

Ο ΕΓΓΥΗΤΙΚΟΣ ΡΟΛΟΣ ΤΩΝ ΠΑΡΟΧΩΝ ΣΤΗΝ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΑΡΣΗΣ ΤΟΥ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ

A. ΔΙΑΔΙΚΤΥΟ ΚΑΙ ΚΙΝΗΤΗ ΤΗΛΕΦΩΝΙΑ = ΚΙΝΗΤΟ ΔΙΑΔΙΚΤΥΟ

Το διαδίκτυο ξεκίνησε ως ενσύρματη επικοινωνία μέσω τηλεφωνικής κλήσης (dial up), στη συνέχεια εξελίχθηκε σε ADSL (υψηλότερες ταχύτητες- μόνιμη σύνδεση) και σήμερα η πρόσβαση στο διαδίκτυο γίνεται ασύρματα και μέσω των κινητών τηλεφώνων (mobile internet).

Στις αρχές του 21ου αιώνα, η τεχνολογία τρίτης γενιάς (3G) έφερε την επανάσταση στην κινητή τηλεφωνία με τις εφαρμογές και τις υπηρεσίες των έξυπνων τηλεφώνων, μεταξύ των οποίων ήταν και το διαδίκτυο μέσω κινητού τηλεφώνου.

Η τεχνολογία τέταρτης γενιάς (4G) ετοιμάζεται να πάρει τη σκυτάλη στο πολύ κοντινό μέλλον (ήδη κάνει τα πρώτα της βήματα στις ΗΠΑ, τις σκανδιναβικές χώρες, τη Νοτιοανατολική Ασία και την Ιαπωνία).

Τα κινητά τηλέφωνα τέταρτης γενιάς (4G) αναμένεται να απογειώσουν την επικοινωνία, αφού οι χρήστες θα έχουν πολύ πιο γρήγορη πρόσβαση στο διαδίκτυο μέσω του κινητού τους τηλεφώνου και θα έχουν τη δυνατότητα να στέλνουν και να παίρνουν σε σύντομο χρόνο έναν τεράστιο όγκο πληροφοριών.

Σύμφωνα με έρευνα¹ η διείσδυση του κινητού Διαδικτύου στη Δυτική Ευρώπη θα εκτιναχθεί από το **13% το 2008 στο 39% έως το 2014.**

Και μπορεί σήμερα οι λεγόμενες έξυπνες συσκευές (τα “smart phones”) να χρησιμοποιούνται κυρίως από τους νέους και τους επαγγελματίες², έως το 2014 ένας μεγάλος αριθμός δυτικοευρωπαίων προβλέπεται να χρησιμοποιεί το κινητό του και ως ένα μικρό, αλλά πολύ δυνατό φορητό υπολογιστή.

Αυτή η ολοένα και αυξανόμενη χρήση του «κινητού διαδικτύου» καθιστά την πρόσβαση στο διαδίκτυο μια νέα μορφή επικοινωνίας, η οποία χρήζει τις ίδιες

¹ Βλ. Άρθρο από τον «Λόγο της Κυριακής» 6.9.09, σελ. 13 για έρευνα της Forrester Research.

² Άρθρο από τον διαδικτυακό τόπο <http://www.knowhow.gr>, που αναφέρει ότι το 44,1% των κατόχων smartphones δηλώνει ότι κάνει online τραπεζικές συναλλαγές μέσω του browser του, το 40,6% μέσω συγκεκριμένης εφαρμογής και το 25% μέσω SMS. Όσον αφορά στους χρήστες δικτύων 3G, το 53,3% κάνει online τραπεζικές συναλλαγές μέσω του browser του, το 48,1% μέσω συγκεκριμένης εφαρμογής και το 41% μέσω SMS. Επίσης, και οι δύο κατηγορίες χρηστών κάνουν κατά πλειοψηφία (31%) τις mobile banking συναλλαγές τους από το σπίτι τους, παρότι πολλοί εξ αυτών διαθέτουν σύνδεση με το Διαδίκτυο. Ακολουθούν οι τραπεζικές συναλλαγές που γίνονται την ώρα που κάποιος βρίσκεται στο δρόμο για κάποια δουλειά (25%), στα Μέσα Μαζικής Μεταφοράς (15%), στη δουλειά (11%), σε διακοπές (9%) και στη διάρκεια επαγγελματικών ταξιδιών (8%).

τουλάχιστον προστασίας με αυτή των παραδοσιακών μορφών επικοινωνίας, που είναι η αλληλογραφία ή η επικοινωνία μέσω σταθερού ή κινητού τηλεφώνου.²

Τίθεται, επομένως, το ερώτημα εάν το υφιστάμενο συνταγματικό και νομοθετικό πλαίσιο περί προστασίας του απορρήτου των επικοινωνιών, μπορεί να «αγκαλιάσει» και την επικοινωνία μέσω διαδικτύου και τυχόν άλλες, που μελλοντικά θα ανακαλυφθούν αντικαθιστώντας τις παραδοσιακές μορφές επικοινωνίας.

B. ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗ ΚΑΤΟΧΥΡΩΣΗ ΤΟΥ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ ΤΩΝ ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ

Το άρθρο 19 § 1 Σ κατοχυρώνει το απολύτως απαραβίαστο του απορρήτου **της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας με οποιονδήποτε άλλο τρόπο.**

Το απολύτως απαραβίαστο του απορρήτου της επικοινωνίας υποχωρεί μόνο για λόγους **εθνικής ασφάλειας ή για τη διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων.**

Η έννοια της επικοινωνίας, ως ευρύτερη έννοια της έννοιας «επιστολή» και «ελεύθερη ανταπόκριση» δεν ορίζεται στο Σύνταγμα. Το άρθρο 19 Σ είναι ένα από τα πιο ολιγόλογα άρθρα που αφορούν στα ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα.³

Η συντομία αυτή οφείλεται κυρίως στην ανάγκη ευελιξίας στην ερμηνεία του περιεχομένου του συγκεκριμένου άρθρου, αφού είναι απόλυτη ανάγκη να προσαρμόζεται στις ραγδαίες τεχνολογικές και κοινωνικές εξελίξεις.

Ποια είναι άραγε η έννοια της «ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας»; Η έννοια «ανταπόκριση» δηλώνει την επικοινωνία από απόσταση με κάποιο μέσο ή τεχνική, καλύπτει επομένως κάθε παραδοσιακή ή σύγχρονη μορφή επικοινωνίας. Η έννοια της «επικοινωνίας» είναι σαφώς ευρύτερη από αυτή της ανταπόκρισης (και της επιστολής). Με τον όρο «επικοινωνία» δηλώνεται η μετάδοση ανθρώπινων στοχασμών, η μεταβίβαση ενός μηνύματος, από το πιο απλό έως το πιο σύνθετο-μεταξύ αυτών που επικοινωνούν⁴.

Δεδομένου ότι το συνταγματικό κείμενο αποτελεί ένα ευέλικτο κείμενο, έτσι ώστε να μπορεί να συμπεριλαμβάνει κάθε νέα τεχνολογική εξέλιξη στον τομέα της επικοινωνίας, χωρίς να απαιτείται η αναθεώρησή του, είναι προφανές ότι το άρθρο 19 ισχύει και για την επικοινωνία μέσω διαδικτύου, η οποία ως σύγχρονη και εξαιρετικά διαδεδομένη μορφή επικοινωνίας αξίζει την ίδια αυξημένη συνταγματική προστασία με αυτή των παραδοσιακών μορφών επικοινωνίας.

Για τον λόγο αυτό εξάλλου, πέρα της λέξης **επικοινωνία**, στο άρθρο 19 Σ προστέθηκε και η λέξη **«ανταπόκριση»** προκειμένου να συμπεριλαμβάνει όλα τα τεχνολογικά μέσα επικοινωνίας, που πιθανολογείται ότι θα εφευρεθούν στο μέλλον⁵.

² Βλ. σχετικά Κ. Χρυσόγονου, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, Σάκκουλας 2002, σελ. 239 επ., όπου όμως αναφέρεται ότι η επικοινωνία μέσω Internet ως κατ' αρχήν επικοινωνία σε δημοσιότητα δεν προστατεύεται από το απόρρητο, παρά μόνο εάν έχουν χρησιμοποιηθεί από τους επικοινωνούντες ειδικά μέτρα για τον σκοπό αυτό.

³ Βλ. Ν.Κ. Παπαδόπουλος: Προστασία του Απορρήτου της Επικοινωνίας, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 163 επ.

⁴ Βλ. όπως ανωτέρω, σελ. 170 επ.

⁵ Βλ. όπως ανωτέρω, σελ. 168-169.

Σημειώνεται ότι η προστασία του απορρήτου των επικοινωνιών σύμφωνα με το 25 § 1 του Συντάγματος⁶ παρέχεται τόσο έναντι επεμβάσεων της κρατικής εξουσίας όσο και έναντι των ιδιωτών.

Γ. Η ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΤΟΥ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ ΣΤΗΝ ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΕΝΝΟΜΗ ΤΑΞΗ.

Το Σύνταγμα λοιπόν, κάνει λόγο για απόλυτα απαραβίαστο του απορρήτου της επικοινωνίας, χωρίς να διακρίνει ή να εξειδικεύει εάν το απαραβίαστο αφορά μόνο το περιεχόμενο της επικοινωνίας ή και τα εξωτερικά στοιχεία της.

Η συζήτηση περί των εσωτερικών στοιχείων δηλ. του περιεχομένου της επικοινωνίας και των εξωτερικών στοιχείων αυτής⁸ και κυρίως το ερώτημα εάν το Σύνταγμα προστατεύει μόνο το περιεχόμενο της επικοινωνίας ή και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας, έχει απασχολήσει πολλάκις το νομικό κόσμο της Χώρας.

Για το εν λόγω ζήτημα έχουν ειπωθεί και γραφτεί πάρα πολλά και έχουν υποστηριχθεί θερμά και οι δύο απόψεις.

Ανεξάρτητα από την άποψη που υποστηρίζει κανείς, θα πρέπει να θεωρηθεί δεδομένο ότι τόσο στην Ελληνική όσο και στην ευρωπαϊκή νομοθεσία και νομολογία υπάρχει πλήθος αναφορών, που συνηγορούν υπέρ της άποψης ότι και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας, όπως και η επικοινωνία, προστατεύονται από το απόρρητο⁹.

Την θέση αυτή του νομοθέτη υποστήριξε και η ΑΔΑΕ, η οποία με την με αριθμό 1/2005 Γνωμοδότησή της επισημαίνει ότι:

1) στην προστατευτική σφαίρα του απορρήτου εμπίπτουν και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας,

⁶ Σύμφωνα με το άρθρο 25 §1 του Συντάγματος: «Τα δικαιώματα αυτά ισχύουν και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών στις οποίες προσιδιάζουν».

⁸ Βλ. σχετικά Γ. Τσόλια: Τα τηλεπικοινωνιακά δεδομένα υπό το πρίσμα του απορρήτου: προβληματισμοί εν όψει της ενσωμάτωσης της Οδηγίας 2002/58/ΕΚ, σε ΔΙΜΕΕ 3/2004, σελ. 360 επ.

⁹ Ενδεικτικά μπορούμε να αναφέρουμε: α) Το άρθρο 4 του ΠΔ 47/2005, το οποίο αναφέρει και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας ως στοιχεία τα οποία μπορεί να περιλαμβάνει μια Διάταξη ή ένα Βούλευμα άρσης απορρήτου β) Το άρθρο 4 παρ. 1 του Ν. 3471/2006 που αναφέρει ότι: «1. Οποιαδήποτε χρήση των υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών που παρέχονται μέσω δημοσίου δικτύου επικοινωνιών και των διαθέσιμων στο κοινό υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, **καθώς και των συναφών δεδομένων κίνησης και θέσης, όπως ορίζονται στις διατάξεις του άρθρου 2 του παρόντος νόμου, προστατεύεται από το απόρρητο των επικοινωνιών. Η άρση του απορρήτου είναι επιτρεπτή μόνο υπό τις προϋποθέσεις και τις διαδικασίες που προβλέπονται από το άρθρο 19 του Συντάγματος**» και γ) Το άρθρο 5 της Οδηγίας 2002/58/ΕΚ, όπου αναφέρεται ότι τα κράτη – μέλη κατοχυρώνουν, μέσω της εθνικής νομοθεσίας, το απόρρητο των επικοινωνιών που διενεργούνται μέσω δημοσίου δικτύου επικοινωνιών και των διαθέσιμων στο κοινό υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, **καθώς και των συναφών δεδομένων κίνησης.**

2) η διαδικασία άρσης του απορρήτου ρυθμίζεται ειδικά από το Ν.2225/94 και διατάσσεται μόνο από τη δικαστική αρχή, σύμφωνα με τη ρητή Συνταγματική επιταγή του άρθρου 19,

3) δεν είναι παραδεκτό, σε περιπτώσεις που γίνεται έρευνα για τη διακρίβωση των κακουργημάτων που αναφέρονται στο άρθρο 4 του Ν.2225/94, οι αρμόδιες δικαστικές ή προανακριτικές αρχές, που ενεργούν κατ' άρθρο 243 ΚΠΔ, να ζητούν από τους τηλεπικοινωνιακούς φορείς τη **χορήγηση εξωτερικών στοιχείων επικοινωνίας των συνδρομητών τους, χωρίς να τηρείται η προβλεπόμενη στο Ν.2225/94 διαδικασία,**

4) σε περιπτώσεις αξιόποινων πράξεων που δεν αναφέρονται στο Ν.2225/94 ή το άρθρο 253Α του ΚΠΔ, δεν δικαιολογείται η απαίτηση των αρμοδίων αρχών να χορηγούνται από τους τηλεπικοινωνιακούς φορείς εξωτερικά στοιχεία επικοινωνίας των συνδρομητών τους.

Η Γνωμοδότηση της ΑΔΑΕ είναι σύμφωνη με την έννοια του απορρήτου όπως αυτή ορίζεται και στην Οδηγία 2002/58/ΕΚ.

Ποια στοιχεία, όμως, της επικοινωνίας αποτελούν τα εξωτερικά στοιχεία αυτής και πώς τα στοιχεία αυτά προσδιορίζονται στην κείμενη νομοθεσία;

Με βάση το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο⁷, ως **εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας** νοούνται οι πληροφορίες εκείνες που προσδιορίζουν τις περιστάσεις υπό τις οποίες διενεργείται η επικοινωνία και την εξειδικεύουν, όπως τόπος, χρόνος και διάρκεια της επικοινωνίας.

Τα στοιχεία αυτά χαρακτηρίζονται από την Οδηγία 2002/58/ΕΚ, όπως αυτή ενσωματώθηκε στο Ελληνικό δίκαιο με τον Ν. 3471/2006, ως «**δεδομένα κίνησης**» και «**δεδομένα θέσης**»⁸.

Για την άρση του απορρήτου θα πρέπει, σύμφωνα με το Ν. 2225/1994, να συντρέχουν λόγοι **εθνικής ασφάλειας** (άρθρο 3) ή η **άρση να κρίνεται απαραίτητη για τη διακρίβωση των κακουργημάτων που προβλέπονται ειδικά και περιοριστικά στο άρθρο 4 παρ. 1⁹ του εν λόγω νόμου.**

⁷ Το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο σχετικά με την διαδικασία νόμιμης άρσης του απορρήτου διέπεται κυρίως από το Ν. 2225/1994 αλλά και από το Π.Δ 47/2005 και το Ν. 3471/2006.

⁸ Σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 3 και 4 του Ν. 3471/2006 «**δεδομένα κίνησης**» είναι τα δεδομένα που υποβάλλονται σε επεξεργασία για τους σκοπούς της διαβίβασης μίας επικοινωνίας σε δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών ή της χρέωσής της.

Στα **δεδομένα κίνησης** μπορεί να περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, ο αριθμός, η διεύθυνση, η ταυτότητα της σύνδεσης ή του τερματικού εξοπλισμού, οι κωδικοί πρόσβασης, τα δεδομένα θέσης, η ημερομηνία και ώρα έναρξης και λήξης και η διάρκεια της επικοινωνίας, ο όγκος των διαβιβασθέντων δεδομένων, πληροφορίες σχετικά με το πρωτόκολλο, τη μορφοποίηση, τη δρομολόγηση της επικοινωνίας καθώς και το δίκτυο από το οποίο προέρχεται ή στο οποίο καταλήγει η επικοινωνία, ενώ «**δεδομένα θέσης**» είναι τα δεδομένα που υποδεικνύουν τη γεωγραφική θέση του τερματικού εξοπλισμού του χρήστη μίας διαθέσιμης στο κοινό υπηρεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών.

⁹ Σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 1 του Ν. 2225/1994: «1. Η άρση του απορρήτου είναι επιτρεπτή για τη διακρίβωση των κακουργημάτων που προβλέπονται από:

α) τα άρθρα 134, 135 παρ. 1, 2, 135Α, 137Α, 137Β, 138, 139, 140, 143, 144, 146, 148 παρ. 2, 150, 151, 157 παρ. 1, "159 παρ. 3", 168 παρ. 1, 187 παρ. 1, 2, 207, 208 παρ. 1, "235 περ. β', 236 περ. β', 237 περιπτώσεις β' των παραγράφων 1 και 2" 264 περ. β', γ, 270, 272, 275 περ. β, 291 παρ. 1 εδ. β, γ, 299, 322, 324 παρ. 2, 3, "342 παρ. 1 και 2, 348, 348Α παρ.

Περαιτέρω, η άρση του απορρήτου επιβάλλεται με Διάταξη του Εισαγγελέα ή με Βούλευμα του Συμβουλίου Πλημμελειοδικών ή Εφετών.

Αυτή εν συντομία είναι η διαδικασία, που οι πάροχοι όλα αυτά τα χρόνια εφαρμόζουν, πεπεισμένοι ότι με τον τρόπο αυτό τηρούν το νόμο και συνδράμουν τις αρμόδιες Αστυνομικές και Εισαγγελικές Αρχές στο έργο τους.

Ωστόσο, το καλοκαίρι του 2009 γνωμοδότηση του Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου (9/2009), σε απάντηση σχετικού ερωτήματος που του υποβλήθηκε από τη Δίωξη Ηλεκτρονικού Εγκλήματος, διατύπωσε, μεταξύ άλλων, την άποψη ότι: «Το απόρρητο των επικοινωνιών δεν καλύπτει (...) τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας (ονοματεπώνυμο και λοιπά στοιχεία συνδρομητών, αριθμοί τηλεφώνων, χρόνος και τόπος κλήσεως, διάρκεια συνδιάλεξης κ.λ.π)».

Με την εν λόγω (9/2009) γνωμοδότηση του, ο πρώην Εισαγγελέας του Αρείου Πάγου κ. Σανιδάς αμφισβήτησε τη νομιμότητα του υφιστάμενου νομικού πλαισίου για την άρση του απορρήτου, παρότι αυτό εφαρμόζεται επί σειρά ετών από όλες τις αρχές και τους παρόχους και η εφαρμογή εποπτεύεται και διασφαλίζεται από τη συνταγματικά κατοχυρωμένη (άρθρο 19 του Συντάγματος) ανεξάρτητη Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών (ΑΔΑΕ).

Στο σημείο αυτό ας θυμηθούμε τα βασικά συμπεράσματα στα οποία κατέληγε η εν λόγω γνωμοδότηση (9/2009):

1) ότι το απόρρητο των επικοινωνιών δεν καλύπτει τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας ούτε την επικοινωνία μέσω διαδικτύου

2) ότι οι εισαγγελικές, ανακριτικές και προανακριτικές αρχές δικαιούνται να ζητούν από τους παρόχους τα εξωτερικά στοιχεία μιας επικοινωνίας χωρίς κάποια περαιτέρω διατύπωση και ο πάροχος υποχρεούται να γνωστοποιεί τα στοιχεία αυτά στις αιτούσες Αρχές χωρίς να απαιτείται η τήρηση των όρων και των προϋποθέσεων του Ν. 2225/1994

3) ότι η ΑΔΑΕ δεν δικαιούται να κρίνει εάν μια απόφαση άρσης του απορρήτου από τα όργανα της δικαιοσύνης είναι νόμιμη ή μη. Αυτό κρίνεται μόνο από την ίδια την Δικαιοσύνη. Επίσης, η ΑΔΑΕ δεν έχει την αρμοδιότητα να κρίνει εάν ο πάροχος ορθά

3"374, 380, 385 του Ποινικού Κώδικα". **β)** τα άρθρα 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 39, 40, 41, 63, 64,76, 93 και 97 του Στρατιωτικού Ποινικού Κώδικα, **γ)** το άρθρο 15 παρ. 1 του ν. 2168/1993, **δ)** τα άρθρα 5, 6, 7 και 8 του ν. 1729/1987. **ε)** τα άρθρα 89, 90 και 93 του ν.1165/1968. "**στ**") το άρθρο δεύτερο παράγραφος 1 περ. β` του ν. 2656/1998", "**ζ**") το άρθρο τρίτο παράγραφος 1 περ. β` του ν. 2803/2000", "**η**") το άρθρο 2 παρ. 1 περ. α` και β` του ν. 2331/1995".

Επίσης, επιτρέπεται η άρση του απορρήτου για τη διακρίβωση των προπαρασκευαστικών πράξεων για το έγκλημα της παραχάραξης νομίσματος κατά το άρθρο 211 του Ποινικού Κώδικα "καθώς επίσης και για τα εγκλήματα των παραγράφων 3 και 4 του άρθρου 342 του ΠΚ και των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 348Α του ΠΚ."

1α. Η άρση του απορρήτου είναι επίσης επιτρεπτή για τη διακρίβωση παραβάσεων των άρθρων 3 έως 7, 29 και 30 του ν. 3340/2005 (ΦΕΚ 112 Α`).

1β. Επιτρέπεται, επίσης, η άρση του απορρήτου για τη διακρίβωση των κακουργημάτων που προβλέπονται από το ν. 3028/2002 "Για την προστασία των Αρχαιοτήτων και εν γένει της Πολιτιστικής Κληρονομιάς" (ΦΕΚ 153 Α`), όπως ο νόμος αυτός εκάστοτε ισχύει."».

ή μη συμμορφώθηκε με μια απόφαση των οργάνων της δικαιοσύνης περί άρσης του απορρήτου.

Παρότι η εισαγγελική γνωμοδότηση δεν καταργεί νομικές ή συνταγματικές διατάξεις, αλλά αποτελεί ερμηνεία, η οποία καθ' όσον δεν θεσπίζει νέους κανόνες δικαίου, δεν έχει δεσμευτικό αποτέλεσμα ως προς τους παρόχους, εντούτοις **στην πράξη λειτουργεί ως «οδηγία» για τους εισαγγελείς.**

Έτσι, σε συνέχεια αυτής, οι πάροχοι δέχθηκαν μεγάλο αριθμό αιτημάτων αστυνομικών αρχών με τα οποία ζητούσαν την άρση του απορρήτου για τα αδικήματα των άρθρων 333, 361 και 363 Π.Κ. (απειλή, εξύβριση, συκοφαντική δυσφήμιση), χωρίς να τηρούνται οι διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας.

Κάποια από τα αιτήματα αυτά συνοδεύτηκαν και από απειλή εισαγγελικής αρχής για δίωξη των παρόχων για τα αδικήματα της απείθειας και υπόθαλψης εγκληματία σε περίπτωση μη εκτέλεσης των αιτημάτων αυτών.

Την ίδια στιγμή η ΑΔΑΕ ζητούσε από τους παρόχους να τηρήσουν την κείμενη νομοθεσία, απειλώντας επίσης με κυρώσεις σε περίπτωση μη τήρησης του υφιστάμενου νομικού πλαισίου.

Οι πάροχοι βρέθηκαν σε ένα νομικό αδιέξοδο, αφού ό, τι και να έκαναν υπήρχε ο κίνδυνος να κατηγορηθούν ότι παρανομούν!

Την με αρ. 9/2009 γνωμοδότηση του πρώην Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου κ. Σανιδά διαδέχθηκε η με αρ. 12/2009 νεότερη γνωμοδότηση του νυν Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου κ. Τέντε, η οποία **επιχείρησε να δώσει μια κάποια λύση** περιορίζοντας το «πεδίο εφαρμογής» της γνωμοδότησης στις λεγόμενες «κακόβουλες κλήσεις»¹⁰.

Ενδιαφέρον παρουσιάζει η άποψη που επαναλαμβάνεται και στις δύο ως άνω γνωμοδοτήσεις ότι **δηλ. το μονομερώς εγκληματικό περιεχόμενο μιας επικοινωνίας δεν προστατεύεται από το απόρρητο των επικοινωνιών και δεν απολαμβάνει την συνταγματική προστασία του άρθρου 19 Σ.**

Αν όμως η θέση αυτή είναι σωστή, με βάση και την αρχή της αναλογικότητας, είναι απορίας άξιο **πως είναι δυνατόν για τα ιδιαίτερα σοβαρά κακούργηματα** (όπως η ανθρωποκτονία, η ληστεία και η παιδική πορνογραφία) **η άρση του απορρήτου να γίνεται μόνο με τους αυστηρούς όρους του Ν. 2225/1994** (δηλ. Διάταξη Εισαγγελέα ή Βούλευμα Συμβουλίου) **ενώ για τα λιγότερο σοβαρά πλημμελήματα** (όπως τα αδικήματα της απειλής, εξύβρισης και της συκοφαντικής δυσφήμισης) **το απόρρητο της επικοινωνίας να άρετε χωρίς όρους;**

Ωστόσο, σε μια προσπάθεια να αρθεί το αδιέξοδο που δημιουργήθηκε, η Α.Δ.Α.Ε τροποποίησε την με αρ. 2322/11.12.2006 Πράξη της για τον εντοπισμό κακόβουλων ή ενοχλητικών κλήσεων έτσι ώστε οι πάροχοι, να μπορούν, μετά από ειδική

¹⁰ Σύμφωνα με το άρθρο 2 της υπ' αριθμ. 2322/26-12-2006 απόφασης της ΑΔΑΕ (ΦΕΚ 1853/21-12-2006) για την «Εξουδετέρωση της δυνατότητας μη αναγραφής της καλούσας γραμμής για τον εντοπισμό κακόβουλων ή ενοχλητικών κλήσεων» οι κακόβουλες ή ενοχλητικές κλήσεις ορίζονται ως εξής: «Κακόβουλη κλήση»: κλήση η οποία ενέχει ιδίως απειλή βίας ή άλλης παράνομης πράξης ή παράλειψης, εξύβριση, προσβολή της γενετήσιας αξιοπρέπειας, εκβιασμό και «Ενοχλητική κλήση»: κλήση η οποία, χωρίς να είναι κακόβουλη, διαταράσσει την οικιακή ειρήνη και προκαλεί ανησυχία, όπως για παράδειγμα οι σιωπηλές και επαναλαμβανόμενες κλήσεις.

παραγγελία του αρμόδιου ανακριτή ή εισαγγελέα, να δίνουν στις αστυνομικές αρχές τα στοιχεία ταυτότητας του συνδρομητή που προβαίνει σε κακόβουλες κλήσεις¹¹.

Η προσπάθεια αυτή της ΑΔΑΕ δεν επιλύει βέβαια το κύριο ζήτημα που ετέθη με τις ως άνω γνωμοδοτήσεις (εάν δηλ. και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας προστατεύονται από το απόρρητο της επικοινωνίας σύμφωνα με το άρθρο 19 & 1 Σ), αφού δίνει στις αστυνομικές αρχές το δικαίωμα να ζητήσουν και να λάβουν τα στοιχεία ταυτότητας του συνδρομητή που διενεργεί τις κακόβουλες κλήσεις, δεν λύνει όμως το ζήτημα της παροχής των εξωτερικών στοιχείων της επικοινωνίας χωρίς την τήρηση των διατάξεων του Ν. 2225/1994.

Παρόλα αυτά, οι αστυνομικές Αρχές επικαλούμενοι τη γνωμοδότηση Σανιδά, δεν περιορίζονται στο να ζητούν μόνο στοιχεία ταυτότητας των κακοβούλως καλούντων συνδρομητών, αλλά συνεχίζουν να **ζητούν την χορήγηση των εξωτερικών στοιχείων της επικοινωνίας¹² με ένα απλό αίτημά τους, χωρίς να προσκομίζουν σχετική Εισαγγελική Διάταξη ή Βούλευμα Συμβουλίου.**

Ο ρόλος των παρόχων δεν είναι ασφαλώς αυτός του κριτή ή του ερμηνευτή της ελληνικής νομοθεσίας, οφείλουν όμως να προστατεύουν το απόρρητο της επικοινωνίας των συνδρομητών τους και να εφαρμόζουν την εκάστοτε ισχύουσα νομοθεσία.

Ακόμα και στην περίπτωση που οι πάροχοι «υιοθετήσουν» την ερμηνεία των Γνωμοδοτήσεων των δύο Εισαγγελέων του Αρείου Πάγου, θα δημιουργηθεί ένας νέος φαύλος κύκλος, αφού τα στοιχεία που θα λάβουν από τους παρόχους πιθανόν να βοηθήσουν στην αποκάλυψη των δραστών διαφόρων αδικημάτων, δεν θα μπορούν όμως, κατά συνταγματική επιταγή, να χρησιμεύσουν ως νόμιμα αποδεικτικά στοιχεία σε επικείμενη ποινική δίκη, καθώς θα αποκτήθηκαν καθ' υπέρβαση του άρθρου 19 του Σ. και του εκτελεστικού νόμου Ν. 2225/94.

Παρόλο που η νομολογία των ποινικών δικαστηρίων δεν είναι πάντα συνεπής με την συνταγματική απαγόρευση του αρ. 19 § 3 Σ, εάν ποινικό δικαστήριο ή Δικαστικό Συμβούλιο λάβει υπόψη του αποδεικτικά μέσα τα οποία αποκτήθηκαν κατά παράβαση του άρθρου 19 § 3Σ, σε βάρος του κατηγορούμενου, υφίσταται απόλυτη ακυρότητα (171 § 1δ' ΚΠΔ), που αποτελεί λόγο αναίρεσης (484 § 1 α' ΚΠΔ, 510 § 1

¹¹ Σύμφωνα με την τροποποίηση αυτή, η τελευταία περίοδος της παρ. 2 του άρθρου 5 της υπ' αριθμ. 2322/11.12.2006 Πράξης της ΑΔΑΕ (ΦΕΚ 1853 Β' / 21.12.2006) αντικαταστάθηκε ως ακολούθως: «Ειδικώς στις περιπτώσεις κακόβουλων κλήσεων εφόσον διενεργείται κατόπιν σχετικής εγκλήσεως τακτική ανάκριση ή προανάκριση ή προκαταρκτική εξέταση, ο αρμόδιος κατά περίπτωση τακτικός ανακριτής ή εισαγγελέας δύναται να ζητήσει με ειδική παραγγελία προς τους παρόχους σταθερής ή κινητής τηλεφωνίας, και εκείνοι υποχρεούνται να παρέχουν, για χρονικό διάστημα που δεν υπερβαίνει τον ένα μήνα, την παροχή στοιχείων ταυτότητας του κακοβούλως καλούντος συνδρομητή ή χρήστη, εφόσον, μετά τήρηση των αρχών της αναλογικότητας, κρίνει, ότι, βάσει των στοιχείων που μέχρι τη στιγμή εκείνη διαθέτει, είναι δυνατόν να υποθεθεί ευλόγως ότι μόνο με αυτό το μέσο θα καταστεί δυνατή η βεβαίωση του εγκλήματος και η αποκάλυψη του δράστη».

¹² Για παράδειγμα αποστέλλονται έγγραφα που περιλαμβάνουν αιτήματα για χορήγηση στοιχείων ταυτότητας τερματικής συσκευής και σύνδεσης (IMEI, IMSI, TMSI) εισερχόμενες και εξερχόμενες κλήσεις, ημεροχρονολογία και αριθμός αποστολής και λήψης sms/mms, ώρα έναρξης και ώρα λήξης και ημερομηνία των επικοινωνιών κ.α.

Α ΚΠΔ). Όπως μάλιστα υποστηρίζεται η παραβίαση του άρθρου 19 § 3 του Συντάγματος αποτελεί λόγος αναίρεσης και συγκεκριμένα υπέρβαση εξουσίας.¹³

Δ. Ο ΡΟΛΟΣ ΤΩΝ ΠΑΡΟΧΩΝ - ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΙΚΕΣ ΣΚΕΨΕΙΣ

Με τη ραγδαία εξέλιξη της τεχνολογίας, εμφανίζονται και νέες μορφές εγκληματικότητας, που μπορεί να εκδηλωθούν και μέσω διαδικτύου ή και κινητής τηλεφωνίας (π.χ. απειλή, εξύβριση κλπ).

Οι πληροφορίες που διαθέτουν τα συστήματα των παρόχων, μπορεί να αποτελέσουν, για τις αστυνομικές και εισαγγελικές αρχές, σημαντικά «όπλα» για τη συλλογή αποδεικτικών στοιχείων που θα καταλήξουν στην εξιχνίαση εγκλημάτων.

Πέρα, όμως, από τον ρόλο που μπορεί να διαδραματίσει η δεδομένη συνεργασία παρόχων-αστυνομικών / εισαγγελικών Αρχών, ας μη ξεχνάμε ότι ο πρωταρχικός ρόλος των εταιριών κινητής παροχής τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών είναι—πέρα από την προσφορά υψηλής ποιότητας υπηρεσιών- και η διασφάλιση του απορρήτου της επικοινωνίας των συνδρομητών τους.

Ο ρόλος ακριβώς αυτός των παρόχων καθιστά αναγκαία την ύπαρξη σαφών και ξεκάθαρων κανόνων δικαίου για τη διαδικασία άρσης του απορρήτου των επικοινωνιών, που δεν θα επιδέχονται ερμηνείας περί του αντιθέτου από κανέναν .

Περαιτέρω, η ανάγκη του πολίτη για ασφάλεια δικαίου επιβάλλει την απόλυτη – κατά την συνταγματική επιταγή - προστασία του απόρρητου της επικοινωνίας, γεγονός που καθιστά επιτακτική την ανάγκη συνεργασίας των Αρχών και των εξουσιών και την αποσαφήνιση του νομοθετικού τοπίου.

Όταν διακυβεύεται ένα συνταγματικά κατοχυρωμένο αγαθό, όπως είναι το απόρρητο της επικοινωνίας, η λύση πρέπει να δοθεί από την πολιτεία μέσω νομοθετικής παρέμβασης, ούτως ώστε να υπάρχει ξεκάθαρο νομοθετικό πλαίσιο, το οποίο θα οφείλουν να τηρούν οι πάροχοι και το οποίο δεν θα επιδέχεται διαφορετικών ερμηνειών και προσεγγίσεων.

¹³ Βλ. Ν.Κ.Παπαδόπουλος: Προστασία του Απορρήτου της Επικοινωνίας, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 382 επ., όπου γίνεται αναφορά στο ζήτημα.