

Ανακοίνωση της ΑΔΑΕ για τις αλλαγές στη διαδικασία άρσης του απορρήτου (Άρ. 43, Ν.4640/2019)

Η Ολομέλεια της ΑΔΑΕ συνήλθε την 9η Δεκεμβρίου 2019 και εξέδωσε την παρακάτω ανακοίνωση:

Στον πρόσφατο νόμο 4640/2019 «Διαμεσολάβηση σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις - Περαιτέρω εναρμόνιση της Ελληνικής Νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2008/52/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 21ης Μαΐου 2008 και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 190/30.11.2019) εισήχθη με τροπολογία ως άρθρο 43 διάταξη με το ακόλουθο περιεχόμενο:

«Στο άρθρο 34 παράγραφος 1 ΚΠΔ προτείνονται οι ακόλουθες τροποποιήσεις: 1. Η φράση «και τηλεπικοινωνιακού (ν. 2225/1994)» του άρθρου 34 παράγραφος 1 ΚΠΔ αφαιρείται. 2. Στο τέλος του άρθρου 34 παράγραφος 1 ΚΠΔ προστίθεται η φράση «ειδικώς η πρόσβαση σε κάθε πληροφορία ή στοιχείο του τηλεπικοινωνιακού απορρήτου (ν. 2225/1994) επιτρέπεται στις περιπτώσεις κατά τις οποίες αποτυπώνεται και τεκμηριώνεται η αντικειμενική υπόσταση κακούργηματος.». Τούτο σημαίνει ότι η διάταξη του άρθρου 34 παρ. 1 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας διαμορφώνεται εφεξής ως ακολούθως:

«Άρθρο 34. - Εξουσίες εισαγγελέα οικονομικού εγκλήματος. 1. Οι εισαγγελικοί λειτουργοί της παρ. 1 του άρθρου 33 έχουν, εφόσον τηρείται η αρχή της αναλογικότητας, πρόσβαση σε κάθε πληροφορία ή στοιχείο που είναι χρήσιμο για την άσκηση του έργου τους, μη υποκείμενοι στους περιορισμούς της νομοθεσίας περί φορολογικού, τραπεζικού, χρηματιστηριακού και κάθε άλλου απορρήτου, με την εξαίρεση του δικηγορικού (άρθρο 39 παρ. 1 του ν. 4194/2013), καθώς και σε κάθε

μορφής αρχείο δημόσιας αρχής ή οργανισμού που τηρεί και επεξεργάζεται δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα, σύμφωνα με ισχύοντες κανόνες ιχνηλασιμότητας. Ειδικώς η πρόσβαση σε κάθε πληροφορία ή στοιχείο του τηλεπικοινωνιακού απορρήτου (ν. 2225/1994) επιτρέπεται στις περιπτώσεις κατά τις οποίες αποτυπώνεται και τεκμηριώνεται η αντικειμενική υπόσταση κακούργηματος».

Σχετικά με την εξέλιξη αυτή παρατηρούνται τα ακόλουθα.

1. Στο άρθρο 19 του Συντάγματος ορίζονται τα εξής: «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 ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων. 2... 3. Απαγορεύεται η χρήση αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί κατά παράβαση του άρθρου αυτού και των άρθρων 9 και 9Α».

Παρατηρείται, κατ' αρχάς, ότι στην διάταξη αυτή δεν περιέχεται η, συνήθης σε άλλες συνταγματικές διατάξεις που θεσπίζουν ατομικά δικαιώματα, επιφύλαξη, ότι το δικαίωμα, το οποίο κατοχυρώνει, ασκείται ως ο νόμος ορίζει, αλλά αντίθετα ρητώς ορίζεται ότι είναι απόλυτα απαραβίαστο. Η μόνη περίπτωση για την οποία επιτρέπει το Σύνταγμα την άρση του απορρήτου, άρση η οποία έχει αυτονόητες και σοβαρότατες συνέπειες για την άσκηση των ατομικών ελευθεριών των πολιτών (προστασία του απορρήτου των επικοινωνιών τους, του ιδιωτικού τους βίου, της ανάπτυξης ελευθέρου φρονήματος και της προσωπικότητας τους κ.ά.) είναι, σε ό,τι αφορά ειδικότερα τις άρσεις για την καταπολέμηση των ποινικών αδικημάτων, «η διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών αδικημάτων». Ενόψει των αυστηρών και emphaticών αυτών διατυπώσεων του συνταγματικού κειμένου ο νομοθέτης επιτρέπεται να προβλέψει τη δυνατότητα της δικαστικής εξουσίας να διατάξει την άρση του απορρήτου των επικοινωνιών μόνο για την διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων. Για να μπορεί δε να ελεγχθεί από την δικαστική

εξουσία αν το αδίκημα για το οποίο επιχειρείται η άρση του απορρήτου είναι όντως «ιδιαιτέρως σοβαρό» καθώς και αν τηρείται η συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 τελευταίο εδάφιο), απαιτείται στην διάταξη, με την οποία προβλέπονται οι περιπτώσεις για τις οποίες επιτρέπεται η άρση, να προσδιορίζονται επακριβώς και εξατομικευμένα τα επιμέρους αδικήματα, για τα οποία επιτρέπεται να επιχειρηθεί αυτή η τόσο σημαντική επέμβαση στον ιδιωτικό βίο του θιγόμενου προσώπου. Γενικές περιγραφές, ή περιγραφές με βάση «οικογένειες» αδικημάτων δεν πληρούν τις προαναφερθείσες προϋποθέσεις.

2. Προς την πιο πάνω κατεύθυνση στοιχεί και η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) σχετικά με το άρθρο 8 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ) «Δικαίωμα σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής». Σύμβαση η οποία, ως γνωστόν, έχει υπέρτερη τυπική ισχύ εκείνης του τυπικού νόμου. Όπως έχει πολλάκις κριθεί [ενδεικτικά α) IORDACHI AND OTHERS v. MOLDOVA, απόφαση της 10.02.2009- παράγραφος 44, β) SZABÓ AND VISSY v. HUNGARY, απόφαση της 12.01.2016- παράγραφος 17, γ) ROMAN ZAKHAROV v. RUSSIA, απόφαση της 04.12.2015- παράγραφοι 231, 243, 244, δ) KENNEDY v. THE UNITED KINGDOM, απόφαση της 18.05.2010- παράγραφος 159] ο νόμος ο οποίος προβλέπει την άρση του απορρήτου των επικοινωνιών πρέπει να είναι εξειδικευμένος και σαφής σε ό,τι αφορά τον προσδιορισμό των αδικημάτων για τα οποία χορηγείται η δυνατότητα της άρσης αυτής. Αν ο νόμος είναι γενικόλογος σε ό,τι αφορά τις προϋποθέσεις άρσης του απορρήτου, τότε δεν έχει την απαιτούμενη σαφήνεια και προβλεψιμότητα που επιβάλλεται να έχει ένας κανόνας δικαίου για να θεωρηθεί ως νόμος θεμιτά περιορίζων δικαίωμα κατοχυρούμενο από την Σύμβαση, σύμφωνα με την πιο πάνω αλλά και την γενικότερη νομολογία του ΕΔΔΑ την σχετική με την προστασία των ατομικών δικαιωμάτων. Περαιτέρω, ένας τέτοιος νόμος δεν είναι συμβατός με την αρχή της ασφαλείας του δικαίου, που αποτελεί βασική αρχή του εννοίας του κράτους δικαίου.

3. Με βάση τις αρχές αυτές πορεύτηκε, εξ άλλου, μέχρι σήμερα και ο έλληνας νομοθέτης. Συγκεκριμένα με τον εκτελεστικό του άρθρου 19 του Συντάγματος νόμο, ήτοι το νόμο 2225/1994 «Για την προστασία της ελευθερίας και ανταπόκρισης και επικοινωνίας και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ 121Α) προβλέφθηκε αναλυτικός κατάλογος συγκεκριμένων αδικημάτων, με παραπομπή μάλιστα σε συγκεκριμένες διατάξεις των νομοθετημάτων, με τα οποία θεσμοθετήθηκαν τα αδικήματα αυτά για τα οποία επιτρέπεται να προβούν οι οικείες εισαγγελικές αρχές στην άρση του απορρήτου (άρθρο 4). Μάλιστα ο κατάλογος αυτός ενημερώνεται συνεχώς με νέα αδικήματα, πάντοτε όμως προσδιοριζόμενα με τρόπο εξατομικευμένο. Σε αυτά δε περιλαμβάνονται και πολλά για τα οποία θα είχαν ενδεχομένως αρμοδιότητα οι οικονομικοί εισαγγελείς του άρθρου 33 παρ. 1 του Κώδικα της Ποινικής Δικονομίας.

4. Με βάση τα προεκτεθέντα η επίμαχη διάταξη του άρθρου 43 του νόμου 4640/2019, η οποία χορηγεί στους οικονομικούς εισαγγελείς την αρμοδιότητα να ζητήσουν, σύμφωνα με τις διαδικαστικές προϋποθέσεις του ως άνω νόμου 2225/1994, την άρση του απορρήτου των επικοινωνιών για «κακουργήματα» τα οποία δεν προσδιορίζονται ούτε εξειδικεύονται περαιτέρω είναι πιθανό να προκαλέσει ζητήματα συμβατότητας της διάταξης με το Σύνταγμα, το οποίο περιέχει πολύ αυστηρές ρυθμίσεις σε σχέση με το επίμαχο θέμα καθώς και με την ΕΣΔΑ. Το πρόβλημα παραμένει ακέραιο, ακόμη και αν γίνει ερμηνευτικά δεκτό ότι με την διάταξη αυτή υπονοούνται μόνο κακουργήματα για τα οποία έχουν ανακριτικές ή διωκτικές αρμοδιότητες οι οικονομικοί εισαγγελείς.

5. Σημειώνεται ότι η ΑΔΑΕ, η οποία είναι η κατά το Σύνταγμα αρμόδια για την προστασία του απορρήτου των επικοινωνιών Ανεξάρτητη Αρχή, ουδέποτε ενημερώθηκε σχετικά με την διάταξη αυτή. Η Ολομέλεια της Αρχής διατυπώνει την ευχή, εφεξής να ενημερώνεται όταν πρόκειται να θεσπιστούν διατάξεις σχετικές με το απόρρητο των επικοινωνιών, έτσι ώστε να της δίνεται η δυνατότητα να ενημερώνει την Πολιτεία πληρέστερα και σφαιρικά, πριν η τελευταία επιλέξει κυριαρχικά τι

τελικώς θα αποφασίσει.