

Ασφάλεια ηλεκτρονικών επικοινωνιών: Απορρύθμιση ή Υπερρύθμιση;

Σκοπός της παρούσας εισήγησης είναι αφενός η εξέταση της συνήθους αιτιάσεως ότι το πρόβλημα της ασφάλειας των ηλεκτρονικών επικοινωνιών στην Ελλάδα έγκειται στην απουσία κατάλληλου αυστηρού νομικού πλαισίου με προστατευτικά μέτρα και κυρώσεις για την παράλειψη τήρησής τους και αφετέρου ο προβληματισμός για τις βαθύτερες ρίζες του ζητήματος. Δεδομένων ιδίως των ορίων που θέτει η κατάσταση, το θέμα δεν πρόκειται να εξετασθεί διεξοδικά, αλλά *ενδεικτικά*, με βάση δύο κρίσιμα «παραδείγματα εργασίας»:

- Το πρόβλημα του προσδιορισμού των μέτρων που θα πρέπει να λάβει ο πάροχος του δικτύου για την ασφάλεια της επικοινωνίας των μερών *έναντι τρίτων* (και της συνακόλουθης ευθύνης του για μη τήρηση των μέτρων αυτών) –παρακάτω 1. και
- Το πρόβλημα της οριοθέτησης του απορρήτου της επικοινωνίας των μερών *ανάμεσά τους* –παρακάτω 2.

1. Μέτρα ασφαλείας των δεδομένων στα δίκτυα έναντι τρίτων

1.1. Ένταξη του ζητήματος στο γενικό δίκαιο των προσωπικών δεδομένων: Όπως κάθε νόμιμη επεξεργασία των προσωπικών δεδομένων, έτσι και η επεξεργασία τους στα ηλεκτρονικά δίκτυα θα πρέπει να εξασφαλίζει το απόρρητό τους έναντι κάθε τρίτου πλην των επικοινωνούντων μερών, αποστολέα και λήπτη, τ.ε. υποκειμένου και υπεύθυνου της επεξεργασίας (άρθρο 10 ν.2472/ 1997= Οδ.95/ 46). Προς κατοχύρωση της αρχής του απορρήτου, ο υπεύθυνος της επεξεργασίας οφείλει να ακολουθεί "συγκεκριμένη πολιτική ασφαλείας (security policy)", περιλαμβάνουσα συγκεκριμένα μέτρα ασφαλείας. Κατά το γενικό δίκαιο της Οδ.95/ 46 τα μέτρα αυτά θα πρέπει να είναι ανάλογα προς τους κινδύνους που εγκυμονεί η "φύση της επεξεργασίας και η φύση των προς επεξεργασίαν δεδομένων".

1.2. Η ειδική κοινοτική ρύθμιση: Ειδικώς «για την προστασία της ιδιωτικής ζωής στις ηλεκτρονικές επικοινωνίες» η Οδ. 02/ 58 και δη το άρθρ.4 αυτής επιβεβαιώνει μεν ότι οι φορείς εκμετάλλευσης τηλεπικοινωνιών, αλλά και των δημοσίων δικτύων οφείλουν να λαμβάνουν τα ενδεδειγμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα για να προστατεύεται η ασφάλεια των υπηρεσιών τους. Από την άλλη όμως πλευρά –και σε αντίθεση προς το γενικό δίκαιο της ιδιωτικής σφαίρας- φαίνεται να περιορίζει τα ως εκ τούτου καθήκοντα του προμηθευτή σε απλά καθήκοντα ενημέρωσης και όχι μέτρα προστασίας, καθώς δεν εξαρτά το επιτασσόμενο επίπεδο ασφαλείας στο δίκτυο από το είδος των δεδομένων που διακινούνται διαμέσου αυτού, αλλά μόνον από τους υφισταμένους κινδύνους («τα μέτρα θα πρέπει να είναι ανάλογα με τον υπάρχοντα κίνδυνο»). Δεδομένου όμως ότι οι τελευταίοι δεν είναι πάντοτε οι ίδιοι, αλλά εξαρτώνται από τα δεδομένα που θα επιλέξουν να υποβάλλουν στο δίκτυο οι χρήστες, η σχετική ρύθμιση πιθανόν να σημαίνει μόνον ότι οι μεσάζοντες φορείς οφείλουν να ενημερώνουν τους χρήστες για τον κίνδυνο που διατρέχουν (άρθρ.4§§1-2 Οδ.02/ 58).

Αυτό το νόημα φαίνεται να προσδίδει στο ασαφές γράμμα του άρθρ.4 §1 Οδ.02/ 58 και η αυθεντική βούληση του ίδιου του κοινοτικού νομοθέτη της, ο οποίος στη σκέψη (20) του προοιμίου αυτής αναφέρει ως υποχρεώσεις του παρόχου του δικτύου μόνον την "δωρεάν" "ενημέρωση των χρηστών σχετικά με τους υφιστάμενους κινδύνους που δεν αντιμετωπίζονται με μέτρα που δύναται να λάβει ο πάροχος", καθώς και με τα μέτρα ασφαλείας που μπορούν οι ίδιοι οι χρήστες να λαμβάνουν για την ασφάλεια των επικοινωνιών τους! Έτσι παραμένει ζητούμενο αν ο πάροχος οφείλει να λάμβάνει κάθε δυνατό μέτρο για την ασφάλεια του δικτύου, ακόμη κι αν κάτι τέτοιο θα υπερπολλαπλασίαζε το κόστος της σύνδεσης με το δίκτυο. Η -δυστυχώς μάλλον αυτονόητη- αρνητική απάντηση φαίνεται να επιβάλλεται και από το γράμμα του άρθρ.4 §1β Οδ.02/58 (βλ. και το άρθρ.12 §1β του σχετικού νομοσχεδίου), που ορίζει ότι θα πρέπει να "λαμβάνονται υπ' όψιν οι πρόσφατες (ήτοι οι εκάστοτε υφιστάμενες) τεχνικές δυνατότητες και το κόστος" εφαρμογής τους.

Συμπερασματικά, αν διαλέξει κανείς "φθηνό" πάροχο υπηρεσιών δικτύου, δεν δικαιούται "ακριβά" μέτρα ασφαλείας. Με άλλα λόγια, το κόστος των μέτρων ασφαλείας βαρύνει σε τελική ανάλυση τον συνδρομητή, ο οποίος, έστω και προσφέροντας το ποσόν που του αναλογεί, δεν μπορεί να υποχρεώσει τον πάροχο να τα αυξήσει, αφού κάτι τέτοιο εξαρτάται φυσικά και από τους υπόλοιπους συνδρομητές. Υπό το πρίσμα αυτό η κοινοτική ρύθμιση φαίνεται να επιβάλλει στον πάροχο μόνον την υποχρέωση ενημέρωσης του πελάτη του.¹

1.3. Το ανεύθυνο του παρόχου για αμέλεια κατά το κοινοτικό δίκαιο και η θέση του εθνικού νομοθέτη: Αποκλείεται άραγε από το άρθρ.4 §1 Οδ.02/ 58 η λήψη μέτρων ασφαλείας πέρα από την υποχρέωση ενημέρωσης του πελάτη, ακόμη κι αν αυτά υπαγορεύονται από τη διέπουσα τις συναλλαγές κοινή λογική; Ο εθνικός νομοθέτης (άρθρ.71§4 ν.3431/ 2006) φαίνεται να απαντά θετικά, καθώς επιρρίπτει στον τηλεπικοινωνιακό πάροχο την ευθύνη για κάθε ζημία του χρήστη οφειλόμενη σε ελαττωματική ή ελλιπή κατασκευή του δικτύου ή των εγκαταστάσεών του. Στο κοινοτικό δίκαιο όμως τα πράγματα είναι περιπλοκότερα: Το άρθρ.15 Οδ.00/ 31= 14 π.δ.131/ 2003 επιτάσσει μεν την έλλειψη γενικής υποχρέωσης ελέγχου του παρόχου προς ασφαλείαν του δικτύου, αλλά η διάταξη αυτή "δεν εφαρμόζεται σε θέματα που καλύπτονται από την Οδ.97/ 66" (άρθρ.1 §5β Οδ.00/ 31= άρθρ.20 π.δ.131/ 2003) Οδ.02/ 58². Ως προφανής ratio της εξαίρεσης αυτής θα πρέπει να εκληφθεί η προστασία της ασφάλειας των δεδομένων στα δίκτυα κι όχι η μείωσή της. Τούτο άλλωστε υπαγορεύεται και από τη ρήτρα ελάχιστης προστασίας του υποκειμένου των δεδομένων στην Οδ.95/ 46, καθώς κι από την Σ 9Α. Ενόψει της τελευταίας αυτής παρατήρησης θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι τόσο το άρθρ.4 Οδ.02/ 58, όσο και το άρθρ.15 Οδ.00/ 31 φαίνεται μεν να αρνούνται οποιαδήποτε ex lege υποχρέωση

¹ Κατά τα λοιπά το ζήτημα της έκτασης της απαιτούμενης ενημέρωσης του πελάτη είναι γενικότερο - ήδη περιώνυμο- σύγχρονο πρόβλημα του όλου επαγγελματικού δικαίου δεν παραλλάσσει ποιοτικώς στην προκείμενη περίπτωση, γι' αυτό και δεν θα απασχολήσει ειδικώς την παρούσα εισήγηση. Ο γράφων αρκείται να επισημάνει τις τρεις εναλλακτικές λύσεις, με τα αυτονόητα μειονεκτήματά τους: "μεγάλη" (πλήρης μη ζητηθείσα) ενημέρωση, "μικρή" ενημέρωση (μόνον επί υποβληθεισών ερωτήσεων) και ενδιάμεση. Η πρώτη εκδοχή είναι υπερβολικά επαχθής για τον επαγγελματία, που καλείται να μεταβληθεί σε προσωπικό πανεπιστημιακό δάσκαλο του πελάτη του. η δεύτερη είναι σκληρή και λογικώς πρωθύστερη για τον πελάτη, που καλείται να γνωρίζει εκ των προτέρων αυτό για το οποίο έχει ανάγκη να ενημερωθεί (!), οι ενδιάμεσες είναι ποικίλες και αόριστες, όλες δε πιθανότατα εξίσου αυθαίρετες, αφού το "αντικειμενικό" στατιστικό κριτήριο του συνήθως συμβαινόντος δεν έχει θέση σε μια σωστή επαγγελματική ενημέρωση.

² Ως αντικαταστατική της Οδ.97/ 66 στην οποία αναφέρεται το κείμενο της ρύθμισης.

προστασίας του χρήστη, πέρα από την υποχρέωση προς ενημέρωσή του, αλλά δεν αποκλείουν πάντως το καθήκον λήψης εκείνων τουλάχιστον των μέτρων που η παράλειψή τους θα καταντούσε πλέον εξώφθαλμη, τ.ε. βαρεία αμέλεια.³

1.4. Ειδικώς το καθήκον εγκατάστασης λογισμικού άρσης του απορρήτου κατ' άρθρ.6 §1 π.δ.47/ 2005; Μολαταύτα πριν από την επικείμενη ενσωμάτωση της παραπάνω κοινοτικής ρύθμισης το άρθρ.6 §1 π.δ.47/ 2005 είχε ήδη επιβάλει στον πάροχο τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών την υποχρέωση να αναπτύξει ή να προμηθευθεί λογισμικό άρσεως του απορρήτου των συνδιαλέξεων, διαμέσου του οποίου και οφείλει να άρει το απόρρητο εντός τριών ωρών από την παραγγελία της "αρμόδιας αρχής" (άρθρ.8 π.δ.47/ 2005). Η νομοθετική αυτή επιταγή διαφοροποιείται πιθανότατα προς το κοινοτικό δίκαιο (άρθρ.4 Οδ.02/ 58 και 15 Οδ.00/ 31), που αποκλείει κάθε υποχρέωση δραστήριας αναζήτησης του παρανόμου περιεχομένου των ηλεκτρονικών επικοινωνιών ή οποιαδήποτε άλλη, πέρα από την υποχρέωση ενημέρωσης του πελάτη. Όμοια γεννάται εύλογος προβληματισμός της σχέσης του άρθρ.6 §1 π.δ.47/ 2005 προς την ΠΚ 370Α §6, διάταξη τυπικού νόμου, ανωτέρου τυπικού κύρους έναντι του άρθρ.6 π.δ.47/ 2005 (η οποία και κολάζει την εμπορική διάθεση προϊόντων ή υπηρεσιών παρακολούθησης συνδιαλέξεων), αλλά και προς την ίδια τη Σ 19, η οποία, απαγορεύοντας την προσβολή του απορρήτου των επικοινωνιών, αποκλείει κάθε διακινδύνευσή της, πολλώ δε μάλλον κάθε νομοθετική επιβολή μιας τέτοιας διακυβεύσεως.

Από την άλλη πλευρά γεννάται το ερώτημα αν το άρθρ.8 π.δ.47/ 2005 επιτρέπει στον τηλεπικοινωνιακό πάροχο να καθυστερήσει να άρει το απόρρητο της ύποπτης επικοινωνίας επί τρεις ώρες, ακόμη κι αν άλλως ορίζει η σχετική δικαστική παραγγελία.

2. Ασφάλεια της ηλεκτρονικής επικοινωνίας απέναντι στον αποδέκτη της:

Αναφορικά τώρα με το μέτρο κατοχύρωσης της ηλεκτρονικής επικοινωνίας απέναντι σε τυχόν υποκλοπή-μαγνητοφώνησή της από τον ίδιο τον αποδέκτη της, το άρθρ.5§2 Οδ.02/ 58 επιτρέπει την αποθήκευση της επικοινωνίας από τον αποδέκτη της στο μέτρο που αυτό δικαιολογείται από την ανάγκη δικονομικής αποδεικτικής κατοχύρωσής του ως προς το γεγονός της προς αυτόν δήλωσης: "Η παράγραφος 1 δεν επηρεάζει οποιαδήποτε επιτρεπόμενη από το νόμο καταγραφή συνδιαλέξεων όταν πραγματοποιούνται κατά τη διάρκεια νόμιμης επαγγελματικής πρακτικής με σκοπό την παροχή αποδεικτικών στοιχείων μιας επαγγελματικής συναλλαγής ή οποιασδήποτε άλλης επικοινωνίας επαγγελματικού χαρακτήρα." Η ρύθμιση αυτή θα υπαγορευόταν και από το γενικό άρθρ.5 §2α, δ ν.2472/ 1997 σε συνδυασμό με την επιταγή για επίδειξη έγγραφου σ' εκείνον που έχει έννομο συμφέρον επί το περιεχόμενό του (ΑΚ 902, ΚΠολΔ 450 επ.), δηλαδή από την αξίωση που έτσι κι αλλιώς θα είχε ο αποδέκτης κατά του αποστολέως, αν ο αποστολέας κρατούσε στα χέρια του το έγγραφο της προς τον αποδέκτη δήλωσής του.⁴

Μολαταύτα η εν λόγω ρύθμιση της οδηγίας τελεί υπό την επιφύλαξη του εσωτερικού δικαίου: «Η παράγραφος 1 δεν επηρεάζει οποιαδήποτε επιτρεπόμενη από τον [σ.σ.: εσωτερικό] νόμο καταγραφή συνδιαλέξεων». Όμως τόσο το άρθρ.4§3 του πρόσφατου νομοσχεδίου για την ασφάλεια των προσωπικών δεδομένων στις ηλεκτρονικές

³ Για το ζήτημα βλ. αναλυτικά Χριστοδούλου ΔιΜΕΕ 2004, 235 επ.

⁴ Την ίδια προβληματική καθώς και την επισήμανση ότι τούτο απορρέει από την κατά κανόνα υπεροχή της Σ 20 έναντι της Σ 9Α (που περιέχει επιφύλαξη νόμου) βλ. παραπάνω α)αα).

επικοινωνίες, νομοσχεδίου προσαρμογής στην Οδ.02/ 58, όσο και το προϋφιστάμενο αυτής εθνικό ποινικό δίκαιο (ΠΚ 370Α§2β) απαγορεύουν αυστηρότατα την εκ μέρους του επικοινωνούντος μαγνητοφώνηση των συνομιλιών του χωρίς την συγκατάθεση του συνομιλητή του, ενώ η πρόσφατη Σ 19§3 φαίνεται να τροποποιεί επί το ακόμῃ αυστηρότερο⁵ την μέχρι πρό τινος προβλεπόμενη εξαίρεση των ΠΚ 370Α§§3-4, όταν ο μαγνητοφωνών δεν μπορούσε να αποδείξει διαφορετικά την αθωότητά του. Τούτο, καθώς η Σ 19§3 απαγορεύει συλλήβδην κάθε αποδεικτικό μέσο που αποκτήθηκε παρά το απόρρητο της επικοινωνίας και της ιδιωτικής σφαίρας.

2.1. Εναρμόνιση προς το κοινοτικό δίκαιο: Αυτό το πλέγμα απαγορεύσεων, το αυστηρότερο της Ευρώπης⁶ δεν στερείται ωστόσο προβλημάτων, συνυφασμένων πιθανότατα με τον υπερπροστατευτικό χαρακτήρα του. Πρώτ' απ' όλα παρίσταται εξαιρετικά αμφίβολη η εξουσία του εθνικού νομοθέτη της προσαρμογής στο άρθρ.5 §2 Οδ.02/ 58 να εισαγάγει (στο άρθρ.4 §§2-3 ΝΑΗΛΕπ) ρύθμιση ολότελα αντίθετη προς το δίκαιο της οδηγίας. Τούτο, τόσο ως εκ της ελλείψεως ρήτρας ελάχιστης προστασίας του υποκειμένου αναφορικά με τις ρυθμίσεις της οδηγίας, όσο και επειδή -αυτονόητα- η σύγκρουση προς την οδηγία δεν συνιστά φυσικά ενσωμάτωσή της.

Βεβαίως το άρθρ.5 §2 Οδ.02/ 58 παραπέμπει μεν στο εσωτερικό δίκαιο, αφού αναφέρεται στην "επιτρεπόμενη από το νόμο καταγραφή των τηλεφωνικών συνδιαλέξεων", όμως η (εκ πρώτης όψεως ταυτολογική) αυτή διατύπωση δεν μπορεί βέβαια να σημαίνει ότι η συμμόρφωση προς την οδηγία αφήνεται στην ελεύθερη κρίση του εσωτερικού νομοθέτη. Απλώς επιφυλάσσεται στο εσωτερικό δίκαιο η δυνατότητα απαγόρευσης συγκεκριμένων ειδικών περιπτώσεων ηχογράφησης συνομιλιών, χωρίς να θίγεται πάντως ο πυρήνας της κοινοτικής ρύθμισης του άρθρ.5 §2 Οδ.02/ 58, ήτοι η δυνατότητα καταγραφής των συνομιλιών από τον επικοινωνούντα για αποδεικτικούς λόγους, ακόμῃ και χωρίς τη συγκατάθεση του άλλου μέρους. Τούτο, αφού ο νομοθέτης της Οδ.02/ 58 όρισε σε ποιές περιπτώσεις προσαπαιτεί και τη συγκατάθεση του υποκειμένου για την επεξεργασία των δεδομένων του στα δίκτυα, αποκλεισμένης κατ' αρχήν της επίτασης της προστασίας του στα δίκτυα, ελλείπει ρήτρας ελάχιστης προστασίας.

Η ίδια λύση επιβάλλεται –όπως ἤδη αναφέρθηκε- αν λάβει κανείς υπ' όψιν του και το γενικό δίκαιο της προσωπικής σφαίρας: Η επεξεργασία-καταγραφή των προσωπικών δεδομένων του συνομιλητή επιτρέπεται και χωρίς την συναίνεσή του, αν υπαγορεύεται από λόγους δικαστικής προστασίας υπερτέρων εννόμων συμφερόντων σύμφωνα με το άρθρ.5§2 ν.2472/ 1997, άρθρ.13§1ζ.

Το άρθρ.5 §2 Οδ.02/ 58 φαίνεται να περιορίζει τη νομιμότητα της δικτυακής επεξεργασίας χωρίς συγκατάθεση στα επαγγελματικά προσωπικά δεδομένα για αποδεικτικούς λόγους. Όμως και των μη περιουσιακού χαρακτήρα επικοινωνιών επιβάλλεται η αποδεικτική κατοχύρωση, στο μέτρο που αυτές δεν ευρίσκονται στον ελεύθερο δικαίου χώρο, το δε άρθρ.5 §2α, δ ν.2472/ 1997 και η ΑΚ 902 σκοπούν να κατοχυρώσουν και αυτών την απόδειξη. Όντως η αντίθετη λύση θα οδηγούσε σε οξύμωρο, αφού οι μεν επαγγελματικές-εμπορικές συναλλαγές θα κατοχυρώνονταν με (ηλεκτρονικά) έγγραφα, μολοντί μπορούν ν' αποδειχθούν και δια μαρτύρων (ΚΠολΔ 394 §1δ), οι δε αστικές μη επαγγελματικές συναλλαγές θα απαγορευόταν να

⁵ Πριν το 1991 η νμλγ υπέρ του παραδεκτού ΑΠ 60/ 69 ΝοΒ 1969, 562 επ., 673/ 83 Δ 1983, 445 επ., ΑΠ 381/ 87 ΝοΒ 1988, 563-564 ΕφΑθ 7758/ 1990 Δ 1991, 139 (παρακολούθηση με ντετέκτιβ), ΕφΑθ 3081/ 85 Δ 1985, 521 επ.

⁶ Βλ. α.ά. Τζ. Ηλιοπούλου-Στράγγα, Χρήση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων και δικαίωμα υπεράσπισης του κατηγορουμένου (2003), σ.91

αποδειχθούν με (ηλεκτρονικά) έγγραφα, μολονότι δεν μπορούν ν' αποδειχθούν και δια μαρτύρων (ΚΠολΔ 393 §1).

Άλλωστε σε τελευταία ανάλυση σε τι θα διέφερε ως επεξεργασία των προσωπικών δεδομένων του διαδικού η μαρτυρική κατάθεση από οποιοδήποτε προσαγόμενο (ηλεκτρονικό ή χάρτινο) έγγραφο; Αυτονόητο ότι αν απαγορευόταν οποιαδήποτε απόδειξη (ακόμη και η μαρτυρική) για τις μη περιουσιακές έννομες σχέσεις, τότε το κράτος δικαίου θα αργούσε γι' αυτές. Εννοείται ότι και ο αποδέκτης του μηνύματος θα πρέπει να ενημερώνει το υποκείμενο για το σκοπό της επεξεργασίας των δεδομένων του (μολονότι η Οδ.02/ 58 δεν περιέχει τέτοια ρύθμιση) σύμφωνα με τα γενικώς κρατούντα (άρθρ.11 ν.2472/ 1997: δικαίωμα ενημέρωσης του υποκειμένου).

Συμπερασματικά θα μπορούσε να διαπιστωθεί ότι η σύμφωνη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του εσωτερικού δικαίου θα υπαγόρευε το επιτρεπτό της αποθήκευσης του περιεχομένου οποιασδήποτε νομικά σημαντικής επικοινωνίας από τον αποδέκτη της για αποδεικτικούς σκοπούς, τεκμαιρομένου πάντως e contrario ότι δηλώσεις μη αφορώσες περιουσιακές έννομες σχέσεις έχουν εν αμφιβολία χαρακτήρα όχι νομικά δεσμευτικό⁷ και άρα δεν υφίσταται έννομο συμφέρον προς απόδειξίν τους.

2.2. Σύμφωνη προς το (υπόλοιπο) Σύνταγμα ερμηνεία: Υπό το ίδιο πρίσμα η φαινομενικώς άτεγκτη απαγόρευση της Σ 19 §3 αμβλύνεται, αφού παραπέμπει στη ρύθμιση της Σ 9Α (και της Σ 19 §1), που με τη σειρά της εξαρτάται από την ήδη εκτεθείσα ρύθμιση του άρθρ.5§2α του εκτελεστικού αυτής ν.2472/ 1997.⁸ Με την έννοια αυτή η έκταση της απαγόρευσης της καταγραφής φαίνεται να απόκειται στη στάθμιση της αξίας του επιδίκου αντικειμένου προς την (κατά κανόνα) ηθική αξία που διακυβεύεται από την προσβολή του απορρήτου των προσωπικών δεδομένων του συνομιλητή.⁹ Τούτο, καθώς η στάθμιση της βαρύτητας των διαζευκτικώς επαπειλούμενων παραβάσεων ή αγαθών φαίνεται να αποτελεί το έσχατο μέσο άρσεως της συγκρούσεως των αντιστοίχων κανόνων δικαίου, αναφαίρετο μεθοδολογικό (και άρα προνομιοθετικό) "εργαλείο" του ερμηνευτή σε κάθε τέτοια περίπτωση. Υπό την ίδια αυτή θα μπορούσε εύλογα να υποστηριχθεί ότι -κατ' αρχήν τουλάχιστον- το δικαίωμα έννομης προστασίας (Σ 20) θα προηγείται αυτού της προσωπικής σφαίρας (Σ 9Α), αφού σε τελευταία ανάλυση χωρίς δικαστική λειτουργία και κράτος δικαίου δεν θα προστατεύονταν ούτε και τα προσωπικά δεδομένα.

2.3. Συστηματική ερμηνεία ενόψει της ΠΚ 370 Α: Ομοίως σχετική φαίνεται η απαγόρευση των υποκλοπών η οποία θεσπίζεται από το πλέγμα των ΠΚ 370 Α §§2α,β, 3-4. Πράγματι, ενώ η καταγραφή συνομιλίας από τρίτον κολάζεται μόνον όταν γίνεται "αθέμιτα", ο ίδιος ο συνομιλητής φαίνεται να τιμωρείται σε κάθε περίπτωση που αποτολμά να καταγράψει όσα αυτοβούλως και απευθείας του εμπιστεύεται ο άλλος, στο μέτρο που το γράμμα του β' εδαφίου της §1 της ΠΚ 370 Α δεν διακρίνει! Η πρόδηλη αυτή ανισότητα επιβάλλει -a fortiori μάλιστα- το να ερμηνευθεί το εν λόγω β' εδάφιο της ΠΚ 370 Α §1 ενόψει του αμέσως προηγούμενου αυτού α' εδαφίου, προς το οποίο άλλωστε και συνέχεται νοηματικά, ώστε να

⁷ Κανόνας που γίνεται άλλωστε και γενικότερα δεκτός, βλ. α.ά. Σταθόπουλο ΓενΕνΔ⁴ §2, αρ.39.

⁸ Αν αναλογισθεί κανείς ότι και ο (προ)εκτελεστικός ν.2472/ 1997 θα πρέπει κι αυτός να κήδεται του όλου Συντάγματος και άρα και της πρώτης παραπεμπτικής Σ 19 §3, τότε η συνταγματική γενναιοδωρία σε διεξοδικές ρυθμίσεις μοιάζει να προσλαμβάνει διαστάσεις φαύλου κύκλου. Για το ζήτημα των εννόμων συνεπειών, των ρυθμιστικών στόχων και της φύσεως των συνταγματικών διατάξεων (κατευθυντήριες, *leges perfectae*, *imperfectae*, *plus quam perfectae* κ.λ.π.) βλ. α.ά. ...

⁹ Για την ανάλυση της Σ 19 §3 βλ. Στράγγα, ό.π., Χριστοδούλου, Ηλεκτρονικά έγγραφα και ηλεκτρονική δικαιοπραξία (2001), σελ.35.

διώκονται μόνον οι "αθέμιτες" ηχογραφήσεις του συνομιλητή και όχι λοιπόν και όσες υπαγορεύονται από εύλογο έννομο συμφέρον (με την έννοια της ΑΚ 901). Η συσταλτική αυτή pro geo συστηματική ερμηνεία της ΠΚ 370 Α §1β δικαιολογείται όχι μόνον από την αρχή της ισότητας, αλλά και από την αρχή nullum crimen sine lege stricta (αλλά και certa). Άλλωστε σύμφωνα με την ΠΚ 370 Α §4 ακόμη και οι ηχογραφήσεις παραμένουν ατιμώρητες, αν χρησιμοποιηθούν σε δίκη ως τα μόνα υπάρχοντα αποδεικτικά μέσα.

2.4. Τελολογική προσέγγιση: Περαιτέρω, προσεγγίζοντας κανείς τελολογικώς το συγκεκριμένο ζήτημα (επιτρεπτό της καταγραφής των τηλεφωνικών δηλώσεων εκ μέρους του αποδέκτη τους) αναρωτιέται εύλογα σε τι διαφέρει ουσιαστικώς η λαθραία μαγνητοφώνηση του συνομιλητή από τη λαθραία ωτακουστία, που θα μπορεί να εξελιχθεί σε παραδεκτή μαρτυρική κατάθεση: Η έλλειψη ενσωμάτωσης της τηλεφωνικής δήλωσης σε αρχείο αντικειμενικώς προσβάσιμο σε όλους, δηλ. η έλλειψη της αναγκαίας και ικανής προϋπόθεσης υπαγωγής στην ειδική νομοθετική προστασία των προσωπικών δεδομένων σημαίνει πρακτικώς τη μειωμένη αποδεικτική δύναμη (ΚΠολΔ 444 αρ.3, 443 εν σχέσει προς ΚΠολΔ 340), αλλά και αξιοπιστία του παραδεκτού αποδεικτικού μέσου (της μαρτυρίας) έναντι του απαραδέκτου (μηχανικής απεικόνισης-ηχοληψίας). Άραγε αυτός ήταν ο στόχος του νομοθέτη της ιδιωτικής σφαίρας, να επιτρέψει μεν την γνωστική πρόσβαση στα δεδομένα του υποκειμένου, αλλά ταυτόχρονα να συντηρήσει αμφιβολίες, τ.ε. να αποκλείσει τον αναίρετικό έλεγχο της ορθότητας της δικανικής διαπίστωσης των δεδομένων αυτών;

Εξάλλου, προκειμένου για την καταγραφή των τηλεφωνικών δηλώσεων εκ μέρους εκείνου στον οποίο απευθύνονται, αναρωτιέται εύλογα κανείς αν είναι σύμφωνο με την αρχή της καλής πίστης (τ.ε. με την απαιτούμενη ευθύτητα και εντιμότητα στις συναλλαγές) το να εμποδίζει κανείς τον συνομιλητή του να καταγράψει τις δηλώσεις που απευθύνονται σ' αυτόν, μόνο και μόνο για να μπορεί να αρνείται εκ των υστέρων όσα ο ίδιος του δήλωσε, υπαναχωρώντας κατ' αυτόν τον τρόπο ακόμη και από νομικώς δεσμευτικές δηλώσεις του.

2.5. Συνοψίζοντας και ενόψει όλων των παραπάνω επιχειρημάτων φαίνεται κατά μείζονα λόγο νόμιμη η καταγραφή του περιεχομένου της συνδιαλέξεως από τον ένα συνομιλητή, όταν αυτό επιβάλλεται από θεμιτή ανάγκη δικαστικής προάσπισης των δικαιωμάτων του, ιδίως την απόδειξη των γεγονότων που τα στηρίζουν. Το βάρος της απόδειξης του θεμιτού της ηχοληψίας αποτελεί λεπτομερειακό θέμα, που δεν θα μας απασχολήσει εκτενώς στην παρούσα εισήγηση, διαφοροποιούμενο άλλωστε ανάλογα με τις ιδιαιτερότητες των εκάστοτε σκοπούμενων εννόμων σχέσεων (π.χ. pro geo στις ποινικές κ.ά.).

Από την έκθεση των παραπάνω δυσχερέστατων νομικών προβλημάτων θα μπορούσε να κανείς να καταλήξει σε δύο πρόχειρα **συμπεράσματα**. Πρώτ' απ' όλα τα περισσότερα νομικά διλήμματα της ασφάλειας των ηλεκτρονικών επικοινωνιών γεννώνται από τη σύγκρουση ενός πλήθους αντιθέτων εν πολλοίς διατάξεων, εθνικών, κοινοτικών, συνταγματικών κ.ά, οι οποίες τείνουν πλέον να σχηματίσουν ένα νομοθετικό παλίμψηστο, χωρίς ορατές αξιολογήσεις και κριτήρια ιεράρχησης ανάμεσα στα εκατέρωθεν συγκρουόμενα συμφέροντα, ιδίως ανάμεσα στην κατοχύρωση της ιδιωτικής σφαίρας και σ' άλλα αντίρροπα αιτήματα, π.χ. το δικαίωμα δικαστικής προστασίας, την επιταγή για ουδετερότητα της πολιτείας απέναντι στις διάφορες πολιτικές και λογισμικά –μεγαλύτερης ή μικρότερης-

ασφαλείας ως εμπορικά προϊόντα (cryptoproducts) των διαφόρων ανταγωνιστών της τηλεπικοινωνιακής αγοράς κ.ο.κ. Η στάθμιση ανάμεσά τους δεν μπορεί παρά να ανταποκρίνεται κατ' αρχήν στις ανωτέρου τυπικού κύρους επιταγές της έννομής μας τάξης, το συνταγματικό και το κοινοτικό δίκαιο. Μια τέτοια στάθμιση όμως ούτε ευχερής είναι, ούτε ίσως έχει οδηγηθεί σε αποκρυσταλλωμένα συμπεράσματα στο επιστημονικό πεδίο. Κι έτσι η πολιτεία αναγκάζεται να φέρει τις αναπόφευκτες συνέπειες της νομοθετικής επέμβασης σε άλυτα ακόμη επιστημονικά ζητήματα.