



7
119
Αθήνα, 17.07.2002

ΑΠ: 1287

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΔΕΔΟΜΕΝΩΝ
ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ ΧΑΡΑΚΤΗΡΑ

Ταχ. Δ/ση: ΟΜΗΡΟΥ 8
105 64 ΑΘΗΝΑ
ΤΗΛ.: 33.52.604-605
FAX: 33.52.617

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ ΑΡ. 83 / 2002

Η Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα, συνήλθε μετά από πρόσκληση του Προέδρου της σε τακτική συνεδρίαση την Δευτέρα 1η Ιουλίου 2002 και ώρα 10:00 π.μ. στο κατάστημά της αποτελούμενη από τον κ. Κ. Δαφέρμο, Πρόεδρο, και τους κ.κ. Σ. Λύτρα, Ν. Αλιβιζάτο, Ε. Κιουντούζη, Α. Παπαχρίστου και Β. Παπαπετρόπουλο, μέλη. Παρούσα χωρίς δικαίωμα ψήφου ήταν και η κ. Κ. Καρβέλη ως γραμματέας.

Επί του 2^{ου} θέματος της ημερήσιας διάταξης, ο κ. Ν. Αλιβιζάτος, τον οποίο ο Πρόεδρος είχε ορίσει εισηγητή, αφού παρουσίασε πτυχές της χρήσης παράνομα συλλεγέντων αποδεικτικών μέσων από τα μέσα ενημέρωσης και ενώπιον των δικαστηρίων, πρότεινε η Αρχή να υιοθετήσει γνωμοδότηση για τροποποίηση του άρθρου 370Α ΠΚ ενόψει του αναθεωρηθέντος άρθρου 19 του Συντάγματος και του ν.2472/1997. Επακολούθησε διεξοδική συζήτηση και

σύμφωνα με το άρθρο 19§1 περ. θ ν.2472/1997, η Αρχή εξέδωσε ομοφώνως την ακόλουθη

Γ Ν Ω Μ Ο Δ Ο Τ Η Σ Η

1. Την Αρχή έχει απασχολήσει επανειλημμένα η επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, τα οποία έχουν συλλεγεί παράνομα, είτε με παραβίαση του απορρήτου της επικοινωνίας των υποκειμένων (υποκλοπές τηλεφωνικών συνδιαλέξεων κ.λπ.), είτε με κρυφή μαγνητοφώνηση ή μαγνητοσκόπηση ιδιωτικών συνομιλιών και άλλων εκδηλώσεων της προσωπικής ζωής τους. Αν και η ισχύουσα νομοθεσία προβλέπει αυστηρές κυρώσεις για τις πράξεις αυτές (άρθρο 370Α § 1 & 2 ΠΚ), οι δράστες μένουν τις περισσότερες φορές ατιμώρητοι, καθώς ο εντοπισμός τους αποδεικνύεται εξαιρετικά δυσχερής. Τουναντίον , σε αρκετές περιπτώσεις, οι υποκλοπές και παράνομες παρακολουθήσεις κατ' ουσίαν ενθαρρύνονται, με την άρση του άδικου χαρακτήρα της χρήσης των δεδομένων που έχουν συλλεγεί παράνομα. Και τούτο, είτε ενώπιον δικαστηρίου από διαδίκους που δεν διστάζουν να μετέλθουν παράνομα μέσα για την προάσπιση των συμφερόντων τους, είτε στα μέσα ενημέρωσης από δημοσιογράφους και παντός είδους «κυνηγούς» κεφαλών και εντυπώσεων.

2. Πράγματι, η §4του αυτού ως άνω άρθρου 370Α ΠΚ ορίζει ότι η χρήση των προϊόντων παράνομης παρακολούθησης, ακόμη και υποκλοπής,

« δεν είναι άδικη αν [...] έγινε ενώπιον δικαστηρίου, ανακριτικής ή άλλης δημόσιας αρχής για τη διαφύλαξη δικαιολογημένου συμφέροντος, που δεν μπορούσε να διαφυλαχθεί διαφορετικά, και ιδίως σε ποινικό δικαστήριο για την υπεράσπιση του κατηγορουμένου και γενικά, αν η χρήση έγινε για την εκπλήρωση καθήκοντος του



κατηγορουμένου ή για τη διαφύλαξη έννομου ή άλλου δικαιολογημένου ουσιώδους δημοσίου συμφέροντος ».

Την ιδιαιτέρως ευρεία αυτή ρύθμιση – την οποία επέκρινε ως «κερκόπορτα» σύσσωμη η θεωρία – εισήγαγε η §9 εδ. β' του άρθρου 33 ν.2172/1993, η οποία αντικατέστησε την εκ διαμέτρου αντίθετη διάταξη της §2 του άρθρου 31 ν.1941/1991 :

« Η επίκληση και προσαγωγή ενώπιον οποιουδήποτε ποινικού δικαστηρίου, ανακριτικής ή δημόσιας αρχής των αποτυπώσεων που παρήχθησαν κατά παράβαση [των σχετικών απαγορεύσεων] είναι απαράδεκτη ».

3. Αναλόγου περιεχομένου – αν και πιο περιοριστικές – είναι οι αντίστοιχες δικονομικές ρυθμίσεις. Έτσι, η §2 του άρθρου 177 ΚΠΔ – η οποία καθιερώνει την αρχή της ηθικής απόδειξης – έτσι όπως προστέθηκε με την §7 του άρθρου 2 ν.2408/1996 ορίζει :

« Αποδεικτικά μέσα, που έχουν αποκτηθεί με αξιόπινες πράξεις ή μέσω αυτών, δεν λαμβάνονται υπόψη για τη κήρυξη ενοχής, την επιβολή ποινής ή τη λήψη μέτρων καταναγκασμού, εκτός εάν πρόκειται για κακουργήματα που απειλούνται με την ποινή ισόβιας κάθειρξης και εκδοθεί για το ζήτημα αυτό ειδικά αιτιολογημένη απόφαση του δικαστηρίου. Μόνη η ποινική όμως δίωξη των υπαιτίων των πράξεων αυτών δεν εμποδίζει την πρόοδο της δίκης ».

Όσο για τον ΚΠολΔ, το άρθρο 444 εξομοιώνει με « ιδιωτικά έγγραφα » (βλ. άρθρο 443 ΚΠολΔ), τις « φωτογραφικές ή κινηματογραφικές αναπαραστάσεις, φωνοληψίες και κάθε άλλη μηχανική απεικόνιση». Ωστόσο, ο αυτός ως άνω ν.2172/1993 (άρθρο 31§1) κατήργησε το ακόλουθο εδάφιο, που ο ν.1941/1991 (άρθρο 31§3) είχε προσθέσει στο άρθρο αυτό :

« Η επίκληση και προσαγωγή των αναπαραστάσεων, φωνοληψιών και απεικονίσεων αυτών είναι απαράδεκτη, αν δεν αποδεικνύεται ότι έγινε με συναίνεση του προσώπου, κατά του οποίου προσάγονται, εκτός, αν πρόκειται για πράξεις ή δηλώσεις που έγιναν δημόσια ».

4. Η ρευστότητα των ως άνω ρυθμίσεων αποτυπώθηκε στη σχετική νομολογία, η οποία, έως τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001,



παρέμεινε αντιφατική. Έτσι, σε πολιτική υπόθεση που είχε αχθεί ενώπιον της, η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου με περισπούδαστη απόφαση έκρινε ομοφώνως ότι, ενόψει των άρθρων 2§1 και 9§1 και 19 του Συντάγματος και του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ, είναι αθέμιτη η χρήση μαγνητοφωνημένης συνομιλίας που έγινε χωρίς τη συναίνεση του ενός συνομιλητή * διότι, όπως απεφάνθη, « η απονομή της δικαιοσύνης δεν πρέπει να γίνεται έναντι οποιουδήποτε τιμήματος » (ΑΠ (Ολ) 1 /2001).Απεναντίας, σε άλλη υπόθεση, το ποινικό τμήμα του Αρείου Πάγου έκρινε με αφορμή την τέλεση πλημμελήματος ότι η απαγόρευση της αθέμιτης μαγνητοσκόπησης δεν αφορά

« πράξεις ή εκδηλώσεις [προσώπων], οι οποίες, ανεξάρτητα από τον τόπο και τον χρόνο που γίνονται, δεν ανάγονται στη σφαίρα της προσωπικής και ιδιωτικής ζωής τους, αλλά πραγματοποιούνται στα πλαίσια των ανατιθεμένων σε αυτούς υπηρεσιακών καθηκόντων και κατά την εκτέλεση τούτων, η οποία ως εκ του τρόπου πραγματοποιήσεως της και της φύσεως και του είδους των εκπληρουμένων καθηκόντων, υπόκειται σε δημόσιο έλεγχο και κριτική »(ΑΠ(Ε' Τμ.)1317/2001(σε Συμβούλιο).

5. Με την συνταγματική αναθεώρηση του 2001 τα δεδομένα του προβλήματος άλλαξαν άρδην : Εν πρώτοις, παρά τις επιφυλάξεις ορισμένων βουλευτών για τον απόλυτο χαρακτήρα της απαγόρευσης η νέα §3 του άρθρου 19 Σ. όρισε ότι η « χρήση αποδεικτικών μέσων που έχουν αποκτηθεί κατά παράβαση του άρθρου αυτού και των άρθρων 9 και 9^α » απαγορεύεται. Εξάλλου, το άρθρο 9^α κατοχύρωσε συνταγματικά την προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Υπ' αυτές τις συνθήκες, η Αρχή, στην αποστολή της οποίας ανήκει κατά νόμο, η εποπτεία εφαρμογής όχι μόνον του ιδρυτικού της ν.2472/1997, αλλά και κάθε άλλης ρύθμισης για την προστασία του από την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα (άρθρο 19§1 ν.2472/1997), γνωμοδοτεί ότι οι ως άνω διατάξεις του ΠΚ, του ΚΠΔ και του ΚποΛΔ θα πρέπει να τροποποιηθούν ως εξής :



Α'

Άρθρο 370Α ΠΚ

6. Η §4 του άρθρου 370Α ΠΚ να αντικατασταθεί ως ακολούθως :
- « Η επίκληση και προσαγωγή ενώπιον οποιουδήποτε ποινικού δικαστηρίου, ανακριτικής ή δημόσιας αρχής των αποτυπώσεων που παρήχθησαν κατά παράβαση των § 1 & 2 του παρόντος άρθρου είναι απαράδεκτη ».

Β'

Άρθρο 177 ΚΠΔ

7. Η §2 του άρθρου 177 ΚΠΔ να αντικατασταθεί ως ακολούθως :
- « Αποδεικτικά μέσα, που έχουν αποκτηθεί με αξιόποινες πράξεις ή μέσω αυτών, δεν λαμβάνονται υπόψη για την κήρυξη ενοχής, την επιβολή ποινής ή τη λήψη μέτρων καταναγκασμού ».

Γ'

Άρθρο 444 ΚποΛΔ

8. Στο τέλος του άρθρου 444 ΚποΛΔ να προστεθεί το ακόλουθο άρθρο :
- « Η επίκληση και προσαγωγή των αναπαραστάσεων, φωνοληψιών και απεικονίσεων αυτών είναι απαράδεκτη, αν δεν αποδεικνύεται ότι έγινε με συναίνεση του προσώπου, κατά του οποίου προσάγονται, εκτός αν πρόκειται για πράξεις ή δηλώσεις που έγιναν δημόσια ».

Τονίζεται, εν προκειμένω, ότι στην ποινική δίκη, ακρέες περιπτώσεις όπου η χρήση παράνομης αποκτηθέντων αποδεικτικών εμφανίζεται ως ο μόνος τρόπος επίτευξης γνώσης της ουσιαστικής αλήθειας, που επιδιώκει πάντοτε ο ποινικός δικαστής, μπορεί να αντιμετωπισθεί με τη χρήση των γενικών διατάξεων του Ποινικού Κώδικα, των σχετικών με την άρση του άδικου



χαρακτήρα της πράξης και του αποκλεισμού του καταλογισμού. Έτσι π.χ. όταν η πράξη έγινε για ενάσκηση του δικαιώματος υπεράσπισης του κατηγορουμένου ο άδικος χαρακτήρας της αποκλείεται σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 20 ΠΚ σε συνδυασμό με τις διατάξεις του ΚΠΔ, της ΕΣΔΑ και του Συντάγματος που αναγνωρίζουν στον κατηγορούμενο το δικαίωμα υπεράσπισης ενώπιον του δικαστηρίου. Επίσης, ο υφιστάμενος εκβίαση (ΠΚ 386) μπορεί να χρησιμοποιήσει το παραπάνω αποδεικτικό μέσο επικαλούμενος, αν κατηγορηθεί σχετικά, ότι βρισκόταν σε άμυνα (ΠΚ 22). Το ίδιο μπορεί να γίνει σε περίπτωση κατάστασης ανάγκης κ.λπ. (25, 32 ΠΚ).

Έτσι καθίσταται σαφές ότι δεν είναι απαραίτητη η εισαγωγή εξαιρέσεων στις ως άνω προτεινόμενες διατάξεις είτε είναι αυτές ουσιαστικές (370Α ΠΚ 0 είτε είναι δικονομικές (177 ΚΠΔ, 444 ΚπολΔ), εξαιρέσεις οι οποίες είναι βέβαιο ότι θα αποδυναμώσουν τις αντίστοιχες κύριες ρυθμίσεις ιδρύοντας πιθανές « νέες κερκόπορτες ».

Ανεξαρτήτως, όμως, όλων των παραπάνω η διάταξη της παραγράφου 4 του άρθρου 370Α Π.Κ. φαίνεται, να έχει καταργηθεί και από το άρθρο 6 του ν.2713/1999 « Υπηρεσία εσωτερικών υποθέσεων ΕΛ.ΑΣ. » και από το άρθρο 6 του ν.2928/2001 που αναφέρεται στη δίωξη του οργανωμένου εγκλήματος.

Πράγματι, και η Αρχή περιορίζεται στον τελευταίο νόμο, τα ίδια, όμως ισχύουν και για τον ν.2713/1999, - σε περίπτωση δίωξης για πράξεις οργανωμένου εγκλήματος (τρομοκρατικές, ναρκωτικά κ.λπ.) επιτρέπεται μόνο κατ' εξαίρεση η έρευνα να περιλαμβάνει, μεταξύ των άλλων, και την διενέργεια καταγραφής δραστηριότητας ή άλλων γεγονότων εκτός κατοικίας με συσκευές ήχου ή εικόνας ή με άλλα ειδικά τεχνικά μέσα, με την τήρηση των ίδιων εγγυήσεων και διαδικασιών, όπως ορίζεται στην παράγραφο 4 του άρθρου 6 του ν.2713/1999. Από την τελευταία αυτή διάταξη συνάγεται ότι για τα εγκλήματα του νόμου αυτού επιτρέπεται κατά τη διάρκεια της προανάκρισής η καταγραφή των σχετικών πράξεων με συσκευές ήχου ή εικόνας και η νόμιμη χρησιμοποίησή τους ως αποδεικτικών στοιχείων μόνον μετά από απόφαση του αρμοδίου Συμβουλίου Εφετών. Μετά από πρόταση του Εισαγγελέα, μόνο σε εξαιρετικά επείγουσες περιπτώσεις, η σχετική έρευνα μπορεί να γίνει χωρίς τη διαμεσολάβηση του Δικαστικού Συμβουλίου, αλλά και πάλι μόνο με διαταγή

του Εισαγγελέα ή του ανακριτή οι οποίοι είναι υπόχρεοι να εισαγάγουν το ζήτημα στο αρμόδιο δικαστικό συμβούλιο εντός τριών ημερών.

Είναι τόσο αυστηρός ο νόμος σχετικά με τις γνώσεις που αποκτήθηκαν από την εξαιρετική δυνατότητα χρησιμοποίησης μηχανημάτων ήχου και εικόνας, ώστε στην παράγραφο 4 του άρθρου 6 του ν.2928/2001 ορίζεται ότι κάθε στοιχείο ή γνώση που αποκτήθηκε κατά τη διενέργεια των ανακριτικών πράξεων αυτών (μεταξύ των άλλων από καταγραφές με συσκευές ήχου και εικόνας) μπορεί να χρησιμοποιηθεί μόνο για τους λόγους που όρισε το δικαστικό συμβούλιο. Κατ' εξαίρεση μόνο επιτρέπεται οι γνώσεις που αποκτήθηκαν με τον τρόπο αυτό να χρησιμοποιηθούν για τη βεβαίωση εγκλήματος, τη σύλληψη δραστών ή την εξάρθρωση άλλης εγκληματικής οργάνωσης, εφόσον το δικαστικό συμβούλιο αποφανθεί ειδικώς περί αυτού.

Μετά από τις παραπάνω αυστηρές προϋποθέσεις που θεσπίζονται για τη χρησιμοποίηση του αποδεικτικού μέσου της μυστικής χρησιμοποίησης συσκευών ήχου ή / και εικόνας για την αποτύπωση εγκληματικών ενεργειών υψίστης κοινωνικής απαξίας (τρομοκρατία, εμπορία ναρκωτικών κ.λπ.) θα ήταν εντελώς παράλογο να συζητείται ότι εξακολουθεί να ισχύει η προγενέστερη διάταξη της §4 του άρθρου 370Α του ΠΚ.

Διότι, αν αυτό ήταν το σωστό (και εξακολουθούσε να ισχύει η διάταξη), τότε κάθε κατηγορούμενος για παραβίαση του απορρήτου επιστολών, τηλεφωνημάτων, ιδιωτικών συνομιλιών κ.λπ. θα μπορούσε να χρησιμοποιήσει το αποδεικτικό υλικό στα δικαστήρια, ισχυριζόμενος ότι π.χ. προέβη στην πράξη για τη διαφύλαξη εννόμου δικαιολογημένου ουσιώδους δημοσίου συμφέροντος και σκοπού, οπότε σύμφωνα με το 370Α§4 η πράξη του αυτή δεν είναι άδικη. Αλλά τότε, για ποιο σκοπό θεσπίσθηκαν - και μάλιστα με πολύ θόρυβο και αντιρρήσεις - οι προαναφερθείσες διατάξεις των νόμων 2713/1999 και 2928/2001 ; Για να αποδυναμώσουν τη δύναμή της ανακριτικής αρχής στη διερεύνηση της ομαδικής εγκληματικότητας; Δεδομένου ότι, αν οι νέες διατάξεις δεν υπήρχαν, σε κάθε περίπτωση δικαστικής διερεύνησης των προβλεπόμενων απ' αυτές εγκληματικών ενεργειών ο ανακριτής ή ο προανακριτικός υπάλληλος ο οποίος θα χρησιμοποιούσε το μέσο της χωρίς γνώση του κατηγορουμένου υποκλοπής ήχου ή εικόνας, δεν θα διέπραττε άδικη πράξη, αφού η υποκλοπή θα είχε γίνει και για την εκπλήρωση του καθήκοντος του κατηγορουμένου (προανακριτικού

υπαλλήλου ή ανακριτή) να βεβαιώσει το έγκλημα, αλλά και για να διαφυλάξει το δικαιολογημένο δημόσιο συμφέρον της δημόσιας τάξης.

Τέλος θα ήταν παράλογο σε μία έννομη τάξη να απαγορεύεται στα αρμόδια όργανα του κράτους να χρησιμοποιούν για διερεύνηση των εγκλημάτων τέτοιου είδους αποδεικτικά μέσα, ενώ αντιθέτως, να τα επιτρέπουν σε ιδιώτες, όταν αυτοί επικαλούνται διαφύλαξη οποιοδήποτε έννομου συμφέροντος ή άλλου καθήκοντος (π.χ. δημοσιογραφικό καθήκον διερεύνησης της αλήθειας γεγονότος).

Ο Πρόεδρος

Κωνσταντίνος Δαφέρμος
Επιτ. Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου