



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

**Ο ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΥΣ
ΤΟΥ ΑΡΕΙΟΥ ΠΑΓΟΥ**

Τηλ. 210-6419366

Φαξ. 210-6411523

Αθήνα 29 Σεπτεμβρίου 2009

Αριθ. Πρωτ. **3648**

Αριθ. Γνωμ. **12**

Προς

την Αρχή Διασφάλισης του

Απορρήτου των Επικοινωνιών (ΑΔΑΕ)

Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 1604 από 13 Ιουλίου 2009 έγγραφό σας ζητάτε διευκρινίσεις επί της υπ' αριθμ. 9/2009 Γνωμοδοτήσεως του Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου. Όπως προκύπτει από την εν λόγω Γνωμοδότηση, με αυτή αντιμετωπίζεται, ύστερα από σχετικό ερώτημα του Τμήματος Διώξεως Ηλεκτρονικού Εγκλήματος της Υποδιευθύνσεως Διώξεων Οικονομικών Εγκλημάτων κλπ. της Διευθύνσεως Ασφαλείας Αττικής, το ζήτημα της νομιμότητας των αιτημάτων εισαγγελικών, ανακριτικών και προανακριτικών αρχών προς τους παρόχους υπηρεσιών ηλεκτρονικών εν γένει επικοινωνιών (σταθερής και κινητής τηλεφωνίας, επικοινωνίας μέσω διαδικτύου – Internet) να τους παρέχουν στοιχεία εντοπισμού της ταυτότητας προσώπων που ενεργούν τηλεφωνικές κλήσεις ή αποστέλλουν μηνύματα εξυβριστικού, δυσφημιστικού, απειλητικού ή άλλου εγκληματικού χαρακτήρα προς τον εγκαλούντα (κακόβουλες κλήσεις).

Με το προαναφερόμενο έγγραφό σας αμφισβητείτε, τη νομιμότητα και συνταγματικότητα των παραπάνω αιτημάτων των ανακριτικών αρχών, η οποία καταφάσκειται από την προηγούμενη 9/2009 Γνωμοδότησή του Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου, αντικρούοντας συγκεκριμένα επιχειρήματα από αυτά που στηρίζουν το πόρισμα της Γνωμοδοτήσεως.

Σε απάντηση του αιτήματός σας, σας γνωρίζουμε τα ακόλουθα:

Κατά το άρθρο 4 § 1 του Ν. 3471/2006, με τον οποίο ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη η Οδηγία 2002/58/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 12^{ης} Ιουλίου 2002, «οποιαδήποτε χρήση των υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών που παρέχονται μέσω δημοσίου δικτύου επικοινωνιών και των διαθέσιμων στο κοινό υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών ... 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» (τον ορισμό των ηλεκτρονικών υπηρεσιών βλ. στο άρθρο 2 περίπτ. μζ' του Ν. 3431/2006).

Είναι σαφές ότι η έννοια του επιβαλλόμενου από τη διάταξη αυτή απορρήτου των επικοινωνιών συμπίπτει με την έννοια του απορρήτου «των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας» κατά το άρθρο 19 § 1 του Συντάγματος. Το Σύνταγμα δεν αναφέρεται σε οποιαδήποτε επικοινωνία ή

ανταπόκριση μεταξύ προσώπων. Καθιερώνει την προστασία της επικοινωνίας με την έννοια της ανταλλαγής διανοημάτων, ειδήσεων, γνώμων (βλ. BVerfGE 67, 157-G10) και συναισθημάτων και ειδικότερα αυτής που γίνεται εντός πλαισίων οικειότητας και εμπιστευτικότητας (Χρυσογόνο, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, 3^η έκδ. (2006), σ. 256 επ., Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο – Ατομικά Δικαιώματα Α' αριθ. 534, σ. 350 επ., Τσακυράκης, Το απόρρητο της επικοινωνίας, NoB 1993, 995, BVerfG, EU GRZ 2009, 404, 407-408). Προστατεύεται το δικαίωμα του ατόμου να μοιράζεται με πρόσωπο της επιλογής του σκέψεις, ιδέες και συναισθήματα χωρίς τον κίνδυνο της αποκάλυψης αυτών σε τρίτους και χωρίς να ζει με το καταθλιπτικό συναίσθημα ότι κάθε αστόχαστη ή υπερβολική έκφραση, στα πλαίσια μιας ιδιωτικής επικοινωνίας, θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί εναντίον του (Ολ. ΑΠ 1/2001, Ελλ. Δικ. 2001, 374, πρβλ. και Münch / Kunig (W. Löwer) Grundgesetz – Kommentar, 5 Aufl., Art 10, 22).

Οι περιπτώσεις που ενδιαφέρουν στο προκείμενο, ήτοι οι περιπτώσεις στις οποίες οι ανακριτικές αρχές για την εντόπιση του δράστη εξυβριστικών, συκοφαντικών, απειλητικών, εκβιαστικών τηλεφωνικών κλήσεων ή μηνυμάτων, κατά την διενέργεια προκαταρκτικής εξετάσεως, προανακρίσεως ή κυρίας ανακρίσεως, κατόπιν εγκλήσεως κατά κανόνα του παθόντος, δέκτη των εν λόγω κλήσεων κλπ., ζητούν την ανακοίνωση εκ μέρους των παρόχων υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών στοιχείων σχετικών με την ταυτότητα ή τη θέση της συνδέσεως ή του χρήστη, εκφεύγουν του

προστατευτικού πεδίου της διατάξεως του άρθρου 19 § 1 του Συντάγματος. Στις προαναφερόμενες περιπτώσεις δεν πρόκειται για επικοινωνία ή ανταπόκριση κατά την έννοια της συνταγματικής διατάξεως. Οι επαφές αυτές ως, εκ του σκοπού και του περιεχομένου τους, το οποίο είναι ευθέως εγκληματικό (Καρράς, Ποινικό Δικονομικό Δίκαιο αριθ. 705), αφενός δεν συνιστούν «ανταλλαγή απόψεων, διανοημάτων κλπ.» και αφετέρου δεν γίνονται στο πλαίσιο σχέσεως οικειότητας και εμπιστευτικότητας (Χρυσογόνος, ανωτ. σελ. 260, Τσακυράκης, ανωτ. σελ. 997, 998). Επομένως, δεν συντρέχει ο δικαιολογητικός λόγος προστασίας του απορρήτου, δηλαδή η διαφύλαξη του προσώπου από τον κίνδυνο παραβιάσεως της εν ευρεία έννοια προσωπικής ελευθερίας του και της παγιδεύσεώς του με την έκθεσή του σε κάθε είδους συνέπειες από τυχόν υπερβολικές και αστόχαστες εκφράσεις κατά την ιδιωτική και εμπιστευτική επικοινωνία του, και, κατ' ακολουθίαν, η επικοινωνία αυτού του είδους δεν προστατεύεται ως τοιαύτη από το Σύνταγμα και, συνακολούθως, από τη διάταξη του άρθρου 4 § 1 του Ν. 3471/2006.

Συνεπώς προς τα ανωτέρω, οι ανακριτικές αρχές, ανταποκρινόμενες στο προστατευτικό καθήκον του Κράτους, εκδηλούμενο ως θετική υποχρέωση αυτού προς διασφάλιση της ανεμπόδιστης και αποτελεσματικής ασκήσεως των δικαιωμάτων του ατόμου, κατ' άρθρο 25§1 του Συντάγματος, και ενεργούσες σύμφωνα με τη συνταγματική επιταγή για παροχή έννομης

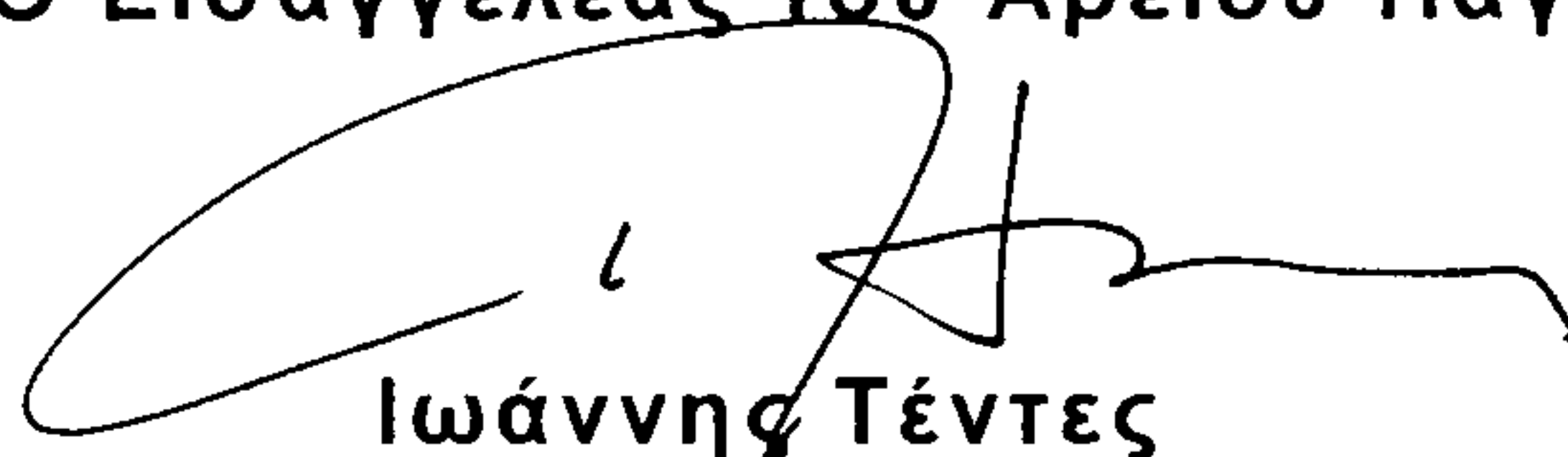
προστασίας (άρθρο 20 του Συντάγματος) και τιμωρήσεως των εγκλημάτων (άρθρα 96§1 και 87§1 του Συντάγματος) μπορούν, στα πλαίσια του δικαιώματός τους να συγκεντρώνουν τα αναγκαία αποδεικτικά στοιχεία για τη βεβαίωση του εγκλήματος (άρθρα 251, 239 §§ 1-2 και 248 ΚΠΔ), να ζητούν τα προαναφερόμενα στοιχεία, χωρίς την προηγούμενη τήρηση της διαδικασίας άρσεως του απορρήτου του εκτελεστικού της διατάξεως του άρθρ. 19 § 1 εδ. β' του Συντάγματος Ν. 2225/1994, αφού, όπως ελέχθη, δεν πρόκειται για απόρρητο.

Είναι αυτονόητο, ότι πρέπει να διενεργείται κυρία ανάκριση ή προκαταρκτική εξέταση ή προανάκριση μετά από παραγγελία εισαγγελέα καθώς και ότι ο τακτικός ανακριτής ή ο παραγγέλλων εισαγγελέας, σύμφωνα με βασική αρχή ισχύουσα επί των ανακρίσεων, θα ζητήσει τα στοιχεία για τα οποία γίνεται λόγος αφού, μετά τήρηση των αρχών της αναλογικότητας, κρίνει ότι, βάσει των στοιχείων που μέχρι τη στιγμή εκείνη διαθέτει, είναι δυνατόν να υποτεθεί ευλόγως ότι μόνο με αυτό το μέσο θα γίνει δυνατή η βεβαίωση του εγκλήματος και η ανακάλυψη του δράστη (Καρράς, ανωτ., αριθ. 44).

Πρέπει να σημειωθεί ότι οι επικαλούμενες στο υπ' αριθμ. 1604/13-7-2009 έγγραφό σας αποφάσεις του ΕΔΔΑ (υποθέσεις Malone κατά Ηνωμένου Βασιλείου και Copland κατά Ηνωμένου Βασιλείου) καθώς και του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας (BVerfGE 67, 157 – G10) αφορούν

επεμβάσεις τρίτων σε ιδιωτικές επικοινωνίες μεταξύ άλλων προσώπων, πράγμα που διαφέρει από το εξεταζόμενο εδώ ζήτημα των εγκληματικού περιεχομένου κλήσεων και μηνυμάτων που απευθύνονται προς τον επιζητούντα την αποκάλυψη του δράστη τους.

Ο Εισαγγελέας του Αρείου Πάγου



Ιωάννης Τέντες

Κοινοποίηση:

1. Αξιότιμο κ. Υπουργό 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. Διεύθυνση Ασφαλείας Αττικής, Υποδιεύθυνση Δίωξης Οικονομικών Εγκλημάτων, Αρχαιοκαπηλίας και Ηθών, Τμήμα 5^ο Δίωξης Ηλεκτρονικού Εγκλήματος
5. Ένωση Εταιρειών Κινητής Τηλεφωνίας (ΕΕΚΤ)
6. COSMOTE – Κινητές Τηλεπικοινωνίες Α.Ε.
7. WIND Ελλάς Τηλεπικοινωνίες Α.Ε.Β.Ε.
8. VODAFONE – ΠΑΝΑΦΟΝ Ανώνυμη Ελληνική Εταιρεία Τηλεπικοινωνιών

ΜΕ/