

Αθήνα, 3 Φεβρουαρίου 2005

Αριθ.Πρωτ.: 893

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ ΑΡ. 1 /2005

Η Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών, συνήλθε μετά από πρόσκληση του Προέδρου της σε τακτική συνεδρίαση την 2α Φεβρουαρίου 2005 στην έδρα της, αποτελούμενη από τον κ. Α. Λαμπρινόπουλο, Πρόεδρο, και τους κ.κ. Β. Κούτρη, Ιάκ.Βενιέρη, Μιχ.Καρατζά, Χρ. Καψάλη, Κων/νο Μαραβέλα και Στ.Σκοπετέα τακτικά μέλη.

Η Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών, αφού έλαβε υπόψη:

- (i.) το άρθρο 19 του Συντάγματος
- (ii.) το άρθρο 6 παρ.1 περ. ι' του Ν.3115/2003
- (iii.) το γεγονός ότι η Αρχή έχει δεχτεί αναφορές από εταιρείες παροχής υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, σύμφωνα με τις οποίες οι εν λόγω εταιρείες δέχονται αιτήματα δημοσίων αρχών για παροχή στοιχείων επικοινωνίας των συνδρομητών τους (αναλυτική κατάσταση εισερχομένων και εξερχομένων κλήσεων, χρόνο συνδιάλεξης κλπ), χωρίς να τηρείται η διαδικασία που προβλέπεται στο Ν.2225/1994 *«Για την προστασία της ελευθερίας της ανταπόκρισης και επικοινωνίας»*, όπως ισχύει,

εξέδωσε ομοφώνως την ακόλουθη

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ

1. Από τα προσκομιζόμενα έγγραφα προκύπτει ότι οι προσφεύγουσες εταιρείες δέχονται αιτήματα για την παροχή στοιχείων επικοινωνίας των συνδρομητών τους από δημόσιες αρχές, κυρίως δικαστικές ή προανακριτικές αρχές, χωρίς να τηρείται η προβλεπόμενη στο άρθρο 19 του Συντάγματος και προσδιορισμένη στο Ν.2225/94, όπως ισχύει, διαδικασία άρσης του απορρήτου. Τα προβαλλόμενα

από τις εν λόγω αρχές αιτήματα βασίζονται στον ισχυρισμό ότι τα λεγόμενα «εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας» συνιστούν προσωπικά δεδομένα, που δεν εμπίπτουν στην έννοια του προστατευμένου από το άρθρο 19 του Συντάγματος απορρήτου της ελεύθερης ανταπόκρισης και επικοινωνίας, ενώ οι διατάξεις περί προστασίας προσωπικών δεδομένων υποχωρούν έναντι των διατάξεων του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, οι οποίες εφαρμόζονται ως ειδικότερες.

2. Η πρώτη παράγραφος του άρθρου 19 του Συντάγματος ορίζει ότι *«Το απόρρητο των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας με οποιονδήποτε άλλο τρόπο είναι απόλυτα απαραβίαστο»*. Η κατοχύρωση από το ισχύον Σύνταγμα του απολύτως απαραβίαστου κάθε επικοινωνίας, χωρίς να γίνεται διάκριση σε εξωτερικά και εσωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας, οδηγεί στο συμπέρασμα ότι **στην προστατευτική σφαίρα του απορρήτου εμπίπτουν και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας**, όπως είναι η ταυτότητα των επικοινωνούντων, ο τρόπος και ο χρόνος της επικοινωνίας, οι αριθμοί των εισερχομένων και εξερχομένων κλήσεων, η χρέωση της επικοινωνίας, η γεωγραφική θέση των επικοινωνούντων, η ταυτότητα της τερματικής συσκευής, οι ηλεκτρονικές διευθύνσεις, τα μηνύματα κ.τ.λ. Η θέση αυτή, πέρα από το γεγονός ότι υποστηρίζεται από τμήμα της θεωρίας¹, ενισχύεται και από τα ακόλουθα:

- 2.1. Σύμφωνα με την πρώτη παράγραφο του άρθρου 5, με τίτλο «Απόρρητο των επικοινωνιών», της Οδηγίας 2002/58/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου *«σχετικά με την επεξεργασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και την προστασία της ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών»*, *«...τα κράτη μέλη κατοχυρώνουν, μέσω της εθνικής νομοθεσίας, το απόρρητο των επικοινωνιών που διενεργούνται μέσω δημόσιου δικτύου επικοινωνιών και των διαθέσιμων στο κοινό υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, καθώς και των συναφών δεδομένων κίνησης»*. Ορίζονται δε ως

¹ «...Η διακήρυξη του απαραβίαστου της ιδιωτικής επικοινωνίας σημαίνει ότι απαγορεύεται κάθε ενέργεια των δημόσιων αρχών προς λήψη γνώσεως ή κοινοποίηση σε τρίτους (δημόσιες αρχές ή ιδιώτες) του περιεχομένου ή και του αυτού γεγονότος της επικοινωνίας...», Π.Δ. Δαγτόγλου, *Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα Α'1991*, 351

δεδομένα κίνησης, σύμφωνα με το άρθρο 2 της Οδηγίας 2002/58/EK, «...τα δεδομένα που υποβάλλονται σε επεξεργασία για τους σκοπούς της διαβίβασης μιας επικοινωνίας σε δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών ή της χρέωσής της». Επισημαίνεται ότι, παρά το γεγονός ότι η Οδηγία 2002/58/EK δεν έχει ενσωματωθεί στην ελληνική έννομη τάξη εντός της ορισθείσας στο άρθρο 17 αυτής προθεσμίας, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, όπου η Οδηγία περιέχει έναν δεσμευτικό για τα κράτη πυρήνα, ο πυρήνας αυτός δύναται να αναπτύξει άμεση ισχύ, και δη με την αυξημένη τυπική ισχύ του κοινοτικού δικαίου.

2.2. Η βούληση του κοινοτικού νομοθέτη να συμπεριλάβει στην έννοια του απορρήτου των επικοινωνιών και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας επιβεβαιώνεται από το σημείο 11 του προοιμίου της Οδηγίας 2002/58/EK, στο οποίο γίνεται ρητή αναφορά στις αποφάσεις του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ)². Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου έκρινε στην υπόθεση *Malone v UK* της 3.6.1985 ότι, κατά τη διαδικασία της παρακολούθησης του προσφεύγοντος, παραβιάστηκε το άρθρο 8 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ), δεδομένου ότι τα κρίσιμα αρχεία καταγραφής περιείχαν πληροφορίες, ιδίως τους αριθμούς κλήσης, οι οποίες αποτελούν, σύμφωνα με το ΕΔΔΑ, «*αναπόσπαστο στοιχείο των επικοινωνιών που διενεργούνται μέσω τηλεφώνου*». Η εν λόγω υπαγωγή των εξωτερικών στοιχείων της επικοινωνίας στην έννοια και την προστατευτική σφαίρα του απορρήτου αποτελεί πάγια νομολογία του ΕΔΔΑ, η οποία, πέρα από την ως άνω αναφερόμενη παραπομπή σε αυτή από τον κοινοτικό νομοθέτη, αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του ελληνικού δικαίου.

2.3. Περαιτέρω, η βούληση του εθνικού νομοθέτη να υπαγάγει και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας στην προστασία του απορρήτου διαφαίνεται από τη διατύπωση της πρώτης παραγράφου του άρθρου 4 του Ν.2774/1999 για την

² «...η παρούσα οδηγία δεν θίγει τη δυνατότητα των κρατών μελών να προβαίνουν σε νόμιμη παρακολούθηση των ηλεκτρονικών επικοινωνιών ... και σύμφωνα με την ευρωπαϊκή Σύμβαση για την προάσπιση των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών, όπως ερμηνεύθηκε από τις αποφάσεις του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου».

«Προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στον τηλεπικοινωνιακό τομέα», σύμφωνα με την οποία, «...οποιαδήποτε χρήση των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών...προστατεύεται από τις ρυθμίσεις για το απόρρητο των επικοινωνιών...».

2.4.Η βούληση αυτή καταγράφεται ρητά στην εισηγητική έκθεση του Ν.3115/2003 για την *«Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών»*, όπου αναφέρεται με σαφήνεια ότι *«...ήδη ο Ν.2225/1994 ορίζει τον τρόπο άρσης του απορρήτου των επικοινωνιών μόνο στις περιπτώσεις εκείνες που, λόγω δημοσίου συμφέροντος, υπάρχει εισαγγελική παραγγελία ή σχετική δικαστική απόφαση. Κατά τα άλλα , δηλαδή προβλέπεται η προστασία του απορρήτου της επικοινωνίας σε όλη της την έκταση, δηλαδή η διατήρηση, έναντι πάντων, του απορρήτου, τόσο του γεγονότος της επικοινωνίας, όσο και του περιεχομένου αυτής...».*

2.5.Σε συμφωνία με όσα προεκτέθηκαν, η υπαγωγή των εξωτερικών στοιχείων της επικοινωνίας στην προστατευτική σφαίρα του απορρήτου αναφέρεται ρητά στις κανονιστικές πράξεις της Αρχής Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών. Συγκεκριμένα, στις υπ' αριθμ. 629α/12-11-2004 (*«Κανονισμός για τη Διασφάλιση Απορρήτου κατά την Παροχή Κινητών Τηλεπικοινωνιακών Υπηρεσιών»*), ΦΕΚ Β'87/26-1-2005) και 630α/12-11-2004 (*«Κανονισμός για τη Διασφάλιση Απορρήτου κατά την Παροχή Σταθερών Τηλεπικοινωνιακών Υπηρεσιών»*), ΦΕΚ Β'87/26-1-2005) Αποφάσεις της ΑΔΑΕ, ορίζεται ως προστασία του απορρήτου *«...η απαγόρευση της ακρόασης, της παγίδευσης, της αποθήκευσης, της επεξεργασίας, της ανακοίνωσης, της δημοσιοποίησης ή άλλου τύπου υποκλοπής ή παρακολούθησης της τηλεπικοινωνίας και των δεδομένων επικοινωνίας από άλλα πρόσωπα, χωρίς την συγκατάθεσή τους...»*(άρθρο 2 Αποφάσεων). Θεσπίζεται δε υποχρέωση του τηλεπικοινωνιακού παρόχου *«...να διασφαλίζει και να προστατεύει το απόρρητο των διαφόρων δεδομένων επικοινωνίας, του περιεχομένου της επικοινωνίας, και εν γένει κάθε πληροφορίας που αφορά τους συνδρομητές του και χρησιμοποιείται για την παροχή της τηλεπικοινωνιακής*

υπηρεσίας, τη διεκπεραίωση της επικοινωνίας, κ.τ.λ....»(υπ'αριθμ. 629α/12-11-2004 Απόφαση ΑΔΑΕ, Άρθρο 5), ενώ αναφέρονται ως προστατευόμενες από τον πάροχο πληροφορίες, πέραν από το περιεχόμενο της επικοινωνίας, **ο αριθμός του καλούντος και καλούμενου συνδρομητή, η ταυτότητα της τερματικής συσκευής, ο χρόνος διενέργειας και η διάρκεια της επικοινωνίας κ.ά.** (υπ'αριθμ. 630α/12-11-2004 Απόφαση ΑΔΑΕ, Άρθρο 5).

2.6. Εξάλλου, στο άρθρο 4 του σχεδίου Προεδρικού Διατάγματος, η έκδοση του οποίου προβλέπεται στο άρθρο 9 του Ν.3115/2003, υπάρχει ρητή και σαφής αναφορά στα στοιχεία επικοινωνίας, **περιλαμβανομένων και των εξωτερικών στοιχείων**, που είναι δυνατόν να αποτελέσουν το αντικείμενο διάταξης άρσης του απορρήτου.

2.7. Το γεγονός ότι και τα λεγόμενα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας εμπίπτουν στην προστατευτική σφαίρα του απορρήτου, και ότι, ως εκ τούτου, απαραίτητη προϋπόθεση γνωστοποίησής τους αποτελεί η τήρηση της προβλεπόμενης στο Ν.2225/94, όπως ισχύει, διαδικασίας, έχει πλέον αναγνωριστεί και από την πρόσφατη νομολογία των ελληνικών Δικαστηρίων³. Αναφέρεται ενδεικτικά το υπ'αριθμ.957/2003 βούλευμα του Συμβουλίου Πλημ/κών Πειραιώς, με το οποίο απορρίπτεται αίτημα δικαστικής συνδρομής αναφορικά με τη γνωστοποίηση στοιχείων συνδρομητών και την απόκτηση πινάκων τηλεφωνικών κλήσεων, λόγω μη πρόβλεψης στο Ν.2225/94 περίπτωσης άρσης του απορρήτου για το διερευνώμενο έγκλημα (υποβολή της λαθρομετανάστευσης). Αντιθέτως, με το υπ'αριθμ.2723/2003 βούλευμα του Συμβουλίου Πλημ/κών Αθηνών, επικυρώθηκε Εισαγγελική διάταξη περί άρσης του απορρήτου τηλεφωνικών συνδέσεων και γνωστοποίησης των στοιχείων ταυτότητας συνδρομητών και των τηλεφωνικών κλήσεων που πραγματοποίησαν. Και στις δύο περιπτώσεις, το γεγονός ότι ετέθη το ζήτημα εφαρμογής των διατάξεων του Ν.2225/94 και 253^A

³ βλ. και Βούλευμα 3998/2004 Συμβουλίου Πλημ/κών Αθηνών, Βούλευμα 3440/2004 Συμβουλίου Πλημ/κών Αθηνών, Βούλευμα 347/2004 Συμβουλίου Πλημ/κών Χανίων, Βούλευμα 26/2004 Συμβουλίου Πλημ/κών Καστοριάς, Βούλευμα 1208/2004 Συμβουλίου Πλημ/κών Θεσ/νίκης, Βούλευμα 2657/2004 Συμβουλίου Εφετών Αθηνών κλπ

Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, καταδεικνύει ότι και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας εμπίπτουν στην έννοια και την προστασία του απορρήτου της επικοινωνίας.

3. Σύμφωνα με την πρώτη παράγραφο του άρθρου 19 του Συντάγματος, «...*Νόμος ορίζει τις εγγυήσεις υπό τις οποίες η δικαστική αρχή δεν δεσμεύεται από το απόρρητο για λόγους εθνικής ασφάλειας ή για διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων*». Σε εφαρμογή της επιταγής του άρθρου 19 του Συντάγματος, τα άρθρα 4 και 5 του Ν.2225/94, όπως τροποποιήθηκε με το Ν.3115/2003, καθώς και το άρθρο 253^A του ΚΠΔ, προσδιορίζουν ρητά, περιοριστικά και με σαφήνεια τις περιπτώσεις και τη διαδικασία με την οποία επιτρέπεται η άρση του απορρήτου των επικοινωνιών. Είναι προφανές ότι η άρση του απορρήτου, όπως προβλέπεται από τις εν λόγω διατάξεις, συνιστά μία **ειδική ανακριτική πράξη, ήτοι, διενεργείται επί συγκεκριμένων μόνο αξιόποινων πράξεων, οι οποίες προβλέπονται περιοριστικά στο νόμο, και υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις**. Δεδομένου ότι οι αυξημένες εγγυήσεις που επιτάσσει το άρθρο 19 του Συντάγματος για την άρση του απορρήτου εξειδικεύονται στις διατάξεις των άρθρων 4 και 5 του Ν.2225/94, όπως ισχύει, και 253^A του ΚΠΔ, η προστασία αυτή δεν δύναται να υποχωρήσει λόγω της εφαρμογής μίας γενικής διάταξης, και, συγκεκριμένα, αυτής της παραγράφου 2 του άρθρου 243 του ΚΠΔ, αλλά, αντιθέτως, υπερισχύει ως ειδική. Κατά συνέπεια, **οι προανακριτικοί υπάλληλοι δεν δύνανται να προβαίνουν σε άρση του απορρήτου κατ'εφαρμογήν της παραγράφου 2 του άρθρου 243 του ΚΠΔ, ακόμα και αν πρόκειται για αυτόφωρα εγκλήματα, καθώς η εν λόγω πράξη ρυθμίζεται ειδικά από το νόμο και διατάσσεται μόνο από τη δικαστική αρχή, σύμφωνα με τη ρητή Συνταγματική επιταγή του άρθρου 19**.
4. Επιπλέον, και δεδομένου ότι, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν (ανωτέρω υπό σημ. 2), η έννοια του απορρήτου, εκτός από το περιεχόμενο της επικοινωνίας, περιλαμβάνει και κάθε πληροφορία που προσδιορίζει τους όρους και τις περιστάσεις υπό τις οποίες αυτή διενεργείται, συνάγεται το συμπέρασμα ότι η

επιταγή της πρώτης παραγράφου του άρθρου 19 του Συντάγματος, αναφέρεται και στα στοιχεία αυτά, και όχι μόνο στο περιεχόμενο καθεαυτό της επικοινωνίας. Ως εκ τούτου, δεν είναι παραδεκτό, σε περιπτώσεις που γίνεται έρευνα για τη διακρίβωση των κακουργημάτων που αναφέρονται στο άρθρο 4 του Ν.2225/94 όπως ισχύει, 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.

5. Περαιτέρω, σε περιπτώσεις αξιόποινων πράξεων που δεν αναφέρονται στο Ν.2225/94, όπως ισχύει, ή το άρθρο 253^A του ΚΠΔ, δεν δικαιολογείται η απαίτηση των αρμοδίων αρχών να χορηγούνται από τους τηλεπικοινωνιακούς φορείς εξωτερικά στοιχεία επικοινωνίας των συνδρομητών τους, με την αιτιολογία ότι διαφορετικά θα μένουν στο απυρόβλητο όλοι αυτοί που τελούν πλημμεληματικές πράξεις μέσω των σύγχρονων μέσων επικοινωνίας. Ο ισχυρισμός αυτός στρέφεται ενάντια στη ratio του άρθρου 19 του Συντάγματος, προσκρούει στην αρχή της αναλογίας μεταξύ του περιορισμού του ατομικού δικαιώματος και του επιδιωκόμενου σκοπού, και προσβάλλει, εν τέλει, την ουσία του δικαιώματος. Ειδικότερα, ο συνταγματικός νομοθέτης όρισε ότι μόνο στις περιπτώσεις που προβλέπει ο νόμος η δικαστική αρχή δεν δεσμεύεται από το απόρρητο, και μόνο για λόγους εθνικής ασφάλειας ή για διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων. Σύμφωνα δε με την **αρχή της αναλογίας**, η άρση του απορρήτου θα πρέπει να επιτρέπεται μόνο στις απολύτως απαραίτητες περιπτώσεις, και να μην είναι δυσανάλογα επαχθής σε σχέση με τον επιδιωκόμενο νόμιμο σκοπό. **Θα αποτελούσε κατάφωρη παραβίαση της αρχής αυτής, εάν γινόταν δεκτό ότι για λιγότερο σοβαρές αξιόποινες πράξεις (πχ. πλημμελήματα), η κάμψη του συνταγματικά κατοχυρωμένου απορρήτου της επικοινωνίας επιτρέπεται γενικά, και μάλιστα χωρίς τις αυξημένες εγγυήσεις που προβλέπονται από το Σύνταγμα και το Ν.2225/94**, ενώ για τη διακρίβωση των αναφερόμενων στο Ν.2225/94 και άρθρο 253^A **ιδιαίτερος σοβαρών**

αξιόποιων πράξεων επιτρέπεται μόνο με τις αυξημένες εγγυήσεις που προβλέπονται στο νόμο.

Για τους λόγους αυτούς

Γνωμοδοτεί ότι

1. στην προστατευτική σφαίρα του απορρήτου εμπίπτουν και τα εξωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας,
2. η διαδικασία άρσης του απορρήτου ρυθμίζεται ειδικά από το Ν.2225/94, όπως ισχύει, 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 όπως ισχύει, 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 αξιόποιων πράξεων που δεν αναφέρονται στο Ν.2225/94, όπως ισχύει, ή το άρθρο 253^Α του ΚΠΔ, δεν δικαιολογείται η απαίτηση των αρμοδίων αρχών να χορηγούνται από τους τηλεπικοινωνιακούς φορείς εξωτερικά στοιχεία επικοινωνίας των συνδρομητών τους.

ΑΡΧΗ ΔΙΑΣΦΑΛΙΣΗΣ ΤΟΥ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ
ΤΩΝ ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ