



# Ποινική Δικαιοσύνη

ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ & ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ - ΘΕΩΡΙΑ & ΠΡΑΞΗ

ΕΤΟΣ 2013/ΤΕΥΧΟΣ 12

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΑ - ΧΡΙΣΤΙΝΑ  
Π. ΛΑΧΑΝΑ

υπ. ΔΝ ΑΠΘ, ΜΔΕ Ποινικών &  
Εγκληματολογικών Επιστημών ΑΠΘ

QUOD AB INITIO NON  
VALET, IN TRACTU TEMPORIS  
NON CONVALESCIT:  
ΝΟΜΙΚΗ ΘΕΜΕΛΙΩΣΗ  
ΤΗΣ ΑΣΥΜΒΑΤΟΤΗΤΑΣ  
ΤΗΣ ΟΔΗΓΙΑΣ 2006/24/ΕΚ  
ΠΡΟΣ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 8 ΤΗΣ ΕΣΔΑ  
ΜΕ ΑΝΑΓΩΓΗ  
ΣΤΑ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΑ  
ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΑ (STARE  
DECISIS) ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ  
ΤΟΥ ΣΤΡΑΣΒΟΥΡΓΟΥ



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

ΑΝΑΤΥΠΟ

nbonline.gr

ΨΗΦΙΑΚΗ ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ



ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΑ - ΧΡΙΣΤΙΝΑ Π. ΛΑΧΑΝΑ  
υπ. ΔΝ ΑΠΘ, ΜΔΕ Ποινικών & Εγκληματολογικών Επιστημών ΑΠΘ

QUOD AB INITIO NON VALET, IN TRACTU  
TEMPORIS NON CONVALESCIT: ΝΟΜΙΚΗ  
ΘΕΜΕΛΙΩΣΗ ΤΗΣ ΑΣΥΜΒΑΤΟΤΗΤΑΣ  
ΤΗΣ ΟΔΗΓΙΑΣ 2006/24/ΕΚ ΠΡΟΣ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 8  
ΤΗΣ ΕΣΔΑ ΜΕ ΑΝΑΓΩΓΗ ΣΤΑ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΑ  
ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΑ (STARE DECISIS)  
ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΤΟΥ ΣΤΡΑΣΒΟΥΡΓΟΥ

Ανάτυπο από την «ΠΟΙΝΙΚΗ ΔΙΚΑΙΟΣΥΝΗ»  
Τεύχος 12 / Έτος 2013



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ ΑΕΒΕ  
Μαυρομικάλη 23, 106 80 Αθήνα • Τηλ.: 210 3678 800 • Fax: 210 3678 819  
<http://www.nb.org> • e-mail: [info@nb.org](mailto:info@nb.org)



# Quod ab initio non valet, in tractu temporis non convalescit: Νομική θεμελίωση της ασυμβατότητας της Οδηγίας 2006/24/ΕΚ προς το άρθρο 8 της ΕΣΔΑ με αναγωγή στα νομολογιακά προηγούμενα (stare decisis) του Δικαστηρίου του Στρασβούργου\*

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΑΣ-ΧΡΙΣΤΙΝΑΣ Π. ΛΑΧΑΝΑ, υπ. ΔΝ ΑΠΘ, ΜΔΕ Ποινικών & Εγκληματολογικών Επιστημών ΑΠΘ

*Το επίκεντρο ανάπτυξης της παρούσας μελέτης περιστρέφεται γύρω από την τεκμηρίωση της ασυμφωνίας της Οδηγίας 2006/24/ΕΚ σχετικά με την υποχρεωτική προληπτική διατήρηση των τηλεπικοινωνιακών δεδομένων για εγκληματοκατασταλτικούς σκοπούς προς το άρθρο 8 ΕΣΔΑ, εξαιτίας της μη πλήρωσης των τασσόμενων από τη δεύτερη παράγραφο του ίδιου άρθρου κριτηρίων. Με μεθοδολογική πυξίδα/οδηγό τα στάδια μέσα από τα οποία διέρχεται η εκδίπλωση του ελεγκτικού αξιολογικού διαβήματος στο οποίο υποβάλλεται από τους δικαστές του ΕΔΔΑ η νομιμότητα των εθνικών περιοριστικών μέτρων, αντλούνται προς τούτο αναλογικά επιχειρήματα από τις πάγιες ερμηνευτικές παραδοχές του Δικαστηρίου στο περιθώριο ιδίως της νομολογίας αναφορικά με τις ειδικές ανακριτικές μεθόδους που άπτονται των τηλεπικοινωνιακών παρακολούθησεων και υποκλοπών.*

*The focal point of the present contribution revolves around the corroboration of the EU Data Retention Directive's incongruence with the article 8 ECHR, owing to its' noncompliance with the requirements enshrined in the second paragraph of the latter and prescribed by the Strasbourg Court for the legitimization of state interferences with the right to private life. With the standard, tripartite evaluation approach employed by the Strasbourg judges when assessing a possible violation of article 8 ECHR serving as a guiding methodological compass, some more concrete insights are gleaned by drawing analogous arguments to the settled interpretative principles which are applied by the constellation of judgments pronounced in the context of special investigation techniques, most notably those involving covert surveillance measures as well as the interception of telecommunications (stare decisis). With an ECJ preliminary ruling pending on the Directive's constitutionality, the corresponding, stormy and unfettered EU-wide academic debate remains all the more stimulating and it is the aspiration of the following analysis to place it on a more informed footing through the demonstration of how the so-called "most privacy invasive instrument ever adopted by the EU" is in breach of the ECHR obligations check, by failing the minimum guarantees review within the democratic necessity test.*

## Αντί προλόγου

Σε επίπεδο ενωσιακής έννομης τάξης και εσωτερικής πολιτικής, ελάχιστες αναληφθείσες δικαιοθετικές πρωτοβουλίες έχουν πυροδοτήσει τόσο σφοδρές επιστημονικές επικρίσεις και θυελλώδεις κοινωνικές διαμαρτυρίες (αντιστρόφως ανάλογης έκτασης μάλιστα των αντίστοιχων κοινοβουλευτικών «αντιστάσεων» οι οποίες εξαντλήθηκαν, εκεί όπου προβλήθηκαν, στον αστερισμό

\* Το αμέσως επόμενο κείμενο αποτελεί εμπλουτισμένη μορφή εισήγησης η οποία παρουσιάστηκε στη Διημερίδα που διοργάνωσε ο Τομέας Ιστορίας, Φιλοσοφίας και Κοινωνιολογίας του Δικαίου του Τμήματος Νομικής ΑΠΘ στις 7-8 Ιουνίου 2013, με θέμα: «Νομικές και Κοινωνικές Προεκτάσεις του Διαδικτύου Σήμερα». Ενημερωτικά, σημειώνεται ως εξέλιξη της τελευταίας στιγμής ότι στις 12.12.2013 κατατέθηκαν οι Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα του ΔΕΕ P. CRUZ VILLALÓN επί των υποθέσεων C-293/12 και C-594/12 (βλ. κατωτ. σημ. 8), οι οποίες συνενώθηκαν με απόφαση του Προέδρου του Δικαστηρίου της 6ης.6.2013 και τελούν υπό συνεκδίκαση. Δεδομένου ότι η κατάθεση των Προτάσεων συνέβη σε χρόνο κατά τον οποίο η δημοσίευση της –συγγραφείσας από τον Μάιο του 2013 και περιληφθείσας και στα υπό έκδοση Πρακτικά του ως άνω Συνεδρίου με επιμ. Ι. Ιγγλεζάκη-μελέτης βρισκόταν «επί του πιεστηρίου», το περιεχόμενό τους δεν έχει ενσωματωθεί στην ανάλυση του κειμένου. Ωστόσο, από την ενδιαφέρουσα επιχειρηματολογία-«καταπέλτη» εναντίον της ουσιαστικής νομιμότητας της Οδηγίας 2006/24/ΕΚ που αναπτύσσει ο

κ. CRUZ VILLALÓN δε θα μπορούσαν παρά να εξαρθούν εδώ, έστω και εντελώς κωδικοποιημένα, τρία σημεία: i) η αναφορά του στην «*διαίτερα κατάφωρη*» επέμβαση στην άσκηση του δικαιώματος του άρθρου 7 ΧΘΔΕΕ που στοιχειοθετείται από τους ευρωπαϊκούς κανόνες για την προληπτική διατήρηση (παρ. 70, 80-η έμφαση στο πρωτότυπο), ii) η τελική διαπίστωσή του υπέρ της ασυμβατότητας της Οδηγίας στο σύνολό της προς το άρθρο 52 παρ. 1 ΧΘΔΕΕ και του άρθρου 6 αυτής προς τα άρθρα 7 και 52 παρ. 1 ΧΘΔΕΕ (παρ. 152, 159), και iii) η εισήγησή του να επιβληθεί δικαστικά η αναστολή των έννομων συνεπειών από την έλλειψη κύρους της Οδηγίας, έως ότου ο ενωσιακός νομοθέτης θεραπεύσει με τη λήψη των κατάλληλων και εντός εύλογου χρόνου θεσπιζόμενων μέτρων, τη διαγνωσθείσα έλλειψη κύρους (σύμφωνα με το άρθρο 264 εδ.β ΣΛΕΕ αναλογικά εφαρμοζόμενου και στις κατά το άρθρο 267 ΣΛΕΕ προδικαστικές παραπομπές, παρ. 154-158). Σοβαρά ερωτηματικά προκαλεί, τέλος, η υποστηριζόμενη άποψη περί της «ηλήρους ανταπόκρισης» της Οδηγίας στις απαιτήσεις του άρθρου 8 παρ. 2 και 3 ΧΘΔΕΕ (παρ.60), καθώς και τα κριτήρια που προτείνονται για τη διάκριση των δικαιωμάτων των άρθρων 7 και 8 ΧΘΔΕΕ ανάλογα με τη «φύση των οικείων δεδομένων», προκειμένου να καταδειχθεί η ανάγκη εξέτασης της νομιμότητας της Οδηγίας μόνο υπό το πρίσμα του άρθρου 7 ΧΘΔΕΕ (παρ. 61-67). Για την –πολλάκις επικριθείσα ως– προβληματική νομολογική προσέγγιση της σχέσης των δύο δικαιωμάτων από το ΔΕΕ, την οποία όχι μόνο απηχούν αλλά και προεκτείνουν οι ανωτέρω εισαγγελικές σκέψεις, βλ. ενδεικτικά σε G.GONZÁLEZ-FUSTER/S.GUTWIRTH, Opening Up Personal Data Protection: A Conceptual Controversy, CLSR 29/2013, 531-539 (537ff.), Id/R.GELLERT, The Fundamental Right of Data Protection in the European Union: In Search of an Uncharted Right, IRLCT 2012, 26:1, 73-82 (76ff.)

της πολιτικής ρητορείας<sup>1</sup>), όσο η *Οδηγία 2006/24/ΕΚ*<sup>2</sup> και η μέσως αυτής εγκαθίδρυση ενός πρωτόγνωρου καθεστώτος καθολικής ηλεκτρονικής παρακολούθησης των Ευρωπαϊκών πολιτών. Η παρούσα μελέτη φιλοδοξεί να συνεισφέρει στο διαμειβόμενο επί ευρωπαϊκού εδάφους ακαδημαϊκό διάλογο με αντικείμενο πραγματεύουσα τη διερεύνηση της νομιμότητας της Οδηγίας αλλά και την κατάρριψη της συμβατότητας της με τις υπερκείμενες ισχύος θεμελιακές αρχές, τους κανονιστικούς άξονες και τους ιδεολογικούς πυλώνες του ευρωπαϊκού αξιακού οικοδομήματος<sup>3</sup>. Σε πλήρη συστράτευση με τις υποστηρικτικές του αιτήματος

για κατάργηση του κοινοτικού νομοθετήματος φωνές, εκκινεί με εφελτήριο τη θέση ότι από τη σκοπιά του δικαιώματος στην προστασία των προσωπικών δεδομένων, ο εξευρωπαϊσμός του κανονιστικού μοντέλου υποχρεωτικής προληπτικής διατήρησης των τηλεπικοινωνιακών δεδομένων για ποινικοκατασταλτικούς σκοπούς τορπιλίζει τις απορρέουσες από το δίκαιο της Ένωσης και της ΕΣΔΑ δικαιοκρατικές εγγυήσεις, υποσκάπτει τις κοινές συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών αλλοιώνοντας τη φυσιογνωμία τους και διαβρώνει τα προτάγματα του ευρωπαϊκού *corpus* προστασίας δεδομένων, καταστρατηγώντας έτσι το θεσμικό κεκτημένο των άρθρων 16 ΣΛΕΕ, 8 ΧΘΔΕΕ και 8 ΕΣΔΑ.

Προς αυτή την κατεύθυνση, επιχειρείται ειδικότερα να τεκμηριωθεί πώς «η μεταβολή παραδείγματος στον τρόπο κοινωνικής πρόσληψης των απόρρητων εξωτερικών στοιχείων της ηλεκτρονικής επικοινωνίας»<sup>4</sup> αλλά και η ποιοτική μετάβαση από τη στοχευμένη και εντοπισμένη σε συγκεκριμένο κύκλο υπόπτων, ηλεκτρονική επιτήρηση προς τη μαζική ψηφιακή παρακολούθηση ευρύτατων πληθυσμιακών ομάδων οι οποίες αντανάκλωνται στο σώμα των ρυθμίσεων της Οδηγίας<sup>5</sup>, αντιβαίνει στη διάταξη του άρθρου 8 ΕΣΔΑ μη πληρώντας τα τασσόμενα από τη δεύτερη παράγραφο του ίδιου άρθρου κριτήρια. Μολονότι ο έλεγχος της νομιμότητας του μέτρου της προληπτικής διατήρησης δεν έχει απασχολήσει ακόμη τους δικαστές του ΕΔΔΑ, εντούτοις είναι εφικτή η άντληση αναλογικών επιχειρημάτων (και συνακόλουθα η εξαγωγή συμπερασμάτων στη βάση του *stare decisis*) από τις πάγιες παραδοχές –ή γενικές αρχές όπως τις χαρακτηρίζει το Δικαστήριο– στο περιθώριο ιδίως της νομολογίας σχετικά με τις ειδικές ανακριτικές μεθόδους που αφορούν στις τηλεπικοινωνιακές

1. Βλ. σκετ. Μ.-Η. ΜΑΡΑΣ, *While the European Union was Sleeping the Data Retention Directive was Passed: The Political Consequences of Mandatory Data Retention*, HRSS 2011, 6:2, 1-30. Για το ότι η ενεργοποίηση της προληπτικής διατήρησης αναδεικνύεται σε σύμπτωμα όχι μόνο δικαιοκρατικής οπισθοδρόμησης αλλά και μιας *δοκιμαζόμενης –τόσο στην εσωτερική όσο και στην υπερεθνική/ενωσιακή βαθμίδα άσκησης δημόσιας εξουσίας– δημοκρατικής διακυβέρνησης και υπολειπομένης των κεντρικών θεσμών της κλασικής αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας*, βλ. σε Κ.-Χ. ΛΑΧΑΝΑ, *Εξερευνώντας διαχρονικά τη μετάβαση από το παρελθόν στο παρόν status της προληπτικής διατήρησης δεδομένων εντός των ευρωπαϊκών δικαιοταξιών*, ΔιΜΕΕ 3/2013, 326-340 (340).
2. Οδηγία 2006/24/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 15ης Μαρτίου 2006 για τη διατήρηση δεδομένων που παράγονται ή υποβάλλονται σε επεξεργασία σε συνάρτηση με την παροχή διαθεσίμων στο κοινό υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών ή δημόσιων δικτύων επικοινωνιών και για την τροποποίηση της Οδηγίας 2002/58/ΕΚ, ΕΕ 2006 L 105/54.
3. Από την εμβριθή βιβλιογραφία, βλ. ενδεικτικά: F.BIGNAMI, *Privacy and Law Enforcement in the European Union: The Data Retention Directive*, CJIL 2007, 8:1, 233-255, S. BLAKENEY, *The Data Retention Directive: Combating Terrorism or Invading Privacy*, CTLR 2007, 13:5, 153-157, P. BREYER, *Telecommunications Data Retention and Human Rights: The Compatibility of Blanket Traffic Data Retention with the ECHR*, ELJ 2005, 11:3, 365-375, L.FEILER, *The Legality of the Data Retention Directive in Light of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection*, EJLT 2010, 1:3, (<http://ejlt.org/article/view/29/75>), E.FURA/ M.KLAMBERG, *The Chilling Effect of Counterterrorism Measures: A Comparative Analysis of Electronic Surveillance Laws in Europe and the USA*, in J. Casadevall/ E. Mayer/ M. O'Boyle (eds.), *Freedom of Expression- Essays in Honour of Nicolas Bratza*, President of the European Court of Human Rights, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2012, pp. 463-481 (466-468), C.GOEMANS/J.DUMORTIER, *Enforcement Issues- Mandatory Retention of Traffic Data in the EU: Possible Impact on Privacy and On-line Anonymity*, in C.Nicoll et al. (eds.), *Digital Anonymity and the Law: Tensions and Dimensions*, IT & Law Series, T.M.C. Asser Press, 2003, pp.161-183, E.KOSTA/P.VALCKE, *Retaining the Data Retention Directive*, CLSR, 22/2006, 370-380 [= Id., *La directive relative à la conservation de données de trafic*, (trad. M.-H. Boulanger), RDTI, 26/2006, 307-327], M.-H. ΜΑΡΑΣ, *From Targeted to Mass Surveillance: Is the EU Data Retention Directive a Necessary or an Unjustified Threat to Privacy?*, in B.Goold/ D. Neyland (eds.), *New Directions in Surveillance and Privacy*, Cullompton: Willan Publishing, 2009, pp. 74-103, L.MITROU, *The Impact of Communications' Data Retention on Fundamental Rights and Democracy-The Case of the EU Data Retention Directive*, in K.Haggerty/ M.Samatas (eds.), *Surveillance and Democracy*, New York: Routledge- Cavendish, 2010, pp. 127-147 (131ff.), N.NI LOIDEAIN, *The EC Data Retention Directive: Legal Implications for Privacy and Data Protection*, in C.Akrivopoulou/ A.Psygkas (eds.), *Personal Data Privacy and Protection in a Surveillance Era- Technologies and Practices*, Information Science Reference, 2011, pp. 256-272, M. VILASAU, *Traffic Data Retention v. Data Protection: The New European Framework*, CTLR 2007, 52-59, R.DERKSEN, *Zur Vereinbarkeit der Richtlinie über die Vorratsspeicherung von Daten*

mit der Europäischen Grundrechtecharta, Deutscher Bundestag, WD 11 – 3000 – 18/11, 25.2.2011, T.PETRI, *Die Richtlinie 2006/24/EG zur Vorratsspeicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten- Ein Problem des europäischen Grundrechtsschutzes*, DuD 2011, 35:9, 607-610, B.RUSTEBERG, *Die EG-Richtlinie zur Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten im System des europäischen Grund- und Menschenrechtsschutzes*, VBIBW 2007, 171-177, Γ.ΠΙΝΑΚΙΔΗ, *Η υποχρεωτική διατήρηση τηλεπικοινωνιακών δεδομένων κατά την Οδηγία 2006/24/ΕΚ αντιμετώπιση με τις εγγυήσεις της ΕΣΔΑ*, ΕΕΕυρΔ, 2/2007, 405-428 και Β.ΣΩΤΗΡΟΠΟΥΛΟΥ/Ζ. ΤΑΛΙΔΟΥ, *Η προληπτική διατήρηση των τηλεπικοινωνιακών δεδομένων για σκοπούς καταπολέμησης του εγκλήματος (Οδηγία 2006/24/ΕΚ)*, ΔιΜΕΕ 2/2006, 181-195.

4. Βλ. σχέδιο ΓνωμIMCO (εισηγήτρια CEDERSCHILD) επί της Πρότασης της Επιτροπής, COM(2005)0438-C6-0293/2005-2005/0182(COD), 8.11.2005, PE 364.929v01-00, σ. 3.
5. Ο πυρήνας της ρυθμιστικής εμβέλειας του κοινοτικού νομοθετήματος συμπυκνώνεται στην επιβολή της δέσμευσης των κρατών μελών για τυποποίηση της υποχρεωτικής προληπτικής φύλαξης των λεγόμενων *εξωτερικών* (: δευτερογενών, προπαρασκευαστικών, συνδετικών) *στοιχείων* της ηλεκτρονικής επικοινωνίας (δηλ. των δεδομένων κίνησης, θέσης και αναγνώρισης όλων των συνδρομητών ή καταχωρημένων χρηστών) που παράγονται ή υποβάλλονται σε επεξεργασία στο πλαίσιο παροχής διαθεσίμων στο κοινό υπηρεσιών όλων των μορφών της ηλεκτρονικής επικοινωνίας (σταθερής και κινητής τηλεφωνίας και Διαδικτύου) για διάστημα από 6 έως 24 μήνες (άρθρο 6), ούτως ώστε να εξασφαλιστεί η εν δυνάμει διαθεσιμότητα των στοιχείων στις δικαστικές αρχές για τους σκοπούς της *διερεύνησης, διαπίστωσης και δίωξης* αξιόποινων πράξεων (άρθρο 1 παρ. 1). Η μεταφορά της Οδηγίας στο ελληνικό δίκαιο έγινε μέσω του Ν 3917/2011 (ΦΕΚ Α' 22/21.2.2011).

ωνιακές παρακολουθήσεις και υποκλοπές<sup>6</sup>. Εκκρεμούσης της απόφασης του ΔΕΕ ως προς την εγκυρότητα ή μη αυτού που εύστοχα χαρακτηρίστηκε ως το «*πιο διεισδυτικό για την ιδιωτικότητα εργαλείο που υιοθετήθηκε στα χρονικά από την ΕΕ*»<sup>7</sup>, η αναρρίπιση του ενδιαφέροντος γύρω από την εν λόγω προβληματική θεωρείται δεδομένη και η επ' αυτής συζήτηση επίκαιρη όσο ποτέ<sup>8</sup>.

Πέρα από τα ασφαλή ερείσματα –αποστάγματα της πολυετούς δικαστηριακής του εμπειρίας– που προσφέρονται από το θεματοφύλακα της ΕΣΔΑ, τη μεθοδολογική ορθότητα της επιλογής για αξιοποίηση της εγγυητικής πλατφόρμας του άρθρου 8 ΕΣΔΑ (εμπλουτισμένη με τις ερμηνευτικές εκλεπτύνσεις στις οποίες την έχει υποβάλλει, εξελίξει και «μεταπλάσει» το Δικαστήριο του Στρασβούργου), επιρρώνουν συμπληρωματικά: *πρώτον*, η ταύτιση της απορρέουσας από τα –ενδεδυμένα με ισχύ πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου<sup>9</sup>– άρθρα 7 και 8 ΧΘΔΕΕ, προστασίας με εκείνη του άρθρου 8 ΕΣΔΑ (τόσο κατά περιεχόμενο όσο και ως προς τη νοηματική της πρόσληψη, σύμφωνα με την οριζόντια διάταξη του άρθρου 52 παρ. 3 ΧΘΔΕΕ<sup>10</sup>), και *δεύτερον*, (: προέκταση του πρώτου) η (σιωπηρά) συναγόμενη από το άρθρο 52 παρ. 3 ΧΘΔΕΕ υποχρέωση για ανάγνωση των γενικά διατυπωμένων στο άρθρο 52 παρ. 1 ΧΘΔΕΕ, προϋποθέσεων θεμελίωσης της νομιμότητας των εθνικών περιοριστικών μέτρων με το δίκαιο της Ένωσης, υπό το φως των αντίστοιχων ειδικών περιορισμών της ευρωπαϊκής Σύμβασης<sup>11</sup>.

6. Επισκόπηση της νομολογίας του ΕΔΔΑ επί των ειδικών ανακριτικών πράξεων που βάλλουν εναντίον του δικαιώματος του άρθρου 8 ΕΣΔΑ, βλ. αντί άλλων σε Τ. MOONEN, *Special Investigation Techniques, Data processing and Privacy Protection in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *Pace Int'l L. Rev. Companion Online* 2010, 1:9, 97ff.
7. Από τον Ευρωπαϊκό Επόπτη Προστασίας Δεδομένων (εφεξής: ΕΕΠΑΠΧ) σε ομιλία του με τίτλο: “The Moment of Truth for the Data Retention Directive”, 3.12.2010, (<http://www.edps.europa.eu>)
8. Κατά το χρόνο συγγραφής της μελέτης είχαν υποβληθεί ενώπιον του ΔΕΕ τρία αιτήματα για έκδοση προδικαστικής απόφασης με αντικείμενο τη διάγνωση του ουσιαστικού κύρους της Οδηγίας, τα δύο από τα ανώτατα δικαστήρια της Ιρλανδίας και της Αυστρίας (C-293/12, 10.8.2012, *Digital Rights Ireland Ltd*, αδημ. και C-594/12, 1.3.2013, *Seitlinger κ.λπ.*, αδημ. αντίστοιχα) και το τρίτο από την αυστριακή ΑΠΑΠΧ (C-46/13, Η., 3.5.2013, αδημ.).
9. Βλ. άρθρο 6 παρ. 1 ΣΕΕ. Για τη δεσμευτικότητα του Χάρτη μετά την έναρξη ισχύος της Συνθήκης της Λισαβώνας, βλ. μεταξύ πάρα πολλών άλλων σε Α. ΓΚΙΖΑΡΗ-ΞΑΝΘΟΠΟΥΛΟΥ, Ο Χάρτης των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ μετά την Συνθήκη της Λισαβώνας, *ΕΕΕυρΔ* 2011, 31:1, 11-18.
10. Με βάση τη ρητή επιταγή του άρθρου 52 παρ. 3 εδ. β' ΧΘΔΕΕ [σε συνδυασμό με την Επεξήγηση επ' αυτής η οποία περιλαμβάνεται στο κείμενο των *Επεξηγήσεων*- ΕΕ 2007 C 303/17 (33)], το κατοχυρωμένο στην ΕΣΔΑ επίπεδο προστασίας ανάγεται στο απολύτως *minimum* αυτής (όπως εξάλλου προκύπτει και από το άρθρο 53 της τελευταίας), με συνέπεια η Ένωση όχι μόνο να μην εμποδίζεται να υπερβεί τούτο το κατώφλι των απώτατων προστατευτικών ορίων που εξασφαλίζονται από την ευρωπαϊκή Σύμβαση, αλλά να ενθαρρύνεται να διευρύνει τις παρεχόμενες εγγυήσεις, πρβλ. Χ. ΡΟΖΑΚΗ, Ο Χάρτης των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο πλέγμα της προστασίας των δικαιωμάτων του ανθρώπου στην Ευρώπη, *ΕΕΕυρΔ* 21/2001, 427-439 (435).
11. Ρητή αποτύπωση της ταύτισης των σύννομων περιορισμών επί των δικαιωμάτων με τους αντίστοιχους που προβλέπονται στην ΕΣΔΑ

Μέσα από το πρίσμα της «*αρχής της ενότητας του ευρωπαϊκού δικαίου των δικαιωμάτων του ανθρώπου*», της διαρκούς σύγκλισης και ομογενοποίησης των κανόνων προστασίας τους εντός του «*πλέγματος της ευρωπαϊκής συμβατικότητας*»<sup>12</sup>, τούτη η κείμενη συμβιωτική συνάρθρωση μεταξύ των κατοχυρωμένων στις δύο υπερεθνικές έννοιες τάξεις δικαιωμάτων αφενός και των επιτρεπόμενων περιορισμών σε βάρος τους αφετέρου αποτυπώνεται, όπως είναι γνωστό, και σε επίπεδο ουσίας. Στο πλαίσιο του *διαλόγου των τριών φωνών που αναπτύσσεται μεταξύ των Ευρωπαϊκών δικαστών* με στόχο την επαύξηση των εγγυήσεων προστασίας της ελευθερίας των πολιτών, το Δικαστήριο του Λουξεμβούργου εκτός του ότι επικαλείται πάγια την ΕΣΔΑ και τα Πρωτόκολλα αυτής ως ουσιαστικό, συμπληρωματικό εργαλείο ελέγχου της νομιμότητας των κανονιστικών παρεμβάσεων σε ζητήματα που άπτονται των θεμελιωδών δικαιωμάτων εντός της δικαιοταξίας της ΕΕ, υιοθετεί κατά βάση την αποκρυσταλλωμένη προσέγγιση του ΕΔΔΑ σε υποθέσεις οι οποίες εμπίπτουν στην εμβέλεια των άρθρων 8-11 ΕΣΔΑ<sup>13</sup>. Διερευνά έτσι σωρευτικά, με ελάχιστες αποκλίσεις<sup>14</sup>, τη συνδρομή των κριτηρίων νομιμο-

ενυπάρχει στις Επεξηγήσεις του Χάρτη, τόσο στο γενικό πλαίσιο του άρθρου 52 παρ. 3 ΧΘΔΕΕ (σ.33) όσο και στο εξειδικευμένο πεδίο του άρθρου 7 ΧΘΔΕΕ (σ. 20).

12. “*bloc de conventionnalité européenne*”, βλ. Π. ΠΑΡΑΡΑ, Το Ευρωπαϊκό Δίκαιο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, ΔτΑ 56/2012, 1131-1190 (1134-1135). Για τον στενότερο όρο «*ευρωπαϊκό πλέγμα συνταγματικότητας*» (“*bloc de constitutionnalité européenne*”) στον τομέα της προστασίας των θεμελιωδών ελευθεριών, βλ. V. MARTENET, L' émergence d' un “*bloc de constitutionnalité*” européen en matière de droits fondamentaux, *SZIER/RSDIE* 2005, 15:2, 281-315.
13. Για την ορατή μεταστροφή που καταγράφεται στη νεότερη (μετά-Λισαβώνας) νομολογία του ΔΕΕ, στην οποία ο Χάρτης είναι πλέον εκείνος που καθίσταται «*σημείο εκκίνησης και αναφοράς*» και η ΕΣΔΑ «*ακολουθεί*» επικουρικά ως πηγή έμπνευσης «*μόνο εάν είναι απαραίτητο*» [ενώ μέχρι πρότινος η τελευταία ανάγονταν σε προνομιακή πηγή άντλησης των δικαιωμάτων της ενωσιακής δικαιοταξίας και καθοδήγησης του κοινοτικού (νυν ενωσιακού) δικαστή], βλ. αντί άλλων στην Αναπόψηση του Προέδρου του ΔΕΕ, Β. ΣΚΟΥΡΗΣ κατά την ανακήρυξη του σε Επίτ. Δρ.Ν. του ΕΚΠΑ, με τίτλο: «*Το δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και ο Χάρτης των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων*», (<http://constitutionalism.gr/ast/cov/41/417SkourisAntifonisiMel.pdf>), σ.4. Για το αντίστροφο και συγχρόνως συμβαίνον, δηλ. την εξύψωση του Χάρτη σε φορέα νομολογιακής εξέλιξης και έμπνευσης του ευρωπαϊκού δικαστή στο πλαίσιο του διαλόγου των δικαιοδοτικών οργάνων σε ευρωπαϊκό επίπεδο, βλ. ιδίως σε Σ.ΜΗΤΣΙΟΠΟΥΛΟΥ, Ο διάλογος μεταξύ των δικαστών: Με αφορμή το Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, *ΤοΣ* 2/2011, 379-406 (386επ., 392επ.).
14. Μικρές έκτασες διαφοροποιήσεις –σε επίπεδο κυρίως χρησιμοποιούμενης φρασεολογίας (λ.χ. επί του αγγλικού κειμένου του ΔΕΕ συνήθως κάνει λόγο για “*predictability*” ενώ το ΕΔΔΑ μετέρχεται τον όρο “*foreseeability*”)– εντοπίζονται στον τρόπο προσέγγισης της *τυπικής νομιμότητας* από τα δύο Δικαστήρια χωρίς βέβαια να επηρεάζεται η συνολική έκβαση της αξιολόγησης των εθνικών ρυθμίσεων, το τελικό αποτέλεσμα της οποίας παραμένει το ίδιο είτε ιδωθεί υπό το ενωσιακό δίκαιο είτε υπό το πρίσμα της Σύμβασης. Επί των παραλλαγών αυτών, πρβλ. τη συγκριτική ανάλυση του Α. WOLTER, *The Quality of Law as a Tool for Judicial Control*, in L.Besselink et al. (eds.), *The Eclipse of The Legality Principle in the European Union*, *Kluwer Law International*, 2010, pp. 99-108. Ελαφρώς εμφανέστερες είναι οι παρεκκλίσεις ως προς τις επιμέρους διατυπώσεις που συνοδεύουν τον έλεγχο της συμφωνίας των εσωτερικών ρυθμίσεων με την *αρχή της αναλογικότητας*. Δεδομένου ότι στο ενωσιακό δίκαιο η τελευταία (στην οποία αναφέρεται το άρθρο 52

ποίησης των επεμβάσεων δημόσιων αρχών στη σφαίρα δράσης των πολιτών (όπως τα κριτήρια διαγράφονται στις δεύτερες παρ.

παρ. 1 ΧΘΔΕΕ) έλκει την καταγωγή της από τη γερμανική συνταγματική παράδοση, υιοθετείται γενικά η εκεί τριχοτομημένη διάκριση των στοιχείων που συναπαρτίζουν την επίμαχη αρχή (*καταλληλότητα/προσφορότητα, αναγκαιότητα και stricto sensu αναλογικότητα*), βλ. ενδεικτικά: υπόθεση C-310/04, *Ισπανία/Συμβούλιο*, 7.9.2006, Συλλ. I-17285, σκ. 97, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-184/02 και C-223/02, *Ισπανία, Φινλανδία/Κοινοβούλιο, Συμβούλιο*, 9.9.2004, Συλλ. I-7789, σκ. 57, υπόθεση C-89/09, *Επιτροπή/Γαλλία*, 16.12.2010, Συλλ. I-12941, σκ. 50 επ.(70, 80, 87), υπόθεση C-577/10, *Επιτροπή/Βέλγιο*, 19.12.2012, αδημ., σκ. 44-45 και υπόθεση C-416/10, *Krizan κ.λπ.*, 15.1.2013, αδημ., σκ. 113-115. Από τη θεωρία, βλ. *γενικά* σε Τ.Ι. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, ELJ 2010, 16:2, 158-185 (165), W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?*, TILC Discussion Paper, 2013, (<http://ssrn.com/abstract=2208567>), Ε.ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ, Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, ΔτΑΤεΣ ΙΙΙ/2005, 167-226, και *ειδικά* σε C.B. TRANBERG, *Proportionality and Data Protection in the Case Law of the European Court of Justice*, IDPL 2011, 1:4, 239-248. Αντίθετα, η σύλληψη της αναλογικότητας στην ευρωπαϊκή Σύμβαση είναι μεν εμπνευσμένη από το γερμανικό δίκαιο πλην όμως δε διαθέτει αμιγώς γερμανικές καταβολές, γεγονός που αποτρέπει την αυτούσια μεταφορά του γερμανικού συνταγματοδικαϊκού δόγματος στην ερμηνεία της ΕΣΔΑ, βλ. T.STEIN, *Proportionality Revisited- Überlegungen zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit im internationalen Recht*, in K. Dicke u.a. (Hrsg.), *Weltinnenrecht- Liber Amicorum Jost Delbrück*, Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 2005, 727-738 και A. RUPP-SWIENTY, *Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, *Europarecht, Völkerrecht*, Bd.59, München: VVF Verlag, 1999, (21: "*Das Verhältnismässigkeit, wie es der Gerichtshof versteht und anwendet, entspricht in seinem Inhalt nicht ganz dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit des deutschen Verwaltungs- und Verfassungsrecht*"). Υπό αυτή την έννοια δεν είναι παράδοξο ότι το ΕΔΔΑ δεν έχει καταλήξει ακόμη σε ένα παρόμοιο τυποποιημένο και *expressis verbis* ορισμένο μοντέλο ελέγχου της αρχής της αναλογικότητας, ο οποίος έλεγχος διεξάγεται *όχι πάντα με αυτόνομο και ευδιάκριτο τρόπο* στο πλαίσιο του τρίτου τεστ της δημοκρατικής αναγκαιότητας. Ωστόσο, τα ερωτήματα που υποβάλλει για τη θεμελίωση της διαγνωστικής του κρίσης και οι αρχές τις οποίες εξετάζει δεν απέχουν ουσιωδώς από την αντίστοιχη μέθοδο που εφαρμόζει το ΔΕΕ προκειμένου να υποβαστάξει την τελική του απόφαση. Για την αρχή της αναλογικότητας στο δίκαιο της ΕΣΔΑ και την ερμηνεία της από το Δικαστήριο, βλ. *γενικά* στις μονογραφίες των S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Brussels: Bruylant and Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2001, P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme- Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005 και Γ. ΠΙΝΑΚΙΔΗ, Η ρήτρα της «Δημοκρατικής Κοινωνίας» στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Κέντρο Ευρωπαϊκού Συνταγματικού Δικαίου, Αθήνα, εκδ. Αντ.Σάκκουλα, 2007. Συγκριτική αντιπαραβολή της νομολογίας των δύο δικαστηρίων στο ειδικό πεδίο του δικαιώματος στην προστασία των προσωπικών δεδομένων, βλ. σε F. BIGNAMI, *The Case for Tolerant Constitutional Patriotism: The Right to Privacy Before the European Courts*, *Cornell Int'l L.J.*, 41/2008, 211 ff.(219ff.) και P. DE HERT/ S. GUTWIRTH, *Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxembourg: Constitutionalisation in Action*, in S. Gutwirth et als. (eds.) *Reinventing Data Protection?*, Netherlands: Springer, 2009, pp. 3-44 (11ff.)

των ως άνω άρθρων και ερμηνεύονται υπό την «κανονιστική αυθεντία»<sup>15</sup> του ΕΔΔΑ, ως κριτήρια που διέπουν την εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου, δεχόμενο ότι κάθε παραβίαση των διατάξεων της ευρωπαϊκής Σύμβασης ισοδυναμεί ταυτόχρονα και με παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας<sup>16</sup>. Τα εν λόγω κριτήρια αναλύονται σε τρία επιμέρους στάδια αξιολόγησης της νομιμότητας λήψης των περιοριστικών μέτρων και περιλαμβάνουν διαδοχικά τον έλεγχο: α) της τυπικής (δημοκρατικής) νομιμότητας/νομιμοποίησης της επέμβασης, β) της ειδικότητας και νομιμότητας του σκοπού και γ) της αναγκαιότητας λήψης του μέτρου σε μία δημοκρατική κοινωνία<sup>17</sup>.

Στην αναδίφηση της ικανοποίησης τούτων των απαιτούμενων νομιμοποιητικών κριτηρίων από πλευράς του υπό συζήτηση μέτρου *όπως ακριβώς καταστρώνεται και τυποποιείται στην Οδηγία 2006/24/ΕΚ*, επικεντρώνεται η ανάλυση που ακολουθεί (υπό ΙΙΙ), αμέσως μετά τη διαπίστωση της ένταξής του στο προστατευτικό κέλυφος του άρθρου 8 ΕΣΔΑ (υπό Ι) και την κατάφαση της στοιχειοθέτησης της «παρέμβασης» κατά την έννοια της δεύτερης παρ. του ίδιου άρθρου (υπό ΙΙ). Επισημαίνεται εκ προοιμίου ότι παρόλο που ο κεντρικός άξονας της μελέτης περιελίσσεται γύρω από την εξέταση της νομιμότητας της Οδηγίας *per se* και ως εκ τούτου θα έπρεπε κανονικά να μην ψηλαφούνται εξαιρούμενα της εφαρμογής της πεδία (όπως είναι κατά κύριο λόγο εκείνο της διαρρύθμισης των όρων της αστυνομικής και δικαστικής πρόσβασης στα δεδομένα<sup>18</sup>) εντούτοις, όπως θα φανεί και στη συνέχεια, δεν καθίσταται πάντα εφικτή η αποσύνδεση από εμπύπνοντα στην κυριαρχική νομοπαραγωγική δικαιοδοσία των κρατών μελών ζητήματα. Όπου λοιπόν κρίνεται αναγκαίο παρατίθεται, δίκην ολοκληρωμένης αξιολόγησης, ειδική μνεία και σε εκτός των χαρτογραφημένων από το κοινοτικό πρότυπο ορίων.

## Ι. Υπαγωγή της ρυθμιστέας ύλης της Οδηγίας 2006/24/ΕΚ στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 8 ΕΣΔΑ

Το πρώτο ερώτημα που εγείρεται αφορά στο εάν η διενεργούμενη από τους παρόχους με τη μορφή της προληπτικής συγκομιδής

15. "*autorité normative*", βλ. E.DUBOUT/S.TOUZE, *La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques*, in E.Dubout/S.Touze (Dir.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris: Pedone, 2009, pp.11-35(35) και Π.ΠΑΡΑΡΑ, *ό.π.*, 1133.
16. Πρβλ. υποθέσεις C-92/09 και C-93/09, *Volker und Markus Schecke και Eifert*, 9.11.2010, Συλλ. I-11063, σκ. 52, 56επ., υπόθεση C-400/10, *PPU, J.McB.*, 5.10.2010, Συλλ. I-8965, σκ. 53επ., συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-465/00, C-138/01 και C-139/01, *Österreichischer Rundfunk κ.λπ.*, 20.5.2003, Συλλ. I-4989, σκ. 73επ. (91).
17. Τα κριτήρια νομολογήθηκαν από το ΕΔΔΑ στα μέσα της δεκαετίας του '80 [βλ. αποφάσεις *Silver κ.α. κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, (nos. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25.3.1983, σκ.86-88), *Malone κατά Ηνωμένου Βασιλείου* (no. 8691/79, 2.8.1984, σκ.67)] και εμπλουτίστηκαν στη συνέχεια με τη δικαιοπλαστική ισχύ της νομολογίας, από τη θεωρία, βλ. εκτός από τους συγγραφείς της σημ.14 και I.CAMERON, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, 5<sup>th</sup> ed., Uppsala: Iustus Förlag, 2006, pp.107 ff.
18. Βλ. άρθρο 4 σε συνδυασμό με υπ' αριθμ. 25 στοιχ. του Προοιμίου της Οδηγίας.



και αποθήκευσης επεξεργασία των εξωτερικών στοιχείων της ηλεκτρονικής επικοινωνίας διέρχεται την πύλη εισόδου του άρθρου 8 ΕΣΔΑ ενεργοποιώντας την εγκιβωτισμένη σε αυτό εγγυητική ρήτρα. Η ενστικτώδης καταφατική απάντηση η οποία εισφέρεται στο ερώτημα από κάθε μελετητή εξοικειωμένο με την ευρύτατη ορολογική πρόσληψη και πλουραλιστική αξιολόγηση της «ιδιωτικότητας» καθώς και των υπόλοιπων, κωδικοποιημένων στο επίμαχο άρθρο της Σύμβασης πτυχών της ιδιωτικής σφαίρας δεν μένει αναπόδεικτη<sup>19</sup>. Αρχής γενομένης από την απόφαση της 6ης Σεπτεμβρίου 1978 *Klass κ.α. κατά Γερμανίας*<sup>20</sup>, στο προστατευτικό «άρμα» του «δικαιώματος σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής» προσδέθηκαν οι «τηλεφωνικές συνδιαλέξεις» (σκ.41), ενώ έξι χρόνια αργότερα στην απόφαση *Malone κατά Ηνωμένου Βασιλείου* της 2ης Αυγούστου 1984 ακολούθησε η διαρρήδην συναρμογή των *εξωτερικών στοιχείων της επικοι-*

19. Όπως είναι γνωστό, το Δικαστήριο νοηματοδοτεί πάγια τόσο την κατά την κρίση του *μη δεκτική εξαντλητικού ορισμού* έννοια της «ιδιωτικής ζωής» όσο και το δικαίωμα του άρθρου 8 ΕΣΔΑ με το ευρύτερο δυνατό ερμηνευτικό περιεχόμενο, ενσωματώνοντας στο τελευταίο πτυχές της ιδιοσυστάσις του ατόμου που βαίνουν πολύ πέραν αυτού που οι Ευρωπαϊοί δικαστές αποκαλούν «ενδότερο κύκλο της ανθρώπινης ύπαρξης» (δηλ. της *stricto sensu* ιδιωτικότητας) και εξικνούνται μέχρι την προστασία της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, της φυσικής και κοινωνικής εξατομίκευσής του, της σωματικής και ψυχολογικής του ακεραιότητας αλλά και γενικότερα της αξίας που απολαμβάνει ως ελεύθερο, αυτοκαθοριζόμενο και αυτεξούσιο υποκείμενο. Μέσω της ριζοσπαστικής αυτής νομολογίας και με αφετηρία την απόφαση *Niemietz κατά Γερμανίας* (no. 13710/88, 16.12.1992, σκ. 29) έχει εξυφανθεί γύρω από το άρθρο 8 ΕΣΔΑ μία προστατευόμενη προσωπική σφαίρα η οποία δεν εγκλωβίζεται στα στενά όρια του οίκου αλλά «ανοίγει» προς το δημόσιο χώρο, σε μία *ζώνη διύποκειμενικής διάδρασης* που εγγυάται στο άτομο τη σύναψη επαγγελματικών, φιλικών και άλλων σχέσεων. Από τη νεότερη νομολογία, βλ. εντελώς ενδεικτικά *Pretty κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, no. 2346/02, 29.4.2002, σκ. 61, *P.G. and J.H. κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, no. 44787/98, 25.9.2001, σκ. 56επ., *S. and Marper κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, nos. 30562/04 και 30566/04, 4.12.2008, σκ. 66, *Gillan & Quinton κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, no. 4158/05, 12.1.2010, σκ. 61, *Varapnickaite-Mazyliene κατά Λιθουανίας*, no. 20376/05, 17.1.2012, σκ. 41, *DD κατά Λιθουανίας* no. 13469/06, 14.2.2012, σκ. 187, *Nada κατά Ελβετίας*, no. 10593/08, 12.9.2012, σκ. 151. Από τη θεωρία, βλ. αντί πολλών άλλων σε D.J. HARRIS et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., OUP, 2009, 305ff. (με έμφαση στη συνέχεια, από πλευράς του Δικαστηρίου, της «παράδοσης» που είχε ξεκινήσει η Επιτροπή μη ορίζοντας την έννοια της «ιδιωτικής ζωής»), N.A. MOREHAM, *The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-examination*, EHRLR 2008, 44-79 και F. SUDRE, *Rapport Introductif – La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée*, in F. Sudre (Dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles: Bruyant, pp.11-33 (αναλύοντας τα στοιχεία που συναρπάζουν την επίμαχη έννοια). Για την ερμηνευτική προσέγγιση και δικαστηριακή εφαρμογή του δικαιώματος στην προστασία των προσωπικών δεδομένων από το ΕΔΔΑ, βλ. αντί άλλων στην έξοχη ομιλία του Προέδρου του, D.SPIELMANN, με τίτλο: “La protection des données dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, σε εκδήλωση που διοργάνωσε η λουξΑΠΔΠΧ (CNPD) στις 28.1.2013, ([http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD\\_documents/COURT-La\\_protection\\_des\\_donn%C3%A9es\\_dans\\_la\\_jurisprudence\\_de\\_la\\_Cour\\_europ%C3%A9enne\\_des\\_droits\\_de\\_l\\_homme.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/COURT-La_protection_des_donn%C3%A9es_dans_la_jurisprudence_de_la_Cour_europ%C3%A9enne_des_droits_de_l_homme.pdf))

20. No. 5029/71

*ωνίας* (αριθμοί, κλήσεις καθώς και χρόνος και διάρκεια κάθε τηλεφωνήματος), με τη σκέψη ότι οι ενσωματωμένες στα τελευταία πληροφορίες συνιστούν «*αναπόσπαστο σύστοιχο των τηλεφωνικών επικοινωνιών*» (σκ.64, 86επ.).

Πιο πρόσφατα, στην απόφαση της 3ης Απριλίου 2007, *Copland κατά Ηνωμένου Βασιλείου*<sup>21</sup>, πιστοί στο δόγμα της καθιερωμένης, δυναμικής και εξελικτικής ανάγνωσης της Σύμβασης ως «*ζωντανού εργαλείου το οποίο χρήζει ερμηνείας υπό το φως των τρεχουσών συνθηκών*»<sup>22</sup>, οι Ευρωπαϊοί δικαστές προσαρμόσαν δικαιολογιαστικά το περιεχόμενο του άρθρου 8 παρ. 1 στους νέους πραγματολογικούς όρους διακινδύνευσης της προσωπικής αυτονομίας που αναδύονται μέσα από το παγκοσμιοποιημένο περιβάλλον της διαδικτυακής πραγματικότητας, διευρύνοντας την εμβέλεια του με την προσθήκη (ως «*λογικά συναγόμενων*») και των συναφών με τις περιηγήσεις στο Διαδίκτυο πληροφοριών καθώς και του *ηλεκτρονικού ταχυδρομείου* (σκ.41). Πλέον, όχι μόνο γίνεται στερεότυπη αναφορά στον ευρύτερο –έναντι των «*συνδιαλέξεων*»– όρο «*επικοινωνίες*»<sup>23</sup>, αλλά εκλαμβάνεται ως «*αναντίλεκτο ότι όλες οι διεξαγόμενες μέσω ταχυδρομείου, τηλεφώνου ή e-mail επικοινωνίες [...] εμπίπτουν στις κατά το άρθρο 8 παρ. 1 έννοιες της “ιδιωτικής ζωής” και της “ανταπόκρισης”*»<sup>24</sup>. Συγκεκριμένα, παρέπεται ότι όλες οι σύγχρονες μορφές της ηλεκτρονικής επικοινωνίας θωρακίζονται *ratione materiae* υπό την ασπίδα του άρθρου 8 ΕΣΔΑ. Το δεύτερο ερώτημα είναι εάν μέσω της επίμαχης επεξεργασίας ενυλώνεται κάποιας μορφής «*επέμβαση*» στο δικαίωμα του προρρηθέντος άρθρου.

## II. Στοιχειοθέτηση της «παρέμβασης»

Εξίσου διασαλευτικά σηματολογείται πάγια ερμηνευτικά η κατά το άρθρο 8 παρ. 2 ΕΣΔΑ έννοια της *παρέμβασης* με την οποία ισοδυναμεί, μεταξύ άλλων, η συστηματική συλλογή και αποθήκευση των προσωπικών δεδομένων από τις δικαστικές αρχές (ή τις μυστικές υπηρεσίες) ακόμη και όταν δεν υλοποιείται με τη χρήση κεκαλυμμένων μεθόδων (οπτικοακουστικής ή άλλης) επιτήρησης<sup>25</sup>, ή όταν οι αποκτώμενες πληροφορίες άπτονται μιας

21. No. 62617/00

22. Ιδέα η οποία πρωτοδιατυπώθηκε στην απόφαση *Tyler κατά Ηνωμένου Βασιλείου* (no.5856/72, 25.4.1978, σκ.31) και έκτοτε αποτελεί πάγια ερμηνευτική πυξίδα του Δικαστηρίου, βλ. λ.χ. από την πρόσφατη νομολογία: *X κ.α. κατά Αυστρίας* (no.19010/07, 19.2.2013, σκ.139), καθώς και τις αναλύσεις των: G.LETSAS, *The ECHR as a Living Instrument: Its' Meaning and Legitimacy*, 2012, (<http://ssrn.com/abstract=2021836>) και Π.ΒΟΓΙΑΤΖΗ, Το «ζωντανό κείμενο» και η «ευρωπαϊκή συναίνεση» στη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου: Η δύσκολη ισορροπία μεταξύ δικαστικού ακτιβισμού και αυτοπεριορισμού, NoB 60/2012, 1142επ.

23. Βλ. ενδεικτικά: *Weber and Saravia κατά Γερμανίας*, no.54934/00, 29.6.2006, σκ.77, *Iordachi κ.α. κατά Μολδαβίας*, no.25198/02, 10.2.2009, σκ.29, *Bucur et Toma κατά Ρουμανίας*, no.40238/02, 8.1.2013, σκ.162, *Alony Kate κατά Ισπανίας*, no.5612/08, 17.1.2012, σκ.73, *Dumitru Popescu κατά Ρουμανίας*, v.2, no.71525/01, 26.4.2007, σκ.61.

24. *Liberty κ.α. κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, no.58243/00, 1.7.2008, σκ.56, *Kennedy κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, no.26839/05, 18.5.2010, σκ.118.

25. *Leander κατά Σουηδίας*, no.9248/81, 26.3.1987, σκ.48, *Rotaru κατά Ρουμανίας*, no.28341/95, 4.5.2000, σκ.43-44, *P.G. and J.H. ό.π.*, σκ.57, *Peck κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, no.44647/98, 28.1.2003,

ευρύτερης, εξωστρεφούς και διϋποκειμενικής σφαίρας δράσης του προσώπου, συμπεριλαμβανομένης της σύναψης φιλικών επαφών και επαγγελματικών σχέσεων<sup>26</sup>. Η διαμόρφωση της θετικής διαγνωστικής κρίσης δεν κλονίζεται ούτε ανατρέπεται από παράγοντες όπως είναι η φύση, απλή ή ευαίσθητη, των συλλεγόμενων στοιχείων ή η ενδεχόμενη μεταγενέστερη αποδεικτική αξιοποίησή τους από τις αρχές<sup>27</sup>. Για την *ποιοτική διαβάθμιση της σοβαρότητας της επέμβασης* πάντως δεν είναι αδιάφορη η διάκριση ανάμεσα στη μυστική παρακολούθηση των τηλεπικοινωνιών, για παράδειγμα μέσω της παγίδευσης τηλεφωνικής γραμμής με σκοπό την κατασκόπευση του *εσωτερικού* περιεχομένου της συνομιλίας (*tapping- interception, monitoring and recording*) και τη συγκέντρωση ή κάθε επόμενη αυτής επεξεργασία των *εξωτερικών* στοιχείων της επικοινωνίας, όπου ανιχνεύεται αισθητή αποκλιμάκωση της αυστηρότητας των απαιτούμενων ελάχιστων συνοδευτικών εγγυήσεων<sup>28</sup>.

Ειδικότερα, η νομιμότητα των καθεστώτων μυστικής τηλεπικοινωνιακής επόπτευσης και η μέσω αυτών κανονιστική εξουσιοδότηση της εν δυνάμει (ακουστικής κυρίως) δειξίσεως στις τηλεπικοινωνίες όλων των πολιτών ενός κράτους, ακόντων των ιδίων, έχει διυλισθεί εξονυχιστά στο διερευνητικό «αποστακτήριο» των Ευρωπαϊκών δικαστών αναρίθμητες φορές στο παρελθόν και έχει καταπέσει. Στην πλειοψηφία των επίδικων υποθέσεων αναγνωρίστηκε η ιδιότητα του παθόντος από την προσβολή του δικαιώμα-

τος του άρθρου 8 ΕΣΔΑ στους αιτούντες χωρίς να αξιώνεται η απόδειξη της *in concreto* εφαρμογής του μέτρου σε αυτούς – αρκεί να συντρέχει *εύλογη* προς τούτο *πιθανότητα*–, με το αυτόσια επαναλαμβανόμενο σκεπτικό ότι «μόνη η ύπαρξη νομοθεσίας η οποία επιτρέπει την ενεργοποίηση του μέτρου της μυστικής παρακολούθησης των επικοινωνιών συγκροτεί (ολοκληρωμένη) επέμβαση» κατά την έννοια της προαναφερθείσας διάταξης. Η *ratio* του δικανικού συλλογισμού, ο οποίος πρωτοεκδιπλώθηκε στην απόφαση *Klass κ.α. κατά Γερμανίας* (σκ.41) και έκτοτε αναπαράγεται στο πλούσιο νομολογιακό κεκτημένο<sup>29</sup>, εδράζεται στην αντίληψη ότι η θέση σε ισχύ ενός τέτοιου νομοθετήματος εμπρικλείει εγγενώς «για όλους όσοι υπάγονται στις ρυθμίσεις του, μία απειλή παρακολούθησης», ενώ ως «αναπόδραστη» συνέπεια τούτης της πανοπτικής ατμόσφαιρας προβάλλεται η αφυδάτωση της επικοινωνιακής ελευθερίας των ήδη ενεργών ή υποψήφιων μελλοντικών χρηστών των δικτύων.

Η πρακτική του *metering*, η οποία με σύγχρονους όρους θα μπορούσε να αποδοθεί ως καταχώριση και αρχειακή αποθήκευση των προσδιοριστικών των περιστάσεων της επικοινωνίας, δεδομένων κίνησης και θέσης<sup>30</sup>, έλκει την πρωτόλεια δικαστηριακή της πραγμάτευση από την απόφαση *Malone κατά Ηνωμένου Βασιλείου*. Στην τελευταία, το Δικαστήριο αντιδίστασε σε πρώτη φάση την υπό συζήτηση πρακτική προς την παρακολούθηση του εσωτερικού περιεχομένου των επικοινωνιών και συνακόλουθα την εξόρυξη των ουσιαστικών, ανταλλασσόμενων από τα μέρη πληροφοριών, η οποία είναι «ανεπιθύμητη και έκνομη σε μία δημοκρατική κοινωνία πλην εάν υφίσταται νόμιμος λόγος δικαιολόγησής της» (σκ.84). Δεν αρκέστηκε όμως σε μία τέτοια διακρυκτική οριοθέτηση των εξωτερικών από τα εσωτερικά στοιχεία της επικοινωνίας τύπου *persona grata* και *non grata* σε μία δημοκρατική κοινωνία, αλλά έσπευσε στη συνέχεια να απορρίψει τον ισχυρισμό της βρετανικής κυβέρνησης περί της μη ένταξης της χρήσης των εξαγόμενων από τη συσκευή της μέτρησης πληροφοριών στον πυρήνα του άρθρου 8 ΕΣΔΑ, τονίζοντας ότι η χωρίς τη συγκατάθεση του υποκειμένου *τροφοδότηση* των αστυνομικών αρχών με τις πληροφορίες ανέχεται εξίσου σε παρέμβαση επί του κατοχυρωμένου στη διάταξη δικαιώματος (*ibid*)<sup>31</sup>. Ως μη προσκρούουσα *per se* στο άρθρο 8 ΕΣΔΑ αξιολογήθηκε περαιτέρω η ίδια πρακτική στην απόφαση *P.G. and J.H. κατά Ηνωμένου Βασιλείου «εφόσον πραγματοποιείται για λόγους χρέωσης της επικοινωνίας και πληρωμής των λογαριασμών»*, χωρίς άλλες διευκρινίσεις πλην της επανάληψης του διαχωρισμού, στην ίδια οριοθετική βάση, ανάμεσα στη μέτρηση και την καταγραφή των εσωτερικών στοιχείων της επικοινωνίας (σκ.42).

σκ.59, *Uzun κατά Γερμανίας*, no.35623/05, 2.9.2010, σκ.46, *Shimonovos κατά Ρωσίας*, no.30194/09, 21.6.2011, σκ. 65, *M.M. κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, no.24029/07, 13.11.2012, σκ.187.

26. *Amann κατά Ελβετίας*, no.27798/95, 16.2.2000, σκ.44, *Rotaru*, ό.π., σκ.65, *P.G. and J.H.*, ό.π., σκ.55-56, *Halford κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, no.20605/92, 25.6.1997, σκ.44, *Uzun*, ό.π., σκ.43επ., *Schimovolos*, ό.π., *Segerstedt- Wiberg κ.α. κατά Σουηδίας*, no. 62332/00, 6.6.2006, σκ.72, *Cemalettin Canli κατά Τουρκίας*, no. 22427/04, 18.11.2008, σκ.33, *M.M. κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, όαπ.

27. *Amann*, ό.π., σκ.69, *Leander*, ό.π., σκ.48

28. Για την (ορθή) άποψη ότι η πρόσβαση στα *εξωτερικά* δεδομένα της επικοινωνίας συνεπάγεται *ίση* ή *ακόμη* και σε ορισμένες περιπτώσεις *βραύτερη* επέμβαση στις ατομικές ελευθερίες έναντι της παρακολούθησης του *εσωτερικού* περιεχομένου της, καθώς οδηγεί στη σύνθεση νέων επεξεργασμένων πληροφοριών, εν μέρει ή εν όλω δηλωτικών των ουσιαστικών διαβιβαζόμενων μηνυμάτων και συχνά αποκαλυπτικών ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων του υποκειμένου τους, όπως η ιατρική κατάσταση, τα πολιτικά πιστεύω, ο γενετήσιος προανατολισμός κ.λπ., βλ. P. BREYER, ό.π., 370-371, I. BROWN, *Communications Data Retention in an Evolving Internet*, *IJLIT* 2010, 19:2, 95-109 (101-102), C. GOEMANS/J. DUMORTIER, ό.π., 165, L. MITROU, ό.π., 131, E. KOSTA/P. VALCKE, ό.π., 375, E. FURA/M. KLAMBERG, ό.π., 466-468, D. SOLOVE, *Reconstructing Electronic Surveillance Law*, *GWLR* 2004, 72:6, 1701-1747 (1727- στη βάση της διάκρισης ανάμεσα σε *envelope* και *content data*). Πρβλ. και υπ' αριθμ. 1/2010 ΓνωμΟμαδΕργΑρθ.29 σχετικά με τη δεύτερη δράση επιβολής, 00068/10/EN, WP 172, 13.7.2010, σ.7, R. DERKSEN, ό.π., 8, R. GITTER/C. SCHNABEL, *Die Richtlinie zur Vorratsspeicherung und ihre Umsetzung in das nationale Recht*, *MMR* 7/2007, 411-416 (414), T. PETRI, ό.π., 610, B. RUSTEBERG, ό.π., 176, (με έμφαση στη δυνατότητα δημιουργίας ολοκληρωμένων βιοπροφραϊτών). Για «σοβαρή επέμβαση» (*«schwerwiegender Eingriff»*) και για εν δυνάμει εδραίωση ενός αισθήματος «μόνιμου ελέγχου» και «διάχυτης απειλής» (*«diffuse Bedrohlichkeit»*), γίνεται τέλος λόγος και στην από 2.3.2010 απόφαση του BVerfGE με αντικείμενο διάγνωσης τη συνταγματικότητα των γερμανικών κανόνων ενσωμάτωσης της Οδηγίας 2006/24/EK (BVerfGE 1 BvR 256/08, σκ.212, 242).

29. *Liberty κ.α.*, ό.π., σκ.56, *Malone*, ό.π., σκ.64, *Weber and Saravia*, ό.π., σκ.78, *Iordachi κ.α.*, ό.π., σκ.34, *Lenen κατά Βουλγαρίας*, no.41452/07, 4.12.2012, σκ.144, *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev κατά Βουλγαρίας*, no.62540/00, 28.6.2007, σκ.69, *Association "21 December 1989" κ.α. κατά Ρουμανίας*, nos.33810/07 & 18817/08, 24.5.2011, σκ.167, *Hadzhiev κατά Βουλγαρίας*, no.22373/04, 23.10.2012, σκ.38επ.

30. βλ. τον ορισμό της πρακτικής της μέτρησης σε *Malone*, ό.π., σκ.56

31. Η αιτιολογία στηρίχθηκε στην προαναφερθείσα σκέψη περί της άρρηκτης συνάφειας των πληροφοριών που περιέχονται στα αρχεία («όπως ιδίως οι κληθέντες αριθμοί») με την τηλεφωνική επικοινωνία. Έτσι και *Valenzuela Contreras κατά Ισπανίας*, no.27671/95, 30.7.1998, σκ.46-47.

Ερειδόμενος κανείς στις δύο αυτές αποφάσεις, ίσως να υπολάβει ότι η από τους *παρόχους* συλλογή και διατήρηση των λεγόμενων συνδετικών δεδομένων δεν εγείρει ζήτημα νομιμότητας υπό το πρίσμα του άρθρου 8 παρ. 2 ΕΣΔΑ, το οποίο ενεργοποιείται μόνο εφόσον επακολουθήσει ο εφοδιασμός των δικτυακών αρχών με τις ενθυλακωμένες στα στοιχεία πληροφορίες. Τούτο όμως διαψεύδεται κατηγορηματικά από τις παραδοχές της απόφασης της 8ης Απριλίου 2003 *Μ.Μ. κατά Ολλανδίας*<sup>32</sup>, στην οποία νομολογήθηκε ότι η διευκολυντική μεσολάβηση ιδιωτών κατόπιν παραίνεσης των ανακριτικών αρχών και υπό την καθοδήγησή τους με στόχο τη συγκέντρωση αποδεικτικού υλικού, δεν απαλλάσσει τις τελευταίες από την ευθύνη τους ως απότοκο της «*καίριας και καθοριστικής συμβολής τους στην εκτέλεση σχημάτων παρακολούθησης των τηλεπικοινωνιών*» (σκ.36επ.). Όπως υπογράμμισε χαρακτηριστικά το Δικαστήριο, εάν η παρενθετική σύμπραξη ιδιώτη κατά την υλοποίηση ενός εμπνευσμένου και τεχνικά υποστηριγμένου από τις δυνάμεις επιβολής του νόμου σχεδίου για παγίδευση τηλεφωνικής γραμμής που απέβλεπε στην εκμίσωση και μαγνητοφώνηση της ομολογίας της ενοχής του συνομιλητή ήταν ικανή να ακυρώσει το χαρακτηρισμό της επέμβασης ως επέμβασης από *δημόσια* αρχή, αυτό θα επέτρεπε στις αρχές να απεκδύονται των υποχρεώσεων τους χρησιμοποιώντας «*παρέμβλητους*» τρίτους για τη μετακύλιση σε αυτούς της ευθύνης (σκ. 40).

Μάλιστα, στη νεότερη απόφαση της 25ης Οκτωβρίου 2007 *Van Vondel κατά Ολλανδίας*<sup>33</sup>, το Δικαστήριο προχώρησε ένα βήμα παραπέρα το συλλογισμό, χαλαρώνοντας τους όρους της απαιτούμενης αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του ρόλου των δικτυικών αρχών στην ανάπτυξη του εποπτικού σχήματος και τη *de facto* επέλευση της τηλεπικοινωνιακής υποκλοπής. Έκανε έτσι δεκτό ότι ακόμη και η σε *εθελούσια* βάση μαγνητοφώνηση του περιεχομένου της συνομιλίας από τον έτερο συνομιλητή, ο οποίος *ορμώμενος από ίδια ελατήρια* (: για την τεκμηρίωση της αξιοπιστίας του) *έλαβε με δική του πρωτοβουλία την απόφαση της καταγραφής, αποτύπωσης σε υλικό φορέα και εν συνεχεία διοχέτευσης του απομαγνητοφωνημένου υλικού στις αστυνομικές αρχές* θεμελιώνει επέμβαση, εφόσον έγινε με τη χρήση του τεχνικού εξοπλισμού που του διέθεσαν οι αρχές («*με τη συνέργειά τους*») και το υλικό αξιοποιήθηκε στο πλαίσιο και επ' ωφελεία επίσημης έρευνας (ποινικοδικονομικής ή άλλης- σκ.49)<sup>34</sup>.

Τηρουμένων των αναλογιών, τα ίδια ισχύουν και για το υπό εξέταση μέτρο μέσω του οποίου εγκαινιάστηκε ένα ιδιότυπο συνεργατικό μοντέλο μαζικής ηλεκτρονικής επιτήρησης των πολιτών ανάμεσα στις δυνάμεις της ποινικής καταστολής και τις δραστηριοποιούμενες στον τομέα παροχής υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, ιδιωτικές επιχειρήσεις. Η εξομοίωση τούτου του συνεργατικού μορφώματος με τις κλασικές *κρατικές* επεμβάσεις

επιβάλλεται εξίσου από την ίδια τη λογική του *υποβοηθητικού* ρόλου της καταγραφής και άντλησης *εν δυνάμει* αποδεικτικών πειστηρίων τον οποίο επιτελούν οι πάροχοι/*ιδιωτικοί διαμεσολαβητές της επικοινωνίας*<sup>35</sup>, με τη διαφορά βέβαια ότι εδώ δεν έχει κινητοποιηθεί ακόμη ο ποινικός δικαιοδοτικός μηχανισμός εναντίον συγκεκριμένου υπόπτο αλλά η (*παθητική*) συμβολή των παρόχων εξαντλείται σε *προσάδια* ποινικών ερευνών<sup>36</sup>.

Κατά λογική συνεπαγωγή, η συστηματική και αδιάλειπτη παρεμβολή στο κανάλι της επικοινωνίας μέσω της συγκομιδής και αποτύπωσης των δεδομένων κίνησης και θέσης με σκοπό τη μελλοντική εγκληματοκατασταλτική τους χρήση συνεπάγεται *ήδη* από το στάδιο αυτό επέμβαση κατά την έννοια του άρθρου 8 παρ. 2 ΕΣΔΑ, επιφέροντας ισόποση αποδυνάμωση στην προστασία του αντίστοιχου δικαιώματος<sup>37</sup>. Αυτονόητο είναι επίσης ότι από τον τυποποιημένο στην Οδηγία ως *υποχρεωτικό* χαρακτήρα του μέτρου παρέπεται ότι δεν είναι εφικτή η ενσωμάτωσή του στις εσωτερικές έννομες τάξεις κατά τρόπο που να μην «*παρεμβαίνει*» στο δικαίωμα του άρθρου 8 ΕΣΔΑ<sup>38</sup>. Στη συνέχεια, το ενδιαφέρον μετατοπίζεται στο εάν καταφάσκονται πράγματι *in concreto* λόγοι για τη δικαιολόγηση της μόλις διαγνωσθείσας παρέμβασης.

### III. Διερεύνηση της δικαιολόγησης της «παρέμβασης»

#### A. «Συμφωνία με το νόμο»

Αναφορικά με την πρώτη, αφητηριακή αξιολογική βαθμίδα διακρίβωσης της *συμβατικότητας* ("*conventionnalité*", δηλ. της συμφωνίας με την ΕΣΔΑ και το άρθρο 8 αυτής) από πλευράς της

35. Ν. ΛΙΒΟΣ, Η ποινική προστασία των συνδετικών δεδομένων των τηλεπικοινωνιών, ΠοινΧρ ΜΖ, 1997, 737επ. (744).

36. Ουσιαστικά δηλ. μέσω της συσσώρευσης ενός τεράστιου όγκου πληροφοριών οι οποίες παραμένουν αποθηκευμένες και κωδικοποιημένες στα ειδικά αρχεία των εταιριών (*Call Detail Records- CDRs* και *Internet Protocol Data Records- IPDRs*), δεν περιέρχονται σε γνώση των εκπροσώπων τους και ανασύρονται κατά κανόνα μόνο εφόσον προκύπτουν ενδείξεις τέλεψς σοβαρής αξιόποινης πράξης (ή πάντως σύμφωνα με τις επιμέρους διατυπώσεις που προστάζει το εκάστοτε εθνικό δίκαιο ως προς τη διαδικασία της πρόσβασης), διευκολύνεται η *ενδεχόμενη* έναρξη της προδικασίας σε μεταγενέστερο στάδιο και προπαρασκευάζονται κατάλληλες, ευνοϊκές συνθήκες για τη μετέπειτα *τυχόν* διενέργεια ανακριτικών πράξεων από τις δικτυικές αρχές, κατόπιν νόμιμης άρσης του απορρήτου των επικοινωνιών (όπως αυτή καταστρώνεται στην εσωτερική νομοθεσία των κρατών μελών). Η *παθητική* συμμετοχή των παρόχων αντιδιαστέλλει το σχήμα της συνεργατικής αυτής επιτήρησης μεταξύ κράτους-ιδιωτών από εκείνο που στηρίζεται στην *ενεργό*, συρρυθμιστική δράση και δικονομική συμβολή των τελευταίων, στο πλαίσιο του οποίου οι ιδιώτες/παρακολουθούμενοι συγκαθορίζουν την έναρξη της ποινικής δικαιοδοτικής διαδικασίας με την αξιολόγηση των αποδεικτικών στοιχείων όντας εξοπλισμένοι με εκ του νόμου εκχωρημένες σε αυτούς (οιονεί) ανακριτικές αρμοδιότητες, όπως συμβαίνει στην ελληνική νομοθεσία για το ξέπλυμα βρώμικου χρήματος. Συστηματοποίηση και παρουσίαση των μοντέλων επιτήρησης που διακρίνονται στο πλαίσιο του ποινικού ελέγχου, βλ. στη μονογραφία της Μ. ΚΑΪΑΦΑ-ΓΚΜΠΑΝΤΙ, Μοντέλα επιτήρησης στο κράτος ασφάλειας και ποινική δίκη, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2010.

37. Έτσι και υπ' αριθμ. 9/2004 ΓνωμΟμαδΕργ/Αρθ.29, 11885/04/ΕΛ, WP 99, 9.11.2004, σ.3, σημ. 4, P. BREYER, ό.π., 367.

38. L.FEILER, ό.π.

32. No.39339/98.

33. No.38258/03.

34. Η εκ του αποτελέσματος θεραπεία του δημόσιου δικτυικού συμφέροντος είναι εκείνη που ανάγεται, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, σε αποφασιστικό παράγοντα για την πιστοποίηση της «*καθοριστικής συμβολής*» των αρχών στην εκτέλεση του σχήματος της τηλεπικοινωνιακής παρακολούθησης. Αντίθετα, η «*καταγραφή ιδιωτικής* συνομιλίας από συνομιλητή και η *ιδιωτική* χρήση του αποτυπωμένου σε υλικό φορέα προϊόντος της υποκλοπής δεν παραβιάζει *per se* το άρθρο 8 ΕΣΔΑ εάν πραγματοποιείται με *ιδιωτικά* μέσα», *ibid* (η έμφαση δική μου).

Οδηγίας 2006/24/ΕΚ, η αρχική αίσθηση από την οποία εμφορείται ο ερμηνευτής του δικαίου συγκλίνει πιθανότατα προς την κατεύθυνση του ενστερνισμού της ευρέως υποστηριζόμενης άποψης<sup>39</sup> ότι το κοινοτικό νομοθέτημα καταφέρει να υπερπηδήσει το σκόπελο της *συμφωνίας με το νόμο* αλλά και να ενδυθεί με τα ποιοτικά, μορφολογικά χαρακτηριστικά που καθιστούν σύμφωνα με το ΕΔΔΑ, σύννομο τον περιοριστικό νόμο. Όπως όμως θα διαφανεί, η επιτυχής υπερκέρση του κανονιστικού αυτού εμποδίου δε συνάγεται τελικά με τόσο οφθαλμοφανή ή αβασάνιστη ευχέρεια όσο ενδεχομένως να υπολαμβάνουν οι συναφείς θεωρητικές τοποθετήσεις, καθώς μέσα από μία εγγύτερη και δεισιδυτικότερη ματιά στην *ιδιαιτερότητα της νομολογιακής πρόσληψης του άρθρου 8 ΕΣΔΑ και την ιδιομορφία του τρόπου σχηματισμού της δικανικής πεποίθησης*, αναδεικνύεται η περιπλοκότητα του όλου εγχειρήματος και κατ' επέκταση το πόσο ευεπίφορη στην ανατροπή της είναι η πρώτη αυτή εντύπωση.

Πιο αναλυτικά, κατ' αρχήν είναι απολύτως σαφές ότι ενόψει της χαλαρής, στη βάση ουσιαστικών/λειτουργικών κριτηρίων, ερμηνευτικής νομοδοτήσης που προκρίνεται από το Δικαστήριο του Στρασβούργου για την ύπαρξη της κανονιστικής εξουσιοδοτικής βάσης<sup>40</sup>, δεν τίθεται θέμα αμφισβήτησης της επάρκειας του ευρωπαϊκού νομοθετήματος ως νομιμοποιητικού θεμελίου για το επιτρεπτό της λήψης του μέτρου. Η –ήδη επιλυθείσα από το ΔΕΕ<sup>41</sup>– διεγκυστίνδα ως προς την καταλληλότητα της επιλεγείσας (πρώην) πρωτοπυλωνικής βάσης έναντι μιας διακυβερνητικής/τριτοπυλωνικής (δείχνει εκ πρώτης όψεως να) αφήνει αλώβητη την τυπική νομιμοποίηση της Οδηγίας, καθόσον άπτεται της έκτασης της ενωσιακής νομοπαραγωγικής αρμοδιότητας υπό το πρίσμα της δημοκρατικής της νομιμοποίησης και της οριοθέτησής της από τις αντίστοιχες εξουσίες για την ανάληψη διατομεακών θεσμικών πρωτοβουλιών στο προ-Λισσαβώνας πυλωνικό καθεστώς της ΕΕ<sup>42</sup>. Εξίσου αδιαφιλονίκητος θα πρέπει να θεωρείται

ο δημόσια προσβάσιμος χαρακτήρας του νομοθετήματος τον οποίο πληροί η δημοσίευση στην επίσημη εφημερίδα.

Ακόμη, η στο άρθρο 5 νομοτεχνική κατάστροψη των ορισμών των τηρούμενων δεδομένων με προσφυγή σε σύνθετους *termini technici* δεν απομειώνει τη σαφήνεια και άρα προβλεψιμότητα του νομοθετήματος, στο μέτρο που πάντως με κάποια σχολαστική έστω εντρύφηση στην εξειδικευμένη ορολογία που διέπει την τεχνολογία των ηλεκτρονικών επικοινωνιών καθίσταται ευκατόρθωτη η κατανόηση του ακριβούς περιεχομένου των υπό συγκέντρωση στοιχείων<sup>43</sup>. Ούτε βεβαίως η αδιακρίτη και καθολική φύση του μέτρου παραβιάζει την αρχή της προβλεψιμότητας επειδή μέσω αυτής πλήττεται δυννητικά το σύνολο σχεδόν των Ευρωπαίων πολιτών<sup>44</sup>. Όπως οξύτατα παρατηρήθηκε<sup>45</sup>, εάν η νομοθεσία για την προληπτική διατήρηση εισάγει αδιαβάθμητη και καθολική παρέμβαση, το πρόβλημα δεν έγκειται στην έλλειψη σαφήνειας της πρώτης –από τη στιγμή ακριβώς που όλοι οι χρήστες ή συνδρομητές είναι σε θέση να προβλέψουν ότι τα δεδομένα κίνησης και θέσης τους υπόκεινται σε υποχρεωτική καταγραφή και αποθήκευση για συγκεκριμένη περίοδο– αλλά στη δυσαναλογία μέσου προς επιδιωκόμενο σκοπό και ως τέτοιο, δηλ. ζήτημα προσβολής της αρχής της αναλογικότητας, οφείλει να αντιμετωπίζεται.

Είναι όμως πράγματι η απολύτως ορθή αυτή και στέρεα δομημένη επιχειρηματολογία ικανή να απεμπλέξει την Οδηγία από την πρώτη δοκιμασία; Εδώ κρίνεται σκόπιμο να υπομνησθεί ότι το άρθρο 8 ΕΣΔΑ από αμιγώς *ουσιαστικής* υφής δικαιοκράτης *ad litteram*, μέσα από τη στρασβουργιανή διαλεκτική αντίληψη έχει καταλήξει να μπολιάζεται με πλήθος «παράταιρων» *δικονομικών* στοιχείων, «κληροδοτημάτων» της ερμηνευτικής του σύμμετρης με τις τασσόμενες από τα άρθρα 6 και 13 ΕΣΔΑ οικονομικές προϋποθέσεις<sup>46</sup>. Ως ένα από τα απότοκα του λεγόμενου «*κινήματος δικονομικοποίησης*»<sup>47</sup> της διάταξης αλλά και της πάγιας νομολογιακής υπερτροφικής μεγέθυνσης των ορίων της τυπικής νομιμότητας, προβάλλει η όσμωση της τελευταίας με την αναλογικότητα που οδηγεί στη νομική παραδοξότητα (*absurdum*) η διερεύνηση των «(διαδικαστικών) *εγγυήσεων ενάντια στις καταχρήσεις και τις κρατικές αυθαιρέσεις*» να μην εντάσσεται συστηματικά στο καταληκτικό επίπεδο ελέγχου της αναλογικότητας αλλά να εξετάζεται πρωθύστερα σε εκείνο της νομιμότητας ή ακόμη και να διαμοιράζεται πολλές φορές μεταξύ των δύο επιπέδων<sup>48</sup>.

39. Βλ. λ.χ. F.BIGNAMI, 2007, ό.π. (σημ.3), 244, N.NI LOIDEAIN, ό.π., 265, M.TZANOU, Data Protection in EU Law: An Analysis of the EU Legal Framework and the ECJ Jurisprudence, 2011, δημοσιευμένη στον ίδιο συλλογικό τόμο: C.Akrinou/A.Psygkas (eds.), ό.π., pp.273-292 (282) και E.FURA/M.KLAMBERG, *ibid*.

40. Για την πάγια ερμηνεία της αρχής της νομιμότητας με γνώμονα ουσιαστικά και όχι τυπικά κριτήρια και τις επιπτώσεις της στην προστασία των ατομικών ελευθεριών, βλ. ιδίως την κριτική ανάλυση του P. DE HERT, Balancing Security and Liberty Within the European Human Rights Framework- A Critical Reading of the Court's Case Law in the Light of Surveillance and Criminal Law Enforcement Strategies After 9/11, ULR 2005, 1:1, 68-96 (77). Από την πιο πρόσφατη νομολογία, πρβλ. *Société Colas Est κ.α. κατά Γαλλίας*, no.37971/97, 16.4.2002, σκ.43, *Χ κατά Φινλανδίας*, no.34806/04, 3.7.2012, σκ.216.

41. Υπόθεση C-301/06, *Ιρλανδία/Κοινοβούλιο και Συμβούλιο*, 10.2.2009, Συλλ. I-593, σχολιασμό της οποίας βλ. μεταξύ πολλών σε T.KONSTANTINIDES, Wavering Between Centres of Gravity: Comment on Ireland v. Parliament and Council, ELRev 2010, 35:1, 88-102, D.KLESCZEWSKI, Binnenmarktförderung durch Speicherpflichten?, Anmerkung zu EUGH Az. C-301/06= HRSS, 2009 n.297 (vorratsdatenspeicherung), HRRS 6/2009, 250-252 και I.ΙΓΓΕΖΑΚΗ, Η διατήρηση δεδομένων ηλεκτρονικών επικοινωνιών μετά την Απόφαση του ΔΕυρΚ της 10.2.2009 στην υπόθεση C-301/06, Αρμ 8/2009, 1278-1286.

42. F.BIGNAMI, 2007, ό.π. (σημ.3), 244 και S.POLI, The Legal Basis of Internal Market Measures with a Security Dimension- Comment on Case C-301/06 of 10.2.2009, ECLR 2010, 6:1, 137-157 (149ff.).

43. L.FEILER, ό.π.

44. Βλ. έτσι M.-H. MARAS, 2009, ό.π., (σημ.3), 77ff. (η οποία όμως εστιάζει περισσότερο στην αντίθεση με τη δικαιοκρατική αρχή). Για παραβίαση της αρχής της προβλεψιμότητας με διαφορετική ωστόσο αιτιολόγηση κάνει λόγο ο ΕΕΠΔΠΧ στη Γνωμοδότησή του επί της Έκθεσης Αξιολόγησης της Επιτροπής, ΕΕ 2011 C 279/1, παρ. 64επ.

45. P.BREYER, ό.π., 367, όπου κριτική της αντίθετης άποψης.

46. Εμπειριστατωμένη κριτική της εν λόγω συνανάγκωσης των διατάξεων, βλ. σε P.DE HERT, ό.π., 79, Id/ S.GUTWIRTH, Privacy, Data Protection and Law Enforcement- Opacity of the Individual and Transparency of the Power, in E.Claes et als.(eds.), Privacy and the Criminal Law, Antwerp/Oxford: Intersentia, 2006, pp.61-104 (87ff.)

47. "*mouvement de procéduralisation*", κατά την προσφυή έκφραση του S.VAN DROOGHENBROECK, ό.π., 315ff., 319-320.

48. S.VAN DROOGHENBROECK, ό.π., 407ff. (όπου διεξοδική ανάλυση της εμφανούς «πανταχού παρουσίας της αναλογικής λογικής»). Όπως ο ίδιος αναφέρει χαρακτηριστικά σε άλλο σημείο (669): «η διογκωμένη αρχή της νομιμότητας ακτινοβολεί και εκτός της ρητής άγκυρας του

Μάλιστα, το πεδίο των τηλεπικοινωνιακών υποκλοπών και παρακολουθήσεων έχει αναγορευθεί σε *κατ' εξοχήν πραγματολογικό βίωτοπο* εντός του οποίου εκκολάπεται και συντηρείται η διάχυση της αναλογικότητας προς την (τυπική) νομιμότητα<sup>49</sup>. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου αρκεί να αναλογιστεί κανείς το εντελώς *ιδιαίτερο* περιεχόμενο που έχουν προσδώσει οι δικαστές του Στρασβούργου στην έννοια της *προβλεψιμότητας* ως προς το *ειδικό καθεστώς της μυστικής επίπτευσης των επικοινωνιών για λόγους διερεύνησης και δίωξης αξιόποινων πράξεων*, το οποίο προσδιάζει στην ιδιόζουσα φύση της ανακριτικής αυτής πράξης<sup>50</sup>.

Συγκεκριμένα, το ΕΔΔΑ δέχεται εν προκειμένω ότι η έννοια της *προβλεψιμότητας* δε μπορεί εδώ να συμπίπεται, κατά τα γενικά ισχύοντα, με την αξίωση του πολίτη να γνωρίζει εκ των προτέρων ή να πιθανολογεί βάσιμα πότε η επικοινωνία του θα βρεθεί στο στόχαστρο της μυστικής επιτήρησης ούτως ώστε να προσαρμόσει ανάλογα τη συμπεριφορά του, εφόσον κάτι τέτοιο θα ματαίωνα πρόδηλα τους σκοπούς της ανάκρισης. Ταυτόχρονα όμως ο σεβασμός στις αρχές της νομιμότητας και του κράτους δικαίου επιτάσσει τη *λεπτομερειακή* και με ικανοποιητική *περιεκτικότητα* και *σαφήνεια* κατάστρωση των περιοριστικών διατάξεων, που θα ενδεικνύει επαρκώς τους όρους και τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες οι δημόσιες αρχές εξουσιοδοτούνται να προσφεύγουν στην εν λόγω μυστική και εν δυνάμει επικίνδυνη παρέμβαση στο δικαίωμα του άρθρου 8 ΕΣΔΑ<sup>51</sup>.

Την κρισιμότητα της αναλυτικής αυτής κωδικοποίησης επιτείνει, σύμφωνα με τη *ratio decidendi*, η εν κρυπτώ και παραβύστω, υπό αδιαφανείς συνθήκες άσκηση των ανακριτικών εξουσιών, η οποία σε συνδυασμό και με τη διαρκή εξέλιξη της χρησιμοποιούμενης τεχνολογίας αυξάνει κατακόρυφα τους κινδύνους αυθαίρετων καταχρήσεων<sup>52</sup>. Με στόχο την αποσόβηση των τελευταίων τούτων κινδύνων, έχει διαπλαστεί μια σειρά από *minimum, ad hoc διερευνητές εγγυήσεις* που πρέπει να κατοχυρώνονται στην κανονιστική εξουσιοδοτική βάση για τη θεμελίωση του συννόμου αυτής. Τέτοιες είναι, μεταξύ άλλων, η φύση των εγκληματικών υποστάσεων για τη δίωξη των οποίων νομιμοποιείται η εφαρμογή του μέτρου<sup>53</sup>, ο ορισμός των κατηγοριών των ατόμων

συμβατικού γράμματος και δείχνει ότι επιβάλλεται επί του παρόντος σαν αναπόφευκτο «αξεσουάρ» των περιοριστικών των δικαιωμάτων καθεστώτων τα οποία οργανώνονται «πραιτορικά». Όμοια και P. MUZNY, όπ., 234ff.

49. P.MUZNY, ό.π., 244-245.

50. *Malone*, ό.π., σκ.67, *Leander*, ό.π., σκ.51, *Liberty κ.α.*, ό.π., σκ.95, *Seegerstedt Wiberg κ.α.*, ό.π., σκ.76, *Kennedy*, ό.π., σκ.152, *Weber and Saravia*, ό.π., σκ.93-95, *Iordachi κ.α.*, ό.π., σκ.39επ., *Dumitru Pupescu*, ό.π., σκ.61, *Uzun*, ό.π., σκ.61, *Schimovolos*, ό.π., σκ.68, *Khan κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, no.35394/97, 12.5.2000, σκ.26, *M.M. κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, no.24029/07, 13.11.2012, σκ.193, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. κ.α. κατά Ολλανδίας*, no.39315/06, 22.11.2012, σκ.90, *Sefilyan κατά Αρμενίας*, no.22491/08, 2.10.2012, σκ.123επ.

51. Βλ. έτσι στις αποφάσεις της προηγούμενης σημ.

52. *Amann*, ό.π., σκ.76, *Weber and Saravia*, ό.π., σκ.94, *Iordachi κ.α.*, σκ.95, *Valenzuela Contreras*, ό.π., σκ.46, *M.M.*, ό.π., σκ.195, *Kennedy*, ό.π., σκ.95, *Uzun*, ό.π., σκ.63, *Sefilyan*, ό.π., σκ.125.

53. Χωρίς να αξιώνεται πάντως ο εξαντλητικός, *ονομαστικός* προσδιορισμός των αδικημάτων, αρκεί η λεπτομερής περιγραφή και αποτύπωση της φύσης τους, βλ. έτσι σε *Kennedy*, ό.π., σκ.159.

σε βάρος των οποίων δύναται να επιβληθεί, η περιχάρκωση της διάρκειας ισχύος του σε συγκεκριμένα χρονικά πλαίσια, οι εγγυήσεις γύρω από τη διάδοση ή κοινοποίηση των δεδομένων σε τρίτους, οι κανόνες διασφάλισης της ακεραιότητας και εμπιστευτικότητας των στοιχείων της επικοινωνίας, η ρύθμιση της ακολουθητέας διαδικασίας για την εξέταση, αξιοποίηση και αποθήκευση των παραγόμενων πληροφοριών, οι όροι της διαγραφής ή καταστροφής τους κ.λπ.

Στον αντίποδα όλων αυτών, ο πιθανός αντίλογος που θα μπορούσε να διατυπωθεί είναι ότι η επιλογή της μη συμπερίληψης παρόμοιων κανονιστικών δεσμεύσεων και διαδικαστικών εγγυήσεων στο σώμα των διατάξεων της Οδηγίας και συνακόλουθα η αντ' αυτής ανάθεση της λήψης των σχετικών μέτρων στους εθνικούς νομοθέτες συνιστούν αναπόδραστη συνέπεια της κοινοτικής νομικής της βάσης. Ως εκ τούτου, η απουσία τους δεν αγγίζει τη νομιμότητα του ευρωπαϊκού νομοθετήματος αλλά συναρτάται με τον τρόπο ενσωμάτωσής του στο εσωτερικό δίκαιο των κρατών μελών και άρα με την ποιότητα των εθνικών εναρμονιστικών κανόνων που διέπουν κατά αποκλειστικότητα την αστυνομική και δικαστική πρόσβαση στα τηρούμενα στοιχεία<sup>54</sup>.

54. Προς αυτήν την κατεύθυνση οι σκέψεις των: C.GOEMANS/J. DUMORTIER, ό.π., 176, N.NI LOIDEAIN, ό.π., 265, C.MARKOU, *The Cyprus and Other EU Court Rulings on Data Retention: The Directive as a Privacy Bomb*, CLSR 28/2012, 468-475 (469-471), M.TZANOU, ό.π., 282. Στο ίδιο πνεύμα, ως «κλειδοκράτορες των πυλών που οδηγούν στο κράτος παρακολούθησης», χαρακτηρίζει τα κράτη μέλη ο T.KONSTANTINIDES, [Destroying Democracy on the Ground of Defending it? The Data Retention Directive, the Surveillance State and our Constitutional Ecosystem, ELRev. 2011, 36: 5, 722-736 (736)= European Current Law, 1/2012, xi-xxiii (xxiii)], «υπενθυμίζοντάς» τους ότι «η Οδηγία ούτε εναρμονίζει την εξουσία τους για κατασκοπείωση των πολιτών τους, ούτε καταστρώνει τα δικαιώματα των τελευταίων ενάντια στις κρατικές αυθαιρεσίες». Με το να εμμένουν στον *τύπο* του επιλεγέντος για τη θεσμοθέτηση του μέτρου νομοθετικού εργαλείου και την πρωταρχικά επιδιωκόμενη μέσω αυτού εναρμονιστική στόχευση που δικαιολογεί μια τέτοια επιλογή, οι ανωτέρω συγγραφείς είναι φανερό ότι απομακρύνονται από την *ουσία* του προβλήματος, συγχέοντας τα υποκειμενικά όρια της *αναλογικά επιμεριζόμενης κατά την έκταση των ασκούμενων αρμοδιοτήτων*– νομοθετικής ευθύνης. Το *αυτονόητο* γεγονός ότι την *τελική* ευθύνη για την τυχόν μετάβαση σε ένα «κράτος παρακολούθησης» την επωμίζονται τα κράτη μέλη δεν επιδρά *καθόλου* στη διαμόρφωση της ευθύνης του *ενωσιακού* νομοθέτη, αξιολογούμενης υπό το πρίσμα της πλήρωσης ή μη του κριτηρίου της *προβλεψιμότητας*. Το κρίσιμο ερώτημα που τίθεται εδώ είναι εάν ο *ενωσιακός νομοθέτης νομιμοποιείται* να προβάλει στην *υποχρεωτική* επιβολή ενός τόσο επαχθούς μέτρου που δευτερογενώς έστω εξυπηρετεί τους σκοπούς της ποινικής καταστολής, εξαναγκάζοντας *όλα* τα κράτη μέλη (δηλ. ακόμη και όσα απείχαν από την ενσωμάτωση της δυνητικής εφαρμογής ρήτρας του άρθρου 15 παρ. 1 εδ. β' της Οδηγίας 2002/58/ΕΚ- ΕΕ 2002 L 201/37) να συμμορφωθούν προς το περιεχόμενο των περιορισμών που ο *ίδιος* εισάγει, χωρίς ταυτόχρονα να οριοθετεί το *ελάχιστο* εγγυητικό πλαίσιο μέσα στο οποίο να καθίσταται ανεκτή η υλοποίηση των περιοριστικών επιταγών που ο *ίδιος* θέτει. Μπορεί, με άλλα λόγια, μια πράξη του παράγωγου ενωσιακού δικαίου, η (υποχρεωτική) εφαρμογή της οποίας συνεπάγεται μια *τέτοιας έντασης επέμβαση* στο δικαίωμα των άρθρων 16 ΣΛΕΕ, 8 ΧΘΔΕ και 8 ΕΣΔΑ να μην προβλέπει αντίστοιχο προστατευτικού βαθμού *δεσμευτικές* εγγυήσεις, αλλά να αναθέτει ολοκληρωτικά τη χάραξη τους στους εθνικούς νομοθέτες μέσω μιας αφηρημένης παραπομπής όπως εκείνη του άρθρου 4 ή, πολύ περισσότερο, μέσω μιας σπερούμενης δεσμευτικής ισχύος αναφοράς στο Προοίμιο (βλ. υπ' αριθμ.25 στοικ.); Η απάντηση είναι πρόδηλα αρνητική και πλήρως

Ωστόσο παρόμοιος ισχυρισμός δεν ευσταθεί. Και τούτο διότι ο αυτόνοτος σεβασμός των ορίων της κοινοτικής νομοπαραγωγικής δραστηριότητας όχι μόνο δεν αποκλείει αλλά αντίθετα *προϋποθέτει* την ύψιστη αξίωση για διασφάλιση της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων κατά την ανάληψη και υλοποίηση της δράσης αυτής, όπως σαφώς προκύπτει από το άρθρο 6 ΣΕΕ την ισχύ του οποίου θα ακύρωνε κάθε προσπάθεια πρόταξης του στενού πεδίου εφαρμογής της Κοινοτικής Συνθήκης ως άλλοθι για την παράκαμψη των υπερκείμενων εγγυητικών δεσμεύσεων και δικαιοκρατικών επιταγών. Δεδομένης της τελεολογικής αλληλεξάρτησης που συνυφαίνει τα δύο στάδια επεξεργασίας των τηλεπικοινωνιακών δεδομένων, η σύμφωνη με το άρθρο 6 ΣΕΕ κοινοτική παρέμβαση για την εναρμόνιση των εθνικών νομοθεσιών στον τομέα της εσωτερικής αγοράς δε μπορεί έτσι να αναλίσκται *μόνο* στην τυποποίηση κανόνων σχετικά με την αποθήκευση των στοιχείων, αλλά *όφειλε* να συνοδεύεται και από τις δέουσες θεσμικές εγγυήσεις ως προς τη μετέπειτα μεταχείριση των δεδομένων από τις εθνικές αρχές επιβολής του νόμου. Να εμπεριέχει δηλ. την κωδικοποίηση ορισμένων *στοιχειωδών έστω κανόνων και κατευθυντήριων αρχών* ως προς τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις πρόσβασης και περαιτέρω αξιοποίησης των δεδομένων από τις αρμόδιες αρχές, τα κριτήρια επιλογής τους, τις εγγυήσεις δικαστικού ελέγχου και εποπτείας της δράσης τους, τη ρητή απαγόρευση της κτήσης των πληροφοριών που προκύπτουν από την επεξεργασία των δεδομένων από τρίτους πλην των εξουσιοδοτημένων προς τούτο δικωτικών αρχών (συμπεριλαμβανομένων των παρόχων και των εθνικών υπηρεσιών πληροφοριών), τον κανονιστικό αποκλεισμό της επεξεργασίας δεδομένων που συνδέονται με ιδιαίτερα ευαίσθητες και εμπιστευτικές μορφές επικοινωνίας κ.λπ.

Με την έννοια αυτή *καταφάσκει* έλλειμμα προβλεψιμότητας σε επίπεδο Οδηγίας, του οποίου η διάγνωση θα έπρεπε φυσιολογικά να παύσει εδώ την εκτιμητική κρίση ενόψει της μη πλήρωσης των προδιαγραφών της *συμφωνίας με το νόμο*. Παρ' όλα αυτά, τη συνέχιση του αξιολογικού διαβήματος υπαγορεύει η προαναφερθείσα λογικοσυστηματική ένταξη των απαιτούμενων διαδικαστικών εγγυήσεων στη σφαίρα της αρχής της αναλογικότητας, ως *τυπικής* διάστασής της<sup>55</sup>. Μία τυπολατρική, αυστηρή προ-

σκόλληση στην επαμφοτερίζουσα μετεώριση του ΕΔΔΑ ανάμεσα στις δύο βαθμίδες αξιολόγησης της συμβατικότητας (τυπική νομιμότητα/αναλογικότητα) είναι φανερό ότι θα κινδύνευε να συσκοτίσει τον πραγματικό λόγο αντίθεσης της Οδηγίας στο γράμμα και πνεύμα του άρθρου 8 ΕΣΔΑ, *ο οποίος ανάγεται κατ' ουσίαν στην προσβολή της αρχής της αναλογικότητας*. Ή αλλιώς, για να δανειστούμε την αποδιδόμενη<sup>56</sup> στον *Walter Jellinek* εύστοχη παρομοίωση, στο γεγονός ότι έστρωσε το δρόμο προκειμένου οι δικωτικές αρχές *«να πυροβολούν σπουργίτια με τη χρήση κανονιών»*.

## Β. «Νομιμότητα του επιδιωκόμενου σκοπού»

Ως δεδομένη θα πρέπει να εκλαμβάνεται η νομιμότητα του εξυπηρετούμενου μέσω της προληπτικής διατήρησης σκοπού δημόσιου συμφέροντος, καθόσον η «διερεύνηση, διαπίστωση και δίωξη σοβαρών ποινικών αδικημάτων» εμπίπτει οπωσδήποτε στους κατά το άρθρο 8 παρ. 2 ΕΣΔΑ στόχους της προάσπισης της δημόσιας τάξης και ασφάλειας και της πρόληψης ποινικών παραβάσεων. Εξάλλου, αποτελεί εξαιρετικά σπάνια περίπτωση το Δικαστήριο του Στρασβούργου να αποφανθεί υπέρ της μη δικαιολόγησης της επεξεργασίας δεδομένων ως μη συνάδουσας με κάποιον από τους αναφερόμενους στην παρ. 2 του άρθρου 8 της Σύμβασης σκοπούς<sup>57</sup>.

## Γ. «Αναγκαιότητα σε μία δημοκρατική κοινωνία»

Κατά την εξέταση της συνδρομής της τρίτης και τελευταίας προϋπόθεσης για τη δικαιολόγηση της λήψης του περιοριστικού μέτρου, το ΕΔΔΑ αποφαινεται αταλάντευτα όπως είναι γνωστό ότι *«στην έννοια της «αναγκαιότητας» υποκρύπτεται η ανταπόκριση της επέμβασης σε μία αδήριτη και πιεστική κοινωνική ανάγκη και ιδίως η αναλογικότητά της προς την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού»*<sup>58</sup>. Όπως καιρια επισημάνθηκε, στο τελευταίο αυτό υψητών σπουδαιότητας διαπιστωτικό στάδιο της συμβατικότητας εκδηλώνεται η ουσιαστική επενέργεια της *«πολυσυλλεκτικής ως προς το νόημά της και πολύπτυχης ως προς την εφαρμογή της»* ρήτρας της *«δημοκρατικής κοινωνίας»* ως ύπατου αξιολογικού

αποσυνδεδεμένη από τυχόν επιγενόμενες διορθωτικές επεμβάσεις στους εναρμονιστικούς κανόνες, για την (τελική) κατάσταση των οποίων *μόνο* είναι υπόλογοι οι εθνικοί νομοθέτες και όχι για τις παραλείψεις του κοινοτικού προτύπου. Για την ανεπάρκεια της ανωτέρω αναφοράς του Προοιμίου, πρβλ. και τις σοβαρές επιφυλάξεις που εκφράζονται στην υπ' αριθμ. 4/2005 ΓνωμΟμαδΕργΑρθ.29, 1868/05/ΕΛ WP 113, 21.10.2005, σ. 8 και στη ΓνωμΕΕΠΔΠΧ επί της Πρόταξης της Επιτροπής (ΕΕ 2005 L 298/1), παρ. 38επ., 40.

55. Βλ. την προτεινόμενη από τον S.VAN DROOGHENBROECK, ό.π., 308ff., 677, 711, διάκριση των συνιστωσών της αναλογικότητας σε *τυπικές* (μεταξύ των οποίων και οι διασφαλίσεις ενάντια στις καταχρήσεις) και *ουσιαστικές* (που θα εμπερικλείουν την κλασική τριχοτόμηση των συστατικών της επίμαχης αρχής, βλ. ανωτ. σημ.14), ως μόνη διέξοδο από την έμφορτη από «ανασφάλειες και στρατηγικά διακυβέματα» ερμηνευτική προσέγγισή της από το ΕΔΔΑ. Αντίθετα, το δικαστήριο της Καρλσρούης, λ.χ., εξετάζει τις *minimum* εγγυήσεις στο τρίτο διαπιστωτικό στάδιο, όπως ακριβώς συνέβη και κατά τον έλεγχο των γερμανικών εναρμονιστικών της Οδηγίας κανόνων στην προρηθείσα απόφασή του (BVerfGE 1 BvR 256/08), βλ. έτσι τη συγκριτική αντιπαραβολή με την αντίστοιχη θέση του ΕΔΔΑ σε Κ.ΔΕ VRIES et als., The German Constitutional Court Judgment on Data Retention:

Proportionality Overrides Unlimited Surveillance (Doesn't it) ?, in S.Gutwirth et als.(eds.), Computers, Privacy and Data Protection: An Element of Choice, Springer, 2011, pp.3-24 (6, 20-21).

56. Από τον E.FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, vol.1, München: Beck, 1973, 70.

57. Σύμφωνα με τον Y.ARAI-TAKAHASHI [The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Antwerpen-Oxford-New York: Intersentia, 2001, 11], η εξέταση πίσω από την εν λόγω στάση των οργάνων του Στρασβούργου είναι διπλή και θα πρέπει να αναζητηθεί: *i)* στον υψηλό βαθμό της δημοκρατικής διακυβέρνησης που έχει επιτευχθεί στους κόλπους των μελών του Συμβουλίου της Ευρώπης, κανένα εκ των οποίων δε θα επιθυμούσε να κατηγορηθεί για συμπεριληψη αυθαίρετων σκοπών στη νομοθεσία του και *ii)* στην κατισχύσασα στη νομολογία του ΕΔΔΑ τάση για συνδυαστική αξιολόγηση της δεύτερης με την τρίτη προϋπόθεση. Σε κάθε περίπτωση, η διστακτικότητα του Δικαστηρίου να αμφισβητήσει τη νομιμότητα των σκοπών που επικαλούνται τα κράτη μέλη τείνει να καταστήσει τη συγκεκριμένη προϋπόθεση περισσότερο τυπική, όπως διαπιστώνει και ο I.CAMERON, ό.π., 105.

58. *Leander*, ό.π., σκ.58, *Uzun*, σκ.78, *Kuric κ.α. κατά Σλοβενίας*, no.26828/06, 26.6.2012, σκ.354.

ενδείκται της στάθμισης των αντικρουόμενων αγαθών<sup>59</sup>. Η διαφορετικά, όπως διακήρυξαν οι «*κορυφαίες αυθεντίες επί του ευρωπαϊκού δικαίου ανθρωπίνων δικαιωμάτων*», «*η ερμηνεία της επίμαχης ρήτρας ενσαρκώνει ως επιτομή την υποβόσκουσα στη Σύμβαση ένταξη μεταξύ των διακυβευόμενων ατομικών έννομων αγαθών αφενός και των συλλογικών συμφερόντων της ολότητας αφετέρου*»<sup>60</sup>.

Στο πλαίσιο της ως άνω ερμηνευτικής προσέγγισης της ρήτρας έχει διευκρινιστεί απερίφραστα ότι η νοηματική πρόσληψη της αναγκαιότητας αποκλείει την εξομοίωσή της με τις έννοιες της *κατάλληλότητας ή επιθυμητότητας*, καθόσον η πρώτη «*στερείται της ελαστικότητας εκφράσεων όπως "χρήσιμο", "εύλογο" ή "επιθυμητό"*»<sup>61</sup>. Ιδίως δε σε ό,τι αφορά στην ενεργοποίηση ανακριτικών εξουσιών μυστικής παρακολούθησης οι οποίες προσήκουν σε ένα αστυνομικοκρατούμενο κράτος, πρόκειται για μία *απόλυτη και αυστηρή* (δηλ. *αυξημένης έντασης*) αναγκαιότητα που μπορεί να καταστήσει ανεκτή την επέμβαση υπό το πρίσμα του άρθρου 8 παρ. 2 ΕΣΔΑ μόνο εάν συνδέεται με την επίδειξη και αντιμετώπιση κάποιας *αποδεδειγμένα πιεστικής κοινωνικής ανάγκης*<sup>62</sup>.

Το προβάδισμα κατά τη χάραξη μιας *δίκαιης ισορροπίας*<sup>63</sup> και *κατ' αναλογία*ν διαφύλαξης του ιδιωτικού και του δημόσιου συμφέροντος αναγνωρίζεται –με βάση το απορρέον από την αρχή της επικουρικότητας γενικό τεκμήριο υπέρ της υποχώρησης χάριν της εθνικής κυριαρχίας και αυτονομίας– στα κράτη μέλη, τα οποία απολαμβάνουν ένα (προδιαγεγραμμένο από το Δικαστήριο εδώ ως) *σχετικό* περιθώριο εκτιμητικής ευχέρειας<sup>64</sup>.

59. Βλ. Γ.ΠΙΝΑΚΙΔΗ, ό.π., 39, 156επ., 310επ. και Α. McHARG, Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, MLR 1999, 62:5, 671-696 (688).

60. Y.ARAI-TAKAHASHI, *ibid.*

61. *Dudgeon κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, no.7525/76, 22.10.1981, σκ.51, *Handyside κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, no.5493/72, 7.12.1976, σκ. 48.

62. *Rotaru*, ό.π., σκ.47, *Draksas κατά Λιθουανίας*, no.36662/04, 31.7.2012, σκ.54, *Piechowicz κατά Πολωνίας*, no.20071/07, 17.4.2012, σκ.212 και *Horgh κατά Πολωνίας*, no.13621/08, 17.4.2012, σκ.123 (: το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη της πιεστικής κοινωνικής ανάγκης που πυροδοτεί την επέμβαση επιμίζονται τα κράτη μέλη). Για μη υπέρβαση των ορίων του *απολύτως αναγκαίου* κατά την εισαγωγή αποκλίσεων και περιορισμών στην προστασία των προσωπικών δεδομένων κάνει λόγο και το ΔΕΕ, βλ. την προρρηθείσα απόφαση στις υποθέσεις C-92/09 και C-93/09 (*Volker und Markus Schecke και Eifert*) σκ.77 και τις υποθέσεις: C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi και Satamedia*, 16.12.2008, Συλλ. I- 9831, σκ. 56, και C-291/12, *Michael Schwarz/Stadt Bochum*, 17.10.2013, αδημ., σκ. 47.

63. Για την αρχή της δίκαιης ισορροπίας, βλ. μεταξύ πολλών άλλων σε Α. MOWBRAY, A Study on the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, HRLR 2010, 10:2, 289-317.

64. *Klass κ.α.*, ό.π., σκ.49, *Leander*, ό.π., σκ.59, *Malone*, ό.π., σκ.81, *Weber and Saravia*, ό.π., σκ.106, *Kennedy*, ό.π., σκ.154, *Telegraaf Media Nederland*, ό.π., σκ.123, *Yefimenko κατά Ρωσίας*, no.152/04, 12.2.2013, σκ.142, *Piechowicz*, ό.π., *Szuluk κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, no.36936/05, 2.6.2009, σκ.45. Για το ότι η αναλογικότητα συνιστά την «*έτερη όψη του νομίσματος*» σε σχέση με το δόγμα του περιθωρίου εκτίμησης, βλ. ιδίως σε Y.ARAI-TAKAHASHI, ό.π., 14 με παραπομπές και D.SPIELMANN, *Allowing The Right Margin - The European Court of Human Rights and the National Margin of*

Οι εθνικές σταθμιστικές επιλογές υπόκεινται στην τελική ευρωπαϊκή ελεγκτική εποπτεία, η οποία διακρίνεται εν προκειμένω για τη *σχετική αυστηρότητα* της, όπως προεξοφλείται ήδη από τη *μερική στενότητα* του χορηγούμενου εκτιμητικού περιθωρίου και κατατείνει στη διαπίστωση της συνδρομής ή μη *λυσίτελων και επαρκών δικαιοκρατικών εγγυήσεων για την αποτροπή ενδεχόμενων κρατικών αυθαιρεσιών*. Η διαφορετικά, εφόσον ένα σύστημα κεκαλυμμένης επιτήρησης των ανταποκρίσεων «*εγκυμονεί τον κίνδυνο υποβάθμισης ή και αφανισμού ακόμη της δημοκρατίας με το πρόσχημα της υπεράσπισής της, το Δικαστήριο καλείται να βεβαιώνει τη θεσμοθέτηση ικανοποιητικών εγγυών και αποτελεσματικών αντίβρων ενάντια στις καταχρήσεις*»<sup>65</sup>.

Με βάση τη σπονδυλωτή διάρθρωση της ευρωπαϊκής αξιολογικής κρίσης και με παράλληλη αξιοποίηση των κλασικών ερμηνευτικών τεχνικών εργαλείων<sup>66</sup> εξετάζονται σφαιρικά όλες οι ειδικές βιοτικές συνιστώσες κάθε μεμονωμένης υπόθεσης όπως είναι: η φύση, η έκταση και η διάρκεια του μέτρου που υποστασιοποιεί την αναληφθείσα κρατική περιοριστική δράση για την επίτευξη του θεμιτού σκοπού, οι λόγοι που νομιμοποιούν τη λήψη του, οι αρχές που ορίζονται ως αρμόδιες να τη διατάσσουν, το είδος και η έκταση της προστασίας ή αποζημίωσης που επιδιωκούνται από το εθνικό δίκαιο για την αποκατάσταση του *status quo ante* και η εν γένει ενεργοποίηση ισχυρών θεσμικών αντίβρων για την ισοσκέλιση της επελθούσας στις ατομικές ελευθερίες βλάβης<sup>67</sup>. Ιδιαίτερη έμφαση δίνεται τέλος στη διαδικασία επίβλεψης της εφαρμογής των περιορισμών, η οποία «*οφείλει να είναι προσκολλημένη κατά το δυνατόν ευλαβικότερα στις αρχές, τις αξίες και τους θεσμούς που συγκροτούν τους ακρογωνιαίους λίθους της δημοκρατικής κοινωνίας ούτως ώστε να μην υπερκερώνται τα όρια της αναγκαιότητας κατά την έννοια του άρθρου 8 παρ. 2 ΕΣΔΑ*»<sup>68</sup>.

Μεταφέροντας τα ως άνω συστηματοποιημένα στα *dicta* του Δικαστηρίου κριτήρια στην υπό διερεύνηση περίπτωση και με δεδομένη την *αυξημένη ένταση* της επέμβασης<sup>69</sup>, παρατηρείται αρχικά ότι τόσο η *αποτελεσματικότητα* όσο και η *αυστηρή αναγκαιότητα* του σχήματος προληπτικής διατήρησης ως εργαλείου καταπολέμησης της σοβαρής εγκληματικότητας δεν έχουν μέ-

Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?, CELS Working Paper Series, 2012, ([http://www.cels.law.cam.ac.uk/events/weekly\\_cels\\_seminars.php](http://www.cels.law.cam.ac.uk/events/weekly_cels_seminars.php)), σ.28.

65. *Weber and Saravia*, ό.π., σκ.106

66. Π.χ. ένταση και έκταση των *δυσμενών επιπτώσεων* που εκλύονται από την πραγμάτωση της επέμβασης («*αρχή της αποφυγής ασύμμετρων ή δυσανάλογων συνεπειών*»), ύπαρξη λιγότερο επώδυνων ή «*ελευθεριοκτόνων*» ("liberticides") εναλλακτικών μέτρων ισοδύναμου αποτελέσματος («*αρχή της ελάχιστης δυνατής προσβολής ή του ηπιότερου μέσου*») και «*αρχή της απαγόρευσης προσβολής του πυρήνα του δικαιώματος*», με βάση την οποία τα απώτατα όρια της επεμβαίνουσας κυρίαρχης βούλησης (: κρατικής εξουσίας) περιχαρακώνονται μέσα στο διαγραφόμενο από την ουσία του δικαιώματος πεδίο.

67. *Klass κ.α.*, σκ.50, *Weber and Saravia*, ό.π., σκ.106, *Kennedy*, ό.π., σκ.153. Βλ. και *X κατά Φινλανδίας*, ό.π., σκ.213 όπου τονίζεται ότι τα επίδικα γεγονότα δεν εξετάζονται μεμονωμένα αλλά αντικειμενικά, υπό το φως της συνολικής υπόθεσης.

68. *Kennedy*, ό.π., σκ.154, *Kvasnica κατά Σλοβακίας*, no.72094/01, 9.6.2009, σκ.80

69. Βλ. ανωτ. σημ. 28.

χρη σήμερα τεκμηριωθεί με αδιάσειστες εμπειρικές αποδείξεις<sup>70</sup>. Παρά τις εργώδεις προσπάθειές της, η Επιτροπή δεν κατάφερε να συγκεντρώσει πειστικά και αναντίρρητα στατιστικά στοιχεία που να πιστοποιούν, στη βάση αξιόπιστων, διαφανών και ελέγξιμων συγκρίσεων μεγεθών, ότι η ενεργοποίηση του μέτρου έχει συμβάλει καθοριστικά στη μείωση του ποσοστού της εγκληματικότητας. Οι αφηρημένες και αόριστες αναφορές στον «πολύ σημαντικό ρόλο» των διατηρούμενων δεδομένων στις ποινικές έρευνες των κρατών μελών ή οι πιθανολογικές εικασίες ότι χωρίς τα στοιχεία «ενδεχομένως» κάποια αδικήματα να μην είχαν εξιχνιαστεί ποτέ είναι προφανές ότι δεν επαρκούν<sup>71</sup>. Ιδιαίτερα μάλιστα όταν καταγράφονται έγκριτες επιστημονικές μελέτες—όπως λ.χ. αυτή που διενεργήθηκε για λογαριασμό της Bundestag— που κατατείνουν στο εκ διαμέτρου αντίθετο συμπέρασμα, ενισχύοντας την άποψη υπέρ του εν τοις πράγμασι περισσού και ανώφελου χαρακτήρα του μέτρου<sup>72</sup>.

Επιπλέον, σύμφωνα με άλλες μετρήσεις<sup>73</sup>, οι οριακά αυξητικές τάσεις που αποτυπώθηκαν στις Ετήσιες Εκθέσεις της ομοσπονδιακής ΒΚΑ αναφορικά με τα κρούσματα της βεβαιωμένης σοβαρής εγκληματικότητας μετά τη θέση σε ισχύ του μέτρου συγκριτικά με το πριν, καταμαρτυρούν τον αρνητικό αντίκτυπο του στην πορεία της εξέλιξης των αστυνομικών ερευνών. Η ερμηνεία των πορισμάτων καταλήγει ίσως να επιβεβαιώνει, με βάση πάντα τις ίδιες πηγές, την αντιπαραγωγική (και όχι απλά πλεονάζουσα) διάσταση της προληπτικής διατήρησης, εφόσον οι πολίτες προκειμένου να αποφύγουν τη συγκομιδή και διατήρηση των στοιχείων τους καταφεύγουν συνειδητά ή εξωθούνται σε άλλες μεθόδους επικοινωνίας που δεν καλύπτονται από την εφαρμογή του μέτρου είτε εξ' ορισμού είτε εξαιτίας των υφιστάμενων *lacunae legis* στο έμφορτο από νομοτεχνικές ατέλειες και αβλεψίες κοινοτικό νομοθέτημα<sup>74</sup>.

Έτσι, στις σύμφυτες με την περιορισμένη γεωγραφική εμβέλεια της Οδηγίας εντός των εσωτερικών συνόρων της ΕΕ και γνωσμένες κανονιστικές αδυναμίες οι οποίες αφήνουν αρρυθμιστη την τύχη των δεδομένων που παράγονται ή υφίστανται επεξεργασία

από παρόχους εγκατεστημένους σε τρίτες χώρες στο πλαίσιο της ανάπτυξης και λειτουργίας του *cloud computing*<sup>75</sup>, θα πρέπει να προστεθούν και οι αναρίθμητες άλλες τεχνικές διαφυγής από τα στεγανά των δομών του συστήματος της προληπτικής διατήρησης, οι οποίες εμπειρικεύουν ολόκληρο το φάσμα των υπολογιστικών, ηλεκτρονικών ή τεχνικών γνώσεων: από τις πιο σύνθετες (βλ. προηγμένες τεχνολογίες κρυπτογράφησης) μέχρι τις πλέον απλοϊκές και ευχερώς υλοποιήσιμες (π.χ. χρήση δημόσιων τηλεφωνικών θαλάμων, μη καταχωρημένων καρτοκινητών<sup>76</sup>, υπηρεσιών ανωνυμοποίησης κ.λπ.). Ιδωμένες *in globo*, οι δυνατότητες ελιγμών και παράκαμψης της κείμενης νομοθεσίας ως άλλοι δούρειοι ίπποι υπονομεύουν την αποδεικτική αξία και χρησιμότητα των τηρούμενων δεδομένων, αμβλύνοντας έτσι την ευδοκίμηση του μέτρου αλλά και τη θεραπευόμενη μέσω αυτού επιτακτικότητα της κοινωνικής ανάγκης.

Στην οξύτερη μορφή του το πρόβλημα εμφανίζεται στο περιβάλλον των εικονικών περιηγήσεων στον παγκόσμιο ιστό εξαιτίας της διάδοσης των προσφερόμενων από την αξιοποίηση της επιστήμης της κρυπτογραφίας, ασφαλών διαύλων για τη διεξαγωγή της ψηφιακής επικοινωνίας. Όταν για παράδειγμα αποτελεί κοινό μυστικό στην κοινότητα των απανταχού διαδικτυακών σέρφερς ότι με την προσθήκη ενός και μόνο γράμματος (s) στην κεντρική ιστοσελίδα της μηχανής αναζήτησης (: *https* αντί για *http*) οι πληροφορίες που πληκτρολογούνται *παύουν να είναι ορατές* από τους παρόχους και άρα *είναι ανέφικτη η καταγραφή τους*<sup>77</sup>, ή όταν διατίθεται *δωρεάν*, «ανοικτή» πρόσβαση (*open source*) στην εφαρμογή προγραμμάτων του λεγόμενου *onion routing* που επιτρέπουν, με τη μεταφόρτωση του ανάλογου λογισμικού προγράμματος (*Tor*), την ελεύθερη και προπάντων *μη ανιχνεύσιμη ακόμη και από το άγγυνο μάτι του Μεγάλου Αδελφού* της

70. Η συνεκτίμηση στατιστικών/ ποσοτικών στοιχείων (λ.χ. ως προς τη συχνότητα της εφαρμογής του μέτρου σε δεδομένη χρονική περίοδο συγκριτικά με τον πληθυσμό ενός κράτους ή τον αριθμό των περιπτώσεων αξιοποίησης του συγκεντρωθέντος αποδεικτικού υλικού σε μεταγενέστερες ποινικές διαδικασίες) ανάγεται σε σύνθετες διαγνωστικό εργαλείο αξιολόγησης της νομιμότητας των μέτρων μυστικής τηλεπικοινωνιακής παρακολούθησης, βλ. *Klass κ.α.*, ό.π., σκ.59, *Malone*, ό.π., σκ.53, 79, *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev κατά Βουλγαρίας*, ό.π., σκ. 92

71. Βλ. Έκθεση Αξιολόγησης της Επιτροπής δυνάμει του άρθρου 14 της Οδηγίας 2006/24/ΕΚ [COM (2011) 225 τελικό, 18.4.2011], σ.33επ. αλλά και κριτική ΓνωμΕΕΠΔΠΧ επ' αυτής, ό.π., παρ. 39επ.

72. Βλ. λεπτομέρειες σε European Digital Rights (EDRI), Shadow Evaluation Report on the Data Retention Directive (2006/24/EC), 17.4.2011, ([http://www.edri.org/files/shadow\\_drd\\_report\\_110417.pdf](http://www.edri.org/files/shadow_drd_report_110417.pdf)), σ.7

73. AKVORRAT, Serious Criminal Offences, as Defined in Sect. 100a StPO, in Germany According to Police Crime Statistics, 19.2.2011 ([http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/data\\_retention\\_effectiveness\\_report\\_2011-01-26.pdf](http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/data_retention_effectiveness_report_2011-01-26.pdf)) και M.SCHWARTZ, ISP Data Retention Doesn't Aid Crime Prosecution, Information Week, 28.1.2011.

74. Για τα νομικά κενά, βλ. L.FEILER, ό.π., και B.RUSTEBERG, ό.π., 175.

75. Κατά κόσμον νεφοϋπολογιστική ή υπολογιστικό νέφος. Η συζήτηση για τη βελτίωση του νομικού οπλοστασίου με στόχο την περιστολή των κινδύνων που απορρέουν από την ανέλεγκτη και αδιαφανή λειτουργία του νέφους έχει ανοίξει στους κόλπους της ΕΕ, βλ. υπ' αριθμ. 5/2012 ΓνωμΟμαδεργΑρθ.29 σχετικά με την νεφοϋπολογιστική, 01037/12/EL, WP196, 1.7.2012, σ. 6επ., ΓνωμΕΕΠΔΠΧ επί της Ανακοίνωσης της Επιτροπής με θέμα την αξιοποίηση των δυνατοτήτων του υπολογιστικού νέφους [COM (2012) 529 τελικό, 27.9.2012], 16.11.2012, (<http://www.edps.europa.eu>), παρ. 99-105 και το σχέδιο ΓνωμΕΟΚΕ (εισηγητής PIGAL) επί της ίδιας Πρότασης, TEN/494-CE51701-2012\_00\_00\_TRA\_AS(FR)-ΔΣ/ΚΠ/Ζβ, 03.01.2013.

76. Το πρόβλημα από τη χρήση προπληρωμένων ανώνυμων καρτών ομιλίας για τα κινητά τηλέφωνα φαίνεται ότι τελούσε σε γνώση των συντακτών της Οδηγίας, εξού και η πρόβλεψη του άρθρου 5 παρ. 1 στοιχ. ε' περ.2 (vi) βάσει της οποίας στην περίπτωση προπληρωμένων ανώνυμων υπηρεσιών καταγράφονται η ημερομηνία και ώρα της αρχικής ενεργοποίησης της υπηρεσίας και ο κωδικός θέσης (κωδικός ταυτότητας κυψέλης) από την οποία πραγματοποιήθηκε η σύνδεση. Η *ratio legis* έγκειται στην *εικασία* ότι *είθισται* η αγορά και η πρώτη ενεργοποίηση των καρτοκινητών (ανεξαρτήτως του τρόπου απόκτησής τους- νόμιμη ή στη «μαύρη αγορά») να γίνονται σε κοντινή απόσταση από την οικία ή το χώρο εργασίας. Ωστόσο η «κοινή» αυτή «λογική» μπορεί εύκολα να ανατραπεί με τη μετάβαση σε διαφορετική, απομακρυσμένη τοποθεσία για την ενεργοποίηση. Αποτέλεσμα: τα δεδομένα που παράγονται και συλλέγονται είναι όχι μόνο άχρηστα για τις αρχές αλλά και παραπλανητικά στο μέτρο που αποπροσανατολίζουν τις έρευνές τους, βλ. παρόμοια κριτική σε L.FEILER, ό.π.

77. Πρβλ. το σχετ. άρθρο στη Wikipedia, *HTTP Secure* ([http://en.wikipedia.org/wiki/HTTP\\_Secure](http://en.wikipedia.org/wiki/HTTP_Secure)), με εκεί παραπομπές.



Google<sup>78</sup> κυκλοφορία μηνυμάτων, θα ήταν ποτέ ρεαλιστική η σκέψη ότι τα εν λόγω εργαλεία κρυπτογράφησης θα μπορούσαν να διαλάβουν της προσοχής όσων εκδηλώνουν ή αποπειρώνται να εκδηλώσουν παραβατική συμπεριφορά; Η απάντηση για την ακρίβεια είναι πως οι τελευταίοι όχι μόνο δεν αγνοούν τις υφιστάμενες εξελιγμένες εφαρμογές τύπου Tor, αλλά αντίθετα αποδεδειγμένα τις εκμεταλλεύονται για να διατηρούν ανεντόπιστα από τις δυνάμεις της ποινικής καταστολής σωρεία βαρύτατων παραβάσεων του κοινού ποινικού δικαίου, όπως είναι ιδίως η διακίνηση και ανταλλαγή υλικού παιδικής πορνογραφίας ή η επίσκεψη σε ιστότοπους που φιλοξενούν παρόμοιο υλικό<sup>79</sup>. Τούτο το επιχείρημα αναδεικνύεται στην τρέχουσα νομική επικαιρότητα των ΗΠΑ από τους πολέμιους του μέτρου της προληπτικής διατήρησης που σχεδιάζεται να εισαχθεί σε πιο συρρικνωμένη *ratione materiae*, αμιγώς *διαδικτυακή* κλίμακα στο πλαίσιο του υπό κατάρτιση νομοσχεδίου «για την προστασία των ανηλίκων από τους διαδικτυακούς πορνογράφους»<sup>80</sup>. Ως βασικός πυλώνας αντίκρουσης του νομοσχεδίου προτάσσεται ακριβώς η μη υπαγωγή τέτοιων εφαρμογών στη ρυθμιστική του ύλη, με συνέπεια το μελετώμενο καθεστώς να αποβαίνει «ανεφάρμοστο», «διάτρητο από εξαιρέσεις» και εν τέλει «άχρηστο»<sup>81</sup>.

78. Το πρόγραμμα Tor κατευθύνει τα διαδικτυακά δεδομένα θέσης μέσα από μια σειρά ασφαλών τούνελ του ομώνυμου δικτύου πριν τα διακομίσει στον τελικό προορισμό του χρήστη χρησιμοποιώντας στρώματα κρυπτογράφησης κατά τέτοιον τρόπο ώστε να «θολώνει»: i) τον προορισμό και τα στοιχεία της διεύθυνσης ISP του χρήστη και ii) την ταυτότητα και την τοποθεσία από τις ιστοσελίδες που επισκέπτεται, βλ. J.CONYERS et als, Dissenting Views on the Report to Accompany HR 1981 (Protecting Children From Internet Pornographers Act 2011), Report 112-281 (Part I), 112th Congress 1st Session, House of Representatives, USA, 10.11.2011, p.47, F.W.J. VAN GEEKLERKEN, Egregious Use of Tor Servers? Data Retention, Anonymity and Privacy Online, Rechtenforum.nl 2007.

79. J.CONYERS et als., ibid.

80. Protecting Children from Internet Pornographers Act of 2011 (H.R. 1981), το Section 4 του οποίου προβλέπει ότι: “[a] commercial provider of an electronic communication service shall retain for a period of at least one year a log of the temporarily assigned network addresses the provider assigns to a subscriber to [...] or customer of such service that enables the identification of the corresponding customer or subscriber information. [...]”

81. J. CONYERS et als., ό.π., οι οποίοι επισημαίνουν ωστόσο (48) ότι τυχόν ποινικοποίηση της χρήσης του Tor θα ήταν περίπλοκη, καθόσον το εν λόγω πρόγραμμα διαθέτει «εκατομμύρια σύννομες εφαρμογές». Σημειώνεται ότι με την από 19.4.2010 Γραπτή Δήλωσή του σύμφωνα με το άρθρο 123 του Κανονισμού σχετικά με τη δημιουργία ενός ευρωπαϊκού συστήματος ταχείας αντιμετώπισης (ΕΣΤΑ) των παιδόφιλων και των δραστών σεξουαλικής παρενόχλησης (0029/2010, PE440.536v01-00), το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο είχε ζητήσει την επέκταση της εφαρμογής της Οδηγίας και στις μηχανές αναζήτησης «προκειμένου να αντιμετωπιστούν με ταχύ και αποτελεσματικό τρόπο η παιδική πορνογραφία και η σεξουαλική παρενόχληση *online*». Αντίθετα, εισήγηση υπέρ της συρρίκνωσης του αριθμού των αποθηκευμένων δεδομένων περιλαμβάνεται στη ΓνωμΕΕΠΔΠΧ επί της Πρότασης της Επιτροπής, ό.π., παρ. 27 & 77, και υπέρ της θεώρησης της απαρίθμησης του άρθρου 5 της Οδηγίας ως *numerus clausus* ώστε να μην είναι εφικτή η επιβολή υποχρεώσεων στους παρόχους για συμπληρωματική διατήρηση και άλλων στοιχείων στην υπ' αριθμ. 1/2010 ΓνωμΟμαδΕργΑρθ.29, ό.π., σ. 10. Η Επιτροπή δεσμεύτηκε να αξιολογήσει «την ανάγκη όλων αυτών των κατηγοριών δεδομένων», βλ. Έκθεση Αξιολόγησης, σ.16.

Ένα ακόμη σημείο που αντιτάσσεται emphaticά στις ίδιες νομοπαρασκευαστικές διεργασίες και αντανακλά άμεσα και στη διαμεμβόμενη επί ευρωπαϊκού εδάφους συζήτηση, αφορά στην άκρως επιτυχημένη πολυετή αμερικανική εμπειρία ως προς το ισχύον σύστημα της εξατομικευμένης και εντοπισμένης σε συγκεκριμένο ύποπτο διακράτησης των στοιχείων της επικοινωνίας του κατόπιν υποβολής νόμιμου αιτήματος από τις αρχές για διάστημα έως 180 ημέρες<sup>82</sup>. Από διαθέσιμες στατιστικές συμπεραίνεται ότι η εφαρμογή του στοχευμένου αυτού μηχανισμού «για την ελαχιστοποίηση του κινδύνου διαγραφής, εν δυνάμει πολύτιμων κατά τη διενέργεια ποινικών ερευνών, αρχείων και επικοινωνιών»<sup>83</sup> στέφεται με συντριπτικά ποσοστά επιτυχίας ως προς τη διερεύνηση και δίωξη (εδώ) αδικημάτων σχετικά με τη γενετήσια εκμετάλλευση ανηλίκων<sup>84</sup>. Ενόψει της σπουδαιότητας που αποδίδεται από τη νομολογία και των δύο ευρωπαϊκών Δικαστηρίων στην ανυπαρξία *εναλλακτικών, ηπιότερων* μέτρων ισοδυνάμου αποτελέσματος ως *sine qua non* ενδείκτη για τη διαπίστωση της αναγκαιότητας<sup>85</sup> είναι σαφές ότι η Επιτροπή *οφείλει* να προσκομίσει αποδείξεις που να τεκμηριώνουν *βάσιμα* την αναποτελεσματικότητα άλλων μηχανισμών (όπως η πολυσυζητημένη και τυποποιημένη στη Σύμβαση του Συμβουλίου της Ευρώπης για το κυβερνοέγκλημα<sup>86</sup>, μέθοδος της *ταχείας ψύξης- quick freeze*<sup>87</sup>) για την επίτευξη του ίδιου αποτελέσματος με τη γενικευμένη και αυτοματοποιημένη προληπτική επιτήρηση όλων των ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Ενόσω τούτο δε συμβαίνει, το ευρωπαϊκό νομοθέτημα εισάγει έναν *υπέρμετρο, δυσανάλογο και μη ανεκτό* περιορισμό στην πληροφοριακή ιδιωτικότητα και το τηλεπικοινωνιακό απόρρητο των πολιτών.

82. 18 USC §§ 2703 (f) & 2258A(h)

83. Κατά το χαρακτηρισμό της αμερικανικής Ένωσης Παρόχων Υπηρεσιών Internet (USA ISPA), βλ. R.PETERSEN, Toward a US Data Retention Standard for ISPs, EDUCAUSE Review 2006, 41:6, 78-79.

84. J. CONYERS et als., ό.π., 45.

85. ΔΕΕ, *Schecke*, ό.π., σκ. 81, *Michael Schwarz/ Stadt Bochum*, ό.π., σκ.46 και ΕΔΔΑ, *Uzun κατά Γερμανίας*, ό.π., σκ.78.

86. CETS No. 185, 23.11.2001, άρθρο 16.

87. Η οποία, όπως είναι γνωστό, στην πιο εξελιγμένη της μορφή (*quick freeze plus*) μπορεί να καταλαμβάνει ακόμη και στοιχεία παλαιότερης της έκδοσης της δικαστικής εντολής ηλικίας που έχουν συλλεχθεί για εμπορικούς σκοπούς. Παρά τα έως σήμερα ενθαρρυντικά ευρήματα για την επάρκεια της μεθόδου να επιτελέσει το ίδιο αποτελεσματικά τους σκοπούς καταστολής του εγκλήματος σε μία πολύ πιο εντοπισμένη αριθμητικά ομάδα θιγόμενων για τους οποίους θεμελιώνονται ενδείξεις διάπραξης αξιόποινων πράξης, στις διακρυγμένες προθέσεις της Επιτροπής εντάσσεται μόνο ο μελλοντικός έλεγχος της δυνατότητας *συμπληρωματικής* αξιοποίησης της, βλ. έτσι στην ανωτέρω Έκθεση Αξιολόγησης, σ. 5-6 αλλά και στην Ερευνητική Μελέτη που εκπονήθηκε για λογαριασμό της Γενικής Διεύθυνσης Εσωτερικών Υποθέσεων, με την ίδια διαπιστωτική κατάληξη: Centre for Strategy and Evaluation Services, Final Report-Task 2, Evidence of Potential Impacts of Options for Revising the Data Retention Directive: Current Approaches to Data Preservation in the EU and in Third Countries, November 2012, ([http:// ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/police-cooperation/data-retention/docs/drd\\_task\\_2\\_report\\_final\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/police-cooperation/data-retention/docs/drd_task_2_report_final_en.pdf)). Σύμφωνη με την άποψη που υιοθετείται στο κείμενο η Μ.-Η. MARAS, 2009, ό.π., (σημ.3), 80ff. *Contra* οι L.FEILER, ό.π., P.BREYER, ό.π., 368 και R.DERKSEN, ό.π., 16, ενώ μάλλον ουδέτερη εμφανίζεται η F.BIGNAMI, 2007, ό.π., (σημ.3), 249.

Στην εξαγωγή ταυτόσημων συμπερασμάτων, επιβεβαιωτικών της υπέρβασης των *απολύτως αναγκαίων* ορίων για την ικανοποίηση του προσδοκώμενου σκοπού εμφανίζει και η διερεύνηση της συμμόρφωσης της Οδηγίας προς τη *stricto sensu* αναλογικότητα. Η Βαρύτητα του *απόλυτου, καθολικού* και *αδι-άκριτου* χαρακτήρα του μέτρου και της ανεξίτητης, υποχρεωτικής εφαρμογής του σε μία τόσο εκτεταμένη αριθμητικά ομάδα θιγόμενων συνιστά *αποφασιστικό* μεν αλλά *όχι μοναδικό* πραγματολογικό παράγοντα για τη θεμελίωση της ασυμβατότητας της Οδηγίας 2006/24/ΕΚ προς τη διάταξη του άρθρου 8 ΕΣΔΑ. Πράγματι, σε ό,τι αφορά στη νομοθετική επιβολή καθεστώτος «γενικής» ή «διερευνητικής» (τηλεπικοινωνιακής) παρακολούθησης, από την ανάγνωση των συναφών νομολογιακών επισημάνσεων στις αποφάσεις *Klass κ.α. κατά Γερμανίας* (σκ.51) και *Draksas κατά Λιθουανίας* (σκ.54) φαίνεται να υπολανθάνει ερμηνευτικά η θέση πως εάν συνέτρεχε τέτοια περίπτωση στις επίμαχες εθνικές νομοθεσίες (πράγμα που δε διαπιστώθηκε) η έκβαση της σταθμιστικής αξιολόγησης εκ μέρους του Δικαστηρίου θα ήταν διαφορετική, δηλ. υπέρ της διάγνωσης της ασυμβατότητας του μέτρου προς την ΕΣΔΑ. Τούτο όμως αντλείται έμμεσα, υπόρρητα και υπαινικτικά ενώ δε διαλαμβάνεται κάποια ειδική μνεία ή επεξήγηση των νομικών συνεπειών που θα υπείχε η εγκαθίδρυση ενός τέτοιου καθεστώτος υπό το φως του άρθρου 8 ΕΣΔΑ<sup>88</sup>.

Με παρόμοιο τρόπο αντιμετωπίστηκε εξάλλου και στην απόφαση *Uzun κατά Γερμανίας* το ζήτημα της νομιμότητας της παρακολούθησης μέσω GPS, η οποία κρίθηκε ότι δεν ισοδυναμούσε με «καθολική και απόλυτη επιτήρηση» του αιτούντος, *ενόψει της σύντομης διάρκειας της εφαρμογής της* που τον έπληττε κυρίως κατά τα οδικά ταξίδια που πραγματοποιούσε τα Σαββατοκύριακα. Έτσι, μετά από συνεκτίμηση αφενός της σοβαρότητας των αδικημάτων για τα οποία είχε διαταχθεί η παρακολούθηση αλλά και της αποτυχίας άλλων ηπιότερων μεθόδων για την αποτελεσματική δίωξή τους έγινε τελικά δεκτή η συμφωνία του μέτρου προς το άρθρο 8 ΕΣΔΑ (σκ.80). Από την άλλη πλευρά, μπορεί η αδιάκριτη και καθολική φύλαξη των δακτυλικών αποτυπωμάτων, κυτταρικών δειγμάτων και προφίλ DNA ακόμη και απλών υπόπτων με τον τρόπο που τυποποιήθηκε στη βρετανική νομοθεσία να αξιολογήθηκε ως δυσανάλογη και μη αναγκαία σε μία δημοκρατική κοινωνία στο πλαίσιο της απόφασης *S. and Marper κατά Ηνωμένου Βασιλείου* (σκ.125), ωστόσο στη νεότερη απόφαση *MM κατά Ηνωμένου Βασιλείου* διευκρινίστηκε ότι η «απεριόριστη και ανεξίτητη συγκέντρωση σχετικών με το ποινικό μητρώο πληροφοριών είναι απίθανο ότι συνάδει προς τις απαιτήσεις του άρθρου 8 ΕΣΔΑ, εν τη απουσία σαφών και λεπτομερών νομοθετικών κανονισμών για την αποσαφήνιση των εφαρμοστέων εγγυήσεων αλλά και τον καθορισμό των κανόνων που θα διέπουν, μεταξύ άλλων, τις συνθήκες επιτρεπόμενης συλλογής των προσωπικών στοιχείων, τη διάρκεια της αποθηκευτικής περιόδου, τους τρόπους σύννομης αξιοποίησής τους αλλά και τους όρους της καταστροφής τους» (σκ.199)<sup>89</sup>. Α *contrario* επομένως συνάγεται ότι η

θεσμοθέτηση των τελευταίων αυτών εγγυήσεων θα μπορούσε ενδεχομένως να νομιμοποιήσει *per modum exceptionis*, σε *απολύτως ειδικές και εξαιρετικές περιπτώσεις* τη λήψη του μέτρου<sup>90</sup>.

Παραταύτα, στη διερευνώμενη περίπτωση η στάθμιση κόστους-οφέλους μεταξύ των ανταγωνιστικών συμφερόντων (ατομικών-συλλογικών) γέρνει την πλάστιγγα υπέρ των πρώτων αφήνοντας νομικά έωλη τη θεσμοθέτηση του μέτρου *ως μη δικαιολογημένη* ενόψει των ασύμμετρα δυσμενών επιπτώσεων που επιφέρει στα οριοθετούμενα δικαιώματα. Κατά την αποτίμηση του «πλήγματος» που συνεπάγεται η αξιολόγηση της συγκρουσιακής κατάστασης, η ένταση και έκταση της υποχώρησης της πληροφορικής ιδιωτικότητας (και του τηλεπικοινωνιακού αφορήτου) δε μπορεί να αντισταθμιστεί κανονιστικά και αξιακά από την ωφέλεια που αποφέρει για τη δημόσια ασφάλεια και την ανταγωνιστική πολιτική η καθιέρωση ενός τέτοιου «μόνιμου και καθολικού μηχανισμού καταχώρισης της ανθρώπινης συμπεριφοράς»<sup>91</sup>. Συνδυαστικά συνεκτιμώμενοι οι (πρόσθετοι) παράγοντες που οδηγούν στην εξαγωγή του εν λόγω συμπεράσματος είναι κυρίως οι εξής:

*Πρώτον*, η αυθαιρέτη και *τεκμηριωμένα πλέον υπέρμετρη χρονική διάρκεια της αποθηκευτικής περιόδου*<sup>92</sup>. *Δεύτερον*, η σκόπιμη επιλεγείσα *αοριστία* κατά την κατάρτιση όλων σχεδόν των βασικών *ορισμών* του κοινοτικού νομοθετήματος επέτρεψε τη σε εθνικό επίπεδο κανονιστική εξουσιοδότηση της χρήσης των δεδομένων από πλήθος νομιμοποιούμενους δημόσιους φορείς και για υπερβολικά ευρύ φάσμα σκοπών που σε ορισμένες δικαιολογίες υπερακοντίζουν πλήρως τους σκοπούς επιβολής του νόμου. Η παρατηρούμενη απουσία συνεκτικότητας στις κατοχυρωμένες εγγυήσεις αλλά και τις προϋποθέσεις της αστυνομικής και δικαστικής πρόσβασης στις πληροφορίες (η οποία πρόσβαση συχνά δεν εξαρτάται καν από την προηγούμενη έκδοση δικαστικού εντάλματος ή την έγκριση ανεξάρτητης διοικητικής αρχής όπως επιτάσσει η ευρωπαϊκή νομολογία), συνιστά απότοκο των άκρως ευέλικτων και ελαστικών περιθωρίων διακριτικής ευχέρειας που απονεμήθηκαν στους εθνικούς νομοθέτες<sup>93</sup>.

κε σε ισχύ ειδική νομοθεσία που να εξουσιοδοτεί μια τέτοιας έκτασης συγκέντρωση στοιχείων”.

88. Βλ. έτσι και P.BREYER, ό.π., 368, ο οποίος θεωρεί αμφίβολο εάν το ΕΔΔΑ θα προέβαινε σε ολική απαγόρευση της εισαγωγής κάθε μορφής γενικευμένης παρακολούθησης, όπως τουλάχιστον προκύπτει από τη μέχρι τώρα στάση του. *Contra* C.GOEMANS/J.DUMORTIER, ό.π., 177, EDRI, ό.π., 16-17, Μ.-Η. MARAS, 2009, ό.π., 78ff.

89. Όπως αναφέρεται (σκ.196) μία τέτοια ερμηνεία είναι σύμφωνη προς την υπ' αριθμ.2(1) Αρχή της Σύστασης R (87)15, “η οποία αποκλείει την αδιάκριτη και απεριόριστη συλλογή δεδομένων πλην όπου τέθη-

90. Πρβλ. προς την ίδια κατεύθυνση και τις Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέα J.KOKOTT της 18.7.2007 στην υπόθεση C-275/06 (*Protonisicae*), παρ.82: «Θα μπορούσαν να προβληθούν επιφυλάξεις ως προς το αν η αποθήκευση των δεδομένων κινήσεως όλων των χρηστών [...] είναι σύμφωνη προς τα θεμελιώδη δικαιώματα, ιδίως διότι τούτο συμβαίνει χωρίς συγκεκριμένη υπόνοια» (η υπογράμμιση δική μου).

91. P.BREYER, ό.π., 370. Για «πρωτοφανή, συνεχή και διεισδυτική παρακολούθηση κάθε μορφής επικοινωνιών και κινήσεων όλων των πολιτών στην καθημερινή τους ζωή» γίνεται λόγος στην υπ' αριθμ. 4/2005 Γνωμοδ.Εργ.Αρθ.29, ό.π., 5.

92. Βάσει των «ποσοτικών και ποιοτικών αποδείξεων» της μέχρι σήμερα εφαρμογής του μέτρου από τα κράτη μέλη προκύπτει ότι στη *συντριπτική πλειοψηφία* των περιπτώσεων η διάρκεια των συναφών με τις ηλεκτρονικές επικοινωνίες πληροφοριών στις οποίες απέκτησαν πρόσβαση οι αρμόδιες αρχές δεν υπερβαίνει τους έξι μήνες «ή και λιγότερο», βλ. έτσι στην Έκθεση Αξιολόγησης της Επιτροπής, σ. 16επ.

93. Βλ. τις συγκριτικές, συνοπτικές αναφορές στην Έκθεση της Επιτροπής, σ.7 επ., 11 επ. και ευρύτερα σε Κ.-Χ. ΛΑΧΑΝΑ, ό.π., 328επ., όπου αναλυτική δικαιουσυγκριτική επισκόπηση της διαχρονικής εξέλιξης της κωδικοποίησης με αντικείμενο την προληπτική διατήρηση σε έξι αλ-λοδαπές έννομες τάξεις.

Τρίτον, η σε ευρωπαϊκό επίπεδο ατελής χάραξη των ελάχιστων δεσμευτικών προδιαγραφών σχετικά με τα απαιτούμενα *αυξημένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα ασφάλειας* συνέδραμε στην εκδήλωση κρουσμάτων παραβίασης της εμπιστευτικότητας και ακεραιότητας των πληροφοριών. Η παταγωδώς διάτρητη λειτουργία των εθνικών μέτρων ασφάλειας –όπως διαφάνηκε λ.χ. στα παραδείγματα της ανομιμοποίητης πρόσβασης της Deutsche Telekom ή των πολωνικών μυστικών υπηρεσιών στα αποθηκευμένα στοιχεία<sup>94</sup>– θα μπορούσε να είχε αποφευχθεί με τη συμπερίληψη στο άρθρο 7 της Οδηγίας *συγκεκριμένων δεσμευτικών κατευθύνσεων*<sup>95</sup> που θα εξασφάλιζαν ακριβώς την αποτροπή της μη εξουσιοδοτημένης πρόσβασης τρίτων. Ένα τέταρτο επιχείρημα θα μπορούσε να ανευρεθεί μέσα από την όψιμη μεθοδολογική τάση της στρασβουργιανής νομολογίας να υπεραμύνεται της επικράτησης του δικαστικού αυτοπεριορισμού των εκπροσώπων της εφόσον ο αμφισβητούμενος περιορισμός έχει υποβληθεί *ήδη* στη βάση της εξαντλητικής και εξουχιστικής εξέτασης της νομιμότητάς του από ανώτατα εθνικά δικαστήρια, με αναγωγή στα απαιτούμενα και τις πάγιες ερμηνευτικές θέσεις του ΕΔΔΑ. Όπως υπογραμμίστηκε χαρακτηριστικά στις αποφάσεις *Axel Springer AG κατά Γερμανίας*<sup>96</sup> και *Von Hannover κατά Γερμανίας (no.2)*<sup>97</sup> της 7ης Φεβρουαρίου 2012, στην περίπτωση αυτή οι Ευρωπαίοι δικαστές οφείλουν να επιδεικνύουν αυτοσυγκράτηση σεβόμενοι τις δικανικές διαγνώσεις των εθνικών ομολόγων τους και να μην αφίστανται ουσιαστικά από τα όσα νομολογήθηκαν κατά την κυριαρχική εθνική δικαιοδοτική εξουσία παρά μόνο εάν συντρέχουν *ιδιαίτερα σοβαροί λόγοι* (σκ. 88 και 107 αντίστοιχα). Την ισχύ του ως άνω τεκμηρίου πενταπλασιάζει εδώ η έκδοση των *πέντε* μέχρι στιγμής ακυρωτικών αποφάσεων ανώτατων αλλοδαπών δικαστηρίων στις οποίες κατέπεσε το τυπικό κύρος και η συνταγματικότητα των εθνικών ρυθμίσεων ενσωμάτωσης της Οδηγίας<sup>98</sup>.

Τέλος, ο μη ρητός αποκλεισμός της επεξεργασίας δεδομένων που συνδέονται με ιδιαίτερα ευαίσθητες ή εμπιστευτικές μορφές επικοινωνίας αντίκειται στην κατοχυρωμένη στο άρθρο 52 ΧΘΔΕΕ και αναγνωρισμένη από τη νομολογία του ΕΔΔΑ<sup>99</sup> αρχή της απα-

*γόρευσης προσβολής της ουσίας του δικαιώματος*. Η βαθύτατα εκφοβιστική επενέργεια που προκαλεί το διάχυτο αίσθημα της συνεχούς παρακολούθησης αποτυπώνεται ανάγλυφα σε μελέτη που πραγματοποιήθηκε από το γερμανικό ερευνητικό ινστιτούτο Forsa το 2008 σε δείγμα 1002 ερωτηθέντων, εκ των οποίων οι 521 (δηλ. ποσοστό 52%) δήλωσαν ότι απείχαν συνειδητά από τις τηλεφωνικές ή διαδικτυακές εμπιστευτικές μορφές επικοινωνίας με συμβούλους γάμου, ψυχοθεραπευτές, γραμμές SOS κ.λπ. εξαιτίας της θέσης σε ισχύ του μέτρου<sup>100</sup>.

Όπως έχει παρατηρηθεί<sup>101</sup>, μέσω της αποχής από την απόλαυση και άσκηση των θεμελιωδών δικαιωμάτων εξωτερικεύεται η ανάπτυξη αμυντικών στρατηγικών αντενέργειας σε πρωτοφανούς, οργουελικής έμπνευσης πρακτικές μαζικής ψηφιακής επιτήρησης. Το σοβαρό *κοινωνικό* αντίκτυπο της αποχής ως αναπόδραστης ψυχολογικής αντίδρασης στη σύγχρονη αυτή «ομηρία» του «*υπερπανοπτισμού*»<sup>102</sup> αλλά και το μέγεθος της αυτοειβαλλόμενης καταπίεσης και εσωστρέφειας που βιώνουν εμπειρικά οι πολίτες, *με αποτέλεσμα να εξαναγκάζονται στην παραίτηση από τις συνταγματικά κατοχυρωμένες ελευθερίες τους (ιδίως αυτές της ελευθερίας της έκφρασης του λόγου και διακίνησης των ιδεών)* συλλαμβάνει μία άλλη πανευρωπαϊκή δημοσκοπήση που διενεργήθηκε το 2010 για λογαριασμό του BBC World. Στα πορίσματά της καταγράφεται η ανασφάλεια και η δυσπιστία της συντριπτικής πλειοψηφίας των συμμετεχόντων στο να εκφράζονται ελεύθερα μέσω του Διαδικτύου μετά την ενεργοποίηση της προληπτικής διατήρησης<sup>103</sup>.

23.3.2010, σκ.42, *Christine Goodwin κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, no.28957/95, 11.7.2002, σκ.99.

94. EDRI, ό.π., 18

95. Π.χ. διακριτή αποθήκευση από τα τηρούμενα για εμπορικούς σκοπούς αρχεία των παρόχων, ασύμμετρη κρυπτογράφηση με χωριστή φύλαξη των κωδικών της αποκρυπτογράφησης, τήρηση δύο επιπέδων ελέγχου της πρόσβασης στα δεδομένα κ.λπ., βλ. τις προτάσεις τόσο των ειδικών εμπειρογνομόνων ως προς τα υψηλά πρότυπα ασφάλειας των δεδομένων οι οποίες παρατίθενται στην προρρηθείσα απόφαση του BVerfGE, 1 BvR 256/08, σκ.221 επ. όσο και εκείνες που περιλαμβάνονται στην υπ' αριθμ. 1/2010 ΓνωμΟμαδΕργ/Αρθ.29, ό.π., σ.14, 21. Η ανάγκη ενίσχυσης των προβλεπόμενων στην Οδηγία μέτρων ασφάλειας επισημαίνεται ακόμη στις: ΓνωμΕΕΠΔΠΧ επί της Πρότασης της Επιτροπής, ό.π., παρ. 29επ. και υπ' αριθμ.3/2006 ΓνωμΟμαδΕργ/Αρθ.29, 654/06/EL, WP 119, 25.3.2006, σ.3.

96. No. 39954/08

97. Nos. 40660/08, 60641/08. Για τη σύγχρονη αυτή τάση της νομολογίας, πρβλ. ιδίως D.SPIELMANN, 2012, ό.π., (σημ.64), 23.

98. Πρόκειται για τα δικαστήρια των: Ρουμανίας, Βουλγαρίας, Γερμανίας, Κύπρου και Τσεχίας, ενώ εκκρεμούν εκείνες σε Ουγγαρία, Ιρλανδία και Σλοβακία.

99. *Georgel and Georgeta Stoicescu κατά Ρουμανίας*, no.9718/03, 26.7.2011, σκ.68, *K.T. κατά Νορβηγίας*, 26664/03, 25.9.2008, σκ.96, *M.A.K. and R.K. κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, nos. 45901/05, 40146/06

100. Αντίστοιχα, το ποσοστό των ερωτηθέντων που απάντησαν ότι θα περιορίζαν τη συχνότητα της ηλεκτρονικής τους επικοινωνίας ανήλθε στο 11% (: 110 σε σύνολο 1002), FORSA, *Meinungen der Bundesbürger zur Vorratsdatenspeicherung*, 2008, ([http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/forsa\\_2008-06-03.pdf](http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/forsa_2008-06-03.pdf)). Η έρευνα τελεί σε γνώση της Επιτροπής η οποία όμως σχολίασε στην Έκθεση Αξιολόγησης επ' αυτής πως «δεν υπάρχει κανένα επιβεβαιωτικό αποδεικτικό στοιχείο ότι υπήρξε οποιαδήποτε αλλαγή στην συμπεριφορά σε κάθε οικείο κράτος μέλος ή στην ΕΕ γενικά» (σ.37).

101. A.MARTIN et. als., *Understanding Resistance to Digital Surveillance- Towards a Multi-disciplinary, Multi-actor Framework*, *Surveillance & Society* 2009, 6:3, 213-232, L.MITROU, ό.π., 131ff.

102. G.VETTER, *The Architecture of Control- A Contribution to the Critique of the Science of Apparatuses*, Zero Books, 2012, 87ff. Πρβλ. και M.TREMMEL, *Die Vorratsdatenspeicherung und der Panoptismus- Anwendbarkeit und Erkenntnisse aus der Analyse der Vorratsdatenspeicherung mit Foucaults Machttheorie*, 2010 ([http://tobias-lib.unituebingen.de/volltexte/2011/5606/pdf/Moritz\\_Tremmel\\_Die\\_Vorratsdatenspeicherung\\_und\\_der\\_Panoptismus.pdf](http://tobias-lib.unituebingen.de/volltexte/2011/5606/pdf/Moritz_Tremmel_Die_Vorratsdatenspeicherung_und_der_Panoptismus.pdf)). Ως θέτουσα την κοινωνία σε ομηρία και άρα κατατείνουσα στο μαρσασμό της περιέγραφε τη γενικευμένη επιτήρηση και ο αείμνηστος Δάσκαλος Ι.ΜΑΝΩΛΕΔΑΚΗΣ, *Επιτήρηση και ποινική καταστολή*, σε Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι/ C.Prittwitz (επιμ.), *Επιτήρηση και ποινική καταστολή στη σύγχρονη αντεγκληματική πολιτική*, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, 1-5 (4).

103. Συγκεκριμένα, το 72% των Γερμανών, το 69% των Γάλλων, το 56% των Ισπανών και το 53% των Πορτογάλων δήλωσαν ότι αισθάνονται ανασφαλείς ως προς τη διαδικτυακή επικοινωνία των κοινωνικών και πολιτικών τους θέσεων, βλ. Μ.-Η. MARAS, *The Social Consequences of a Mass Surveillance Measure: What Happens When We Become the "Others"?*, *IJLC*, 40/2012, 65-81 (76)

Πρόκειται λοιπόν αναμφίβολα για μία *ιδιαίτερα έντονη, διεισδυτική και επαχθή* επέμβαση η οποία δεν προκίστηκε με τα αναγκαία δημοκρατικά και δικαιολογητικά *minima* που θα της επέτρεπαν να διέλθει επιτυχώς τη δοκιμασία της *δημοκρατικής αναγκαιότητας*, ενώ υποστηρίζεται, βάσει των ανωτέρω, είναι η εκδοχή υπέρ της εν δυνάμει αντιπαλότητάς της προς το *ίδιο το δημοκρατικό ιδεώδες* και τις *αξιακές συνιστώσες του πλουραλισμού*<sup>104</sup>. Όσοι επικροτούν τους συντάκτες της Οδηγίας για την εξεύρεση μιας δέθεν χρυσής τομής<sup>105</sup> παρορούν ίσως ότι η καλλιέργεια γενικευμένων φοβικών συνδρόμων ως προς τον τρόπο διαχείρισης των προσωπικών στοιχείων και η μέσω αυτής επιδίωξη της «*συμμόρφωσης*» ή «*προσαρμογής*» των κυβερνωμένων σε «*προτυποποιημένα υποδείγματα ευπρεπούς κοινωνικής συμπεριφοράς*»<sup>106</sup>, συγκροτούν την κατ' εξοχήν πολιτική, βολοταριστική φαρέτρα των ανελεύθερων πολιτειακών καθεστώτων. Έμβλημα μιας ακμάζουσας, βιώσιμης και συμμετοχικής δημοκρατίας συνιστά αντίθετα η ενεργός δράση των αυτοκαθοριζόμενων και απαλλαγμένων από οποιοσδήποτε εξωγενείς επιρροές ή πιέσεις κοινωνιών<sup>107</sup>.

Μισαλλόδοξες και δικαστικές θεωρητικές κατασκευές που διαχωρίζουν τους πολίτες σε δύο «ταχύτητες» (*εμείς οι νομοταγείς* και *οι άλλοι, οι εχθροί ή οι ύποπτοι*) είναι ξένες προς την ποιότητα του νομικού μας πολιτισμού<sup>108</sup>. Και τούτο θα πρέπει να ληφθεί σοβαρά υπ' όψιν από τις πρόσφατες επιστημονικές απόπειρες για «απο-ενοχοποίηση» σχημάτων ανατολικο-γερμανικού εύρους ψηφιακής επόπτευσης μέσω της περιπτώσιολογικής δικαιολόγησής τους ως τάχα κοινωνικά πρόσφορων και κανονιστικά ανεκτών εργαλείων για την αντιμετώπιση λ.χ. της έξαρσης εγκλη-

μάτων μίσους που μαστίζει ένα κράτος σε δεδομένη συγκυρία<sup>109</sup>. Εάν υπάρχει κάτι που μας διδάσκει η εμπειρία της ιστορικά ανακυκλούμενης μεθόδευσης «έκτακτων» περιοριστικών μέτρων με αντιπρομοκρατική στόχευση αρχικά που όμως μετέπειτα διευρύνεται για να ενθυλακώσει τον κύριο όγκο της ποινικά αξιολογής συμπεριφοράς, όπως συνέβη και εδώ σε αρκετές δικαιοταξίες<sup>110</sup>, είναι ακριβώς η εκ των υστέρων παγίωση και μονιμοποίησή τους και η συνακόλουθη κατάρρευση των φυλετικών, μειονοτικών ή άλλων διακρίσεων που προβλήθηκαν προσηματικά και υποβολιμαία ως δικαιολογητικοί λόγοι για την επίσηυσή τους<sup>111</sup>. Μέσα από το παράδειγμα της πανευρωπαϊκά επιβληθείσας επεκτατικής, προληπτικής ηλεκτρονικής επιτήρησης υποστασιοποιείται ευκρινώς η μετατροπή *μας* (: όλων ημών των νομοταγών πολιτών) στους «*άλλους*», η *a priori* στοχοποίησή *μας* ως εν δυνάμει ή «*υπό αίρεση*»<sup>112</sup> υπόπτους και η διακύβευση και θυσιά *της δικής μας* ελευθερίας μέσω της υποβολής *μας* σε έκταση μιας οιονεί «*ποινήs χωρίς ποινή*»<sup>113</sup> στο βωμό της επίτευξης μιας υποτιθέμενης ασφάλειας. Είναι *οι δικές μας* ζωές που παρακολουθούνται με την «*εγκεφαλική εγκατάσταση ενός κλειστού κυκλώματος τηλεόρασης*»<sup>114</sup> και *όχι οι ζωές των άλλων*, όπως διαδραματί-

104. C.-M. RAVENTOS, Data Retention and Security in Europe: Towards a New Right to Digital Privacy, in C.Akrivopoulou/N.Garipidis (eds.), Human Rights and Risks in the Digital Era- Globalization and the Effects of Information Technologies, Information Science Reference, 2012, pp.46-66 (49).

105. C.MARKOU, ό.π., 470, FBIGNAMI, 2007, ό.π., (σημ.3), 251-252.

106. S.SIMITIS, Reviewing Privacy in an Information Society, 135 U.Pa.L.Rev. 1987, 707-746 (733). Πρβλ. ακόμη N.ΜΠΙΤΖΙΛΕΚΗ, Επιτήρηση: Μια ποινή χωρίς ποινικό δίκαιο;, σε Μ. Καϊάφα-Γκμπάνι/ C.Prittwithz (επιμ.), ό.π., 37-45 (40): «Οι πολίτες υποκινούνται με την επιτήρηση σε μια σύννομη συμπεριφορά. Επομένως η επιτήρηση συνιστά μέσο καθορισμού της συμπεριφοράς. Το βλέμμα που ελέγχει είναι στην ουσία ένα *ρυθμιστικό* βλέμμα» (η υπογράμμιση στο πρωτότυπο).

107. Βλ. έτσι αντί άλλων σε J.GOLDMAN, Privacy and Individual Empowerment in the Interactive Age, in R.Grant/C.Bennett (eds.), Visions of Privacy: Policy Choices for the Digital Age, Toronto: University of Toronto Press, 1999, pp. 97-115 (101). Εδώ αντichούν πρόδηλα οι σκέψεις που εκφράστηκαν στην από 15.12.1983 απόφαση-ορόσημο του δικαστηρίου της Καρλσρούης σχετικά με το νόμο περί απογραφής του πληθυσμού, 1BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83- 65 BVerfGE 1.

108. Η ανάλυση τέτοιων ακραίων απόψεων, όπως είναι λ.χ. το νεοπαγές δόγμα του *ποινικού δικαίου του εχθρού* ("Feindstrafrecht") με κύριο εκφραστή τον Günter Jakobs ή οι ομοίου προσανατολισμού θέσεις των Ronald Dworkin και Jeremy Waldron (: η *ασφάλειά μας σε αντάλλαγμα της ελευθερίας των άλλων*), είναι προφανές ότι εκφεύγει των στενών ορίων της παρούσας μελέτης. Για μία ενδιαφέρουσα κριτική παράθεση και αντίκρουση της θεωρίας του Dworkin στο πλαίσιο της διερευνώμενης θεματικής (η οποία καταλήγει σε παρεμφερή συμπεράσματα με τα εδώ εξαγόμενα), βλ. σε M.-H. MARAS, 2012, ό.π., (σημ.103), 66 ff.

109. Με το επιχείρημα ότι τότε η καθολική ηλεκτρονική παρακολούθηση συντελεί στον εντοπισμό συχνών επισκέψεων σε ιστοσελίδες εθνικιστικού/ εξτρεμιστικού περιεχομένου και άρα στην ευχερέστερη σύλληψη των δραστών, βλ. W.BÜLOW/M.WESTER, The Right to Information and the Protection of Personal Data in a Digital Era and the Age of Information, in C.Akrivopoulou/N.Garipidis, (eds.), op.cit., pp.34-45 (35).

110. Η απουσία μιας περιεκτικά και σαφώς προσδιορισμένης έννοιας του σοβαρού ποινικού αδικήματος από το σώμα των διατάξεων της Οδηγίας σε συνδυασμό και με το γεγονός ότι δεν έχει ακόμη αποκρυσταλλωθεί πανευρωπαϊκά μία αμοιβαία αποδεκτή κατανόηση του τι μπορεί να εμπίπτει στον εν λόγω ορισμό οδήγησαν σε εκ διαμέτρου αντίθετες εθνικές ερμηνευτικές προσεγγίσεις. Για παράδειγμα, στη Μάλτα και το Λουξεμβούργο ο πόνος της «σοβαρότητας» τίθεται για κάθε τιμωρόμενο με στερητική ποινή φυλάκισης *άνω του ενός έτους* πλημμέλημα, στην Ιρλανδία η πρόσβαση στα αποθηκευμένα δεδομένα εξουσιοδοτείται ρητά για πάσης φύσεως *αστικοδικαϊκής* υψηλής δικαστικές διεκδικήσεις, ενώ η αντίστοιχη περί σοβαρότητας αντίληψη του Βρετανού νομοθέτη κινείται στη σφαίρα της «ιλαρής παρωδίας» εάν σκεφτεί κανείς ότι στο Νόμο για τη σοβαρή εγκληματικότητα του 2007 δε θεωρήθηκαν άξια συμπεριληφής αδικήματα όπως η ανθρωποκτονία, ο βιασμός, ο εμπρησμός ή η απαγωγή, σε αντίθεση με εκείνο της παράνομης αλιείας σολομού, πέστοφας και ιχθύων του γλυκού νερού το οποίο καταλαμβάνει μάλιστα περίοπτη θέση στη λίστα (!)

111. Βλ. αντί άλλων σε N. PARASKEVOPOULOS, Targeting Majorities- New Orientations of Penal Control, in T.Serassis/H.Kania/J.-H. Albrecht (Eds.), Images of Crime III- Representations of Crime and the Criminal, Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 2009, pp.27-43.

112. Γ.ΤΣΟΛΙΑΣ, Επεξεργασία και προστασία των εξωτερικών στοιχείων της επικοινωνίας και των προσωπικών δεδομένων στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, σε Λ. Κοτσάλη/Γ. Τριανταφύλλου (Επιμ.), Ανθρώπινα δικαιώματα & Ποινικό δίκαιο, Ποινικά 75, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 2007, 441-475 (461), Ο ΙΔΙΟΣ, Η διατήρηση και επεξεργασία δεδομένων στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών σύμφωνα με την Οδηγία 2006/24/EK- Σύνομη ερμηνευτική προσέγγιση, ΔιΜΕΕ 3/2006, 347-352 (349).

113. Για τον εξαιρετικά εύστοχο αυτό συσχετισμό, βλ. σε N.ΜΠΙΤΖΙΛΕΚΗ, ό.π., 41επ.

114. Όπως γλαφυρά περιγράφει την προληπτική διατήρηση ο C.BOWDEN, CCTV for Inside Your Head: Blanket Traffic Data

στηκε στο σενάριο του ομώνυμου πολυβραβευμένου πολιτικο-ψυχολογικού θρίλερ του *Florian Henckel von Donnersmarck*.

#### IV. Επίμετρο

Εφόσον η Ευρωπαϊκή Ένωση διεκδικεί πράγματι την ταυτότητα της ενωμένης Ευρώπης των λαών και κυνηγά σοβαρά το όραμα της ουσιαστικής μετεξέλιξης της σε γνήσια *Ευρωπαϊκή Συμπολιτεία*<sup>115</sup> καλείται μέσα από τις επιλογές της, *που δε θα εκφυλίζουν αλλά θα ενδυναμώνουν το πρότυπο του δημοκρατικού και κοινωνικού κράτους δικαίου για την πραγμάτωση του οποίου έχει δεσμευθεί*<sup>116</sup>, να αποδεικνύει έμπρακτα την αδιάπτωτα συνεχιζόμενη προσήλωσή της στις κεκτημένες αξίες του κοινού μας φιλελεύθερου συνταγματισμού τις οποίες σταδιακά υιοθέτησε ως δικές της για τη συγκρότηση της συνταγματικής της τάξης (βλ. άρθρο 2 ΣΕΕ). Στην ίδια –εάν όχι εντονότερη– υποχρέωση για περιφρούρηση των αρυόμενων από τις ιδέες του Διαφωτισμού πολιτικών και πολιτισμικών επιτευγμάτων που συνθέτουν την κληρονομιά του δημοκρατικού φιλελευθερισμού υπόκεινται αυτονότα και τα κράτη μέλη, τα οποία ως υποκείμενα άσκησης και νομιμοποίησης της ευρωπαϊκής «συναρχίας» (από κοινού με τους οργανωμένους σε λαούς, πολίτες της Ένωσης), οφείλουν να προσφέρουν στους τελευταίους την ελευθερία ατομικής αυτοδιάθεσης και μέσα στα όρια της ευρωπαϊκής νομοθεσίας<sup>117</sup>.

Δοθέντος ότι η βαθμιαία αναδυόμενη –με κινητήριο μοχλό τη νομολογία του ΕΔΔΑ– «ευρωπαϊκή δημόσια τάξη στο πεδίο των δικαιωμάτων του ανθρώπου» ανάγεται σε αναφαίρετη συνιστώσα του ευρωπαϊκού ενοποιητικού εγχειρήματος<sup>118</sup> και σε μια εκ των

δεσμευτικών δικαιοπολιτικών απαιτήσεων για την οικοδόμηση της Ευρωπαϊκής Συμπολιτείας (μαζί με τη δημοκρατία και το κράτος δικαίου), επιβάλλεται να αναζητηθούν τρόποι για τη *μεγιστοποίηση* των τομών που εισήγαγε η επελευθέρωση με τη Συνθήκη της Λισσαβώνας αναμόρφωση, προς την κατεύθυνση της περαιτέρω εμβάθυνσης της ενωσιακής προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων και της ενίσχυσης της κανονιστικής εμβέλειας του αξιακού πυρήνα της ΕΕ. Η εικόνα που αντικατοπτρίζεται μέχρι στιγμής στη διαμόρφωση του ενωσιακού θεσμικού και νομοθετικού *apparatus* με την εργαλειοποίηση *εν προκειμένω* της προστασίας των προσωπικών δεδομένων για την αποτελεσματικότητα της διακρατικής ποινικής καταστολής και συνεργασίας<sup>119</sup> προδίδει ωστόσο την ανακολουθία μεταξύ δικαιοτικού νορματισμού και οντολογικής πρακτικής, προσιωνίζοντας κατά πολλούς την έγερση μιας υπερκρατικής «*αυτοκρατορίας προληπτικής ασφάλειας*»<sup>120</sup> με συσσωματωμένα ανεξάρτητα *κράτη-βάσεις δεδομένων*, και τη μέσω αυτής νομοτελειακή μετατροπή του «*ευρωπαϊκού ονείρου*»<sup>121</sup> σε εφιάλη.

Στον απόηχο των εξελίξεων που σηματοδότησε η δημοσιοποίηση της απόφασης της Επιτροπής να μην προβεί τελικά σε μεταρρύθμιση ουσιαστών πτυχών της Οδηγίας αλλά να παραπέμψει το ζήτημα της αναθεώρησής της στις καλένδες<sup>122</sup>, το αυτοανακηρυχθέν σε ατμομηχανή της ευρωπαϊκής ενοποιητικής ολοκλήρωσης<sup>123</sup> και φυλάττον την ενωσιακή νομιμότητα ΔΕΕ βρίσκεται ενώπιον του ιστορικού του ρόλου τον οποίο προσδοκείται ότι θα υπερασπιστεί εξαφανίζοντας την Οδηγία 2006/24/ΕΚ διά παντός από το ενωσιακό θεσμικό αρχιτεκτόνημα.

Retention and the Emergency Anti-terrorism Legislation, CTRL 2002, 8:2, 21ff.

115. Για να χρησιμοποιήσουμε την έννοια που μας άφησε ως πολύτιμη παρακαταθήκη ο εκλιπών Δ.ΤΣΑΤΣΟΣ, Ευρωπαϊκή Συμπολιτεία- Για μια ένωση λαών με ισχυρές πατρίδες, εκδ. Καστανιώτη, 2011.
116. Κυρίως αλλά όχι μόνο μέσω των άρθρων 6 και 7 ΣΕΕ.
117. Προς την ίδια κατεύθυνση βλ. και Ν.ΦΡΑΓΚΑΚΗ, Η Ευρωπαϊκή Ένωση ως Κράτος Δικαίου και ο Χώρος Ελευθερίας, Ασφάλειας και Δικαιοσύνης, σε Λ.Κοτσαλή (Επιμ.), Ελευθερία-Υπευθυνότητα-Κράτος Δικαίου, Ποινικά 82, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 2011, 79-94 (94). Για την ισότιμη, διττή νομιμοποίηση που απολαμβάνει η ΕΕ ως «ένωση κρατών και ένωση πολιτών οργανωμένων σε λαούς», σύμφωνα με την κρατούσα στη συνταγματική θεωρία άποψη, βλ. αντί άλλων σε Δ.ΤΣΑΤΣΟΥ, Η έννοια της δημοκρατίας στην Ευρωπαϊκή Συμπολιτεία, Πόλις, 2007, 59επ.
118. Πρβλ. Χ.ΡΟΖΑΚΗ, Η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου: Κλίση του Προκρούστη ή Συμβολή στην Ευρωπαϊκή Ολοκλήρωση; ΝοΒ 57/2009, 1833-1844 (1843).

119. Για τις καινοφανείς αυτές εξελίξεις που επισυνέβησαν στο ενωσιακό στερέωμα με όχημα την καθιερωθείσα μέσω του Προγράμματος της Χάγης αρχή της διαθεσιμότητας, βλ. αναλυτικά σε Κ.-CH. LACHANA, Recent Developments in the Transnational Information Exchange Between Law- Enforcement Authorities in the EU: The Introduction and Implementation of the Principle of Availability, in M.Bottis et als. (eds.), Values and Freedoms in Modern Information Law & Ethics, Nomiki Bibliothiki, 2012, pp.1175-1199.
120. M.DEN BOER, Preventive Empires: Security Dynamics at Multiple Levels of Governance, ALF 2011, 3:3, 102-113
121. J.RIFKIN, The European Dream- How Europe's Vision of the Future is Quietly Eclipsing the American Dream, Polity Press, 2004.
122. EU: Revision of Data Retention Directive Put on Hold With "No Precise Timetable" for a New Proposal, Statewatch News Online, 13.8.2012, (<http://database.statewatch.org/article.asp?aid=31781>)
123. Με αρχική την απόφαση C-4/73, J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlungen/Επιτροπή, 14.5.1974, Συλλ. 277.



## ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ ΑΕΒΕ

ΑΘΗΝΑ Μαυρομιχάλη 23, Τηλ.: 210 3678800 (30 γραμμές), ΑΘΗΝΑ Μαυρομιχάλη 2, Τηλ.: 210 3607521,  
ΠΕΙΡΑΙΑΣ Φίλωνος 107-109, Τηλ.: 80 111 70 111, ΘΕΣ/ΝΙΚΗ Φράγκων 1, Τηλ.: 2310 532134,  
ΠΑΤΡΑ Κανάρη 28-30, Τηλ.: 2610 361600

[www.nb.org](http://www.nb.org) • e-mail: [info@nb.org](mailto:info@nb.org)