

Δικαστήριο: ΑΡΕΙΟΣ ΠΑΓΟΣ ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ

Τόπος: ΑΘΗΝΑ

Αριθ. Απόφασης: 9

Έτος: 2009

Περίληψη

Απόρρητο των επικοινωνιών. Επικοινωνία μέσω του διαδικτύου (Internet). Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών.

Κείμενο Απόφασης

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

Ο ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΥΣ ΤΟΥ ΑΡΕΙΟΥ ΠΑΓΟΥ

Αθήνα 29 Ιουνίου 2009 Αριθ. Πρωτ. 2726 Αριθμ. Γνωμ 8/2009

Προς

Την Δ/ση Ασφαλείας Αττικής Υποδιεύθυνση Δίωξης Οικονομικών Εγκλημάτων,

Αρχαιοκαπηλίας και Ηθών,

Τμήμα 5^ο Δίωξης Ηλεκτρονικού Εγκλήματος

Σε απάντηση του διαλαμβανομένου ερωτήματος στο έγγραφο σας με αριθμό πρωτ. 7011/5/79α/17-6-2009 σας γνωρίζουμε τα ακόλουθα :

Α. Με το άρθρο 26 του Συντάγματος ορίζεται ότι η νομοθετική λειτουργία ασκείται από τη Βουλή και τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας, η εκτελεστική λειτουργία ασκείται από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας και την Κυβέρνηση και η δικαστική λειτουργία ασκείται από τα δικαστήρια, οι αποφάσεις των οποίων εκτελούνται στο όνομα του Ελληνικού Λαού, από τον οποίο πηγάζουν όλες οι εξουσίες (άρθρο 1), ενώ με το άρθρο 87 παρ. 1 του Συντάγματος ορίζεται ότι η δικαιοσύνη απονέμεται από τα δικαστήρια που απολαμβάνουν λειτουργικής και προσωπικής ανεξαρτησίας.

Περαιτέρω με το άρθρο 101Α του Συντάγματος ορίζεται ότι όπου από το Σύνταγμα προβλέπεται η συγκρότηση και λειτουργία ανεξάρτητης αρχής, τα μέλη της διορίζονται με ορισμένη θητεία και διέπονται από προσωπική και λειτουργική ανεξαρτησία, όπως νόμος ορίζει, ενώ με τα άρθρα 6 παρ. 1, 19 παρ. 1, 2 και 20 παρ. 1 του Συντάγματος ορίζονται τα ακόλουθα : «άρθρο 6 παρ. 1 «Κανένας δεν συλλαμβάνεται, ούτε φυλακίζεται χωρίς αιτιολογημένο δικαστικό ένταλμα που πρέπει να επιδοθεί τη στιγμή που γίνεται η σύλληψη ή η προφυλάκιση. Εξαιρούνται τα αυτόφωρα εγκλήματα», άρθρο 19 παρ. 1: «Το απόρρητο των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας με οποιονδήποτε άλλο τρόπο είναι απόλυτα απαραβίαστο. Νόμος ορίζει τις εγγυήσεις υπό τις οποίες η δικαστική αρχή δεν δεσμεύεται από το απόρρητο για λόγους εθνικής ασφάλειας ή για διακρίβωση

ιδιαίτερο σοβαρών εγκλημάτων», παρ. 2: «Νόμος ορίζει τα σχετικά με τη συγκρότηση, τη λειτουργία και τις αρμοδιότητες ανεξάρτητης αρχής που διασφαλίζει το απόρρητο της παρ. 1». Άρθρο 20 παρ. 1: «Καθένας έχει δικαίωμα στην παροχή έννομης προστασίας από τα δικαστήρια και μπορεί να αναπτύξει σ' αυτά τις απόψεις του για τα δικαιώματα ή συμφέροντα του, όπως νόμος ορίζει».

Με το άρθρο 6 παρ. 1 στ' του άνω Νόμου 3115/2003, με τον οποίο συστήθηκε η εκ του άρθρου 19 παρ. 2 του Συντάγματος προβλεπόμενη Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών (Α.Δ.Α.Ε.), ορίζεται ότι : «στις περιπτώσεις των άρθρων 3, 4 και 5 του Ν. 2225/1994 η Α.Δ.Α.Ε. υπεισέρχεται μόνο στον έλεγχο της τήρησης των όρων και της διαδικασίας της άρσης του απορρήτου, χωρίς να εξετάζει την κρίση των αρμοδίων δικαστικών αρχών», ενώ με το άρθρο 9 του αυτού νόμου ορίζονται τα ακόλουθα : «Με Προεδρικό Διάταγμα που εκδίδεται, ύστερα από πρόταση των Υπουργών Οικονομίας και Οικονομικών, Εσωτερικών, Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης, Δικαιοσύνης, Δημόσιας Τάξης και Μεταφορών και Επικοινωνιών και γνώμη της Α.Δ.Α.Ε., ρυθμίζονται οι διαδικασίες καθώς και οι τεχνικές και οργανωτικές εγγυήσεις για την άρση του απορρήτου των επικοινωνιών, όταν αυτή διατάσσεται από τις αρμόδιες δικαστικές και εισαγγελικές αρχές και ειδικότερα ο καθορισμός των στοιχείων στα οποία επιτρέπεται η πρόσβαση, η τεχνική μέθοδος πρόσβασης στα στοιχεία και το είδος του χρησιμοποιούμενου τεχνολογικού εξοπλισμού, οι υποχρεώσεις των παροχών υπηρεσιών επικοινωνίας, η τεχνική μέθοδος λήψης, αναπαραγωγής και μεταβίβασης των στοιχείων, όπως και οι εγγυήσεις για τη χρήση και καταστροφή τους, η διασφάλιση του απορρήτου των επικοινωνιών από άποψη τεχνική, από άποψη αρμοδίων εξουσιοδοτημένων προσώπων.....καθώς και κάθε άλλο θέμα ειδικού, τεχνικού ή λεπτομερειακού χαρακτήρα, το οποίο άπτεται της εγγύησης και διασφάλισης της άρσης του απορρήτου των επικοινωνιών».

Τέλος, με τα άρθρα 243 παρ. 1 και 2, 251 και 276 παρ. 1 του Κ,Ποιν.Δ. ορίζονται τα ακόλουθα : «άρθρο 243 παρ. 1 και 2 : «Η προανάκριση ενεργείται από οποιονδήποτε ανακριτικό υπάλληλο μετά γραπτή παραγγελία του εισαγγελέα. , Αν από την αναβολή απειλείται άμεσος κίνδυνος ή αν πρόκειται για αυτόφωρο κακούργημα ή πλημμέλημα, τότε όλοι οι κατά το άρθρο 33 ανακριτικοί υπάλληλοι είναι υποχρεωμένοι να επιχειρούν όλες τις προανακριτικές πράξεις που είναι αναγκαίες για να βεβαιωθεί η πράξη και να ανακαλυφθεί ο δράστης, έστω και χωρίς προηγούμενη παραγγελία του εισαγγελέα...», άρθρο 251 : «Ο ανακριτής και οι ανακριτικοί υπάλληλοι που αναφέρονται στο άρθρο 33, όταν λάβουν παραγγελία του εισαγγελέα και στις περιπτώσεις του άρθρου 243 παρ. 2 αυτεπαγγέλτως, οφείλουν χωρίς χρονοτριβή να συγκεντρώνουν πληροφορίες για το έγκλημα και τους υπαιτίους του, να εξετάζουν μάρτυρες και κατηγορούμενους, να μεταβαίνουν επί τόπου για ενέργεια αυτοψίας, να διεξάγουν έρευνες, να καταλαμβάνουν πειστήρια και γενικά να ενεργούν ο,τιδήποτε είναι αναγκαίο για τη συλλογή και τη διατήρηση των αποδείξεων, καθώς και για την εξασφάλιση των ιχνών του εγκλήματος», άρθρο 275 παρ. 1 : «Προκειμένου για αυτόφωρα κακούργηματα και πλημμελήματα οι ανακριτικοί υπάλληλοι του άρθρου 33 καθώς και κάθε αστυνομικό όργανο έχουν υποχρέωση, ενώ οποιοσδήποτε πολίτης το δικαίωμα, να συλλάβουν το δράστη τηρώντας τις διατάξεις του Συντάγματος και του άρθρου 279 του Κώδικα για την άμεση προσαγωγή του στον Εισαγγελέα».

Β. Από το γράμμα και το σκοπό των ανωτέρω διατάξεων, σε συνδυασμό μεταξύ τους, προκύπτουν τα ακόλουθα :

Η προστασία του απορρήτου αποσκοπεί στη διασφάλιση της ελεύθερης προσωπικής επικοινωνίας και προϋποθέτει δύο τουλάχιστον πρόσωπα, ήτοι τον αποστολέα και τον παραλήπτη. Βασικό στοιχείο της προσωπικής ανταπόκρισης ή επικοινωνίας είναι η μυστικότητα του περιεχομένου, η εγγύηση δηλ. ότι το μήνυμα έφθασε στον παραλήπτη χωρίς να γνωστοποιηθεί σε τρίτους. Το άρθρο 19 του Συντάγματος, προεκτείνοντας τη *latu sensu* προσωπική ελευθερία, καθιερώνει την προστασία της επικοινωνίας σε οικειότητα, ενώ το άρθρο 14 προστατεύει την επικοινωνία σε δημοσιότητα.

Το εκ του άρθρου 19 του Συντάγματος δικαίωμα έχει δύο συνιστώσες :

Πρώτον, την ελευθερία της ανταπόκρισης ή επικοινωνίας μέσω επιστολών ή με οποιονδήποτε άλλο τρόπο,

Δεύτερο, το απόρρητο όλων αυτών των μορφών επικοινωνίας, εφόσον όσοι επικοινωνούν θέλησαν να διατηρήσουν τη μυστικότητα και έλαβαν τα κατάλληλα προς τούτο μέτρα π.χ. τοποθέτηση επιστολής σε κλειστό φάκελο. Αντιθέτως εάν ουδείς εκ των επικοινωνούντων θέλει τη μυστικότητα, τότε δεν τίθεται θέμα απορρήτου των ανταποκρίσεων αλλά ελευθερίας της έκφρασης. Αν τη θέλει ο ένας εκ των δύο τότε ως προστατευτέο αγαθό θα δύναται να θεωρηθεί ο ιδιωτικός βίος του επιθυμούντος τη μυστικότητα (Κ. Χρυσόγονος Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα εκδ. 2002, σελ. 238, Α. Μάνεσης Ατομικές Ελευθερίες εκδ. α' 1978 σελ. 164).

Όπως προκύπτει σαφώς από τη διατύπωση του άρθρου 19 παρ. 1 εδ. α' Συντ., το απόρρητο προστατεύεται για κάθε μέσο επικοινωνίας υπαρκτό ή μελλοντικό, εφόσον το μέσον αυτό είναι από τη φύση του κατάλληλο για τη διεξαγωγή της επικοινωνίας μέσα σε οικειότητα, έστω και υπό την προϋπόθεση ότι οι επικοινωνούντες έλαβαν ειδικά μέτρα για το σκοπό αυτό. Εκ τούτων παρέπεται ότι υπάρχει απόρρητο π.χ. στην επικοινωνία μέσω fax, όχι όμως και στην επικοινωνία μέσω του Internet αφού η τελευταία είναι εξ ορισμού επικοινωνία σε δημοσιότητα (Κ. Χρυσόγονος ενθ' ανωτέρω σελ. 239, Απόστολος Παπακωνσταντίνου Το Συνταγματικό Δικαίωμα συμμετοχής στην κοινωνία της πληροφορίας Επιθεώρηση Δημοσίου και Διοικητικού Δικαίου 2006 σελ. 233 επ. και ίδια 242). Το διαδίκτυο είναι εξ ορισμού χώρος ελεύθερης έκφρασης και η δημιουργία ή άλλως κατασκευή ιστοσελίδας σ' αυτό είναι ελεύθερη σε οποιονδήποτε.

Τούτο άλλωστε προκύπτει και από τη διάταξη του άρθρου 5Α παρ. 2 του Συντάγματος, με την οποία θεσπίζεται τα ατομικό δικαίωμα συμμετοχής στην κοινωνία της πληροφορίας και με την οποία ορίζονται τα ακόλουθα «Καθένας έχει δικαίωμα συμμετοχής στην Κοινωνία της Πληροφορίας. Η διευκόλυνση της πρόσβασης στις πληροφορίες που διακινούνται ηλεκτρονικά, καθώς και της παραγωγής, ανταλλαγής και διάδοσης τους αποτελεί υποχρέωση του Κράτους, τηρουμένων πάντοτε των εγγυήσεων των άρθρων 9, 9Α και 19».

Είναι, βεβαίως, αυτονόητο ότι υπάρχει απόρρητο και στην επικοινωνία μέσω Internet εάν έχει χρησιμοποιηθεί ειδική διαδικασία διαφύλαξης του απορρήτου. Τούτο π.χ. ισχύει όταν μέσω της ιστοσελίδας έχει δημιουργήσει κάποιος ένα απόρρητο προφίλ στο οποίο θα έχει δικαίωμα πρόσβασης ο ίδιος και κάποιο ή κάποια συγκεκριμένα πρόσωπα που έχει επιλέξει και έχουν τα απαραίτητα «κλειδιά».

Εκ των ανωτέρω κατά λογική αναγκαιότητα παρέπεται ότι στην περίπτωση τελέσεως οποιουδήποτε εγκλήματος μέσω του διαδικτύου (Internet) και εν όψει του ότι τα

συνθέτοντο αυτό (το έγκλημα) στοιχεία (δημοσίευμα υβριστικό, φωτογραφίες παιδικής πορνογραφίας, απόφαση ή εκδήλωση βουλήσεως ανηλίκου για αυτοκτονία κ.λ.), έχουν καταστεί κοινά και προσιτά σε οποιονδήποτε χρήστη η διαχειριστή ιστοσελίδας, δεν απαιτείται άδεια οποιασδήποτε αρχής και προεχόντως της αρχής προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών προκειμένου να εξακριβωθεί και να εντοπισθεί τόσο το ηλεκτρονικό ίχνος της εγκληματικής πράξεως όσο και το πρόσωπο, το οποίο κρύπτεται πίσω από το ηλεκτρονικό ίχνος.

Συνεπώς, οι εισαγγελικές, ανακριτικές και προανακριτικές αρχές, πολύ δε περισσότερο τα δικαστικά συμβούλια και τα δικαστήρια, στα πλαίσια των ερευνών για τη διακρίβωση τελέσεως ενός εγκλήματος και του δράστη, δικαιούνται να ζητούν από Internet τα ηλεκτρονικά ίχνη μιας εγκληματικής πράξεως, την ημεροχρονολογία και τα στοιχεία του προσώπου στο οποίο αντιστοιχεί το ηλεκτρονικό ίχνος και ο πάροχος υποχρεούται να τα παραδίδει χωρίς να είναι αναγκαίο να προηγηθεί άδεια κάποιας αρχής και ιδία της Αρχής Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών.

Τα τελευταία ισχύουν πολύ περισσότερο επί αυτοφώρων εγκλημάτων, εν όψει, αφ' ενός της δυνατότητας και του κινδύνου εξαφάνισης ενός ηλεκτρονικού ίχνους ανά πάσα στιγμή και αφ' ετέρου των ρηθέντων δικαιωμάτων και καθηκόντων των εισαγγελικών, ανακριτικών, προανακριτικών αρχών αλλά και των αστυνομικών οργάνων επί αυτοφώρων εγκλημάτων (σύλληψη δραστών και εξασφάλιση των αποδεικτικών μέσων από τα οποία να βεβαιώνεται η έκνομη συμπεριφορά τους).

Ούτε όμως περαιτέρω απαιτείται άδεια της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα καθόσον η εγκληματική συμπεριφορά του ατόμου ούτε εμπίπτει ούτε είναι δυνατόν να εμπίπτει στην έννοια των προσωπικών δεδομένων, ούτε καλύπτεται από αυτήν. Ούτε περαιτέρω η αποκάλυψη και επιβεβαίωση της εγκληματικής συμπεριφοράς και του δράστου είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι αποτελεί προσβολή της προσωπικότητας και παραβίαση των προσωπικών δεδομένων.

Τόσο η διάταξη του άρθρου 5Α του Συντάγματος όσο και πολύ περισσότερο οι διατάξεις του Ν, 2472/1997 δεν εκτείνονται στο πεδίο της ποινικής διαδικασίας και στο πλαίσιο απονομής της ποινικής δικαιοσύνης, όπως άλλωστε τούτο προκύπτει και από τη διάταξη του άρθρου 7 Α παρ. 1 περιπτ στ' του άνω νόμου που προστέθηκε με το άρθρο 10 του Ν. 3090/2002 (περί των ανωτέρω βλ. πλείονα στην υπ' αριθμ. 4450/06 Γνωμ., 14/2007 γνωμοδότηση μας).

Αντίθετη εκδοχή θα οδηγεί στην υπόθαλψη των εγκληματιών και των εγκλημάτων, τα οποία τελούνται μέσω του διαδικτύου (Internet), το οποίο έτσι θα καθίσταται ο παράδεισος του ηλεκτρονικού εγκλήματος. Πέραν τούτου δημιουργεί και θα δημιουργεί προβλήματα στη συνεργασία, με αστυνομικές αρχές άλλων χωρών, οι οποίες (αστυνομικές αρχές) διαβιβάζουν μέσω της Interpol και της Europol αιτήματα που αφορούν υποθέσεις αδικημάτων τελουμένων ή τελεσθέντων μέσω του διαδικτύου στην ημεδαπή ή αλλοδαπή.

Γ. Ι. Συναφές με το ανωτέρω θέμα είναι και το θέμα της εκτάσεως του απορρήτου της επικοινωνίας. Κατά την έννοια και το σκοπό της διατάξεως του άρθρου 19 παρ. 1 του Συντάγματος το απόρρητο αφορά στο περιεχόμενο της επιστολής και των εν γένει ανταποκρίσεων και όχι στα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας, π.χ. τα στοιχεία του αποστολέα ή του αποδέκτη. Τούτο σημαίνει ότι είναι επιτρεπτή η αποκάλυψη των στοιχείων εκείνων που κάνουν π.χ. υβριστικά, απειλητικά ή

εκβιαστικά τηλεφωνήματα και εν γένει διαπράττουν εγκλήματα μέσω οιαδήποτε μέσου επικοινωνίας.

Στις περιπτώσεις αυτές δεν πρόκειται για παραβίαση του απορρήτου, αφού δεν υπάρχει βούληση των επικοινωνούντων, να παραμείνει η συνομιλία τους μυστική, το δε κύκλωμα παύει να είναι κλειστό ύστερα από αίτηση του ενός από τους ανταποκριτές [Μάνεσης, «Ατομικές Ελευθερίες», σελ, 167, Γ. Α, Μαγκάκης : «Περί της προστασίας του απορρήτου των τηλεφωνημάτων» Ποιν. Χρ. ΙΔ 10 επ.: Γ. Καραμάνος «Το απόρρητο της τηλεφωνικής επικοινωνίας» ΝοΒ 20-21, 1137, Γνωμοδοτήσεις Εισ. ΑΠ 36/1969 (Σακελλαρίου) και 31/1952 (Κόλλιας) ΠΟΙΝ, ΧΡ, 195Θ, σελ.56 και 1952 σελ, 457].

Με την άνω ορθή αυτή θέση έχει στοιχηθεί και η Ανεξάρτητη Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα, με την υπ' αριθμ. 79/ 2002 Γνωμοδότηση της. Απαντώντας με την τελευταία σε έγγραφο τηλεφωνικής εταιρίας για το τι πρέπει η τελευταία να πράξει εάν της ζητείται με έγγραφο από Εισαγγελείς ή πολίτες η ανακοίνωση προσωπικών δεδομένων συνδρομητών (ονοματεπώνυμο, αριθμός κλήσης, διεύθυνση κατοικίας κλπ.), καταλήγει μετά την απάντηση που δίνει επί του ερωτήματος, ως ακολούθως «Είναι αυτονόητο ότι τα παραπάνω δεν ισχύουν ως προς το εσωτερικό περιεχόμενο της τηλεφωνικής π.χ συνομιλίας για την οποία έχει εφαρμογή το άρθρο 19 του Συντάγματος και όχι ο Ν, 2225/1994» (Ποιν. Δικ. 2003, 799). Δέχεται δηλ. ανενδοιάστως ότι όλα τ' άλλα στοιχείο δεν εμπίπτουν στο προστατευόμενο από το άρθρο 19 του Συντάγματος απόρρητο.

Τέλος, ο Άρειος Πάγος με την υπ' αριθμ. 570/2006 απόφαση του δέχθηκε ότι το συνταγματικό απόρρητο των επικοινωνιών καλύπτει μόνον το περιεχόμενο των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων και όχι τα εξωτερικά στοιχεία των επικοινωνιών.

Είναι προφανές, ενόψει των ανωτέρω, ότι η όποια αντίθετη θέση δεν δύναται να εύρει έρεισμα στη διάταξη του άρθρου 19 παρ. 1 του Συντάγματος.

Πέραν όμως των ως άνω εκτεθέντων η μη αποδοχή των ανωτέρω θα είχε ως συνέπεια :

1. Την παραβίαση της διατάξεως του άρθρου 20 του Συντάγματος, αφού οι πολίτες οι οποίοι δέχονται π.χ. υβριστικά, απειλητικά ή εκβιαστικά τηλεφωνήματα ή έχουν εξαπατηθεί μέσω τηλεφωνημάτων, θα εστερούντο του δικαιώματος παροχής εννόμου προστασίας από τα δικαστήρια, αφού δεν θα ήταν εφικτή η αποκάλυψη των δραστών. Και δεν θα ήταν εφικτή διότι τα εγκλήματα κατά της τιμής αλλά και γενικότερα τα πλείστα των σε βαθμό πλημμελήματος διωκομένων καθώς και πολλά κακούργηματα δεν περιλαμβάνονται μεταξύ των εγκλημάτων για τα οποία, σύμφωνα με το Ν. 2225/1994, είναι επιτρεπτή η άρση του απορρήτου των επικοινωνιών.

2. Την παραβίαση της υπό της διατάξεως του άρθρου 25 του Συντάγματος καθιερωθείσα με την αναθεώρηση του 2001 αρχή της αναλογικότητας, Τούτο διότι το αυστηρό νομοθετικό καθεστώς των διατάξεων του Ν. 2225/1994, όσον αφορά το περιεχόμενο της επικοινωνίας, που αποτελεί τον πυρήνα του προστατευτέου δικαιώματος και ορθώς θεσπίσθηκε, θα επεκτεινόταν και σε στοιχεία της επικοινωνίας δευτερεύοντα, όπως είναι τα εξωτερικά στοιχεία, χωρίς μάλιστα αποχρώντα λόγο, με συνέπεια να καθίσταται έκδηλη η από πλευράς του νομοθέτη παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας. Και όχι μόνον τούτο.

Η θέση αυτή θα οδηγούσε στο ανέφικτο της διώξεως εγκληματιών που έχουν τελέσει εγκληματικές πράξεις, άλλες εκτός από εκείνες για τις οποίες είναι επιτρεπτή η άρση του απορρήτου, σύμφωνα με το Ν, 2225/1994 και εντεύθεν στην (συγ)κάλυψη και υπόθαλψη εγκληματικών πράξεων και εγκληματιών, οι οποίοι θα ήταν δυνατόν να αποκαλυφθούν ευχερώς μέσω των εξωτερικών στοιχείων επικοινωνίας, περαιτέρω δε στην στέρηση του δικαιώματος παροχής εννόμου προστασίας για τους παθόντες.

Δ. Ι. Τα ανωτέρω υπό στοιχεία Α και Β εκτεθέντα καθιστούν πρόδηλα τα ακόλουθα :

1) Οι διατάξεις του Π.Δ. 47/ 2005, εκδοθέντος κατ' εξουσιοδότηση των Ν. 2225/1994 και 3115/2003 (άρθρο 9) με τις οποίες επεκτείνεται το απόρρητο των επικοινωνιών α) στις επικοινωνίες μέσω διαδικτύου (Internet) και β) στα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας (αριθμός κλήσεως, στοιχεία καλούντος και καλουμένου, ώρα κλήσεως κ.λ.π.) είναι ανίσχυρες διότι αα) έρχονται σε αντίθεση προς το άρθρο 19 του Συντάγματος, ββ) έχουν εκδοθεί κατ' υπέρβαση νομοθετικής εξουσιοδότησεως, αφού ούτε από τις διατάξεις του Ν 2225/1994 ούτε από τις διατάξεις του Ν. 3115/2003 παρέχεται εξουσιοδότηση να προσδιορισθεί με Π.Δ. η έκταση του απορρήτου της επικοινωνίας και τι αυτό καλύπτει, ενώ εξ άλλου με τις διατάξεις των ανωτέρω νόμων δεν ορίζεται ότι το απόρρητο της επικοινωνίας καλύπτει και τα εξωτερικά στοιχεία αυτής.

2) Η ψήφιση του Ν. 3471/2006 «προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και της ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών και τροποποίηση του Ν. 2472/1997», με τον οποίο ενσωματώθηκε η οδηγία 2002/58/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 12ης Ιουλίου 2002, σχετικά με την επεξεργασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και την προστασία της ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, κατ' ουδέν επηρεάζει τα ως άνω εκτεθέντα, μολονότι στο απόρρητο των επικοινωνιών εντάσσει με το άρθρο 4 και τα δεδομένα κίνησης στα οποία περιλαμβάνονται και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας. Τούτο διότι με την ανωτέρω διάταξη ορίζεται ότι «η άρση του απορρήτου είναι επιτρεπτή μόνο υπό τις προϋποθέσεις και τις διαδικασίες που προβλέπονται από το άρθρο 19 του Συντάγματος». Όμως με το άρθρο 19 του Συντάγματος, όπως εξετέθη, δεν προστατεύονται τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας, αλλά μόνον το περιεχόμενο της επικοινωνίας. Η διάταξη, εξ άλλου, του άρθρου 19 του Συντάγματος υπερισχύει της διατάξεως του άρθρου 4 του έχοντος απλώς αυξημένη τυπική ισχύ Ν. 3471/2006 με την οποία ενσωματώθηκε η οδηγία 2002/58/ EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 12ης Ιουλίου 2002.

Εκ τούτου παρέπεται ότι θέμα άρσεως του απορρήτου μιας επικοινωνίας, ως προς τα εξωτερικά αυτής στοιχεία, με την υπό του Ν. 2225/ 1994 προβλεπομένη διαδικασία δεν δύναται να τεθεί, αφού αυτά δεν καλύπτονται από τη διάταξη του άρθρου 19 του Συντάγματος.

Αυτά δε ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι ένα εκβιαστικό, απειλητικό, υβριστικό ή παραπλανητικό τηλεφώνημα δεν συνιστά ιδιωτική συζήτηση, ώστε να προστατεύεται και ως προς το περιεχόμενο του και συνεπώς το θύμα, δηλ. ο καθού απευθύνονται π.χ. οι ύβρεις, οι απειλές κατά της ζωής του ή των μελών της οικογένειας ή του λειτουργήματος ή της επιχειρήσεως του, έχει δικαίωμα, με βάση τα άρθρα 2 παρ. 1, 5 παρ. 1 και 20 παρ. 1 του Συντάγματος, να το μαγνητοφωνήσει και να χρησιμοποιήσει τη μαγνητοταινία ως αποδεικτικό μέσο (Κ. Χρυσόγονος ενθ' άνω σελ. 242).

Στην περίπτωση, εξ άλλου, κατά την οποία με τη χρήση ενός μέσου επικοινωνίας, π.χ. του τηλεφώνου, τελούνται υπό του χρήστη εγκλήματα (π.χ. υβριστικό, απειλητικό ή απατηλό τηλεφώνημα κ.λ.π.) δεν δύναται να υπάρξει προστασία ούτε με την επίκληση του άρθρου 9 παρ. 1 του Συντάγματος, καθόσον όπως εξετέθη ανωτέρω (βλ. στοιχ. Β) η εγκληματική συμπεριφορά του ατόμου ούτε εμπίπτει ούτε είναι δυνατόν να εμπίπτει στην έννοια των προσωπικών δεδομένων και ούτε τέλος καλύπτεται από αυτήν.

Ε. Ι. Η δικαστική λειτουργία είναι μια των τριών συντεταγμένων εξουσιών, το πλαίσιο της λειτουργίας, της δικαιοδοσίας και των αρμοδιοτήτων της οποίας ορίζεται προεχόντως από το Σύνταγμα και δεν υπόκειται ούτε στις άλλες δύο εξουσίες (λειτουργίες) ούτε πολύ περισσότερο σε οποιαδήποτε από τις ανεξάρτητες αρχές. Αντιθέτως, οι ανεξάρτητες αρχές υπόκεινται στη Δικαστική Λειτουργία, αφού οι αποφάσεις ελέγχονται από αυτή και προεχόντως από το ΣΤΕ.

Την απόφαση της Δικαστικής αρχής για την άρση του απορρήτου της ελεύθερης επικοινωνίας, όπως αυτή προβλέπεται από το άρθρο 19 του Συντάγματος και τον εκάστοτε ισχύοντα εκτελεστικό νόμο, και το εάν η άρση έγινε συννόμως, αρμόδια να κρίνει είναι μόνον η ίδια η δικαιοσύνη μέσω των οργάνων της (Εισαγγελέων, Ανακριτών, Δικαστικών Συμβουλίων, Δικαστηρίων). Η συσταθείσα με το Ν. 3115/2003 Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών, ούτε νομιμοποιείται, ούτε δικαιούται να ελέγξει, με οποιονδήποτε τρόπο, αμέσως ή εμμέσως το εάν η δικαιοσύνη δια των οργάνων άσκησε συννόμως ή μη το δικαίωμα άρσεως του απορρήτου των επικοινωνιών, ενώ η θέσπιση τέτοιας διατάξεως θα ευρίσκεται εκτός της Συνταγματικής Τάξεως.

ΙΙ. Εφ' όσον τα όργανα της Δικαστικής Λειτουργίας κρίνουν ότι συντρέχει λόγος άρσεως του απορρήτου της ελεύθερης επικοινωνίας και ζητούν σχετικά στοιχεία από τους παρόχους των υπηρεσιών επικοινωνίας (Ο.Τ.Ε., εταιρίες κινητής τηλεφωνίας κ.λ.π.) αυτοί οφείλουν να τα παραδίδουν χωρίς να δύνανται να αρνηθούν την παράδοση των στοιχείων, επειδή κατά την κρίση τους το αίτημα δεν είναι σύννομο.

Η αρχή διασφάλισης του απορρήτου των επικοινωνιών δεν δικαιούται να ζητήσει εξηγήσεις από τους παρόχους των υπηρεσιών επικοινωνίας (Ο.Τ.Ε., εταιρίες κινητής τηλεφωνίας κ.λ.π.) για την παράδοση των στοιχείων στα όργανα της Δικαιοσύνης, ούτε πολύ περισσότερο δικαιούται να ζητήσει να ελέγξει τι και ποια στοιχεία παρεδόθησαν στη Δικαιοσύνη. Θέσπιση τέτοιας διατάξεως θα ευρίσκεται εκτός της Συνταγματικής Τάξεως.

Οι πάροχοι υπηρεσιών επικοινωνίας (Ο.Τ.Ε., εταιρίες κινητής τηλεφωνίας κ.λ.π.), σε περίπτωση αποστολής τέτοιου αιτήματος από την Αρχή, υποχρεούνται να απαντήσουν μόνο ότι τα στοιχεία παρεδόθησαν στα όργανα της Δικαιοσύνης κατόπιν αιτήματος τους, αναφέροντας απλώς και μόνον τους αριθμούς των διατάξεων ή βουλευμάτων, όπως άλλωστε τούτο προκύπτει σαφώς από το άρθρο 7 του Ν. 3674/2008 «Ενίσχυση του θεσμικού πλαισίου διασφάλισης του απορρήτου της τηλεφωνικής επικοινωνίας». Η Αρχή, εξ άλλου, υποχρεούται και έχει καθήκον να σεβασθεί τ' ανωτέρω, εφ' όσον δε εμμένει στο αίτημα της και θέτει περαιτέρω με οποιονδήποτε τρόπο θέματα ευθύνης των παροχών (Ο.Τ.Ε., εταιρίες κινητής τηλεφωνίας κ.λ.π.), είναι προφανές ότι ενεργεί καθ' υπέρβαση της δικαιοδοσίας της, ότι υπεισέρχεται σε θέματα που αποτελούν αντικείμενο της Δικαιοσύνης και ότι, συνεπώς, ευχερώς δύναται να τεθεί θέμα παραβάσεως καθήκοντος των μελών της.

ΣΤ. Απ' όλα τα μέχρι τούδε εκτεθέντα συνάγονται αβιάστως τα ακόλουθα :

1) Το απόρρητο των επικοινωνιών δεν καλύπτει α) την επικοινωνία μέσω του διαδικτύου (Internet) και β) τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας (ονοματεπώνυμο και λοιπά στοιχεία συνδρομητών, αριθμοί τηλεφώνων, χρόνος και τόπος κλήσεως, διάρκεια συνδιάλεξης κ.λ.π.)

2) Οι εισαγγελικές, ανακριτικές και προανακριτικές αρχές, πολύ δε περισσότερο τα Δικαστικά Συμβούλια και τα Δικαστήρια, δικαιούνται να ζητούν από τους παρόχους των υπηρεσιών Επικοινωνίας, μέσω του διαδικτύου (Internet) τα ηλεκτρονικά ίχνη μιας εγκληματικής πράξεως, την ημεροχρονολογία και τα στοιχεία του προσώπου στο οποίο αντιστοιχεί το ηλεκτρονικό ίχνος, από τους λοιπούς δε παρόχους των υπηρεσιών επικοινωνίας τα «εξωτερικά στοιχεία» της επικοινωνίας και ο πάροχος υποχρεούται να τα παραδίδει χωρίς να είναι αναγκαίο να προηγηθεί άδεια κάποιας Αρχής και ιδία της Αρχής Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών.

3) Η Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών αλλά και οποιαδήποτε άλλη Ανεξάρτητη Αρχή ούτε νομιμοποιείται ούτε δικαιούται να ελέγξει με οποιονδήποτε τρόπο, αμέσως ή εμμέσως, το εάν η περί άρσεως ή μη του απορρήτου απόφαση των οργάνων της Δικαιοσύνης είναι σύννομη ή όχι. Αυτό κρίνεται από τα ίδια τα όργανα της Δικαιοσύνης. Ούτε όμως περαιτέρω η ρηθείσα Αρχή μπορεί να ελέγξει τους παρόχους υπηρεσιών επικοινωνίας για τη, σε κάθε περίπτωση, συμμόρφωση τους προς τις αποφάσεις των οργάνων της Δικαιοσύνης. Εάν πράξει τούτο ενεργεί καθ' υπέρβαση της δικαιοδοσίας της.

Ο Εισαγγελέας του Αρείου Πάγου Γεώργιος Σανιδάς

Κοινοποίηση :

1. Αξιότιμο κ. Υπουργό της Δικαιοσύνης
2. Αξιότιμο κ. Γενικό Γραμματέα του Υπουργείου Δικαιοσύνης
3. κ.κ. Διευθύνοντες τις Εισαγγελίες Εφετών του Κράτους με την παράκληση να κοινοποιήσουν περαιτέρω την παρούσα στους εισαγγελικούς λειτουργούς της Υπηρεσίας που διευθύνουν και στους Εισαγγελικούς Λειτουργούς των Εισαγγελιών Πρωτοδικών της περιφέρειάς τους
4. Πρόεδρο και Μέλη της Αρχής Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών (Α.Δ.Α.Ε.) ΕΠ

Εισηγητές:

Γεώργιος Σανιδάς Εισαγγελέας του Αρείου Πάγου