bestimmter Verteidiger geradezu aufgezwungen werden.¹¹ Hier ist zweifelsohne Abhilfe geboten.

In diesem Zusammenhang muß unter anderem bedacht werden, daß auch der mittellose Beschuldigte von der Freiheit der Verteidigerwahl Gebrauch machen können. Die Ausübung des Wahlrechts darf nicht aus Kostengründen scheitern. Darum sollte der Gesetzgeber vorsehen, daß die Honorierung des gewählten Verteidigers im Bedarfsfall, besser noch in jedem Fall, aus der Staatskasse erfolgt.¹²

Weitere Voraussetzung für die Herstellung und Aufrechterhaltung des Vertrauens zum Verteidiger ist dessen Pflicht zur Verschwiegenheit. Der Verteidiger muß die Pflicht haben, Tatsachen, die der Beschuldigte ihm vertraulich mitteilt, unbedingt geheimzuhalten. Das gegenwärtige deutsche Recht bejaht diese

8. Näher dazu WELP, ZStW 1978, S. 101 ff.

9. WELP, ZStW 1978, S. 102.

10. Die Bestellung eines Verteidigers ohne oder gar gegen den Willen des Beschuldigten ist möglich gemäß §§ 117 IV 1, 118 a II 3, 138 c III 4, 140 bis 142, 145 I 1, 231 a IV, 350 III, 364 a, 364 b I StPO und § 34 III 1 EGGVG.

11. Näher dazu HAFFKE, StrVert 1981, S. 471 ff.

12. Dazu HASSEMER, ZStW 1973, S. 651 ff; ders., ZRP 1980, S. 330.

Pflicht zwar; es bedroht den Geheimnisverrat des Verteidigers sogar mit Strafe.¹³ Gleichwohl gewährt es, jedenfalls nach herrschender Meinung, dem Beschuldigten keinen vollen Geheimnisschutz. Falls nämlich der Verteidiger als Zeuge vernommen wird und als solcher unter Verzicht auf das ihm zustehende Zeugnisverweigerungsrecht über Tatsachen aussagt, die seiner Geheimhaltungspflicht unterliegen, so soll das Gericht die Aussage entgegennehmen und auch verwerten dürfen.¹⁴ Hier sollte der Gesetzgeber die Gegenmeinung akzeptieren und ein ausdrückliches Verwertungsverbot statuieren.

Voraussetzung für die Bereitschaft des Beschuldigten, sich dem Verteidiger in dem erforderlichen Ausmaß, nämlich vollständig anzuvertrauen, ist schließlich, daß der schriftliche und mündliche Verkehr mit dem Verteidiger nicht überwacht wird, auch dann nicht, wenn der Beschuldigte sich in Haft befindet, und daß zudem auch nach Abschluß des jeweiligen Verkehrsvorgangs die dem Verteidiger ausgehändigten Unterlagen sowie dessen eigene Aufzeichnungen dem Zugriff von Staatsanwaltschaft und Gericht entzogen bleiben. Das gegenwärtige deutsche Recht garantiert dies wiederum nur im Grundsatz, läßt also Ausnahmen zu.¹⁵ Diese Ausnahmen verdienen keine Anerkennung; sie sollten beseitigt werden.

Neben dem Vertrauen, das der Beschuldigte dem Verteidiger entgegenbringt, ist noch etwas anderes sehr wesentlich für die Wahrnehmung der Beschuldigteninteressen, und zwar die Unabhängigkeit des Verteidigers. Der Verteidiger kann seiner Aufgabe nur dann gerecht werden, wenn er sich ihr frei von staatlicher Einflußnahme und frei von Weisungen seiner Standesorganisation, frei auch von politischem Druck zu widmen vermag. Dazu brauche ich ja keine weiteren Ausführungen zu machen.

13. Siehe § 203 StGB.

14. So BGHSt 9/59; EBERHARD SCHMIDT, StPO-Lehrkommentar II, 1957, Rdnr. 22 ff nach § 53; LÖWE/ROSENBERG/MEYER, StPO-Kommentar I, 1976, Rdnr. 10 nach § 53; KLEINKNECHT, StPO-Kommentar, 1981, Rdnr. 40 nach § 53; KARL PETERS, Strafprozeß, 1981, S. 227; ALSBERG/NÜSE/MEYER, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 1983, S. 498.

Dagegen LENCKNER, NJW 1965, S. 325 ff; WELP, Festschrift für WILHELM GALLAS, 1973, S. 401 ff; BEULKE, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, S. 46 u. 209.

15. Eine Überwachung des Verkehrs mit dem Verteidiger ist möglich gemäß §§ 148 II, 148 a StPO und § 29 I 2 u. 3 StVollzG.

Eine Beschlagnahme der vom Beschuldigten stammenden schriftlichen Mitteilungen wie auch der Aufzeichnungen des Verteidigers ist möglich gemäß § 97 II 1 u. 3 StPO.

Der Verteidiger soll aber auch vom Beschuldigten unabhängig sein. Freilich kommt insoweit nur eine beschränkte Unabhängigkeit in Betracht.¹⁶ Sicher muß der Verteidiger frei darüber entscheiden dürfen, ob er die Verteidigung überhaupt übernimmt. Und er muß auch frei sein in der Entscheidung über eine etwaige Niederlegung der Verteidigung. Nicht hingegen kann der Verteidiger frei sein in der Bestimmung der von ihm wahrzunehmenden Interessen. Was die wahrzunehmenden Interessen sind, das vielmehr bestimmt allein der Beschuldigte. Der Verteidiger würde sich über seine Aufgabe hinwegsetzen, wenn er, einerlei, welche Interessen der Beschuldigte als die seinen definiert, gewissermaßen selbstherrlich die Interessen wahrnehmen würde, die ihn gut für den Beschuldigten dünken. Der Verteidiger hat eben keine fiktiven, keine sogenannten «wohlverstandenen» Interessen des Beschuldigten, sondern dessen faktische Interessen zu vertreten, die Interessen also, die der Beschuldigte als seine Interessen versteht. Daß diese Einsicht nicht wieder verlorengeht, darum allerdings muß heutzutage gerungen werden.

Ich komme zum Schluß. Die von mir hier dargelegten Prinzipien lassen sich in einer Vorschrift, die Gesetz werden könnte, zusammenfassen. Der «Arbeitskreis Strafprozeßreform», dem ich angehöre, hat eine solche Vorschrift vorgeschlagen.¹⁷ Sie lautet:

Der Verteidiger vertritt die Interessen des Beschuldigten.

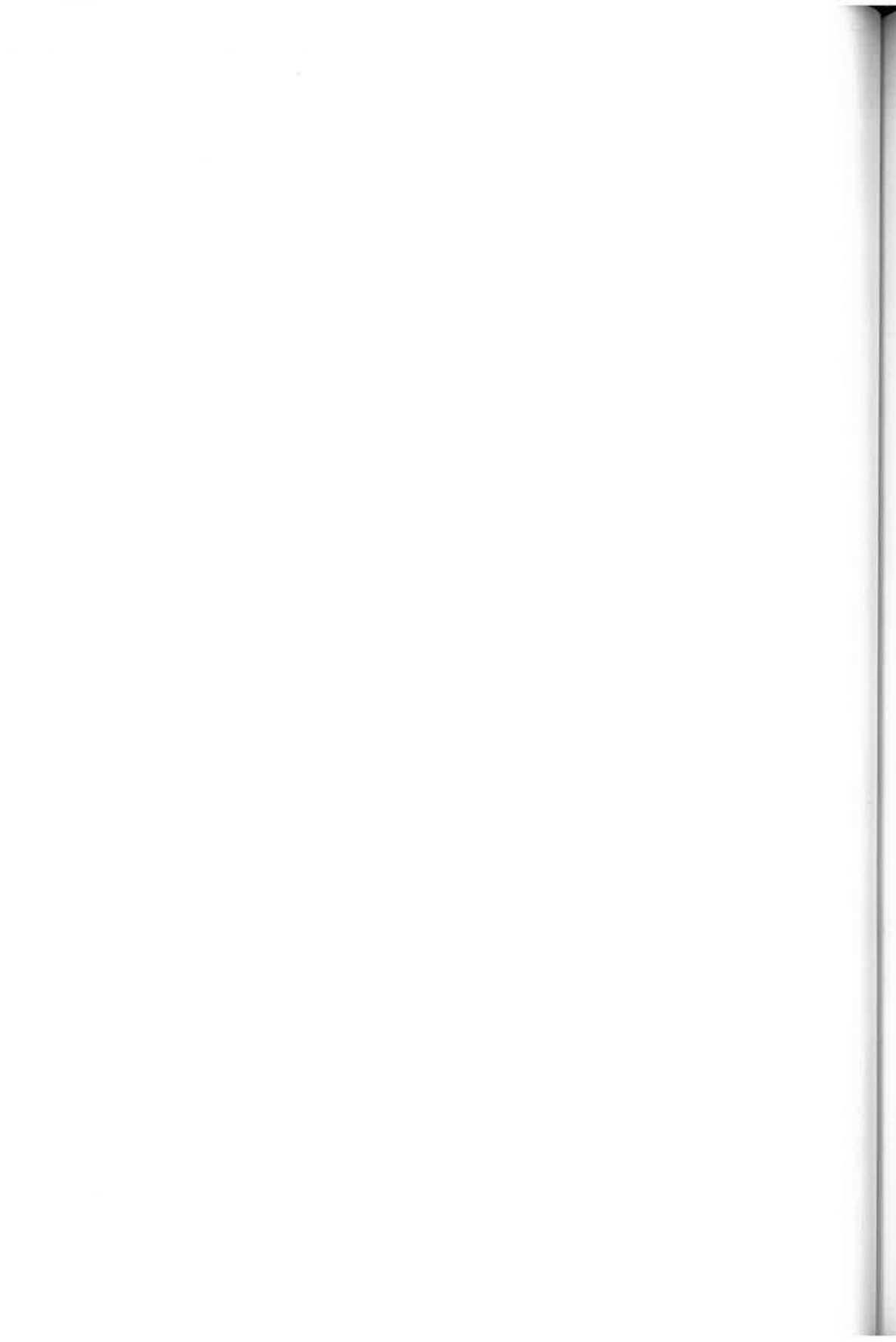
Er stützt sich auf dessen Vertrauen.

Der Verteidiger ist unabhängig.

Ich halte diese Vorschrift – das bitte ich mir nachzusehen – für mustergültig.

16. Näher dazu LÜDERSSEN, Festschrift für HANNS DÜNNEBIER, 1982, S. 263 ff.

17. Arbeitskreis Strafprozeßreform, Die Verteidigung, Gesetzentwurf mit Begründung, 1979, S. 3 u. 37 ff.



«Waffengleichheit» zwischen Verteidigung, Nebenklage und Anklagebehörde

I

Im Rahmen dieses kurzen Referats werden wir uns bemühen, das Problem des Grundsatzes der «Waffengleichheit» zwischen Verteidigung, Nebenklage und Anklagebehörde *de lege lata* und *de lege ferenda* zu umreißen. Es handelt sich um ein sehr bekanntes aber immer aktuelles und interessantes Thema, mit welchem sich auch im Jahre 1979 der zwölfte Internationale Kongress für Strafrecht in Hamburg befaßt hat und zwar bei den Sitzungen seiner dritten Abteilung, wo über den Schutz der Menschenrechte beim Strafverfahren diskutiert wurde. Die europäische Konferenz von Helsinki hat sich auf der Suche nach einer neuen

«Opferpolitik» gleichfalls mit diesem Thema befaßt.

II

Zweck des vom Strafprozeßrecht geregelten Verfahrens ist die Erfüllung des Strafanspruchs des Staates, der aus der Begehung der Straftat entsteht. Das Strafverfahren bezweckt mithin den Schutz der Rechtsordnung, die der Täter mit seinem gesetzwidrigen Verhalten verletzt. Die Bestrafung des Täters ist in der Regel keine persönliche Angelegenheit des Verletzten, sondern liegt unmittelbar im staatlichen Eigeninteresse.

Infolgedessen wird der Staatsanwalt—der die Anklagebehörde bei jedem Gericht ist (mit Ausnahme der Polizeigerichte, wo es einen öffentlichen Ankläger gibt)— im gerichtlichen Verfahren als Amtsträger tätig und nicht als Prozeßpartei. Er unterscheidet sich von den Prozeßparteien im wesentlichen dadurch, daß er im Namen des Staates und für das Allgemeininteresse handelt, ohne irgendwelche persönliche Rechte zu beanspruchen. Im Gegensatz dazu kämpfen die Prozessparteien für die Erfüllung ihrer persönlichen Rechte und Interessen. Er vertritt aber auch nicht den Fiskus vor Gericht, sondern nur das Gesetz (über dessen Anwendung er wachen soll) und die öffentliche Ordnung. Seitdem die Staatsanwälte unkündbar geworden sind, ist die Meinung, daß sie Vertreter der Exekutive sind, zurückgegangen. Statt dessen hat sich der Grundsatz gebildet, daß sie als Vertreter des Staates und des Gesetzes vollkommen unabhängig sind.

Im Rahmen dieser Auffassungen über die Natur der staatsanwaltlichen Institution, die auch in unserer Strafprozeßordnung von 1950 herrschen, erhebt der Staatsanwalt die öffentliche Klage von Amts wegen (mit Ausnahme der Straftaten, bei denen vom Gesetz Privatklage des Verletzten oder die Erlaubnis einer Behörde erforderlich ist), hat das Recht während des Ermittlungsverfahrens bei jeder Untersuchungshandlung anwesend zu sein und jederzeit in die Untersuchungsakten Einsicht zu nehmen, sowie auch bei der Hauptverhandlung anwesend zu sein und seine Anträge beim Gerichtsrat wie auch seine Meinung über die Auffassungen des Untersuchungsrichters in manchen Punkten schriftlich vorzulegen. Denn kein Urteil des Strafgerichts oder des Gerichtsrats, aber auch keine Anordnung des Untersuchungsrichters ist gültig, wenn der Staatsanwalt nicht vorher gehört worden ist. Der Staatsanwalt kann aber über die öffentliche Klage, die er erhoben hat, nicht verfügen und ein Rechtsmittel, welches er eingelegt hat, auch nicht zurücknehmen. Er darf aber bei der Aburteilung von Verbrechen, beim gemischten Schwurgericht und beim Fünfmittglieder—Oberlandesgericht mit einem seiner Vertreter anwesend sein, sollten dem Angeklagten drei Verteidiger beistehen.

III

Der Angeklagte ist die notwendige Person des Strafverfahrens. Die Kombination seiner Unschuldsvermutung mit seinem unentziehbaren Schweigerecht führt dazu, daß die Beweislast seiner Schuld vom Staatsanwalt und schließlich vom Gerichtsrat oder Gericht, je nach Fall, getragen wird. Der Angeklagte hat das Recht beim Ermittlungsverfahren bis zu zwei und bei der Hauptverhandlung bis zu drei Verteidiger zu haben. Sie können mit ihm Kontakt haben und ihm beistehen oder ihn sogar vertreten, wenn die Straftat eine Übertretung oder ein leichtes Vergehen ist. Er kann auch vom Staat verlangen, daß ihm ein Verteidiger zur Verfügung gestellt wird, und ist andererseits verpflichtet, einen Pflichtverteidiger zu akzeptieren, sollte er wegen eines Verbrechens angeklagt und nicht in der Lage sein, sich eines Wahlverteidigers zu bedienen. Er kann für die Hauptverhandlung Zeugen laden, die er im Gegensatz zum Staatsanwalt nicht vorher bekannt geben muß. Außerdem kann er beim Staatsanwalt beantragen, daß ein oder zwei Zeugen geladen werden, die er selbst nicht dazu verpflichten könnte, vor Gericht auszusagen. Der Angeklagte darf immer als letzter sprechen und Beschwerde, Berufung oder Revision gegen Beschlüsse und Entscheidungen einlegen, ohne daß er grundsätzlich in Gefahr ist, seine Lage zu verschlechtern, wie sie in erster oder zweiter Rechtsinstanz festgelegt wurde. Er hat zuletzt das Privileg der Sondergerichtsbarkeit vor einem höheren Gericht für die Übertretung oder das Vergehen, welches er begangen hat, sollte er Richter, Rechtsanwalt u.s.w. sein.

Außer den obengenannten Rechten hat der Angeklagte bei seinem Versuch zu beweisen, daß er unschuldig ist oder daß er wegen mildernder Umstände einer leichteren Straftat schuldig ist, in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen den Haftpflichtträger als Verbündeten. Es handelt sich um eine dritte Person, die entweder vom Nebenkläger oder vom Staatsanwalt geladen wird, beim Strafverfahren zu intervenieren oder sie interveniert auch freiwillig, da zwischen ihr und dem Angeklagten eine gewisse rechtliche Beziehung vorhanden ist. Mit seiner Intervention, gleichviel ob pflichtig oder freiwillig, hat der Haftpflichtträger –selbst wenn er seine Haftpflicht als solche in Frage stellt–berechtigtes Interesse, dem Angeklagten bei seiner Verteidigung gegen die Anklage beizustehen, damit er auch selbst schließlich keinen Schadenersatz oder eine sonstige Ersatzleistung an dem Nebenkläger oder eine Geldstrafe an dem Staat anstelle des verurteilten Täters zu bezahlen hat, wenn der Täter selbst nicht in der Lage ist zu bezahlen.

IV

Zuletzt kann der von der Straftat Verletzte sich nicht nur auf die Eigenschaft des Zeugen beschränken, sondern als Nebenkläger beim Strafverfahren auftreten, wenn er meint, daß die Straftat ihm materiellen oder immateriellen Schaden zugefügt hat. Er kann dies entweder schon im Ermittlungsverfahren, erst bei der Hauptverhandlung oder bei beiden Phasen machen. Gleichzeitig stellt er den Antrag auf Schadenersatz oder Ersatzleistung gegen den Angeklagten oder vielleicht auch den Haftpflichtträger. Selbstverständlich bleibt ihm der Weg zu den Zivilgerichten immer offen. Doch zieht er ihn zumindest für die Ersatzleistung in der Regel nicht vor, weil er dann sowohl die Stellung einer Prozeßpartei im Strafverfahren verlieren würde wie auch mit Problemen finanzieller und zeitlicher Verschwendung konfrontiert würde in der Hoffnung daß bei einer für ihn günstigen Vorentscheidung, die natürlich für die Zivilgerichte nicht bindend ist, zur Erfüllung seiner Ansprüche wesentlich beigetragen wird.

V

Nach dieser für unsere ausländischen Kollegen notwendigen Einführung sollte man prüfen, ob im griechischen Strafprozeßrecht bei den Verhältnissen zwischen Staatsanwalt und Angeklagtem, Staatsanwalt und Nebenkläger, sowie Angeklagtem und Nebenkläger der Grundsatz der «Waffengleichheit» tatsächlich gilt.

A. Es ist wahr, daß die griechische Strafprozeßordnung grundsätzliche Gleichheit der Rechte aller Prozeßparteien für ihre Verteidigung sowohl im Ermittlungsverfahren wie auch im Hauptverfahren anerkennt.

Trotzdem darf der Haftpflichtträger beim Ermittlungsverfahren die Rechte des Angeklagten nur ausüben, wenn er selbst oder der Angeklagte zur Vernehmung geladen wird, oder sobald ein Haft- oder Vorführungsbefehl gegen den Angeklagten erlassen wird. Noch später wird der Nebenkläger aktive Prozeßpartei beim Ermittlungsverfahren, denn um seine Rechte ausüben zu dürfen, reicht seine Ladung zur Vernehmung nicht, sondern es muß schon der Angeklagte zur Vernehmung geladen oder einer der obengenannten Beschlüsse erlassen worden sein. Man stellt also fest, daß sowohl der Haftpflichtträger wie auch der Nebenkläger, obwohl sie schon die Eigenschaft der Prozeßpartei haben, für eine

Zeitspanne, deren Dauer von der Entwicklung der Untersuchungen abhängig ist, nur den Namen nach (formell) den Status einer Partei haben. Infolgedessen bleiben sie mehr oder weniger distanziert zu dem ganzen Fall, der sie angeht.

Außerdem, wenn der Verletzte beim Strafverfahren als Nebenkläger nicht auftreten will oder darf, bleibt er ein einfacher Zeuge, der nur dann seine Zeugenaussage rechtmäßig verweigern kann, wenn er ein Berufs- oder Dienstgeheimnis geltend macht oder aus seiner Aussage seine Schuld für eine strafbare Tat hervorgeht. Aber auch als Nebenkläger wird er unbeeidigt vernommen und bei der Hauptverhandlung darf er in keinem Fall von seinem Rechtsanwalt vertreten werden. (Das Gegenteil gilt für den Angeklagten, der während des Prozesses krank wurde, den Prozeß stört oder wegen einer leichten Straftat vor Gericht steht u.s.w.)

Schließlich darf der Haftpflichtträger keine Rechtsmittel gegen die Beschlüsse einlegen, während der Nebenkläger nur gegen diejenigen Teile der Entscheidung Rechtsmittel einlegen darf, die seine zivilrechtlichen Ansprüche betreffen.

B. In Bezug auf das Verhältnis zwischen Staatsanwalt und Prozeßparteien könnte man sagen, daß in unserer Strafprozeßordnung der Grundsatz der «Waffengleichheit» im Sinne der Gemeinsamkeit von Rechten beim Strafverfahren gilt. Beide haben also das Recht einen Antrag auf Ausschließung eines Richters, auf Berichtigung und Ergänzung von Urteilen, Beschlüssen und Niederschriften zu stellen. Sie haben auch das Recht eine absolute Ungültigkeit geltend zu machen und bei Zeugenvernehmungen, die nicht vor Gericht oder vor dem Gerichtsrat stattfinden können, geladen zu werden. Die absolute Ungültigkeit, die aus der Verletzung von prozessualen Vorschriften für das Auftreten, die Vertretung und Verteidigung des Angeklagten hervorgeht, wie auch die Anträge auf Aufhebung des Verfahrens oder des Urteils entsprechen der Notwendigkeit der Anwesenheit und Anhörung des Staatsanwalts bei der Hauptverhandlung.

Es ist selbstverständlich, daß auch bei diesem Verhältnis manche Abweichungen festzustellen sind, wie z.B. beim Ermittlungsverfahren, wo der Staatsanwalt über mehr prozessuale Rechte verfügt und auch Rechtsmittel einlegen darf (ohne daß er dabei das Recht hat, sie zurückzuziehen) u.s.w.

VI

Das Ergebnis aller dieser Feststellungen ist, daß es in unserem

strafprozessualen System keine absolute «Waffengleichheit» vorhanden ist. Diese Feststellung ist noch offensichtlicher im Bezug auf den Angeklagten, weil seine privilegierte Stellung sowohl gegenüber der Anklagebehörde als auch gegenüber dem Verletzten unsere Strafprozessordnung beherrscht, die den Angeklagten im Mittelpunkt ihres Interesses gestellt hat. Alles für den Angeklagten! Es wäre natürlich nicht logisch, die Schutznotwendigkeit derjenigen Person zu verneinen, die die schreckliche und unerträgliche Last der Anschuldigung trägt und in Gefahr ist verurteilt zu werden (mit allen strafrechtlichen, verwaltungsrechtlichen, zivilen, sozialen und sonstigen Folgen). Man kann aber auch nicht die Tatsache außer Acht lassen, daß die Zeit, wo der tatsächliche Gegner des Angeklagten der Staatsanwalt und nicht der Nebenkläger war, vorüber ist. Denn heute interessiert sich die Anklagebehörde, den wirklich Schuldigen zu finden.

Die auf älteren Auffassungen beruhende Schwerpunktsetzung aller Regelungen auf den Angeklagten entsprechend der Ausgestaltung der Beklagtenrolle im Zivilprozeß, sollte gleichmäßig zwischen ihm und dem Verletzten verteilt werden. Denn auch die Erfüllung der begründeten Ansprüche des Verletzten kann ein Faktor für die generelle Beschränkung antisozialer Erscheinungen werden und die Fälle der Selbsthilfe möglichst gering halten. Es ist Zeit, daß auch in unserem Land—wie in vielen anderen Ländern—ein Versuch gemacht wird, die Auffassungen über die Beziehung zwischen Täter und Opfer zu überprüfen und eine neue Opferpolitik einzuschlagen, damit die äußerst unangenehme Stellung des Verletzten verbessert wird, wenn er eine natürliche Person ist. Gleichzeitig soll er wirksamer geschützt werden, wenn er zum Ziel von Gefährdungsdelikten oder solchen Straftaten wird, deren Folgen während ihrer Ausführung oder unmittelbar danach nicht erkennbar sind (wie es bei den Arbeitsunfällen oder bei der Umweltverschmutzung der Fall ist). Die Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren wird heute immer mehr für notwendig gehalten. Das heißt natürlich nicht, daß man dadurch zu einer Schwächung der prozessualen Garantien des Angeklagten oder zu strengeren Strafen geführt werden soll.

Nach unserer Meinung könnte man besseren Schutz des Opfers erreichen, damit auch der ihn vom Angeklagten trennende Abstand verringert wird, auf folgenden Wegen:

a) durch die Verbesserung seiner prozessualen Stellung beim Ermittlungsverfahren, damit er rechtzeitig aktive Partei werden kann.

- b) durch die Festsetzung der Pflicht des Staates, den Verletzten aus der Summe der Geldstrafe zu entschädigen, die dem Täter auferlegt wurde, wenn er keine sonstigen Geldmitteln hat.
- c) durch die Verbesserung des Schutzes des Verletzten bei den Wirtschaftsdelikten und insbesondere des Verbrauchers beim Lebensmittel-Strafrecht.
- d) durch die Aktivierung der Gesellschaften zum Schutz der Straftatlassenen und Jugendlichen, die als Abteilungen des Justizministeriums eine sehr wichtige Rolle beim moralischen, materiellen und juristischen Beistand der Verletzten spielen.
- e) durch eine Kriminapolitik, die fähig wäre, ihre präventive Rolle zu erfüllen. In diesem Rahmen wäre es wünschenswert nach neuen Strafnormen zu suchen, die geeignet wären, nicht nur einzuschüchtern, sondern auch zu erziehen, ohne daß sie natürlich die Individualrechte unnötig verletzen. Die Einschüchterungswirkung der Strafe und die Überzeugung, daß der tatsächliche Täter nicht entkommen wird, stellen Faktoren dar, die fähig sind, die antisoziale und kriminelle Lust von Personen und Gruppen der heutigen Gesellschaft zu hemmen. Man sollte hier auch die erhebliche Gruppe der Fahrlässigkeitsdelikte nicht außer Acht lassen, bei denen eine rationale Kriminalpolitik eine wichtige Rolle spielen könnte.

Nach unserer Meinung wird außerdem die «Waffengleichheit» nicht verletzt:

- a) durch das Verbot des Auftritts des Nebenklägers bei den Jugendgerichten, wo man nicht die Schuld ermittelt oder auf die Bestrafung des jungen Angeklagten abzielt, sondern auf die Auferlegung des für seine soziale Anpassung nötigen Umerziehungs- oder Zuchtmittels oder sogar therapeutischen Mittels. Die Anwesenheit des Verletzten als Nebenklägers kann nur negative Auswirkungen haben. Denn der Weg zu den Zivilgerichten ist ausreichend für die Erfüllung seiner zivilrechtlichen Ansprüche, da die Rechtskraft des Strafurteils diesbezüglich nicht bindend ist.
- b) durch das Verbot der Strafverfolgung auf Antrag bei Sittlichkeitsdelikten für den Fall, daß ihre Publizität die wohlverstandenen Interessen des Betroffenen schon unheilbar verletzt hat. Denn diese Interessen sind der Grund der Anerkennung einer Strafverfolgung auf Antrag und
- c) durch die Beschränkung der Pflichten des Haftpflichtträgers gegenüber dem Verletzten auf Schadenersatz und Ersatzleistung und nicht etwa auch auf Erstattung von Geldstrafen für die öffentliche Kasse.

VII

Bei Beendigung dieses kurzen Referats halten wir es für notwendig zu betonen, daß der Waffengleichheitsgrundsatz auch im Strafprozess im Rahmen der «Gleichheit» als Gerechtigkeitsanspruch erfaßt werden soll, in dem Sinn, daß gleiche Situationen gleich behandelt werden sollen. Bis zu einem gewissen Punkt ist die «Allianz» des Angeklagten mit dem Haftpflichtträger selbstverständlich, da sie gemeinsame Interessen haben, die die Gleichheit ihrer Rechte erforderlich machen. Im Gegensatz dazu ist die «Allianz» der Anklagebehörde mit dem Nebenkläger nur scheinbar, denn es existiert bei ihnen keine Gemeinsamkeit von Interessen. Es ist deshalb geboten, den Schutz des Verletzten zu verbessern, (denn es wurde eines seiner Rechtsgüter gefährdet oder verletzt), ohne daß die Verteidigung des Angeklagten natürlich darunter leiden soll oder die Anklagebehörde in der Ausführung ihrer Aufgaben gehindert wird. Schließlich sollte man nicht vergessen, daß eine Gesellschaft mit guten Gesetzen, ihren Schutz durch den Schutz ihrer Mitgliedern erzielen soll und aufgrund der Individualrechte, die nicht nur der Angeklagte sondern auch der Verletzte genießt.

Waffengleichheit und Verfahrensstruktur

I. Einführung*

Unter der Überschrift «Der Grundsatz der Gleichheit der Waffen der Anklage und der Verteidigung im Strafverfahren mit Beziehung auf die Schrift: le ministère public et le barreau»¹ hat 1861 MITTERMAIER, einer der bedeutendsten liberalen Juristen des vergangenen Jahrhunderts, die Kampfschrift eines französischen Verteidigers besprochen. Damit war das Stichwort gefallen, an dem sich bis heute die Geister scheiden, wenn es rechtspolitisch oder rechtsdogmatisch um die Stellung des Verteidigers geht. Nach Ansicht der Gegner handelt es sich bei dem Prinzip der Waffengleichheit um eine Phrase², um eine ganz und gar abwegi-

* Die engzeilig gedruckten Passagen wurden müdlich nicht oder nur stichwortartig vorgetragen
1. MITTERMAIER, StRZ 1861, Sp. 20 ff. Der Sache nach wurde die Forderung nach Waffengleichheit schon viel früher aufgestellt. Vgl. z. B. JAGEMANN, Gerichtssaal, 1849, S. 214 ff. (216 f.).
2. v. KRIES, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1862, S 220.

ge Vorstellung³, die auf einen Selbstbetrug hinauslaufe⁴. Das Prinzip der Waffengleichheit sei auf ein Streitiges Parteiverfahren angelsächsischer Prägung zugeschnitten⁵. Zwischen dem zu völliger Objektivität verpflichteten Staatsanwalt und dem – in gewissen Grenzen – zu einseitiger Interessenwahrnehmung berechtigten Verteidiger könne und dürfe es keine Waffengleichheit geben⁶.

Die Anhänger wiederum verweisen darauf, daß es ohne Waffengleichheit keine Garantie gegen richterliche Irrtümer gebe. Dem Verteidiger müßten alle Mittel gegeben werden, die Anklage zu zerstören. Die Gerechtigkeit höre auf, wenn nicht Gleichheit der Waffen gegeben sei⁷. Teilweise wird eingeräumt, daß die Waffengleichheit nicht zur rechtlichen Verfahrensstruktur des kontinentaleuropäischen Strafprozesses passe. Aber gerade deswegen wird die Übernahme angelsächsischer Verfahrensweisen verlangt⁸.

Oder es wird ein Unterschied zwischen rechtlicher und psychologischer Verfahrensstruktur behauptet, wonach die Staatsanwaltschaft mit der Anklageerhebung eine Position eingenommen habe, die sie im allgemeinen – durchaus zum Vorteil des Verfahrens – in der Hauptverhandlung aufrecht erhalte. Aus diesem Grunde sei eine nicht notwendig gleiche, so doch gleichgewichtige Gegenposition der Verteidigung erforderlich⁹.

Seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland bewegt sich die Diskussion über die Waffengleichheit in ruhigen Bahnen¹⁰,¹¹. Trotzdem oder deshalb hat die Waffengleichheit in die Rechtsprechung Eingang gefunden. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts folgt aus dem im Rechtsstaatsprinzip enthaltenen Recht auf ein faires Verfahren¹² die verfahrensrechtliche Waffengleichheit von Ankläger und Beschuldigten im Strafprozeß¹³. Damit kommt dem Grundsatz der Waffengleichheit verfassungsmäßiger Rang zu. Auch der Bundesgerichtshof zählt die Waffengleichheit zu den grundlegenden Prinzipien des Strafverfahrens, allerdings mit der Einschränkung, daß sie nicht durchgängig verwirklicht sei¹⁴ und auch nicht durchgängig verwirklicht werden könne¹⁵. Gleichfalls

3. DOHNA, Das Strafprozeßrecht, 3. Aufl., 1929, S. 68.

4. GEERDS, GA 1975, S. 347.

5. KRAUSS in MULLER-DIETZ, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, S. 153 ff. (154)

6. Vgl. PETERS, Strafprozeß, 3. Aufl., 1981, S. 94; ROXIN, Strafverfahrensrecht, 17. Aufl., 1982, S. 57. Aus der älteren Literatur DOHNA (Fn 3), S. 46 ff; v. HIPPEL, Strafprozeßrecht, 1941, S. 224 mit zahlr. Nachw. pro und contra.

7. MITTERMAIER (Fn. 1) Sp. 25 f.

8. VARGHA, Die Verteidigung in Strafsachen, 1879, S. 298 ff.

9. KÜHNE, Strafprozeßlehre, 2. Aufl. 1982, Rdnr. 80. Im Ergebnis ebenso MÜLLER, NJW 1976, 1063 ff. (1065). ROXIN (Fn 6), S. 57.

10. Vgl. MULLER (Fn. 9) S. 1064.

11. Erst in neuerer Zeit taucht das Stichwort im Zusammenhang mit der Reduktion von Verteidigerrechten wieder auf. Vgl. ULSSENHEIMER, Einschränkungen des Beweisrechts in Gegenwart und Zukunft, AnwBl. 1983, S. 373 ff. (377, 380) mit Nachw. aus den Stellungnahmen von Anwaltsorganisationen.

12. BVerfGE 26, S. 66 ff. (71).

13. BVerfGE, 38, S. 105 ff (111).

14. BGHSt 12, S. 136 ff. (139).

15. BGHSt 18, S. 369 ff. (371).

anerkannt ist der Grundsatz der Waffengleichheit durch Entscheidungen zu Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: er sei im Begriff der «billigen Anhörung» (fair hearing) verkörpert^{16,17}.

Eine eingehende Analyse der Rechtsprechung verbietet sich schon aus Platzgründen. Sie ist aber – an dieser Stelle – auch untunlich. Solange der Begriff der Waffengleichheit nicht bestimmt und sein Verhältnis zur Struktur des deutschen Strafverfahrens nicht geklärt ist, entbehrt jede Analyse einzelner Entscheidungen des Maßstabes. Seiner Entwicklung sollen die folgenden skizzenhaften Bemerkungen dienen.

II. Der Begriff der Waffengleichheit.

Die «Gleichheit der Waffen» ist zunächst nicht mehr, aber auch nicht weniger als ein Bild. Die Bildhaftigkeit bewirkt, daß diese Verfahrensmaxime schon in ihrem Kern unbestimmter ist als andere Verfahrensmaximen und daher einer Umsetzung in juristisch-technische Regeln noch stärkeren Widerstand entgegensetzt. Was sich juristisch als Nachteil erweist, verleiht dem Stichwort seine Brisanz als Maßstab gegenüber dem geltenden Recht und als rechtspolitische Leitlinie. Das Bild und die mit ihm verbundenen Assoziationen verbürgen – scheinbar – zur höchstmöglichen Evidenz die Richtigkeit des Prinzips. Wie könnte ein Kampf, bei dem einer der Gegner mit unterlegenen Waffen antritt, fair, das Ergebnis des Kampfes gerecht sein? Ob man dieses Bild an Hand sportlicher Wettkämpfe, kriegerischer Auseinandersetzungen oder alltäglicher Vorkommnisse prüft, der Boxkampf zwischen einem Schwergewichtler und einem Fliegengewicht, das Töten Wehrloser usw. wird immer und überall als unfair angesehen. Gewinnt einmal David gegen Goliath, so verdankt sich dies göttlicher Vorsehung oder dem Zufall. Daß auch der abstrakt Unterlegene im konkreten Fall gewinnt, zeigt nicht, daß es auf Waffengleichheit nicht ankommt. Das unfaire Verfahren wird nicht durch den unerwarteten Sieg des Benachteiligten nachträglich fair.

Was sonst immer gilt, muß auch im Strafverfahren gelten. Ohne Waffengleichheit ist es seiner Struktur nach ungerecht, mag auch im Einzelfall das Ergebnis zutreffen. Denn das gerechte Ergebnis im Einzelfall verdankt sich nicht dem Verfahren. An ihm gemessen ist es zufällig.

16. EKMR NJW 1963, S. 2247; EGMR 1, 181 f; EGMR 2, 94 f.

17. Die Tendenz, das «fair hearing» der MRK in ein «fair trial» umzudeuten und erst daraus die Waffengleichheit abzuleiten – etwa KÜHNE (Fn. 9); MÜLLER (Fn. 9), S. 1066; SANDERMANN, Waffengleichheit im Strafprozeß, Diss. Köln, 1976, S. 13 ff, S. 17 – ist durchaus unberechtigt. Dazu sogleich im Text.

Die Evidenz des Rechtsgefühls, das nach Gleichheit der Waffen ruft, beruht auf einer situativen Prämisse: einem Streit zwischen Gegnern. Gegen die Forderung nach Waffengleichheit ist daher schon früh eingewandt worden, der Staatsanwalt sei nicht der Gegner des Beschuldigten¹⁸ oder des Verteidigers. Sein Interesse bestehe—wegen der gesetzlichen (§160 Abs. 2 StPO) Objektivitätspflicht—nicht im Sieg über den Beschuldigten und seine Verteidigung, sondern im Sieg der Gerechtigkeit. Dementsprechend habe der Staatsanwalt auch den Prozeß nicht verloren, wenn der Angeklagte freigesprochen werde^{18a}. Könne die Staatsanwaltschaft den Prozeß weder verlieren noch gewinnen, so sei sie nicht Gegner. Prozeßdogmatisch gesprochen: bei der Staatsanwaltschaft handle es sich nicht um eine Partei¹⁹.

Der Streit, ob die Staatsanwaltschaft de jure oder de facto (auch) als Partei begriffen werden muß, soll hier – weil unfruchtbar – nicht weiter verfolgt werden. Statt dessen soll die Fragestellung umgekehrt werden. Welche prozessualen Vorteile resultieren für den Angeklagten daraus, daß er unmittelbar oder mittelbar Tatsachenbehauptungen der Staatsanwaltschaft entkräftet oder widerlegt? Verbessert der «Sieg» über die Staatsanwaltschaft nicht die Rechtslage²⁰ des Beschuldigten, geht die Forderung nach Waffengleichheit ins Leere. Die weitere Frage, ob formale Waffengleichheit ausreicht oder ob ein unvermeidliches Übergewicht der Staatsanwaltschaft durch Bevorzugung der Verteidigung an anderer Stelle kompensiert werden muß, stellt sich dann erst gar nicht²¹.

III. Waffengleichheit und Hauptverhandlung

Betrachtet man aus dieser Perspektive die Hauptverhandlung, so ergibt sich, daß nicht die Staatsanwaltschaft der Gegner des Angeklagten ist.

18. Hier und im folgenden wird einheitlich vom Beschuldigten gesprochen, auch wenn er schon Angeklagter ist.

18a. EBERHARD SCHMIDT I, Lehrkommentar Bd. I, 2. Aufl. 1964, S. 79.

19. Vgl. oben Fn. 6.

20. Verstanden in Anlehnung an J. GOLDSCHMIDT, Der Prozeß als Rechtslage, 1925 (Nachdruck 1962).

21. Das verkennt MÜLLER (Fn. 7), S. 1065. Die Belege, die er—füßend auf der Untersuchung von HERRMANN, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, 1971—dafür anführt, daß es auch im anglo-amerikanischen Verfahren keine Waffengleichheit gebe, treffen daneben. Es handelt sich jeweils darum, daß die generelle Schwäche der Verteidigung durch zusätzliche Pflichten der Staatsanwaltschaft kompensiert wird.

Kann die Verteidigung beweisen²², daß der im Anklagesatz dem Angeklagten zu Last gelegte Sachverhalt nicht zutrifft, so muß nicht etwa Freispruch erfolgen. Gleiches gilt erst recht, wenn die in der Anklageschrift bezeichneten oder später von der Staatsanwaltschaft geladenen, herbeigeschafften oder beantragten Beweismittel den von der Anklage behaupteten Sachverhalt nicht bestätigen²³ oder ihre Unglaubwürdigkeit nachgewiesen wird. Führt etwa der Angeklagte den Alibibeweis für den in der Anklageschrift angegebenen Tattag, so kann er gleichwohl verurteilt werden, wenn nur das Gericht einen anderen Tag als maßgeblich ansieht²⁴. Zwar muß der Angeklagte zuweilen hierauf hingewiesen werden. Bezeichnenderweise aber nicht dadurch, daß die Staatsanwaltschaft ihren Vorwurf modifiziert, sondern durch einen Hinweis des Gerichts gem. §265 StPO analog²⁵. Im deutschen Strafverfahren geht es also nicht darum, ob der angeklagte Sachverhalt bewiesen werden kann, erst recht nicht darum, ob er von der Staatsanwaltschaft bewiesen werden kann. Die Anklageschrift bindet vielmehr nur insoweit als sie den Prozeßgegenstand festlegt. Wegen welchen Sachverhalts und aufgrund welcher Beweismittel verurteilt werden darf, entscheidet das Ergebnis der Verhandlungen (§264 StPO).

Was für die am Anfang der Hauptverhandlung stehende (§243 Abs. 3 StPO) Anklage gilt, wiederholt sich an ihrem Ende, nach Schluß der Beweisaufnahme: Weist die Verteidigung nach, daß der von der Staatsanwaltschaft gestellte Schlußantrag unhaltbar ist, daß die Beweisführung Lücken und Fehler enthält, so tritt selbst dann keine Verbesserung der Prozeßlage zugunsten des Angeklagten ein, wenn das Gericht die Ansicht der Verteidigung teilt. Selbst das, was man als größten Sieg der Verteidigung ansehen könnte, ein Freisprechungsantrag der

22. Hier und im folgenden soll vom jeweils «höchstmöglichen Sieg» der Verteidigung ausgegangen werden. Ändert sich schon unter dieser Voraussetzung die Rechtslage nicht, dann gilt das für mindere Erfolge erst recht.

23. Hierin liegt der-insoweit-entscheidende Unterschied zum anglo-amerikanischen Strafverfahren. Zur «submission of no case» bzw. «motion for directed verdict» vgl. HERRMANN (Fn. 21), S. 226 f.

24. BGHSt 19, S. 88 f.; BGHSt 22, S. 90 ff.; Vgl. auch BGHSt 16, S. 200 ff.

25. Vgl. BGHSt 19, S. 88 f.; KLEINKNECHT-MEYER, StPO, 36 Aufl. 1983, § 264, Rdnr. 8. Dies gilt aber nur bei einer Verschiebung des Zeitpunkts. Bei sonstigen Veränderungen des Sachverhalts bedarf es keines förmlichen, noch nicht einmal eines ausdrücklichen Hinweises. «Es genügt..., wenn dies durch den Gang der Verhandlung geschieht» (BGHSt 19, S. 141 ff. BGHSt 28, S. 196 ff.). Weiter einschränkend BGH NSTZ 1981, S. 190 f., wonach auch bei Änderung der Tatzeit ein förmlicher Hinweis nur ergehen muß, wenn die Tatzeit für den Schuldvorwurf von ausschlaggebender Bedeutung ist.

Staatsanwaltschaft, entfaltet keine prozessualen Wirkungen²⁶. Ist das Gericht aufgrund der Hauptverhandlung davon überzeugt, daß der Angeklagte eine Straftat begangen hat, so ist es nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, den Angeklagten zu verurteilen, selbst wenn seine Beweisführung in jedem Punkt von der der Staatsanwaltschaft abweicht (§§155 Abs. 1, 261 StPO).

Bezeichnet man als Gegner der Verteidigung allein den Verfahrensbeteiligten, dessen Tatsachenbehauptungen widerlegt und dessen Argumente erschüttert werden müssen, damit sich die verfahrensrechtliche Lage des Angeklagten verbessert, dann ist nicht die Staatsanwaltschaft der Gegner der Verteidigung, sondern das Gericht^{26a}. Davon, daß der Beschuldigte durch den reformierten Strafprozeß die Wohltat eines vom Richter verschiedenen Gegners erhalten hat,²⁷ kann nicht die Rede sein. Rechtlich gesehen findet in der Hauptverhandlung ein Kampf zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung nicht statt.

Der naheliegende Ausweg, Waffengleichheit von Gericht und Verteidigung zu verlangen, scheidet schon deshalb aus, weil zwischen Gegnern, von denen einer darüber befindet, wer den Kampf gewonnen hat, Waffengleichheit nicht-auch nicht ansatzweise-hergestellt werden kann. Unter dieser Voraussetzung bildet nicht das Prinzip der Waffengleichheit, sondern das Recht auf Gehör den Maßstab, an dem die Rechte der Verteidigung de lege lata und de lege ferenda gemessen werden müssen^{27a}. Diese Veränderung der rechtlichen Perspektive ändert freilich nichts an der Aufgabe der Verteidigung. Nach wie vor bezweckt Verteidigung, Tatsachenbehauptungen und Argumentationen, die sich zu Lasten des Angeklagten auswirken, zu widerlegen oder zumindest zu erschüttern. Eben weil das deutsche Strafverfahrensrecht der Verteidigung die Rechtswohltat eines vom Richter verschiedenen Gegners verwehrt, weiß sie vielfach nicht, gegen welche Tatsachen und gegen welche Argumentationen sie sich wenden soll. Vielfach ergibt sich erst aus dem Urteil, wogegen sich eine erfolgsversprechende Verteidigung hätte richten müssen. Die doppelte Bindung des Gerichts-an den von der Staatsanwaltschaft festgelegten Prozeßgegenstand einerseits (§264StPO) und an den

26. Diese beiden Punkte bezeichnen den entscheidenden Unterschied zum Zivilprozeß

26a. SARSTEDT, HAMM, Die Revision in Strafsachen, 5 Aufl. 1983, S. 368.

27. HENKEL, Das deutsche Strafverfahren, 1943, S. 145; MÜLLER (Fn. 9), S. 1064.

27a. Im Ergebnis ebenso JUNG, Straffreiheit für den Kronzeugen, 1974, S. 82 ff. So erklärt es sich, daß die Entscheidungen zu Art. 6 MRK (Fn. 16) nicht die Waffengleichheit, sondern das Recht auf Gehör betreffen. Vgl. KÜHNE (Fn. 9)

Inhalt der Hauptverhandlung andererseits (§261StPO) – vermag diesen strukturellen Mangel der Verteidigung in komplizierteren Verfahren nicht auszugleichen²⁸. Abhilfe schafft nur – läßt man die grundsätzliche Struktur des deutschen Verfahrens unangestastet-eine Verstärkung der förmlichen Hinweispflichten des Gerichts: Will das Gericht die Verurteilung auf einen anderen Sacherhalt oder auf andere Beweismittel stützen als in der Anklageschrift angegeben, so sollte §265 StPO analog gelten²⁹.

Entscheidet allein das rechtliche Verhältnis von Gericht und Verteidigung über die Effektivität der Verteidigung, so führt auch eine Umdeutung der Waffengleichheit in ein Recht auf gleiches Gehör von Staatsanwaltschaft und Verteidigung³⁰ in die falsche Richtung. Welche Rechte die Staatsanwaltschaft hat oder nicht hat, beeinflußt nicht die Antwort auf die Frage, ob das der Verteidigung gewährte Recht auf Gehör Chancen für eine erfolgreiche Verteidigung bietet. Gleichwohl ist eine Analyse der Rechte der Staatsanwaltschaft von bedeutendem heuristischem Wert. Jede dem Staatsanwalt gewährte prozessuale Befugnis muß daraufhin untersucht werden, ob sie die prozessuale Lage der Staatsanwaltschaft im Hinblick auf eine Belastung des Angeklagten verbessert. Steht der Verteidigung nicht das gleiche oder ein äquivalentes Recht zu, so liegt hierin ein Indiz, daß das Recht auf Gehör nicht in dem Umfang besteht, wie für eine effektive Verteidigung erforderlich. Zur Klarstellung: dies gilt auch und gerade wenn die Staatsanwaltschaft zur Objektivität verpflichtet ist und sich (subjektiv) an diese Pflicht hält.

Auch was die Staatsanwaltschaft in Wahrnehmung ihrer Befugnisse behauptet oder vorträgt, beeinflußt das Recht auf Gehör der Verteidigung. §261 StPO verpflichtet das Gericht seine Überzeugung aus «dem Inbegriff der Verhandlung» zu schöpfen. D.h. es muß auch die Sicht der Staatsanwaltschaft bei seiner Überzeugungsbildung «verwerten und erschöpfend auswerten»³¹. Besteht das Recht auf Gehör darin, daß «jedermann» Gelegenheit haben muß, Anträge und Ausführungen zu allem zu machen, was das Gericht in seiner Entscheidung beeinflußt,³² so ist dieses Recht

28. Vgl. SCHULZ, GA 1981, S. 301 ff (303 ff).

29. Inwieweit dies schon de constitutione lata gilt und inwieweit es sich um eine rechtspolitische Forderung handelt, muß hier offen bleiben.

30. Vgl. BIRKMEYER, Deutsches Strafprozeßrecht, 1898, S. 143.

31. Ständige Rechtsprechung des BGH. Vgl. Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 1982, §261 Rdnr. 17 ff.

32. Ständige Rechtsprechung des BVerfG. Vgl. z. B. BVerfGE 6, S. 12 ff. (14); 55, S. 95.

verletzt; wenn man der Verteidigung verwehrt, die Unrichtigkeit der Sicht der Staatsanwaltschaft darzulegen. Und zwar allein deshalb, weil das Gericht die Ausführungen der Staatsanwaltschaft berücksichtigen muß. Auch hier bedarf es einer Klarstellung: das Recht auf Gehör ist nicht deshalb verletzt, weil es um eine Reaktion auf Ausführungen der Staatsanwaltschaft geht. Das Recht auf Gehör besteht vielmehr gegenüber Äußerungen aller Verfahrensbeteiligten, handle es sich um Zeugen, Sachverständige, den Verteidiger des Mitangeklagten oder eben um den Staatsanwalt.

Durchmustert man unter diesem Aspekt das Recht der Hauptverhandlung, so enthält die StPO in wesentlichen keine unterschiedlichen Antrags- und Äußerungsbefugnisse von Staatsanwalt und Verteidigung. Insoweit liegt also ein Indiz für die Verletzung des rechtlichen Gehörs der Verteidigung nicht vor.

Beinhaltet das Recht auf Gehör aber auch, daß die faktischen Chancen, unrichtigen oder verzerrten Äußerungen entgegenzutreten, nicht durch Rechtsvorschriften verringert werden dürfen,³³ so sind gegen drei Vorschriften Bedenken anzumelden: §137 Abs. 1 Satz 2 StPO; §146 StPO; §§220 Abs. 2, 245 Abs. 2 StPO.

Die Problematik der §§ 137, 146 StPO soll hier nur insoweit angesprochen werden wie sie Berührungspunkte mit der «Waffengleichheit» aufweist. Beide Vorschriften entziehen dem Angeklagten in bestimmten Verfahren die faktische Grundlage, auf der er Behauptungen der Staatsanwaltschaft, aber auch Zeugenaussagen und Sachverständigengutachten entgegnetreten kann. Insbesondere in Verfahren, in denen umfangreiche Detailkenntnisse tatsächlicher oder rechtlicher Art erforderlich sind, kann hierdurch eine Verkürzung des rechtlichen Gehörs eintreten.

Daß §146 StPO diese Wirkung entfalten kann, hängt mit der weiten Auslegung zusammen, die die Rechtsprechung den Begriffen «Beschuldigter» und «gemeinschaftlich» gegeben hat. Geht es etwa um ein Organisationsdelikt, so sind alle Mitglieder der Vereinigung Beschuldigte. Jedes Verteidigerhandeln für mehr als einen Beschuldigten stellt eine gemeinschaftliche Verteidigung dar. Das gilt unabhängig davon, ob gegen die Beschuldigten in einem oder in mehreren Verfahren vorgegangen wird und in welchen Stadien sich die jeweiligen Verfahren befinden. Auch wenn ein Mitglied der Vereinigung bereits rechtskräftig abgeurteilt ist, darf dessen Verteidiger nicht für ein anderes Mitglied tätig werden.³⁴ Dieses Verständnis des § 146 StPO hat dazu geführt, daß bei Terroristenprozessen schon bald nach seinem Inkrafttreten Kenner der Terrorismusszene nicht mehr zum Verteidiger gewählt oder bestellt

33. Vgl ausführlich REBMANN, NStZ 1981, S. 41 ff.

34. BGHSt 26, S. 367 ff. (370). Ausnahme bei Tod des anderen Beschuldigten, BGHSt 27, S. 315 ff.

werden konnten. Statt dessen mußte zum Teil auf unerfahrene Anwälte zurückgegriffen werden, die wegen § 146 StPO auch keine Erfahrungen erwerben konnten.

In den Terroristenverfahren hat sich auch gezeigt, daß § 137 Abs. 1 Satz 2 StPO zu Verkürzungen des Rechts auf Gehör führen kann. Sind an einem Verfahren mehr als drei Bundes- oder Staatsanwälte beteiligt, so stellt das ein Indiz dafür dar, daß das Tatsachenmaterial von weniger als drei Personen nicht angemessen bewältigt werden kann. Wird dieses Indiz nicht entkräftet, dann ist das Recht auf Gehör verletzt.

§§ 245 Abs. 2, 220 Abs. 2 StPO wirken sich vor allem beim Sachverständigenbeweis aus und hier wiederum bei Materien, in denen bei den Sachverständigen keine einheitlichen Standards bestehen. Zumeist kann die Anhörung eines weiteren Sachverständigen wegen § 244 Abs. 4 StPO nur über § 245 Abs. 2 StPO erzwungen werden. Für den Beschuldigten kann die Ausübung dieses Rechts an der Kostenbarriere des § 220 Abs. 2 StPO scheitern. Das Problem dieser Kostenbarriere besteht aber nicht darin, daß die Staatsanwaltschaft nicht durch sie behindert wird, wenn sie nach § 245 Abs. 2 StPO vorgehen will. Das Problem änderte sich nicht, wenn nur die Verteidigung das Recht auf Vernehmung präsender Sachverständiger hätte. Wer den Behauptungen und Argumentationen eines Sachverständigen entgegentreten will, bedarf im allgemeinen seinerseits eines Sachverständigen. D.h. sofern die Voraussetzungen, auf denen § 244 Abs. 4 StPO beruht (verbindliche Standards auf dem fraglichen Sachgebiet, Kompetenzunterschiede wirken sich beim Beweisthema nicht aus), nicht vorliegen, muß die Verteidigung einen eigenen Sachverständigen beauftragen können.

IV. Waffengleichheit und Ermittlungsverfahren

Daß der Gedanke der Waffengleichheit jedenfalls partiell auch im Vorverfahren zum Zuge kommen soll, wird neuerdings wieder verstärkt gefordert.³⁵ In der Tat scheint Waffengleichheit die einzige Verfahrensmaxime darzustellen, die eine Stärkung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren zu tragen vermöchte, solange man argumentativ an die Verfassung oder die Judikatur zur Verfassung anknüpfen möchte. Art. 103 GG garantiert Gehör nur vor Gerichten. Auch das in Art. 6 der Menschenrechtskonvention statuierte Recht auf ein «fair hearing» gilt nur vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht, nicht aber gegenüber der Staatsanwaltschaft vor Anklageerhebung.

Genauso wie die Waffengleichheit beruht auch das Recht auf Gehör auf einer situativen Prämisse, nämlich der, daß der Richter nicht nur der Form, sondern auch der Sache nach unabhängig und unparteiisch entscheidet. Auf das Strafverfahren bezogen:

35. KOHLMANN, Festschrift für PETERS, 1974, S. 311 ff; SANDERMANN (Fn. 17) S. 158 ff; MÜLLER (Fn. 9), S. 1067.

vorausgesetzt wird, daß in der Hauptverhandlung eine eigenständige Re-Konstruktion des Sachverhalts erfolgt,³⁶ der die Grundlage für eine Verurteilung oder einen Freispruch abgibt. Ist diese Voraussetzung vollständig erfüllt, so bedarf es, was die Verteidigung gegen den Schuldvorwurf angeht, keiner Vorwirkung des rechtlichen Gehörs im Ermittlungsstadium. Die Verteidigung im Ermittlungsverfahren könnte sich auf die Abwehr der Zwangsmaßnahmen (Haft, Durchsuchung, Beschlagnahme usw.) und der sonst mit einem Ermittlungsverfahren verbundenen Nachteile beschränken.

In einem Verfahren, das auf dieser Voraussetzung beruht, kommt dem Ermittlungsverfahren allein die Aufgabe zu, eine Entscheidung darüber herbeizuführen, ob «genügender Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage» (§170 Abs. 1 StPO) besteht. Die Ergebnisse von Ermittlungshandlungen (Zeugen - und Beschuldigtenvernehmung, Augenschein usw.) haben sachliche Bedeutung allein für diese Entscheidung. Mit Ermittlungsergebnissen darf insbesondere kein Beweis in der Hauptverhandlung geführt werden.

Entgegen der herrschenden Meinung³⁷ behaupte ich, ohne dies hier belegen zu können, daß dieses Verhältnis von Ermittlungsverfahren zur Hauptverhandlung, dieses Verbot, Ermittlungsergebnisse in Beweise zu transferieren, gerade das ist, was im 19. Jahrhundert unter Unmittelbarkeit verstanden wurde.^{37a}

Macht eine so verstandene Unmittelbarkeit die Forderung nach rechtlichem Gehör im Ermittlungsverfahren - weitgehend³⁸ - entbehrlich, so verkürzt umgekehrt jede Einschränkung des Unmittelbarkeitsprinzips das Recht auf Gehör vor Gericht. Denn insoweit wird die Sache nicht mehr durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht entschieden (Art. 6 MRK; Art 103, 92 GG). Gehör vor Gericht kann bei Durchbrechungen des Unmittelbarkeitsprinzips daher nur heißen, daß grundsätzlich nur die Ermittlungsergebnisse in Beweise transferiert werden dürfen,

36. Sie darf nicht nur - wie die Schlußverhandlung des Inquisitionsprozesses - der Überprüfung des Ermittlungsverfahrens dienen. Vgl. Eb. SCHMIDT, ZStW 1942m S. 429 ff. (461) u. KOHLRAUSCH-Festschrift, 1944, S. 263 ff. (279, 297ff).

37. Vgl. statt aller GEPPERT, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979.

37a. Vgl. Eb. SCHMIDT (Fn. 36).

38. Zur Klarstellung: auch hier geht es um rechtliches Gehör nur insoweit, als ein thematischer Zusammenhang mit dem Prinzip der Waffengleichheit besteht. Damit werden Rechte der Verteidigung, die die Belastung des Beschuldigten durch eine Hauptverhandlung vermeiden können, nicht abgeschnitten.

bei deren Gewinnung das Recht der Verteidigung auf Gehör genauso verwirklicht wird wie in der Hauptverhandlung.

Trifft dieser Ansatz zu, dann wird die Forderung nach Waffengleichheit nicht nur überflüssig. Vielmehr geht sie genauso wie bei der Hauptverhandlung in die falsche Richtung. Mit Hilfe des Waffengleichheitsprinzips kann nicht geklärt werden, bei welchen Punkten des Ermittlungsverfahrens Waffengleichheit herrschen soll und warum.

Durchmustert man die deutsche Strafprozeßordnung, so könnte man zu der Auffassung gelangen, die soeben skizzierte Verbindung von Unmittelbarkeitsprinzip und rechtllichem Gehör spiegele nur die *lex lata* wieder^{38a}. Nahezu jeder Ermittlungshandlung, deren Ergebnisse für einen Transfer in die Hauptverhandlung in Frage kommen, entspricht eine richterliche Beweissicherungshandlung. Neben der polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen findet sich auch die richterliche Zeugen- und Beschuldigtenvernehmung (§ 162 StPO); neben dem Augenschein durch Polizisten oder den Staatsanwalt findet sich der richterliche Augenschein (§§ 86, 225 StPO). Eine besondere Form des Augenscheins, die Leichenschau, war früher allein dem Richter vorbehalten. Seit 1974 kann ihn- und zwar vorrangig- auch der Staatsanwalt einnehmen. Bestellung und Leitung des Sachverständigen obliegt allein dem Richter (§§ 73, 78 StPO) Grundsätzlich hat bei allen Beweissicherungshandlungen des Richters der Beschuldigte bzw. sein Vertreter ein Anwesenheitsrecht (§§ 168 c, 168 d). Der vom Richter beauftragte Sachverständige muß dem Beschuldigten namhaft gemacht und kann von ihm wegen Befangenheit abgelehnt werden. Diesem Beweissicherungsverfahren vor der Hauptverhandlung korrespondiert in der Hauptverhandlung, daß grundsätzlich nur richterliche Protokolle verlesen werden dürfen (§§ 249 Abs. 1 Satz 2, 251, 232 Abs. 3, 233 Abs. 3 Satz. 2, 254 StPO). Aber auch das nur unter eingeschränkten Voraussetzungen.

Trotzdem trägt das Bild. Neben dem Gesetzgeber, der zunehmend den Transfer von Ermittlungsergebnissen in Beweise zuläßt und die Verwertbarkeit richterlicher Beweissicherungshandlungen erweitert, hat vor allem die Rechtsprechung, und zwar von Anfang an, den Transfer von Ermittlungsergebnissen in Beweise gefördert.³⁹

Entgegen einem Teil des Schrifttums betrachtet es die Rechtsprechung z.B. nicht als Umgehung des § 250 Satz 2 StPO, der die Verlesung von Zeugenvernehmungen des Ermittlungsverfahrens verbietet, wenn- statt dessen- die Verhörsperson in der Hauptverhandlung als Zeuge gehört wird. Die Rechtsprechung läßt es sogar zu, daß dem Ermittlungsbeamten das von ihm angefertigte Protokoll verlesen wird. Zwar fungiert die Verlesung selbst nicht als Beweis, sondern nur die Reaktion des Ermittlungsbeamten auf die Verlesung. Doch genügt dessen Aussage, er protokollierte immer korrekt, um auf den Inhalt des

38a. Noch stärker wird dieser Eindruck, wenn man sich die ursprüngliche Fassung der StPO vor Augen hält.

39. Vgl. ausführlich GRÜNWARD, Festschrift für DÜNNEBIER, 1982, S. 347 ff.

Vernehmungsprotokolls eine Verurteilung stützen zu können⁴⁰. Die von der Rechtsprechung aufgestellte Konstruktion ersetzt funktional vollständig eine Verlesung.

Nicht die Argumentation mit der Waffengleichheit kann die Beseitigung der Unzuträglichkeiten bringen, die mit dieser Praxis verbunden sind. Nur wenn man vom Recht auf Gehör vor Gericht ausgeht, kommen die zwei systematisch passenden Lösungen in Sicht. Die eine besteht in der (Wieder-)Herstellung der Unmittelbarkeit. Die andere paßt sich zum Teil der Entwicklung in Rechtsprechung und Gesetzgebung an und statuiert ein Verwertungsverbot für alle Vernehmungen (des Beschuldigten) im Ermittlungsverfahren, bei denen ein Verteidiger nicht zugegen war.⁴¹

V. Zusammenfassung.

Obwohl die hier vorgetragenen Ergebnisse sich teilweise mit denen überschneiden, die im Namen der Waffengleichheit gefordert werden, paßt Waffengleichheit nicht zur Struktur des deutschen Strafverfahrens. Der Unterschied zeigt sich sofort bei der unterschiedlichen Erklärungskraft der Ansätze. Wird zugestanden, daß Waffengleichheit nicht in jedem Punkt bestehen müsse⁴², so bedarf es eines Kriteriums dafür, welche Rechte der Verteidigung zustehen sollen. Hat man dieses Kriterium gefunden, so ist das Waffengleichheitsprinzip dogmatisch überflüssig. Daß es als rechtspolitisches Schlagwort wegen der mit ihm verbundenen Evidenzerlebnisse nur schwer ersetzt werden kann, ändert daran nichts.

40. BGHSt 23, S. 213 ff.

41. Vgl. Arbeitskreis Strafprozeßreform (BEMMANN u.a.), Die Verteidigung, 1979, S. 88 f.

42. Vgl. die in Fn. 9 Genannten.

Die Waffengleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung

Es wird behauptet¹, daß die richtige Gesetzgebung und die guten Gerichtspersonen die wichtigsten Faktoren für die Erfüllung der Justizzwecke darstellen. Insbesondere für die Gerichtsorgane ist es früh in der historischen Entwicklung des modernen Rechts klar geworden, daß ihre Ehrenhaftigkeit, ihre Moral und ihre Fähigkeiten allein die richtige Funktion der Justiz nicht sichern konnten. Genauso geboten und gleichzeitig sozial nützlich war auch die richtige Gliederung der Rechtsprechungsorgane. Wenn dies für das ganze Recht vertreten werden könnte, ist es im Strafrecht allgemeine Ansicht geworden, daß es eine notwendige Voraussetzung darstellte. So hat es nicht lange gedauert, bis

¹) S.E. Papaioannou, Der Staatsanwalt, S. 12.

sich das Bewußtsein bildete, daß das Zusammentreffen der Eigenschaften des Richters und des Anklägers in einer Person - Status quo im Mittelalter - die Sache der Justiz nicht nur nicht förderte, sondern eine veraltete Institution und eine Bedrohung der Sicherheitsfunktion des Rechts und infolgedessen eine Gefahr für die Freiheit der Bürger darstellte. Diese Feststellung hat allmählich zur Aufgabe des Inquisitionsprozesses im Strafverfahren und zur Einführung des Akkusationsprozesses geführt².

Es ist kein Zufall, glaube ich, daß der «Akkusationsprozeß» sich in der Zeit der Aufklärung endgültig durchgesetzt hat. Es ist allen bekannt, daß nicht nur die verschiedenen Gewalten von der gleichen Person nicht ausgeübt werden sollen, sondern es ist im Gegenteil geboten, daß die eine Gewalt die andere beschränkt. Ohne eine klare³ Gewaltenteilung, die bekanntlich auf Aristoteles zurückzuführen ist, lauert immer die Gefahr der Tyrannei.

Die Tendenz der Gewaltentrennung wurde auch auf Teilfunktionen der gleichen Gewalt erstreckt. Der Grundsatz von Montesquieu: «Daß es keine Freiheit gibt, solange die rechtsprechende Gewalt von der gesetzgebenden und der exekutiven nicht getrennt ist, hat zur Bildung eines Grundsatzes in Bezug auf den inneren Aufbau der Justizorgane geführt, nämlich, daß die Zuständigkeit der gleichen Person für die Anklage und gleichzeitig für die Entscheidung über die Anklage eine Gefahr für die persönliche Freiheit und die Würde

Das ist selbstverständlich, da die Vermischung der Funktionen des Richters und des Staatsanwalts aus der Natur der Sache und der menschlichen psychologischen Schwäche der Voreingenommenheit zu Mißbräuchen bezüglich der Rechte des Angeklagten führt. Die historische strafrechtliche Wirklichkeit der Vergangenheit bringt für diesen Punkt einen unwiderlegbaren Beweis⁴.

So ist die moderne Institution des Staatsanwalts in die Welt gekommen, die in Kombination mit der Öffentlichkeit der Anklage zur Liberalisierung des Strafverfahrens geführt hat, obwohl die Tatsache, daß die gleiche alte Terminologie für sie benutzt wird,

2.) S. Zissiadis, Strafprozeßordnung, Band A 1976, S. 55, Voujoukas, Strafprozeßrecht, 1975, S. 25 f, Stamatis, Die Institution des Staatsanwalts, ihre Entstehung und funktionelle Zuständigkeit, Strafrechtliche Chronik 1980, s. 609 ff. Eb. Schmidhäuser, Einführung in das Strafrecht, S. 245, T. Kleinknecht, Strafprozeßordnung, 34. Aufl, S. 463.

3.) «Das sind die drei Teile aller Staaten. Der eine der über die kommunale Sachen entscheidet, der zweite, der regiert und der dritte, der das Recht spricht» (Politisches, D. X.I.)

4.) S.H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 3. Aufl., S. 73, Androulakis, Strafrecht, Allgemeiner Teil, S. 43 ff., K. Konstantinidis, Erscheinungsformen usw., S. 13.

die auch benutzt wurde, als der Staatsanwalt Vertreter des Monarchs war, heute noch Anlaß zu vielen Mißverständnissen gibt⁵.

Doch hat es keine Argumentation geschafft, die Nützlichkeit der Institution abzuschwächen. So wurde gleichzeitig mit dem Richter, der unabhängig von der gesetzgebenden und exekutiven Gewalt war, fast überall und gleichförmig die Institution des Staatsanwalts als Organ der dritten Funktion, also der Rechtsprechung, eingeführt. Diese Institution wurde charakterisiert durch ihre Unabhängigkeit, nicht nur von den übrigen Gewalten, sondern auch vom Richter selbst. Der Staatsanwalt nimmt die Aufgabe wahr, dem Richter beim Finden einer gerechten Entscheidung beizustehen - unabhängig davon, ob sie den Täter freispricht oder verurteilt - und ist somit Wächter des Gesetzes gegen jede willkürliche richterliche Beurteilung und jeden willkürlichen polizeilichen Eingriff⁶.

Wenn die Möglichkeit einer einseitigen und falschen Tatsachenbeurteilung für den Richter nicht ausgeschlossen ist, ist diese Gefahr für den Staatsanwalt noch größer, da es möglich ist, daß er mit der Erhebung der öffentlichen Klage das Erlassen einer verurteilenden Entscheidung mit der richtigen Erfüllung seiner Pflichten identifiziert⁷. So kann man sagen, daß der Staatsanwalt auf der einen Seite oder auf dem rechten Ufer des Flusses steht.

Denjenigen, die sich mit der strafrechtlichen Praxis befassen, ist es bekannt, daß es ohne Zweifel seltsame Fälle gibt, die zu absolut entgegengesetzten Schlüssen, je nach Betrachtungswinkel, führen. Einerseits wird das positive Recht selbst, weil es nicht immer streng aufgeklärte Begriffe und Werte hat, verschieden und oft in anfechtbarer Weise ausgelegt, und andererseits geben die Tatsachen Anlaß zu verschiedenen Zweifeln. Aufgrund dieser Schwierigkeiten hat die Idee der Gerechtigkeit den Schutz und die Bewachung der Rechte der anderen Seite durchgeführt. Es wäre schwer, wenn nicht unmöglich, für den Angeklagten allein und hilflos, ohne juristischen Beistand der allmächtigen Anklage entgegenzutreten. Ich glaube also auch, daß hier die historische, moralische und juristische Rechtfertigung der Existenz der Institution der Verteidigung liegt⁸.

5.) S. Stamatis, w.o.a., S. 613.

6.) S. K. Gössel, Strafverfahrensrecht, 1977, A, S. 39, Stamatis, w.o.a., S. 620, Kaninias, Der Zweck des Plädoyers des Staatsanwalts, Strafrechtliche Chronik, 1964, S. 618 ff.

7.) S. Philippidis, Handbuch der richterlichen Psychologie, Band A, 1979, S. 160 ff.

8.) S. Mangakis, Das moralische Problem der Verteidigung, Strafrechtliche Chronik 1965, S. 257 ff.

Ich kann der Versuchung nicht widerstehen an diesem Punkt das zu wiederholen, was in alten Memoiren für die Rechtsanwälte von Paris erwähnt wird: «In der Gesellschaft darf kein schwacher Mensch ohne Schutz existieren. Es darf kein zurückgedrängtes Recht oder verletzte Freiheit geben. die einen Rechtsanwalt nicht zur Hilfe rufen kann. Andererseits soll ein Rechtsanwalt immer bereit sein, mit all seiner Kraft die Verteidigung des verfolgten Bürgers zu übernehmen.» So steht der Verteidiger auf der anderen Seite oder auf dem linken Ufer des Flusses.

Zwischen den beiden Ufern fließt und formt sich frei das Gewissen des Richters. Unabhängig von jeder Gewalt und von der Gesellschaft beauftragt, die letzte und entscheidende Rolle in der Sache der Rechtsprechung zu haben, entscheidet er über das Recht oder das Unrecht, die Unschuld oder Schuld des Angeklagten.

So wie man richtig sagt⁹, wird der Strafprozess auf geistiger Ebene durch eine Kombination dreier Organe durchgeführt, die mit Rollen von verschiedenem geistigen Inhalt beauftragt worden sind, und nur ihre Kombination macht moralisch die Rechtsprechung möglich.

Die gewöhnlichen Bezeichnungen für den Strafprozeß sind, daß er einen Kampf, einen Zusammenstoß, einen Zweikampf zwischen der Anklage und der Verteidigung darstellt¹⁰. In der Regel treffen diese Bezeichnungen zu. Diejenigen, die meinen, daß der Strafprozeß eine dreiseitige Allianz mit dem gemeinsamen Zweck der Findung der objektiven Wahrheit ist, fürchte ich, befinden sich weit entfernt von der Wirklichkeit und sie müssen sich daran anpassen¹¹.

Der Wahrheitsbegriff, abgesehen davon, daß er als etwas offensichtliches erscheint, ist immer ein relativer Begriff. Jeder bewertet und faßt ihn von seinem Blickwinkel auf. Und da für die Rechtsprechung Wahrheit nur ist, was bewiesen werden kann, entwickelt sich der Strafprozeß zwangsläufig in einem Zusammenstoß, in einem Kampf zwischen der Anklage und der Verteidigung, da jede Seite sich einsetzt, den Richter von ihrer Auffassung, von ihrer Wahrheit zu überzeugen. Vorbereitung also für den Kampf: die Voruntersuchung, Eröffnung der Kampfhandlungen: die Hauptverhandlung und das letzte Stadium, das Stadium des Plädoyers: der Nahkampf.

Bei diesem Zusammenstoß, aus welchem der Funke der

9.) S. Mangakis w.o.a., S. 265.

10.) S. Mangakis, w.o.a., S. 265, A. Tsaikalas, Ein Rechtsanwalt beichtet. S. 213 ff.

11.) S. auch Philippidis, w.o.a., S. 159 ff.

Gerechtigkeit herauskommt, soll der Grundsatz der Waffengleichheit herrschen. Wenn dieser Grundsatz herrscht, kann man hoffen, daß die Gerechtigkeitswaage zur Seite des «richtigen und gerechten» neigt, wenn nicht, besteht die Gefahr, daß die Waage zur Seite des Mächtigsten neigt. Wenn mehr Waffen für die Verteidigung Unterstützung der Immunität bedeutet, dann bedeutet allmächtige Anklage Willkür- und Unterdrückungsgefahr.

Ist es aber möglich, über den Ausgleich von verschiedenartigen Kräften zu sprechen? Das Problem liegt also hier darin, ob der «Grundsatz der Waffengleichheit» beim kontinentalen europäischen Strafprozeßrecht im Rahmen des «Akkusationsprozesses» denkbar ist, in Anbetracht der verschiedenen Prozeßrollen, die der Gesetzgeber dem Staatsanwalt und der Verteidigung vorgeschrieben hat. Die Antwort ist bejahend in dem Sinn, daß der «Grundsatz der Waffengleichheit» das Nichtaufheben des Gleichgewichts bedeutet, das zwischen den Rechten des Angeklagten und des Staatsanwalts beim Verlauf eines Straffalles herrscht¹².

Trotz der Einwände, die man bei manchen Regelungen der griechischen Strafprozeßordnung haben könnte, wäre es schwer, seine liberale und demokratische Struktur in Frage zu stellen. Als liberales Gesetz konnte es unmöglich vom «Grundsatz der Waffengleichheit» absehen. Dieser Grundsatz geht deutlich aus den jeweiligen Vorschriften und dem Geist der ganzen Ordnung hervor, obwohl er nicht als selbstständige, ausdrückliche Vorschrift eingeführt worden ist¹³.

Bei den Straffällen steht der psychologische Faktor in der Regel auf der Seite der Anklage. Die amtliche Funktion des Staatsanwalts selbst, der immer die Wahrheit und die Durchsetzung

12.) S. Stamatīs, w.o.a., S. 620

13.) Artikel der GrStPO: 16 (sowohl der Staatsanwalt wie auch der Angeklagte haben das Recht, die Ausschließung eines oder mehrerer Richter vorzuschlagen), 96-108 (Rechte der Prozeßparteien), 183-208 (Sachverständiger und technischer Berater), 207 (Die Untersuchung wird erst mit der Verteidigung des Angeklagten beendet, es sei denn, daß keine triftigen Indizien gegen ihn vorliegen, dann kann die Untersuchung auch mit einfacher Ladung zur Verteidigung beendet werden) 275-288 (Voraussetzungen für die Festnahme und die vorläufige Festnahme-s. auch Gesetz 1128/81-E. Zikopoulos, Ergänzung der Strafprozeßordnung), 310 (der Gerichtsrat entscheidet, daß keine öffentliche Klage erhoben werden kann, wenn keine triftigen Indizien vorliegen usw.), 326 (Mitteilung der Zeugen), 327 (zu ladenden Zeugen) 329 (der Öffentlichkeitsgrundsatz) 333-334 (generelle Leitung der Verhandlung, Zurückrufen zur Ordnung) 340-341 (Erscheinen des Angeklagten-Antrag auf Aufhebung des Verfahrens), 462 ff. (Rechtsmittel), 525-526 (Wiederaufnahme des Verfahrens) und andere Vorschriften.

der Gerechtigkeit dienen soll¹⁴, befreit ihn von jedem Verdacht der Parteilichkeit. Mit dem Staat und der öffentlichen Meinung als Alliierte, die die Verfolgung und Bestrafung des Verbrechers beanspruchen, ist er der moralischen Unterstützung der Gesellschaft sicher. Aus dieser Sicht ist die Anklage allmächtig. Deutlich schwach erscheint die Verteidigung, die gegen die schwerbewaffnete Anklage kämpfen soll, auch gegen die Gesellschaft selbst, die mehrmals voreilig ihr Urteil «in Abwesenheit» der Justiz fällt. Die einseitige Funktion der Verteidigung wird, auch wenn sie zur Wahrheitsfindung beiträgt, nicht selten gegen sie ausgespielt, falls sie zu einem Freispruch oder zu einer milderen Bestrafung führt.

Der Satz «er verteidigt sich, er sagt alles, was er möchte» wird über den Staatsanwalt nicht gesagt, oder zumindest habe ich ihn nicht ausgesprochen gehört.

Die Stellung der Verteidigung ist also gegenüber der Anklage deutlich schwach. Infolgedessen hat der Sinn «des Grundsatzes der Waffengleichheit» die Anerkennung von Institutionen zum Schutz der schwachen Seite erforderlich gemacht. Somit trägt nach dem Gesetz die Beweislast nur die Anklage,¹⁵ und was für die Verteidigung noch wichtiger ist, Zweifel gehen zugunsten des Angeklagten.¹⁶ Außerdem, da der Strafprozeß einen eigenartigen Kampf darstellt, gibt es immer Hoffnung für die Verteidigung, daß sie die Anklagebehörde überzeugt und auf ihre Seite zieht, ein Phänomen, welches heute nicht so selten ist.

Die Mittel, über die die Anklagebehörde verfügt, damit sie ihren Zweck erfüllt, sind reichlich in allen Stadien eines Straffalles. Beim Ermittlungsverfahren hat der Staatsanwalt zur Überwachung der Ermittlungen¹⁷ die Möglichkeit, unmittelbare Einsicht in die Prozeßakten zu bekommen, und infolgedessen alle Bequemlichkeit, sich über alle Angaben zu informieren. Diese Mühelosigkeit in Kombination mit der Pflicht des Untersuchungsrichters, die Anordnungen des Staatsanwalts durchzuführen, da er nur Einwände gegen die Legitimität und nicht gegen die Zweckmäßigkeit der Untersuchung erheben darf,¹⁸ stellt die Manövrierfähigkeit der Anklagebehörde bei der Untersuchung des entsprechenden Falles jedes Mal sicher.

14.) S. Kaninias, w.o.a., S 618.

15.) S. anstatt vieler anderen Zissiadis, Strafprozeßordnung. 3. Aufl., Band II, S. 14 ff.

16.) S. Chorafas, Strafrecht, 9. Aufl., S. 33.

17.) Der Staatsanwalt beim Oberlandesgericht (Art. 35 GrStPO) und der Staatsanwalt beim Landesgericht (Art 243 ff GrStPO)

18.) Art. 247 GrStPO.

Der Sinn «der Waffengleichheit» hat aber nicht etwa auch hier der Anklagebehörde den Vorrang gegeben. Der staatliche Schutz und die Bewahrung des Rechts des Angeklagten, sich für sein Recht einzusetzen und für seine Interessen zu kämpfen, stellt nicht nur eine grundsätzliche Regel moralischer Ordnung dar, sondern wird auch von der Gerechtigkeitsidee geboten, denn nur auf diese Weise wird die möglichst objektive Erforschung der Wahrheit sichergestellt. So hat der Gesetzgeber auch der anderen Seite, dem Angeklagten nämlich, die Möglichkeit gegeben, den Verlauf des Ermittlungsverfahrens selbst oder mit seinem Anwalt zu verfolgen, die Mittel seiner Verteidigung vorzuschlagen,¹⁹ den Eingriff des Gerichtsrates bei einer Meinungsverschiedenheit mit dem Staatsanwalt zu erzwingen²⁰ und schließlich sich über alle Angaben der Akten zu informieren, bevor er sich verteidigt.²¹

Nach Beendigung des Ermittlungsverfahrens bewertet der Staatsanwalt das gesammelte Material. Wenn die vorliegenden Indizien triftig sind, wird das Hauptverfahren eröffnet. Die Eröffnung findet durch unmittelbare Ladung zur Hauptverhandlung statt, wenn es sich um ein Vergehen handelt und wird vom Staatsanwalt beim Landgericht ausgesprochen,²² es sei denn, daß sie Personen betrifft, die einer besonderen Gerichtsbarkeit unterliegen,²³ denn dann ist der Staatsanwalt beim Oberlandesgericht zuständig. Durch unmittelbare Ladung findet die Eröffnung auch bei manchen Verbrechen statt, aber nur bei Übereinstimmung des Vorsitzenden und des Staatsanwalts beim Oberlandesgericht.²⁴ Lediglich für andere Verbrechen wird die Eröffnung der Hauptverhandlung vom Landesgerichtsrat nach Vorschlag des Staatsanwalts entschieden²⁵.

Bei diesem transitorischen Stadium, vom Ermittlungsverfahren zum Verfahren der Hauptverhandlung, könnte man sagen, daß «der Grundsatz der Waffengleichheit» nicht immer funktioniert. Die Möglichkeiten des Angeklagten, die Richtigkeit der Eröffnung der Hauptverhandlung in Frage zu stellen, sind manchmal nicht existierend und manchmal gering. Tatsächlich verfügt die Verteidigung über kein prozessuales Mittel, sich gegen die

19.) Art. 327 && 2. 3 GrStPO.

20.) Art. 307 Fall 3 GrStPO.

21.) Art. 101 GrStPO.

22.) Art. 101 GrStPO.

23.) Art. 111 & 7 wie es mit Art. 7 des Gesetzes 1272/82 umgebildet wurde.

24.) Art. 20-21 des Gesetzes 663/1977.

25.) Art. 308 & 1 GrStPO.

unmittelbare Ladung des Angeklagten vor der Einzelrichterstrafkammer oder vor dem Polizeigericht zu wehren. Das gleiche gilt auch in den Fällen, in denen der Angeklagte mit einstimmiger Meinung des Vorsitzenden und des Staatsanwalts beim Oberlandesgericht zum Fünfmittglieder-Oberlandesgericht für manche Verbrechen verwiesen wird²⁶.

Hier könnte man vielleicht sagen, daß die Entziehung der prozessualen Waffen, mit denen sich der Angeklagte gegen seine Verweisung wehren kann, gerechtfertigt wäre, wenn diese Entziehung von zwei erfahrenen Gerichtspersonen unterstützt wird.²⁷ Im Gegensatz dazu darf der Angeklagte beim Staatsanwalt des Oberlandesgerichts Beschwerde einlegen, wenn er mit unmittelbarer Ladung zur Hauptverhandlung vor der Dreirichter-Strafkammer verwiesen wird. Diese Möglichkeit stellt aber, wie ich glaube, keinen zufriedenstellenden Ausdruck des Grundsatzes «der Waffengleichheit» dar. Obwohl die Beschwerde nicht vom Träger der Staatsanwaltschaft entschieden wird, der die öffentliche Klage erhoben und die Prozeßakten mitgestaltet hat, sondern von hierarchisch höheren Amtsträger, gehört er trotzdem auch zur gleichen Kategorie. Die Lage ist günstiger, für die Personen, die der besonderen Gerichtsbarkeit unterliegen. Wenn eine solche Person gegen seine unmittelbare Ladung zur Hauptverhandlung Beschwerde einlegt, wird sie vom Oberlandesgerichtsrat entschieden²⁸.

Schließlich da, wo die Verweisung zur Hauptverhandlung aus einer richterlichen Entscheidung resultiert, also vom Gerichtsrat entschieden wird, kann sich der Angeklagte dagegen mit den Rechtsmitteln wehren, die ihm die Strafprozeßordnung zur Verfügung stellt. Hier muß aber bemerkt werden, daß nicht jeder Beschluß auf Eröffnung des Hauptverfahrens mit Rechtsmitteln angefochten werden kann, sondern nur diejenigen, die die Eröffnung des Hauptverfahrens für eine Straftat vorsehen, die mit Gefängnisstrafe von zumindest einem Jahr bedroht wird.²⁹

Bei der Hauptverhandlung nehmen die zwei Gegenseiten ihre Plätze. Auf der Richterbank neben den Richtern sitzt der

26.) So in Fällen von Verbrechen wie Waldbrandstiftungen (Art. 264, 265 GrStGB) des Artikels 13G. 495/1976. «Über Waffen, Explosivstoffe usw.», der Artikel 3-4 der Verordnung 743/1970 «Über Rauschgift» usw.

27.) Art. 322 GrStPO außer bei Vergehen, die durch die Presse begangen werden (Art. 46. & 2 des Notgesetzes 5060/1931, «Über die Presse»).

28.) S. Entscheidung des Arios Pagos 368/1962. Strafrechtliche Chronik 1963, S. 90.

29.) Art. 478 & 1 GrStPO (Berufung) Das Rechtsmittel der Person darf der Angeklagte einlegen, nur wenn das Hauptverfahren für ein Verbrechen eröffnet wird (Art. 482 & 1 A Fall a, GrStPO).

Staatsanwalt; an seiner eigenen Bank, aber auf etwas niedriger Ebene, sitzt der Verteidiger. Die Position dieser beiden Organe betont die unterschiedliche prozessuale Rolle, die jedes von ihnen hat. Der erste ist der objektive Urteiler, während der zweite als Verteidiger der Interessen seines Mandanten auftritt. Das Ergebnis ist deutlich: die Eindrücke neigen zur Seite der Anklage. In jedem Straffall ist die heiligste Person weder der Richter noch der Vertreter der öffentlichen Klage, sondern der Angeklagte selbst. Zwischen den Richtern und den Zuhörern ist seine Lage tragisch. In der Regel sind seine Urteiler ernst und ausdruckslos und können ihm mit einem Wort für den Menschen unschätzbare Güter entziehen. Die Zuhörer sind manchmal ihrerseits hart und unbarmherzig, und es ist nicht ausgeschlossen, daß sie ihn verachten und verhöhnen. Natürlich wird er die Folgen seiner Tat tragen müssen. Es ist aber gar nicht ausgeschlossen, daß er auch die Folgen einer falschen oder besonders strengen richterlichen Beurteilung tragen muß.

Der Sinn «der Waffengleichheit» gewährt dem Angeklagten Garantien für Objektivität und Unparteilichkeit. So hat der Angeklagte nach dem Gesetz das Recht, auch bei der Hauptverhandlung, vor der Eröffnung des Beweisverfahrens,³⁰ Zeugen vorzuschlagen, während seine Ankläger verpflichtet sind, ihm eine Zeugenliste mitzuteilen³¹. Auch das Recht des Angeklagten, als letzter Fragen zu stellen und als letzter sich zu verteidigen, sowie auch das Recht seines Verteidigers, als letzter zu plädieren und zu erwidern, wenn der Staatsanwalt das gleiche macht, stellen in irgendeiner Weise das Gegengift zur günstigeren Stellung der Anklage dar. Der Sinn «der Waffengleichheit» beherrscht außerdem die Direktionsgewalt, über die der Vorsitzende des Gerichts im Verlauf der Verhandlung verfügt. Tatsächlich ist er derjenige, der allen Faktoren des Prozesses die Erlaubnis gibt, Fragen und Anträge zu stellen, Erklärungen abzugeben und Beschwerde in jedem Punkt, der den Fall betrifft, einzulegen. Schließlich hat der Vorsitzende das Recht, die Prozeßparteien und den Staatsanwalt zu unterbrechen, wenn sie nicht beim Thema bleiben, die Verteidiger zur Ordnung zurückzurufen, wenn sie unanständige Ausdrücke benutzen, oder persönliche Angriffe führen und dem Staatsanwalt auf das Unangebrachte eines ähnlichen Verhaltens hinzuweisen³².

30.) Wie es aus den Vorschriften von Art. 326 & 1 und 333 & 2 GrStPO hervorgeht, S. Zissiadis, w.o.a., S. 58 ff.

31.) Art. 326 & 1 GrStPO.

32.) Art. 333-334 GrStPO.

Vom Ausgleich der Kräfte kann auch nach dem Freispruch oder der Verurteilung des Angeklagten die Rede sein. Nach dem Gesetz haben beide Seiten die prozessualen Waffen dazu, die fast gleichwertig sind und sich sogar auf die Zeit nach der Rechtskraft des entsprechenden Urteils ausdehnen, durch die Institution der Wiederaufnahme des Verfahrens³³.

Aus der Behandlung des Themas ist es offensichtlich geworden, wie ich glaube, daß trotz der manchen Risse, die sich beim Grundsatz «der Waffengleichheit» bemerkbar machen und die auf die Unzahl der Straffälle³⁴ und den Wunsch nach einer schnellen Funktion der Rechtsprechung der Strafgerichte zurückzuführen ist, der Gesetzgeber das Problem im Grunde richtig aufgefaßt und geregelt hat.

Die Verantwortung trägt jetzt derjenige, der das Gesetz anwenden soll. Wenn er sich den Sinn «der Waffengleichheit» zu Bewußtsein bringt, dann wird dieser Grundsatz zugunsten der Rechtsprechung funktionieren. Es ist schon am Anfang gesagt worden, daß die guten Gesetze gute Gerichtspersonen brauchen, damit sie ihren Zweck erfüllen.

33.) Art. 525-526 GrStPO.

34.) S. Philippidis, Volkserhebung, S. 41, Manoledakis, Stadt und Kriminalität, Allgemeine Anregungen zum zehnten Kongreß der sozialen Verteidigung in Thessaloniki (28-9 bis 2-10-1981) S. 49 ff., K. Konstantinidis, Erscheinungsformen usw., S. 43.

Strafverteidigung und
rechtliches Gehör
- Verfassungsrechtliche Bemerkungen
zum strafprozessualen
Beweisantragsrecht -

1. Daß zwischen dem Recht, sich gegen den Vorwurf, eine Straftat begangen zu haben einerseits und dem in Art. 103 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf rechtliches Gehör ein Zusammenhang besteht¹, wird deutlich, wenn man sich vor Augen hält, daß das rechtliche Gehör – wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 9. Juli 1980² ausgesprochen hat – nicht nur der Abklärung der tatsächlichen Grundlagen einer gerichtlichen Entscheidung dient, sondern darüber hinaus auch der Achtung der Würde des Menschen, die es gebietet, ihm in einer derart schwierigen Lage wie es ein (Straf-)

1). Zur Funktion der Strafverteidigung: LÜDERSEN, Frankfurter Hefte 1981, S. 49 ff.

2). BVerfGE 55, 1 (5f); auch: RIESS, RJA-FS 1977, 373 ff (383–414).

prozeß darstellt, die Möglichkeit zu geben, sich mit rechtlichen und tatsächlichen Argumenten zu behaupten. Welch überragende Bedeutung dem Anspruch auf rechtliches Gehör im Gesamtzusammenhang rechtsstaatlicher Gerichtsverfahren beigemessen wird, mag der Umstand erhellen, daß nach neueren Untersuchungen^{2a} etwa 75% aller derzeit beim Bundesverfassungsgericht eingehenden Verfassungsbeschwerden – neben der Verletzung sonstigen Verfassungsrechts auch – die Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG rügen.

Die hier deutlich zutage tretende Einschätzung des «prozessualen Grundrechts» auf Gehör wird nicht dadurch gemindert, daß die Zahl der Beschwerden, bei denen diese Rüge Erfolg hat, doch relativ gering ist. Angesichts der Tatsache, daß die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Verfahrensordnungen in einer Vielzahl von Vorschriften ein Äußerungsrecht der jeweiligen Verfahrensbeteiligten vorsahen³, erscheint es gerechtfertigt, die Frage aufzuwerfen, was den parlamentarischen Rat bewogen haben mag, den auch im Strafprozeß der Sache nach nicht neuen Grundsatz des rechtlichen Gehörs⁴ in den Rang einer Verfassungsnorm zu erheben und welche Folgerungen aus diesem Rang für Stellenwert und Reichweite des Anspruchs zu ziehen sind. In den nachfolgenden Ausführungen möchte ich dieser Frage anhand des Referentenentwurfs für ein Strafverfahrensänderungsgesetz 1983 – im folgenden: RE bzw. StVÄG-RE – nachgehen, mich allerdings wegen der Begrenztheit der zur Verfügung stehenden Zeit auf den Zusammenhang zwischen rechtlichem Gehör einerseits und Beweisantragsrecht andererseits beschränken.

2. Um den Referentenentwurf zum Strafverfahrensänderungsgesetz zutreffend einschätzen zu können, dürfte es angebracht sein, sich seine Vorgeschichte ins Gedächtnis zurückzurufen: Im Oktober 1981 beschlossen die Justizminister und – senatoren des Bundes und der Länder auf ihrer 52. Konferenz in Celle einen umfangreichen Katalog von Maßnahmen u. a. zur Entlastung der Staatsanwaltschaften und der Strafgerichte⁵; Schwerpunkte der ins Auge gefaßten Änderungen der Strafprozeßordnung waren einmal die «Auflockerung» des Gebotes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme für das amtsgerichtliche Verfahren^{6 7}, zum

2a). HÜBSCH, DRiZ 80, 140 ff.

3). Hierzu ausführlicher: RÜPING, Hinrich, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, Berlin 1976, S. 48 f., 82 ff.

4). RÜPING, Hinrich, op. cit., S. 13–84.

5). Ausführlich dokumentiert in: StrafVert 82, 325 ff.

6). StrafVert 82, 325 Ziff. I. 1.

7). Nach BVerfGE 1, 418 (429); 57, 250 (257 ff.) ist das Prinzip der Unmittelbarkeit

zweiten umfangreiche Einschränkungen des Antragsbegründungs-, Frage- und Erklärungsrechts (§§ 238 Abs. 1, 241, 257 StPO)⁸ und schließlich sollte – so jedenfalls ein Vorschlag der Bundesländer Bayern und Berlin⁹, die in diesem Zusammenhang auf den OWiG-RE aus dem Jahre 1980¹⁰ zurückgreifen konnten – das Beweisantragsrecht des Angeklagten zu seinen Lasten verkürzt werden: die Möglichkeit, Beweisanträge wegen Verschleppungsabsicht zurückzuweisen, sollte ebenso erweitert werden, wie die Möglichkeit eröffnet werden sollte, nach dem Vorbild der §§ 296, 528 ZPO, Beweisanträge wegen Verspätung zurückzuweisen zu können.

Ausdrücklich erklärtes Ziel dieser in Anwaltskreisen als «Horrorliste» bezeichneten Reformvorschläge¹¹ war es, die Arbeitsbelastung von Staatsanwaltschaften und Strafgerichten¹² zu reduzieren^{12a}. «um wenigstens noch ein Mindestmaß an Rechtsschutz in strafrechtlichen Verfahren zu gewährleisten»¹³. Ausgangspunkt der Überlegungen war dabei der Umstand, daß der für das quantitative Verhältnis von Verfahrensneueingang und Verfahrenserledigung wesentliche Parameter, die personelle Ausstattung der Strafgerichtsbarkeit nämlich, angesichts der finanziellen Lage der öffentlichen Hand nicht entscheidend nach oben hin verändert werden konnte¹⁴, so daß der Gesamtaufwand der Strafrechtspflege nur in der Weise reduzierbar schien, daß der in Mannstunden zu messende Zeitaufwand für das einzelne Verfahren verringert wurde.

Unterzieht man diese Argumentation von der «zeitökonomischen Seite» her einer Kritik, so ergibt sich zunächst einmal, daß

der Beweisaufnahme nicht durch Art. 103 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantiert.

8). StrafVert 82, 325 (330, Ziff. 10).

9). StrafVert 82, 325 (331, Ziff. 11).

10) §§ 77, 77a OWiG-RE.

11). Zur Kritik der Reformvorschläge '82 aus der Anwaltschaft siehe: StrafVert 82, 301 ff., 392 ff. Der deutsche Richterbund hingegen äußerte sich – bezeichnenderweise – einhellig positiv; vgl.: Referate und Protokolle der Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes vom 3.–7. 5. 1982; Presseerklärung Nr. 4 des Deutschen Richterbundes.

12). Hierzu ausführlicher: RIESS, DRiZ 82, 201 ff.; COEPPICUS, DRiZ 82, 366 ff.; GÖHLER, DRiZ 83, 105, ff.

12a). Dazu schon: GÖSSEL, GA 1979, 241 ff.

13). Dazu ausführlicher: BÖTTCHER, DRiZ 83, 127 ff.

14). In diesem Zusammenhang spricht WERLE (ZRP 83, 197) zutreffend von einer Strafverfahrensreform unter dem «Diktat leerer Kassen».

die Ursachen für die Dauer von Strafprozessen und die mit ihnen verbundene Arbeitsbeanspruchung des richterlichen und nichtrichterlichen Justizpersonals weitgehend unbekannt sind; es gibt – von einer Ausnahme¹⁵ abgesehen – keine Rechtstatsachenforschung zur zeitlichen Ökonomie des Strafprozesses¹⁶. Infolgedessen läßt sich die Annahme, die Arbeitsbelastung der Strafgerichtsbarkeit resultiere in erster Linie aus einer ausufernden und ihrer Funktion nicht angemessenen Inanspruchnahme von Rechten durch den Beschuldigten / Angeklagten bzw. seinen Verteidiger keinesfalls mit Argumenten untermauern, die dem Anspruch von Wissenschaftlichkeit genügen würden¹⁷; derartigen Argumenten kommt allenfalls der Status «intuitiver Alltagserfahrung» zu¹⁸, was sich ganz deutlich daran zeigt, daß das Verhältnis der Hauptziele der Strafprozeßreform seit 1970 – Beschleunigung, Straffung und Vereinfachung des Verfahrens, Abwehr des Mißbrauchs verfahrensmäßiger Institutionen, Sicherung der Funktionsfähigkeit des Verfahrens usw.¹⁹ – zueinander weitgehend ungeklärt ist²⁰.

3. Stehen nach alledem die Reformvorschläge der Justizministerkonferenz schon wegen ihrer fehlenden rechtstatsächlichen Untermauerung auf schwachen Füßen, so begegnen darüber hinaus insbesondere die Vorschläge der Bundesländer Bayern und Berlin zur «Ökonomisierung des Beweisantragsrechts» auch

15). RIESS, in: SARSTEDT-FS 1981, S. 253 (284 ff.).

16). Für den Zivilprozeß siehe: BAUMGÄRTEL-MES, Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (1. Instanz), 2. Aufl., 1972; BAUMGÄRTEL-HOHMANN, Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (2. Instanz) 1972; BLANKENBURG-MORASCH-WOLF, Tatsachen zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit Band 1 und 2, 1974; STEINBACH-KNIFFKA, Strukturen des amtsgerichtlichen Zivilprozesses, 1982.

Zum Verwaltungsprozeß: UHLE, Rechtstatsachen zur Dauer des Verwaltungsprozesses, 1977.

Zum sozialgerichtlichen Verfahren: ROHWER-KAHLMANN, Rechtstatsachen zur Dauer des sozialgerichtlichen Verfahrens, 1979.

17). Wegen der strukturellen Unterschiede zwischen Zivil-Verwaltungs- und Soziagerichtsverfahren auf der einen und dem strafgerichtlichen Verfahren auf der anderen Seite verbietet sich die unbesehene Übertragung der Ergebnisse der in Fußnote 16 vorgestellten Rechtstatsachenforschung.

18). Zu diesen beiden Formen diskursiven Argumentierens insbesondere in juristischen Zusammenhängen: OPP, Soziologie im Recht, 1973, S. 3 ff.

19). VOGEL, NJW 78, 1217 ff.; WERLE, ZRP 83, 197.

20) Zur Bedeutung einer sorgfältigen Zielanalyse als Voraussetzung einer rationalen Entscheidung bei multipler Zielsetzung: WALKER, ZgesStW 126 (1968), 193 ff.; vgl. auch: OBERNDÖRFER-SCHMITZ, in: Projektgruppe Regierungs- und Verwaltungsreform beim Bundesminister des Inneren, 1. Bericht zur Reform der Struktur von Bundesregierung und Bundesverwaltung – Anlagenband 1968, S. 437 ff.

erheblichen rechtlichen Bedenken, die sämtlich daraus resultieren, daß die Realisierung dieser Vorschläge die Struktur des Strafverfahrens erheblich verändern würde; insbesondere die vorgeschlagene Präklusion von Beweisanträgen – die über §§ 77, 77a OWiG-RE hinaus in § 24 der «Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege-Vereinfachungsverordnung» vom 1. September 1939» (RCBII 1658) ein Vorbild zweifelhafter Dignität haben²¹ – würde dem Gericht die Möglichkeit geben, in nicht absehbarem Ausmaß in die Verteidigungsstrategie einzugreifen²².

Allerdings fragt sich, ob im Strafprozeß das Beweisantragsrecht des Beschuldigten/Angeklagten überhaupt eine gegenüber der sich aus § 244 Abs. 2 StPO ergebenden Pflicht zur amtswegigen Ermittlung des «wahren Tatgeschehens» eigenständige Bedeutung hat. Immerhin ließe sich nämlich argumentieren, das Beweisantragsrecht sei überflüssig, weil eine beantragte Beweiserhebung entweder nur neben dem Prozeßthema liegen könne oder aber bereits von der Pflicht zur amtswegigen Ermittlung umfaßt werde, so daß zwischen dem sich aus der Amtsaufklärungspflicht einerseits und dem sich aus dem Beweisantragsrecht andererseits ergebenden Beweiserhebungsanspruch des Beschuldigten/Angeklagten kein Unterschied hinsichtlich der sachlichen Reichweite ergeben könne²³; das Beweisantragsrecht verschaffe dem Beschuldigten/Angeklagten nicht mehr Einflußmöglichkeiten auf den Gang des Verfahrens als die Amtsaufklärungspflicht²⁴. Selbst wenn man sich diese «Identitätstheorie» bezüglich der

21). Zur Strafverteidigung im 3. Reich: OSTENDORF, StrafVert 83, 120 (122 m.w.N).

22). Die ebenfalls vorgeschlagene Versubjektivierung des Ablehnungsgrundes der Verschleppungsabsicht würde demgegenüber lediglich die revisionsgerichtliche Überprüfung einer aus diesem Grunde erfolgten Ablehnung eines Beweisantrages insofern einschränken, als das Revisionsgericht nicht mehr seine Wertung der vom Tatrichter festgestellten Umstände an die Stelle der tatrichterlichen Würdigung setzen dürfte, sondern darauf beschränkt wäre zu prüfen, ob der Tatrichter seine Überzeugung auf rechtlich einwandfreie Art und Weise und aufgrund rechtlich einwandfrei festgestellter Tatsachen gewonnen hat.

Zur Verschleppungsabsicht neuestens: DÜNNEBIER, NStZ 83, 91 ff.; MEYER, JR 83, 91 ff.

23). So vor allem: BELING, JW 25, 2782 (2784); 28, 298; DJZ 31, 843; ZStW 38, 612 (621); MAYER GerS 104, 302, (330).

24). Eine ausführliche Darstellung des Verhältnisses «Amtsaufklärungspflicht – Beweisantragsrecht» findet sich bei: ALSBERG-NÜSE-MEYER, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Aufl., 1983, S. 19 ff.

sachlichen Reichweite zu eigen macht²⁵, so darf man dennoch den Unterschied hinsichtlich der prozeßtaktischen/verteidigungsstrategischen Bedeutung nicht übersehen: während das Gericht bei Unterbleiben einer amtswegigen Aufklärung hierfür keine Begründung zu geben braucht, muß die Ablehnung von Beweisanträgen begründet werden (§§ 244 Abs. 6, 34 StPO), wobei das Gericht gezwungen ist, zumindestens teilweise das bisherige Ergebnis der Hauptverhandlung zu würdigen, was wiederum der Verteidigung Einblicke in die Verhandlungswürdigung des Gerichts erlaubt, so daß die weitere Verteidigungsstrategie hierauf abgestellt werden kann²⁶, zumal eine Abweichung von dieser – wenn auch vorläufigen – Würdigung eine Hinweispflicht nach § 265 StPO auslösen dürfte²⁷. Darüber hinaus – und auch dies darf nicht übersehen werden – ist der Beweisantrag das einzige Mittel, mit dessen Hilfe der Angeklagte den Versuch unternehmen kann, eine etwa vorhandene und zu seinen Lasten gehende gerichtliche Überzeugung zu erschüttern, vorausgesetzt, es gelingt ihm, diejenigen Umstände, die die Erschütterung der Überzeugung leisten sollen, als Beweisthema zu formulieren²⁸. Auf diese Weise kann das in einem Strafverfahren zur Debatte stehende Tatsachenmaterial über den Rahmen des Beweisthemas erweitert werden, weil das Fragerecht des Beschuldigten/Angeklagten bzw. seines Verteidigers nicht auf das Beweisthema beschränkt ist^{29 30}.

4. Infolge dieses engen Zusammenhanges zwischen dem Beweisantragsrecht und dem Fragerecht³¹ begegnen auch die ursprünglich ins Auge gefaßten Änderungen des § 241 StPO³², die auf die Erweiterung der Möglichkeit der Entziehung des Wortes hinausliefen, erheblichen Bedenken: denn weil sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ein verfassungsmäßig abgesi-

25). Ablehnend: ALSBERG-NÜSE-MEYER, op. cit., S. 19 ff. (29).

26). Vgl.: SCHULZ, GA 81, 301 (308) mit Beispielen und weiteren Nachweisen.

27). Das Unterbleiben eines nach § 265 StPO erforderlichen Hinweises beinhaltet stets und immer eine Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör: BVerfGE 8, 107 (206).

28). Hierzu eingehender: SCHULZ, op. cit., 309 m.w.N.

29). GOLLWITZER, in: LOEWE-ROSENBERG, Rz. 12 zu § 241 StPO; SCHMIDT, Eberhard, Rz. II zu § 241 StPO.

30). Daß auch in Verfahren, die nach der Offizialmaxime abgewickelt werden, rechtliches Gehör zu gewähren ist, hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach ausgesprochen (BVerfGE 7, 53; 10, 177 (182); 15, 214 (218); 32, 195 (197) und dabei aus gegebenem Anlaß auch darauf verwiesen, daß sich hieraus eine Pflicht zur Berücksichtigung von Beweisanträgen ergibt (BVerfGE 60, 247 (249), 250 (252)).

31). BGH StrafVert 83, 139; TER VEEN, StrafVert 83, 167 ff.

32). StrafVert 82, 325 (330, Ziff. 10).

chertes Recht auf das Stellen von Beweisanträgen ergibt³³, die folglich zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen werden müssen, würde eine Beschneidung des Fragerechts in jedem Fall in der Normbereich von Art. 103 Abs. 1 GG insoweit eingreifen, als der Beweiserhebungsanspruch im Strafprozeß – anders als im Zivilprozeß – erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Beweiserhebung wirksam wird³⁴.

Dieser allgemeine Zusammenhang zwischen rechtlichem Gehör einerseits und Beweisantrags – bzw. Fragerecht andererseits wird besonders deutlich, wenn man sich vor Augen führt, daß nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die Gewährung rechtlichen Gehörs einem doppelten Zweck dient: «Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs vor Gericht dient nicht nur der Abklärung der tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung, sondern auch der Achtung der Würde des Menschen, der in einer so schwerwiegenden Lage, wie ein Prozeß sie für gewöhnlich darstellt, die Möglichkeit haben muß, sich mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten (...)»³⁵, wobei das rechtliche Gehör allerdings mit den anderen, sich aus der inneren Sachgerechtigkeit der jeweiligen Verfahrensart ergebenden Grundsätzen abgestimmt werden muß³⁶, eine Abstimmung, die in der heutigen legislativen und justitiellen Wirklichkeit des Strafverfahrens vermittelt des Topos «Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege»³⁷ geleistet wird, dessen antiliberalen Bedeutungsgehalt RIEHLE³⁸ und HASSEMER³⁹ deutlich herausgearbeitet haben.

5. Erweist sich somit das Beweisantragsrecht des Beschuldigten / Angeklagten als unmittelbarer Ausfluß des Verfassungsgebots, rechtliches Gehör zu gewähren, so garantiert es dessen ungeachtet auch unter diesem Aspekt keineswegs «Waffengleichheit», und dies schon deshalb nicht, weil die rollenmäßige Struktur des strafprozessualen Hauptverfahrens in keiner Weise der dialektischen Struktur der strafprozessualen Erkenntnisgewinnung als

33). BVerfGE 59, 129 (164); 60, 247 (249), 250 (252); ähnlich auch: BayVGH NJW 77, 243.

34). Anders als im Zivilprozeß gibt es im Strafprozeß keine Beweislast, für die der bloße Beweis «antritt» bereits von Bedeutung wäre.

35). KJ 80, 316 ff.

36). StrafVert 82, 275 ff.

37). Vgl.: BVerfGE 19, 342, (347); 20, 45 (49), 144 (147); 33, 367 (383); 34, 238 (248); 36, 174 (186); 38, 105 (118), 312 (321); 39, 156 (164); 41, 246 (250); 44, 353 (374); 45, 354 (359); 46, 214 (222); 49, 24 (54); 51, 324 (343, 345); 53, 152 (160).

38). KJ 80, 316 ff.

39). StrafVert 82, 275 ff.

eines kognitiven Vorgangs entspricht⁴⁰: während im Zivilprozeß die dialektische Erkenntnisgewinnungstriade «These – Antithese – Synthese» in die Rollentriade «Kläger – Beklagter – Richter» ausdifferenziert ist, ist dies im strafprozessualen Hauptverfahren nicht der Fall. Daß Staatsanwaltschaft und Gericht im Verhältnis zum Angeklagten sowohl die ihn ent- wie die ihn belastenden Umstände berücksichtigen müssen, zwingt sie lediglich normativ zur Vorwegnahme der sich dialektisch vollziehenden Erkenntnisgewinnung⁴¹, ohne zugleich dieses normative Gebot institutionell abzusichern. Infolgedessen bleibt die Berücksichtigung der dialektischen Struktur der Erkenntnisgewinnung bloßes normatives Postulat⁴², dessen Einlösung nicht garantiert ist, ja dessen Einlösung unter informationspsychologischen Aspekten sogar unmöglich erscheint.

Aufgrund der beschränkten Informationsverarbeitungskapazität des Kurzzeitgedächtnisses nämlich⁴³ kann ein beliebiger Entscheidungsträger – also auch der Richter – nur eine begrenzte Anzahl von Informationen speichern und zum Zwecke der weiteren Erkenntnisgewinnung verarbeiten, so daß davon auszugehen ist, daß bereits die Informationsaufnahme selektiv erfolgt⁴⁴. Aus dem Umstand, daß diese Selektion im wesentlichen auf der Grundlage des «Redundanzprinzips»⁴⁵ vorgenommen wird, folgt für den Strafprozeß, daß mit den Akten übereinstimmende und insoweit bekannte Beweisergebnisse in weitaus stärkerem Maße wahrgenommen und der Erkenntnisgewinnung zugrundegelegt werden als dem Akteninhalt widersprechende⁴⁶. Da aber das inquisitorische Strafprozeßmodell auf die richterliche Kenntnis des Akteninhalts nicht verzichten kann, leistet die gegenwärtige Struktur des Strafverfahrens dem – unbewußten – «Umfunktio-

40). Dazu ausführlicher: MEYER, *Dialektik im Strafprozeß*, 1965, S. 90 ff.

41). MEYER, *op. cit.*, S. 74.

42). MEYER, a. a. O.

43). Zur beschränkten Informationsverarbeitungskapazität ausführlicher: KIRSCH, *Entscheidungsprozesse* (1970), Band 1, S. 76, 81 f., 83 ff., 94 f., 103 f. Band 3, S. 66, 172 (jeweils m.w.N.).

44). KIRSCH, *op. cit.*, Band 1, S. 81 f.

45). Das Redundanzprinzip besagt, daß von zwei Nachrichten mit dem gleichen objektiven Informationsgehalt die subjektiv informationsärmere und daher leichter verstehbare schneller verarbeitet und besser erinnert wird als die subjektiv informationsreichere; letztere wird blockiert und ausgesondert.

46). Daß die aufgezeigte Selektion von Informationen nach dem Redundanzprinzip im Strafprozeß nicht nur eine theoretische Befürchtung ist, wird durch die Simulationsstudie von HAI SCH bestätigt; vgl.: HAI SCH, *MSchrKrim* 1979, 157 ff.

ren» von Ermittlungs- in Beweisergebnisse Vorschub⁴⁷.

Stehen also Struktur und Ziel des Strafverfahrens im Widerspruch zueinander⁴⁸, erscheint ein kritisches Überdenken beider angebracht. Dabei zeigt sich, daß das Wahrheitspostulat des Strafprozesses keineswegs erkenntnistheoretisch⁴⁹, sondern allenfalls entscheidungstheoretisch – d. h. als «guter Grund»⁵⁰ für ein Entscheidungshandeln bei Ungewißheit⁵¹ – verstanden werden darf. Ist dem aber so, dann gebieten Art. 3 Abs. 1, 103 Abs. 1 GG dem Strafprozeßgesetzgeber, dem Angeklagten einerseits und der Staatsanwaltschaft andererseits die gleiche faktische Chance einzuräumen, die richterliche Überzeugungsbildung zu beeinflussen⁵². Das heutige Strafverfahren gewährleistet keinesfalls die Gleichheit der faktischen Chancen, sondern allenfalls die der rechtlichen Möglichkeiten. Die Ursache hierfür dürfte nicht zuletzt darin liegen, daß die Strafprozeßlehre den Strafprozeß, der de lege lata ja kein Parteiverfahren ist, mit Begriffen und Strukturmodellen zu erfassen sucht, die nur einem Parteiverfahren angemessen sind. So kann z. B. «Waffengleichheit» im Strafverfahren nur realisiert werden, wenn man sich des Umstandes bewußt wird, daß der Eröffnungsbeschluß eine völlig neue prozessuale Situation im Vergleich zur bisherigen schafft: während im Vorverfahren die Staatsanwaltschaft der Untersuchungsführer ist, tritt mit ihrem Eröffnungsantrag bzw. dem Eröffnungsbeschluß des Gerichtes ein «Zuständigkeitswechsel» ein, dem in Hinblick auf das Gebot der Waffengleichheit Rechnung getragen werden muß, weil nunmehr nicht mehr der Staatsanwalt, sondern das Gericht «Antipode» desjenigen ist,

47). Hierzu schon: GOLLIGK-HUSTER, Abhandlung von der Crimilagesetzgebung (1793), Neudruck 1969, S. 424: «Man nimmt bey dem entferntesten Verdacht gleich die Hypothese an, der Verdächtige sey der Missethäter. Diesen Grundsatz will der Richter mit allen Mitteln behaupten, weil sein Amt und sein Vortheil es mit sich bringen, überall Verbrechen zu finden.» Neuestens: GRÜNWARD, DÜNNEBIER-FS 1982, S. 347.

48). Zur «strukturellen Asymetrie» des Strafverfahrens schon: ROTTLEUTHNER, KJ 70, 283 ff.; 71, 60 ff.

49). So schon: RGSt 66, 163, (164 f).

50). Zum Topos der «guten Gründe»: PRIESTER, Rationalität und Normkritik, Diss, Saarbrücken 1972, S. 149 ff.

51). Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen von RÖDIG (Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1973, S. 151 ff.) über das «Scholastische Prinzip der «doppelten Wahrheit».

52). Daß in dieser Chance, auf die richterliche Überzeugungsbildung Einfluß zu nehmen, eine der Funktionen des rechtlichen Gehörs liegt, hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach ausgesprochen; vgl.: BVerfGE 9, 89 (95 f.); 21, 362 (373); 53, 219 (222); 55, 1 (5 f.); 58, 353 (356); 60, 120 (122), 247 (249), 250 (252).

gegen den sich das Verfahren richtet⁵³. Infolgedessen kann Waffengleichheit im Hauptverfahren nicht dasselbe bedeuten wie Waffengleichheit im Ermittlungsverfahren, was nichts anderes beinhaltet, als daß sich die Waffengleichheit im Hauptverfahren nicht auf die Gleichheit der rechtlichen Handlungsmöglichkeiten beschränken darf, sie muß vielmehr darüber hinaus auch die Gleichheit der faktischen Einflußchancen umfassen, weil anderenfalls das rechtliche Gehör des Angeklagten weitgehend auf bloß symbolische Interaktionen ohne Erfolgswert beschränkt wird⁵⁴.

Die Gleichheit der faktischen Chance der Einflußnahme auf die richterliche Überzeugungsbildung kann aber ihrerseits nur durch eine Verfahrensstruktur realisiert werden, die die Funktionen von Untersuchungsführer und Urteilendem rollenmäßig voneinander trennt. Die bloß normative Verpflichtung, diese beide Funktionen trotz ihrer Übertragung an ein und dieselbe Person - nämlich den Richter - nicht miteinander zu vermengen, reicht nicht aus; denn «jede Form, die nur bei vorurteilsfreien ausgezeichneten Personen als zweckmäßig erscheint, bei gewöhnlichen oder mit häufig vorhandenen Eigenschaften ausgestatteten Personen aber leicht scheitert, ist unpassend».⁵⁵

53). Hierzu ausführlicher: ROTTLEUTHNER (Fn 48).

54). MITTERMAIER, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen, 1845, S. 287.

Der Verteidigerausschluß

Der Ausschluß des Strafverteidigers vom Verfahren stellt den schwerwiegendsten Eingriff in den Grundrechtsschutz der Strafverteidigung dar. Er beeinträchtigt die rechtlich geschützte Stellung des Angeklagten im Prozeß und entwertet zugleich die Wahl und das Mandat des Verteidigers, welche er veranlaßt hat¹.

I. Grundrechtsschutz der Strafverteidigung

Art. 6 III c EMRK gewährleistet jedermann das Recht, sich selbst zu verteidigen oder den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. Dieses Recht auf einen Strafverteidiger hat allerdings in der Bundes-

1. Überblick über den Meinungsstand bei W. Beulke, *Der Verteidiger im Strafverfahren*, 1980, S. 223 ff m.w.N.

Wenn im folgenden von «Angeklagten» gesprochen wird, so ist damit keine Begrenzung auf das Hauptverfahren nach Anklageerhebung gemeint. Da jedoch das Hauptverfahren das Kernstück des Strafprozesses darstellt, so wird dieses den Schwerpunkt der Erörterung bilden.

republik nur den Rang eines einfachen Gesetzes. Im Grundgesetz findet sich eine ausdrückliche Bestimmung dieser Art nicht. Hier steht vielmehr der Strafprozeß- und mit ihm die Verteidigung in einer eigenartigen Gemengelage zwischen einer Vielzahl von Verfassungsverbürgungen.

a) Einen ausdrücklichen Richtervorbehalt kennt das Grundgesetz nur für Freiheitsentziehungen (Art. 104 II I GG). Damit kann jedenfalls eine Freiheitsstrafe nur durch ein Gericht verhängt werden. Darin erschöpft sich allerdings der Richtervorbehalt nicht. Art. 92 GG weist den Richtern «die rechtsprechende Gewalt» zu. Ungeachtet aller Meinungsverschiedenheiten darüber, wie die «rechtsprechende Gewalt» zu umschreiben ist, ist jedenfalls in der Gegenwart anerkannt: Die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit ist originäre Rechtsprechung und unterfällt damit nach Art. 92 GG notwendig dem Richtervorbehalt². So kennt das Grundgesetz jedenfalls implizit eine ausschließliche Kompetenzzuweisung der Strafjustiz an die Gerichte; und zwar unabhängig von der Art der zu verhängenden Strafe. Ohne Gericht kein Strafverfahren – so gestaltet Art. 92 GG zwingend die Kompetenzordnung, die durch Gesetz nicht entziehbar ist. Eine Strafe, die von einer anderen Stelle als einem Gericht verhängt worden wäre, wäre verfassungswidrig.

b) Gerichtliche Verfahren sind nach dem Grundgesetz keineswegs beliebig auszugestalten. Insoweit hält das Verfassungsrecht eine Fülle von Justizgrundrechten bereit. Von zentraler Bedeutung ist das Grundrecht auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG), das jedermann «vor Gericht» zusteht³. Es verbürgt das Recht, zu allen in einem Prozeß relevanten Tatsachen- und Rechtsfragen Stellung nehmen zu können. Diese Stellungnahmen sind vom Gericht zur Kenntnis zu nehmen, zu würdigen und zu berücksichtigen. Sinnvoll ist ein derartiges Recht vielfach nur, wenn der Betroffene einen Anwalt zuziehen kann. So wird die Strafverteidigung geradezu zu einem notwendigen Instrument, um dem gerichtlichen Gehör erst praktische Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit zu verleihen. Desungeachtet hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß Art 103 I GG weder die Institution der Rechtsanwaltschaft noch die freie Anwaltswahl

2. BVerfGE 22, 78, 80, 130; s. auch E 8, 207; 12, 274; 21, 144; 22, 77 f; 317.

3. Hierzu H. Rüping, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, 1976, insbes. S. 101 ff; F. O. Kopp, AöR 1981, 604 ff.

F. Rissel, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, insbesondere in seiner Funktion als Verteidiger im Strafverfahren, Diss. Marburg 1980, insbes. S. 104 ff

verbürge⁴. Allerdings ist die Möglichkeit, überhaupt einen Anwalt beiziehen zu können, eine notwendige Komplementärgarantie zur Verwirklichung des rechtlichen Gehörs. Ohne Anwalt ist jedenfalls für die Mehrzahl der Angeklagten der Grundrechtsschutz des Art. 103 I GG nachgerade illusorisch. Soll tatsächlich gesichert werden, daß der Angeklagte nicht bloßes Objekt, sondern-auch-Subjekt des Verfahrens ist, so ist damit jedenfalls ein völliger Verzicht auf die Möglichkeit der Beiziehung eines Verteidigers nicht zu vereinbaren. Zwar mag dies allein noch nicht die Existenz der Anwaltschaft oder die freie Anwaltswahl begründen; wer hingegen dem Angeklagten den Verteidiger vollständig versagt, versagt ihm regelmäßig zugleich das rechtliche Gehör.

c) Hinzu tritt im Strafverfahren in charakteristischer Weise die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG⁵. Diese nimmt dabei eine eigenartige Doppelstellung ein: Die Rechtsschutzgarantie richtet sich gegen Akte der öffentlichen Gewalt. Darunter versteht das Bundesverfassungsgericht die Exekutive, nicht hingegen die Gerichte. Art. 19 IV GG gewährleistet demnach Rechtsschutz durch die Gerichte, nicht gegen die Gerichte⁶. Das übliche Modell des Rechtsschutzes ist somit die Trennung zwischen eingreifender Behörde und rechtsschutzsicherndem Gericht. Diese Funktionen fallen jedoch im Strafprozeß zusammen: Hier sind sanktionierender Eingriff und Rechtszug, eingreifende und schützende Instanz jeweils identisch. Im Strafprozeß muß somit das Gerichtsverfahren zugleich die Rechtsschutzfunktion übernehmen, die ansonsten in einem getrennten, justiziellen Verfahren verwirklicht würde. Ein solcher Befund ist für die Ausgestaltung des Verfahrensrechts nicht ohne Belang, da hier ein aus Art. 19 IV GG hergeleiteter Grundsatz Bedeutung erlangt: die Effektivität des Rechtsschutzes. Dazu zählt insbesondere, daß der Prozeß nicht nur eine formale Legitimations- und Verfahrensinstanz ist, sondern zumindest die Möglichkeit einer wirkungsvollen Rechtsdurchsetzung zugunsten des Betroffenen ermöglicht. Aufgabe des Strafverfahrens ist zugleich antizipierter, effektiver Rechtsschutz gegen staatliche Strafsanktionen. Die Rechtsschutzgarantie prägt so den Strafprozeß notwendig mit. Das gilt umso mehr, als gegen den Eingriff, den ein Strafurteil mit sich bringt, oft nur noch eingeschränkter Rechtsschutz zulässig ist: Art. 19 IV GG

4. BVerfGE 9, 132; 31, 308

5. Eingehend dazu D. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, insbes. S. 127 ff

6. BVerfGE 15, 280; s. auch E 11, 265; 22, 110; 25, 365; 49, 340

garantiert keinen Instanzenzug.⁷

d) Hinzu tritt im Strafprozeß der Grundsatz der «Waffengleichheit» von Ankläger und Angeklagtem.⁸ Diesen leitet das Bundesverfassungsgericht aus dem Recht auf ein faires Strafverfahren ab, das seinerseits seine Grundlage in Art. 1, 2 II GG und dem Rechtsstaatsprinzip haben soll. Ist demnach die Anklage durch einen sach- und rechtskundigen Vertreter der Staatsanwaltschaft im Prozeß beteiligt, so muß dem Angeklagten zumindest das Recht zukommen, sich gleichfalls eines sach- und rechtskundigen Verteidigers zu bedienen. Andernfalls wäre Waffengleichheit nicht einmal ansatzweise gewahrt.

Ob hierzu allerdings tatsächlich Deduktionen aus dem ohnehin explizit im Grundgesetz nicht thematisierten Rechtsstaatsprinzip erforderlich sind, erscheint überaus zweifelhaft. Dessen Inhalt ist gerade im Strafprozeß keineswegs eindeutig und vielfach geradezu antinomisch, so daß es nahezu beliebige Deduktionen und Anwendungsmöglichkeiten eröffnet. Dementsprechend ist sein normativer Gehalt denkbar gering und reduziert sich im Zweifel auf eine Kernbereichsgarantie, die selbst schwerwiegendste Beeinträchtigungen zuläßt.⁹ Dementsprechend ist auch der Garantiegehalt dieses Prinzips minimal. Zudem ist die Heranziehung solcher allgemeiner, ungeschriebener Prinzipien jedenfalls dann wenig sinnvoll, wenn einschlägige Verfassungsrechtssätze vorhanden sind, welche die jeweilige Materie eindeutig und nachvollziehbar regeln. Dies sind für den Grundrechtsschutz der Strafverteidigung die Verbürgungen aus Art. 103 I, 19 IV GG. Sie geben den anwendbaren Prüfungsmaßstab ab und machen daher allgemeine Leitprinzipien entbehrlich. Sie gestalten die Rechtsstellung des Angeklagten im Strafprozeß in dem Sinne, daß der völlige Ausschluß der Möglichkeit, einen Verteidiger herbeizuziehen, verfassungswidrig wäre. Damit gewährleisten sie grundsätzlich das Recht auf einen Verteidiger. Die Dimensionen dieses Rechts und seine Grenzen sind:

- Das Recht auf einen Verteidiger
(Freie Anwaltswahl, Beiordnung eines Pflichtverteidigers)
- Das Recht auf Kontakt zum eigenen Anwalt.

7. BVerfGE 11, 233; s. auch E 4, 94 f; 6, 12; 8, 180; 28, 36; 35, 271; 40, 274; 41, 26; 45, 375; 49, 340; 54, 143

8. Dazu grundlegend BVerfGE 38, 111; abgelehnt aber wohl durch BVerfG, JZ 1983, 439; ferner G. Kohlmann, FS K. Peters, 1974, S. 311; H. Rüping, JZ 1983, 663 ff; J. Schulz in diesem Band.

9. Vgl. BVerfGE 30, 24

- Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Mandant.

- Das Recht des Strafverteidigers auf Mitwirkung im Strafverfahren

II. Ausschlusstatbestände

a) Als Grundrechtseingriff setzt der Verteidigerausschluß eine gesetzlich Ermächtigungsgrundlage voraus, wie sie für jeden derartigen Eingriff gefordert wird. Der Eingriff muß gesetzlich angeordnet und zugelassen sein; und die Tatbestandsvoraussetzungen des Gesetzes müssen im konkreten Fall vorliegen. Ohne gesetzliche Grundlage sind derartige Eingriffe unzulässig.

Eine Ausnahme davon hat das Bundesverfassungsgericht angenommen, wenn der Verteidiger nicht in der vorgeschriebenen Kleidung erscheint, insbesondere keine Robe trägt.¹⁰ Diese Entscheidungen sind umso bemerkenswerter, als weder die Robenpflicht noch die Folgen bei deren Verletzung gesetzlich vorgeschrieben sind. Dieses Fehlen gesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen hat das Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf bestehendes «Gewohnheitsrecht» ignoriert. Danach ist das Tragen der Robe gewohnheitsrechtliche Standespflicht der Anwälte. Deren Durchsetzung ist allerdings primär Aufgabe der Standesorganisationen, insbesondere der Anwaltskammern. Der Ausschluß des Rechtsanwalts vom Prozeß auch trotz fehlender gesetzlicher Grundlagen wird damit gerechtfertigt, daß er die mildeste Sanktionsmöglichkeit überhaupt darstelle. Ehrengerichtliche Verfahren würden stets zu einschneidenderen Maßnahmen führen, während der Ausschluß vom Verfahren sich nur auf eine einzige Rechtssache beziehe. Im übrigen lasse er die Rechtsstellung des Anwalts unberührt. Demgegenüber wurde die Rechtsstellung des Mandanten nicht einmal thematisiert. Vielmehr wurde darauf abgestellt, daß Vertagung die Interessen des Mandanten wegen der damit verbundenen Verzögerung spürbarer benachteiligt hätte als die Zurückweisung des Anwalts. Daneben wurde darauf abgestellt, daß der Rechtsanwalt im Prozeß eben nicht nur seine Grundrechte ausübe, sondern zudem «Organ der Rechtspflege» sei. Diese Stellung verlange ein würdiges, angemessenes Auftreten «im Interesse der Allgemeinheit». Die Entscheidungen hätten jedenfalls nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anders ausfallen müssen. Hier kann offen bleiben, ob und in

10. BVerfGE 28, 28 ff; 34, 138 f

welchem Umfang eine Robenpflicht besteht. Jedenfalls hätte der Ausschluß des Verteidigers aus mehreren Gründen nicht erfolgen dürfen:

- Grundrechtseingriffe sind–auch gegenüber Verteidigern und Angeklagten–nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen zulässig. Eine solche war nicht in Kraft. Gewohnheitsrecht reicht zur Ersetzung fehlender Gesetze insoweit nicht aus.¹¹

- Insbesondere sind Anordnungen nur zulässig, wenn dafür die Voraussetzungen vorliegen. Hier stellt der Ausschluß des Verteidigers eine Umgehung des § 176 GVG dar. Eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Prozeß war nicht erkennbar.¹²

- Schließlich darf auch bei gesetzlich angeordneten Eingriffen im Verfahren kein anderer Eingriff verhängt werden mit der Begründung, er sei das mildeste Mittel. Das Übermaßverbot läßt nur die Auswahl zwischen mehreren Entscheidungen, deren Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelfall vorliegen. Andere als tatbestandlich zulässige Maßnahmen rechtfertigt es nicht, auch wenn diese milder sind.¹³

b) Als ungeschriebene Tatbestände kennen §§ 137 I 2, 146 StPO den Ausschluß durch das erkennende Gericht selbst in Form der «Zurückweisung». § 137 I 2 StPO beschränkt die Zahl der Verteidiger pro Angeklagten auf drei; § 146 StPO verbietet die gemeinsame Verteidigung mehrerer Angeklagter durch einen gemeinschaftlichen Verteidiger. Treten mehr als 3 oder gemeinschaftliche Verteidiger auf, so sollen sie vom erkennenden Gericht ohne besonderes Verfahren zurückgewiesen werden.¹⁴ Dieser Umstand ist umso bemerkenswerter, als die Auslegung der genannten Vorschriften durchaus Zweifelsfälle und Schwierigkeiten aufwirft. Dadurch entsteht die Gefahr, daß sich das erkennende Gericht die mitwirkenden Verteidiger partiell selbst aussucht. Wird so schon materiell die freie Anwaltswahl beeinträchtigt, so entwertet das «formlose» Verfahren jene Dimensionen des Grundrechtsschutzes der Verteidigung in besonderer Weise.

c) Seit 1974 regeln §§ 138 a, b StPO den Ausschluß des Verteidigers von der Mitwirkung an einem Verfahren. Die

11. BVerfGE 33, 1 ff

12. BVerfGE 28, 27 im Bericht der Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer

13. Ablehnend auch H. Rüping, ZZP 1975, 234; P. Müller, NJW 1979, 22; Beulke a.a.O. (Fn 1), S. 222, 232

14. S. Die Nwe. in Anm. 23

Regelung erging – nahezu einhundert Jahre nach Inkrafttreten der StPO im Jahre 1877 - aufgrund des Umstandes, daß das Bundesverfassungsgericht für den Ausschluß eines Strafverteidigers nunmehr eine gesetzliche Ermächtigung forderte.¹⁵ Das von ihm früher als ausreichend anerkannte Gewohnheitsrecht¹⁶ wurde seitdem nicht mehr als verfassungsgemäß angesehen.

§ 138 a StPO läßt den Verteidigerausschluß bei strafbaren Handlungen des Rechtsanwalts zu. Das gilt entweder, weil er wegen Beteiligung an der Tat des Angeklagten oder wegen Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei bezüglich dessen Tat verdächtig wäre oder weil er den freien Verkehr mit dem Angeklagten zu eigenen Straftaten nutzt oder insoweit die Sicherheit der Strafanstalt gefährdet. Für den Beteiligungsverdacht reicht ein strafbarer Versuch¹⁷; erforderlich ist allerdings, daß auch die Handlung des Verteidigers ihrerseits in das Stadium der Strafbarkeit getreten ist.¹⁸ Inwieweit der Verdacht konkretisiert sein muß, ist kaum zuverlässig umschreibbar. Jedenfalls braucht Anklage gegen den Anwalt weder erhoben noch gar gem. § 175 StPO zugelassen zu sein; die Sache muß nicht einmal ausermittelt sein, solange der Verdacht «dringend» ist.¹⁹ In Terroristenprozessen reicht nach § 138 a II StPO sogar ein allgemeiner Verdacht aus, der nicht qualifiziert sein muß.²⁰

Darüber hinaus kann in Staatsschutzsachen nach § 138 b StPO der Verteidiger ausgeschlossen werden, wenn gerade seine Mitwirkung eine Gefahr für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde. Dies kann praktisch nur der Fall sein, wenn der Anwalt selbst des Hoch- oder Landesverrats oder der Spionage «aufgrund bestimmter Tatsachen» verdächtig ist und in dem Verfahren staatsgefährdende Unterlagen oder Informationen dem Anwalt zugänglich würden.

Das Ausschlußverfahren ist in § 138 c StPO geregelt. Zuständig ist das Oberlandesgericht. Schon vor dessen Entscheidung kann das Prozeßgericht anordnen, daß die Rechte des Verteidigers bis zur Entscheidung des Oberlandesgerichts ruhen.

15. BVerfGE 34, 303 ff; s. zur Entstehungsgeschichte J. Vogel, NJW 1978, 1222; ferner H. Donus, Ausschließung und Überwachung des Verteidigers im Strafverfahren, Diss. Tübingen 1978

16. BVerfGE 15, 231 ff; der Ausschluß war damals allerdings als unverhältnismäßig aufgehoben worden

17. BGH vom 27.6.1980 (2AR 115/80)

18. BGH MDR 1977, 984

19. BGH, AnwBl 1981, 15

Das Verfahren bezieht sich ausschließlich auf die Ausschlußgründe nach §§ 138 a, b StPO. Für einen Ausschluß wegen Verletzung der §§ 137 I 2, 146 StPO ist ausdrücklich kein Verfahren vorgesehen.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsmäßigkeit des § 138 a StPO bejaht.²¹ Danach ist der Gesetzgeber grundsätzlich berechtigt, Ausschlußtatbestände zu normieren, solange sich diese im Rahmen der Verhältnismäßigkeit halten. Unter diesem Aspekt seien die Regelungen des § 138 a StPO nicht zu beanstanden. Das gelte auch dann, wenn die vom Anwalt selbst möglicherweise begangene Straftat, auf welche sich der Verdacht bezieht, im Höchstmaß mit weniger als einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht sei.

Ebenso sei es zulässig, in Verdachtsfällen die Beiordnung als Pflichtverteidiger zu entziehen.²² Das gilt ungeachtet der Tatsache, daß für den Widerruf der Bestellung aus Gründen des Beteiligungsverdachts kein eigener gesetzlicher Widerrufstatbestand vorgesehen ist (s. § 148 StPO). Auch eine analoge Anwendung des § 138 a StPO wird nicht in Erwägung gezogen. Vielmehr stellt das Gericht auf den Umstand ab, daß die Bestellung zum Pflichtverteidiger ein «begünstigender Verwaltungsakt» sei, der nach den allgemeinen Grundsätzen widerrufen werden könne. Ein solcher Widerrufstatbestand sei der Verdacht der Tatbeteiligung des Verteidigers. Denn ein solcher Rechtsanwalt sei nicht in der Lage, sachgerecht seine Aufgaben wahrzunehmen. Daher sei er notwendigerweise zu entpflichten. Das gelte selbst dann, wenn ein für den Ausschluß vom Verfahren nach § 138 a StPO erforderlicher Tatverdacht noch gar nicht vorlag. Auch in diesem Fall sei der Widerruf aus den genannten Erwägungen zulässig.

Demgegenüber richtet sich die Zurückweisung und der Ausschluß von Strafverteidigern, die unter Verstoß gegen §§ 137 I 2, 147 StPO auftreten, nicht nach § 138 c StPO. Hier sieht das Bundesverfassungsgericht §§ 137 I 2, 146 StPO als eigenständige Ausschlußgründe an, die kein eigenständiges Verfahren bedingen oder voraussetzen.²³

d) Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts haben die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Regelungen des Verteidigerausschlusses in §§ 138 a, b StPO nicht verstummen lassen. Insbesondere die pauschalen Aussagen des Gerichts, welche die vielfältigen Einzelfragen unthematisiert lassen, haben eine

20. Restriktiv BGHSt 28, 355; 29, 341; W. Krekeler, AnwBl 1979, 212 ff

21. BVerfG, EuGRZ 1975, 643 f; bestätigt in BVerfG, EuGRZ 1975, 462

22. BVerfGE 39, 241 ff

23. BVerfGE, NStZ 1982, 294

Diskussion der Einzelfragen erst aufkommen lassen.

Das gilt zunächst bezüglich der Unbestimmtheit des erforderlichen «Verdachts». Fordert hier § 138 a I 1 StPO einen «dringenden» oder «hinreichenden» Verdacht, so schreibt § 138 a II StPO einen «durch Tatsachen begründeten Verdacht» vor. Nicht erforderlich ist, daß Anklage erhoben oder zugelassen ist; Substantiierungspflichten sind ebensowenig erkennbar wie die Notwendigkeit der Ausermittlung von Verdachtsmomenten. Damit ist der vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich geforderten Bestimmtheit der Ausschlußtatbestände nicht genügt.²⁴ Ein bloßer Verdacht, der außerhalb der Staatsanwaltschaft keiner objektiven Prüfung unterzogen werden kann, eröffnet der Anklagebehörde die Möglichkeit, mißliebige oder unbequeme Verteidiger auszuschließen. Das gilt umso mehr, als die Staatsanwaltschaft die gesamten Beweismittel in der Hand hat und insoweit ein Ermittlungsmonopol besitzt. Eine eigene Beweiserhebung im Ausschlußverfahren nach § 138 a StPO ist nicht vorgesehen.

Daneben wird ein Verstoß gegen das Übermaßverbot eingewandt.²⁵ Der Grund hierfür liegt darin, daß bereits geringfügige Straftaten des Anwalts ausreichen sollen, um ihn vom Verfahren auszuschließen. Damit würde ein wenig schwerwiegender Verstoß gegen die Rechtsordnung mit einem besonders schweren Reaktionsmittel zu Lasten des Anwalts wie des Angeklagten versehen.

Schießlich sind Bedenken wegen der fehlenden Verfahrensnorm bezüglich der Zurückweisung- oder Ausschlußtatbestände nach §§ 137 I 2, 146 StPO zu erheben. Hier entscheidet das Gericht der Hauptsache, so daß im Einzelfall die Möglichkeit besteht, «mißliebige» Anwälte zu disziplinieren.

Ferner ist die weitreichende Entpflichtungsmöglichkeit von Pflichtverteidigern unzulässig. Sie stellt eine Umgehung der §§ 143, 138 a StPO dar. Die Konstruktion eines «begünstigenden Verwaltungsaktes» paßt hier nicht, da im Strafprozeß die Regelungen der Verwaltungsverfahrensgesetze nicht anwendbar sind. Darüber hinaus könnte im Einzelfall mittels einer summarischen Prüfung kaum festgestellt werden, ob hier im Einzelfall die Widerrufsvoraussetzungen des § 49 II Nr. 3 VerwVG vorliegen. Im Verwaltungsverfahren sind jedenfalls sind belas-

24. BVerfGE 34, 301 f

25. Rissel a.a.O. (Fn. 3), S. 131 ff; s. aber auch BVerfG a.a.O. (Fn 73)

tende Maßnahmen aufgrund summarischer Prüfung höchstens vorläufig zulässig. Hier stellt sich der Rückgriff auf das Verwaltungsverfahrensgesetz als Umgehung der Entpflichtungsbestimmung bzw. des Verteidigerausschlusses dar. Eine solche Umgehung ist unzulässig. Die Entpflichtung ist nur nach §§ 143, 138 a StPO zulässig.

e) Unter verfassungsrechtlichen Aspekten sind die Vorschriften über den Ausschluß des Strafverteidigers in mehrfacher Hinsicht zu weit. Aus der Rechtsprechung ergeben sich folgende Anforderungen:

- Erfordernis der gesetzlichen Grundlage; und zwar für den Ausschluß des Wahlverteidigers ebenso wie des Pflichtverteidigers. Das gilt auch, wenn sich die Entpflichtung als Ausschluß darstellt;
- Klarheit und Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage, und zwar der Voraussetzungen wie der Rechtsfolgen;
- Wahrung des Übermaßverbots, insbesondere der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall.

Diesen Anforderungen kann im Strafprozeß auf zwei verschiedenen Weisen begegnet werden. Entweder wird unter Betonung des Autonomieprinzips²⁶ die Verteidigung in das Ermessen des Angeklagten gestellt. Das gilt jedenfalls für Ausschlußgründe, welche auf fehlende Interessenidentität von Angeklagtem und Verteidiger abstellen. Dem Angeklagten ist dann der Beteiligungsverdacht gegen den Anwalt zu eröffnen. Ob er sich sodann des Verteidigers weiterhin bedienen will oder nicht, wird in sein Ermessen gestellt. Diese Lösung würde dem Grundrechtsschutz der Strafverteidigung am besten gerecht.

Oder aber konkrete Ausschlußtatbestände werden normiert, welche den genannten verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Einen diskussionswürdigen Vorschlag für eine solche Formulierung hat der Arbeitskreis Strafprozeßreform vorgelegt.

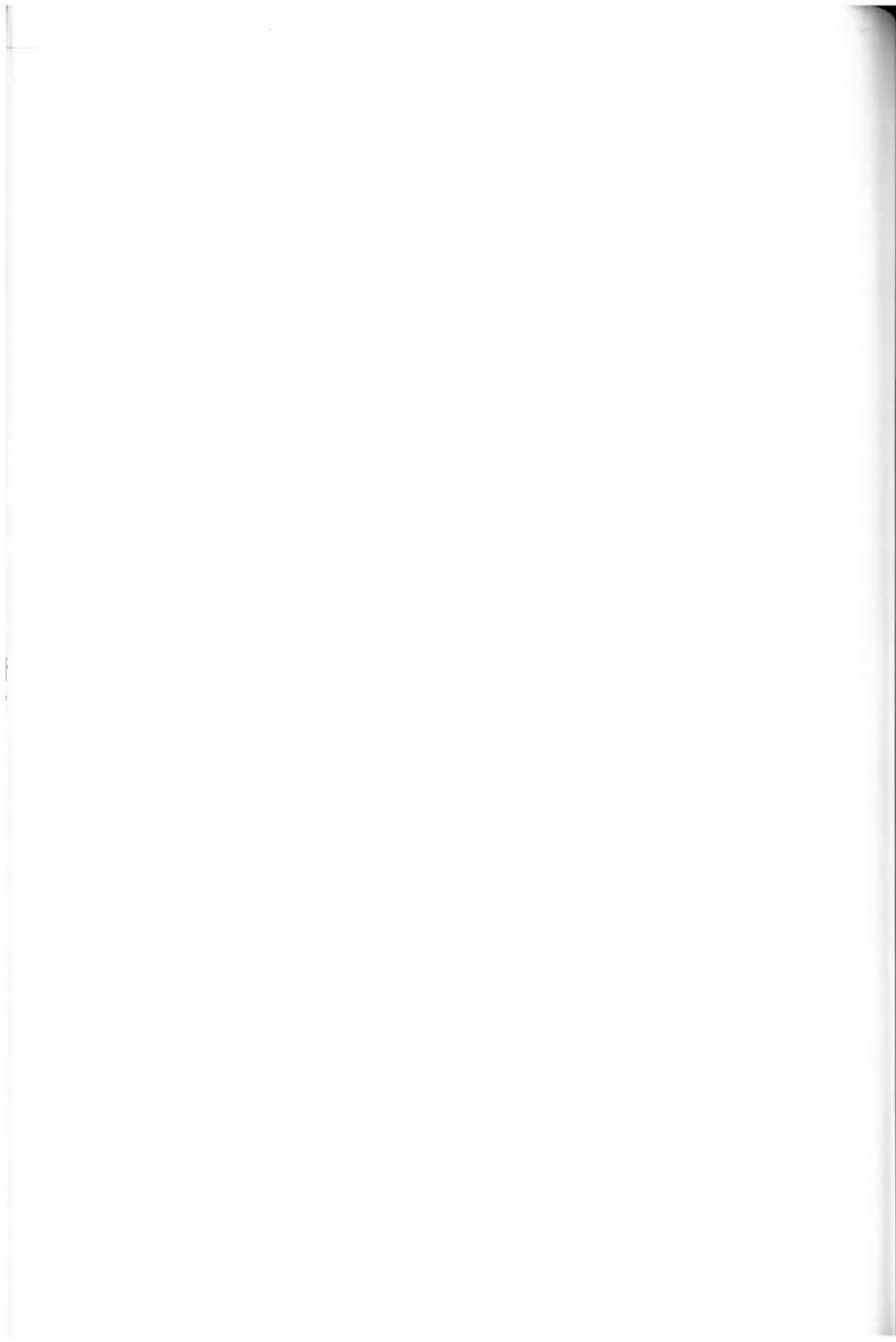
«Ein Verteidiger ist von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuschließen, sobald gegen ihn wegen Beteiligung einer Tat, die Gegenstand eines Verfahrens ist, oder wegen einer Handlung, bezüglich dieser Tat, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei wäre, das Hauptverfahren eröffnet worden ist. Dabei bleiben Handlungen des Verteidigers nach Aufnahme von Verhandlungen außer Betracht, welche die Übernahme der Verteidigung zum Gegenstand hatten.

26. Dazu J. Welp, ZStW 1978, 101 ff

27. G. Bemmman u. a., Die Verteidigung 1979, S. 10 f, 141 ff (§18).

Endet das Verfahren gegen den Verteidiger ohne Verurteilung, so ist die Ausschließung auf seinen Antrag oder auf Antrag des Beschuldigten aufzuheben.»

Beide Varianten würden den Verteidigerausschluß verfassungskonform ausgestalten.



Der Zwangsverteidiger

I. Begriffsbestimmung

Ausgerichtet an der Sanktionsschwere, der komplizierten Sach- und Rechtslage, sowie einer eventuell eingeschränkten Fähigkeit des Beschuldigten¹ seine Rechte im Strafverfahren selbst zu verteidigen, sieht das Gesetz vor, daß in bestimmten Fällen auf seiten des Beschuldigten ein Verteidiger mitwirken muß – sogenannte notwendige Verteidigung².

Hat ein Beschuldigter – aus welchen Gründen auch immer³

1. Der strafgerichtlich Verfolgte hat in den verschiedenen Verfahrensabschnitten unterschiedliche Bezeichnungen (vgl. §157StPO). Der Einfachheit halber wird im folgenden durchgängig die Bezeichnung «Beschuldigter», als der weiteste Begriff, verwendet.

2. §140 Abs.1 StPO zählt besondere Fälle notwendiger Verteidigung auf Abs.2 leg. cit. ist Auffangregelung für Fälle, in denen die Verteidigung über die in Abs.1 der Vorschrift genannten Fälle hinaus notwendig ist. Sonderfälle notwendiger Verteidigung finden sich in §§117 Abs. 4, 138 e Abs. 3, Satz 4, 364a, 364b StPO. Für den Bereich der Jugendgerichtsbarkeit enthalten die §§ 68, 104 Nr. 1o, 109 Abs. 1, 112 JGG entsprechende Regelungen.

3. Z. B. weil er meint, sich selbst am besten verteidigen zu können oder weil er keinen Verteidiger seines Vertrauens gefunden hat. Häufig werden dem Beschuldigten, der sich keinen Verteidiger wählt, jedoch schlicht die Mittel zur Bezahlung des Honorars fehlen. Ein Verfahrenshilferecht, wie es der Zivilprozeß kennt, kennt das Strafverfahrensrecht nicht.

von seinem ihm nach § 137 Abs. 1 StPO zustehenden Recht auf freie Wahl eines Verteidigers⁴ keinen Gebrauch gemacht, so muß das Gericht ihm, wenn die Verteidigung notwendig ist, gem. § 141 Abs. 1 StPO einen Verteidiger bestellen - sogenannte Pflichtverteidigung.

Der Wortlaut des § 141 Abs. 1 StPO ist - so sollte man meinen - eindeutig: Nur dem Beschuldigten, der noch keinen Verteidiger (gewählt) hat, ist ein solcher zu bestellen. Die freie Wahl des Verteidigers ist daher das Primäre, die Bestellung das Subsidiäre.

Ebenso eindeutig ist die Komplementärvorschrift des § 141 Abs. 1 StPO, der §143 StPO: Die Bestellung des Verteidigers ist zurückzunehmen, «wenn demnächst ein anderer Verteidiger gewählt wird und dieser die Wahl annimmt»⁵.

In ganz bestimmten Situationen lassen die §§ 145 Abs. 1 und 138 c Abs. 3 Satz 4 StPO von dem vorgenannten Grundsatz eine Ausnahme, d.h. die Bestellung eines Verteidigers auch dann zu, wenn der Beschuldigte bereits einen Verteidiger (gewählt) hat: §§145 Abs. 1 StPO dann, wenn der (gewählte) Verteidiger in der Hauptverhandlung ausbleibt, sich unzeitig entfernt oder sich weigert, die Verteidigung zu führen. Die Vorschrift betrifft also den Ausfall eines Verteidigers, nicht hingegen die bloße Möglichkeit, daß der Verteidiger ausfallen könnte. Nach § 138 c Abs. 3 Satz 4 StPO ist dem Beschuldigten bereits während der Dauer eines Verteidigerausschlußverfahrens (gem. §§138 a ff. StPO), ein anderer Verteidiger zu bestellen, um dessen ruhende Verfahrensrechte wahrzunehmen.

Ungeachtet der §§ 141 Abs. 1, bzw. 143 StPO und ungeachtet des Ausnahmecharakters der §§ 145 Abs. 1, bzw. 138 c Abs. 3 Satz 4 StPO, bestellen die Erstgerichte seit geraumer Zeit in Verfahren größeren Umfangs Verteidiger und entlassen diese auch später nicht, ohne Rücksicht darauf, daß der Beschuldigte einen Verteidiger (gewählt) hat und obwohl keine unter die genannten Ausnahmevorschriften zu subsumierende Verfahrenssituation vorliegt⁶.

4. Das Recht auf freie Wahl des Verteidigers ist in Art. 6 III EMRK garantiert. Es hat-nach heute h.M. -in der BRD Verfassungsrang. So z.B. BVerfGE 22, 71, 34, 302.

5. Vorausgesetzt, die gewählte Person ist gemäß § 138 StPO überhaupt zum Verteidiger wählbar und nicht im speziellen Fall von der Verteidigung ausgeschlossen, z.B. nach §138a oder 138b StPO.

6. so z. B. BGH, Goldammers Archiv für Strafrecht, 1971, 367. In dieser Entscheidung erklärte der BGH die Bestellung eines Verteidigers, dem der Beschuldigte zuvor das Mandat entzogen hatte, zum Pflichtverteidiger neben dem

Erklärter Zweck dieser Maßnahme ist die Verfahrenssicherung. § 338 Nr. 5 StPO droht die zwingende Aufhebung des Urteils an, wenn in einem Fall notwendiger Verteidigung die Hauptverhandlung ohne Anwesenheit eines Verteidigers durchgeführt wird.

Da nun der Verteidiger zur Anwesenheit nicht gezwungen und der Beschuldigte an der Entlassung des Wahlverteidigers nicht gehindert werden kann – es bedarf zu letzterer lediglich einer Mandatsentziehung ohne Angabe von Gründen – besteht theoretisch die Möglichkeit, daß der Beschuldigte allein oder im Zusammenwirken mit seinem Verteidiger den Ablauf des Verfahrens hemmen kann. Darüberhinaus besteht selbstverständlich immer auch die Gefahr eines ungewollten Verteidigerausfalles, die um so größer ist, je länger das Verfahren dauert.

Nach ständiger Rechtsprechung ist wegen § 338 Nr. 5 StPO die Bestellung eines zusätzlichen Verteidigers (bereits) dann geboten, «wenn sich die Gefahr abzeichnet, daß der gewählte Verteidiger seinen Aufgaben nicht werde nachkommen können oder wollen»⁷. Die Art der Hinderungsgründe ist dabei relativ gleichgültig. Überlastung oder Erkrankung des Wahlverteidigers kommen ebenso in Betracht, wie die Gefahr eines Verteidigerausschlusses, einer Mandatsentziehung oder – niederlegung. An die Begründetheit der Prognose einer solchen Gefahr werden um so geringere Anforderungen gestellt, je umfangreicher das Verfahren ist. In sogenannten Monsterverfahren ist der zusätzliche Verteidiger danach unvermeidlich⁸.

Nun könnte man meinen, daß der Beschuldigte, der auf diese Weise sogar zu mehr Verteidigern kommen kann, als ihm nach § 137 Abs. 1 Satz 2 zu wählen gestattet ist⁹, dadurch auch eine

neuen Wahlverteidiger ausdrücklich für zulässig. Vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 23.11.1966, NJW 1967, S. 944 und Urteil vom 28.4.1978, NJW 1979, S. 559.

7. Diese Formel geht auf eine Entscheidung des BGH vom 24.1.1961 (BGHSt 15, 309) zurück, in der dieser, ohne daß es für die Sachentscheidung notwendig gewesen wäre und auch ohne nähere Begründung, den wie sich erweisen sollte bedeutungsvollen Satz ausgesprochen hatte: «Das Gericht darf jedoch, wenn sich die Gefahr abzeichnet, daß der Verteidiger die zur reibungslosen Durchführung der Hauptverhandlung erforderlichen Maßnahmen nicht treffen kann oder nicht treffen will, neben dem Wahlverteidiger einen Pflichtverteidiger berufen, um damit den reibungslosen Fortgang der Verhandlung zu sichern».

8. WELP, Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens, ZStW 90, (1978) S. 101 ff. (122), m. N.

9. Nach dieser Vorschrift darf bekanntlich die Zahl der vom Beschuldigten gewählten Verteidiger drei nicht überschreiten. Zweck dieser Vorschrift ist es, den durch Mitwirkung einer Vielzahl von Verteidigern möglichen Mißbrauch der Verteidigung zur Prozeßverschleppung und Prozeßvereitelung zu verhindern

Verbesserung seiner Verteidigungschancen sehen müßte. Demgegenüber wehren sich die Beschuldigten in der Mehrzahl der Fälle aber vehement gegen die Bestellung eines zusätzlichen Verteidigers. Dieser wird damit gegen den ausdrücklichen Willen des Beschuldigten im Verfahren, in dem er von vornherein volle Verteidigerbefugnisse hat, tätig. In der Literatur hat sich für ihn daher die –sicher polemische– Bezeichnung «Zwangsvverteidiger¹⁰» eingebürgert. Der Grund, warum der Beschuldigte diesen Verteidiger als «Zwang» empfindet, kann einmal darin gelegen sein, daß er mit seiner Person nicht einverstanden ist¹¹, zum anderen kann sich seine Ablehnung aber auch daraus ergeben, daß er einen zusätzlichen Verteidiger überhaupt ablehnt¹².

Bei dieser Ausgangsbasis ist jedenfalls ein für eine effiziente Verteidigung des Beschuldigten erforderliches Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem zusätzlichen Verteidiger, also dem Zwangsvverteidiger, nicht zu erwarten, dafür aber im Gegenteil die Gefahr einander widersprechender Verteidigungsstrategien des Wahlverteidigers und des Zwangsvverteidigers. Mandatsniederlegung des Wahlverteidigers und Auseinandersetzungen zwischen dem Beschuldigten und dem Zwangsvverteidiger mit Entpflichtungsanträgen, ja sogar Tötlichkeiten waren in der Vergangenheit unliebsame Begleiterscheinungen, vor allem in den sogenannten Terroristenprozessen¹³, im Verlaufe derer die

(BGHSt 27, 124, 128). §137 Abs. 1 Satz 2 gilt nach h.M. nicht für bestellte Verteidiger, so daß ein Verteidiger auch dann bestellt werden kann, wenn schon drei Verteidiger gewählt sind.

10. Manchmal wird in der Literatur auch ein weiterer Zwangsvverteidigerbegriff verwendet und z.B. auch der Pflichtverteidiger als Zwangsvverteidiger bezeichnet, wenn der Beschuldigte eine Verteidigung durch einen Verteidiger überhaupt ablehnt oder doch mit der vom Gericht bestellten Person nicht einverstanden ist.

11. Nach herrschender Rechtsprechung hat der Beschuldigte nämlich keinen Anspruch auf Beiordnung des von ihm gewünschten Rechtsanwaltes, sondern nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung des Gerichtsvorsitzenden.

12. Dies kann, muß aber nicht daran liegen, daß der Beschuldigte den zusätzlichen Verteidiger als einen Erfüllungsgehilfen des Gerichtes ansieht, bzw. daß er dadurch seine Möglichkeiten der Verfahrensabotage durch Mandatsentziehung gefährdet sieht, sondern kann schlicht seinen Grund darin haben, daß er selbst der Auffassung ist, nur ein Verteidiger allein könne seine Interessen wirksam vertreten.

13. In den meisten, der nach den führenden Köpfen der Rote-Armee-Fraktion benannten «Baader-Meinhof-Prozessen» waren neben Wahl- auch Pflichtverteidiger tätig. Im Verfahren gegen die mutmaßlichen Mörder des Berliner Kammergerichtspräsidenten von Drenckmann und Entführer des CDU-Vorsitzenden Lorenz hatten die Beschuldigten ihre Pflichtverteidiger in die Zellen bestellt, dort verprügelt und am nächsten Tag im Gerichtssaal als «Zwangslouis» bezeichnet (ROPOHL, Der «Zwangsvverteidiger» – Ein Beitrag zur Problematik der vorsorglichen Bestellung von Pflichtverteidigern neben Wahlverteidigern im Hinblick auf die Prinzipien der Verfahrenssicherung, der freien Verteidigerwahl sowie der freien Advokatur, Dissertation, Hannover 1983, S. 15 f.

Literatur auf die Zwangsverteidigerpraxis, die es schon lange vorher gegeben hat, aufmerksam wurde.

II. Kritik des Zwangsverteidigers und Lösungsvorschläge

Nach anfänglich verschiedentlicher Ablehnung der vorsorglichen Verteidigerbestellung durch die Rechtsprechung als der gesetzlichen Regelung zuwiderlaufend und daher unzulässig¹⁴, sieht diese nunmehr in der vorsorglichen Verteidigerbestellung weitgehend ein «unabweisbares Bedürfnis der Verfahrenssicherung»¹⁵, in einzelnen Entscheidungen findet sich auch der Rückgriff auf die «prozessuale Fürsorgepflicht»¹⁶ des Gerichts für den Beschuldigten.

Die Zulässigkeit de lege lata wird damit begründet, daß die StPO die vorsorgliche Verteidigerbestellung zwar nicht ausdrücklich vorsehe, aber auch nicht verbiete¹⁷. Dem widersprechen jedoch – wie schon eingangs ausgeführt – eindeutig die §§141 Abs. 1 Satz 1, bzw. 143 StPO¹⁸.

Was die Fürsorgepflicht des Gerichtes anbelangt, so wird argumentiert, daß die durch den zusätzlichen Verteidiger bewirkte Verfahrensbeschleunigung nicht nur im öffentlichen Interesse liege, sondern vor allem auch dem Schutz des Beschuldigten diene, dem Art. 6 I EMRK ein Recht auf Verfahrensbeschleunigung einräume¹⁹.

Die Nachteile die der Zwangsverteidiger für die Verteidigung des Beschuldigten mit sich bringen kann, sind evident und wurden oben schon genannt. Auch ohne tiefschürfende Erörterungen über

14. RÖMER, Der aufgenötigte Pflichtverteidiger, ZRP 1977, 92 ff.

15. Z.B. Entscheidung des BGH vom 16.6.1971, Goldammers Archiv für Strafrecht, 1971, S. 367 f.

16. Z.B. OLG Hamm, Beschluß vom 23.6.1978, NJW 1978, 1986.

17. Z.B. KLEINKNECHT, Kommentar zur StPO, 36. Aufl. (1983), Rdnr. 3 zu § 141.

18. So z.B. RÖMER, Pflichtverteidiger neben Wahlverteidiger? – Der aufgenötigte Pflichtverteidiger, ZRP 1977, 92 ff., der de lege lata eine vorsorgliche Verteidigerbestellung nur dann für zulässig ansieht, wenn eine analoge Anwendung des § 145 Abs. 1. StPO in Frage komme. Dazu müsse aufgrund bestimmter Tatsachen bereits vorher feststehen, daß (1) der bisherige Wahlverteidiger in der Hauptverhandlung ausfallen wird und (2) der Angeklagte dann dort auch wirklich ohne irgendeinen (Wahl)Verteidiger sein wird.

19. Nach Art. 6 Abs. 1. EMRK hat jeder das Recht, daß «seine Sache in billiger Weise...und innerhalb einer angemessenen Frist» entschieden wird.

Rechtsnatur, Inhalt und Umfang der gerichtlichen Fürsorgepflicht für den Beschuldigten kann angesichts des Gewichtes, das der Verteidigung des Beschuldigten vom Gesetz beigemessen wird (vgl. insbesondere das Recht auf freie Verteidigerwahl des §137 StPO und der absolute Revisionsgrund des §338 Nr. 5 StPO bei Verhandlung in Abwesenheit eines «notwendigen» Verteidigers), kaum ein Zweifel darüber bestehen, daß die Zwangsverteidigerbestellung mit gerichtlicher Fürsorge für den Beschuldigten nichts zu tun hat. Sie gewährleistet nicht mehr, als daß er im Falle einer notwendigen Verteidigung formell einen Verteidiger hat, seine Verteidigung im eigentlichen Sinne des Wortes kann sie hingegen gerade nicht bewerkstelligen.

Die Kommentarliteratur hat sich mit der Zwangsverteidigerpraxis der Gerichte unter Hinweis auf das Bedürfnis nach Verfahrenssicherung weitgehend abgefunden²⁰. In der übrigen Literatur wird das Bedürfnis nach Verfahrenssicherung zwar auch regelmäßig anerkannt, die gegenwärtige Zwangsverteidigerpraxis jedoch überwiegend für de lege lata unzulässig erklärt^{20a}.

De lege ferenda werden folgende Vorschläge gemacht, die sowohl dem Interesse des Staates auf Beginn und Abschluß eines Strafverfahrens in angemessener Zeit, als auch dem Interesse des Beschuldigten an einer effizienten Verteidigung, ausreichend Rechnung tragen sollen:

- Der «Ersatzverteidiger»

SCHMIDT-LEICHNER²¹ hat zum ersten Mal vorgeschlagen, in Anlehnung an den in § 192 GVG vorgesehenen Ergänzungsrichter²² einen Ersatzverteidiger in die StPO einzuführen. Seine Funktion soll es sein, das als unerträglich empfundene Nebeneinander von Vertrauens- und Zwangsverteidiger mit jeweils voller Verteidigerbefugnis im Verfahren und der damit bestehenden Gefahr konfligierender Verteidigungsstrategien, zu verhindern. Deshalb soll der Ersatzverteidiger zwar während der gesamten Hauptverhandlung anwesend sein und auch gewisse Rechte, wie z.B. Akteneinsichtsrechte und Informationsrechte haben, die es ihm ermöglichen, im Bedarfsfall, d.h. also bei Ausfall des Wahlverteidigers

20. KLEINKNECHT, a.a.O. (Fußnote 17).

20a. vgl. die Nachweise bei ROPOHL, a.a.O. (Fußnote 13), S. 37.

21. Strafverfahrensrecht 1975—Fortschritt oder Rückschritt?, NJW 1975, 417 ff. (422).

22. Dieser kann bei Verfahren von längerer Dauer zugezogen werden. Er ist während der gesamten Verhandlung anwesend und hat in dieser auch alle Rechte eines Richters. An Beratungen nimmt er jedoch erst teil, wenn ein Richter verhindert ist.

die Verteidigung fortzuführen, ohne daß eine Aussetzung der Hauptverhandlung erfolgen muß. Volle Verteidigerbefugnisse soll er hingegen erst dann erhalten, wenn er gebraucht wird, d.h., wenn der Wahlverteidiger ausfällt²³.

Der Ersatzverteidiger hat in der Literatur viel Zustimmung gefunden²⁴. Der Arbeitskreis Strafprozeßrechtsreform²⁵ hat in seinem 1979 vorgelegten Gesetzesentwurf²⁶ in den §§16 und 17 das Modell eines Ersatzverteidigers für umfangreiche Verfahren²⁷ ausformuliert. Der Referentenentwurf zum Strafverfahrensänderungsgesetz²⁸ hat sich ebenfalls für die Einführung eines Ersatzverteidigers zur Verfahrenssicherung ausgesprochen.

Die Kritik am Ersatzverteidiger besteht in erster Linie darin, daß er die mit dem Zwangsverteidiger verbundene Möglichkeit konfligierender Verteidigungsstrategien des Wahl- und des Zwangsverteidigers in Wirklichkeit gar nicht beseitigt, sondern nur von einem Nebeneinander in ein Nacheinander verwandelt. «Es mindert (aber) den Nachteil konfligierender Verteidigungsstrategien kaum, wenn sie nicht nebeneinander, sondern nacheinander auftreten²⁹. Der zweite Angelpunkt der Kritik ist die Denaturierung des Ersatzverteidigers: Da er erst dann volle Verteidigerrechte erhält, wenn der Wahlverteidiger ausfällt, muß er (der Ersatzverteidiger) auf einer «Verteidigungsstrategie aufbauen, die nicht die seine ist und die er – sonst würde er vom Beschuldigten und vom Wahlverteidiger akzeptiert und wäre daher nicht auf die Ersatzverteidigerrolle beschränkt – nicht für richtig hält³⁰.

23. Korrespondierend dazu sollen die Verteidigerrechte ab Wiedereintritt des Vertrauensverteidigers wieder eingeschränkt werden.

24. Vergleiche MÜLLER-MEININGEN, Anwaltsblatt 1978, S. 218; ROXIN, Strafverfahrensrecht, 16. Aufl., München 1980, S. 95; LAMPE, JZ 1974, S. 699.

25. Ziel dieses, aus den Universitätsprofessoren BEMMANN, GRÜNWALD, HASSEMER, KRAUSS, LÜDERSSEN, NAUKE, RUDOLPHI und WELP bestehenden Arbeitskreises ist die Erarbeitung eines Konzeptes eines modernen Strafverfahrensrechtes.

26. Die Verteidigung-Gesetzesentwurf mit Begründung, Heidelberg-Karlsruhe 1979.

27. Als umfangreiche Verfahren verstehen die Verfasser solche Prozesse, deren Umfang es voraussichtlich nicht erlauben wird, daß sich ein neuer Verteidiger innerhalb der Unterbrechungsfrist des §229 Abs. 1. StPO, also innerhalb von 10 Tagen, in den Prozeßstoff einarbeiten kann.

28. Referentenentwurf zur Änderung strafverfahrensrechtlicher Vorschriften-StVÄG 1983—, vgl. Dokumentation, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins u.a., Strafverteidiger 1983, S. 214 ff. Von den Vorstellungen des Arbeitskreises Strafprozeßrechtsreform unterscheidet sich der Referentenentwurf vor allem in der Regelung des Einflusses des Beschuldigten auf die Person des zum Ersatzverteidiger Bestellten.

29. RIESS, zit. nach Dokumentation, ...a.a.O. (Fußnote 28).

30. RIESS, a.a.O. (Fußnote 29).

Die der (notwendigen) Verteidigung zukommende Funktion – Schutz und Unterstützung des Beschuldigten – könnte der Ersatzverteidiger nur dann erfüllen, wenn für ihn das gelten soll, was in der Rechtsprechung bei Eintritt eines neuen Verteidigers sonst allgemein anerkannt wird,³¹ daß nämlich seinen Anträgen auf Wiederholung der Beweisaufnahme stattgegeben wird, was im Extremfall die Wiederholung der gesamten Beweisaufnahme bedeuten könnte. Damit ginge allerdings der verfahrensbeschleunigende Effekt, der mit dem Ersatzverteidiger erzielt werden soll, zumindest zum guten Teil wieder verloren. Um das zu verhindern, heißt es denn auch in der Begründung zu §144 Abs. 5 des Referentenentwurfes, daß der Ersatzverteidiger das Verfahren in der Lage übernehmen müsse, in der es sich zu dem Zeitpunkt, in dem er in die volle Verteidigerposition eintritt, befindet³².

Damit ist der Ersatzverteidiger aber, wie schon gesagt, auch keine Lösung, die geeignet wäre, einen angemesseneren Interessensausgleich zwischen Beschuldigten – und Verfahrensinteressen zu bewirken, als der Zwangsverteidiger.

– Abschaffung, bzw. Einschränkung der notwendigen Verteidigung.

Ohne das Institut der notwendigen Verteidigung gibt es keine Möglichkeit der Verfahrenssabotage durch Mandatsniederlegung, bzw. – entziehung. Fiele also der absolute Revisionsgrund des §338 Nr. 5 StPO, so könnte auch ohne einen Verteidiger (weiter)verhandelt werden. Damit wäre die prophylaktische Verteidigerbestellung überflüssig und das Problem des Zwangsverteidigers scheint gelöst zu sein.

HAFFKE³³ sieht im Anschluß an WELP³⁴ in der notwendigen Verteidigung eine Verletzung des Verfassungsrang einnehmenden Autonomieprinzipes. Seine Kritik beruht im wesentlichen auf drei Prämissen: (1) Um die Subjektsqualität des Beschuldigten zu gewährleisten, müsse ihm ein prozessualer Handlungspielraum eingeräumt werden, den er eigenständig und ohne staatliche Bevormundung ausfüllen kann. (2) Der Zwang zur Verteidigung beeinträchtigt dieses Autonomieprinzip im Kern und (3) die Verteidigung sei keine notwendige Bedingung des gerechten Urteils, sondern nur eine zusätzliche, verzichtbare Sicherung^{34a}.

31. vgl. z.B. BGHSt 13, 337 ff., (339).

32. ROPOHL, a.a.O. (Fußnote 13), S. 202.

33. Zwangsverteidigung–notwendige Verteidigung–Pflichtverteidigung–Ersatzverteidigung, Strafverteidiger 1981, S. 471 ff.

34. Der Strafverteidiger als Anwalt des Vertrauens, ZStW 90 (1978), S. 101 ff.

34a. RIESS, Pflichtverteidigung–Zwangsverteidigung–Ersatzverteidigung, Reform

Darauf aufbauend schlägt HAFFKE de lege ferenda vor, daß einerseits zwar Vorsorge zu treffen sei, daß der Beschuldigte sich tatsächlich durch einen gewählten Verteidiger seines Vertrauens verteidigen lassen könne³⁵, daß andererseits aber auch der Wille des Beschuldigten, der trotz dieses Angebotes auf Verteidigung keinen Wert legt, zu respektieren sei, vorausgesetzt, der Beschuldigte ist geistig dazu in der Lage, die Tragweite seines Entschlusses zu erkennen.

Auf für und wider eines strafprozessualen Autonomieprinzipes und den von HAFFKE daraus gezogenen Schlüssen, kann und braucht hier nicht eingegangen zu werden³⁶. Für die Lösung des Problemes der prophylaktischen Verteidigerbestellung um die es hier geht, ist mit Anerkennung des Autonomieprinzipes nichts gewonnen, da der Beschuldigte, der sich einen Verteidiger gewählt hat, sich ja verteidigen lassen will und zwar auch dann, wenn er dem konkreten Verteidiger—aus welchem Grund auch immer—das Mandat entzogen hat, sofern er sich nur einen anderen Verteidiger wählen will.

Will man das Problem des Zwangsverteidigers durch Abschaffung der notwendigen Verteidigung beseitigen, muß man noch einen Schritt weiter gehen, wie dies etwa RIESS³⁷ mit seiner sog. Verwirkungslösung getan hat. Diese Idee baut—wie ihr Urheber es nennt—auf ein «beschränktes» Autonomieprinzip auf. In jenen Fällen, in denen dem Angeklagten der Ausfall des Verteidigers «zuzurechnen» sei, soll die Hauptverhandlung auch gegenüber dem nicht anwaltlich vertretenen Beschuldigten durchgeführt werden können. Es müsse dann nur dafür gesorgt werden, daß dem Beschuldigten bald wieder ein Verteidiger zur Seite stehe.

Das Hauptproblem dieser Lösung besteht in der Zurechnungsformel. Kriterien dafür, wann dem Angeklagten der Verteidigerausfall zuzurechnen sei, gibt RIESS auch nicht an.

Der Gesetzgeber könnte hierzu einmal objektive Kriterien dafür angeben, wann ein Verteidigerausfall dem Beschuldigten zuzurechnen ist. Der Mißbrauch des Rechtes auf Verteidigung würde sich dann schon aus dem äußeren Erscheinungsbild

der notwendigen Verteidigung, Strafverteidiger 1981, 460 ff. (461).

35. Das heißt also, Befreiung des derzeitigen Pflichtverteidigersystems von der Armenrechtsersatzfunktion und Ersetzung durch ein Angebot an prozessualer Hilfe, das es dem Beschuldigten ermöglicht, einen Verteidiger seines Vertrauens zu wählen.

36. Zur Kritik am Autonomieprinzip vgl. eingehend, ROPOHL, a.a.O., S 156 ff.

37. a.a.O. (Fußnote 34a).

ergeben³⁸. Das könnte etwa durch Anordnung geschehen, daß gegen den Beschuldigten, der schon ein-, zwei- oder x-mal den Verteidiger gewechselt hat, auch ohne Anwesenheit eines solchen verhandelt werden kann. Den Gerichten wäre damit eine klare Entscheidungsbasis vorgegeben, jedoch muß auch mehrmaliger Verteidigerwechsel durch den Beschuldigten noch keineswegs bedeuten, daß der Verteidigerwechsel zum Zwecke der Verfahrensverzögerung vorgenommen wurde³⁹. Um festzustellen, ob der Beschuldigte in einem solchen Fall sein Recht auf freie Verteidigerwahl mißbräuchlich verwendet hat, müßte im Einzelfall auf seine damit verbundenen Motive zurückgegriffen werden. Diese Lösung ist daher den gleichen Bedenken ausgesetzt, wie eine Mißbrauchsklausel etwa der Art, daß das Recht auf freie Verteidigerwahl dann als verwirkt gilt, wenn die Mandatsniederlegung oder-entziehung «offensichtlich nur zur Prozeßverschleppung erfolgt ist». Wenngleich auch für solche Mißbrauchsklauseln Beispiele in der StPO zu finden sind⁴⁰, so ist auch dieser Weg aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen, da subjektive Vorgänge sich «in den Köpfen der Prozeßparteien abspielen»⁴¹ und «Motivforschung» nicht Aufgabe des Gerichtes sein kann.

- Der «Ergänzungsverteidiger»

ROPOHL⁴² schlägt die Einführung eines sogenannten Ergänzungsverteidigers in die StPO vor. Ausgangspunkt dieses Modelles ist die These, daß die Mitwirkung von mindestens zwei Verteidigern prinzipiell geeignet sei, der Gefahr eines Verteidiger-ausfalles und damit eines der Fortsetzung der Hauptverhandlung entgegenstehenden, verteidigungslosen Zustandes zu verringern. Von Anfang an müßten daher zwei Verteidiger im Verfahren mitwirken, die die Verteidigung gemeinschaftlich führen. Daher müßten beide Verteidiger Vertrauensverteidiger des Beschuldigten sein. Weiter sei Voraussetzung, daß einer der beiden Verteidiger ein bestellter Verteidiger sei, also ein Verteidiger, dem der

38. Als Beispiel für eine Regelung, in der dieses Prinzip verwirklicht wurde, ließe sich etwa § 137 Abs. 1 Satz 1-Beschränkung der Zahl der Wahlverteidiger auf drei-nennen, den der Grundgedanke leitet, eine größere Zahl von Wahlverteidigern berge die Gefahr der Prozeßverschleppung in sich. ROPOHL, a.a.O., S. 172.

39. ROPOHL, a.a.O., S. 174.

40. vgl. etwa §266 Abs. 3 Satz 1 StPO, der im Falle einer Nachtragsanklage die Ablehnung der Unterbrechung des Verfahrens vorsieht, wenn der Unterbrechungsantrag «offenbar mutwillig oder zur Verzögerung des Verfahrens» gestellt ist.

41. ROPOHL, a.a.O., S. 174 f

42. ROPOHL, a.a.O., S. 208 ff, der damit auf einer Idee von Schneider, Notwendige Verteidigung und Stellung des Pflichtverteidigers im Strafverfahren, Diss. 1979, S. 99 ff., aufbaut.

Beschuldigte nicht von sich heraus das Mandat entziehen könne damit er es nicht in der Hand habe, einen verteidigungslosen Zustand herbeizuführen. Da aber auch der bestellte Verteidiger Vertrauensverteidiger sein müsse, liege seine Auswahl notwendigerweise beim Beschuldigten. Dementsprechend müßte bei Verlust des Vertrauens ein Entpflichtungsanspruch des Beschuldigten verankert werden⁴³.

Mandatentziehung und Vertrauensentzug zum Zwecke der Verfahrenssabotage sollen dadurch verhindert werden, daß erstens die Verteidiger niemals gleichzeitig, sondern immer nur sukzessive, bzw. nach Einarbeitung des neuen Verteidigers, aus dem Verfahren ausscheiden dürften. Zweitens soll der Beschuldigte einen im Verfahren befindlichen (notwendigen) Verteidiger grundsätzlich nur zweimal auswechseln können. Ein darüber hinausgehender Verteidigerwechsel sei nur zulässig, wenn gleichzeitig sichergestellt sei, daß keine Verfahrensverzögerung eintrete⁴⁴.

Ohne daß auf dieses Modell hier aus Platzgründen näher eingegangen werden könnte, scheint der «Ergänzungsverteidiger» tatsächlich der Weg zu sein, der die Verteidigungsinteressen des Beschuldigten noch am wenigsten beeinträchtigt, wenngleich auch diese Lösung—wie sich aus der Beschränkung auf einen zweimaligen Verteidigerwechsel ergibt—davon ausgeht, daß mehrmaliger Verteidigerwechsel immer ein sicheres Indiz für die Absicht der Verfahrenssabotage ist⁴⁵ und daran die entsprechende Folge knüpft. Sind die anderen Lösungen nicht ohne erhebliche Rückwirkungen auf die Struktur des Strafprozesses durchführbar, so spricht gegen den «Ergänzungsverteidiger» meiner Meinung nach der doch beträchtliche, vor allem finanzielle Aufwand, den seine Einführung zwangsläufig mit sich bringt.

Kosten-Nutzen-Überlegungen sind m.E. aber in der Lösung der Zwangsverteidigerproblematik angebracht. In der jahrelangen Diskussion um den Zwangsverteidiger fällt nämlich auf, daß sich in der Praxis keine nennenswerten Beispiele für eine Verfahrenssabotage durch Ausnützung der notwendigen Verteidigung finden lassen⁴⁶. Unterstellt man aber einmal, Verfahrenssabotage unter Zuhilfenahme des Institutes der notwendigen Verteidigung hätte tatsächlich das Gewicht, das ihr in der Diskussion um den

43. ROPOHL, a.a.O. S. 214.

44. ROPOHL, a.a.O., S. 223 f.

45. Eine Konsequenz, die ROPOHL bei der Kritik der Verwirkungslösung von RIESS selbst ablehnt, a.a.O.

46. WÄCHTLER, Ersatzverteidigung—Eine Alternative zur Zwangsverteidigung?, Strafverteidiger 1981, S. 466 ff.

Zwangverteidiger beigemessen wird, so muß man sich m.E. zwei Fragen stellen:

1. Welche Gründe können einen Beschuldigten vernünftigerweise dazu veranlassen, das Urteil mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln hinauszuzögern und

2. gibt es nicht auch Möglichkeiten eine Verfahrensabschottung zu verhindern, ohne daß es dazu einer Reform der Bestimmungen über die Strafverteidigung bedurfte?

Zu 1. Rational scheinen nur zwei Motive des Beschuldigten, das Verfahren zu verzögern und damit das Urteil hinauszuschieben: Einmal die Verlängerung der Dauer der Untersuchungshaft desjenigen Beschuldigten, der eine längere Freiheitsstrafe erwartet, da die Einschränkungen, denen er in der U-Haft ausgesetzt ist, sehr viel weniger einschneidend sind als diejenigen, die ihn in der Strafhaft erwarten⁴⁷.

Leisten können sich solche Überlegungen ohnehin nur sehr begüterte Beschuldigte, da die Verfahrenskosten, d.h. in erster Linie die Verteidigerkosten mit Zunahme der Verfahrensdauer nicht abnehmen. Auf der anderen Seite dürfte auch das Interesse eines Verteidigers an einem überlangen Strafverfahren begrenzt sein, da ein laufendes Strafverfahren ihn in seiner Dispositionsfähigkeit über seinen Terminkalender erheblich beeinträchtigt.

Als zweites Motiv des Beschuldigten das Verfahren zu verzögern, bzw. das Urteil hinauszuschieben, käme die Erwartung des Eintrittes gesundheits- und/oder altersbedingter Verhandlungs- und/oder Haftunfähigkeit in Frage. Die Zahl der dafür in Frage kommenden Beschuldigten dürfte aber noch geringer sein, als die Zahl derjenigen, die die Dauer der U-Haft zu Ungunsten der Strafhaft in die Länge ziehen wollen.

Zu 2. Sollte tatsächlich eine beachtliche Anzahl von Beschuldigten die Verzögerung des Verfahrens zur Verlängerung der U-Haft anstreben—was zu untersuchen wäre—so kann die Konsequenz nicht darin bestehen, dies durch Einschränkungen der Verteidigungsechte zu unterbinden, sondern die Lösung des Problems müßte auf der Ebene erfolgen, wo es auftritt, also etwa durch Beseitigung des Mißverhältnisses zwischen U-Haft und Strafhaftbedingungen.

Unabhängig davon ist folgendes zu überlegen:

Verfahrensabschottung kann—wirksam—nur in Verfahren eines

47. Ein Gesetz über den Vollzug der U-Haft existiert in der BRD nicht. Verglichen mit den sehr einschneidenden und m.E. teilweise äußerst kleinlichen Regelungen der Rechte des Strafgefangenen im Strafvollzugsgesetz, lassen die im § 119 StPO aufgestellten Grundsätze einen weiten Spielraum.

Umfanges betrieben werden, der es einem gem. § 145 Abs. 1 zu bestellenden Verteidiger nicht ermöglicht, sich innerhalb der gesetzlichen Unterbrechungsfrist des § 229 Abs. 1 StPO, also innerhalb von 10 Tagen, in den Prozeßstoff einzuarbeiten. Nach der Justizstatistik nahmen 1979 2,8% der erstinstanzlichen landgerichtlichen Verfahren, 0,02% aller Berufungsverfahren und 0,002% aller amtsgerichtlichen Verfahren mehr als 10 Tage in Anspruch⁴⁸. Das ist nicht gerade ein überwältigender Anteil an der Gesamtheit der Strafverfahren. Darüberhinaus sagen diese Zahlen aber nichts darüber aus, warum diese Verfahren eine bestimmte Dauer beanspruchten. Ergebnisse einer diesbezüglichen Rechts-tatsachenforschung liegen ebenfalls nicht vor⁴⁹. In einem Verfahren gegen vier führende Mitglieder der Rote-Armee-Fraktion hat das OLG Stuttgart als Beleg für die Undurchführbarkeit der Hauptverhandlung gegen die nur eingeschränkt verhandlungsfähigen Angeklagten, bei Beschränkung auf jeweils einige Verhandlungstage und -stunden, ausgeführt, daß die Bundesanwaltschaft 997 (!) Zeugen und 80 (!) Sachverständige benannt hatte⁵⁰. Das führt zu der Frage, ob es nicht etwa eine Möglichkeit gibt, Verfahren nicht erst zu Monsterverfahren werden zu lassen, die dann wiederum dem Beschuldigten die Möglichkeit zur Verfahrensabotage durch Verteidigerwechsel eröffnen und das Gericht dazu veranlassen können, die Verteidigerrechte des Beschuldigten durch Bestellung eines Zwangsverteidigers einzuschränken.

Ein Weg dahin könnte der von der Abteilung Strafrecht des 50. Deutschen Juristentages⁵¹ gemachte Vorschlag sein, statt einer eigenen Verfahrensordnung für Großverfahren, das Strafverfahrensrecht und die Justizpraxis so zu reformieren, daß sogenannte Großverfahren überhaupt nach Möglichkeit vermieden werden oder doch eingeschränkt werden können. Ein geeignetes Mittel hierfür sehen die Unterzeichner der Empfehlung in der Einschränkung des Prozeßstoffes. Dazu sollen die nach dem geltenden Recht hierfür nach §§ 154 und 154 a StPO bestehenden Möglichkeiten – Teilverzicht auf Strafverfolgung bei mehreren Taten, bzw. Verzicht auf Verfolgung einzelner Teile einer Tat – durch Reform dieser Bestimmungen ausgebaut und erweitert werden.

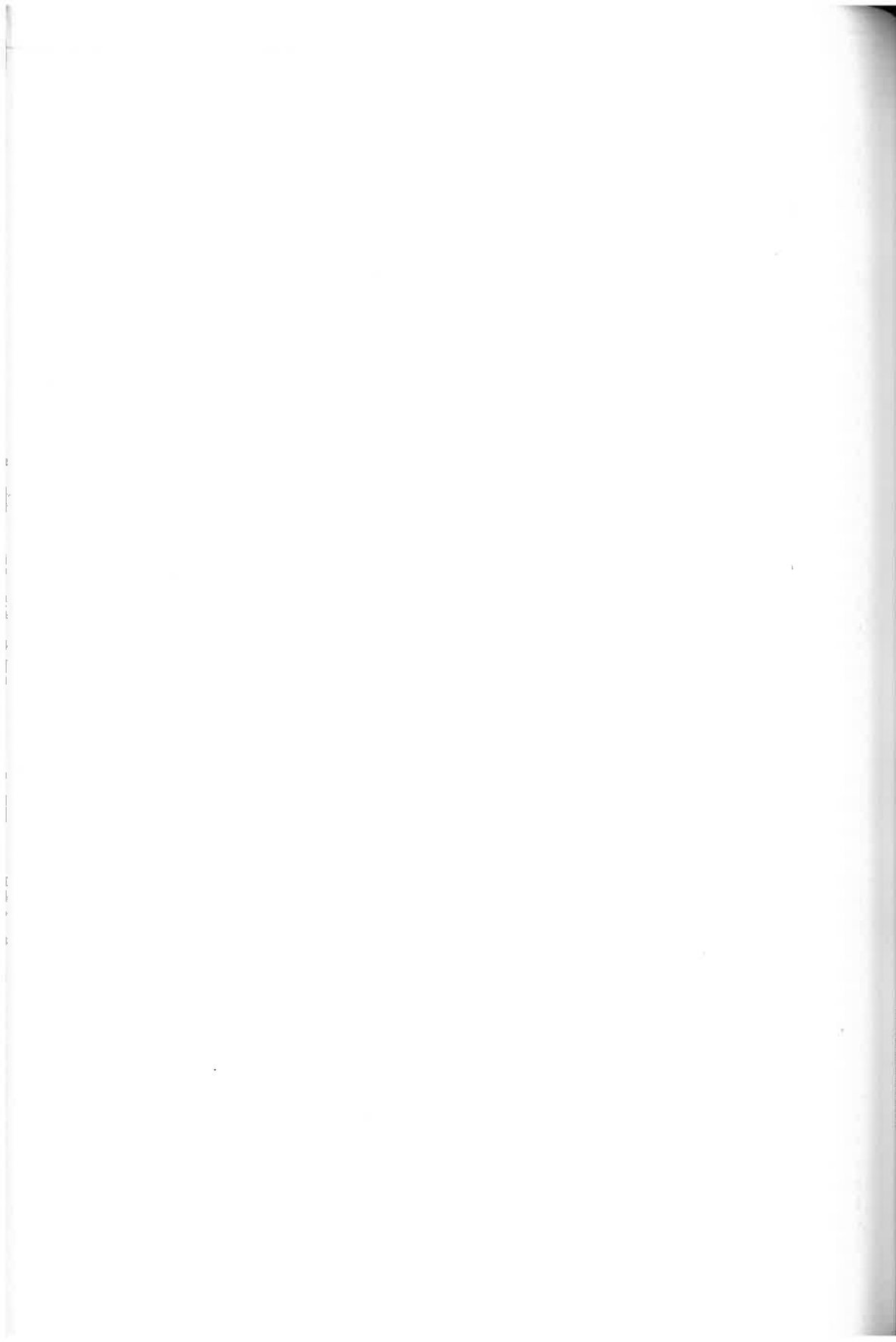
Diesem Vorschlag schließe ich mich an.

48 zitiert nach ROPOHL, a.a.O., S. 226.

49. vgl. FROHN, in diesem Band.

50. vgl. GRÜNWALD, Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 22.10.1975, BGHSt 26, 228, bzw. zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichtshofes vom 21.1.1976, BVerfGE 41, 246, JZ 1976, 767 ff. (769).

51. Vgl. Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Hamburg 1974, Band II, Teil K, S. 270 f.



Die Tricks des Verteidigers

I. Vor ein paar Jahren ist in unserem Land ein Buch erschienen - eine Schmähchrift über die Methoden derjenigen, die in irgendeiner Weise zur Rechtsprechung beitragen: es handelt sich um das «Handbuch des guten Diebes» von H. Petropoulos. Dieses Buch ist anfänglich von den griechischen Strafgerichten wegen mancher seiner Seiten als unsittliche Druckschrift bezeichnet worden. Die Wertung des erkennenden Gerichts soll jedoch nach der Aufhebung des Urteils durch den Areios Pagos noch wiederholt werden¹

In diesem Handbuch und im Rahmen einer harten und ungerecht verallgemeinernden Kritik an den Verteidigungs-

1. ΑΠ 546/1983, ΝοΒ 31(1983) 714.

methoden wird erwähnt², daß der Verteidiger des guten Diebes die veralteten Auffassungen des Richters über Gerechtigkeit, Straftat und Züchtigung teilt. Gleichzeitig wird die Verteidigungstaktik der Anpassung im Verhältnis zu den Vorbildern des Richters analysiert^{2a}: «Der Angeklagte sitzt während der Hauptverhandlung auf der Anklagebank wie die heilige Jungfrau. Er bleibt still, antwortet mit wenigen Worten, verhält sich bescheiden, gibt Erklärungen mit Unterwürfigkeit, spielt den bitter Reumütigen vor; er sieht dem Richter in die Augen und bedankt sich beim Staatsanwalt auch, wenn dieser ihn ausschimpft, vermeidet die «Gaunersprache», stellt taktvoll die Aussagen der Belastungszeugen in Frage, wird Anhänger der stoischen Philosophie, hustet nicht, regt sich nicht auf, lächelt nicht, atmet fast nicht».

Auch wenn die Verallgemeinerung von Grenzfällen lückenhaft und voreilig ist, so müssen wir doch zugeben, daß es Zustände, die nicht weit von den oben genannten entfernt sind, gibt und sie nicht selten im Rahmen der strafrechtlichen Rechtsprechung zu finden sind. Entsprechende Aussagen sind auch schon früher aus Kreisen der Wissenschaft gemacht worden. Ein Ereignis aus jüngster Zeit, das ich miterlebt habe, ist ziemlich charakteristisch und deshalb lohnend erwähnt zu werden: vor ein paar Monaten sind vom Landesgericht Thessaloniki Mitglieder der ökologischen Bewegung, die für die Durchsetzung ihrer Ziele demonstriert hatten, wegen Verkehrsstörung verurteilt worden. Im Rahmen der Vorbereitung der Verteidigung-einen Tag vor der Hauptverhandlung-haben die Verteidiger den Angeklagten mitgeteilt, daß eine Reihe von Entlastungszeugen aussagen wolle. Dabei handele es sich um «bekannte Persönlichkeiten, Wissenschaftler, Studenten -also um «gute Kinder». Die Angeklagten waren über diese Beschreibung der Zeugen ausgesprochen verstimmt. Mehr oder weniger einstimmig haben sie diese einseitigen Bewertungskriterien für die «Güte der Zeugen» als erniedrigend empfunden und darauf bestanden, daß sich die Zeugen bei ihren Aussagen auf die Tatsachen beschränkten, also nur das aussagen sollten, was geschehen oder nicht geschehen sei.

II. Diese Beispiele zeigen eine wichtige Kategorie der Praktiken auf, die Rechtsanwälte in Strafsachen benutzen: nämlich die Versuche, Haltung und Auftreten des Angeklagten auf die

2. S. 103

2a S. 100-101

3. S. K. Bratsos, Die Ausübung der anwältlichen Profession als soziales Amt, 1961, S. 71: «---man merkt ein täuschendes Verhalten, und infolgedessen ist Volksüberzeugung geworden, daß der Anwalt die Arglist und die Lüge als die Grundartikeln des rechtsanwältlichen Sollens hält.»

bekanntem Vorurteil und Besonderheiten des erwarteten Richters abzustimmen, Versuche, die manchmal für den Zuschauer zu einer unterhaltsamen Wandlung von Wölfen in Schafe führen.

Zu dieser Reihe von Praktiken zählen natürlich noch andere Methoden: der Versuch, durch Geltendmachung von Vertagungsgründen mittelbar Einfluß auf die Gerichtszusammensetzung zu erlangen, die Bitte, die Sache möglichst frühzeitig oder langfristig zu terminieren; und die Ausnutzung von bestimmten praktischen Erfahrungen, wie z.B. diejenigen, daß eine Schlußfolgerung besser bereits während der Beweisaufnahme als erst im Plädoyer eingeführt wird, oder daß eine Begrenzung oder Ausweitung der Beweismittel je nach Lage der Dinge sich für den Angeklagten günstig oder ungünstig auswirken kann.

Diese unterschiedlichen Praktiken sind in dem Bereich zwischen dem Handeln zur Wahrheitsfindung und rechtswidrigem und strafbarem Verteidigerhandeln anzusiedeln (zu letzterem gehört etwa die Vorlegung von falschen Beweismitteln). Damit wird zugleich das hier zu behandelnde Problem abgegrenzt: nicht abgehandelt wird die Frage der Rechtmäßigkeit des Verteidigerhandelns in diesen Fällen, da sie nicht bezweifelt werden kann. Ebenso wenig sind die Methoden, mit denen die objektive Wahrheit erforscht werden kann, Gegenstand dieser Überlegungen. Behandelt werden soll hier vielmehr die Frage, wie aus wissenschaftlicher Sicht das Handeln eines Verteidigers zu bewerten ist, das nicht oder nicht ausschließlich auf die objektive Wahrheitsfindung ausgerichtet ist.

Es ist offensichtlich, daß die Beantwortung dieser Frage unmittelbar durch die unterschiedlichen Auffassungen über Stellung und Aufgaben des Verteidigers beeinflußt wird. Die Antwort derer, die das Hauptgewicht im Beitrag des Verteidigers für die Wahrheitserforschung sehen⁴, fällt anders aus als diejenige derer, die seine, einseitig die Interessen des Angeklagten, fördernde Rolle betonen. Einseitigkeit kann dabei sowohl aus juristischer Sicht (da das Hervorheben dieser Faktoren, die dem Angeklagten nutzen, zu einer moralisch gerechtfertigten Synthese beitragen⁵), wie auch aus soziologischer Sicht (weil es z. B. angenommen wird, daß der Rechtsanwalt nicht auf Objektivität und Gerechtigkeit abzielt, sondern auf unmittelbare Einmischung und Aneignung der

4. I. Zissiadis, *Strafprozeßrecht*, I (1977), S. 129–130.

5. So G. A. Mangakis, *Das moralische Problem der Verteidigung*, *Strafrechtliche Chronik* 1965, S. 257–267, 266. Dogmatisches Argument für die gleiche Auffassung, bei T. Philippidis, *Handbuch der Gerichtspsychologie I* (1979), 168.

staatlichen Gewalt⁶⁾ begründet werden. Das Problem einseitigen Verteidigerhandelns ist aber umfassender und liegt außerhalb des Rahmens dieses Referates.

Hier sollen nur die Beziehungen dieser Praktiken zur Rechtswissenschaft beleuchtet werden. Aus diesem Blickwinkel wird deutlich, daß die alltägliche Verteidigungstaktik vom wissenschaftlichen abweicht. Zwar könnten z. B. das Schweigerecht des Angeklagten und das Recht des Verteidigers, Teile der Wahrheit nicht vortragen zu müssen (also sich auf das, was vorgebracht wird, und nicht auf das, was passiert ist, zu beziehen⁷⁾) die eingangs beschriebenen Verteidigungspraktiken legitimieren, was aber nicht bedeutet, daß solche Verhaltensweisen damit aus wissenschaftlicher Sicht gleichzeitig gerechtfertigt wären.

Im Rahmen dieses Referats kann natürlich keine umfassende wissenschaftliche Behandlung der Aufgaben und Funktionen des Juristen vorgenommen werden. Wir müssen uns mit der vereinfachten Darstellung zufrieden geben, daß die Bemühungen des Juristen um die Erkenntnis der objektiven Wahrheit wissenschaftlichen Charakter haben, und daß das Ergebnis dieser Bemühungen im Strafverfahren zur Auswahl einer dem Unrecht und der Schuld des konkreten Täters entsprechenden Rechtsfolge führen muß.

Da aber auch Juristen das «soziale Wissen» und die «soziale Wahrheit» suchen, die das Verhalten des Menschen in der Gesellschaft betreffen, können juristische Feststellungen nicht frei von Wertfaktoren sein⁸⁾. Der Jurist als Betrachter einer Situation ist gleichzeitig Träger von Vorurteilen und Ideologien. Er nimmt so zwar am Objekt seiner Betrachtungen teil, sieht es dabei jedoch durch seine eigenen Augen, kann die festgestellte Handlung dabei je nach eigenem Standpunkt positiv oder negativ werten. Wenn aber jede menschliche Handlung annähernd so viele Bedeutungen haben kann wie es verschiedene Beobachter gibt, so kann dem Verteidiger als Wissenschaftler dann kein Vorwurf gemacht werden, wenn er die Auffassung vertritt, die ausgehend von der Tat den Angeklagten begünstigt. Steht jedoch seine Auffassung im

6. K. Tsoukalas, Soziale Entwicklung und Staat, Der Aufbau des öffentlichen Raums in Griechenland, 1981, S. 165.

7. S. I. Daskalopoulos, Die psychologischen Gründe der verfehlten gerichtlichen Beurteilung, (1965), S. 240f., I. Gafos, Strafprozeßrecht, I (1966), S. 66, Philippidis, w.o.a. S. auch H. Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 3. Aufl, 1971, S. 28 f.

8. I. Manoledakis: Einführung in die Wissenschaft, 2 Aufl, 1980, S. 43. Th. Veikos, Philosophie und Wissenschaft, 1980, S. 143.

Gegensatz zu jedem empirischen Faktor, ist sie also noch nicht einmal relative Wahrheit, so kann sie nach meiner Auffassung nicht als wissenschaftlich gelten.

Müssen wir also im Namen der Wissenschaft die strenge These aufstellen, daß alle die Verteidigungspraktiken, die mit dem tatsächlichen Zustand der Wirklichkeit nur «spielen», unerlaubt sind? Daß ihre Entstehung, wie der Autor des Handbuchs anzunehmen scheint, grundsätzlich auf die Honorarjagd zurückzuführen ist? Oder gibt es Fälle und Gründe, die mit organischen Schwächen der strafrechtlichen Rechtsprechung zusammenhängen, und die solche Verteidigungstricks manchmal rechtfertigen können?

III. Die Beantwortung dieser Fragen kann von den unterschiedlichsten Ebenen aus erfolgen.

Für die juristische Seite wollen wir annehmen, daß für das Merkmal X des Tatbestands einer Strafnorm zwei Auffassungen vertreten werden: die herrschende Auffassung A und die Meinung B, die nur vereinzelt vertreten wird, und den Verteidiger selbst nicht überzeugt. Wenn dieser jetzt für die Auffassung B plädiert, weil sie seinen Mandanten, der dieser Tat angeklagt ist, begünstigt, dann ist diese Verteidigungstaktik

–gewiß juristisch erlaubt

–und absolut gerechtfertigt aus Verteidigersicht.

Mit Blick auf seine wissenschaftliche Verantwortung handelt der Verteidiger jedoch ungerechtfertigt. Er befindet sich hier in einem eigentümlichen Notstand: entweder wird er die wissenschaftliche Geltung des Urteils und damit auch sein eigenes wissenschaftliches Prestige gefährden oder er wird dem Angeklagten Schaden zufügen. Eine zweckmäßige aber sehr schwierige Lösung dieses Zwiespaltes ist es, die Verteidigung rechtzeitig niederzulegen.

IV. In dem zuvor gebildeten Beispiel wäre das Urteil des Strafgerichtes gebunden, also auf die Rechtsfrage hin vom höchsten Kassationsgericht überprüfbar. In vielen anderen Fällen sind die Urteile der Instanzgerichte jedoch nicht überprüfbar oder–wie man in Griechenland sagt–unumschränkt. Das ist insbesondere der Fall bei den Tatfragen, also bei der Bewertung desjenigen Materials, das den Untersatz des richterlichen Schlusses auf die Schuld oder die Nichtschuld des Angeklagten darstellen wird. Weitergehend macht sich sogar heute beim griechischen Kassationsgericht die Neigung bemerkbar, die Ermessensfreiheit auch auf rein juristische Fragen auszudehnen,

wie z.B. bei der Anwendung von Vorschriften mit Wertcharakter.¹⁰ Weite Ermessensfreiheit hat der Strafrichter auch bei der Festsetzung der Rechtsfolgen: bei der Strafzumessung (da die Einhaltung der im Artikel 79 GrStGB vorgesehenen Kriterien, denen nur der Charakter loser Richtlinien beigemessen wird, höchstrichterlich nicht überprüfbar ist) und bei der Möglichkeit der Strafaussetzung oder der Umwandlung der Freiheits- in eine Geldstrafe. Es gibt sogar Fälle, in denen das richterliche Ermessen absolut ungebunden zu sein scheint: das ist der Fall, wo die Strafe erlassen werden kann.

Dieses freie Ermessen der Instanzgerichte spielt in den meisten praktischen Fällen eine ausschlaggebende Rolle. Jedes Argument des Verteidigers kann hier umgangen werden, also wirkungslos bleiben, ohne daß die Möglichkeit einer Kontrolle in der Rechtsmittelinstanz bestünde. Manchmal kann sogar die Ermessensentscheidung des Strafrichters eine Trotzreaktion darstellen, die durch die Taktik des Verteidigers, Einwände zu erheben, oder durch das Verhalten von Angeklagtem und Verteidiger während der Verhandlung hervorgerufen worden ist. Ironisch beleuchtet wird diese Beziehung zwischen dem innerlichen Urteil des Richters über die Anschauungen und das Verhalten des Angeklagten im Prozeß und der formellen Beurteilung des Angeklagten wegen der ihm zur Last gelegten Tat in einem bekannten Fall¹¹, der als Beschimpfung festgehalten worden ist.

Beim Prozeß des altgedienten Terroristen Fritz Teufel antwortete dieser auf die eindringlichen Aufforderungen des Vorsitzenden aufzustehen, wie folgt: «...aber natürlich, wenn das zur Wahrheitsfindung beiträgt».

Es gibt keinen Zweifel, daß die Ermessensfreiheit und die kurzgefaßte Begründung der Urteile in sich viele verschiedenartige psychologische Einflüsse verbergen können, die trotzdem in die richterliche Beurteilung eingeflossen sind. Die dem Angeklagten gewährte Vermutung der Unschuld¹² bis zur Verurteilung, stellt

10. S. z B A.P. 1012/1982, Strafrechtliche Chronik 1983, S 301 mit gegenteiligen Bemerkungen von L. Margaritis. Zu diesen Bemerkungen s. auch mehr Angaben von der Rechtsprechung zum Thema und Wiedergabe älterer Auffassungen von Chorafas, Bouropoulos, Karanikas, Psarouda-Benaki, Manoledakis, die meinen, daß die subsumierende Beurteilung des Gerichts auch in diesen Fällen überprüfbar ist. S. auch Philippidis, Der Schutz gerechtfertigter Interessen, bei Straftaten gegen die Ehre (1965), 147

11. M. Daran erinnert Androulakis, Autorität und Verunglimpfung, 1978, s. 109.

12. Art 6 § 2 der Konvention von Rom S. über die Unschuldsvermutung auch Philippidis, Richterliche Psychologie, S. 161.

sich des öfteren im Bewußtsein des Richters genau umgekehrt dar: obwohl These die Unschuld des Angeklagten, Antithese die Anklage und das belastende Beweismaterial und Synthese der richterliche Urteilsspruch darstellen sollten, hat sich die Reihenfolge geändert.— These ist der Eindruck der Schuld und Antithese der Versuch des Angeklagten, seine Unschuld zu beweisen. Man spricht von der Einseitigkeit von Richtern und Staatsanwälten und manchmal von der Voreingenommenheit als einem der wichtigsten generellen psychologischen Gründe für verfehlte richterliche Urteile¹³.

Wir haben uns anfänglich gefragt, ob es der Rechtsprechung innewohnende Schwächen gibt, die vielleicht das Auftreten der Verteidigungstricks begünstigen können. Die richterliche Psychologie führt zur Bejahung der Frage. Die Soziologen drücken sich sogar mit härteren Worten aus: «Die Schwäche der Konsolidierung einer «unabhängigen» Justiz ist nicht nur mit der konkreten Abhängigkeit der richterlichen Beamten von der Verwaltung verbunden. Auf einer tieferen Ebene hängt sie auch mit dem generellen Streit- und abhängigen Charakter der Verwirklichung der gesetzlichen Staatsgeltung auf allen Ebenen zusammen¹⁴».

In diesen Fällen kann das falsche Urteil nur mittelbar kontrolliert werden: die Öffentlichkeit des Prozesses in Kombination mit dem Verfassungsgebot der speziellen und ausführlichen Begründung des Urteils machen es möglich, den Untersatz des richterlichen Schlusses mit dem Beweismaterial zu vergleichen. Die juristische Kontrolle kann sich aber nur auf die Einhaltung des Prinzips der Öffentlichkeit oder der Verpflichtung zur Begründung erstrecken. Der Verteidiger kann auch rechtzeitig im Falle offenkundiger Voreingenommenheit des Vorsitzenden während der Verhandlung reagieren. Das Urteil als solches kann nicht kontrolliert werden.

Gerade dort aber ist das geeignete Gebiet, verschiedene Verteidigungspraktiken und empirische Regeln zu entwickeln. Wenn eine Praktik auf die Korrektur der im Verfahren zu erkennenden Abweichung des konkreten Richters vom Vorbild der Unvoreingenommenheit abzielt, dann muß die Aufopferung des wissenschaftlichen Idealverhaltens für die Verteidigungspflicht als letzte Notlösung entschuldigt werden. Sie verhilft zur Beseitigung des Einflusses von Vorurteilen und emotionalen

13. Daskalopoulos, w.o.a., S 227 und 240, Philippidis, w.o.a, S 47.

14. Tsoukalas, w.o.a., S. 156

Reaktionen¹⁵ bei der richterlichen Ermessensfreiheit. Diese Bereinigung hilft vielmehr als sie erschwert, die Annäherung der materiellen Gerechtigkeit und des Spielraums der richtigen Strafe? So z. B. wenn der Verteidiger den Angeklagten in einem gewöhnlichen dunklen Anzug auftreten läßt, weil er weiß, daß die zu erwartenden Richter besonders streng sind, wenn sie den Typ des «jungen mit dem außergewöhnlichen Aussehen» vor sich haben.

V. Die obigen Bemerkungen führen uns zu folgendem Schlußgedanken:

Die Verteidigungspraktiken sind aus wissenschaftlicher Sicht ausgeschlossen:

-wenn sie juristische Fragen betreffen

-wenn sie die juristischen Abwehrmittel gegenüber der Einseitigkeit des Richters oder Staatsanwalts ersetzen sollen.

-wenn sie zugunsten des Angeklagten das unvoreingenommene Bild, das ein möglichst sachlicher Richter anhand des Beweismaterials bilden würde, abändern sollen¹⁶.

Im Gegensatz hierzu sind die oben beschriebenen Verteidigungspraktiken als Notlösung entschuldigt, wenn sie einen Versuch darstellen, richterliche oder staatsanwältliche Einseitigkeit in solchen Fragen, die von der richterlichen Ermessensfreiheit umfaßt werden, zu beseitigen. In diesen Fällen ist eine Spaltung zwischen den Ansprüchen des Verteidigungsauftrages und der eigenen wissenschaftlichen Einstellung festzustellen, die besonders drückend und intensiv für den Verteidiger sein kann, der von der Unschuld seines Mandanten überzeugt ist.

Trotzdem soll diese Feststellung nicht beruhigen. Der Versuch, die Anwendung solcher Verteidigungspraktiken zurückzudrängen, kann ein Beitrag dazu sein, die Scheinloyalität durch die Achtung vor der Besonderheit und Unabhängigkeit der Gesinnung jeder Person zu ersetzen. Hierfür ist natürlich eine gemeinsame Ausbildung und Zusammenarbeit aller Juristen in diese Richtung notwendig. Nur dann wird die Ablehnung der alten Vorbilder nicht zu einer vereinzelt Selbstvernichtung führen, sondern die Entwicklung einer allgemein anerkannten Methode, der materiellen Gerechtigkeit ein Stück näher zu kommen, begünstigen.

15. Daskalopoulos, w.o.a., S. 108

16. S. auch Zissiadis, w.o.a., S. 130.

Missbrauch von Verteidigungsbefugnissen

A.

Etwa seit Ende der 60er/Anfang der 70er Jahre sieht sich die Strafrechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland zunehmend mit einem Phänomen konfrontiert, das bis zu diesem Zeitpunkt sowohl in der gerichtlichen Praxis als auch in der Strafrechtswissenschaft ohne besondere Bedeutung war: dem Mißbrauch von Verteidigungsbefugnissen, also der mehr als extensiven Ausnutzung prozessualer Rechte, die dem Beschuldigten und dessen Verteidiger im Rahmen des Strafverfahrens zur Verfügung stehen¹.

Während in den ersten Nachkriegsjahrzehnten ein allgemei-

1. Zur Gesamtproblematik bietet H. -J. Vogel, Strafrecht und Terrorismus-eine Bilanz, NJW, 1978, 1217 ff. einen Überblick; dazu auch H. J. Rudolphi, Strafprozeß im Umbruch, ZRP 1976, 165, 172.

ner Konsens darüber bestand, daß die Aufgabe des Strafprozesses in der Erforschung der Wahrheit und der Durchsetzung und Begrenzung des staatlichen Strafanspruchs bestehen sollte und alle Verfahrensbeteiligten ihr Prozeßverhalten hieran ausrichteten, trat nun eine Änderung ein². Die Angeklagten und mit ihnen politisch übereinstimmende Verteidiger versuchten zunächst während der sogenannten Studentenunruhen von 1968 und der nachfolgenden Jahre einsetzenden Verfahren gegen Angehörige der APO und später vermehrt in den Prozessen gegen Angehörige terroristischer Vereinigungen, den Strafprozeß in ihrem Sinne «umzufunktionieren», zu boykottieren, ja deren Durchführung gänzlich zu vereiteln³. Einziges Ziel war nicht mehr die Abwendung einer Verurteilung oder zumindest eine milde oder mildere Bestrafung. Vielmehr wurde das im öffentlichen Blickpunkt liegende Strafverfahren als Forum zur Darstellung der eigenen politischen Vorstellungen und der Bekämpfung oder Verunglimpfung des politisch Andersdenkenden genutzt⁴. Dazu traten Bemühungen, die Ohnmacht des Staates dadurch zu dokumentieren, daß man einen zügigen Abschluß des Verfahrens durch Ausnutzung aller prozessualen Rechtspositionen zu verhindern suchte⁵.

Entsprechendes Verhalten war bald nicht nur in Verfahren mit politischen Hintergründen keine Seltenheit mehr. Auch in anderen Großverfahren, insbesondere in Prozessen, in denen den Beschuldigten alle erforderlichen Mittel zur Verfügung standen, häuften sich die Anträge, die eine Entscheidung in angemessener Frist unmöglich werden ließen⁶.

B.

I.

Das Problem des Mißbrauchs von Verteidigungsbefugnissen ist dementsprechend etwa seit Mitte der 70er Jahre sowohl von der Rechtswissenschaft als auch von der Rechtspolitik als wichtiger Fragenkreis erkannt worden. Die dogmatische Aufarbeitung hat

2. vgl. weiterführend G. Schmidt, Großverfahren und Strafprozeßrecht, JR 1974, 320, 323 ff.; Weber, Der Mißbrauch prozessualer Rechte im Strafverfahren, GA 1975, 289 ff.; Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Rechtspflege, BT. – Drucksache 7/3116

3. KMR–Sax, Einleitung II, Rn. 7

4. KG JR 1971, 338 ff mit Anmerkung Peters; KMR–Sax, Einl. II, Rn. 7

5. Beispielhaft sollen die folgenden Vorgehensweisen erwähnt werden:

- Stellung einer Vielzahl unbegründeter Beweisanträge, vgl. BGHSt 29, 149 ff.
- Benennung von Richtern als Zeugen, BGHSt 7, 330 f.
- Mißbrauch des Selbstladungsrechts des § 220 StPO, KG JR 1971, 338.
- Stellung unzähliger überflüssiger Fragen, OLG Karlsruhe JZ 1978, 35 f.

6. Schmidt, Großverfahren und Strafprozeßrecht, JR 1974, 320 ff.

dabei – ausgehend von ähnlichen Untersuchungen für den Bereich des Zivilprozesses⁷ – zu den folgenden allgemein anerkannten Ergebnissen geführt:

1. Im Strafverfahren tritt der Mißbrauch in erster Linie als institutioneller Mißbrauch prozessualer Rechte in Erscheinung, indem ein Verfahrensbeteiligter die ihm gewährten Befugnisse nicht zu der vom Gesetzgeber gewollten Interessenförderung, sondern zur Erreichung mißbilligenswerter Ziele ausübt⁸.

Dagegen kennt der Zivilprozeß zusätzlich Fälle, in denen der Vorwurf mißbräuchlicher – oder hier besser treuwidriger – Rechtsausübung aus einem Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben hergeleitet wird. Mit anderen Worten: hier ist der Mißbrauch personenbezogen, weil sich das beanstandete Verhalten nur vor dem Hintergrund besonderer, aus einem persönlichen Treueverhältnis hergeleiteter Pflichten zur Rücksichtnahme und redlichem Verhalten als mißbräuchlich darstellt⁹.

2. Die Strafprozeßordnung hat von jeher Einzelfälle mißbräuchlicher Rechtsausübung anerkannt und Sanktionen bereitgehalten¹⁰:

a. Schon in der Fassung von 1877 sah der damalige § 240 Abs. 1. StPO (heute § 241 Abs. 1 StPO) die Entziehung der Befugnis zum Kreuzverhör beim Mißbrauch vor. Gesetzgeber und Rechtsprechung haben dies als Ausprägung eines allgemeinen Gedankens aufgefaßt und weitere Mißbrauchsfälle abstrakt oder konkret zu regeln versucht.

b. Die StPO enthält in ihrer jetzigen Fassung in den folgenden Bestimmungen ausdrückliche Regelungen für Voraussetzungen und Rechtsfolgen mißbräuchlicher Verteidigungshandlungen,

7. W. Zeiss, Die arglistige Prozeßpartei, Berlin 1967

8. so Weber, aaO, S. 295

Vogel, aaO, S. 1223

vgl. auch Zeiss, aaO, S. 62 und 153 ff. mwN

9. zutreffend weist Weber (S. 294) darauf hin, daß es letztlich eine Frage der Terminologie ist, ob man den Grundsatz von «Treu und Glauben» so weit faßt, daß er auch das Verbot des institutionellen Mißbrauchs erfaßt. Dafür für den Zivilprozeß jedenfalls Zeiss (S. 202).

10. vgl. dazu den weitergehenden Überblick bei Vogel, aaO, S. 1223

wobei zur Eingrenzung des Themas nur der Verfahrensabschnitt der Hauptverhandlung Gegenstand des Referates sein soll:

- § 26 a Abs. 1 Nr. 3 StPO

Verwerfung der Ablehnung eines Richters, wenn «durch die Ablehnung offensichtlich das Verfahren nur verschleppt oder nur verfahrensfremde Zwecke verfolgt werden sollen».

- § 241 StPO i. V. m. §§ 239, 240, (68a) StPO

(a) Entzug des Fragerechts im Kreuzverhör bei Mißbrauch (Abs. 1).

(b) Zurückweisung von Fragen wegen Ungeeignetheit oder fehlender Sachdienlichkeit zuweilen in den Fällen des § 239 Abs. 1 StPO und § 240 Abs. 2 StPO (Abs. 2).

- § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

Ablehnung eines Beweisantrages, der zum Zweck der Prozeßverschleppung gestellt ist.

- § 245 Abs. 2 Satz 3 StPO

Beschränkung der Beweisaufnahme und Ablehnung eines Beweisantrages, wenn der Antrag zum Zwecke der Prozeßverschleppung gestellt ist.

- § 266 Abs. 3 Satz 1 StPO

Keine Unterbrechung der Verhandlung im Falle der Nachtragsanklage, wenn der Antrag des Angeklagten

(a) offensichtlich mutwillig ist

oder

(b) nur zur Verzögerung des Verfahrens gestellt ist.

3.

Rüping und Dornseifer¹¹ haben schließlich die einzelnen Fälle dysfunktionalen Verhaltens der Verteidigung klassifiziert:

a.

Sie nennen als erste Gruppe «die Verletzung der Rechte Dritter». Hierzu gehören all diejenigen Handlungen, die ohne sachlichen Anlaß in die rechtlich geschützte Persönlichkeitssphäre anderer eingreifen. Dies kann geschehen, indem die Handlungen sich an andere Beteiligte nicht in deren prozessualer Funktion wenden.

Beispiel: Ein Ablehnungsgesuch befaßt sich nahezu ausschließlich

11. H. Rüping und G. Dornseifer, Dysfunktionales Verhalten im Prozeß, JZ 1977, 417 ff.
ebenso Weber, aaO, S. 295 ff.

mit der «psychopathischen Charakterstruktur» des Vorsitzenden.¹²

Oder es kann dadurch erfolgen, daß der Beteiligte die Verfolgung verfahrensfremder Zwecke durch Benutzung eines Prozeßinstituts erreichen will.

Beispiel: Der Beteiligte beleidigt den Richter im Strafverfahren, um dadurch einen Ausschließungsgrund nach § 22 Nr. 1 StPO zu schaffen.¹³

Und schließlich kann es auch dann geschehen, wenn der Beteiligte sich unnötig mit der Person eines Zeugen befaßt, um ihn bloßzustellen, zu beleidigen, seine für den Verfahrensgegenstand irrelevante politische Überzeugung offenzulegen oder ähnliches. Zulässigkeit und Grenze solcher Maßnahmen ergeben sich aus §§ 241 Abs. 2, 68 a StPO¹⁴.

Beispiel: In einem Strafverfahren, das einen Verkehrsunfall zum Gegenstand hat, wird eine Zeugin von der Verteidigung eingehend nach ihrem etwas «unsoliden» Lebenswandel befragt, um so die Zeugin bloßzustellen und lächerlich zu machen.

Welche Voraussetzungen müssen zur Mißbrauchsabwehr in den soeben erwähnten Fällen erfüllt werden?

Bei der Richterablehnung ist das Gesuch nach § 26 a Abs. 1 Nr. 3 StPO unzulässig, wenn der Antrag ausschließlich in Verfolgung verfahrensfremder Zwecke gestellt wird. Hält also der Angeklagte den Richter in Wirklichkeit nicht für befangen, sondern gibt er dies nur vor, um verfahrensfremde Zwecke zu erreichen, so kann es zu einem wirksamen Ablehnungsgesuch gar nicht kommen¹⁵; denn in diesem Fall sind nur Form und Schein eines Ablehnungsgrundes vorhanden. Werden aber mit dem Gesuch neben verfahrensfremden Zwecken gleichzeitig auch ernsthafte Ablehnungsgründe verfolgt, so soll eine Zurückweisung des Ablehnungsantrages nach § 26 a Abs. 1 Nr. 3 StPO nicht möglich sein¹⁶.

§§ 241 Abs. 2, 68 a StPO setzen voraus, daß die Verteidigung ungeeignete oder nicht zur Sache gehörende Fragen nach entehrenden Tatsachen oder Vorstrafen stellt, obgleich diese Fragen nicht unerläßlich sind. Damit sind all die Fragen gemeint,

12. vgl. KG JR 1966, 229, 230

13. vgl. hierzu Rabe, Ablehnung des Strafrichters bei provokativem oder beleidigendem Verhalten des Angeklagten oder seines Verteidigers, NJW 1976, 172, 173

14. vgl. den Fall Springer in KG JR 1971, 338 ff.

15. vgl. statt aller Karlsruher Kommentar (KK) -Pfeiffer, zu § 26 a StPO Rn. 4.

16. vgl. BT. -Drucksache 4/178, S. 35

die nicht einmal mittelbar eine Beziehung zu der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat haben¹⁷ oder die, mögen sie auch zur Sache gehören, mit den Zielen des Strafprozesses nicht vereinbar sind¹⁸ und die zudem den guten Ruf des Zeugen gefährden¹⁹. Mißbraucht die Verteidigung ihr Fragerecht in dieser Weise, so darf das Gericht das Stellen weiterer Fragen unterbinden, oder vorherige Mitteilung der Frage verlangen²⁰. Der Zeuge kann so vor entsprechenden Angriffen bereits in der Hauptverhandlung geschützt werden und ist nicht auf die Möglichkeiten nach §§ 185 ff. StGB beschränkt.

b.

«Objektiver Institutsmißbrauch durch fehlenden Sachbezug» stellt die zweite Kategorie dar.

Hierzu gehören all diejenigen Handlungen, bei denen wegen fehlenden Sachbezugs die Äußerungen und Fragen im Verfahren unter keinem denkbaren Aspekt für die Entscheidung oder das Ergebnis der Zeugenvernehmung oder Beweisaufnahme von Belang sein können²¹. Im Gegensatz zur vorangehenden Gruppe werden bei diesen Handlungen Dritte in ihren Rechten nicht verletzt. Maßgebliche Normen für die Beurteilung und Behandlung dieser Mißbräuche sind die §§ 241, 244 Abs. 3 StPO.

Um einerseits als Ausfluß des verfassungsrechtlich gesicherten Grundsatzes des rechtlichen Gehörs in Art. 103 Abs. 1 GG dem Angeklagten die Möglichkeit zu schaffen, alles vorzutragen, was nach seiner Ansicht für die Entscheidung potentiell erheblich ist und andererseits der in § 241 StPO enthaltenen Gefahr einer unzulässigen Verkürzung der Verteidigung durch das Gericht zu begegnen, darf eine Zurückweisung von Fragen wegen fehlenden Sachbezugs oder eine Zurückweisung entsprechender Beweisangebote nur erfolgen, wenn die angesprochenen Punkte «völlig heterogene Umstände betreffen, solche, die in gar keiner Beziehung zu der vorliegenden Untersuchung stehen»²². Außerdem kommt eine

17. vgl. BGHSt 2, 284, 287

18. BGHSt 21, 334, 360

19. BGHSt 13, 252, 254

20. zu den Einzelheiten vgl.:

Wagner, Der Mißbrauch des Selbstladungsrechts des Angeklagten—KG JR 1971, 338 in JuS 1972, 315 ff.

Löwe – Rosenberg–Gollwitzer zu § 241 StPO Rn. 21

a. A. Miebach, Entziehung des Fragerechts im Strafprozeß?, DRiZ 1977, 140

21. Rüping/Dornseifer, aaO, S. 419

22. so RGSt I, 241, 244 und Rüping/Dornseifer, aaO, S. 419

Ablehnung dann in Betracht, wenn die Methode der Beweiserhebung unsinnig erscheint²³.

c.

Die dritte Gruppe umfaßt die Fälle der «Prozeßverschleppung als subjektiver Institutsmißbrauch».

Hierunter fallen die in der Praxis am häufigsten auftretenden Fälle, in denen die Verteidigung nur die Durchführung des Verfahrens verzögern und der Angeklagte sich dem Verfahren entziehen will. Es handelt sich mithin um den typischen Fall der Verfolgung eines hier besonders erfaßten «verfahrensfremden Zweckes». Der Gesetzgeber hält in §§ 26 a Abs. 1 Nr. 3, 244 Abs. 3 Satz 2, 245 Abs. 2 Satz 3, 266 Abs. 3 Satz 1 StPO Regelungen bereit.

Ein Beweisantrag ist in Verschleppungsabsicht gestellt, wenn der Verteidiger bzw. Angeklagte nicht die Förderung der Sachverhaltsaufklärung, sondern eine Hinauszögerung der Urteilsfällung bezweckt, wobei dem Antragsteller bewußt ist, daß er mit seinem Antrag objektiv den Zweck des Verfahrensinstituts nicht erreichen kann und er ihn subjektiv nicht verfolgt²⁴.

Für den Ablehnungsantrag in Verschleppungsabsicht gilt dann entsprechend, daß der Antragsteller nicht an die Befangenheit glaubt und allein eine objektiv nachweisbare Verzögerung des Verfahrens beabsichtigt²⁵. Zu beachten ist dabei, daß aus dem Ablehnungsgesuch selbst ersichtlich sein muß, daß lediglich die Verzögerung der Hauptverhandlung erreicht werden soll, und daß gleichzeitig die entsprechende Absicht des Antragstellers ebenfalls ohne weitere Nachforschungen festgestellt werden kann²⁶.

d.

Schließlich ist noch das «Prozeßverhalten zur Demonstration» zu erwähnen.

Gemeint sind damit die Fälle, in denen die Verteidigung Sensation erregen, Reklame machen oder dritten Personen Unannehmlichkeiten bereiten und die Zeugen vor der Öffent-

23. vgl. BGHSt 17, 28, 30, dort sollten Stellen aus dem alten Testament beweisen, daß das jüdische Volk die Behauptung seiner Auserwähltheit auf List und Betrug gründe.

24. RGSt 12, 335, 336; BGHSt 21, 118, 121; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zu § 244 StPO Rn. 38; Rüping/Dornseifer, aaO, S. 419.

25. vgl. RGSt 30, 273, 275; BGH MDR 1973, 371

26. vgl. KK-Pfeiffer zu § 26 a StPO Rn. 4

lichkeit bloßstellen möchte²⁷. D.h., die Verteidigung benutzt die ihr zu anderen Zwecken gegebenen prozessualen Möglichkeiten, um den Prozeß zu einer Demonstration ihrer Überzeugung umzufunktionieren, wobei ihr die im Gerichtssaal anwesende «Öffentlichkeit» als willkommenes Forum dient²⁸.

Spezielle gesetzliche Regelungen hierzu existieren nicht. Es handelt sich vielmehr um solche Fälle, die teilweise in den bereits genannten Bestimmungen unter dem Stichwort «Erreichung verfahrensfremder Zwecke» angesprochen worden sind. Daneben kann solches Verhalten in der Regel unter Hinweis auf die §§ 257, 258 StPO, die die Zulässigkeit sachfremder Fragen und die Vorwegnahme der Schlußvorträge (Plädoyers) einschränken, verhindert werden²⁹.

Soweit die gesetzliche Regelung.

II.

Unabhängig von den im Laufe der Zeit in die StPO eingeführten Vorschriften bleibt offen, ob darin ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck kommt, aus dem im Wege richterlicher Rechtsfortbildung auch die Lösung anderer, nicht ausdrücklich geregelter Fälle gewonnen werden kann³⁰.

1.

Ob hierbei der – jedenfalls zivilprozessual anerkannte – Gesichtspunkt «rechtsmißbräuchlichen Verhaltens» eine Rolle spielen kann, setzt zunächst eine Orientierung über die Funktion des Strafverfahrens voraus.

Allgemein anerkannt³¹ ist insoweit, daß die Aufgabe des Strafprozesses darin besteht, den Strafanspruch des Staates um des Rechtsgüterschutzes einzelner und der Allgemeinheit willen in einem justizförmig geordneten Verfahren durchzusetzen. Von Verfassungswegen muß dabei das aus der Würde des Menschen als eigenverantwortlich handelnder Person abgeleitete Prinzip, daß keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf³², durch geeignete verfahrensrechtliche Vorkehrungen gewährleistet werden. Dem-

27. vgl. Rüping/Dornseifer, aaO, S. 419.

28. vgl. hierzu auch KG JR 1971, 338;

BT. – Drucksache 4/178, S. 35

29. Siehe hierzu auch Vogel, aaO, S. 1225;

kritisch Schmidt-Leichner, Strafverfahrensrecht 1975 — Fortschritt oder Rückschritt? NJW 1975, 417, 420

30. grundsätzlich Bedenken insoweit bei Weber, aaO, S. 299 f.

31. KMR-Sax, Einl. II, Rn. 12 ff.; BVerfG NJW 1981, 1719, 1722 jeweils mwN

32. vgl. BVerfGE 20, 323, 331

nach erweist sich als Ziel des Strafverfahrens die Ermittlung des «wahren» Sachverhalts in einem fairen Verfahren mit rechtsstaatlich geordneten Befugnissen der Verfahrensbeteiligten. Zur Erfüllung dieser Aufgaben ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich gehalten, die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege mit einem gestrafften und konzentrierten Verfahrensablauf zu gewährleisten³³. Andernfalls würde nicht nur die Rechtsschutzfunktion des Strafprozesses gefährdet, sondern auch das Vertrauen in die Rechtspflege als wirksamer staatlicher Schutz würde untergraben³⁴.

2.

Vor diesem Hintergrund stellen sich auch die dem Angeklagten und seinem Verteidiger gewährten strafprozessualen Befugnisse als zweckgebundene Rechte dar. Ihre Ausübung hat sich daher grundsätzlich im Rahmen der Zweckbestimmung zu halten³⁵, sollte also im Strafverfahren der Wahrheitserforschung sowie der Durchsetzung und Begrenzung des staatlichen Strafanspruches dienen.

Allerdings nötigt ein wesentlicher Unterschied zwischen Zivil und Strafprozeß, hier ein Fragezeichen zu setzen:

Im Zivilprozeß unterliegen die Parteien nach §138 Abs. 1 ZPO der Pflicht zum wahrheitsgemäßen Vortrag. Strafprozessual dagegen gewährt §136 StPO dem Angeklagten die freie Wahl, sich zum Anklagevorwurf zu erklären oder zu schweigen³⁶. Eine Pflicht zur aktiven Förderung der Wahrheit besteht gerade nicht³⁷. Dagegen darf er die ihn belastenden Beweismittel in Frage stellen und kann zudem nur verurteilt werden, wenn die die Unschuldsumutung widerlegenden Erkenntnisse in prozeßordnungsmäßig zulässiger Weise gewonnen worden sind.

Ist es dann nicht auch das Recht des Angeklagten und seines Verteidigers, durch zweckwidrige Ausübung der Verteidigungsrechte eine Verurteilung zu verhindern?

Diese Frage ist im Ergebnis jedenfalls zu verneinen. Auch wenn Verteidigungsrechte formal uneingeschränkt und ohne eine ausdrückliche Zweckbestimmung in der StPO gewährt werden, so finden sie selbstverständlich ihre Grenze dort, wo die Aufgaben

33. vgl. zum Beispiel BVerfGE 33, 367, 383; BVerfG NJW 1977, 2355, 2356

34. vgl. Celler Beschlüsse in StrV 1982, 323, 332

35. Rüping/Dornseifer, aaO, S. 418; Vogel, aaO, S. 1223; Weber, aaO, S. 290

36. siehe BGHSt 14, 358, 363; zu den Rechtsgrundlagen der Aussagefreiheit vgl. BVerfG NJW 1981, 1431

37. KMR-Meyer, zu § 136 StPO, Rn. 23; weiterführend Rieß, JA 1980, 293 ff.

und Befugnisse der anderen Verfahrensbeteiligten einsetzen und die Ansprüche des Individuums oder der Rechtsgemeinschaft an das Strafverfahren als Institution zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens³⁸ beginnen. Der Fehlgebrauch von Verteidigungsrechten überschreitet die Grenze zum unzulässigen, sanktionsbewehrten Mißbrauch also dort, wo die Durchführung des Verfahrens gelähmt, die Wahrheitsfindung blockiert wird³⁹.

3.

Bleibt im Rahmen der hier erörterten Fragestellung noch zu klären, ob zur Verhinderung solcher Übergriffe die einzelnen Mißbrauchstatbestände der StPO ausreichen, oder ob eine generalklauselartige Bestimmung den Vorzug verdient.

Zu Recht hat der ehemalige Bundesjustizminister Vogel⁴⁰ darauf hingewiesen, daß die Grenze zwischen Mißbrauch und extensiver aber legitimer Ausnutzung von Verteidigungsrechten oft fließend sein wird. Nur bei dringendem Bedürfnis kommen Maßnahmen der Mißbrauchsabwehr in Betracht, wenn das gefährdete Recht für die Justizförmigkeit des Verfahrens nicht unerlässlich ist⁴¹. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Überprüfbarkeit sind die Mißbrauchstatbestände exakt zu umschreiben⁴² und möglichst an objektive Maßstäbe anzuknüpfen⁴³. Es widerspräche dem Prinzip der StPO, nämlich prozessuale Rechte jeweils konkret zu gewähren und gegebenenfalls mit enumerativen Ablehnungs- oder Entziehungsgründen zu versehen, wollte man eine auf der Tatbestandsseite generalklauselartig gefaßte Mißbrauchsvorschrift einführen. Dies käme einer jeweils in der Hand des erkennenden Gerichts liegenden Disziplinierungsmöglichkeit gleich, die die «Waffengleichheit» der Prozeßbeteiligten völlig unmöglich machen würde.

III.

Auch wenn damit die differenzierte Regelung, wie sie der Gesetzgeber gewählt hat, den Vorzug vor einer Generalklausel verdient, bleibt noch offen, ob die gesetzlichen Bestimmungen praktikabel und die vorgesehenen Rechtsfolgen sinnvoll sind.

1.

Bedenken setzen hier insbesondere bei Fällen des subjektiven Institutsmißbrauchs ein, also in den Fällen, in denen ein Rückgriff

38. vgl. Schmidhäuser, in Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, 511, 522

39. KMR-Sax, Einl. IV, Rn. 54

40. Vogel, aaO, S. 1223

41. Vogel, aaO, S. 1223

42. Weber, aaO, S. 298

43. Weber, aaO; Vogel, aaO

auf die Motive des Handelnden notwendig ist, um festzustellen, ob die Ausübung des Verteidigungsrechtes mit dem Gesetzeszweck vereinbar ist. Gerade in solchen Fällen, letztlich aber auch in denen, wo bereits aus dem objektiven Erscheinungsbild ein solcher Mißbrauch abgeleitet werden könnte, bestehen für das Gericht Erkenntnisprobleme⁴⁴. Ob eine Frage oder eine beantragte Beweiserhebung der Wahrheitserforschung dienlich ist, läßt sich mit Sicherheit erst bei einer Betrachtung ex post feststellen. Erst wenn der Beweis erhoben, die Frage an den Zeugen gestellt und beantwortet worden ist, steht fest, ob damit der Sachverhalt weiter aufgeklärt worden ist. Dagegen birgt die dem Gericht vom Gesetz abverlangte ex ante - Wertung, von wenigen Ausnahmen abgesehen⁴⁵, immer die Gefahr in sich, daß insbesondere in den Fällen der subjektiven Mißbrauchsabsicht eine Fehlentscheidung des Gerichtes die Aufklärung des wahren Sachverhaltes verhindert und der Boden für ein Fehlurteil bereitet wird. Daß die Revisionsgerichte diese Gefahr erkannt haben und zu bannen versuchen, wird eindrucksvoll durch die Vielzahl von Entscheidungen⁴⁶ belegt, in denen entsprechende Entscheidungen der Instanzgerichte aufgehoben worden sind. Ob die Kontrolle des Mißbrauchs von Verteidigungsbefugnissen durch die von der StPO vorgesehene Einschränkung einzelner Verteidigungsrechte eine sinnvolle Regelung darstellt, ist m.E. vor dem Hintergrund dieser Überlegung zumindest fraglich:

2.

Jedenfalls sind andere Lösungen denkbar, die zum Abschluß ohne tiefere Bewertung ihrer Vor- und Nachteile kurz vorgestellt werden sollen:

a.

Eine Mißbrauchskontrolle über das materielle Strafrecht, insbesondere den Tatbestand des § 258 StGB, erscheint wenig

44. vgl. Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5 Auflage, 1983, S. 643 mwN

45. z. B.: mittels einer Urkunde soll durch Verlesen das Gegenteil des Urkundeninhalts bewiesen werden
oder: der Angeklagte beantragt Ladung und Vernehmung eines Zeugen, obwohl er sich mehrfach zuvor mit der Verlesung von Vernehmungsniederschriften einverstanden erklärt hatte und ein Grund für das Verlangen nach persönlicher Anhörung weder gegeben noch ersichtlich war (= BGHSt 1, 29, 33)

46. vgl. zum Beispiel BGH StrV 1982, 405 f.;

BGH MDR 1973, 371;

BGHSt 29, 149 ff.; 21, 118 ff.;

sowie Alsberg/Nüse/Meyer, aaO, S. 643 f. mwN

sinnvoll. Der Tatbestand ist konturlos⁴⁷, schwierig zu handhaben⁴⁸ und verweist zudem bezüglich der Frage, was erlaubt oder verboten ist, auf die StPO zurück. Handlungen des Angeklagten wären ohnehin nicht zu erfassen.

b.

Die Verteidigerausschließung dürfte bei Mißbräuchen der hier abgehandelten Art bereits aus Verhältnismäßigkeitsgründen ausscheiden⁴⁹.

c.

Maßnahmen, die der im anglo-amerikanischen Rechtskreis geltenden Contempt - of - Court - Strafgewalt entsprechen, dürften selbst de lege ferenda am Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG scheitern, da die Effizienz und Gefahr der Regelung gerade darin liegt, daß es keinen gesetzlich konkretisierten Tatbestand gibt⁵⁰.

d.

Eine Ausdehnung der sitzungspolizeilichen Gewalt des Vorsitzenden könnte nur de lege ferenda erfolgen. Die damit verbundene Gefahr, auch unliebsame aber korrekte Verteidiger unter Disziplinierungsdruck setzen zu können, läßt eine solche Regelung wenig wünschenswert erscheinen.

e.

Als letzte, nach meiner Auffassung aber praktikable, Möglichkeit verbleibt die Intensivierung standesrechtlicher Kontrollmechanismen, wie sie zu diesem Zweck auch im anglo-amerikanischen Bereich genutzt werden. Die hiergegen erhobenen Bedenken⁵¹ sind nicht so durchgreifend, daß sie entscheidend gegen diese Lösung ins Feld geführt werden können.

Der Hinweis, nicht alle Verteidiger unterfielen dem anwaltlichen Standesrecht, vermittelt einen falschen Eindruck von der praktischen Bedeutung der Verteidigung durch Nicht-Rechtsanwälte. Für Hochschulprofessoren und Referendare besteht zudem die Möglichkeit, die Mißbrauchsabwehr dienstrechtlich durchzuführen; ausländische Rechtsanwälte können in der Bundesrepublik grundsätzlich nur im Beistand inländischer Verteidiger

47. vgl. Samson, Systematischer Kommentar, zu § 258 StGB, Rn. 28 ff.

48. Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, S. 218, Fn. 11, wo ein Überblick über die Zahl der Verurteilungen gegeben wird.

49. vgl. Ch. Gusy in diesem Band

50. Beulke, aaO, S. 220 mwN

51. Beulke, aaO, S. 218 mwN

auftreten⁵².

Bei den dann notwendigerweise ex post von den anwaltlichen Ehrengerichten zu überprüfenden Verhaltensweisen wäre auch die Anknüpfung an die weitgehend bereits vorhandenen standesrechtlichen Generalklauseln ausreichend. Das starre Rechtsfolgensystem der StPO könnte durch die abgestuften Sanktionen des Standesrechtes ersetzt werden, was angemessene Reaktionen und damit ein größeres Maß an general- und spezialpräventiver Wirkung zuließe.

Sollten diese Maßnahmen zusammengenommen nicht ausreichen, so wäre – zusätzlich und unterstützend – an die Möglichkeit der Einführung kostenrechtlicher Nachteile für Verteidiger und Angeklagten zu denken, etwa in dem Sinne, wie dies § 34 GKG für das Zivilverfahren bereits vorsieht.

52. KK-Laufhütte, zu §138 StPO, Rn. 13.



Straftaten des Verteidigers und ihre Rechtfertigung

1.1. Unser Thema betrifft die strafbaren Taten oder Unterlassungen des Verteidigers, die zum Zwecke der vollständigen Verteidigung seines angeklagten Mandanten begangen werden, sowie die Rechtfertigungsmöglichkeit dieser Taten, mit anderen Worten eine mögliche Aufhebung ihres Unrechtscharakters. Es betrifft also nicht die Straftaten, die vielleicht außerhalb des Rahmens der Verteidigung begangen werden und das Erlangen anderer Vorteile bezwecken, oder diejenigen, die im Rahmen schlechter «Ratschläge» des Verteidigers zu seinem Mandanten

entstehen, ferner nicht solche Straftaten, die der Verteidiger gegen seinen Mandanten selbst begeht. Dieses Referat behandelt also zum Beispiel nicht: die Anstiftung des Verteidigers zu einem Schwangerschaftsabbruch, Kindesraub oder Bankrott, weiterhin nicht die mögliche Teilnahme des Verteidigers zu einem Ausbruch seines Mandanten (Art. 173§ 2 GrStGB); gleichfalls behandelt es nicht den Parteiverrat (Art. 233 GrStGB), die Verletzung des Berufsheimnisses (Art. 371 GrStGB) oder die Untreue des Anwalts bei der Vermögensverwaltung seines Mandanten (Art. 390 GrStGB).

Wir werden uns in diesem Referat nur auf die Straftaten beschränken, die der Verteidiger zum Zwecke und im Rahmen einer nach seiner Auffassung umfassenden Verteidigung des Angeklagten begeht. Die Rechtfertigungsmöglichkeit dieser Straftaten wird den Kern unserer Fragestellung darstellen.

1.2 Das Strafverfahren ist ein harter Kampf. Beim dialektischen Zusammentreffen von Anklage und Verteidigung ist die Verletzung von Rechtsgütern sowohl persönlicher als auch sozialer Natur innerhalb des vom Strafgesetz vorgesehenen Rahmens der normativen Strafbarkeit nicht nur möglich sondern des öfteren sogar unvermeidlich. Was wird der Verteidiger vorziehen? Eine vielleicht unzureichende Verteidigung seines Klienten, die sich aber im Rahmen der vollkommenen Gesetzmäßigkeit und der Achtung fremder Rechtsgüter hält, oder eine bewußte Rechtsverletzung zugunsten einer umfassenden Verteidigung? Wo befindet sich der Schnittpunkt, der Ausgleich zwischen der vom Strafgesetz selbst in Art. 233 GrStGB vorgeschriebenen Treue des Verteidigers gegenüber seinem Klienten und der dem Verteidiger auch auferlegten Beachtung der übrigen Wertnormen des Strafrechts? Es geht nicht nur um die strafbaren Taten, deren Vermeidung die Interessen des Mandanten im Sinne von Artikel 233 GrStGB verletzt, denn dann liegt für den Verteidiger eine Pflichtenkollision vor, sondern auch um diejenigen Taten, deren Ausführung dem Angeklagten zugute käme, ohne daß ihre Vermeidung ihm im Sinne von Artikel 233 GrStGB Schaden zufügen würde, d.h. bei einem normalen Ablauf des Strafverfahrens, der innerhalb des von den prozessualen und wertnormativen Strafvorschriften aufgestellten Rahmens liegt. Bis zu welchem Punkt kann der Verteidiger beim Strafverfahren zugunsten seines Mandanten handeln? Nehmen wir an, daß wir die Schuld «messen» könnten und der konkrete Angeklagte z.B. «fünf Grad» schuldig wäre. Die Begehung solcher Taten des Verteidigers, die die Schuld auf «sieben Grad» erhöhen würden, würde einen Schaden für den Angeklagten darstellen. Im Gegensatz dazu würden Handlungen, die die Schuld

auf «drei Grad» verringerten, für ihn einen Nutzen darstellen. Das Nicht-Schaden ist nicht identisch mit dem Nutzen des Angeklagten. Deshalb betreffen unsere kritischen Fragen nicht nur die Straftaten des Verteidigers, die Schaden vermeiden, sondern auch diejenigen, welche dem Mandanten Nutzen bringen. Bevor wir aber den Versuch unternehmen, diese Fragen zu behandeln-wobei deren Beantwortung gleichzeitig die Grenzen der Rechtfertigung der Straftaten umschreibt, die der Verteidiger während und für die Verteidigung seines Mandanten begeht-werden wir eine Klassifizierung der obengenannten Taten unternehmen; sie könnte unter Umständen bei der Lösung des Rechtfertigungsproblems behilflich sein.

2.0. Die grundlegenden Gruppen, in die man die strafbaren Taten des Verteidigers, die im Rahmen und für die Verteidigung seines Mandanten begangen werden, einordnen könnte, sind zwei:

- a) Die strafbaren Taten, die gegen persönliche Rechtsgüter gerichtet sind, also hauptsächlich die Ehre einer Person verletzen.
- b) Die strafbaren Taten, die sich gegen Rechtsgüter sozialer Natur richten, also hauptsächlich die Rechtsprechung in Form der jeweiligen Rechtsgüter, die sie verkörpern (Richter, Urkunden, u.s.w.), angreifen¹.

2.1. Die Ehre der Zeugen des Strafprozesses sowie anderer Personen, die unmittelbar oder mittelbar mit der strafbaren Tat des Angeklagten zu tun haben, ist grundsätzlich dem Angriff des kämpferischen Verteidigers ausgesetzt². Die Beleidigung von Belastungszeugen und insbesondere des Anklägers stellt ein gewöhnliches Phänomen dar; sie dient der Abschwächung deren kämpferischer Moral oder deren Erniedrigung vor Gericht oder kann einfach die Folge einer gereizten Atmosphäre während des Strafverfahrens sein. Das gleiche gilt auch für die üble Nachrede, die hauptsächlich die Zerrüttung der Glaubwürdigkeit der Gegner des Angeklagten oder die Verschiebung der Verantwortung für die Straftat bezweckt, die ihm zur Last gelegt wird. Auch die Begehung einer Verleumdung als letzte Waffe gegen eine für den Angeklagten ungünstige Entwicklung des Strafverfahrens ist gewiß nicht ausgeschlossen. Es gibt nicht wenige Fälle, in denen

1. Über das Rechtsgut «Rechtsprechung» und die jeweiligen Rechtsgüter, die es verkörpern, s. meine Studie «Problematik und Anmerkungen zu den Straftaten gegen die Rechtsprechung (Artikel 224-234 GrStGB)», *Strafrechtliche Chronik 1975*, S. 449f. Kritik der verschiedenen Auffassungen s. bei der Dissertation von L. Margaritis, *Das juristische Objekt des Meineids, 1981*, S. 32f.

2. Über die Beziehungen von Verteidigung und Zeugen s. H. Dahs, *Handbuch des Strafverteidigers*, 3. Auflage, 1971, S. 101f. (Nr. 128).

sich die Verteidiger in Notzuchtprozessen auf nicht existierende Tatsachen gegen die Opfer berufen, um so deren «Moral» als schlecht darzustellen und dadurch die Lage ihres Mandanten zu mildern. An diesem Verhalten trägt auch der griechische Gesetzgeber eine gewisse Mitverantwortung, da er die Notzucht immer noch für eine Straftat gegen die Sittlichkeit hält (Art 336 GrStGB-Kapitel XVIII). Er verdreht ideologisch den Unwert der Tat, indem er sie von den Verletzungen gegen die persönliche (sexuelle) Freiheit und Selbstbestimmung zu den Verletzungen der Moral verschiebt³. Demnächst kommt es aber zu einer gesetzlichen Änderung und Reform des entsprechenden Kapitels unseres Strafgesetzbuchs, und ich hoffe, daß sie mit der Änderung des bisherigen Titels «Straftaten gegen die Sittlichkeit» in «Straftaten gegen die sexuelle Freiheit und Selbstbestimmung» anfängt, wie es auch in der Bundesrepublik Deutschland der Fall gewesen ist.

Zuletzt kann die üble Nachrede die Form der falschen Anschuldigung (Art 229 GrStGB) annehmen, die meiner Meinung nach eine Straftat gegen die Ehre ist und nicht eine solche gegen die Rechtsprechung⁴, wie ein großer Teil der griechischen Lehre behauptet, indem er der entsprechenden Eingliederung dieser Straftat in unserem Strafgesetzbuch genau folgt.

2.2. Ein breiteres Angriffsspektrum bieten die Rechtsgüter sozialer Natur, und zwar hauptsächlich solche, die mit der Rechtsprechung zu tun haben. In einer für den Angeklagten ungünstigen Entwicklung des Prozesses und im Rahmen eines akuten Streits mit dem Ankläger oder dem Staatsanwalt ist eine Beleidigung des Gerichts oder sogar eine Störung seiner Sitzung nicht unwahrscheinlich (Artikel 181 und 197§ 2 GrStGB entsprechend). In der Regel geht es hierbei natürlich um

3. Die Meinung, die Notzucht sei eine Straftat gegen die persönliche Freiheit, hatte ich in meiner Studie «Der dialektische Begriff der Rechtsgüter», 1973, S. 94 u. 98 vertreten. Kritik über die ideologische Verdrehung der Dinge im XVIII Kapitel des II Buchs des Strafgesetzbuchs (Straftaten gegen die Sittlichkeit) s. in meiner obengenannten Studie, S. 96f., wie auch in meiner Studie «Abänderungen, Reform und ideologische Nuance des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs», Recht und Politik, Band 1 (1982), 22f (40, 43). Siehe auch von N. Paraskeuopoulos, Die Begriffe der Sitten und der Unzucht bei den Straftaten gegen die Sittlichkeit, 1979, S. 195-198. Aber auch T. Philippidis, Wie unzeitgemäß sind für das moderne Strafrecht die Begriffe der «Sitten» und der «Unzucht»? Armenopoulos 1979, S. 593 f.

4. S. I. Manoledakis, Der dialektische Begriff der Rechtsgüter, S. 84 und derselbe, Problematik und Anmerkungen zu den Straftaten gegen die Rechtsprechung, S. 535f.

Verletzungen, die in heftiger Gemütsbewegung des Verteidigers und nicht «kaltblütig» begangen werden.

Wenn die obengenannten Straftaten eine dynamische Verletzung des Gerichts sind, dann stellt die Richterbestechung vom Verteidiger, um so eine Begünstigung für den Angeklagten zu sichern, auf jeden Fall eine heimtückische Zersetzung der Rechtsprechungsorgane dar, die gefährlicher als ihr vorübergehender und dynamischer Angriff sein kann. Diese Straftat findet natürlich nicht im Gerichtssaal statt. Ihre Folgen aber betreffen sicherlich das, was in diesem Saal vorgeht.

Hauptziel der strafbaren Taten des Verteidigers stellt selbstverständlich das Gebiet der Beweismittel dar, unabhängig davon, ob es schriftliche oder mündliche sind. Ihre Abänderung zugunsten des Angeklagten wird oft vom waghalsigen Verteidiger riskiert. Schwieriger ist die Abänderung der schriftlichen Beweismittel wegen ihrer räumlichen und zeitlichen Beständigkeit. Die materielle (Art 216, 217 GrStGB), die geistige (Art 220 GrStGB), die negative (Art 222 GrStGB) Urkundenfälschung und die Anstiftung zur geistigen Urkundenfälschung (Art 221 und 242 in Kombination mit 46§ 1 a GrStGB) stellen grundsätzlich gefährliche Handlungen für den Verteidiger dar. Einfacher ist die Abänderung des mündlichen Beweismittels der Zeugenaussage, die entweder durch Anstiftung zum Meineid und falsche uneidliche Aussage (Art. 224-226 in Kombination mit 46§/a GrStGB) oder durch die Verleitung zum Meineid (Art. 228 GrStGB) begangen wird, insbesondere wenn der Zeuge eine Person mit beschränkter Einsichtsfähigkeit und verminderter Kraft moralischen Widerstands ist.

Zuletzt könnte behauptet werden, daß die gewöhnlichste Straftat des Verteidigers die Begünstigung ist (Art 231 GrStGB). Mit einer weiten Auslegung des entsprechenden Artikels des Strafgesetzbuchs wäre es sogar möglich, jede erfolgsversprechende Tätigkeit des Verteidigers, die zu einem Freispruch seines schuldigen Mandanten führen soll, für eine Begünstigung zu halten, unabhängig davon, ob er sich bei deren Ausübung legaler oder illegaler Praktiken bedient hat. Ich bin trotzdem der Meinung⁵, daß die Begünstigung mit der Verteidigung des Angeklagten nichts zu tun hat⁶. Sie setzt voraus, daß öffentliche Klage erhoben worden

5. w.o.a., S. 539 f.

6. S. das Gegenteil Gardikas, *Der Verteidiger im Strafprozeß*, 1973, S. 80-82. Aber auch Dahs, w.o.a., S. 30f. (Nr 33f.). Wenn der Täter einem Rechtsanwalt ein Verteidigungsmandat gibt, bevor er erkannt und festgenommen wird und der Rechtsanwalt ihm zur Flucht verhilft oder die Tatsachen verschleiern und auf diese

ist, da ein Angeschuldigter im engen Sinn ohne vorige Erhebung der öffentlichen Klage nicht denkbar ist⁷. Im Gegenteil, als Begünstigung soll die Tat gelten, die die anfängliche Verfolgung des Straftäters vereitelt, nicht dagegen ihre Fortsetzung. Als Begünstigung wird auch die Vereitelung der Vollstreckung der Strafe bezeichnet, die dem Angeklagten auferlegt wurde. Diese Tat setzt ein vollendetes Strafverfahren voraus, da keine Strafe ohne gerichtliches Urteil ausgesprochen werden kann. Ist jedoch das Strafverfahren zu Ende gekommen, so ist damit auch die Verteidigung des Angeklagten beendet. Somit befindet sich die Verteidigung außerhalb des Zeitraums, in dem die Begünstigung begangen werden kann. Nach der Meinung, die ich schon früher vertreten habe, kann die Begünstigung nur in zwei Formen begangen werden: entweder durch Verbergen des Täters, um so seine Verfolgung zu vereiteln, oder indem dem schon verurteilten Täter zur Flucht verholfen wird, um die Vollstreckung der auferlegten Strafe (oder Sicherheitsmaßnahme) zu verhindern. Diese Handlungen befinden sich aber jenseits des Rahmens einer «Verteidigung des Angeklagten».

3.0 Wir kommen jetzt zur kritischen Frage: In welchen Fällen können die obengenannten Taten des Verteidigers im Sinne des Strafrechts als gerechtfertigt angesehen werden? Mit anderen Worten: Unter welchen Voraussetzungen ist es möglich, daß der Unrechtscharakter dieser strafbaren Taten aufgehoben wird? Die Beantwortung dieser Fragen wird in der Reihenfolge der Eingliederung der entsprechenden Taten vorgenommen, wie sie unter dem vorangegangenen Gliederungspunkt vorgeschlagen wurde.

3.1 Artikel 367 GrStGB bestimmt, wann die Verletzung der Ehre aus strafrechtlicher Sicht gerechtfertigt ist. In Bezug auf die Taten des Verteidigers, um die es unter Gliederungspunkt 2.1 ging und in Anbetracht des Artikel 376 GrStGB, der die beleidigenden Aussagen rechtfertigt, wenn sie «zum Zwecke der Wahrnehmung eines Anspruchs oder aufgrund eines berechtigten Interesses» zustande kommen, müssen wir annehmen, daß ihr Unrechts-

Weise die Verfolgung seines Mandanten vereitelt, dann begeht der Rechtsanwalt sicherlich die Straftat der Begünstigung (Art. 231 GrStGB). Dennoch handelt er in diesem Fall nicht als Verteidiger des Täters. Denn aus juristischer Sicht hat die Funktion der Verteidigung noch nicht begonnen, da es noch keinen Angeschuldigten gibt. Die Handlung des Rechtsanwalts bezweckt sogar, daß sein Mandant gar nicht zum Angeschuldigten wird.

7. Art. 72 GrStPO bezieht sich auf einen erweiterten Begriff des «Angeschuldigten». Der Begriff des «Verteidigers» entspricht aber dem engen Sinn des Terminus «Angeschuldigter», der die Erhebung einer öffentlichen Klage voraussetzt.

charakter aufgehoben wird, wenn es nicht möglich ist, die Unschuld oder die gegebenen (wahren) strafmildernden Umstände für den Angeschuldigten vorzubringen, ohne die Ehre eines anderen durch die Aussagen des Verteidigers zu verletzen⁸. Es sei aber betont, daß diese Rechtfertigung nur dann gilt, wenn die Aussagen keine Verleumdung darstellen und kein «Beleidigungszweck» gegen die Person, die sie betreffen, festzustellen ist. Die Aufhebung des Unrechts aufgrund des berechtigten Interesses nach Artikel 367 GrStGB ist unabhängig von der Aufhebung des Unrechts, die nach Artikel 366 GrStGB vorliegt, wenn die verleumderische Tatsache wahr ist. Infolgedessen ist der Beweis der Wahrheit immer gestattet, damit nachgewiesen wird, daß es sich um keine Verleumdung handelt und somit die für den Täter günstige Vorschrift des Artikel 367GrStGB zur Anwendung kommt. Es muß auch betont werden, daß als berechtigtes Interesse das rechtmäßige Interesse des Angeklagten gemeint ist, seine Unschuld zu beweisen, wenn sie tatsächlich vorhanden ist. Nicht bestehende strafmildernde Umstände können natürlich vom Verteidiger ohne strafrechtliche Konsequenzen vorgeschlagen werden, es sei denn, die Ehre anderer Personen wurde verletzt. In letzterem Fall wird der Unrechtscharakter der Tat des Verteidigers nicht aufgehoben⁹. Gleichfalls wird der Unrechtscharakter der Taten, die die Moral der Zeugen beugen sollen und generell im

8. S. Philippidis, Der Schutz berechtigter Interessen bei Straftaten gegen die Sittlichkeit, 1965, S.266f. Nach Gardikas, w.o.a., S.68, «wird der Unrechtscharakter der Verletzung der Ehre vom Verteidiger aufgehoben, wenn die Tat gemäß Art. 20 GrStGB als notwendig für die Durchführung seiner Aufgaben gehalten wird». Dennoch bin ich der Meinung, daß hier nicht etwa Art.20, sondern Art.367 GrStGB Anwendung findet und die Verletzung der Zeugenehre nicht in jedem Fall, sondern nur dann gerechtfertigt wird, wenn das Interesse des Klienten nicht anders geschützt werden kann. Genauer gesagt: Der Verteidiger hat kein Recht, beim Plädoyer für seinen Mandanten andere Personen zu beleidigen (Art. 20 GrStGB). Er hat aber die Aufgabe, die Interessen seines Mandanten zu schützen, selbst wenn er notwendigerweise die Ehre anderer Personen verletzt, sofern er dieser Aufgabe nicht anders nachkommen kann (Art. 367 GrStGB).

9. Befindet sich der Verteidiger entweder in Bezug auf die Existenz eines berechtigten Interesses oder in Bezug auf das Angebrachtsein des Mittels, welches er benutzt, im Irrtum, so handelt es sich hier natürlich um einen Rechtsirrtum (Art. 31§2 GrStGB), welcher das Unrechtsbewußtsein ausschließt und zur Aufhebung der Zurechenbarkeit führt, wenn er entschuldbar ist. S. Philippidis, w.o.a., S. 268. Aber auch Spinellis, Strafrecht, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Ehre, 1980, S.81/82. Die Gegenüberstellung des griechischen Schrifttums zum Thema des Irrtums bezüglich der tatsächlichen Voraussetzungen des Grundes, der den Unrechtscharakter der Tat aufhebt s. in der Studie von G. Poulis, Rechtsirrtum, Wissenschaftliches Jahrbuch der Rechtsanwaltskammer von Thessaloniki, 1980, S. 91 f. (S. 105).

Rahmen der «rechtsanwältlichen Praktiken» liegen, oder die Eindruck machen sollen aber in keinerlei Beziehung zur echten Beweisaufnahme stehen, nicht aufgehoben¹⁰. Wie schon erwähnt, scheint es schließlich, daß die Verleumdung und die Beleidigung, die nur beleidigungswegen vorgenommen wird, in keinem Fall gerechtfertigt werden können. Das gleiche gilt auch für die falsche Anschuldigung, die nach richtiger Meinung eine besondere Form der Verleumdung ist.

3.2. Nun muß im Rahmen des Angriffs des Gerichts und der Fälschung von Urkunden, die den Prozess betreffen, betont werden, daß die Beleidigung des Gerichts, die Störung seiner Sitzungen und die Richterbestechung in keinem Falle gerechtfertigt werden können, unabhängig davon, wie diese These theoretisch zu begründen ist. Die Wahrnehmung der berechtigten Interessen des Angeklagten wird durch die Mechanismen der Rechtsprechung gesichert. Werden diese Mechanismen angegriffen, so kann von einem rechtmäßigen Anspruch oder von einer Wahrnehmung berechtigten Interesse nicht mehr die Rede sein. Wir argumentieren hier natürlich aufgrund der rechtlichen Logik und anhand der juristischen Betrachtung des Themas. Andererseits könnten auch in Bezug auf die Abwägung der Rechtsgüter, die bei der Annahme eines Notstands vorgenommen wird, das Gericht und die Richter während der strafrechtlichen Rechtsprechung natürlich-in keinem Fall als Rechtsgüter angesehen werden, die «nach Art und Wichtigkeit» erheblich minderwertiger als diejenigen des Angeklagten sind, um so deren Verletzung zwecks Schutz der Rechtsgüter des Angeklagten rechtfertigen zu können. Infolgedessen darf der Verteidiger die Sitzung des Gerichts auch dann nicht stören oder gewaltsam unterbrechen, um auf diese Art die Fortsetzung des Verfahrens zu vereiteln, wenn der Erlaß eines Urteils zu erwarten ist, welches auf einem offensichtlichen Irrtum zuungunsten des in Wahrheit unschuldigen Angeklagten beruht¹¹. Er darf aber auch nicht die Richter während einer Sitzungspause bestechen, um sie dadurch von ihrer irrümlichen Meinung abzubringen. Die Vermeidung des Schadens an den Rechtsgütern des Angeklagten kann nur durch die prozessualen Mechanismen (Rechtsmittel u.s.w.) erreicht werden.

Kann das Gleiche aber auch für die Verletzung (Fälschung)

10. S. Gardikas, w.o.a., S. 68 «der Verteidiger hat das Recht, alles zu sagen, aber nicht etwa auch das Recht, zynisch zu sein».

11. Das Verzögern des Strafprozesses vom Verteidiger mit langen Reden und Bestehen auf unwichtigen Einzelheiten ist natürlich nach griechischem Recht keine Straftat. S. im Gegensatz dazu den Fall, der von einem Richter von N.York als «contempt of Court» bezeichnet wurde, in Gardikas, w.o.a., S. 67 Notiz 4

der gerichtlichen Urkunden gelten? Hier muß man unterscheiden: In Fällen, in denen versucht wird, die Beweismittel abzuändern, damit der Angeklagte Nutzen ziehen kann (nicht jedoch, damit ihm kein Schaden zugefügt wird), kann die Tat nicht gerechtfertigt werden¹². Der Verteidiger darf alles behaupten, was seiner Meinung nach die Lage seines Klienten verbessert. Er darf aber in diesem Zusammenhang weder die Ehre einer anderen Person verletzen noch die Beweismittel abändern. Ich bin aber der Meinung, daß es vertretbar wäre, die Abänderung eines Beweismittels unter bestimmten Voraussetzungen zu rechtfertigen, sofern diese einen für den Angeklagten sonst unvermeidbaren Schaden verhindern würde. Die Beweismittel sind nicht identisch mit dem Mechanismus der Rechtsprechung selbst. Sie sollen lediglich beim Richter die Überzeugung hinsichtlich dessen begründen, was in der empirischen Wirklichkeit passiert ist, und zum richterlichen Urteil führen, welches seinerseits im Hinblick auf die Tatsachenfeststellung wahr und bezüglich deren Subsumtion zu der entsprechenden richterlichen Norm korrekt sein soll. Wenn also das Gericht aufgrund des Nichtvorhandenseins oder der Unzulänglichkeit der Beweismittel zu einem Irrtum geführt wird und der Schaden, der dadurch dem unschuldigen Angeklagten zugefügt wird, groß ist, könnte die beschränkte Abänderung eines Beweismittels, sofern sie natürlich keiner sonstigen Person Schaden zufügt, mit analoger Geltendmachung eines Notstands oder der Wahrnehmung eines berechtigten Interesses gerechtfertigt werden. In diesem Fall führt die Abänderung des Beweismittels zur Wahrheit. Das Beweismittel dient hier seinem Zweck, nämlich den Erlaß eines letztendlich korrekten und bei der Wiedergabe der Wirklichkeit wahren Urteils, auch wenn dies in einer unkonventionellen Weise geschieht. Die Beweismittel haben keinen Wert als solche, sondern nur in Bezug auf ihren Beitrag beim Erlaß des konkreten Urteils. Die Echtheit dieses Urteils ist von Interesse. Sie soll aber das Produkt einer ausschließlich richterlichen Beurteilung und nicht einer äußerlichen Intervention sein. Beim Kampf um die Bildung dieser Beurteilung und unter Berücksichtigung seiner hoffnungslosen Rauheit können indes die Spielregeln zugunsten der Wahrheitsfindung gelegentlich überschritten werden, ohne daß hierdurch der Mechanismus der Rechtsprechung selbst verletzt wird. So könnte meiner Meinung nach eine «unschuldige» Lüge des Zeugen (auf Veranlassung des Verteidigers), als Anstiftung zum

12. Über das Problem, ob sich der Verteidiger durch Unterlassen strafbar macht, wenn der Zeuge und der Angeklagte die Abänderung der Beweise vornehmen und der Verteidiger dies hinnimmt, s. Dahn, w.o.a., S. 103f (Nr.132).

Meineid oder als Verleitung zum Meineid, je nach Fallgestaltung, als gerechtfertigt angesehen werden, wenn sie keiner anderen Person schadet und absolut notwendig ist, um die Unschuld des Angeklagten beweisen zu können, da es nicht möglich ist, einen anderweitigen Beweis zu erbringen. Die Unschuld des Angeklagten muß aber objektiv gegeben sein¹³, und gleichzeitig muß es unmöglich sein, sie anders zu beweisen. Schließlich soll das Gericht anhand der vorhandenen Beweismittel zur Verurteilung kommen, während die Abänderung des Beweismittels keiner anderen Person Schaden zufügen darf, es sei denn, dieser Schaden ist im Vergleich zu dem, der dem Angeklagten droht, vollkommen unbedeutend. Man könnte unter Umständen behaupten, daß die Abänderung des Beweismittels in diesem bestimmten Fall keine beschränkt generelle Bedeutung erlangt, da sie grundsätzlich unser Vertrauen zu den Urkunden und zur Zeugenaussage zerrüttet, also abgesehen von der Funktion im konkreten Fall, nicht auf ähnliche Fallgruppen übertragen werden kann. Diesem generalisierenden-idealistischen Standpunkt könnte man entgegensetzen, daß der Freispruch eines wahrhaft unschuldigen Angeklagten, auch wenn er in unkonventioneller Weise zustande kommt, nicht ohne generelle Bedeutung ist, obwohl sich beim Notstand und der Wahrnehmung eines berechtigten Interesses die Rechtsgüterabwägung nicht zu generellen Werturteilen ihrer abstrakten Allgemeinheit¹⁴ erweitert. Wie Jacques Hamelin¹⁵ betont, geht es in jedem Prozeß nicht nur um den bestimmten Fall, der gerade behandelt wird. In der Person des Angeklagten unterstützt der Verteidiger jedes Mal die Grundidee, daß die Verurteilung eines Unschuldigen viel schlimmer als der Freispruch eines Schuldigen ist. Ein Grundsatz, der in einmaliger Weise die in der Regel widersprüchlichen Ideale der inhaltsreichen Rechtsprechung und Rechtssicherheit kombiniert und aussöhnt.

13. Über den Fall des entschuldbaren Irrtums des Verteidigers s. Fußnote Nr. 9 oben.

14. S. Manoledakis, *Generelle Theorie des Strafrechts*, Band III, 1981, S. 37 f. S. 147.

15. J. Hamelin, *Der Verteidiger-Auffassungen über die Rolle des Verteidigers* (Wiedergabe in griechischer Sprache vom G. Panagos, 1953), S. 58.

Anhang der im Referat erwähnten Artikel des griechischen Strafgesetzbuchs.

Art. 46 GrStGB

Anstifter und unmittelbarer Gehilfe: 1. Mit der Strafe des Täters wird bestraft a) wer vorsätzlich in jemandem den Entschluß zur Ausführung der von ihm begangenen rechtswidrigen Tat hervorgerufen hat.

Art. 181 GrStGB

Beschimpfung von Behörden und Hoheitszeichen

1. Mit Gefängnis bis zu drei Jahren wird bestraft wer eine staatliche, städtische oder kommunale Behörde oder die Person des Führers einer von der Parlamentsordnung offiziell anerkannten Partei des Landes öffentlich beschimpft.

2. Mit Gefängnis bis zu zwei Jahren wird bestraft, wer Hoheitszeichen oder Hoheitssymbole des Staates, des Königs oder andere Zeichen der königlichen Würde öffentlich beschimpft oder als Ausdruck des Hasses oder der Verachtung wegnimmt, beschädigt oder umformt.

Art. 197§2GrStGB

Störung der Sitzungen: 2 Wenn die Tat gegen die Sitzung eines Gerichts begangen wurde, wird sie mit Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten bestraft.

Art. 216 GrStGB

Urkundenfälschung: 1. Mit Gefängnis nicht unter drei Monaten wird derjenige bestraft, der eine unechte Urkunde herstellt oder eine echte fälscht, damit er durch ihren Gebrauch einen anderen über eine Tatsache, die rechtliche Folgen hat, irreführt. Der von dem Täter vorgenommene Gebrauch ist als erschwerter Fall anzusehen.

2. Mit derselben Strafe wird bestraft wer für den obengenannten Zweck bewußt Gebrauch von der unechten oder verfälschten Urkunde macht.

3. Wenn der Täter der obengenannten Taten (§§ 1-2) in der Absicht gehandelt hat, sich oder einem anderen zum Schaden eines Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einen anderen zu schädigen, wird er mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Art 217 GrStGB

Fälschung von Zeugnissen: 1 Wer in der Absicht, den Unterhalt, die Bewegungsfreiheit oder das soziale Vorwärtskommen für sich oder einen anderen zu erleichtern, ein unechtes Zeugnis oder eine andere unechte Urkunde herstellt oder ein echtes fälscht, das als solches gebraucht werden kann, wer bewußt eine solche unechte oder verfälschte Urkunde benutzt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

2. Mit der gleichen Strafe wird auch bestraft, wer für den gleichen Zweck eine solche Urkunde benutzt, die echt ist, aber für einen anderen ausgestellt wurde.

Art. 220 GrStGB

Erschleichung einer falschen Beglaubigung

1. Wer durch Täuschung erreicht, daß in einer öffentlichen Urkunde eine Tatsache, die rechtliche Folgen haben kann, unwahr beglaubigt wird, und wer eine solche unwahre Beglaubigung verwendet, um einen anderen über die betreffende Tatsache zu täuschen, wird mit Gefängnis von drei Monaten bis zu zwei Jahren bestraft, sofern er nicht nach den Vorschriften über die Anstiftung schwerer zu bestrafen ist.

2. Wenn aber die Bedingungen des Art. 216 Abs. 3 vorhanden sind, dann wird Gefängnisstrafe von mindestens drei Monaten verhängt.

Art. 221 GrStGB

Unwahre ärztliche Bestätigungen: 1. Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Chemiker und Hebammen, die bewußt unwahre Bestätigungen ausstellen, welche ihrerseits bestimmt sind, bei einer öffentlichen, städtischen oder kommunalen Behörde, bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts, oder bei Versicherungsgesellschaften Glauben zu begründen und die weiterhin geeignet sind, die rechtlichen und wichtigen Interessen einer anderen Person zu schädigen, werden mit Gefängnis bis zu zwei Jahren und mit Geldstrafe bestraft. Wenn für die oben genannten Bestätigungen eine gerichtliche Verwendung beabsichtigt ist, werden die Aussteller mit Gefängnis nicht unter drei Monaten und mit Geldstrafe bestraft sowie auch mit Aberkennung der im Art. 63 Nr. 1 vorgesehenen Ämter und Positionen.

2. Mit Gefängnisstrafe bis zu einem Jahr wird bestraft wer eine solche unwahre Bestätigung gebraucht in der Absicht, eine öffentliche, städtische oder kommunale Behörde oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder eine Versicherungsgesellschaft zu täuschen. Wurde die ausgestellte unwahre Bestätigung gerichtlich gebraucht, so wird diejenige Partei, die den Gebrauch unternommen hat, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Art. 222 GrStGB

Urkundenunterdrückung: Wer in der Absicht, einem anderen Schaden zuzufügen eine Urkunde, die ihm nicht oder nicht ausschließlich gehört, oder auf deren Übergabe oder Vorlage ein anderer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts einen Anspruch hat, unterdrückt, beschädigt oder zerstört, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Art. 224 GrStGB

Meineid: 1. Wer als Partei in einem Zivilprozess wissentlich einen falschen Eid leistet, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

2. Mit der gleichen Strafe wird bestraft, wer wissentlich unwahr aussagt oder die wahre Aussage verweigert oder verheimlicht, wenn er als Zeuge vor einer für eidliche Vernehmung zuständigen Stelle vernommen wird oder sich auf einen früheren Eid beruft.

3. Dem Eid stehen gleich die Berufung des Geistlichen auf seine Eigenschaft als Geistlicher und jede andere vom Gesetz statt des Eides zugelassene Beteuerung der Anhänger solcher Religionen, die den Eid verbieten sowie auch jede Bestätigung, die nach der Zivilprozessordnung den Eid ersetzt.

Art. 226 GrStGB

Sachverständiger- und Dolmetschermineid: 1. Wer als Sachverständiger oder Dolmetscher eidlich und wissentlich eine falsche Aussage macht, oder die Wahrheit verheimlicht, wird mit Gefängnis nicht unter sechs Monate bestraft.

2. Die Vorschrift des Artikel 67 wird in diesem Fall analog angewandt.

3. Wenn das falsche Gutachten des Sachverständigen oder die falsche Übersetzung des Dolmetschers uneidlich abgegeben worden ist, wird Gefängnisstrafe bis zu höchstens einem Jahr verhängt.

Art. 228 GrStGB

Verleitung zum Meineid: 1. Wer einen anderen absichtlich dazu verleitet, aus Irrtum einen falschen Eid zu leisten, welcher den Tatbestand des Artikel 224 erfüllt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, sofern die Tat nicht nach den Vorschriften über die Anstiftung schwerer bestraft wird.

2. Wer mit irgendwelchen Mitteln versucht jemanden zur Begehung einer der in den

Artikeln 224 und 226§1 enthaltenen Straftaten zu überzeugen, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

Artikel 233 GrStGB

Parteiverrat: Wenn ein Anwalt oder ein anderer Rechtsbeistand vorsätzlich demjenigen Schaden zufügt, dessen Interessen er rechtlich wahrzunehmen hat oder wenn er in derselben Rechtssache beiden Parteien gleichzeitig oder nacheinander durch Rat oder Beistand dient, wird mit Gefängnisstrafe bis zu drei Jahren bestraft. Handelt derselbe im Einverständnis mit der Gegenpartei oder des Gewinnes wegen, so wird er mit Gefängnisstrafe von mindestens drei Monaten bestraft.

Art. 242 GrStGB

Falsche Beurkundung, Urkundenfälschung u.s.w.

1. Wenn ein Beamter, zu dessen Pflichten die Ausstellung oder Anfertigung gewisser öffentlicher Urkunden gehört, eine falsche Tatsache in einer solchen Urkunde, die Rechtsfolgen haben kann, vorsätzlich bestätigt, wird er mit Gefängnis nicht unter einem Jahr bestraft.

2. Mit der gleichen Strafe wird der Beamte bestraft, der vorsätzlich eine ihm anvertraute oder kraft seines Amtes zugängliche Urkunde verfälscht, zerstört, beschädigt oder unterdrückt.

3. Hatte der Täter der in den §§1 und 2 beschriebenen Taten die Absicht, sich selbst oder einem anderen einen gesetzwidrigen Vorteil zu verschaffen oder einen anderen zu schädigen, so wird er mit Zuchthaus bestraft.

4. Mit der in §1 vorgesehenen Strafe wird bestraft, wer wissentlich von der unechten, verfälschten oder unterdrückten Urkunde Gebrauch macht.

Art.367 GrStGB: 1. Keine Straftaten stellen dar tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, tadelnde Äußerungen, die in einem behördlichen Schreiben enthalten sind, welches nur für den behördlichen Wirkungskreis bestimmt ist, sowie auch Äußerungen, die bei der Ausübung gesetzlicher Pflichten, gesetzlicher Gewalt zum Schutz eines Rechtes, aus einem anderen berechtigten Interesse oder in entsprechenden Fällen erfolgen.

2. Diese Vorschrift ist nicht anzuwenden, wenn die obengenannten Urteile und Äußerungen den Tatbestand der in Artikel 363 erwähnten Straftat bilden, sowie wenn in der Form der Äußerung oder in den Umständen, unter welchen sie stattgefunden hat, eine Beleidigungsabsicht festzustellen ist.



ΚΕΝΤΡΙΚΗ ΔΙΑΘΕΣΗ:
 ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ ΠΡ. ΚΟΡΟΜΗΛΑ 38 ΤΗΛ. 264.958
 ΑΘΗΝΑ ΔΙΔΟΤΟΥ 39 3600658



ΚΕΝΤΡΙΚΗ ΔΙΑΘΕΣΗ
 ΘΕΣ/ΝΙΚΗ «ΠΑΡΑΤΗΡΗΤΗΣ» ΤΗΛ. 264.958
 ΑΘΗΝΑ «ΠΑΡΑΤΗΡΗΤΗΣ» ΔΙΔΟΤΟΥ 39

Die Verletzung des Berufsgeheimnisses vom Verteidiger

Der Rechtsanwalt, unabhängig davon ob er schließlich die Verteidigung in einem Straf- oder Zivilprozeß übernimmt oder nicht, kommt zwangsläufig, seitdem ihn eine Privatperson in seinem Büro besucht, in Berührung mit einem Tatsachenkreis, der vornehmlich die Privatsphäre der Person betrifft; das ist der Fall entweder, weil sein Mandant selbst diese Tatsachen ihm anvertraut oder was auch viel gewöhnlicher ist, weil er sie anlässlich der Ausübung seines Amtes aus anderen Quellen erfährt. Für diese Tatsachen versucht der griechische Gesetzgeber mit einer Reihe von Artikeln die absolute Verschwiegenheit des Rechtsan-

walts sicherzustellen.

Die Vorschriften, die das Berufsgeheimnis betreffen, können wir in zwei Gruppen einteilen: diejenigen, die den Rechtsanwalt selbst mit strafrechtlichen und disziplinarischen Sanktionen das Berufsgeheimnis vorschreiben und diejenigen, die den Staat verpflichten, das gesetzlich anerkannte Berufsgeheimnis zu achten. Zur ersten Gruppe gehören die Vorschriften des Artikels 371 des GrStGB und 49 §1 der Rechtsanwälteneordnung, die Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr und auch disziplinarische Sanktionen für die Rechtsanwälte androhen, welche das Berufsgeheimnis verletzen. In der zweiten Gruppe verbieten die Vorschriften von Artikel 400 des GrZPO, 212 der GrStPO und 50 der Rechtsanwaltsordnung dem Richter, die Rechtsanwälte als Zeugen zu vernehmen, wenn sie an das Berufsgeheimnis gebunden sind.

Die Bedeutung dieser Vorschriften werden wir gleich danach erörtern, indem wir das Rechtsgut, welches sie schützen, festsetzen. Vorher muß aber der Tatsachenkreis geklärt werden, welchen die Verschwiegenheitspflicht betrifft, mit anderen Worten das materielle Objekt der Verletzungen. Sowohl Artikel 371 GrStGB wie auch die entsprechenden Artikel der griechischen StPO und ZPO erwähnen ausdrücklich als Objekte der Verletzung die Privatgeheimnisse, einen Begriff, bei dem es keinen wesentlichen Unterschied zwischen der deutschen und der griechischen Lehre gibt. Damit eine Tatsache als Geheimnis bezeichnet wird, müssen zwei Faktoren vorhanden sein: einerseits soll sie nicht schon breit bekannt sein und andererseits soll es ein verständliches logisches Interesse dessen, Geheimhalten hängt also hauptsächlich, aber nicht ausschließlich, vom Willen des Betroffenen ab.¹

Andererseits, die Tatsache, daß alle Vorschriften, die das Berufsgeheimnis sicherzustellen bezwecken, ausschließlich Pri-

1. S. Karanikas, Handbuch des Strafrechts III. Band, S. 321: «Geheimnisse sind Tatsachen oder tatsächliche Umstände oder Zusammenhänge von Beziehungen, deren Kenntnis einen bestimmten Kreis von Personen nicht verläßt und an deren Geheimhaltung eine bestimmte Person interessiert ist» - Toussi-Georgiou Strafgesetzbuch B* (3. Aufl.), S. 982/983: «als Privatgeheimnis werden nur die im begrenzten Kreis bekannten Tatsachen, an deren Geheimhaltung die Privatperson interessiert ist» - Philippidis, Die Verletzung des Berufsgeheimnisses, Strafrechtliche Chronik 1952, S. 99 - Lackner, StGB 13. Aufl., §203, 3a: «Als Privatgeheimnis wird die Tatsache gehalten die in einem begrenzten Personenkreis bekannt ist und nach einem verständlichen Interesse seines Trägers nicht breiter bekannt werden darf» - Seiler Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre 1960, S. 197 - Schönke/Schröder, StGB, 20. Aufl., §203, 5 - Welzel Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 336: Der Begriff des Geheimnisses enthält drei Elementen: relative Unbekanntheit, Geheimhaltungswille und Geheimhaltungsinteresse.

vatgeheimnisse betreffen, soll uns nicht zum Schluß führen, daß sie auch ein gemeinsames Rechtsgut schützen. Denn ihre Eingliederung in verschiedenen Gesetzen bestimmt auch die Prioritäten, die ihre Verabschiedung rechtfertigen.

Somit müssen wir für Artikel 371 GrStGB, welcher in einem Kapitel eingegliedert ist, das mit weiteren Kapiteln persönliche Rechtsgüter schützt, trotz der vertretenen verschiedenen Meinungen² annehmen, daß er primär das Recht der einzelnen Person schützt, einen Kreis von Geheimtatsachen seines Privatlebens zu haben und zu erhalten, als einen spezielleren Ausdruck ihrer persönlichen Freiheit. Daß dieses Recht nur in Bezug auf konkrete Berufe oder Ämter geschützt wird, bedeutet nur, daß der Gesetzgeber es für zweckmäßig gehalten hat, bei den Fällen einzugreifen, wo die einzelne Person tatsächlich verpflichtet ist Geheimnisse zu offenbaren und nicht, daß er dieses Rechtsgut an zweite Stelle herabsetzt. In den Fällen, wo die einzelne Person im Gegenteil nicht verpflichtet ist, ihre Geheimnisse zu offenbaren, trägt die Gefahr der bestmöglichen Wahrung seiner Geheimnisse der Betroffene selbst. Diese Meinung wird auch von der Tatsache unterstützt, daß der Begriff des Geheimnisses, wie schon erwähnt, hauptsächlich vom Willen des Betroffenen bestimmt wird; das Rechtsgut kann also in seinem Grundsatz nichts anders als ein privates Interesse sein. In seiner abstrakten Form jedenfalls nähert sich dieses Rechtsgut dem sozialen Rechtsgut des Vertrauens der Öffentlichkeit an manchen Berufe an, dem manche Priorität einräumen. Tatsächlich, wenn die Gesetzgebung jedem Menschen das Recht zuerkennt, einen Kreis seiner persönlichen Tatsachen geheim zu halten, obwohl er verpflichtet ist, ihn manchen Gewerbebetreibenden oder Amtsträgern zu offenbaren, kultiviert sie gleichzeitig ein Vertrauen der Öffentlichkeit zu diesen Berufen. Dieses Vertrauen ist auch ein spezieller Ausdruck der persönlichen Freiheit, da es mit dem Recht jeder Person identisch ist, die moralische, medizinische oder rechtliche Unterstützung zu finden, die sie braucht, ohne zu befürchten, daß ihre Geheimnisse

2. Es wurden zwei verschiedene Auffassungen vertreten. Nach der ersten ist die Straftat vom Art. 371 StGB nur eine Verletzung des Berufssollens und deshalb soll sie einerseits von GrStGB weggenommen werden und andererseits als Disziplinar delikt bei den speziellen Gesetzen, die die Ausübung dieser Berufe regeln, normiert werden (Manoledakis, Der dialektische Begriff der Rechtsgüter, 116). Nach der zweiten Auffassung ist das Privatgeheimnis, als Ausdruck der persönlichen Freiheit nicht das hauptsächliche Rechtsgut, sondern das Vertrauen der Öffentlichkeit zu manchen Berufe, also es handelt sich um ein soziales Rechtsgut (S. Schönke/Schröder § 203,3).

offenbart werden. Schließlich wird dadurch auch die richtige Funktion dieser Berufe innerhalb des gegebenen sozialen Systems unbestreitbar sichergestellt, ohne daß dieses letztes Ziel als grundsätzlich gehalten werden kann.³

Im Gegenteil wird bei den Vorschriften der Rechtsanwaltsordnung deutlich dem Ziel des Berufssollens Priorität gegeben und an zweiter Stelle folgt der Schutz der anderen Rechtsgüter. Aber auch in den Prozeßordnungen findet man die Prioritäten geändert. In der Strafprozeßordnung verbietet Artikel 212 die Vernahme der Rechtsanwälte als Zeugen, auch wenn sie die entsprechende Einwilligung ihres Mandanten haben; damit entscheidet er sich für den sozialen Charakter des Berufsgeheimnisses. Im Strafprozeß ist der Schutz der Privatgeheimnisse nicht mehr mit dem Schutz der einzelnen Person identisch und zielt hauptsächlich auf die Befestigung des Vertrauens der Öffentlichkeit an manchen Berufen.⁴ Im Zivilprozeß, der aus seiner Natur heraus nichts mehr als ein Zusammenstoß von entgegengesetzten Privatinteressen ist, herrscht im Gegenteil der persönliche Charakter beim Schutz der Privatgeheimnisse und hier muß man einerseits die Tatsache bemessen, daß der Rechtsanwalt als Zeuge vernommen werden kann, wenn derjenige, der ihm das Geheimnis anvertraut hat, es erlaubt und andererseits daß die Einrede der Ausschließung nur vom Mandanten und nicht von der Gegenseite erhoben werden kann.⁵

3. Die ist auch die herrschende Meinung, S. repräsentativ Dreher/Tröndle StGB 39. Aufl. §203.1 - Lackner, §203.1 - Mösl, Leipziger Kommentar, 9. Aufl., 1 zu §300 a.F. - Philippidis, Strafrechtliche Chronik 1952, 100. Trotzdem ist auch die Auffassung vertreten worden, daß nur das Privatgeheimnis geschützt wird: so Seiler 17 - Schünemann, Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 90, 11 ff.

4. S. Zissiadis, Strafprozessordnungen, Band II (1977) 38: «In diesen Fällen besteht keine Aussagepflicht aus höheren moralischen, sozialen und staatlichen Gründen» - Zangarolas, Die Rechtsanwälte als Zeugen, Strafrechtliche Chronik 1959, 489: «Aus dieser Vorschrift kommt deutlich hervor, daß das entsprechende Verbot nicht für den Schutz bestimmter Personen sondern zugunsten der Allgemeinheit vorgesehen wurde, also aus sozialen Gründen, die über den privaten Willen des Aussagenden standen. Es ist für die reibungslose Ausübung mancher sozialen Berufe gesetzt worden, zu denen der Staat besondere Bedeutung beimißt».

Jedenfalls scheint es de lege ferenda richtiger die Regelung zu ändern und sie mit dieser der Zivilprozeßordnung abzustimmen, denn weder wird das Rechtsgut «Privatgeheimnis» als Faktor der persönlichen Freiheit verletzt, wenn der Betroffene selbst die Offenbarung verlangt, noch wird das Vertrauen der Öffentlichkeit gegenüber konkreten Berufen verletzt, da der Rechtsanwalt, Arzt, u.s.w. ohne Einwilligung des Trägers des Geheimnisses in einem konkreten Fall nicht ohne Folgen aussagen kann. Die Abstimmung mit der Zivilprozeßordnung wird es für den Rechtsanwalt möglich machen, daß er als Zeuge vernommen werden darf, wenn es ihm vom Träger des Geheimnisses und von dem, der ihm es anvertraut hat, erlaubt wird.

5. So Fragistas, Beweisrecht, B. Aufl. (1975), 173

Nach allen diesen Bemerkungen ist es interessant zu prüfen, welche Form die Stellung des Rechtsanwalts annimmt, wenn er in einem Strafprozess als Zeuge vernommen wird.

Das erste Problem, welches entstehen mag, ist darauf zurückzuführen, daß sowohl das Strafgesetzbuch wie auch die Strafprozeßordnung sich auf Privatgeheimnisse beziehen, die der Rechtsanwalt entweder von seinem Mandanten oder von anderer Quelle, aber anlässlich der Ausübung seines Berufes erfahren hat. Welche wird aber die Stellung des Rechtsanwalts sein, wenn er die Privatgeheimnisse nicht in dieser Art erfahren hat, wie z.B. wenn er Augenzeuge einer Straftat ist und darauffolgend die Verteidigung des Täters übernimmt? In diesem Fall wird er weder vom Wortlaut des Artikels 371 GrStGB gebunden noch kann er aufgrund Artikels 212 der Strafprozeßordnung seine Vernahme als Zeuge verweigern. Andererseits ist es selbstverständlich, daß er, wenn er die Wahrheit aussagt, nicht mehr seinen Mandanten verteidigen kann. Aus diesem Grund müssen wir manche Unterscheidungen machen. Sollte der Rechtsanwalt sich dafür entscheiden alles, was er kennt, auszusagen, kann jedenfalls nicht behauptet werden, daß er eine Straftat begehe, da die extensive Auslegung im Strafgesetzbuch verboten ist, wenn sie zuungunsten des Angeklagten wirkt. In der Strafprozeßordnung, im Gegenteil, ist die extensive Auslegung erlaubt und geboten. Sie ist geboten, weil das Rechtsgut des Vertrauens der Öffentlichkeit, welches hauptsächlich geschützt wird, offensichtlich verletzt würde, wenn der Rechtsanwalt nicht das Recht hätte, die Aussage in Bezug auf Geheimnisse, die er unabhängig von der Ausübung seines Berufes erfahren hat, zu verweigern; das wäre der Fall, seit dem Moment - und das ist das Wichtige - seit er das Mandat übernommen hat, also seitdem das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und seinem Mandanten entstanden ist.⁶ Die extensive Auslegung wird aber auch erlaubt, da sie in jedem Fall zugunsten des Angeklagten ist, den das Geheimnis betrifft.

Eine zweite Schwierigkeit bei der Bestimmung der Stellung des Rechtsanwalts, wenn er als Zeuge vernommen wird, ist darauf zurückzuführen, daß, obwohl Artikel 371 GrStGB sich auf die Rechtsanwälte generell bezieht, Artikel 212 der griechischen Strafprozeßordnung nur die Verteidiger für ausschließbar erachtet, also nur Rechtsanwälte, die ein Verteidigungsmandat

⁶ Seitdem der Rechtsanwalt das Mandat seines Klienten übernommen hat, wird von allen Seiten behauptet, daß er eine Schweigepflicht für ihn hat. Dies bedeutet, daß er nicht die ganze Wahrheit sagen darf, aber nur soviel, wie ihn nützt (S. repräsentativ Zissiadis, Handbuch der Strafprozeßordnung, Band A, 1954, 88/89 - Chorafas, Handbuch des Strafprozeßrechts, 1933, 83).

haben. Derjenige also, der aus irgendwelchem Grund die Verteidigung des Angeklagten nicht übernommen hat, weil sie sich z.B. beim Honorar nicht geeinigt haben, befindet sich in der problematischen Lage, den Tatbestand vom Artikel 371 zu erfüllen, wenn er aussagt oder, gemäß Artikel 224 §2 GrStGB für Verweigerung der Aussage bestraft zu werden, wenn er sich weigert auszusagen. Hier muß die Lösung wieder in einer weiten Auslegung Artikels 212 GrStPO gesucht werden, so daß der Terminus Verteidiger als identisch mit dem Terminus Rechtsanwalt gehalten wird, den das griechische Strafgesetzbuch benutzt.⁷

Ein drittes Thema taucht in Bezug auf die Rolle der Einwilligung der Person auf, die das Geheimnis anvertraut hat. Nach dem zweiten Paragraphen Artikels 212 GrStPO darf der Rechtsanwalt, auch wenn er die Einwilligung dessen hat, der ihm das Geheimnis anvertraut, nicht als Zeuge vernommen werden; wird er doch vernommen ist das Verfahren als ungültig anzusehen. Es taucht aber die begründete Frage auf, inwiefern diese Tat auch strafbar ist. In der Lehre herrscht die Auffassung, daß die Einwilligung den Unrechtscharakter der Tat aufhebt.⁸ Doch haben wir oben bei der Bestimmung des Begriffs des Geheimnisses festgestellt, daß er hauptsächlich vom Willen der Person bestimmt wird. Seitdem der Träger des Geheimnisses dem Rechtsanwalt mitteilt, daß er zu seiner weiteren Bekanntgabe einwilligt, bedeutet dies, entweder daß es kein Interesse mehr gibt oder daß sein Interesse in Bezug auf das absolute Geheimhalten der Tatsache sich eingeschränkt hat. Wenn es also einer der Faktoren, die den Begriff des Geheimnisses zusammenstellen, wegfällt, dann existiert auch das Objekt der Verletzung nicht mehr. Aus diesem Grund scheint mir richtiger anzunehmen, daß die Einwilligung dessen, den das Geheimnis betrifft, die Verletzung nicht nur rechtfertigt sondern sie ausschließt.⁹

7. So Zissiadis, Handbuch der Strafprozeßordnung, Band A, 1954, 93 - Tsoukalas, Strafprozeßordnung A (1936), 135.

8. S. Gafos, Strafrecht, B.T. Band E, 206 - Karanikas, Handbuch des Strafrechts, Band C (1962), 333 - Philippidis, Strafrechtliche Chronik 1952, 113 - Dreher/Tröndle StGB § 203, 24 - Lackner StGB, 3. Vor. § 201 - Maurach/Schroeder, Strafrecht, B.T. (6. Aufl.) II/1, 247 - Mösl, LK § 300, 10 - Wessels, Strafrecht B.T., 1 (3. Aufl.), 69.

9. Die Auffassung, daß die Einwilligung des Betroffenen die Verwirklichung des objektiven Tatbestands ausschließt, haben die folgenden vertreten: Chorafas, Strafrecht 9. Aufl. 1978, Band A, 186 - Schönke/Schröder, StGB, 20. Aufl., § 203, 22 - Welzel 336.

Es ist auch die Auffassung vertreten worden, daß die Einwilligung den Unrechtscharakter der Tat nicht beeinflußt (s. Zissiadis, Strafprozessordnung B, 44). Die Bouropoulos (Auslegung des Strafgesetzbuchs, Band B, 694) und

Schließlich bei der Vernehmung des Rechtsanwalts als Zeugen taucht ein Problem in Bezug auf die Tatsachen auf, die er anlässlich seines Berufes und nicht von seinem Mandanten erfährt. Nach dem griechischen Strafgesetzbuch stellt die Offenbarung auch dieser Geheimnisse eine Straftat dar, während nach der griechischen Strafprozeßordnung der Rechtsanwalt nach seinem Gewissen beurteilen soll, ob und was er von diesen Geheimnissen offenbaren wird. So scheint es, daß eine gewisse Antinomie zwischen dem materiellen und prozessualen Recht existiert, die mit einer kombinierten Anwendung der entsprechenden Vorschriften aufgeklärt werden soll. Wenn der Rechtsanwalt fremde Geheimnisse offenbart, die er anlässlich seiner Eigenschaft erfahren hat, erfüllt er in jedem Fall den objektiven Tatbestand des Artikels 371 GrStGB. Der Unrechtscharakter der Tat wird nach dem Paragraph 4 dieses Artikels aufgehoben, nur wenn er die Erfüllung einer Pflicht oder die Einhaltung eines materiellen öffentlichen oder persönlichen Interesses bezweckt, welches nicht anders eingehalten werden könnte. Der Rechtsanwalt hat aber keine Aussagepflicht; er hat einfach das Recht nach Gewissen zu beurteilen, ob und was er offenbaren wird. Die Offenbarung also der Geheimnisse kann nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt werden, daß sie einem Interesse zu dienen bezweckt, welchem nicht anders gedient werden kann. Wenn das nicht der Fall ist, wenn also der Rechtsanwalt mit seiner Aussage eine Straftat begeht, können wir trotzdem annehmen, daß das Strafverfahren seine Gültigkeit beibehält? Können wir, indem wir davon ausgehen, daß die Gewissensentscheidung von dem Obersten Disziplinarrat der Rechtsanwälte geprüft wird und Disziplinarsanktionen auferlegt werden, wenn es festgestellt wird, daß sie beeinflussbar ist¹⁰, annehmen, daß die Strafprozeßordnung eine absolute und unüberprüfbare Ermessensfreiheit dem Rechtsanwalt einräumt zu beurteilen, was er offenbaren soll? Eine solche Lösung befriedigt natürlich nicht absolut. Es scheint richtiger, wenn die Beurteilung des Rechtsanwalts als mißbräuchlich überprüft wird, daß man die entsprechenden prozessualen Handlungen für nichtig erklärt, unter der einzigen Voraussetzung vielleicht, daß sie zur Verschlechterung der Stellung des

Toussis/Georgiou (Strafgesetzbuch, Band B, 989) behaupten, daß die Einwilligung des Verletzten den Unrechtscharakter der Tat nicht aufhebt, wenn das Geheimnis nicht dem Täter anvertraut wurde, sondern er hat es anlässlich der Ausübung seines Berufes oder seiner Eigenschaft erfahren.

10. S. im NoB 1954, 953 die Entscheidung 77/54 des höchsten Disziplinarrates der Rechtsanwälte.

Angeklagten führen¹¹.

Als letztes Thema soll das moralische Dilemma behandelt werden, zu welchem die Achtung des Berufsgeheimnisses den Rechtsanwalt mehrmals führen kann.

Der Rechtsanwalt erfährt in glaubenswürdiger Weise und anlässlich der Ausübung seines Berufes, daß ein Verbrechen begangen wird. Wenn er es nicht anzeigt, wird er für Verheimlichung einer Straftat (Art. 232 GrStGB) bestraft; gleichzeitig aber verletzt er das Berufsgeheimnis, indem er es anzeigt. Welche soll hier seine Stellung sein? Oder der Rechtsanwalt erfährt von seiner Mandantin bei einem Scheidungsprozess, daß sie vorhat abzutreiben, damit sie ein unerwünschtes Kind nicht bekommt. Ist er verpflichtet eine Tat, die er moralisch überhaupt nicht gutheißt, zu verheimlichen oder darf er sein Berufsgeheimnis verletzen? Wenn der Verteidiger in einem Strafprozess weiß, daß sein Mandant schuldig ist, weil er selbst z.B. es ihm anvertraut hat, aber das vorhandene Beweismaterial nicht genügend ist, seine Schuld zu beweisen, ist er dann verpflichtet zu erlauben, daß der Schuldige freigesprochen wird? Oder das schlimmste, wenn er an seiner Stelle einen Unschuldigen verurteilt sieht, soll er wieder einfach Zuschauer bleiben?

Alle diese Fälle sollen im Rahmen des 4. Paragraphs von Art. 371 GrStGB bewertet werden. Nach dieser Vorschrift wird der Unrechtscharakter der Verletzung des Berufsgeheimnisses auf jeden Fall aufgehoben, wenn die Tat Erfüllung einer Pflicht darstellt. Schließlich ist also die Tat des Rechtsanwalts nicht

11. In Bezug auf die Kombination der Artikeln 371 GrStGB und 212§1 GrStPO wenn die Offenbarung Geheimnisse betrifft, die der Rechtsanwalt anlässlich der Ausübung seines Berufes erfährt, sind insgesamt drei Auffassungen vertreten. Nach der ersten (Philippidis, Strafrechtliche Chronik 1952, 110) ist die Vorschrift des Strafgesetzbuchs als solche des materiellen Rechts dieser der Strafprozeßordnung überlegen, deshalb ist das Strafverfahren in jedem Fall ungültig, wenn der Rechtsanwalt über diese Fragen vernommen wird. Nach der zweiten Auffassung (Zagarolas, Strafrechtliche Chronik 1959, 440 - Sakellariou, Strafrechtliche Chronik 1959, 556 unter der Entscheidung von Arios Pagos 234/1959) darf der Rechtsanwalt in keinem Fall vernommen werden, wenn er im Strafverfahren Verteidiger ist. Im Gegenteil, wenn er kein entsprechendes Mandat hat, kann er nach seinem Gewissen beurteilen, welche von den Tatsachen, die er anlässlich der Ausübung seines Berufes erfahren hat und nicht weil man ihm diese Tatsachen anvertraut hat bekannt geben möchte. Schließlich nach der dritten Auffassung (Zissiadis, Strafprozeßordnung Band B, 40/41) erfüllen die Rechtsanwälte eine juristische Pflicht, wenn sie aussagen, nachdem sie nach Gewissen beurteilt haben, daß sie das, was sie anlässlich ihres Berufes erfahren haben, aussagen sollen.» So findet in jedem Fall Paragraph 4 Art. 371 GrStGB Anwendung, nach der der Unrechtscharakter der Tat aufgehoben wird, wenn sie darauf abzielt, daß eine Pflicht erfüllt wird.

strafbar, wenn er eine geplante Straftat anzeigt, denn somit erfüllt er eine Aufgabe, die ihm das Gesetz selbst auferlegt. Hier hält das Recht auf einem abstrakten Niveau, daß zwischen zwei kollidierenden Pflichten die Pflicht des Berufsgeheimnisses in jedem Fall unterlegen ist. In der Wirklichkeit also liegt für den Rechtsanwalt hier keine Pflichtenkollision vor.¹²

Das Problem wird schwieriger, wenn es sich nicht um juristische sondern um moralische Pflicht handelt. Die Auffassung, die heute in der griechischen Lehre herrscht, ist außerdem auch in der Begründung der entsprechenden Vorschrift ausdrücklich geäußert und meint, daß der Gesetzgeber, wenn er im 4. Paragraph sich auf die Pflichten bezieht, nicht nur die juristischen sondern auch die moralischen meint. So findet die Auswahl des Rechtsanwalts auf dem Niveau seiner eigenen Moral statt, auf einem Niveau also von rein subjektiven Urteilen und Auffassungen. In dieser Weise wird aber der Grundsatz der Sicherheit des Rechts unheilbar verletzt. Der Idealist-Rechtsanwalt, der in dem noch ungeformten Embryo den Schutz des menschlichen Lebens sieht, hält selbstverständlicher Weise als seine überlegene Pflicht, dieses Leben zuungunsten seines Berufsgeheimnisses zu schützen. Aber eine solche Betrachtung des Problems befindet sich im Gegensatz zu den Grundsätzen des objektiven Strafsystems. Deshalb können als Pflichten, deren Erfüllung den Unrechtscharakter der Tat aufhebt, nur die juristischen gelten. Die moralischen Pflichten, die ein Rechtsanwalt zu haben glaubt, werden nur im Rahmen der Schuld bewertet oder im Rahmen der Funktion des zweiten Grunds, der die Straftat rechtfertigt, also als Bewahrung eines rechtlichen oder sonst berechtigten Interesses, welches ihn oder eine dritte Person betrifft und nicht anders bewahrt werden könnte¹³. Solches Interesse kann in keinem Fall nach fester Auffassung der Lehre

12. So Manoledakis, *Generelle Theorie des Strafrechts*, Band C², 156. Im Gegenteil Mangakis (*Strafrecht*, 2. Aufl., 1981, 271/272) behauptet, daß es auch hier eine Pflichtenkollision für den Rechtsanwalt vorliegt, da er, um die Verletzung des Berufsgeheimnisses zu rechtfertigen, sich nicht darauf beschränkt festzustellen, ob es eine juristische oder moralische Pflicht vorliegt, sondern es muß zusätzlich folgendes vorliegen: a) daß diese Pflicht in concreto sozial von überlegener Bedeutung ist und b) daß sie nicht anders geschützt werden konnte. - Philippidis, (*Strafrechtliche Chronik 1952, 110*) nimmt an, daß die Verletzung des Berufsgeheimnisses in jedem Fall gerechtfertigt wird, wo es eine juristische Pflicht vorliegt, während er für die moralische Pflicht verlangt, daß sie überlegen der verletzten ist.

13. Das Interesse soll entweder rechtlich oder sonst berechtigt aber jedenfalls wesentlich nicht unwichtig sein. Das griechische StGB verlangt nicht zusätzlich, daß das Interesse dem Rechtsgut, welches vom Art. 371 geschützt wird, überlegen ist. (Das Gegenteil behauptet Mangakis, *Strafrecht...*, 272).

die korrekte Rechtsprechung sein, denn sie ist nicht nur von der Haltung des Rechtsanwalts sondern viel mehr von anderen Faktoren abhängig¹⁴. Das ist auch aus der Tatsache zu entnehmen, daß die Stellung des Rechtsanwalts im Strafverfahren zwangsläufig einseitig ist-der Rechtsanwalt hat die Rolle der Verteidigung und nicht die der materiellen Rechtsprechung¹⁵. Deshalb ist der Verteidiger verpflichtet, obwohl er von der Schuld seines Mandanten weiß, die Lücken der Beweise auszunutzen-da keiner schuldig ist, ohne daß es bewiesen wird-und sogar für seinen Freispruch zu plädieren¹⁶.

Das kritische natürlich und einzig tatsächliche Dilemma für das Amt des Rechtsanwalts tritt auf, wenn an der Stelle des Schuldigen ein Unschuldiger verurteilt wird. Die Auffassung, daß wir zwischen der Todesstrafe, der Freiheits- und Geldstrafe unterscheiden sollen und behaupten, daß die Treuepflicht, nur wenn sie einer ungerechten Todesstrafe gegenüber steht¹⁷ zurücktritt, erfüllt vielleicht die generelle Anordnungen Artikels 25 GrStGB für die Interessenkollision, sie kann aber hier nicht angenommen werden. Nach Art. 371 §4 GrStGb braucht das Interesse, welchem gedient wird, dem nicht wesentlich überlegen zu sein, welches verletzt wird; es genügt, wenn es ein wesentliches Interesse ist. Das Leben, die persönliche Freiheit und das Vermögen des Einzelnen sogar sind wesentliche Interessen: vielmehr wenn ihre Verletzung mit der Ehre, die professionelle Entwicklung oder den familiären Zustand des Verletzten gebunden ist. Der Rechtsanwalt bleibt aber unbestraft, wenn diese Interessen nicht anders geschützt werden könnten. Also, wenn jemand aus einem Gerichtsirrtum zu irgendwelcher Strafe unwiderruflich verurteilt wurde, was bedeutet, daß die Wahrheit nicht mehr gefunden werden kann oder daß es fast sicher ist, sie wird nicht gefunden, ist es sowohl logisch wie auch gerecht, daß der Rechtsanwalt nicht verurteilt wird, wenn er nur soviel wie notwendig für den Beweis der Unschuld des Verletzten offenbart.

14. S. repräsentativ Seiler, 198. Im Gegenteil wird es angenommen, daß der Unrechtscharakter der Tat aufgehoben wird, wenn der Rechtsanwalt Privatheimnisse bekannt gibt, damit er ein Verfahren gegen seinen Mandanten begründet, der ihn nicht bezahlen möchte (s. Seiler, 197) oder damit er die gegen ihn gerichtete Anklage als unwahr beweist, da es nicht anders bewiesen werden kann (s. Pallis, Rechtsanwalt und Verschwiegenheit, NoB 1966, 379). In diesem Fall aber nur unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß er nur soviel offerbart wie es notwendig für seinen Zweck ist.

15. So Philippidis, Richterliche Psychologie, Band A, 167/168.

16. S. auch Philippidis, Richterliche Psychologie, 168

17. So Seiler 198.

Art. 37/ GrStGB: 1. Geistliche, Rechtsanwälte, Rechtsbeistände, Notare, Ärzte, Hebammen, Krankenpfleger, Apotheker und andere Personen, denen auf Grund ihres Berufes oder ihrer Eigenschaft Privatgeheimnisse anvertraut werden, sowie deren Gehilfen werden mit Geldstrafe oder Gefängnis bis zu einem Jahr bestraft, wenn sie Privatgeheimnisse offenbaren, die denen anvertraut sind oder deren Kenntnis sie kraft ihres Berufes oder ihrer Eigenschaft erlangt haben.

2. Mit der gleichen Strafe wird auch bestraft, wer nach dem Tode der im §/ erwähnten Personen in den Besitz von Schriftstücken oder ihren Notizen, die sich auf die Ausübung ihres Berufes oder auf ihre Eigenschaft beziehen, gelangt und daraus Privatgeheimnisse verrät.

3. Die Strafverfolgung kann nur auf Strafantrag betrieben werden.

4. Die Tat ist rechtswidrig und bleibt unbestraft, wenn der Täter beabsichtigte, eine rechtliche oder sittliche Pflicht zu erfüllen oder berechnigte oder sonst wie gerechtfertigte wesentliche Interessen, die öffentliche, eigene oder eines Dritten sein können, wahrzunehmen, wenn sie nicht anders gewahrt werden können.

Rechtsanwälteordnung

Art.49: 1 Der Anwalt ist gegenüber seinem Mandanten verpflichtet, alles was er ihm anvertraut wurde, geheim zu halten. Für alle anderen Tatsachen, deren er kraft der Ausübung seines Berufes Kenntnis erlangt hat, soll er nach seinem Gewissen beurteilen, ob und inwieweit er als Zeuge darüber aussagen darf.

2. In keinem Fall darf er als Zeuge aussagen, wenn er als Anwalt an einem Fall teilgenommen hat, ohne vorher darüber die Erlaubnis des Verwaltungsrates der Rechtsanwältékammer, der er angehört, oder in dringenden Fällen des Kammervorsitzenden zu holen. Diesem Verbot unterliegt auch der Anwalt, der seine Dienste für festes Entgelt anbietet für alle Fälle seiner Mandanten.

Art.50: Der Anwalt, der vor dem zuständigen für die Vernahme Gericht oder Richter **bestätigt**, daß seine Aussage das ihm auferlegte Berufsgeheimnis verletzen würde, ist nicht verpflichtet auszusagen.

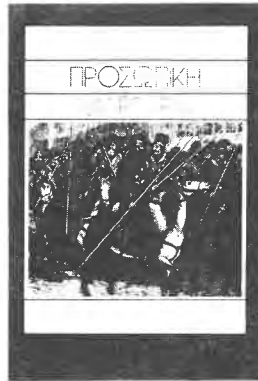
Berufsgeheimnisse der Zeugen

Art.212 Gr.StPO: 1. Auf Verfahrensmangel dürfen weder bei der Voruntersuchung noch bei der Hauptverhandlung als Zeuge vernommen werden: a) die Geistlichen über das, wessen Kenntnis sie bei der Ausübung der Seelensorge erlangt haben b) die Verteidiger, Fachberater und Notare über das, was denen von ihren Klienten anvertraut wurde. Die Verteidiger und Fachberater dürfen nach ihrem Gewissen beurteilen, ob und inwiefern sie darüber alles andere aussagen sollen, wessen sie kraft der Ausübung ihres Berufes Kenntnis erlangt haben c) die Ärzte, Apotheker und ihre Gehilfen und die Hebammen über das, was denen bei der Ausübung ihres Berufes anvertraut wurde; ausgenommen sind die Fälle, bei denen sie aufgrund eines speziellen Gesetzes zur Bekanntmachung bei den Behörden verpflichtet sind und d) die Beamten, wenn es sich um militärisches oder diplomatisches Geheimnis handelt oder solches, welches die Staatssicherheit betrifft, es sei denn daß der zuständige Minister anhand eines Antrags der Gerichtsbehörde, der Parteien oder von amtswegen ihnen dazu Vollmacht erteilt hat.

2. Das im ersten Absatz erwähnte Verbot in den Fällen, a,b und c wird auch dann nicht aufgehoben, wenn die betreffenden Personen von der Pflicht der Geheimhaltung seitens derjenigen, die denen die Geheimnisse anvertraut haben, befreit wurden.

ΤΑ ΑΓΝΩΣΤΑ ΝΟΜΠΕΛ ΤΗΣ ΛΟΓΟΤΕΧΝΙΑΣ

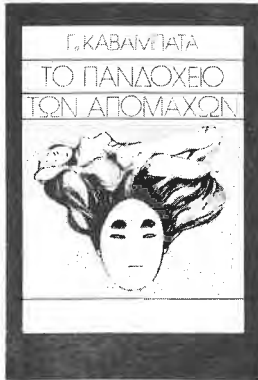
Άγνωστα
αριστουργήματα
της παγκόσμιας
λογοτεχνίας



Απαγορευμένο στη Σοβιετική Ένωση από το 1923. Ένα θαυμάσιο αυτοβιογραφικό κείμενο, η φίλια του Πάστερνak με το Μαγιακόφσκυ, η ατμόσφαιρα μιας επαναστατικής εποχής.



Η ιστορία μιας γυναίκας. Μιας γυναίκας καταπιεσμένης από τον κοινωνικό της περίγυρο. Μιας γυναίκας που αγάπησε «παράνομα», αγωνίστηκε και κέρδισε την ελευθερία της.



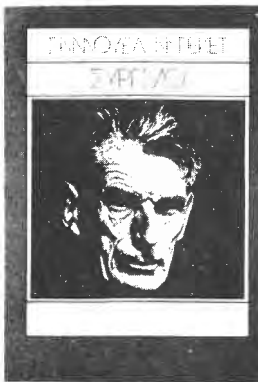
Ένα ερωτικό αριστούργημα. Ο Γιαπωνέζος νομπελίστας Καβαμπάτα, άγνωστος στην Ελλάδα, δίνει μέσα από μια εύστοχη ερωτική αλληγορία ένα χαρακτηριστικό δείγμα του μυστικισμού της Ανατολής.



Η απελπισμένη ιστορία μιας μοναχικής γυναίκας, που έφτασε να γίνει στυγνή τοκογλόφος, για να τελειώσει τη ζωή της μόνη.



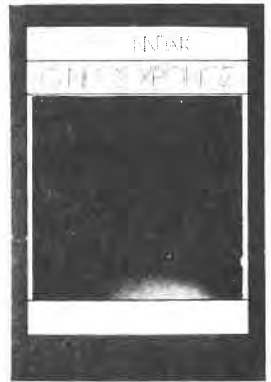
Η Μικρασιατική καταστροφή, οι αιώνιοι βασιλικοί αξιωματούχοι, η συνθήκη των Μουδανιών, η εγκατάλειψη σκαγραφούναι από τη ρωμαλέα πένα του μεγάλου δημιουργού.



Μονολογώντας με το στόμα των χαρακτήρων του για την ανθρώπινη μοίρα, ο Ιρλανδός νομπελίστας Σ. Μπέκετ παίζει για μίαν ακόμη φορά με την ζωή, τον θάνατο και τις λέξεις.



Ένας άλλος Θησέας, εντελώς διαφορετικός απ' αυτόν που μας παρουσιάζει η τυπική μυθολογία. Στους γεροντικούς του χρόνους θυμάται τους έρωτες, τα τεχνάσματα, την πολιτική δράση και προφανώς την νιότη του.



Δύση και Ανατολή αντιμετώπιζες σε μία από τις τελευταίες μυθιστορίες της γνωστής Αμερικανίδας συγγραφέως, που τιμήθηκε από την σουηδική Ακαδημία με το Νόμπελ λογοτεχνίας για το σύνολο του έργου της.

παρρηρητης 

Parteiverrat

I. Gegen eine Person wird ein Beschluß auf Eröffnung des Hauptverfahrens für Diebstahl in Vergehensform erlassen. Der Verteidiger fragt sich, inwiefern es zweckmäßig ist, Beschwerde einzulegen. Die Tatumstände sind solche, daß die Änderung des Beschlusses für Diebstahl in Verbrechenform nicht ausgeschlossen werden kann, sollte Beschwerde tatsächlich eingelegt werden¹; andererseits kann die Verspätung, die sich aus der Einlegung der Beschwerde ergeben wird, wahrscheinlich zur Verjährung des Delikts führen. Der Verteidiger, nachdem er sich mit dem Betroffenen darüber verständigt hat, legt schließlich Beschwerde ein und

1. S. Art 372 I und 374f GrStGB. Nach der Rechtsprechung stellt das Hinzufügen von belastenden Umständen zu der Tat, die dem Angeschuldigten zu Lasten gelegt wird, keine unzulässige Änderung der Anklage dar, sondern eine verschiedene gesetzmäßige Qualifikation: AP 1521/1982, Strafrechtliche Chronik 1983, 583.

akzeptiert somit die Möglichkeit der Eröffnung des Hauptverfahrens für Diebstahl in Verbrechensform. Das Ergebnis ist, daß der Angeschuldigte für Diebstahl in Verbrechensform und vor der Verjährung vor Gericht kommt².

In einem anderen Fall ist die Sache wie folgt: Ein Rechtsanwalt verteidigt in einem Strafverfahren den Angeklagten; darauffolgend vertritt der gleiche Rechtsanwalt in einem Zivilprozess den Verletzten (=Nebenkläger im Strafverfahren), der seine zivilrechtlichen Ansprüche gegen den Täter (=Angeklagter im Strafverfahren) geltend zu machen versucht. Von dieser beiderseitigen, einanderfolgenden Verteidigung wurden weder Geheimnisse offenbart, noch ist Schaden entstanden³.

Da die Vorschrift des Artikels 233 GrStGB (Parteiverrat)⁴ Gefängnisstrafe bis zu drei Jahren gegen den Rechtsanwalt androht, der seinen Mandanten Schaden zufügt oder im gleichen Fall, gleichzeitig oder einanderfolgend, beiden Prozeßparteien Beistand leistet⁵, stellt sich die Frage, ob die Rechtsanwälte der zwei obengenannten Fälle in Gefahr sind, für Parteiverrat verfolgt zu werden.

Eine provisorische Subsumtion der Sachverhalte unter die Strafvorschrift des Artikels 233 GrStGB gibt Anlaß zu einer bejahenden Antwort, da der Wortlaut des Gesetzes für seine Anwendung nichts weiteres zu verlangen scheint als das, was die zwei Rechtsanwälte getan haben. Es ist fast sicher, daß der Weg, den die Verteidiger unserer Fälle gewählt haben, in der Praxis noch von

2. Analoges Beispiel in Bezug auf die Straftat des Betrugs wird von Androulakis erwähnt (Manches über den Parteiverrat, Art. 233 GrStGB, Strafrechtliche Studien, 1972, S. 147 f)

3. S. RG, 49,344

4. Die Straftat des Parteiverrats war schon im römischen Recht bekannt und zwar als *praevaricatio*. S. Gafos: Strafrecht, Besonderer Teil, Band B' (Art. 198-234), 1959, S.182. Dedes, Strafrecht, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Rechtsprechung, Artikel 224-234 GrStGB, 1976, S. 117, Kostis, Auslegung des in Griechenland geltenden Strafgesetzes, IV Auflage (von A. Bouropoulos), Band III, 1929, S. 416 und die darin enthaltenen Verweisungen zur römischen Gesetzgebung, die den Begriff der *praevaricatio* umgeschrieben hat.

5. Art. 233 GrStGB hat folgenden Inhalt: «Wenn ein Anwalt oder ein anderer Rechtsbeistand vorsätzlich demjenigen Schaden zufügt, dessen Interessen er rechtlich wahrzunehmen hat, oder wenn er in derselben Rechtsache beiden Parteien gleichzeitig oder nacheinander durch Rat oder Beistand dient, wird mit Gefängnisstrafe bis zu drei Jahren bestraft. Handelt derselbe im Einverständnis mit der Gegenpartei oder Gewinnwegen so wird er mit Gefängnisstrafe von zumindest drei Monate bestraft». Wie man aus dem Wortlaut entnehmen kann, ist der Parteiverrat ein gemischtes Verbrechen; es wird sogar behauptet, daß es kumulativ und nicht alternativ gemischt ist. S. Androulakis, w.o.a., S 147 Notiz I, Dedes w.o.a., S. 118. Bouropoulos, Auslegung des Strafgesetzbuchs, Band II, Besonderer Teil, 1960, S. 309.

vielen anderen eingeschlagen wird, und zwar ohne daß sie ahnen, daß sie dadurch gegen die Vorschriften unseres Strafgesetzbuches verstoßen. Wo befindet sich also die richtige Lösung des Problems? Welcher ist der tatsächliche Umfang der Strafwürdigkeit die in der Vorschrift des Artikels 233 GrStGB normiert ist?

II. Diese kritische Frage kann nur beantwortet werden, wenn man das Rechtsgut abgrenzt, welches mit der Straftat des Parteiverrats verletzt und mit der Vorschrift des Artikels 233 GrStGB geschützt wird; diese Systematik ist bestimmend von der heute weit vertretenen Auffassung beeinflußt, daß das Rechtsgut existenzielle Bedeutung für die Straftat hat und dogmatische Grundlage der Auslegung im Strafrecht darstellt⁶. Für das Verfolgen der ganzen Problematik ist nützlich vor Augen die Tatsache zu halten, daß der Rechtsanwalt nach geltendem Recht Parteiverrat begeht, wenn er seinen Mandanten Schaden zufügt oder im gleichen Fall beiden Prozeßparteien Beistand leistet.

Im vorigen Recht war die entsprechende Vorschrift die des Artikel 490 des Strafgesetzes. Nach dieser Vorschrift waren strafbar: (i) die Hilfeleistung des Rechtsanwalts für beide Prozeßparteien, (ii) das nach vorheriger widergesetzlicher Absprache Unternehmen einer Tat, die schädlich für den Mandanten und günstig für seinen Gegner war und (iii) die schädlichen Ratschläge an den Mandanten⁷.

Die Straftat war organisch-systematisch in dem Kapitel eingegliedert, wo die Dienstverletzungen bestraft wurden; der Rechtsanwalt wurde als öffentlicher Diener angesehen und der Parteiverrat als Straftat gegen den öffentlichen Dienst⁸. Der

6. Es ist wahr, daß die griechische Straflehre die Bedeutung der Rechtsgüter als logische und tatsächliche Voraussetzungen aber auch als Gestaltungselemente der Straftat erkannt hat. S. Manoledakis, *Der dialektische Begriff der Rechtsgüter*, 1973, desselben, *Generelle Theorie des Strafrechts*, I-III, 1976-1981, Spinellis, *Das Rechtsgut und seine Bedeutung in der heutigen Lehre des Strafrechts*, *Strafrechtliche Chronik* 1971, 721 f und 801f, desselben, *Das Rechtsgut der Ehre und seine strafbare Verletzungen*, 1976, Stamatis, *Die Gesetzeskonkurrenz im allgemeinen und die nicht strafbare vorige oder nachfolgende Tat*, 1967, desselben, *Grundsätze der Scheinkonkurrenz von Straftaten und insbesondere der Idealkonkurrenz*, 1972, Philippidis *Die Einwilligung des Verletzten*, 1951. Anderer Meinung ist Androulakis (*Strafrecht*, Band I, *Die Grundlagen*, 1982), der für den Begriff der Straftat von dem Begriff der Strafe ausgehend ihn regressiv bestimmt. (s. auch Kritik dieses Werks von Stamatis, *Strafrechtliche Chronik* 1982, 702-704)

7. Ergänzung der Vorschrift Artikels 490 des Strafgesetzes war die Vorschrift vom Artikel 491 des Strafgesetzes. Nach dieser letzten Vorschrift wurde der Rechtsanwalt bestraft, der: (i) Gewinnswegen die ihm anvertrauten Rechtsachen verschiebt und (ii) widerrechtlich die Gelder oder andere Sachen, die er für seinen Mandanten bekommen hat, einbehalten oder ihm nicht rechtzeitig abgegeben hat. Für die Auslegung dieser zwei Vorschriften s. Kostis, w.o.a., S. 416-421.

8. S. Kostis, w.o.a., S. 329f

Gesetzgeber des geltenden Strafgesetzbuches hat die Regelung des vorigen Rechtes wesentlich geändert; im Einzelnen: er hält als Subjekt der Straftat auch jeden Rechtsbeistand⁹, er hat den Faktor der vorherigen widergesetzlichen Verabredung, welcher im Falle der Strafbarkeit des Mandantenschadens notwendig war, gestrichen und hat auch den einanderfolgenden Beistand zu beiden Prozeßparteien im gleichen Fall strafbar gemacht¹⁰. Trotzdem: als qualitativ wichtigste Änderung muß man die Versetzung des Parteiverrats vom Kapitel der Dienstverletzungen zum Kapitel der Straftaten gegen die Rechtsprechung halten, eine Tatsache, die auch sicherlich auf die Veränderung der Auffassung über das verletzte Rechtsgut hindeutet. Tatsächlich meint die heute in der griechischen Lehre und Rechtsprechung herrschende Meinung aufgrund der systematischen Eingliederung der Tat daß die Vorschrift des Artikels 233 GrStGB die korrekte Rechtsprechung schützt, die mit der Untreue des Rechtsanwalts oder des Rechtsbeistands als Personen, die die Aufgabe haben ihr zu dienen, verletzt wird.

Im Rahmen des italienischen Strafrechts ist das Problem nicht wesentlich anders als bei uns geregelt; da ist auch sowohl die Schädigung der Interessen des Mandanten (Art. 380 It.StGB)¹³, als auch die Beistandsleistung an beiden Prozeßparteien (Art. 381 It.StGB)¹⁴ strafbar. Die italienische Lehre hat immer die Meinung

9. Rechtsbeistände sind Personen, die in einer offiziell anerkannten Weise im Gericht auftreten oder rechtliche Hilfe anbieten können. Solche sind zum Beispiel: die Referendare, die rechtlichen Berater des Staates, die Konkursverwalter, die Universitätsprofessoren, die als Verteidiger auftreten und die Offiziere, die als Verteidiger bei den Militärgerichten auftreten. S. Gafos, w.o.a., S. 184 Notiz 4 (und die da angegebenen Verweisungen zur deutschen und italienischen Rechtsprechung und Lehre) Bouropoulos, w.o.a., S. 310

10. Der Entwurf des Strafgesetzbuches von 1929-1933 hat als Hauptmerkmal des Parteiverrats die Schädigung der Interessen des Mandanten gehalten: deshalb hat er mit Art. 201 nur dieses Verhalten strafbar gemacht und hat damit die Auffassungen des deutschen Vorentwurfs übernommen. S. Entwurf des Strafgesetzbuches 1929-1933, Auflage von Zacharopoulos, 1950, Art 201, S 237-238. Zu dem späteren Entwurf von 1983 wurde auch die andere Form des Parteiverrats hinzugefügt; der gleichzeitige oder einanderfolgende Beistand zu beiden Prozeßparteien. S. Entwurf des Strafgesetzbuchs von 1938, w.o.a., S. 473.

11. S. Gafos, w.o.a., S. 183, Dedes, w.o.a., S. 117, Karanikas, Generelle Anmerkungen zu den Straftaten gegen die Rechtsprechung, Armenopoulos 1956, 3 ff., desselben, Strafrecht, Band II, Besonderer Teil, 1954, S. 384, Bouropoulos, w.o.a., S. 309.

12. S. Entscheidungen: AP 217/1979 Strafrechtliche Chronik 1979, 452, LG von Ilias 152/1970 Strafrechtliches Jahrbuch 1970, 867, LG von Larissa 205/1971. Strafrechtliches Jahrbuch 1971, 710, Beschluß des Landesgerichtsrates von Edessa 67/1981, Armenopoulos 1982, 144.

13-14 Die Artikel 380 (Patrocio o consuleura infedele) und 381 (Altre infedelta del patrocino o del consulente tecnico) des italienischen Strafgesetzbuchs bestrafen nicht nur den Parteiverrat sondern auch die Untreue des technischen Beraters; im Gegensatz dazu ist mit Art. 233 unseres Strafgesetzbuchs die Untreue des technischen Beraters nicht strafbar. S. Bouropoulos, w.o.a. S 310.

vertreten, daß der Grund der Verabschiedung der entsprechenden Vorschriften die einwandfreie Funktion der Rechtsprechung ist und ihretwegen, selbst wenn mit Strafandrohung, ein Minimum von Feinheit und Aufrichtigkeit der Rechtsanwälte zugesichert sein soll, denn sie sind aus ihrem Amt heraus berufen, mit den Gerichtsorganen zusammenzuarbeiten¹⁵.

Die Lage ist anders im deutschen Strafrecht. Die deutsche Regelung ist nicht identisch mit unserer. § 356 StGB hält als Parteiverrat nur den vom Rechtsanwalt oder anderen Rechtsbeiständen geleisteten Beistand zu beiden Prozeßparteien im gleichen Fall; die Schädigung des Mandanten, die eine andere Begehungsform des Delikts in unserem Recht darstellt, ist nach dem deutschen Strafgesetzbuch kein Parteiverrat; das ist ein erster, grundsätzlicher Unterschied zwischen den beiden Regelungen, worauf hingewiesen werden soll. Einen anderen Faktor, der wichtig für die Problemforschung ist, stellt die systematische Eingliederung von § 356 StGB unter die Straftaten im Amte¹⁶.

Die deutsche Lehre und Rechtsprechung haben dem Problem der genauen Bestimmung des Rechtsguts, welches von § 356 geschützt wird, besondere Aufmerksamkeit geschenkt. Wenn man die Ergebnisse der entsprechenden Problematik als Ganzes bewerten würde, könnte man kurz und schematisch folgendes sagen: Aus einer negativen Perspektive wird es behauptet, daß die Strafbarkeit der Tat nicht ausschließlich oder hauptsächlich auf das Einhalten des privaten Vertrages zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten abzielt, also auf das Nicht-Verletzen der Aufgabe für Treue, die der Rechtsbeistand gegenüber seinem Mandanten hat. Während die Meinungen in Bezug auf diesen Punkt—also auf das, was die strittige Vorschrift nicht schützt—übereinstimmen, gilt nicht

15. S. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, II, Auflage VI 1972, S. 827. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Band V, Auflage IV, 1962, S. 936f., Saltelli-Di Falco, *Commento teorico pratico del codice penale*, Band III, 1956, S. 420. Für die Auslegung der Art. 380–381 des italienischen Strafgesetzes außer der generellen Werke des Strafrechts s. Durigato, *Sul delitto di infedele patrocinio*, 1966. Loasses, *In Tema di infedeltà del patrocinatore*, Giust. pen. 1961, II, 199. Pannain, *Prevaricazione e intedetta dei patrocinatori*, Nov. Dig. Ital. XIII, 1966, 808.

16. § 356 StGB (Parteiverrat) ist organisch im 28. Kapitel des Besonderen Teils des StGB eingegliedert, das den Titel »Straftaten im Amte« trägt (§§ 331–358) Für die Auslegung dieser Vorschrift außer der generellen Werke des Strafrechts s. Cüppers, *Parteiverrat*, NJW 1947, 4f.

O. Geppert, *Der strafrechtliche Parteiverrat* 1961, desselben, *Der strafrechtliche Parteiverrat bei der Vertretung gemeinsamer Interessen*, MDR 1959, 352f., desselben, *Der Täterkreis beim strafrechtlichen Parteiverrat*, NJW 1960, 1043f., desselben, *Vorsatz und Irrtum beim strafrechtlichen Parteiverrat*, MDR 1960, 623f., Welzel, *Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme*, JZ 1954, 276. K. Wolff, *Der Parteiverrat des Sachwalters*, 1930.

das Gleiche auch für die Frage, was von dem strafbaren Verhalten hauptsächlich verletzt wird. So wurden als von der Vorschrift geschützte Rechtsgüter angesehen: das Vertrauen in die Reinheit der Rechtsprechungsweise, das Vertrauen der öffentlichen Meinung in die tadellose Ausübung des rechtsanwaltlichen Amtes als solchen, also in die Integrität des rechtsanwaltlichen Standes als Rechtsprechungsorgan und schließlich die Fähigkeit des Rechtsanwalts, gerichtlich und außergerichtlich in diese Eigenschaft zu handeln, also als Organ, welches an der Rechtsprechung teilnimmt¹⁷.

Eine kritische Bewertung der obengenannten Auffassungen führt zu folgenden Ergebnissen: die Behauptung, daß das zu verletzende Rechtsgut das öffentliche Amt ist - eine Meinung, die in unserem vorigen Recht vertreten wurde und heute auf der systematischen Eingliederung der Straftat im deutschen Strafgesetzbuch basieren könnte - hat nur historischen Wert¹⁸. Der Rechtsanwalt übt heute in der Regel - im Gegensatz zu früheren Zeiten - kein öffentliches Amt aus; da, wo so etwas ausnahmsweise vorkommt, werden, wenn die übrigen Voraussetzungen natürlich auch vorhanden sind, die Vorschriften für die Straftaten im Amte angewandt. Andererseits läßt auch die unmittelbare Anknüpfung des strittigen Verhaltens des Rechtsanwalts an die Interessen des Mandanten ohne Einschaltung eines amtsartigen Stadiums keinen Raum für die Annahme solcher Auffassungen. Aber auch die andere Meinung, die für den Verabschiedungsgrund der Vorschrift den Schutz der Rechtsprechung hält, scheint nicht mehrüberzeugend. Und dies: a) weil der Rechtsanwalt nicht ohne jeden Einwand als selbständiges Rechtsprechungsorgan angesehen werden kann¹⁹; seine Anwesenheit sichert hauptsächlich nicht die Rechtsprechung als staatliche Funktion, sondern die Freiheit und Gleichheit der Prozeßparteien. Denn sie werden schließlich verletzt und nicht die Rechtsprechung, wenn die Prozeßpartei ihre Interessen selbst verteidigen muß. Die Beziehung also, die es zwischen dem

17. Über die Auffassungen, die in der deutschen Lehre über das Rechtsgut der § 356StGB vertreten werden, s. Blei, *Strafrecht II*, BT, 10. Aufl., 1976, 367f., Dreher-Tröndle, *StGB*, 38. Aufl., 1978 § 356, S. 1348, Lackner, *StGB* 14. Aufl., 1981, § 356, s. 1182, Maurach, *Deutsches Strafrecht B.T.*, 5. Aufl. 1969, 777, Rudolphi, *SK StGB*, II, BT 5. Aufl. 1978, § 356, S. 78f., Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 501.

18. S. Rudolphi, w.o.a.

19. Diese Auffassung wird aber vertreten. S. Androulakis, *Grundbegriffe des Strafverfahrens*, Band A, 1972, S. 66, Gardikas, *Der Verteidiger im Strafverfahren*, 1973, S. 21, Philippidis, *Handbuch der gerichtlichen Psychologie*, Band A', 1979, S. 162f., Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl., 1968, S. 152, Pfenniger, *Probleme des schweizerischen Strafprozessrechts*, 1966, S. 151f.

Rechtsanwalt und seinem Mandanten gibt, ist viel enger und tiefer als diese, die zwischen dem Rechtsanwalt und dem Mechanismus der Rechtsprechung existiert²⁰. b) weil der Parteiverrat sich nicht nur im Rahmen des in concreto stattfindenden Prozesses beschränkt, also sich nicht unbedingt auf ein konkretes Verfahren von Rechtsprechung bezieht. Sowohl die Rechtsprechung²¹ als auch die Lehre²² bejahen die Strafbarkeit der Tat, auch wenn der Fall noch nicht vor Gericht gebracht wurde; aber in einem solchen Fall ist offensichtlich, daß keine Rede von einer Verletzung der Rechtsprechung als Funktion des staatlichen Mechanismus sein kann. c) weil es behauptet wird, daß der Parteiverrat sich auch gegen denjenigen richten kann, der einen unbegründeten Anspruch hat oder unwahr behauptet, daß er unschuldig ist²³. Die Straftat verletzt nicht die korrekte Rechtsprechung in diesem Fall, sondern im Gegenteil unterstützt sie. d) weil, wenn wir annehmen, daß der Begriff der Rechtsprechung nur in seinem objektiven und nicht in seinem subjektiven Inhalt, also nur als staatlicher Mechanismus ein Rechtsgut darstellt, der Parteiverrat nur sehr schwer als dafür schädliches Verhalten gehalten werden kann. Tatsächlich findet der Begriff «Rechtsprechung» unter diesem Inhalt Ausdruck in den Teilrechtsgütern: «Richter», «gerichtliche Urkunde», «Gericht» und «richterliche Gewalt»²⁴. Dennoch: keines von diesen Rechtsgütern wird vom Verhalten des Anwalts verletzt, der aus Artikel 233 GrStGB und den entsprechenden Vorschriften der ausländischen Gesetzgebung bestraft wird, oder zumindest wird es nicht zu solchem Grad verletzt, daß die Umwandlung des entsprechenden Verhaltens zu einer Straftat gerechtfertigt werden kann.

III. Die Ergebnisse unserer bisherigen Forschung des Themas erlauben uns, wie ich glaube, die Problematik auf das gleiche

20. S. Manoledakis, Problematik und Anmerkungen zu den Straftaten gegen die Rechtsprechung (Art 224–234 GrStGB), *Strafrechtliche Chronik* 1975, 449f., 529f (544)

21. S. Entscheidungen von AP 276/1953, *Strafrechtliche Chronik* 1953, 457, AP 182/1964, *Strafrechtliche Chronik* 1964, 434, AP 429/1967, *Strafrechtliche Chronik* 1967, 605, Oberlandesgericht von Athen 345/1974, *Strafrechtliche Chronik* 1976, 162, Landesgericht von Karditsa 143/1968, *Strafrechtliche Chronik* 1968, 566, Landesgericht von Larissa 205/1971, w.o.a.

22. S. Androulakis, Manches über den Parteiverrat, w.o.a. S. 151, Gafos, w.o.a., S. 185, Dedes, w.o.a. S. 119, Paraskeuopoulos, Der Sinn der Termini «Rechtsache» und «Prozesspartei» vom Artikel 233 GrStGB (Kommentar zu No 57/1955 Entscheidung von Arios Pagos), *NoB* 1955, 611f.

23. S. Androulakis, w.o.a., S. 151, Manoledakis, w.o.a., S. 544, Geppert, Der strafrechtliche Parteiverrat, S. 30.

24. S. Manoledakis, w.o.a., S. 452f., Margaritis, Das juristische Objekt des Meineids als Basis für die Lösung der Auslegungsprobleme vom Artikel 224 GrStGB, 1981, j. 41f

Niveau zu verfolgen: d.h. das Rechtsgut, welches mit dem Parteiverrat verletzt wird, zu suchen. Der Versuch soll aber jetzt anhand der Klarheit der Wirklichkeit und nicht der Unbeständigkeit der Abstraktion unternommen werden; denn man kann nicht die Tatsache außer Acht lassen, daß der Begriff des Rechtsguts in den letzten Jahren tiefe, wissenschaftliche Verarbeitung erfahren hat, die zum Ergebnis führt, daß seine Existenz unmittelbar von der äußeren, empirischen Welt abhängt²⁵. Der Parteiverrat, wie er im Artikel 233 GrStGB umschrieben wird, ist eine gemischte Straftat in dem Sinn, daß der entsprechende objektive Tatbestand in zweifacher Weise erfüllt werden kann: mit der Schädigung zu der Person, deren Interessenschutz der Anwalt übernommen hat und mit der Beistandsleistung zu beiden Prozeßparteien. Dieser Charakter der Straftat - in Kombination mit der Tatsache, daß die italienische Gesetzgebung jede dieser beiden Begehungsformen als selbstständige Straftat kennt, während die deutsche die erste gar nicht kennt - macht die getrennte Untersuchung jeder Begehungsform des Parteiverrats erforderlich.

Fangen wir an mit der ersten Form des Parteiverrats: die Schädigung desjenigen, dessen Interessenschutz der Anwalt übernommen hat. Als erste Bemerkung, die sicherlich auch wichtig ist, muß man die Einzigartigkeit der Regelung erwähnen; tatsächlich kennt unser Strafgesetzbuch keine andere Straftat, deren Inhalt sich ausschließlich auf die Schädigung einer anderen Person beschränkt²⁶. Diese letzte Feststellung ruft viele Zweifel hervor: welcher ist der Grund, der den Gesetzgeber gezwungen hat speziell beim Parteiverrat diese Art von Normierung zu wählen? Eine überzeugende Antwort zu dieser Frage scheint es nicht zu geben. Dieses wird zusätzlich von der Bemerkung unterstützt, daß man in den heutigen Gesetzgebungen generell nicht oft andere spezielle Vorschriften für den Parteiverrat außer der disziplinarischen natürlich findet, die aber für ausreichend gehalten werden²⁷. Die Probleme hören aber nicht etwa hier auf. Man würde sogar

25. Für diese Auffassung Manoledakis, *Der dialektische Begriff der Rechtsgüter*, 1973, desselben, *Generelle Theorie des Strafrechts*, I-III, 1976-1981, Margaritis, w.o.a., Paraskouopoulos, *Die Begriffe der Sitten und der Unzucht bei den Straftaten gegen die Sittlichkeit*, 1979, Spinellis, *Das Rechtsgut und seine Bedeutung bei der heutigen Strafrechtslehre* w.o.a., Semeonidi-Kastanidi, *Der strafrechtliche Schutz der politischen Gruppen im griechischen Recht*, 1982.

26. S. Androulakis, w.o.a., S 147

27. S. Androulakis, w.o.a. S 152, Notiz 20, Dedes, w.o.a. S. 117, Notiz 3, Manoledakis, *Der dialektische Begriff der Rechtsgüter*, S. 85, desselben, *Problematik und Anmerkungen zu den Straftaten gegen die Rechtsprechung*, w.o.a., S. 544-545, März *Strafbare Handlungen gegen die Rechtspflege*, *Materialien zur Strafrechtsreform 2*, 1955, S. 109f

ohne Übertreibung sagen, daß sie erst hier anfangen. Das Schema: Parteiverrat =Schadenzufügung des Mandanten führt zwangsweise zu folgenden weiteren Problemen:

(i) Die Schädigung welcher Sache des Mandanten stellt einen Parteiverrat dar? In diesem Punkt ist die Formulierung des entsprechenden Artikels offensichtlich unzulänglich; die Rede ist von der Schädigung der Person, deren Interessenschutz der Anwalt übernommen hat und nicht von der Schädigung derjenigen Interessen des Mandanten, deren rechtlichen Schutz der Anwalt übernommen hat. Dies bedeutet, daß der Schadensraum in Bezug auf den Mandanten und nicht auf seine konkreten Interessen gesucht wird, die das Objekt des rechtlichen Schutzes waren. So ist zumindest nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht nur die Schädigung der rechtlich geschützten Interessen, sondern auch dies jedes anderen Interesses des Mandanten strafbar. Wenn diese Schätzung richtig ist, wie ich jedenfalls glaube, dann kann man a priori keine Einschränkung oder Bestimmung des Schadensobjekts vornehmen. Dieses wird sich nur in jedem konkreten Fall spezifizieren. Der strittige Punkt hat also einen mehrdeutigen Charakter; einmal wird er Vermögensnuance haben, das andere Mal persönliche Nuance und das dritte Mal was anders. Der Parteiverrat kann infolgedessen das Vermögen, das Eigentum, die Ehre, die persönliche Freiheit, die Familie u.s.w verletzen²⁸. Und sollte der Schaden sich auf die Verletzung eines existierenden Rechtsguts beschränken, könnte man noch über eine Unbeständigkeit sprechen, die aber auch im Rahmen eines strafrechtlichen Systems des objektiven Unrechts noch erträglich wäre. Das Problem hört aber nicht hier auf. Was soll in den Fällen geschehen, wo als Objekt des Schadens ein Interesse angesehen werden muß, welches keinen Ausdruck in der empirischen Welt hat, wie es oben der Fall war, sondern einen Ausdruck, der ausschließlich von den subjektiven Auffassungen des Mandanten bestimmt wird? In diesem letzten Fall ist es offensichtlich, daß die Strafbarkeit chaotische Dimensionen bekommen kann. Und solche Dimensionen kann man sicherlich nur sehr schwer mit den grundlegenden Ansprüchen des heutigen Strafrechts vereinbaren, wie es noch weiter zu zeigen sein wird. Eines muß man hier vermerken: in Bezug auf das Rechtsgut, welches mit der Strafbarkeit der ersten Form des Parteiverrats geschützt werden soll, gibt es Unbestimmtheit.

(ii) Wie soll sich der Interessenschaden des Mandanten

28. S. Androulakis, w.o.a., S. 147. Gafos, w.o.a., S. 184. Dedes w.o.a., S. 119. Manoledakis, w.o.a., S. 544. Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, B.T., Band B, 1905. S. 579.

ausdrücken, damit die Erfüllung des Tatbestands der Straftat bejaht wird? Die Auslegung dieser Frage ist nicht einfacher als die der vorigen. Denn es gibt auch Fälle, wo die genaue Umschreibung des Terminus «Schaden» auf unüberwindliche Hindernisse stößt. Nehmen wir an, z.B. daß die Interessenvertretung des Mandanten vom Rechtsanwalt im Rahmen eines gerichtlichen Streits stattfindet. Die Form des Schadens scheint hier gegeben zu sein. Sie wird in der Regel darin bestehen, daß ein für die Interessen des Mandanten ungünstiges Urteil erlassen wird²⁹. Ist aber die Sache tatsächlich so einfach, wie sie auf den ersten Blick zu sein scheint? Man würde dies zumindest für die Fälle verneinen müssen, die kompliziert sind und im scharfen Streitverfahren stattfinden; denn in diesen Fällen ist es für den Richter sehr schwer, eine Überzeugung über die Existenz eines objektiven Kausalzusammenhangs zwischen dem Verhalten des Rechtsanwalts und der Schadenszufügung zu bilden³⁰. Und solange diese Überzeugung nicht vorhanden ist, bleiben nur zwei Lösungen übrig: entweder wird die Vorschrift des Art. 233 GrStGB aufgrund des Grundsatzes in dubio pro reo nicht angewandt oder man wird eine andere Art von Schaden suchen müssen. Diese andere Art von Schaden kann nur eine Identifizierung des Schadens mit der Handlung oder Unterlassung selbst des Rechtsanwalts und der aus ihr hervortretenden Verschlechterung der prozessualen Lage des Mandanten sein³¹. Es ist aber offensichtlich, daß diese zwei Arten des Schadens (:das ungünstige **Gerichtsurteil** - die Verschlechterung der prozessualen Lage des Mandanten) nicht qualitativ gleich sind, denn ihr strafrechtliche Unwert ist verschieden. Aus dem obigen Beispiel, welches vielleicht charakteristisch aber nicht einmalig ist, kann man eine Sache mit Deutlichkeit erkennen: die Unbestimmtheit des Terminus Schaden.

(iii) Wie wird der Interessenschaden des Mandanten zugefügt? Zu diesem Punkt auch erkennt man aus dem Wortlaut zumindest keine Einschränkung, und eine Möglichkeit der Beschränkung der Strafbarkeit auf nur einige Taten des Verteidigers kann nicht mit Grund vertreten werden. Jede Handlung oder Unterlassung scheint in Bezug auf ihre Begehungsform den gesetzlichen Anspruch zu erfüllen, solange sie natürlich Schaden zufügt. Infolgedessen könnte man bei unserem anfänglichen Beispiel - des

29-30 S. Androulakis, Ist der «Gerichtsbetrug» denkbar Strafrechtliche Studien, S. 285f, desselben, w.o.a., S. 148

31. Es wird aber angenommen, daß der Schaden im Artikel 233 GrStGB auch prozessualen Charakter haben kann. S. Gafos, w.o.a., Dedes, w.o.a., AP 217/1979, w.o.a., Landesgericht von Ilia 91/1979, Gr. Rechtsprechung 21, 177

Verteidigers, der mit der Hoffnung auf Verjährung Beschwerde eingelegt hat aber der Angeklagte noch rechtzeitig für Verbrechen vor Gericht kam-nur schwer behaupten, daß es hierbei um eine legale Handlung geht, zumindest anhand des bisher Gegebenen; obwohl eine solche Methodik von vielen Rechtsanwältin vorgezogen würde .

Bei der Zusammenfassung unserer bisherigen Bemerkungen müssen wir als Ergebnis folgendes festhalten: die erste Form des Parteiverrats, die im Art. 233 GrStGB bestraft wird, hat im Grunde genommen folgenden Inhalt: «...wird der Rechtsanwalt oder ein anderer Rechtsbeistand bestraft, der in irgendeiner Weise irgendeinen Schaden zu irgendeinem Interesse seines Mandanten zufügt...»

Eine Strafvorschrift mit solchem Inhalt verstößt aber, wie ich glaube, gegen Artikel 7 § 1 des griechischen Grundgesetzes, der vorsieht, daß weder eine Straftat existiert noch eine Strafe ohne gesetzliche Vorschrift, die die Bestandsfaktoren der Tat festsetzt, auferlegt werden kann. Dies ist beim Art. 233 GrStGB der Fall, weil die Unbestimmtheit seines Wortlauts in Bezug auf das verletzte Rechtsgut, die verletzende Tat und das Ergebnis der Verletzung die Bildung eines genauen Bildes für die soziale Schädlichkeit der Straftat nicht erlaubt³². Die entgegengesetzte Auffassung führt zu einer chaotischen Erweiterung der Grenzen der entsprechenden Strafbarkeit. Jeder Rechtsanwalt, dessen Mandant den Fall verliert, ist in Gefahr sich im Rahmen der Anwendung vom Art. 233 GrStGB zu verwickeln. So etwas ist sehr gefährlich insbesondere heute, da die Geltung des rechtsanwaltlichen Berufes wegen seiner Fülle sich auf sehr niedrigem Niveau befindet. Die Auffassung über die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift, die die erste Form des Parteiverrats bestraft, führt selbstverständlich zu einer weiteren Frage: bleibt der Rechtsanwalt bei jeder Schadenszufügung zu seinem Mandanten unbestraft? Die Antwort ist kategorisch Nein. Der Grund dafür ist folgender: der Gesetzgeber hat schon mit Genauigkeit den Grad der strafrechtlichen Verantwortung desjenigen festgesetzt, der vom Gesetz oder aufgrund eines Vertrags die Betreuung oder Verwaltung des Vermögens eines Anderen hat. Dies hat der Gesetzgeber mit der

32. Über den Grundsatz *nullum crimen nulla poena sine lege* Androulakis, *Nullum crimen sine lege certa*, *Strafrechtliche Chronik* 1973, 513f. Zagarolas, *Der Grundsatz nullum crimen nulla poena sine lege in den letzten Strafgesetzbücher*, A.Π.E. 1937, 95f. Manoledakis, *Die Verfassungswidrigkeit des Artikels 357 GrStGB, RECHT und POLITIK*, I, 1982, S 173f. Papakiriakopoulos, *Die Gestaltungsmacht des Strafrichters. Beitrag zur dogmatischen Auslegung des Grundsatzes «nullum crimen sine lege»*, 1945.

Vorschrift vom Artikel 390 GrStGB gemacht, die denjenigen bestraft, der fremdem Vermögen schadet, bezüglich dessen er eine Teil- oder Ganzverwaltung oder die Betreuung hat. Nichts hindert uns, den Rechtsanwalt auch als Subjekt der Straftat der Untreue vom Artikel 390 GrStGB zu halten, da dieser Artikel sich auf die Betreuung einer bestimmten Angelegenheit bezieht und unter dieser Art von Betreuung kann man sicherlich auch den Fall des rechtlichen Schutzes einordnen. Mit dieser Lösung:

a) wird die unheilbare Verwirrung aus der Welt geschafft, die heute zwischen dem Parteiverrat und der einfachen Untreue existiert und viele Probleme insbesondere im Rahmen der Konkurrenz schafft, und b) werden auch beim Parteiverrat die grundsätzlichen Auslegungsregeln angewandt, die die Vorschrift vom Art. 390 GrStGB bestimmen. Aus diesen Regeln haben besondere Bedeutung für das vorhandene Problem die folgenden zwei: (i) daß die Einwilligung des Verletzten als Grund der Unrechtsaufhebung funktionieren kann³³ und (ii) daß auch die Verletzung der Sorgfaltspflicht Faktor des objektiven Tatbestands der Straftat darstellt. Eine Verletzung dieser Sorgfaltspflicht existiert natürlich nicht in Fällen von Schaden, der innerhalb des Rahmens einer sorgfältigen und gesetzmäßigen Ausführung des Falles vorkommt³⁴. Die Bezugnahme auf diese zwei Auslegungspunkte grenzt das richtige Maß der strafrechtlichen Verantwortung des Rechtsanwalts seinem Mandanten gegenüber ein und hebt gleichzeitig die Funktion der Beziehung zwischen Rechtsanwalt und Mandanten auf ein höheres Niveau. Denn einerseits behalten sie die Strafen nur für die tatsächlich «untreuen» Rechtsbeistände, also für die, die unbestreitbar das gegebene Vertrauensverhältnis verraten und andererseits geben sie dem Mandanten eine spezielle aktive Rolle. Nachdem er völlig aufgeklärt wird, ist seine Einwilligung entscheidend in Fällen von sachlichen und rechtlichen Entscheidungen des Rechtsanwalts. Dadurch wird auch die schwere strafrechtliche Verantwortung, die alles also im

33. Die Einwilligung des Mandanten hat keine Bedeutung, wenn man die Auffassung vertritt, daß der Parteiverrat eine Straftat gegen die «Rechtsprechung» ist, S. Androulakis, Manches über den Parteiverrat, w.o.a., S. 150 Not 11, Gafos, w.o.a., S. 184 Not 5, Geppert, w.o.a., S. 127f, im Gegenteil dazu kann die Einwilligung im Falle der einfachen Untreue (Art. 390 GrStGB) als Grund der Unrechtsaufhebung funktionieren. S. Manoledakis, Generelle Theorie des Strafrechts, III Band, 1981, S. 120f, Philippidis, Die Einwilligung des Verletzten, S. 154.

34. Für die Auslegung vom Artikel 390 GrStGB S. Androulakis, Die Untreue-ungeschriebenes, wesentliches Bestandteil der Straftat der «Untreue» (Art. 390 GrStGB). Strafrechtliche Chronik 1975, 161f. und die darin angegebenen Verweisungen zur Lehre und Rechtsprechung.

Endeffekt nichts betrifft, ihre heutige Schärfe verlieren, und die notwendigen in der rechtsanwaltlichen Praxis Kombinationen und Manövern, bei denen der Rechtsbeistand viel für andere Personen annehmen muß, werden mit der Einwilligung des Mandanten stattfinden.

IV. Kommen wir jetzt zur zweiten Form des Parteiverrats von Art. 233 GrStGB: die gleichzeitige oder einanderfolgende Beistandsleistung zu beiden Prozeßparteien im gleichen Fall. Der grundsätzliche Auslegungsrahmen dieser Vorschrift wird von folgenden generell annehmbaren Thesen umschrieben: (i) Als Prozeßparteien werden diese gehalten, die tatsächlich wesentlich entgegengesetzte Interessen haben.³⁵ (ii) Eine außergerichtliche oder prozessuale und tatsächliche Hilfeleistung ist notwendig, die in Form von Ratschlägen oder Auffassungen gegeben wird: Die bloße Annahme des Verteidigungsmandats ist nicht ausreichend.³⁶ Der Faktor der gleichzeitigen oder einanderfolgenden Hilfe ist gegeben, wenn das Mandat der einen Seite noch besteht, während die Hilfe zu der anderen gegeben wird.³⁷ (iii) Die Identität des Streitfalles ist in den Fällen der Identität der historischen Tatsachen gegeben. Diese Voraussetzung besteht also weiter, wenn aus den gleichen Tatsachen mehrere Ansprüche entstehen, die in verschiedenen Verfahren behandelt werden.³⁸ So ist der Verteidiger unseres zweiten Beispiels strafbar. (iv) Die Schadenszufügung ist für die Erfüllung des Delikts nicht erforderlich.³⁹

Die globale Schätzung der obigen Thesen führt zu folgenden Gedanken über die genaue Natur des Rechtsguts, welches von dieser Form des Parteiverrats verletzt wird. Alles, was anfänglich über die Verletzung der Rechtsgüter des öffentlichen Amtes und der korrekten Rechtsprechung gesagt wurde, findet hier auch Anwendung. Als neue Elemente sollte man folgendes zufügen: Der Schutz des Vermögens des Mandanten kann nur schwer als Grund der Verabschiedung einer solchen Vorschrift gehalten werden. Wenn der Gesetzgeber tatsächlich solche Absichten hätte, müßte er sich mit der ersten Form des Parteiverrats zufrieden geben, die die Fälle des Mandantenschadens behandelt. Der Versuch

35. S. Androulakis, Manches über den Parteiverrat, w.o.a., S. 152-153, Gafos, w.o.a., S. 185, Paraskeuopoulos, w.o.a., AP 276/1953, w.o.a., AP 57/1955 Strafrechtliche Chronik 1955, 188, Landesgericht v. Athen 345/1974 w.o.a.

36. S. Gafos, w.o.a., S. 184 und die darin angegebenen Verweisungen

37. S. Dedes, w.o.a., S. 121

38. S. Bouropoulos, w.o.a., S. 312, Geppert, w.o.a. S. 59f., AP57/1955, w.o.a., AP 182/1964, w.o.a., AP 429/1967, w.o.a., LGv. Karditsa 143/1968, w.o.a., LG v. Larissa 205/1971, w.o.a.

39. S. Gafos, w.o.a., S. 186 und die darin enthaltenen Verweisungen

dieser Form des Parteiverrats wäre andererseits genug für die Versetzung des angebotenen Schutzes zum Vermögen des Mandanten auf einem vorgezogenen Niveau. Zu allen diesen Bemerkungen soll man natürlich hinzufügen, daß die zweite Form des Parteiverrats bejaht wird, ohne daß man untersucht, ob die Handlung des Rechtsanwalts einer der Prozeßparteien Schaden zugefügt hat oder zufügen könnte. Die Meinung, daß die entsprechende Regelung den Schutz der Privatgeheimnisse der Prozeßpartei bezweckt⁴⁰ ist nicht überzeugend. Denn nicht nur die Verletzung des Berufsgeheimnisses für den Verteidiger wird vom Art 371 GrStGB geregelt, sondern auch der Parteiverrat in dieser Form wird bejaht, auch wenn es zu keiner Offenbarung eines Geheimnisses kommt.

Mir scheint folgende Stellung zum Thema richtig: Der Parteiverrat in seiner zweiten Begehungsform stellt keine wesentliche Straftat dar, denn er verletzt kein Rechtsgut. Es ist eine Berufsübertretung, in dem Sinn, daß sie ein Verhalten darstellt, welches gegen die Sollensnormen der rechtsanwaltlichen Profession, als spezielles soziales Amt⁴¹ verstößt. Nach dieser Stellungnahme soll die entsprechende Übertretung in der Rechtsanwältordnung und nicht im Strafgesetzbuch eingeordnet sein.⁴²

V. Die vorgenommene Behandlung des Themas hat zu zwei Ergebnissen geführt: (i) Die Vorschrift, die die erste Form des Parteiverrats bestraft, ist als verfassungswidrig ungültig. Die Lücke, die dadurch entsteht, soll mit der Regelung vom Art 390 GrStGB gedeckt werden (ii) Die zweite Form des Parteiverrats ist eine Ordnungswidrigkeit -Berufsdelikt und soll als solches zur Rechtsanwältordnung verlegt werden.

40. S. Bouropoulos, w.o.a.

41 S. Androulakis, w.o.a., S. 152, Manoledakis, Problematik und Anmerkungen zu den Straftaten gegen die Rechtsprechung, w.o.a. S 544-546, desselben, Der dialektische Begriff der Rechtsgüter, S. 85.

42. S. Manoledakis, w.o.a.

ΛΟΓΟΤΕΧΝΙΕΣ ΤΗΣ ΑΠΩ ΑΝΑΤΟΛΗΣ

Άγνωστα
αριστουργήματα
της παγκόσμιας
λογοτεχνίας



Ακουταγκόβα Ρωσούκι
Ρασομόν



Από τα πιο σημαντικά δείγματα λογοτεχνικής γραφής της Απω Ανατολής, που μεταφράστηκαν στα μαρμάρινα στον κινηματογράφο.
Η μαγεία της Ανατολής, ο μυστισμός και ο υπαρκτός σουζιέζης είναι παρόντα στην περίεργη πλεγμένη ύλη.



Λαύ Σιέβ
Ιστορίες του
παλιού καιρού




Ιστορίες που γράφονται στον χρόνο και το βρόχι.
Μετά από τη ζωή του νεοκλασικού και ενός αιώνα, είναι ο άνθρωπος το θέμα και η ιστορία που γίνεται Λαύρα να είναι ο ιστορικός είναι λιγότερο ένα θέμα: από ένα θέμα.

παρατηρητής 

ΣΕΙΡΑ: ΑΣΤΥΝΟΜΙΚΗ ΛΟΓΟΤΕΧΝΙΑ

ΜΟΛΙΣ ΚΥΚΛΟΦΟΡΗΣΑΝ

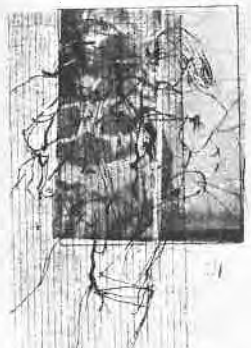



παρατηρητής 

ΓΡΑΦΙΚΗ ΔΙΑΘΕΣΗ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ - ΠΑΡΑΤΗΡΗΤΗΣ - ΠΡ. ΚΟΡΟΜΗΛΑ 38 ΤΗΛ. 264958 - ΑΘΗΝΑ - ΠΑΡΑΤΗΡΗΤΗΣ - ΔΙΔΟΤΟΥ 39 ΤΗΛ. 3600658

ΣΥΓΧΡΟΝΗ ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΛΟΓΟΤΕΧΝΙΑ


η αντιθετική όσο και ισομερής βιολογία
της Ελισαβετ Π. Γεωργιάδου
Θανασής Γεωργιάδης



παρατηρητής  σύγχρονη
ελληνική
λογοτεχνία **1**
ΣΤΕΦΑΝΟΣ ΒΑΛΑΧΤΗΣ

κηδεύσατε μου
το σώμα
Θανασής Κατσάς




παρατηρητής  σύγχρονη
ελληνική
λογοτεχνία **2**

εσχατή
υποσχέση
Πρόδρομος Χ. Μαρκογιάννης
ποιήματα 1958 - 1978



παρατηρητής  σύγχρονη
ελληνική
λογοτεχνία **3**

παρατηρητής 

ελάτε τώρα στο νέο τρόπο ζωής



Ο.Ε. Ξάνθης - Ο.Τ. 12

1036
ΕΤΟΙΜΕΣ
ΚΑΤΟΙΚΙΕΣ,
ΣΑΣ
ΠΕΡΙΜΕΝΟΥΝ

Επισκεφθείτε τα γραφεία μας στην Κομοτηνή και Ξάνθη. Οι συνεργάτες μας θα σας βοηθήσουν να διαλέξετε το σπίτι σας.

Τα 3 μεγάλα πλεονεκτήματα των κατοικιών στις Οργανωμένες Επεκτάσεις Κομοτηνής και Ξάνθης

- 1. Κατοικίες** σχεδιασμένες και χτισμένες με τις αυστηρότερες τεχνικές προδιαγραφές που από τη μια μεριά υπερκαλύπτουν τις κλιματολογικές συνθήκες και συνθήσεις της περιοχής και από την άλλη εξασφαλίζουν ιδανική λειτουργικότητα και απεριόριστη αντοχή στο χρόνο. Τα υλικά τους είναι άριστης ποιότητας. Για πάρα πολλά χρόνια δεν θα χρειαστεί καμιά αλλαγή ή βελτίωση.
- 2. Υποδομή** μελετημένη ως την τελευταία λεπτομέρεια και έτοιμη να λειτουργήσει αμέσως με την εγκατάσταση των πρώτων οικογενειών. Δρόμοι, πεζόδρομοι, πλατείες, πάρκιγκ, κάνουν άνετη και ευχάριστη τη κυκλοφορία πεζών και οχημάτων, ενώ τα σύγχρονα δίκτυα ύδρευσης ΔΕΗ, ΟΤΕ, κεντρικής κεραίας τηλεόρασης, βιολογικού καθαρισμού κλπ., δίνουν ικανοποιητική λύση στα συνηθισμένα καθημερινά προβλήματα.
- 3. Νέος τρόπος ζωής**, χωρίς το άγχος των ανθρώπων που ζουν στα μεγάλα αστικά κέντρα, αλλά και χωρίς τις ελλείψεις των μικρών πόλεων. Όλες οι αναγκαίες σύγχρονες εξυπηρέτησεις είναι διασπαρμένες οργανικά δίπλα στην κατοικία: σχολεία με 25 τ.μ. ανά μαθητή, εμπορικά κέντρα, πνευματικό-πολιτιστικό κέντρο, εκκλησία, γήπεδα αθλοπαιδιών, παιδικές χαρές, πάρκα αναψυχής για όλες τις ηλικίες, κοινωνικές υπηρεσίες και πράσινο. Πράσινο παντού. Στους κήπους των μονοκατοικιών, στα πάρκα, στις πλατείες, στους δρόμους.

ΕΘΝΟΚΤΗΜΑΤΙΚΗ
Α.Ε. ΕΝΕΡΓΟΥ ΠΟΛΕΟΔΟΜΙΑΣ
(ΕΚΤΕΝΕΠΟΛ)

ΙΔΕΩΔΕΙΣ ΚΡΟΥΑΖΙΕΡΕΣ

- ΝΗΣΙΑ ΑΙΓΑΙΟΥ
- ΑΙΓΥΠΤΟΣ
- ΙΣΡΑΗΛ
- ΤΟΥΡΚΙΑ
- ΕΥΡΩΠΗ

ΜΕ ΤΑ ΠΟΛΥΤΕΛΗ
ΚΡΟΥΑΖΙΕΡΌΤΛΟΙΑ

ΤΗΣ

ΗΠΕΙΡΑΤΙΚΗΣ

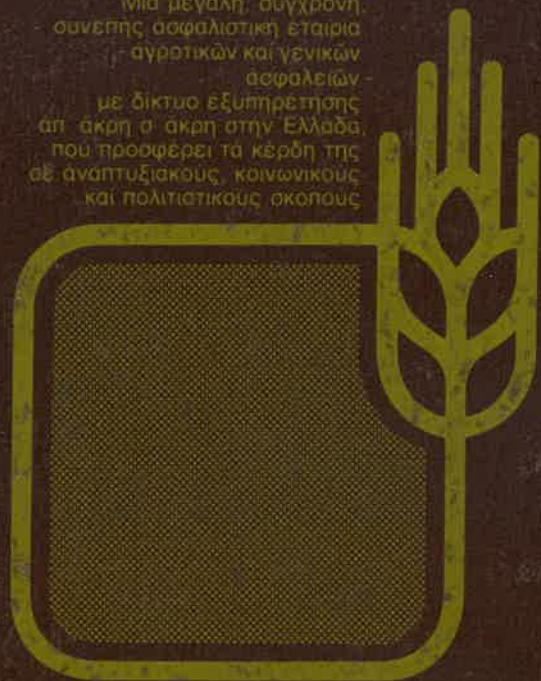
ATLAS, JUPITER, OCEANOS, JASON, HERMES



ΗΠΕΙΡΑΤΙΚΗ

ΑΚΤΗ ΜΙΑΟΥΛΗ 87, ΠΕΙΡΑΙΑ - ΤΗΛ. 4826641-9, ΤΕΛΕΞ 212302

Μία μεγάλη, σύγχρονη,
συνεπής ασφαλιστική εταιρία
αγροτικών και γενικών
ασφαλειών
με δίκτυο εξυπηρέτησης
απ' άκρη σ' άκρη στην Ελλάδα
που προσφέρει τα κέρδη της
αξ αναπτυξιακούς, κοινωνικούς
και πολιτιστικούς σκοπούς



Η ΑΓΡΟΤΙΚΗ
ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗ
ΚΟΝΤΑ ΣΑΣ ΟΤΙ ΚΙ ΑΝ ΤΥΧΕΙ