

## Κωνσταντίνος Ν. Χριστοδούλου

Αναπληρωτής Καθηγητής της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Αθηνών

### Το απόρρητο των ηλεκτρονικών επικοινωνιών μετά την βάσανο του ΔΕΕ

#### Η ακύρωση της Data Retention Directive και οι επιπτώσεις της στο εθνικό δίκαιο<sup>1</sup>

#### I. Το πρόβλημα και η ιστορία του

Όπως είναι γνωστό, σε ολόκληρο το φάσμα του δικαίου των προσωπικών δεδομένων ισχύει κατ' αρχήν ο κανόνας "opt-in": Η επεξεργασία συγχωρείται στον υπεύθυνο αυτής, εφόσον συγκατατεθεί το υποκείμενο (άρθρ. 5 §1, 7 §2 ν. 2472/1997). Στο σύστημα αυτό και για λόγους δημόσιας ασφάλειας κ.τ.τ. η Οδηγία 2006/24, γνωστότερη ως data retention directive, ενσωματωμένη στο ελληνικό δίκαιο με το ν. 3917/2011 επιβάλλει *τριπτή εξαίρεση* (triple no-opt), τόσο έναντι των δύο επικοινωνούντων μερών, όσο και έναντι του παρόχου<sup>2</sup>. Αντικείμενο της *τριπτής υποχρεωτικής επεξεργασίας* («διατήρησης») δεν είναι βέβαια το περιεχόμενο της επικοινωνίας, αλλά τα λεγόμενα «εξωτερικά δεδομένα»<sup>3</sup> αυτής, ήτοι συγκεκριμένα όσα δεδομένα «κίνησης», αλλά και «θέσης» της ηλεκτρονικής επικοινωνίας είναι αναγκαία για τον προσδιορισμό της *πηγής, του προορισμού, της ημερομηνίας, της ώρας, της διάρκειας, του είδους και του εξοπλισμού της ηλεκτρονικής επικοινωνίας*, καθώς και της *θέσης* αυτού.

Σημειώνεται ότι τα προαναφερόμενα δεδομένα κίνησης ο πάροχος τα διατηρούσε βέβαια ήδη και πριν από την Οδ. 06/24 για ένα δωδεκάμηνο για αυτονόητους λόγους τεχνικούς (υποστήριξης της επικοινωνίας) και νομικούς (τιμολόγησης των υπηρεσιών του), αλλά όχι δυνάμει υποχρεώσεώς του, αλλά δικαιώματός του σύμφωνα με το άρθρ. 4 §4 και 6 §2 ν. 3471/2006 = άρθρ. Οδ. 2002/58. Ήδη όμως κατά την Οδ. 2006/24 και το ν. 3917/2011 (που την ενσωμάτωσε στο ελληνικό δίκαιο) ο πάροχος υπέχει υποχρέωση διατήρησης δεδομένων κίνησης και θέσης (*no-opt*) για ένα χρόνο από την στιγμή της επικοινωνίας (κατά το ελληνικό δίκαιο -άρθρ. 5-7 ν. 3917/11-, από έξι μήνες δε μέχρι δύο χρόνια κατά τα περιθώρια της Οδ. 06/24), προκειμένου να είναι σε θέση να τα διαβιβάσει μέσα σε πέντε μέρες, όταν τούτο του ζητηθεί από αρχή αρμόδια προς άρσιν του απορρήτου κατά το ν. 2225/94. Τούτο βεβαίως παρά την θέληση των επικοινωνούντων υποκειμένων.

#### 1. Προσβολή υπερνομοθετικών αξιών

<sup>1</sup> Προδημοσιευμένη σύνθεση συμβολών του γράφοντος στους ΤιμΤομ Η. Κρίσπη, Ε. Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη και Ν. Κλαμαρή.

<sup>2</sup> Την σπουδαιότητα της παρατήρησης αυτής βλ. παρακάτω II.1.α.

<sup>3</sup> Ότι δεν πρόκειται για εσωτερικά δεδομένα της επικοινωνίας βλ. *Hefendehl*, Daten-Dammbreueche - oder warum jede Nase zu einem Kamel fuehrt - Zugleich ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um die Vorratsdatenspeicherung, JZ 2009, 165 επ., 170.

**α) Προσβολή της ιδιωτικής σφαίρας – απορρήτου της επικοινωνίας:** Όπως καθίσταται προφανές, οι ρυθμίσεις ευρίσκονται σε ένταση τουλάχιστον προς τις Σ 9§1β, 9Α, Σ 19, ΕΣΔΑ 8, ΧΘΔ 7-8<sup>4</sup>, αλλά και προς το άρθρο 16 της Συμβάσεως του Συμβουλίου της Ευρώπης για το ηλεκτρονικό έγκλημα, που τάσσει για την αποθήκευση ανάλογες προς την Σ 19 διαδικαστικές προϋποθέσεις<sup>5</sup>. Γύρω από την προάσπιση αυτών των συνταγματικών αξιών περιστράφηκε διεθνώς η συζήτηση, πολλώ μάλλον καθώς ο σκοπός της αποθήκευσης έγκειται σε *προληπτική*<sup>6</sup> προστασία της ασφάλειας της χώρας και της δημόσιας τάξης (άρθρ. 1 Οδ. 06/ 24). Δεν φαίνεται να διαφοροποιεί την απαξία της επεξεργασίας το γεγονός ότι αυτή αφορά μόνον *εξωτερικά δεδομένα* της επικοινωνίας και όχι και το περιεχόμενό της, τα λεγόμενα «*εσωτερικά δεδομένα*» αυτής, καθώς η διάκριση επικρίνεται (ορθώς) ως (προ)σηματική<sup>7</sup>, μολονότι φαινόταν πειστική μέχρι πρότινος<sup>8</sup>, ενώ δεν λείπουν ούτε σήμερα κάποιες ενδιάμεσες θέσεις<sup>9</sup>. Αυτονόητες εξάλλου οι αντανακλαστικές επιπτώσεις της προσβολής του απορρήτου της επικοινωνίας και επί της ίδιας της ελευθερίας της επικοινωνίας, αλλά και επί των λοιπών θεμελιωδών δικαιωμάτων, λ.χ. της ελευθεροτυπίας, των διαφόρων επαγγελματικών απορρήτων, π.χ. του ιατρικού, του δικηγορικού κ.ά.<sup>10</sup>

**β) Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας:** Η ίδια οδηγία επιβάλλει ρητώς ακόμη και την υποχώρηση της αρχής αναλογικότητας (τ.ε. των υποαρχών αυτής: αναγκαιότητας, καταλληλότητας και αναλογικότητας

---

<sup>4</sup> Υπέρ της αντισυνταγματικότητας βλ. α.ά. *Gola/ Klug/ Reif* NJW 2007, 2599 επ., *Gitter/ Schnabel* MMR 2007, 413 επ. κ.π.ά., αλλά και τον ΓενΕισ στην υπόθεση C-301/ 2006.

<sup>5</sup> *Hefendehl*, ό.π. , 170.

<sup>6</sup> Όθεν η εύστοχη γερμανική ονομασία της οδηγίας ως *Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie* (ακρωνυμιστί *VDS-Richtlinie*).

<sup>7</sup> Έτσι η κρατούσα πλέον γνώμη ότι το απόρρητο της Σ 19 καλύπτει και τα "εξωτερικά δεδομένα" της επικοινωνίας βλ. α.ά. *Λαγτόγλου*, Ατομικά Δικαιώματα, σ. 351, *Λίβο*, ό.π., σ. 753, *Χρυσόγνο*, ό.π., σ. 240, *Καμίνη* Παράνομα αποδεικτικά μέσα και συνταγματική κατοχύρωση των ατομικών δικαιωμάτων (1998), σ. 205, *Τσακυράκη Σ.*, Το απόρρητο της επικοινωνίας- Απόλυτα απαραβίαστο ή ευχή της έννομης τάξης; ΝοΒ 1993, 998, *Βουτσάκη* Σχόλιο στην ΣυμβΠλημΑθ 3533/ 99 ΝοΒ, 1662 επ., *Τσόλια* ό.π., 362 επ., *Καράκωστα*, Δίκαιο και Internet β' έκδ., 2003, σελ. 141, υπ. 8. *Gusy, Chr.* Das Grundrecht des Post- und Fernmeldegeheimnisses JuS 1986, 95, 96 μ.π.π., *Χριστοδούλου*, Προστασία της προσωπικότητας και της συμβατικής ελευθερίας στα κοινωφελή δίκτυα – Προσωπικά δεδομένα και αναταγωνισμό σε μεταφορές, ενέργεια και επικοινωνίες (2007), αρ. . *L. Mitrou*, Communications Data Retention: A Pandora's Box for Rights and Liberties?, σε A. Acquisti, St. Gritzalis, C. Lambrinouidakis, S. Vimercati (επιμ.) *Digital Privacy: Theory, Technologies, and Practices*, 2008, σελ. 423-424 («ψευδοδιάκριση»).

<sup>8</sup> Βλ. α.ά. *Μάνεση*, ό.π., σ. 238, *Παραρά* Σύνταγμα 1975 -Corpus I (1982), σ. 293, *Καραμάνο*, Το απόρρητο της επικοινωνίας ΝοΒ 16, 1137, καθώς και η παλαιότερη νμλγ, π.χ. γνμδ ΑΠ 38/ 1959 ΠοινΧρ 10, 55 επ., ΣυμβΠλημΑθ 3533/ 99.

<sup>9</sup> *Δημητρόπουλος Α.*, Συνταγματικά δικαιώματα Ειδικό Μέρος, Παραδόσεις συνταγματικού δικαίου III/ Β (2005), σ. 182, *Δημητροπούλου*, ό.π., σελ. 90, 99-100 και 103-104, ενδεχομένως δε και Έτσι *Dix/ P. Schaar* Kommentierung von §6 TDDSG στο συλλογικό τόμο (με επιμ.) B. Rossnagel, *Recht der Multimediadienste*, σελ. 49 επ..

<sup>10</sup> Βλ. ad hoc εν προκειμένω *Puschke/ Singelnstein* NJW 2008, 117 επ.

stricto sensu) και τούτο με την διαμορφωμένη από το άρθρ. 11 Οδ. 06/ 24 παράγραφο 1α του άρθρου 15 Οδ. 02/ 58, σε αντιδ. προς την §1 αυτού. Συγκεκριμένα η 1<sup>η</sup> παράγραφος του άρθρου 15 Οδ. 2002/ 58 όριζε ότι «τα κράτη μέλη δύνανται να λαμβάνουν νομοθετικά μέτρα για να περιορίζουν τα δικαιώματα του υποκειμένου, εφόσον ο περιορισμός αποτελεί αναγκαίο, κατάλληλο και ανάλογο μέτρο σε μια δημοκρατική κοινωνία για την διαφύλαξη της εθνικής ασφαλείας, της δημόσιας ασφαλείας κ.τ.τ.» Όμως με το άρθρ. 11 της Οδ. 2006/ 24, η εν λόγω διάταξη καταργήθηκε, καθώς προστέθηκε στο άρθρ. 15 της Οδ. 2002/ 58 η παράγραφος 1α, που ορίζει ότι «η παράγραφος 1 δεν ισχύει για δεδομένα των οποίων τη διατήρηση προβλέπει ρητά η οδηγία 2006/24/EK για τη διατήρηση δεδομένων που παράγονται ή υποβάλλονται σε επεξεργασία σε συνάρτηση με την παροχή διαθεσίμων στο κοινό υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών ή δημοσίου δικτύου επικοινωνιών, όσον αφορά τους σκοπούς του άρθρου 1 § 1 της εν λόγω οδηγίας». Περαιτέρω προβάλλεται<sup>11</sup> με αξιόλογα επιχειρήματα και η *a priori ακαταλληλότητα* του μέτρου: Ούτε η τεχνική επάρκεια για την διαχείριση του γιγαντιαίου όγκου των προαποθηκευμένων δεδομένων υφίσταται, ούτε και η αποτελεσματικότητα του προς μείωσιν της εγκληματικότητας έχει αποδειχθεί.<sup>12</sup>

## 2. Η στάση του έλληνα νομοθέτη

Η προαναφερθείσα επί το ευνοϊκότερο για το υποκείμενο διαφορά της διατύπωσης του αντίστοιχου άρθρου 1 ν. 3917/11 μάλλον δεν μεταβάλλει ουσιωδώς τα πράγματα. Το ίδιο λεκτέον, νομίζω, και για το άρθρ. 2 §2α Οδ. 06/ 24 = άρθρ. 2 §2 α ν. 3917/ 11, όπου προσαπαιτείται η *αναγκαιότητα* των δεδομένων για την αναγνώριση του υποκειμένου. Αντιθέτως σημειώνεται ότι, υπερβαίνοντας ακόμη και τον ενωσιακό, ο εθνικός νομοθέτης (ν. 3783/ 09) επιβάλλει δημοσίου δικαίου υποχρέωση προληπτικής δήλωσης και διατήρησης όχι μόνον των προαναφερθέντων, αλλά και άλλων δεδομένων των συνδρομητών *καρτοκινητής τηλεφωνίας* (λ.χ. του ΑΦΜ) επί ένα χρόνο από την κατάρτιση της σχετικής συμβάσεως, ακόμη και χωρίς να προηγηθεί η παραμικρή επικοινωνία.<sup>13</sup> Μάλιστα ο εθνικός νομοθέτης (άρθρ. 6 π.δ. 47/ 2005) επιβάλλει στους παρόχους την υποχρέωση εγκατάστασης λογισμικού άρσης του απορρήτου.

## 3. Το χρονικό μέχρι την ανατροπή της Οδ. 06/ 24

Σε αντίθεση προς τον ενδημικό φωτοστέφανο της οθνειότητας, σε άλλες ευρωπαϊκές χώρες διογκωνόταν ο θόρυβος κατά της οδηγίας και των προαναφερθέντων δυνάμει αυτής περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Το μακρό χρονικό της έριδος (με την Επιτροπή) περιγράφεται συνοπτικώς κατά τους κυριότερους του σταθμούς παρακάτω:

---

<sup>11</sup> *Gola/ Klug/ Reif*, ό.π.

<sup>12</sup> Περαιτέρω εύλογες επικρίσεις από την σκοπιά αυτή βλ. *L. Mitrou*, ό.π, σελ.424-426, καθώς και παρακάτω, υπό II.1.

<sup>13</sup> Η εν λόγω διατήρηση των δεδομένων του συνδρομητή επιβάλλεται πριν από κάθε σύναψη σύμβασης υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας (άρθρ. 3-5 ν. 3783/ 2009), ώστε να μπορεί κανείς να συναγάγει ότι η παράλειψη της ταυτοποίησης του συνδρομητή συνεπάγεται την αναδρομική αυτοδίκαιη *ακυρότητα* της σύμβασης παροχής υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας κατ' ΑΚ 174.

α) Η ανευδόκιμος προσφυγή κατά της οδηγίας ενόπιον του ΔΕΚ: Πρώτη η Ιρλανδία προσέφυγε ενόπιον του ΔΕΚ με αίτημα την ακύρωση της οδηγίας in totto. Όμως, αν και οι κρίσιμες πλημμέλειες της οδηγίας εντοπίζονταν στους προαναφερθέντες περιορισμούς θεμελιωδών δικαιωμάτων, εν τούτοις η προσφεύγουσα δεν αρκέσθηκε να τους προβάλει αυτούς καθ' εαυτούς, αλλά στηρίχθηκε μάλλον στην ενόψει της σοβαρότητάς τους μη υπαγωγιμότητα αυτών στην ΣυνθΕΚ 95, διάταξη αφορώσα μέτρα με «αντικείμενο την εγκαθίδρυση κοινής αγοράς». Με άλλα λόγια προσέβαλε την οδηγία όχι για αυτό καθ' εαυτό το περιεχόμενό της, αλλά για την ενόψει αυτού έλλειψη νόμιμης βάσης.<sup>14</sup> Το ΔΕΚ<sup>15</sup> απέρριψε μεν την προσφυγή δεχόμενο ότι στους όρους ρύθμισης της κοινής αγοράς μπορούν να συμπεριλαμβάνονται και όροι απτόμενοι της γενικής ασφαλείας των πολιτών, αλλά απέφυγε να λάβει θέση επί αυτού καθ' εαυτό του περιεχομένου της οδηγίας, προφανώς διαβλέποντας ότι η μεταβάλλεται συνεχώς η γνώμη περί αυτού, ιδίως στην Γερμανία. Η κρίση αυτή του ΔΕΚ δεν έμεινε άμοιρη αμφισβητήσεων<sup>16</sup>:

(αα) Όσον αφορά την επάρκεια της ΣυνθΕΚ 95 = ΣΛΕΕ 114 σαν νομικής βάσεως λήψεως μέτρων ασφαλείας: Άσχετα από το ΔΕΕ μετέβαλε προηγούμενη θέση του επί του ζητήματος<sup>17</sup>, θα πρέπει να σημειωθεί ότι προφανώς κάθε μέτρο ασφαλείας προϋποθέτει, αλλά και συνεπάγεται πρόσθετο κόστος, γι' αυτό και επηρεάζει αναπόφευκτα την αγορά. Σημαίνει τούτο ότι συνιστά και μέτρο προσέγγισης των νομοθεσιών "για την εγκαθίδρυση κοινής αγοράς" με την έννοια της ΣυνθΕΚ = ΣΛΕΕ<sup>18</sup>; Αν ναι, τότε πότε άραγε θα απέμενε να εφαρμοσθούν οι διατάξεις του τίτλου VI ΣΕΕ, ήτοι οι «Διατάξεις για την αστυνομική και δικαστική συνεργασία»<sup>19</sup>;

(ββ) Εξάλλου μπορεί να διαχωρισθεί η κρίση για το περιεχόμενο της οδηγίας

---

<sup>14</sup> Η τακτική αυτή επιλογή της προσφεύγουσας ορμήθηκε από το πρόσφατο παρελθόν: Την απόφαση της Επιτροπής 2004/ 496 για τους όρους επεξεργασίας των προσωπικών δεδομένων των επιβατών στα αμερικανικά αεροδρόμια, απόφαση δυσμενή για τα θεμελιώδη δικαιώματα των ευρωπαϊών πολιτών, το ΔΕΚ είχε προτιμήσει να την ακυρώσει για έλλειψη νόμιμης βάσεως (ΔΕΚ της 30-5-2006 υποθ. C-317/ 2004 και C-318/ 2004), κρίνοντας έμμεσα κατ' αυτόν τον τρόπο το περιεχόμενό της και μη αποδοκιμάζοντάς το μετωπικώς.

<sup>15</sup> ΔΕΚ υποθ. C-301/2006, απόφ. της 10.2.2009, βλ. σε ΔιΜΕΕ 1/ 2009, 113, με σημ. Σ. Τάσση.

<sup>16</sup> Βλ. σχετικά με αυτήν α.ά. *Simitis*, Der EuGH und die Vorratsdatenspeicherung oder die verfehlte Kehrtwende bei der Kompetenzregelung, NJW 2009, 1782 επ., *Gietl/ Tomastik*, DuD 2008, 800, *Amboss* JZ 2009, 468 επ. κ.ά.

<sup>17</sup> Η κατά τούτο μεταστροφή της νμγ τού ΔΕΕ ανάμεσα στην απόφαση της 30.5.2006 για τους επιβάτες των αερολιμένων των ΗΠΑ και στην απόφαση επί της C-301/ 2006 επισημαίνεται από τον *Hefendehl*, ό.π., 170, επικρίνεται δε εύλογα ως "αντίφαση" από τον *Simitis*, ό.π.

<sup>18</sup> Για το επιχείρημα αυτό βλ. σχετικά *Hefendehl*, ό.π., 172, *Simitis*, ό.π., 1784, καθώς και την αγόρευση του ΓενΕισ Υ. Βοτ στην C-301/ 2006, αρ. 85.

<sup>19</sup> Την επισήμανση ότι η νομοπαρασκευαστική ιστορία της επίμαχης οδηγίας, ιδίως δε το αναφερόμενο σε διαπίστωση και αντιμετώπιση σοβαρών εγκλημάτων προοίμιο αυτής μάχονται κατά της υπαγωγής της στη βάση της ΣυνθΕΚ 95 = ΣΛΕΕ 114 βλ. σε *Simitis*, ό.π., 1784, *Gietl/ Tomastik*, DuD 2008, 800.

από την κρίση για τη νομική της βάση<sup>20</sup>, όταν αυτή ζητείται "ενόψει της σοβαρότητας" του περιεχομένου των μέτρων που επιβάλλονται από την οδηγία; Αν όχι, τότε θα δεσμευόταν σήμερα το ΔΕΕ από το "δεδεικασμένο" της πρώτης απόφασης, που απέρριψε την αιτίαση ότι η οδηγία εισάγει περιορισμούς «τόσο σοβαρούς», ώστε δεν μπορούν να έχουν ως βάση τους την ΣυνθΕΚ 95 και θα κωλυόταν η πρόσφατη ακύρωση της οδηγίας<sup>21</sup>;

**β) Η ακύρωση από το γερμανικό συνταγματικό δικαστήριο:** Στο μεταξύ η Γερμανία είχε ήδη ενσωματώσει μεν την οδηγία στην εσωτερική έννομη τάξη της με τροποποίηση και προσθήκη αντιστοίχων διατάξεων - παραγράφων στο νόμο της για τις τηλεπικοινωνίες (TKG §§ 113a, 113b κ.ά.), αλλά η συνταγματικότητα της πράξης προσαρμογής αμφισβητήθηκε ευθύς εξ αρχής έντονα. Τελικά προσβλήθηκε ενώπιον του συνταγματικού δικαστηρίου της χώρας, το οποίο<sup>22</sup> -εγνωσμένης ευαισθησίας απέναντι στα θεμελιώδη δικαιώματα των πολιτών της- την ακύρωσε in toto<sup>23</sup>, αποβάλλοντάς την έτσι πανηγυρικός από την εσωτερική έννομη τάξη<sup>24</sup>. Η καθοριστική για την πανευρωπαϊκή μοίρα του θεσμού απόφασή του περιείχε μάλιστα και έμμεσες υποδείξεις για την επαναανομοθέτηση του θεσμού στο εσωτερικό δίκαιο, αόριστες όμως ως εκ της αξιώσεως για μεγάλη λεπτομερειακότητά τους. Ως εκ τούτου, αλλά ιδίως και για πολιτικούς λόγους ο γερμανός νομοθέτης βρέθηκε σε αμηχανία. Από τις δύο παρατάξεις του κυβερνώντος "μεγάλου συνασπισμού" η μεν μια τασσόταν υπέρ ενός νέου προεκλογικώς εκπονημένου σχεδίου αναθεώρησης της ακυρωμένης πράξεως προσαρμογής, η δε άλλη υπέρ της μηδενικής λύσεως (καμία προκαταβολική διατήρηση δεδομένων της επικοινωνίας, πέραν βεβαίως αυτής που ούτως ή άλλως θα συγχωρούνταν και μέχρι την εισαγωγή της Οδ. 06/ 24). Έτσι όμως, νικώντας του αρνούμενου, η Γερμανία εξακολουθούσε μέχρι και σήμερα να μην έχει συμμορφωθεί προς την ενωσιακή υποχρέωσή της να ενσωματώσει (έστω μερικώς) την εν λόγω οδηγία.

**γ) Η νέα κρίση του ΔΕΕ: Ακύρωση της οδηγίας:** Η οριστική λύση στο χρονίζον πρόβλημα δόθηκε με την δεύτερη -εγγύτερα σχολιαζόμενη στην συνέχεια- απόφαση του ΔΕΕ της 8<sup>ης</sup> Απριλίου 2014. Η επανακαταγωγή της οδηγίας ενώπιον του Δικαστηρίου επιτεύχθηκε αυτήν την φορά με προδικαστικά ερωτήματα του High

<sup>20</sup> Το ότι η εν λόγω προσφυγή δεν περιοριζόταν απλώς στην αιτίαση περί αναρμοδιότητας, αλλά υπεισέρχεται αναπόφευκτα και στην αντίθεση της ουσίας της οδηγίας 06/ 24 στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ιδίως την ΧΘΔ 8 βλ. πάντοτε σε *Simitis*, ό.π., 1785. Για την στενή αλληλεξάρτηση μεταξύ αρμοδιότητας και συμβατότητας προς τις ουσιαστικές ρυθμίσεις της ΣυνθΕΚ βλ. την αγόρευση της ΓενΕισ *Kokott* στην υπόθεση C-275/ 2006 [Promusicae/ Telefonica]

<sup>21</sup> Ότι η μέλλουσα ακύρωση της οδηγίας θα συνιστά κατ' ουσίαν μεταστροφή της νμλγ του ΔΕΕ βλ. α.ά. *Hefendehl*, ό.π., 170.

<sup>22</sup> BVerfG της 2.3.2010 JZ 2010, 611-626 (με μειοψ.).

<sup>23</sup> Από την πλούσια αρθρογραφία και σχολιογραφία για την απόφαση αυτήν βλ. *Beukelmann*, Die Vorratsdatenspeicherung vor dem EuGH, NJW-Spezial 2014/ 2, 56, *Breyer* NJW-aktuell 2010, 12, *Rossnagel* NJW 2010, 1238, *Kluszczewski*, JZ 2010, 629, *Blankenburg* MMR 2010, 587 κ.π.ά.

<sup>24</sup> Ότι η γενικότερη αυστηρή προσέγγιση της αποφάσεως δεν απηχεί πάγια γερμανική νομολογία, αλλά μάλλον ανταποκρίνεται στην συντελεσμένη μεταβολή της συνήθους καταστάσεως των πραγμάτων (Normsituation), υπό την έννοιαν ότι το μέγιστο μέρος των επικοινωνιών πραγματοποιείται πλέον ηλεκτρονικώς βλ. α.ά. *Kluszczewski*, ό.π.

Court της (δικαιολογημένα, όπως καταφάνηκε) επίμονης Ιρλανδίας<sup>25</sup> και του συνταγματικού δικαστηρίου της (πάντοτε εγγύς τού γερμανικού νομικού πολιτισμού κειμένης) Αυστρίας<sup>26</sup>. Τα ερωτήματα διακρίνονταν σε δύο κατηγορίες, ήτοι αφορώντα αφενός συγκεκριμένες διατάξεις και αφετέρου κριτήρια της ερμηνείας και της συμβατότητας προς το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο της οδηγίας γενικώς και αδιακρίτως. Άσχετα από το ορισμένο των ερωτημάτων, ήτοι την αναφορά τους μόνον στις συγκεκριμένες μνημονευόμενες διατάξεις, το ΔΕΕ προτίμησε στο διατακτικό του να μην συμπεριλάβει ευθεία απάντηση στα προδικαστικά ερωτήματα, αλλά να προχωρήσει περαιτέρω κηρύσσοντας πανηγυρικώς ανίσχυρη την οδηγία, ωσάν να του είχε ζητηθεί κάτι τέτοιο βάσει της ΣΛΕΕ 263 (= ΣυνθΕΚ 230).

Έτσι τερματίστηκε μεν η εκκρεμότητα περί την δέουσα μορφή προσαρμογής στην οδηγία και η συνακόλουθη ευθύνη της Γερμανίας μετά την ακύρωση της δικής της πράξεως προσαρμογής από το συνταγματικό της δικαστήριο<sup>27</sup> (BVerfG). Μολονότι όμως το σκεπτικό της απόφασης περιστράφηκε κατά βάσιν γύρω από τα σχετικά ζητήματα που απασχόλησαν και το BVerfG, η νομική, δικαιοπολιτική, αλλά και καθαρώς πολιτική έρις περί τους όρους του ανεκτού της διατήρησης των δεδομένων της επικοινωνίας ενόψει των εθνικών συνταγμάτων, του ΧΘΔ (της ΕΣΔΑ κ.τ.τ.) συνεχίζεται αμείωτη διεθνώς. Η μεν Επιτροπή προετοιμάζει πυρετωδώς νέο σχέδιο οδηγίας διατήρησης δεδομένων ενσωματών (κατά τις δηλούμενες προθέσεις της και) τις θέσεις του ΔΕΕ, διάφορες φυγόκεντρες χώρες, όπως η Μεγάλη Βρετανία, αλλά και η Ελλάδα εκπονούν ήδη δικό τους αντίστοιχο εθνικό νομοθέτημα<sup>28</sup>, ενώ η Ομάδα Εργασίας του άρθρου 29 Οδ. 95/ 46 παραινεί με δήλωσή της<sup>29</sup> όλες τις πλευρές να αξιολογήσουν καταλλήλως την νομοθεσία τους σε συνδυασμό προς την απόφαση του ΔΕΕ. Ως εκ τούτου οι επακολουθούσες σκέψεις και παρατηρήσεις δεν επέχουν απλώς και μόνον θέση σχολιασμού δικαστικής αποφάσεως.

## II. Οι ιδιαιτερότητες της απόφασης του ΔΕΕ

Όπως και νάχει το πράγμα, το σχολιαζόμενο ηχηρό νομικό γεγονός έδωσε έναυσμα για σειρά καινοφανών ενίοτε, θεμελιωδών δε, νομικών προβληματισμών, ιδίως στο πεδίο του ενωσιακού δικαίου -"δημοσίου" και "ιδιωτικού", ουσιαστικού και δικονομικού-, του δικαίου των προσωπικών δεδομένων, του συνταγματικού, του αστικού δικαίου, αλλά και της μεθοδολογίας του δικαίου.

---

<sup>25</sup> C- 293/ 2012.

<sup>26</sup> C-594/ 2012.

<sup>27</sup> Έτσι *Roessner*, υπό τον εύγλωττο τίτλο *Vorratsdatenspeicherung in Deutschland – Ende des Umsetzungsdefizits in Sicht?*, *EuZW* 2014, 135, ιδίως III. Αντιθέτως ο *R. Streinz*, στο editorial της *NJW*, τ. 20/ 2014, θεωρεί (όχι πειστικά) ότι η Γερμανία εξακολουθεί να ευθύνει για την μη ενσωμάτωση της παράνομης οδηγίας.

<sup>28</sup> Βλ. σχετικά <https://www.huntonprivacyblog.com/2014/07/articles/uk-government-announces-emergency-data-retention-law/>.

<sup>29</sup> 14 EN WP 220/ 1-8-2014.

## 1. Ενωσιακοί «τόποι» σταθμίσεως μεταξύ υπερνομοθετικών αξιών

Από καθαρώς μεθοδολογική σκοπιά είναι ενδιαφέρον ότι το Δικαστήριο κλήθηκε να αποφανθεί επί τού ανεκτού, ήτοι της αναλογικότητας των περιορισμών που θέτει η Οδ. 2006/ 24 59 στο δικαίωμα στην ιδιωτικότητα, το οποίο μάλιστα προτίμησε να στηρίξει αποκλειστικά στον ΧΘΔ 7-8, επικαλούμενο την ΕΣΔΑ 8 μόνον περιορισμένα, παρεμπιπτόντως και «κατ' αναλογίαν» (βλ. π.χ. αρ. 47, 54, 55 της απόφασης), μολονότι ερωτήθηκε ευθέως για την συμβατότητα της οδηγίας προς αυτήν (βλ. π.χ. αρ. 18 της απόφασης)<sup>30</sup>. Πράγματι το ΔΕΕ θα μπορούσε να αρκεσθεί στην προαναφερθείσα (υπό Ι.1.β) μετωπική in abstracto κατάφωρη παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας από το άρθρο 11 της Οδηγίας και να διαπιστώσει το ανίσχυρο της εν λόγω διατάξεως. Όμως το Δικαστήριο υπεισέρχεται σε περαιτέρω λεπτομέρειες, επιχειρώντας να καταδείξει ποιο θα πρέπει να θεωρηθεί ως το «απολύτως αναγκαίο μέτρο» (αρ. 56), πέρα από το οποίο οι περιορισμοί της ιδιωτικότητας είναι αφόρητοι για κάθε δημοκρατική κοινωνία. Προϋποτίθεται βεβαίως ότι η υπερνομοθετική προστασία των ατομικών δικαιωμάτων έγκειται κατ' ουσίαν (σε προστασία του πυρήνα τους και κυρίως) σε έλεγχο της αναλογικότητας των περιορισμών τους, καθώς μάλιστα η νομολογία του ΔΕΕ<sup>31</sup> και η θεωρία<sup>32</sup> δέχονται ότι υπερνομοθετικώς κατοχυρωμένο<sup>33</sup> κοινωνικό αγαθό αποτελεί και η δημόσια ασφάλεια, ο σκοπός που θεραπεύουν οι προβλεπόμενοι από την Οδ. 06/ 24 περιορισμοί του δικαιώματος στην ιδιωτικότητα.<sup>34</sup>

Δεδομένης λοιπόν της κατ' αρχήν ισοδυναμίας των εκατέρωθεν υπερνομοθετικών αξιών<sup>35</sup>, από μόνος του ο υπέρ της μιας περιορισμός της άλλης δεν θα προσκρούει (στο Σύνταγμα, την ΕΣΔΑ ή) στον ΧΘΔ και ο ερμηνευτής θα πρέπει πάντως να επιχειρήσει να εναρμονίσει in concreto τα διαπαλαίοντα αγαθά<sup>36</sup>. Η πλάστιγγα της σταθμίσεως μεταξύ των κατ' αρχήν ισοδυνάμων συνταγματικών «τόπων»<sup>37</sup> θα κλίνει,

<sup>30</sup> Μολονότι το άρθρο 53 ΧΘΔ ρητώς επιφυλάσσεται υπέρ τυχόν μείζονος προστασίας παρεχομένης από την ΕΣΔΑ (βλ. σχετικά α.ά. *Thorsten Kingreen* σε *Calliess/ Ruffert* (επιμ.) *EUUV/ AEUV*<sup>4</sup>, 2011, υπό το άρθρο 53 του ΧΘΔ, αρ. 4 επ.) η έκφραση «κατ' αναλογίαν» δικαιολογείται πιθανότατα από το ότι η ΕΕ δεν έχει ακόμη καταστεί μέρος της ΕΣΔΑ, οπότε και αποφεύγεται η εμπλοκή του ΕΔΔΑ, που θα έθετε μείζονα ιεραρχικά προβλήματα μεταξύ αυτού και του ΔΕΕ.

<sup>31</sup> Βλ. α.ά. τις αποφάσεις στις υπ. C-402 και 415/ 2005 [*Kadi και Al Barkaat Int. F.*], σκ. 363, C-539 και 550/ 2010, σκ. 130, καθώς και την σκ. αρ. 42 της σχολιαζομένης.

<sup>32</sup> Βλ. π.χ. *Singelstein/ Stolle*, *Die Sicherheitsgesellschaft*, β' έκδ. (2008), σελ. 113, *F. Merli*, *Innere Sicherheit als eine europäische Aufgabe?*, σε *J. Iliopoulos-Strangas/ O. Diggelmann/ H. Bauer* (επιμ.), *Rechtsstaat, Freiheit und Sicherheit in Europa*, 2010, σελ. 367 επ., ad hoc *R. Streinz*, ό.π.

<sup>33</sup> Μάλλον όχι εξίσου κατοχυρωμένο υπό το ελληνικό σύνταγμα.

<sup>34</sup> Ότι η ισορροπία και στάθμιση μεταξύ ιδιωτικότητας και ασφάλειας διασαλεύθηκε καταλυτικά μετά την έκρηξη της τρομοκρατίας βλ. *Mitrou*, ό.π., 429.

<sup>35</sup> Ad hoc ο *R. Streinz*: «δεν υπάρχουν υπερθεμελιώδη δικαιώματα».

<sup>36</sup> Βλ. α.ά. *Χρυσόγονο*, *Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα*<sup>3</sup>, σελ. 102.

<sup>37</sup> Για την «τοπική» (με την έννοια που έχει καταστεί γνωστή από το ομώνυμο βιβλίο του Αριστοτέλους [προερχόμενο από την πλατωνική ακαδημία εγνωσμένως ήδη από τον *E. Hambruch*, *Logische Regeln der Platonischen Schule in der Aristotelischen Topik*, 1904]) έποψη της συγκρούσεως

εφόσον «συνηγορήσει» υπέρ εκατέρου κάποιο επιπρόσθετο κριτήριο, ένας επιπρόσθετος «τόπος» που υπερτείνει τον συνήθη ρυθμιστικό ορίζοντα, κατά τρόπον ώστε να καταδεικνύεται ότι τραυματίζεται το μέτρο που υπαγορεύεται από την αρχή της αναλογικότητας<sup>38</sup>. Αν λοιπόν ο επίμαχος περιορισμός της ιδιωτικής σφαίρας προσκρούει επιπροσθέτως και σ' έναν τέτοιον τόπο, τότε υπό την σωρευτική βάσανο ενός τέτοιου υπερβατικού κριτηρίου *ως καταλύτη* ενδέχεται να κριθεί ως αφόρητος.

Οι επιπρόσθετοι αυτοί νομολογιακοί τόποι δεν (θα μπορούσαν να) είναι όλοι εξίσου κρίσιμοι, θα μπορούσε δε ευθύς εξαρχής να επισημανθεί ότι στην πλάστιγγα κατά (της ισχύος) της επίμαχης οδηγίας βαρύνει λιγότερο ο καθένας απ' αυτούς χωριστά και περισσότερο το ικανό "κινητό"<sup>39</sup> άθροισμά τους. Για να τάμει την σύγκρουση μεταξύ ιδιωτικότητας και ασφαλείας το ΔΕΕ δεν αρκέσθηκε στους συνήθεις τόπους-όρους που νομολογεί το ΕΔΔΑ προκειμένου για τους περιορισμούς του δικαιώματος στην ιδιωτικότητα, αλλά προχωρεί περαιτέρω, ως εξής:

**α) Ειδική και σαφής νομοθετική πρόβλεψη:** Κατ' αρχάς, όπως και το ΕΔΔΑ προκειμένου για τους περιορισμούς της ιδιωτικότητας<sup>40</sup>, έτσι και το ΔΕΕ αξιώνει να υφίσταται προς τούτο ειδική και σαφής νομοθετική πρόβλεψη. Στο πλαίσιο αυτό μέμφεται την οδηγία 2006/ 24 ότι «δεν προβλέπει σαφείς και ακριβείς κανόνες σχετικά με την έκταση της επεμβάσεως στα θεμελιώδη δικαιώματα»<sup>41</sup> του υποκειμένου (αρ. 65 της σχολιαζόμενης απόφασης), ήτοι κανόνες «που να διέπουν την έκταση και την εφαρμογή του οικείου μέτρου» (αρ. 54) και ως εκ τούτου «δεν προβλέπει κανένα ... κριτήριο δυνάμενο να οριοθετήσει την πρόσβαση των αρμόδιων εθνικών αρχών στα δεδομένα» (αρ. 60).

Όπως και νάχει το πράγμα, και η αξίωση για ειδικότητα και σαφήνεια των διατάξεων που επιβάλλουν επεξεργασία προσωπικών δεδομένων απορρέει από την λεγόμενη "*αρχή (της ειδικότητας) του σκοπού*" της επεξεργασίας, συνέχεται δε διαλεκτικώς προς την αυστηρότητα με την οποία αντικρύζει η έννομη τάξη τους ποινικούς περιορισμούς κατά του υποκειμένου (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta et certa*): Όπως η ποινή, έτσι και η εκ του νόμου επεργασία προσωπικών δεδομένων του υποκειμένου αποτελεί κι αυτή προφανώς ένα "κακό" - μια εντόνως δυσμενή έννομη συνέπεια- που ο νόμος του επιβάλλει, κάτι τέτοιο δε δεν

---

μεταξύ συνταγματικών αξιών βλ. α.ά. Π. Παπανικολάου, Ελευθερία της τέχνης και δικαίωμα της προσωπικότητας, 2005, αρ. 16 επ. μ.π.π.

<sup>38</sup> Τούτο απορρέει από την εγγενή στην στάθμιση μεταξύ συνταγματικών αξιών τάση για «απαγόρευση του υπερμέτρου» (*Uebersmassverbot*), για την οποία βλ. α.ά. Maunz/ Duerig/ Herzog/ Scholz GG-Kommentar, υπό άρθρο 5.III, αρ. 57.

<sup>39</sup> Με την έννοια που προσδίδει στον όρο ο *Wilburg*, Zur Entwicklung eines beweglichen Systems im Zivilrecht (1950).

<sup>40</sup> Συγκεκριμένη πρόβλεψη από το νόμο και την νομιμότητα του σκοπού του περιορισμού της ιδιωτικότητας αξιώνει παγίως το ΕΔΔΑ. Βλ. α.ά. ΟΛΕΔΔΑ *Groppera Radio AG* κατά Ελβετίας της 12.10.1978, σκ. αρ. 68, καθώς επίσης τις αποφάσεις επί των υποθ. *Barthold* κατά Γερμανίας της 25.3.1985, *Buckley* κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 25.9.1996, σκ. 62 κ.π.ά.

<sup>41</sup> Της ίδιας απόψεως και η ΟμΕργ του άρθρου 29 στην δήλωσή της υπ' αρ. 14 EN WP 220/ 1-8-2014.



συγχωρείται κατ' αρχήν χωρίς κάποιο σοβαρό λόγο προς τούτο. Όντως, υπό την βάση των κριτηρίων Engel<sup>42</sup> και τούτων θεωρουμένων ως «κινητών» (ήτοι εναλλάξιμης βαρύτητας), η επεξεργασία των δεδομένων θα μπορούσε να προσλαμβάνει την νομική μεταχείριση ψευδοποιήσις: Ειδικώς εν προκειμένω είναι τόσο έντονος ο γενικοπροληπτικός χαρακτήρας του μέτρου της διατήρησης των δεδομένων της επικοινωνίας και η επάχθειά του σε βάρος του υποκειμένου, ώστε να ενέχει μια τεκμαιρόμενη αποδοκιμασία της έννομης τάξης εναντίον του: Η διατήρηση των δεδομένων “just in case that ..” σημαίνει ότι για την πολιτεία αυτός θα παραμένει ύποπτος μέχρις αποδείξεως του εναντίου.

Πάντως κάποιες φορές η (γερμανική συνήθως) αξίωση για ακρίβεια<sup>43</sup> και ολοένα μεγαλύτερη λεπτομερειακότητα ενδέχεται να μην παρίσταται πραγματώσιμη. Είναι ποτέ πραγματώσιμη η απόλυτη σαφήνεια, το ανεπίδεκτο ερμηνειών (και παρερμηνειών);<sup>44</sup> Στο πλαίσιο αυτής διεκυστίνδας η απόφαση αφενός αιτιάζεται την οδηγία ότι η «διάρκεια διατηρήσεως των δεδομένων κυμαίνεται» αποκείμενη στη εσωτερική έννομη τάξη (αρ. 64), αφετέρου δε ότι «δεν έχει προβλεφθεί η υποχρέωση των κρατών μελών να θέτουν [συναφείς περαιτέρω] κανόνες» (αρ. 66).

**β) Ενδείξεις τέλεσης σοβαρών αδικημάτων:** Συγκεκριμενοποιώντας ορθώς περαιτέρω τα προαναφερθέντα ενόψει του ειδικότερου σκοπού της Οδ. 2006/ 24 –της προστασίας της δημόσιας ασφάλειας-, ήτοι αξιώνοντας την συνδρομή (όχι οποιωνδήποτε, αλλά) «αντικειμενικών κριτηρίων δυναμένων να οριοθετήσουν την πρόσβαση των αρμόδιων εθνικών αρχών στα δεδομένα» (αρ. 60), το ΔΕΕ παρατηρεί ότι «η οδηγία 2006/24 καλύπτει εν γένει κάθε πρόσωπο και κάθε μέσο ηλεκτρονικής επικοινωνίας, καθώς και το σύνολο των δεδομένων κινήσεως άνευ ουδεμίας διαφοροποιήσεως, περιορισμού ή εξαιρέσεως σε σχέση προς τον σκοπό» (αρ. 57). Έτσι «απαιτεί να υφίσταται σχέση μεταξύ των δεδομένων, των οποίων προβλέπεται η διατήρηση και κάποιας απειλής για τη δημόσια ασφάλεια» (αρ. 59) και δη να «υφίσταται κάποια ένδειξη υφίσταται από την οποία θα μπορούσε να προκύψει ότι η συμπεριφορά του υποκειμένου μπορεί να συνδέεται, έστω και κατά τρόπο έμμεσο ή απομακρυσμένο, με σοβαρές παραβάσεις» (αρ. 58).

(αα) Σκοπός συγκεκριμένος και καταστατλτικός: Πρόκειται ίσως για την σημαντικότερη νομολογιακή προϋπόθεση τού επιτρεπτού της εν λόγω επεξεργασίας δεδομένων για λόγους δημοσίας ασφαλείας ως κρυφοποιήσις κατά τα παραπάνω (υπό α): Δεν αρκεί ο γενικός φόβος ή και ο κοινός τόπος ότι συχνά τελούνται παράνομες πράξεις. Απαιτείται επιπλέον να συντρέχει η ένδειξη ότι

<sup>42</sup> Γνωστών από την απόφαση ΕΔΔΑ της 8.6.1976 [υπόθεση Engel κατά Κάτω Χωρών], καθοριστική για την μετέπειτα νομολογία του δικαστηρίου αυτού για τις «κρυφοποιήσις».

<sup>43</sup> Εντοπισμό του εν λόγω προτάγματος βλ. π.χ. σε *Beukelmann*, ό.π. III, in f.

<sup>44</sup> Παρέλκει ίσως η αναφορά στο διδακτικό ιστορικό προηγούμενο της *Constitutio Data*, δια της οποίας ο Ιουστινιανός απαγόρευσε την ερμηνεία των νομοθετημάτων του ως σαφών, αλλά οι νομομαθείς της εποχής ερμήνευσαν την ίδια την *Constitutio Data* ως ασαφή κι έτσι πέτυχαν την νομιμοποίηση της ερμηνείας όλων των νομοθετημάτων του. Επισήμανση της εκ των πραγμάτων αδυναμίας του νομοθέτη προς θέσπισιν λεπτομερών, σαφών και ειδικών διατάξεων επισημαίνει ο *H.P. Bull* στο editorial του τεύχους 12 της NJW 2010 (*Vorratsdatenspeicherung - Recht gegen Dämonen?*), προς το ειρωνικό ύφος και το συνολικό συμπέρασμα του οποίου πάντως ο γράφων διαφωνεί.

το συγκεκριμένο υποκείμενο εμπλέκεται σ' αυτές ή έστω ότι η επεξεργασία ειδικώς των δικών του δεδομένων είναι απαραίτητη για την εξιχνίαση συγκεκριμένου αδικήματος. Υπό αυτό το πρίσμα ο *προληπτικός χαρακτήρας της αποθήκευσης* των δεδομένων αποκλείει από μόνος του την ειδική μνεία του συγκεκριμένου λόγου της<sup>45</sup>, τ.ε. *αποκλείει το επιτρεπτό αυτής*: Προτού τελέσει (ή έστω αποπειραθεί να τελέσει) οποιοδήποτε αδίκημα το υποκείμενο, πως είναι δυνατόν να επιστεί συγκεκριμένος λόγος σε βάρος του; Υπό την έννοιαν αυτήν τα προσωπικά δεδομένα της επικοινωνίας δεν μπορεί να κριθούν ως επιτρεπτός επεξεργάσιμα ("αποθηκεύσιμα") προτού επιστεί ο λόγος της επεξεργασίας τους, έστω ο προς αυτόν συσχετισμός τους.<sup>46</sup>

(ββ) Προϋπόθεση του επιτρεπτού κάθε υποχρεωτικής επεξεργασίας δεδομένων; Σύμφωνα με τα κρατούντα στην γερμανική νομολογία<sup>47</sup> και θεωρία<sup>48</sup> τα παραπάνω απορρέουν επίσης από την "αρχή (της ειδικότητας) του σκοπού" της επεξεργασίας των προσωπικών δεδομένων (*Zweckbindungsgebot*). Έτσι όμως, πέραν τούτου, η θέση αυτή καταδεικνύει γενικότερα την προστασία των δεδομένων ως την άλλη όψη του τεκμηρίου αθώτητας<sup>49</sup>, συναγόμενη μάλιστα *a fortiori* όταν δεν εκκρεμούν αιτιάσεις για τέλεση αξιοποιώνων πράξεων. Υπό το πρίσμα της προκειμένης νομολογίας του ΔΕΕ, ακολουθουμένης με λογική συνέπεια και πέρα από την επίδικη περίπτωση, φαίνεται προβληματική η συνταγματικότητα πλείστων μέτρων προληπτικής ασφαλείας, στηριζομένων ή μη σε *ad hoc* ρυθμίσεις της κειμένης ελληνικής νομοθεσίας. Κάποια μάλιστα από αυτά φαίνονται εύλογα, ενώ σε άλλα η ανεπιείκεια βιά, ιδίως όταν υφίστατο η δυνατότητα λήψεως ηπιότερων, αλλά εξίσου αποτελεσματικών μέτρων.<sup>50</sup>

---

<sup>45</sup> Την επισήμανση αυτή βλ. σε *Simitis*, ό.π., 1785. Κι όμως με την αυτοτελή αξίωση του για ειδικότητα της μνείας του λόγου της προαποθήκευσης των δεδομένων το ΔΕΕ μοιάζει ωσάν να υπολαμβάνει το αντίθετο, ότι δηλ. είναι τάχα προκαταβολικώς δυνατή η γνώση του συγκεκριμένου σκοπού της αποθήκευσης αυτής.

<sup>46</sup> Έτσι *Bizer* σε *Simitis BDSG* (6η έκδ., 2006) § 3a, αρ. 9 επ., 50 επ.

<sup>47</sup> Βλ. *BVerfG* της 2.3.2010 *JZ* 2010, 611-626, αρ. 213.

<sup>48</sup> *Hefendehl*, ό.π., 172, πρβλ. δε και *Kloepfer*, *Informationsrecht*, 2002, § 3, αρ. 51 § 8, αρ. 263.

<sup>49</sup> Παραλληλισμό μεταξύ των δύο, αλλά και διαφοροποίηση επί το αυστηρότερον υπέρ του κατηγορουμένου και -αντιστρόφως- αοριστία των αναπόφευκτα ελαστικότερων προϋποθέσεων για την επεξεργασία προσωπικών δεδομένων επισημαίνει ο *Kleszczewski JZ* 2010, 630 παρουσιάζοντας το ζήτημα στην γερμανική νμλγ. Ότι στην πράξη πλέον, μετά και την *BVerfG* της 2.3.2010 *JZ* 2010, ό.π., η αυστηρότητα με την οποία αντικρύζεται η επεξεργασία καθίσταται ολοένα παρεμφερέστερη προς αυτήν της ποινικής διώξεως βλ. επίσης τον *ιδιο*, ό.π.

<sup>50</sup> Έτσι το άρθρ. 27 ν. 4213/ 2013 επιβάλλει την καθημερινή προληπτική καταγραφή όλων αδιακρίτως των επισκεπτόν των κέντρων ψυχικής υγείας απανταχού της επικρατείας: ««Για τις ανάγκες αποτελεσματικής εποπτείας και ελέγχου κάθε μορφής οι μονάδες ψυχικής υγείας υποχρεούνται να κατ' ελάχιστον στοιχεία ταυτοποίησης των ωφελουμένων (ΑΜΚΑ) και των διενεργουμένων σ' αυτούς διενεργούμενων θεραπευτικών ή μη πράξεων συσχετιζόμενων τόσο με πληρωμές ή επιχορηγήσεις του Δημοσίου». Τούτο δηλαδή, μην τυχόν και διπλοσυνταγογραφηθεί κάποιο ψυχοφάρμακο για τον ίδιο ασθενή, προς αποτροπή πλημμύρας τέτοιων κρουσμάτων, ικανής να σαρώσει την εθνική οικονομία (πρβλ. και γνμδ ΑΠΔΠΧ 2/ 2014). Εξάλλου οι φωτογραφήσεις των εισερχομένων στις τράπεζες διήλθαν επί τέλους μετά πολλών βασάνων την βάση της Αρχής ΠΔΠΧ (ΟΛΑΠΔΠΧ 194/ 2012), ενώ

Σε κάθε περίπτωση θα άξιζε να παρατηρηθεί ότι το εδώ διακυβευόμενο απόρρητο των επικοινωνιών χρήζει εντονότερης προστασίας, στο μέτρο που η παραβίασή του βάλλει κατά της θελήσεως όχι ενός μόνον προσώπου, αλλά τουλάχιστον δύο, των επικοινωνούντων μερών<sup>51</sup>, εν προκειμένω δε και του παρόχου της τηλεπικοινωνιακής υπηρεσίας μεταξύ τους (triple no-opt, βλ. παραπάνω I). Στο πλαίσιο αυτό παρίσταται δικαιολογημένη η αυστηρότερη προστασία του άρθρου 19 Σ, εν σχέσει προς το άρθρο 9Α (βλ. και αμέσως παρακάτω, υπό γ). Κατά τα λοιπά ο ορίζων της μελέτης δεν θα επαρκούσε για την πραγμάτευση του -χαίνοντος ακόμη- πυρήνος του ζητήματος: Συλλήβδην επεξεργασία των δεδομένων κάθε υποκειμένου για προληπτικούς λόγους ή μόνον εκείνων για τα οποία θα συγκεντρωθούν επιβαρυντικές ενδείξεις, αλλά μήπως τότε θα είναι πλέον αργά;

**γ) Προηγούμενος έλεγχος από δικαστική ή ανεξάρτητη αρχή:** Στο ίδιο προαναφερθέν πλαίσιο από διαδικαστική σκοπιά το ΔΕΕ νομολογεί ότι «το κυριότερο είναι η πρόσβαση στα διατηρούμενα δεδομένα από τις αρμόδιες εθνικές αρχές να εξαρτάται από προηγούμενο έλεγχο πραγματοποιούμενο είτε από δικαστήριο είτε από ανεξάρτητη διοικητική αρχή» (αρ. 62) και να μην απόκειται απλώς στο ιδιώτη πάροχο που κατά την οδηγία διατηρεί μόνος του και με αποκλειστικώς δική του ευθύνη τα δεδομένα<sup>52</sup>. Τούτο, καθώς δείχθηκε ότι υπέρ των δεδομένων της επικοινωνίας δικαιολογείται μεγαλύτερη αυστηρότητα, στο μέτρο που αφορούν την κοινή ιδιωτική σφαίρα όχι ενός, αλλά περισσότερων προσώπων. Αποτελεί πράγματι ενδιαφέρουσα και τιμητική για την ελληνική συνταγματική νομική σκέψη η σκέψη ότι της επεξεργασίας θα πρέπει να προηγείται προληπτικός έλεγχος νομιμότητας από δικαστική ή ανεξάρτητη αρχή, επιταγή που περιέχεται στα άρθρα 19 του ελληνικού συντάγματος και 16 της Συμβάσεως του Συμβουλίου της Ευρώπης για το ηλεκτρονικό έγκλημα, αλλά όχι στα άρθρα 7-8 ΧΘΔ και 8 ΕΣΔΑ.

**δ) Νομοθέτηση συγκεκριμένων μέτρων ασφαλείας:** Ακόμη η απόφαση αιτιάζεται την Οδηγία, επειδή δεν προβλέπει κανόνες που «να επιβάλλουν έναν ελάχιστο αριθμό

---

το Αττικό Μετρό απέτυχε μέχρι στιγμής να πείσει την ΑΠΔΠΧ ότι η ασφάλεια των νυχτερινών δρομολογίων υπαγορεύει ως αναγκαίο ηπιότερο μέτρο την προληπτική συλλήβδην κινηματογράφηση όλων των επιβατών (ΟΛΑΠΔΠΧ 137/ 2013), καθώς οι ζώντες φύλακες μπορούν να αποκρούσουν και να συλλάβουν περισσότερους κακοποιούς από τις άψυχες κάμερες.

<sup>51</sup> Ότι ακριβώς ο παραμερισμός της κοινής θελήσεως και των δύο μερών επιβάλλει μεγαλύτερη αυστηρότητα των όρων της επεξεργασίας βλ. *Χριστοδούλου*, Προστασία της προσωπικότητας και της συμβατικής ελευθερίας στα κοινωφελή δίκτυα – Προσωπικά δεδομένα και ανταγωνισμός σε μεταφορές, ενέργεια και επικοινωνίες (2007), αρ. 87. Την άποψη αυτή συμμερίζονται επίσης οι *Eckhardt* CR 2007, 409, *Gramlich* σε *Arndt/ Fetzer/ Scherer*, *Telekommunikationsgesetz* (2008) §113a, αρ. 37, *Kleszczewski* σε *Saecker*, *BerlKomm TKG*, 2<sup>η</sup> έκδ. (2009) §§ 113a, 113b, αρ. 22.

<sup>52</sup> Κι όμως το ίδιο επιχείρημα –το ότι ο διατηρών τα δεδομένα πάροχος είναι ιδιώτης- χρησιμοποιήθηκε στην σκέψη 84 της προηγούμενης απόφασης του ΔΕΚ επί της C-301/ 2006 προς υπεράσπισιν του κύρους της Οδηγίας 2006/ 24 (!): Αφού δεσμεύει ιδιώτες επιχειρηματίες, τότε δεν αφορά μέτρα ασφαλείας, αλλά εγκαθιδρύσεως της κοινής αγοράς και υπάγεται όντως στην ΣυνΘΕΚ 95 = ΣΛΕΕ 114 και όχι στο VI ΣΕΕ για την δικαστική και αστυνομική συνεργασία (: «Το ουσιαστικό περιεχόμενο της οδηγίας 2006/24 αφορά κατ' ουσίαν τις δραστηριότητες των φορέων παροχής υπηρεσιών στον οικείο τομέα της εσωτερικής αγοράς, εξαιρουμένων των κρατικών δραστηριοτήτων που εμπίπτουν στον τίτλο VI της Συνθήκης ΕΕ.»). Βλ. και παραπάνω I.3.α.

απαιτήσεων ούτως ώστε τα πρόσωπα των οποίων τα δεδομένα διατηρούνται να έχουν επαρκείς εγγυήσεις» (αρ. 54), ήτοι «δεν προβλέπει επαρκείς εγγυήσεις, όπως είναι αυτές που απαιτεί το άρθρο 8 του Χάρτη, δυνάμενες να διασφαλίσουν την αποτελεσματική προστασία των διατηρούμενων δεδομένων κατά των κινδύνων καταχρήσεως, καθώς και κατά κάθε αθέμιτης προσβάσεως» (αρ. 66). Δεν θα μπορούσε, ωστόσο, να μην αντιπαρατηρηθεί ότι και η γενική οδηγία 95/ 46 για την προστασία των προσωπικών δεδομένων δεν ορίζει η ίδια απευθείας ειδικά μέτρα ασφαλείας αυτών, αλλά αναθέτει το σχετικό καθήκον στον εκάστοτε υπεύθυνο της επεξεργασίας.

**ε) Ποιοτικοί περιορισμοί στην αυξομειώση της προστασίας ανάλογα με το κόστος της:** Στην σκ. 67 η απόφαση επισημαίνει ότι η λήψη υπ' όψιν του κόστους εφαρμογής των μέτρων ασφαλείας που επιτάσσεται από τα αρθρ. 7 Οδ. 06/24, ιδίως δε 4 §1 Οδ. 02/58 δεν διασφαλίζει ιδιαίτερος υψηλό επίπεδο προστασίας των συνδρομητών. Για το ζήτημα βλ. αναλυτικώς παρακάτω ΠΙ.2.β.ββ.

**στ) Άλλοι τόποι:** Ακόμη η απόφαση αιτιάζεται την Οδηγία, επειδή δεν «επιβάλλει τη διατήρηση των εν λόγω δεδομένων εντός των εδαφικών ορίων της Ένωσης και, ως εκ τούτου, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι διασφαλίζει πλήρως τον έλεγχο από ανεξάρτητη αρχή» (αρ. 68). Όμως ούτε η γενική οδηγία 95/ 46 για την προστασία των προσωπικών δεδομένων προβλέπει κάτι τέτοιο. Τέλος, το ΔΕΕ παρατηρεί ότι «η οδηγία 2006/24 δεν διασφαλίζει την οριστική καταστροφή των δεδομένων με το πέρας της διάρκειας της διατηρήσεώς τους» (αρ. 67). Όμως η υποχρέωση καταστροφής του αρχείου εκ μέρους του υπευθύνου της επεξεργασίας δεν φαίνεται ολότελα αυτονόητη. Για το γενικότερο αυτό βλ. αναλυτικώς παρακάτω ΠΙ.2.α.ββ.

## **2. Δικονομικά - Το ΔΕΕ ως κριτής και νομοθέτης**

Εξάλλου από την σκοπιά του δικονομικού δικαίου η απόφαση παριστά κατά τον αντιπροσωπευτικότερο τρόπο τα εγγενή γνωρίσματα της ενωσιακής έννομης τάξης. Τούτο, ιδίως αφού ως εκ της θέσεώς του στο επίκεντρο του ευρωπαϊκού νομικού πολιτισμού το ΔΕΕ καλείται να θεραπεύσει τόσο την κεντροευρωπαϊκή, όσο και την αγγλοσαξονική παράδοση περί τον δικαιοπλαστικό ρόλο του δικαστή.

**α) Δέσμευση του ΔΕΕ από το προδικαστικό ερώτημα;** Γενικά γίνεται δεκτό ότι το Δικαστήριο επιλαμβανόμενο του προδικαστικού ερωτήματος δεν επεκτείνει πέραν αυτού τον έλεγχό του<sup>53</sup>. Εν προκειμένω η διατύπωση των προδικαστικών ερωτημάτων δεν αναφερόταν ρητώς στο κύρος όλης της οδηγίας, αλλά στο νόημα συγκεκριμένων διατάξεων (των άρθρων 3-9 αυτής) και στην συμβατότητα όλης (αδιακρίτως, αν όχι αορίστως) της οδηγίας προς τα άρθρα 7, 8, 11, 41 ΧΘΔ, 21 ΣΛΕΕ και 8, 10 ΕΣΔΑ. Μολαταύτα το ΔΕΕ δεν απαντά επί όλων των ερωτηθέντων, αλλά ερμηνεύει το σύνολο των ερωτημάτων ως «κατ' ουσίαν» αίτημα «εξέτασης του κύρους της οδηγίας υπό το φως των άρθρων 7, 8 και 11 του ΧΘΔ» (αρ. 23). Φυσικά η διάγνωση της συμβατότητας προς το πρωτογενές δίκαιο –έστω και αορίστως ολοκλήρου του νομοθετήματος- συνέχεται αρρήκτως, αλλά δεν ταυτίζεται λογικώς

<sup>53</sup> Έτσι, ώστε π.χ. να μην ελέγχει το κύρος των εξεταζομένων διατάξεων του δευτερογενούς ενωσιακού δικαίου για λόγους άλλους, πέραν των αναφερομένων στο ερώτημα (βλ. α.ά. *Schwarze* σε *Schwarze* (επιμ.) *EU-Kommentar* (2000) EGV 234, αρ. 21 μ.π.π.).

προς την διάγνωση του κύρους, πολλώ δε μάλλον προς την ακύρωση<sup>54</sup>. Πρόκειται για «αυστηρό έλεγχο» ενόψει της σοβαρότητας του διακυβευμένου εννόμου αγαθού<sup>55</sup> (της ιδιωτικότητας του βίου), τόσο αυστηρό μάλιστα, ώστε εξέπληξε μερίδα της γερμανικής θεωρίας, που δεν τον ανέμενε<sup>56</sup>.

Πιθανότατα δεν τίθεται θέμα υπερβάσεως του ερωτήματος, αλλά μάλλον κρίση όχι μόνον για το ερωτώμενο ζήτημα –την ερμηνεία *συγκεκριμένων διατάξεων*-, αλλά αναποφεύκτως και για το *πρόκριμα* (το προδικαστικό ζήτημα) αυτού, ήτοι το *κύρος της όλης οδηγίας 2006/ 24*<sup>57</sup>. Προφανώς κατόπιν τούτου φαίνεται να στερείται σημασίας η όποια *αοριστία του προδικαστικού ερωτήματος*, αφού το ΔΕΕ δικαιούται να επιληφθεί του προκρίματός του. Ίσως όμως να παραμένει κρίσιμη μόνον στο μέτρο που θα προσένεμε ευχέρεια και όχι υπηρεσιακή υποχρέωση στο Δικαστήριο να το απορρίψει.

**β) Οριοθέτηση της ισχύος της απόφασης:** Στο ίδιο πλαίσιο, προβληματισμό γεννά η οριοθέτηση της δεσμευτικότητας της απόφασης: Ενέχει απλώς διάγνωση ή και κανονιστική διάπλαση, υπό την δεύτερη δε εκδοχή έναντι ποίων, από πότε και με ποιους όρους;

αα) *Υποκειμενικά όρια:* *Inter partes* ή *erga omnes*; Προκαταρκτικώς υπενθυμίζεται ότι η σχετικότητα της του δεδικασμένου των δικαστικών αποφάσεων έχει υπερνομοθετικό έρεισμα: Συνέχεται προς το κατά Σ 20 §1, ΕΣΔΑ 6 κ.λ.π. δικαίωμα ακροάσεως των μη συμμετασχόντων στην δίκη<sup>58</sup>. Έτσι ως μέρος της διαγνωστικής δίκης η προδικαστική απόφαση του ΔΕΕ αναπτύσσει ισχύ κατ' αρχήν μόνον *inter partes*. Εν τούτοις γίνονται δεκτές δύο εξαιρέσεις:

- (i) *Έμμεση ενέργεια erga omnes* αναγνωρίζεται νομολογιακώς σε κάθε προδικαστική απόφαση του ΔΕΕ, καθώς γίνεται δεκτό<sup>59</sup> ότι, για να αποστεί αυτής σε άλλη δίκη, το εθνικό δικαστήριο θα πρέπει πάντως να απευθύνει και πάλι νέο προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ, προκειμένου το τελευταίο να κρίνει το ίδιο αν θα πρέπει να αναθεωρήσει την κρίση του.
- (ii) *Erga omnes ισχύς της προδικαστικής διάγνωσης της ακυρότητας:* Ειδικώς όμως προκειμένου για τις προδικαστικές αποφάσεις του ΔΕΕ που

<sup>54</sup> Για την διαφορά βλ. αμέσως παρακάτω 2.α.

<sup>55</sup> R. Streinz, στο editorial της NJW, τ. 20/ 2014.

<sup>56</sup> Beukelmann, Die Vorratsdatenspeicherung vor dem EuGH, NJW-Spezial 2014/ 2, 56, που θεωρούσε αναπάντεχη μια τέτοια εξέλιξη.

<sup>57</sup> Ενόψει της ιδιαιτερότητας του ΔΕΕ ως ανωτάτου οργάνου ανά την ΕΕ, η περί την δικαιοδοσία του η ενωσιδικαϊκή νομική συνείδηση υπερτείνει τα όρια ακόμη και της αγγλοσαξονικής, στο μέτρο που αποδίδει κανονιστική σημασία και στα προκρίματα της επίδικης διαφοράς. Βλ. α.ά. Χριστιανό, σε Χριστιανού (επιμ) ΕρμΣΛΕΕ 267, αρ. 45: ερμηνευτικό δεδικασμένο ή νομολογιακό προηγούμενο;

<sup>58</sup> Έτσι (εφόσον δεν αναγνωρίζεται στον καθ' ου η επέκταση της ισχύος της απόφασεως τρίτο το δικαίωμα της εναντίωσης με τριτανακοπή) Μπέης σε Κασιμάτη/ Μαυριά Ερμηνεία του Συντάγματος<sup>2</sup> (2003), άρθρ. 20, αρ. 144.

<sup>59</sup> Βλ. α.ά. Σκουρή σε Σκουρή, Ερμηνεία Συνθηκών ΕΕ, άρθρ. 234, αρ. 33 μ.π.π.

διαπιστώνουν ακυρότητα πράξεως οργάνου της ΕΕ –όπως η εδώ σχολιαζόμενη αναφορικά με την ακυρότητα της Οδ. 06/ 24-, γίνεται δεκτό ότι αναπτύσσουν ισχύ έναντι πάντων<sup>60</sup> κατ' αναλογική εφαρμογή της ΣΛΕΕ 264<sup>61</sup>, ωσάν να επρόκειτο για αποφάσεις επί προσφυγής κατά πράξεως οργάνου της ΕΕ σύμφωνα με ΣΛΕΕ 263 (οπότε το ΔΕΕ θα ασκούσε και την κατά την ΣΛΕΕ κανονιστική αρμοδιότητά του). Γι' αυτό και τα *erga omnes* αποτελέσματα δεν επέρχονται μόνον αν η δίκη κινήθηκε μετά την πάροδο της κατά ΣΛΕΕ 264 προθεσμίας προσφυγής<sup>62</sup>.

Γενικότερα, όσον αφορά το ΔΕΕ, φαίνεται να δοκιμάζεται η παραδοσιακή διάκριση μεταξύ αναγνωριστικών και διαπλαστικών αποφάσεων. Εδώ, για παράδειγμα, το Δικαστήριο κηρύσσει "ανίσχυρη" ολόκληρη την Οδ. 06/ 24, αν και δεν εκδίδεται επί προσφυγής με αίτημα την ακύρωσή της. Γενικότερα και πέρα από την αναλογική εφαρμογή της ΣΛΕΕ 264 και επί της προδικαστικής διαγνώσεως του ανισχύρου πράξεως οργάνου της ΕΕ, η όποια (υπερνομοθετικώς κατοχυρωμένη) σχετικότητα της ισχύος της δικαστικής διαγνώσεως εκμηδενίζεται αν μη τι άλλο *de facto*, αφού ο εθνικός δικαστής δεν θα διανοηθεί να υποβάλει προδικαστικό ερώτημα επί του ιδίου ζητήματος, αλλά θα σπεύσει να συμμορφωθεί στην επί της προηγούμενης δίκης εκδοθείσα απόφαση του ΔΕΕ.

ββ) Χρονικά όρια: Ενέργεια αναδρομική ή όχι; Όσον αφορά τον χρόνο ενάρξεως της ισχύος των αποτελεσμάτων της προδικαστικής αποφάσεως, συνήθως λέγεται<sup>63</sup> ότι ο ερμηνευτικός και διαγνωστικός χαρακτήρας της υπαγορεύει την αναδρομική ισχύ της, διότι διαφορετικά η απόφαση του ΔΕΕ δεν θα εύρισκε εφαρμογή επί της ήδη ενώπιόν του κρινόμενης υποθέσεως. Είναι όμως φανερό ότι το επιχείρημα αυτό εξαντλείται αποκλειστικώς και μόνον στα όρια της δίκης στο πλαίσιο της οποίας απευθύνθηκε το προδικαστικό ερώτημα, δηλαδή αναφέρεται στην ενέργεια της αποφάσεως ανάμεσα στους διαδίκους εκείνης της δίκης, στην *inter partes* ισχύ αυτής. Αυτή δεν νοείται να αναφέρεται παρά μόνον στον χρόνον γενέσεως των επιδίκων εννόμων σχέσεων.

Όσον αφορά τον χρόνο ενάρξεως της *erga omnes* (διαπλαστικής, ακριβολογικότερα δε) κανονιστικής ισχύος των αποφάσεων του ΔΕΕ, γίνεται δεκτό ήδη από το 1976<sup>64</sup> ότι αντιστρέφεται ο γενικός κανόνας της εν αμφιβολία μη αναδρομικής ισχύος των κανονιστικών πράξεων και η συνεπεία της κατά ΣΛΕΕ 263

<sup>60</sup> Βλ. α.ά. Χριστιανό σε Χριστιανού (επιμ) ΕρμΣΛΕΕ 267, αρ. 43.

<sup>61</sup> Για την αναλογική ισχύ των γνωρισμάτων της αποφάσεως επί της προσφυγής ακυρώσεως και επί των προδικαστικών αποφάσεων του Δικαστηρίου για το κύρος πράξεων των οργάνων της ΕΕ βλ. α.ά. Σκουρή, ό.π., αρ. 34, Χριστιανό, Οι μεταστροφές της νομολογίας του ΔΕΚ, 1998, Χριστιανό, Αμφιλεγόμενες αρμοδιότητες του ΔΕΚ στην διαδικασία της προδικαστικής παραπομπής, ΕΕυρΔ 2001 [ειδικό τεύχος], 569 επ.

<sup>62</sup> Τούτο, διότι διαφορετικά θα καταστρατηγούνταν η εν λόγω προθεσμία. Βλ. α.ά. ΔΕΚ υπόθ. C-178/1995 [Wiljo], αρ. 21, Schwarze, ό.π., αρ. 24.

<sup>63</sup> ΔΕΚ, υπόθ 24/ 1986 [Blaiot], Schwarze, ό.π., αρ. 34.

<sup>64</sup> Με την απόφαση του ΔΕΚ της 8.4.1976 επί της υποθ. Defrenne.

= ΣυνθΕΚ 230 προσφυγής ακύρωσης χωρεί *ex tunc*, καθώς το αδιάσπαστο γράμμα της ΣΛΕΕ 264 §1 = ΣυνθΕΚ 231 §1 κάνει λόγο για κήρυξη –ολόκληρης– της προσβαλλομένης πράξεως ως άκυρης, χωρίς να διακρίνει ανάλογα με τον χρόνο επελεύσεως των αποτελεσμάτων της, του ΔΕΕ μη κωλυμένου βεβαίως να καθορίσει το ίδιο τον χρόνο ενάρξεως της ισχύος της αποφάσεώς του κατά ΣΛΕΕ 264 §2 = ΣυνθΕΚ 231 §2. Η ίδια λύση γίνεται κατ' αναλογίαν δεκτή νομολογιακώς από το 1985<sup>65</sup> και προκειμένου για αποφάσεις επί προδικαστικών ερωτημάτων περί το κύρος πράξεων οργάνων της ΔΕΕ, μολοντί κατά το γράμμα της η ΣΛΕΕ 267 = ΣυνθΕΚ 234 δεν έχει την ίδια ρύθμιση. Υπό το πρίσμα αυτό θα γίνει δεκτό ότι η οδηγία 2006/24 ακυρώθηκε από το ΔΕΕ αναδρομικώς αφ' ης εξεδόθη.<sup>66</sup>

Ως λόγος της εν αμφιβολία αναδρομικής ενέργειας των ακυρωτικών αποφάσεων του ΔΕΕ προτείνεται η *ασφάλεια* του ενωσιακού δικαίου<sup>67</sup>. Κι όμως δεν λείπουν περιπτώσεις όπου νομολογήθηκε<sup>68</sup> ότι η αναδρομική ανατροπή παγιωμένων καταστάσεων δεν ευνοεί την ασφάλεια ούτε δικαίου, ούτε πολλώ μάλλον συναλλαγών (την αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης), αφού διαψεύδεται η εμπιστοσύνη του επαφιεμένου στο κύρος της οδηγίας. Σε κάθε περίπτωση δεν θα πρέπει να παραγνωρίζεται το ότι η κατ' αρχήν μη αναδρομικότητα<sup>69</sup> της ισχύος των κανονιστικών πράξεων υπαγορεύεται εν τέλει από την δημοκρατική αρχή ως κατοχυρωτική της αυτοδιάθεσης κάθε γενεάς<sup>70</sup>. Μάλιστα, ακόμη και όταν το νομοθετούν όργανο ρητώς εκφράσθηκε υπέρ της αναδρομικής ισχύος της πράξεώς του, και πάλι προτείνεται ορθώς μια συνταγματικής βάσανος της αναδρομής με κριτήρια, μεταξύ των οποίων η *αναλογικότητα του χρονικού βάθους της αναδρομής*<sup>71</sup>, αλλά και η *αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης*, αλλά και η ίδια η ασφάλεια του δικαίου<sup>72</sup>. Τα πρακτικά προβλήματα που γεννώνται από την αναδρομή της ακυρώσεως της οδηγίας 2006/24 σε χρόνο προγενέστερο των οκτώ τελευταίων ετών αναλύονται παρακάτω ΙΙΙ.2.<sup>73</sup>

<sup>65</sup> Με την απόφαση του ΔΕΚ της 22.5.1985 επί της υπ. *Fragd*.

<sup>66</sup> *R. Streinz*, ό.π.

<sup>67</sup> Βλ. *Χριστιανό*, ό.π., μ.π.π., ο οποίος όμως εύστοχα εντοπίζει τα γεννώμενα προβλήματα (βλ. Οι μεταστροφές της νομολογίας του ΔΕΚ, 1998).

<sup>68</sup> ΔΕΚ, υποθ. C-163/1990 [*Legros*], C-262/1988 [*Barber*].

<sup>69</sup> Βλ. γι' αυτήν α.ά. *Σταθόπουλο* σε *Σταθόπουλου/ Αυγουστιανάκη* (επιμ.) *Εισαγωγή στο Αστικό Δίκαιο*, σελ. 70.

<sup>70</sup> *J. Pliopoulos-Strangas*, *Rueckwirkung und Sofortwirkung von Gesetzen*, 1986, σελ. 306 επ.

<sup>71</sup> *J. Pliopoulos-Strangas*, ό.π., σελ. 296-306.

<sup>72</sup> Βλ. υπ. 65.

<sup>73</sup> Ιδιάζουσα ενδιάμεση λύση αποτελεί η πρόταση του *Γενικού Εισαγγελέα* της επίμαχης υποθέσεως να ταχθεί δικαστική προθεσμία στην Επιτροπή για την άρση των εντάσεων της οδηγίας προς την ΧΘΔ: Υπό την πρόταση αυτή η ισχύς της οδηγίας θα διατηρούνταν, αλλά με την (μάλλον προθύστερη) ενόψει της ΣΛΕΕ 266 = ΣυνθΕΚ 233) διαλυτική αίρεση ότι οι πλημμέλειές της θα διορθωθούν

γγ) Συνταγματικά όρια; Ήδη από τα προαναφερθέντα καθίσταται σαφές ότι η απόφαση του ΔΕΕ επί του προδικαστικού ζητήματος δεν ενεργεί μόνον ανάμεσα στα διάδικα μέρη, αλλά δεσμεύει και κάθε τρίτο εντός ΕΕ, ιδίως τα κράτη μέλη ή άλλα όργανα της ΕΕ, π.χ. την Επιτροπή (εφόσον βεβαίως πρόκειται για το ίδιο ζήτημα). Στο πλαίσιο της αρχής του κράτους δικαίου θα δεσμεύει το ίδιο το Δικαστήριο, που θα πρέπει να απορρίψει ως απαράδεκτη κάθε νέα προσφυγή ή ερώτημα περί το κύρος της ήδη ακυρωμένης οδηγίας. Μολαταύτα το ερώτημα δεν φαίνεται να έχει πρακτική σημασία, αφού το ΔΕΕ διατηρεί πάντοτε την τελική αρμοδιότητα σχετικά με το αν τηρήθηκαν οι αποφάσεις του. Η επισήμανση προσλαμβάνει ακόμη μεγαλύτερη σπουδαιότητα, όταν με την απόφαση ερμηνεύεται πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο δεσμευτικώς ακόμη και για το σύνολο των κρατών μελών, των μόνων που έχουν την (ενδοενωσιακή "συντακτική") εξουσία προς θέσπισίν του. Υπό την έννοια αυτήν το ΔΕΕ διαθέτει γενική δικαιοδοσία αυθεντικής ερμηνείας -και κατά τούτο ανέλεγκτης τροποποίησης- των συνθηκών ΣΕΕ, ΣΛΕΕ κ.τ.τ., πολλώ μάλλον των συναφών εθνικών νομοθετημάτων. Υφίσταται άραγε υπό το ελληνικό σύνταγμα τέτοια ("συντεταγμένη") εξουσία πέρα από τα όρια της Σ 100, ώστε να εκχωρηθεί περαιτέρω κατά Σ 28 στα ως άνω διεθνή όργανα<sup>74</sup>;

### III. Επιπτώσεις της απόφασης στο εθνικό δίκαιο

Πέρα από τις αναλυθείσες παραπάνω (υπό II) αξιοσχολίαστες ιδιαιτερότητές της, η απόφαση της ακύρωσης της Οδ. 2006/ 24 συνεπάγεται μια σειρά από δυσεπίλυτα νομικά ζητήματα στο πλαίσιο των επιμέρους εθνικών εννόμων τάξεων:

#### 1. Συνακύρωση της εθνικής πράξεως προσαρμογής ή θεραπείας της με μέσα του εθνικού δικαίου;

Πόσο "αιτιώδης" είναι η εθνική πράξη προσαρμογής (εν προκειμένω ο ν. 3917/2011) σε μια ενωσιακή οδηγία (εν προκειμένω την 2006/ 24); Είναι εξυπαρχής άκυρη, όταν η και οδηγία είναι άκυρη; Συναποβάλλει το κύρος της, μόλις ακυρωθεί

---

εγκαίρως από την Επιτροπή, αλλιώς καθίσταται ανίσχυρη ex nunc. Η πρόταση αυτή δεν ακολουθήθηκε πάντως από το Δικαστήριο. Έτσι κατέστη νομικώς ανεπαίσθητη η παράλειψη της Γερμανίας να προσαρμοσθεί στην οδηγία μετά την ακύρωση της πρώτης πράξης προσαρμογής από το BVerfG. Της γνώμης αυτής *Roessner*, *Vorratsdatenspeicherung in Deutschland – Ende des Umsetzungsdefizits in Sicht?*, *EuZW* 2014, 135, ιδίως III. Αντίθ. *R. Streinz*, σε *NJW-editorial*, τ. 20/ 2014.

<sup>74</sup> Το ζήτημα είναι, ως γνωστόν, εντονότατα αμφισβητούμενο. Υπέρ της υπεροχής του αυστηρού εθνικού συντάγματος βλ. α.ά. ΣτΕ Δ' 3242/ 2004 (αρ. 19), *Ε. Ρούκουνας*, *Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο I* (1980), σελ. 31-32, *Σταθόπουλος* σε *Σταθόπουλου-Αυγουστιανάκη* (επιμ.) *Εισαγωγή στο Αστικό Δίκαιο*, σελ. 52-54. Υπέρ της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου *Δαγτόγλου*, *Ευρωπαϊκό κοινοτικό δίκαιο I* (1985), σελ. 183 επ., *Σκανδάμης*, *Το κράτος στην ευρωπαϊκή κοινότητα* (1986), σελ. 90 επ. *Α. Μανιτάκης*, *Τα όρια της κοινοτικής αρμοδιότητας και η συνταγματική θεώρησή τους*, *ΤοΣ* 1984, 471 επ., *Σπυρόπουλος*, *ΕισΣυντΔ* (2006) ό.π., αρ. 109, *Ηλιοπούλου-Στράγγα, Τζ.*, *Ελληνικό συνταγματικό δίκαιο και ευρωπαϊκή ενοποίηση κριτική θεώρηση των σχέσεων πριν και μετά τη Συνθήκη του Μάαστριχτ* 1986, σελ. 132 επ. Ενδιάμεση θέση (σύνθεση των εκατέρωθεν απόψεων) βλ. α.ά. σε *Δρόσο*, *Ελληνική συνταγματική τάξη και ευρωπαϊκές κοινότητες στις διεθνείς σχέσεις*, σελ. 265 επ., ιδίως σελ. 282-284. Πάντως σχετικά με την εθνική συντακτική εξουσία ως όριο ης ενωσιακής αρμοδιότητας βλ. *Ηλιοπούλου-Στράγγα, Τζ.*, ό.π., σελ. 50 και *Μανιτάκης*, ό.π., 492, υπ. 12.



το ενωσιακό αρχέτυπο (η οδηγία)<sup>75</sup>; Διαφέρει η απάντηση ανάλογα με το αν ο σκοπός της προσαρμογής αναφέρεται ρητώς στο σώμα του προς τούτο εθνικού νομοθετήματος -όπως συνηθέστατα συμβαίνει- ή μήπως θα ήταν αφόρητα τυπολατρική η εμμονή σε μια τέτοια μάλλον συγκυριακή παράμετρο, καθώς η ουσία του ζητήματος δεν παραλλάσσει; Θα διέφερε η όποια απάντηση στο αρχικό ερώτημα ανά έννομη τάξη, εθνική ή ενωσιακή;

Δεδομένης (;)<sup>76</sup> της υπεροχής της δεύτερης, το ζήτημα φαίνεται να απλοποιείται, αφού, αν η οδηγία είναι ανίσχυρη λόγω αντιθέσεως στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, τότε για τον ίδιο λόγο ανίσχυρη θα είναι και η εθνική πράξη ενσωμάτωσής της. Βεβαίως ειδοποιό διαφορά της προκειμένης περιπτώσεως συνιστά η αναγωγή της σχετικής αιτιολογίας όχι στην παραβίαση του πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου, αλλά μόνον στην απόφαση του ΔΕΕ που την διαπιστώνει πανηγυρικός. Τούτο όμως αποτελεί απόρροια της κατά Σ 28 εκχωρήσεως στο ΔΕΕ και αυτής της συντεταγμένης δικαιοδοσίας του διάχυτου δικαστικού ελέγχου της συμβατότητας των νόμων προς διατάξεις υπερνομοθετικής ισχύος (για την οποία βλ. πάντως και παραπάνω Π.2.β.δδ). Άλλωστε σε τέτοιον έλεγχο σχεδόν ουδέποτε προβαίνουν τα ελληνικά δικαστήρια, που αποφεύγουν να βασανίσουν οποιαδήποτε οδηγία ή κανονισμό υπό το πρίσμα τυπικών ανωτέρων κανόνων ή αξιών.

Το ζήτημα περιπλέκεται, ωστόσο, όταν οι καταλογιζόμενες (από το ΔΕΕ) στην ακυρωθείσα οδηγία ρυθμιστικές ελλείψεις και ατέλειες δεν συντρέχουν στο -κατά κανόνα πληρέστερο- νομικό οπλοστάσιο της εθνικής έννομης τάξης (όπως π.χ. ο προηγούμενος έλεγχος από δικαστική αρχή και μόνον για σοβαρά αδικήματα κατά Σ 19) ή μπορούν να διορθωθούν ή πληρωθούν με εναρμονισμένη προς το πρωτογενές δίκαιο ή το εθνικό σύνταγμα ερμηνεία ή και αναλογία<sup>77</sup> (λ.χ. με έλεγχο της αναλογικότητας της διατήρησης των δεδομένων κατά Σ 25) και δη είτε κατασταλτικώς δικαστικώς, είτε προληπτικώς με κανονιστικές πράξεις ή εγκυκλίους της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρος κατ' άρθρ. 19 ν. 2472/1997. Αρκούν άραγε προς αποκατάστασιν της νομιμότητας τα εν λόγω εθνικά μέτρα ή θα πρέπει να επανεπιληφθούν του ζητήματος τα αρμόδια όργανα της ΕΕ συμμορφούμενα προς την απόφαση του ΔΕΕ, όπως επιτάσσει η ΣΛΕΕ 266<sup>78</sup> (= ΣυνθΕΚ 233, πρβλ. και παρακάτω III in f.);

## **2. Έννομες συνέπειες της μέχρι σήμερα διατήρησης των δεδομένων**

Η οκταετής αναδρομή της ακύρωσης της Οδ. 2006/ 24 και η συνακόλουθη αναδρομική απαγόρευση της ήδη διενεργημένης στο πλαίσιο της οδηγίας διατήρησης

---

<sup>75</sup> Κατά την ΟμΕργ του άρθρου 29 τα εθνικά μέτρα δεν θίγονται *ευθέως* από την απόφαση του Δικαστηρίου.

<sup>76</sup> Βλ. την προηγούμενη υπ.

<sup>77</sup> Υπέρ αυτής της δυνατότητας *Roessner*, *Vorratsdatenspeicherung in Deutschland - Ende des Umsetzungsdefizits in Sicht?*, *EuZW* 2014, 134-135, επικαλούμενος μάλιστα σχετικές σκέψεις του γερμανικού συνταγματικού δικαστηρίου προς ακύρωσιν του εθνικού γερμανικού νομοθετήματος προσαρμογής στην Οδ. 06/ 24 (BVerfGE NJW 2010, 833).

<sup>78</sup> Έτσι *R. Streinz*, στο editorial της NJW, τ. 20/ 2014.

δεδομένων γεννά πλείστα προβλήματα στο πεδίο των σχέσεων μεταξύ του παρόχου και των συνδρομητών, εφόσον γίνει δεκτό ότι μαζί με την Οδ. 95/ 46 στερούνται ισχύος και οι εθνικές πράξεις ενσωματώσεώς της, ήτοι κυρίως ο ν. 3917/ 2011. Τα γεννώμενα ζητήματα αφορούν κυρίως (α) αφενός την τύχη των ήδη από τριετίας αποθηκευμένων δεδομένων και (β) την ευθύνη του παρόχου για την μέχρι σήμερα διατήρησή τους, ενώ ανοικτό παραμένει και το ενδεχόμενο ευθύνης της Πολιτείας, της ΕΕ και των υπεύθυνων οργάνων της για την παράνομη οδηγία κατ' ΕισΝΑΚ 105<sup>79</sup>, προεχόντως όμως κατά ΣΛΕΕ 340<sup>80</sup>.

#### **α) Τύχη των αποθηκευμένων δεδομένων**

α α) Υποχρέωση ενημέρωσης του συνδρομητή: Όσον αφορά το πρώτο ζήτημα, επισημαίνεται ότι κατ' αρχάς ο πάροχος θα όφειλε σύμφωνα με το άρθρο 11 §6 Οδ. 95/ 46 να ενημερώσει το υποκείμενο σχετικά με την προαποθήκευση των δεδομένων του τελευταίου τουλάχιστον προτού τα διαβιβάσει στις αρμόδιες διωκτικές αρχές, ενώ κατ' άρθρ. 11 ν. 2472/ 1997 θα έπρεπε ούτως ή άλλως να το είχε ήδη πράξει «κατά το στάδιο της συλλογής = αποθήκευσής τους», σε κάθε περίπτωση αποκαλύπτοντας τις προθέσεις του αναφορικά με την τύχη της συγκεκριμένης επεξεργασίας και αναμένοντας αντιστοίχως για τόσο χρόνο, ώστε η προηγούμενη ενημέρωση να μην καταντά γράμμα κενό. Υπό την πρώτη εκδοχή ο πάροχος δεν θα φέρει εκτός απροόπτου ευθύνη για την μη ενημέρωση του συνδρομητή, ενώ η δεύτερη εκδοχή υπαγορεύει την αντίθετη λύση.<sup>81</sup>

β β) Υποχρέωση καταστροφής του αρχείου; Περαιτέρω ο πάροχος θα οφείλει κατ' αρχήν, αλλά και θα δικαιούται να καταστρέψει τα δεδομένα, ελλείψει λόγου διατηρήσεώς τους. Περαιτέρω επισημαίνεται ότι η υποχρέωση για καταστροφή του αρχείου, ως (μορφή και συνάμα) παύση της επεξεργασίας ενδέχεται να απορρέει και από απόφαση της Αρχής, οπότε θα πρόκειται για (ψευδο)κύρωση, αυτονόητη για κάθε παράνομη επεξεργασία, είτε απευθείας από το νόμο (άρθρ. 21 §1, 5, 7 ν. 2472/ 1997), όπως στην προκείμενη περίπτωση. Πάντως δεν θα πρέπει να παραγνωρίζεται η ιδιαιτερότητα της κάθε περίπτωσης, πολλώ μάλλον καθώς και η καταστροφή αποτελεί μορφή επεξεργασίας και δη εντονότατης και αμετάκλητης. Όρους και επόψεις της καταστροφής του αρχείου έχει ρυθμίσει η ΑΠΔΠΧ<sup>82</sup>, ενώ επί μέρους περιπτώσεις εντασσόμενες στο γενικότερο αυτό πρόβλημα έχουν κατά καιρούς ρυθμισθεί από τον έλληνα νομοθέτη<sup>83</sup>

<sup>79</sup> Για την κρατική ευθύνη για αντισυνταγματικό νομοθέτημα βλ. α.ά. Παυλόπουλο, Η αστική ευθύνη του Δημοσίου ΙΙ, 1988, σελ. 137 επ., 142 επ., ιδίως δε 157.

<sup>80</sup> Ότι αρκεί προς τούτο να σκοπείται η κατοχύρωση και ιδιωτικών συμφερόντων από τον παραβιασθέντα υπέρτερο κανόνα του ενωσιακού δικαίου βλ. α.ά. ΔΕΚ της 14.7.1967 [Kampffmeyer] C-5, 7 και 13–24/66, σκ. 262-263.

<sup>81</sup> Για το πρόβλημα βλ. α.ά. Χριστοδούλου, Δίκαιο προσωπικών δεδομένων, 2013, αρ. 190-191.

<sup>82</sup> Οδηγία 1/ 2005 ΑΠΔΠΧ.

<sup>83</sup> Βλ. π.χ. τις περιπτώσεις, της καταστροφής των φακέλων πολιτικών φρονημάτων (ΚΥΑ 8504/7-14668 / 28.8.1989) και των νοσοκομειακών αρχείων νοσηλείας, για τα οποία τάσσεται η δεκαετία από την τελευταία επίσκεψη και σε κάθε περίπτωση (=!) η εικοσαετία ως χρόνος διατήρησης και μετέπειτα καταστροφής τους (άρθρ. 14 §4 ΚΙΔ = Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας).

Όπως και νάχει το πράγμα, προβληματισμό γεννά η εξάρτηση της καταστροφής από την θέληση του υποκειμένου: Από τη μια πλευρά η καταστροφή αποτελεί κι αυτή μορφή επεξεργασίας, συχνά μάλιστα επαχθέστερης για το υποκείμενο, καθώς εξαφανίζει ανεπιστρεπτί κάθε απόδειξη της προηγηθείσας και έτσι αποκλείει πρακτικώς την κατά της τελευταίας έννομη προστασία του υποκειμένου, που έχει κάθε λόγο να εναντιωθεί σ' αυτήν κατ' άρθρ. 13 ν. 2472/ 1997 προτού του παρασχεθεί πρόσβαση στο αρχείο κατ' άρθρ. 12 ν. 2472/ 1997, δηλαδή του παραδοθεί αυτούσιο ή αντίγραφο αυτού στο πλαίσιο του λεγόμενου "*δικαιώματος στην φορητότητα*" (ΣχΚαν 18). Από την άλλη πλευρά ο υπεύθυνος επεξεργασίας έχει κάθε λόγο να απαλλαγεί από το ανεπιθύμητο ή παράνομο αρχείο, ακόμη και όταν το υποκείμενο δεν επιθυμεί να αναλάβει το προσφερόμενο αρχείο ή αντίγραφο του<sup>84</sup>.

Κατά την άποψη του γράφοντος το ζήτημα ρυθμίζεται από τις ΑΚ 349, 427, 902, 336 ευθέως μεν όταν είναι ιδιωτική η σχέση μεταξύ υπεύθυνου και υποκειμένου και αναλογικώς, όταν πρόκειται για επεξεργασία δυνάμει σχέσεως δημοσίου δικαίου. Συγκεκριμένα σύμφωνα με τα άρθρα 11-12 ν. 2472/ 1997 σε συνδ. με ΑΚ 902 ο υπεύθυνος της επεξεργασίας οφείλει επίδειξη του αρχείου ως εγγράφου στο υποκείμενο. Αν το τελευταίο δεν αποδέχεται την προσφορά ή δεν προβαίνει στην απαιτούμενη προς τούτο σύμπραξη, τότε περιέρχεται σε υπερημερία δανειστή (ΑΚ 349, 351). Θα φέρει λοιπόν αυτό πλέον τα έξοδα της ατελεσφόρητης προσφοράς και φύλαξης του αρχείου (ΑΚ 358), αλλά τούτο δεν απαλλάσσει κατ' αρχήν τον υπεύθυνο από την υποχρέωσή του προς επίδειξιν του αρχείου (τ.ε. παραδόσεως αντιγράφου), διότι η πρωτογενής οφειλή δεν αποσβέννεται εξαιτίας της υπερημερίας του δανειστή.<sup>85</sup> Επομένως, ως οφειλέτης επιδείξεως πράγματος, ο υπεύθυνος της επεξεργασίας θα οφείλει να διατηρήσει το αρχείο προκειμένου να το θέσει στην διάθεση του δανειστή του.

Ο υπεύθυνος θα μπορεί να απαλλαγεί κατ' ΑΚ 427 με δημόσια κατάθεση του αρχείου (του υποκειμένου βαρυνόμενου με τα έξοδα της κατάθεσης κατ' ΑΚ 435), έχοντάς το σφραγίσει προηγουμένως, ώστε να μην είναι δυνατή η πρόσβαση του ΤΠΔΑ στα δεδομένα, εφόσον βεβαίως δεν είναι τούτο δυσαναλόγως ασύμφορο, λ.χ. όταν πρόκειται για δαπανηρότατα εκτυπώσιμο και κρυπτογραφήσιμο ηλεκτρονικό αρχείο. Είτε θεωρήσει κανείς ένα τέτοιο αρχείο σαν πράγμα κατ' αρχήν δεκτικό καταθέσεως είτε όχι, η δημόσια κατάθεσή του στο ΤΠΔΑ θα αποτελεί απαγορευμένη διαβίβαση δεδομένων, αφού το ΤΠΔΑ δεν θα διαθέτει τα κατ' άρθρ. 10 ν. 2472/ 97 απαιτούμενα τεχνικά εχέγγυα για την διατήρηση της ασφάλειας και του απορρήτου των δεδομένων και η εφαρμογή της ΑΚ 428 θα πρέπει να αποκλεισθεί ως αντίθετη στο ν. 2472/ 1997.

Μολαταύτα θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο υπεύθυνος απαλλάσσεται της υποχρεώσεώς του προς διατήρησιν του αρχείου και επομένως ότι δικαιούται σε καταστροφή του αρχείου, εάν η διατήρηση του τελευταίου έχει καταστεί δυσαναλόγως ασύμφορη και πολυέξοδη, αν δηλαδή απαιτούνταν να υπερβεί ο υπεύθυνος το ανώτατο αξιώσιμο όριο θυσίας του<sup>86</sup>, για να

<sup>84</sup> Ότι δεν πρέπει να επιρρίπτονται πρόσθετα κόστη στον πάροχο δίχως σοβαρό λόγο γίνεται γενικότερα δεκτό *Kube JZ* 2010, 265.

<sup>85</sup> Βλ. α.ά. *Σταθόπουλο*, ΓενΕνΔ<sup>4</sup> (2004) § 20, αρ. 28.

<sup>86</sup> Κατά την έκφραση του *Ph. Heck*, Grundriss des Schuldrechts 1929, § 28.

φυλάξει το αρχείο μέχρι να το επιδείξει στο υποκείμενο. Σε μια τέτοια περίπτωση θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι απαλλάσσεται της υποχρεώσεώς του προς διατήρησιν (μη καταστροφή) του αρχείου λόγω *ανυπαίτιας οικονομικής αδυναμίας παροχής*<sup>87</sup> (ΑΚ 336 εδ. α') και δη λόγω της υπερημερίας του δανειστή του περί την επίδειξιν του αρχείου. Και πάλι όμως θα πρέπει πριν από την καταστροφή να ειδοποιήσει σχετικά το υποκείμενο (ΑΚ 336 εδ. β', άρθρ. 11 ν. 2472/ 97). Την εδώ υποστηρικθείσα λύση ούτε την αποκλείει η οποιαδήποτε ειδική νομοθετική ρύθμιση του μέγιστου χρόνου διατήρησης του αρχείου (όπως λ.χ. οι διατάξεις για τα νοσοκομειακά αρχεία), ούτε και θα μπορούσε να αποκλείσει, αφού η υποχρεωτική καταστροφή, μη συντρεχούσης κατά τα παραπάνω οικονομικής αδυναμίας παροχής, θα πρόσβαλλε τον πυρήνα της ιδιωτικής σφαίρας του προσώπου ενάντια στην υπερνομοθετική αρχή της αναλογικότητας.

**β) Αστική ευθύνη του αποθηκεύσαντος τα δεδομένα παρόχου:** Ακόμη δυσχερέστερο ανακύπτει το ζήτημα της ευθύνης του παρόχου δημοσίου δικτύου ηλεκτρονικών επικοινωνιών, δηλαδή δικτύου προσφέροντος υπηρεσίες προς το κοινό, διέπεται -πέρα και κατ' απόκλισιν από τις γενικές διατάξεις (ΑΚ 330 επ., 914 επ. κ.λ.π.)- από ένα παλίμψηστο αντιθέτων ενωσιακών και εθνικών διατάξεων, γεννωσών μεγάλες ερμηνευτικές δυσχέρειες<sup>88</sup>. Συνελόντι ειπείν, η ευθύνη του παρόχου φαίνεται να διχοτομείται ανάλογα με το αν ο λόγος της ανάγεται (αα) στο περιεχόμενο της επικοινωνίας ή (ββ) στην ασφάλεια και ακεραιότητα του δικτύου (έναντι επεμβάσεων τρίτων):

(αα) Ευθύνη για την διατήρηση των δεδομένων: Στην πρώτη περίπτωση το άρθρ. 15 Οδ. 00/ 31 = 14 π.δ. 131/ 03 φαίνεται να απαλλάσσει τον (τουλάχιστον ελαφρώς) αμελή πάροχο από την ευθύνη του, αλλά επιφυλάσσεται της ευθύνης για παράνομη επεξεργασία προσωπικών δεδομένων, με αποτέλεσμα να παραμένει αυτή νοθος αντικειμενική κατ' άρθρ. 24 Οδ. 95/ 46 = 24 ν. 2472/ 97<sup>89</sup>. Εδώ υπάγεται η όποια ευθύνη του παρόχου για την διατήρηση των δεδομένων, θα εξαρτάται δε από την παραδοχή ή μη της υπαιτιότητας του παρόχου, ήτοι από το αν θα γίνει δεκτό ότι *συγχωρείται άγνοια -της αντισυνταγματικότητας- νόμου* -ιδίως ως εκ της προηγηθείσης μεγάλης επιστημονικής διχογνωμίας και εκκρεμότητας- ή θα εμμένει κανείς στον παλαιότερο αποκλεισμό της άγνοιας νόμου<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Για την έννοια και τα κριτήρια της οικονομικής αδυναμίας παροχής βλ. α.ά. Σταθόπουλο, ό.π., § 19, αρ. 57-59, ιδίως 58, Γεωργιαδη Γεν.ΕνΔ § 24, αρ. 5, ΑΠ 93/ 1967 ΝοΒ 1967, 791, ΑΠ 595/ 1999 Ελ.Δνη 2000, 34.

<sup>88</sup> Με το ζήτημα *ο γράφων έχει επανειλημμένα ασχοληθεί* σε ΔιΜΕΕ, 2004, 350 επ. μ.π.π., Επιτ.Ηλ.Αστ.Δ, έκδ. 1<sup>η</sup>, αρ. 135-136 και 2<sup>η</sup>, αρ. 135 επ., ιδίως 137-141, όπου και παραπέμπεται ο αναγνώστης για περαιτέρω λεπτομέρειες.

<sup>89</sup> Βλ. α.ά. *Ανγούστιανάκη* ΔτΑ 11/ 2001, 673 επ., *Χριστοδούλου*, Δίκαιο προσωπικών δεδομένων, 2013, αρ. 235 επ.

<sup>90</sup> Επηρεασμένη από τον σχετικό ρωμαϊκό κανόνα (D. 22.6 (De ignorantia juris et facti): Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere), κανόνα μάλλον ποινικής προελεύσεως (παρεμφερούς προς το ισχύον ΠΚ 31) η παλαιότερη ιδίως θεωρία και η νομολογία (ΑΠ 368/ 1981 ΝοΒ 29, 1547, αλλά και ΑΕΔ 11/ 1983 ΝοΝ 33 1481) δέχονταν ότι δεν συγχωρείται η άγνοια του ισχύοντος δικαίου.

Η απαγόρευση της άγνοιας νόμου στερείται σήμερα νομοθετικού ερείσματος σήμερα<sup>91</sup>, εκτός ίσως από την άγνοια των κανόνων δημοσίας τάξεως<sup>92</sup>, αυτών δηλαδή που συγκροτούν τις θεμελιώδεις δικαϊκές, ηθικές, κοινωνικές και οικονομικές αξίες και αντιλήψεις της έννομης τάξης, που η γνώση τους και πάντως η συμμόρφωση σ' αυτούς αποτελεί στοιχειώδη υποχρέωση τουλάχιστον του κάθε πολίτη, όπως ιδίως οι θεμελιώδεις αξίες του Συντάγματος. Στο πλαίσιο αυτό η πλάνη περί το Σύνταγμα ενδέχεται να αντιβαίνει στην Σ 120 §2 και η εναρμονισμένη προς την τελευταία ερμηνεία της ΑΚ 330 ενδέχεται να στοιχειοθετεί αμέλεια<sup>93</sup>.

Η ενδεχόμενη αυστηρότερη μεταχείριση του παρόχου θα μπορούσε ενδεχομένως να εύρει έρεισμα στις πρόσφατες νομολογιακές εξελίξεις. Όντως, ειδικώς ως προς τον πάροχο υπηρεσιών τις κοινωνίας της πληροφορίας –όπως εν προκειμένω οι υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών-, η νομολογία του ΔΕΚ δέχεται την απαλλαγή του από την ευθύνη του, αν "ένας συνετός επιχειρηματίας δεν θα είχε διαπιστώσει τον παράνομο χαρακτήρα" του πληροφοριακού περιεχομένου της δραστηριότητάς του<sup>94</sup>. Τούτο όμως μόνον εφόσον ο πάροχος ενεργεί σαν «μεσάζων», παθητικός και «ουδέτερος» ως προς τις σχέσεις των εμπλεκόμενων μερών –εν προκειμένω του συνδρομητή και των διωκτικών αρχών-, ήτοι όταν αυτός «δεν αποτελεί την αφετηρία της μετάδοσης των πληροφοριών»<sup>95</sup> και δεν «διαδραματίζει ενεργό ρόλο που θα του επέτρεπε να έχει γνώση ή έλεγχο των αποθηκευμένων αυτών στοιχείων».<sup>96</sup> Στην προκείμενη περίπτωση ο πάροχος δεν ενεργεί ως ουδέτερος μεσάζων απέναντι στην διωκτική αρχή, στο μέτρο που αυτός και μόνον αυτός είναι υπεύθυνος να τις παράσχει τις πληροφορίες που αυτός και μόνον υποχρεούται να αποθηκεύσει.

Μολαταύτα η κατάφαση της ευθύνης του παρόχου θα εξαρτάται μάλλον από το αν η οφειλόμενη αντίστασή του στον αντισυνταγματικό νόμο υπερβαίνει το ανώτατο αξιόσιμο «όριο θυσίας» του, για το οποίο έγινε λόγος και παραπάνω α.ββ. Ενόψει του τελευταίου αυτού επιχειρήματος θα πρέπει μάλλον να αποκρουσθεί η ευθύνη του παρόχου για την διατήρηση δεδομένων, στην οποία ο αντισυνταγματικός νόμος τον υποχρέωσε να προβεί.

---

<sup>91</sup> Τούτο, καθώς δεν εξηγείται για ποιο λόγο θα επέβαλλε την πλήρη γνώση του ισχύοντος δικαίου στον καθένα συναλλασσόμενο η καλή πίστη, δηλαδή η ευθύτητα και η εντιμότητα που απαιτείται στις συναλλαγές. Έτσι σε πλείστες περιπτώσεις η νομολογία δέχεται ως συγγνωστή την πλάνη γύρω από τις κείμενες διατάξεις (ΑΠ 151/2002 ΝοΒ 2002,1843, ΑΠ 426/2002 ΝοΒ 2002,1862, ΑΠ 470/1996 Δικ/νη 1998 1316 επ., κ.ά.)

<sup>92</sup> ΕφΑθ 577/ 1958 ΝοΒ 6, 724.

<sup>93</sup> Ωστόσο ακόμη και ιδιαίτερα διεισδυτική ποινική θεωρία δεν φαίνεται να διακρίνει σχετικώς. Βλ. σχετικά Κοτσαλή, Γνώση και άγνοια του αδίκου<sup>2</sup>, 1988, passim.

<sup>94</sup> ΔΕΚ απόφ. επί της C-324/ 2009, σκ. 120, 122, 124.

<sup>95</sup> ΔΕΚ C-324/ 2009, σκ. 18.

<sup>96</sup> Αυτό υπαγορεύεται ρητώς από την σκέψη αρ. 42 του Προοιμίου της οδηγίας 2000/ 31, που κάνει λόγο για «παθητικό χαρακτήρα» της δραστηριότητας του μεσάζοντος παρόχου εν σχέσει προς τις δραστηριότητες των πελατών του.

(ββ) Ευθύνη για έλλειψη μέτρων ασφαλείας: Στη δεύτερη περίπτωση -στην πράξη: επί επεμβάσεων τρίτων (π.χ. hackers) στα δεδομένα του συνδρομητή που έχουν αποθηκευθεί στο αρχείο του παρόχου- ενδέχεται η ευθύνη του παρόχου να έχει πλήρως αντικειμενικοποιηθεί κατ' ΑΚ 344 λόγω προηγούμενης οχλήσεώς του εκ μέρους του υποκειμένου (ΑΚ 341<sup>97</sup>, εφόσον βεβαίως ο πάροχος κρινόταν υπαίτιος κατά τα προλεχθέντα για την παράνομη διατήρηση των δεδομένων).

(i) Το υφιστάμενο νομοθετικό παλίμψηστο: Κατά τα λοιπά θα ευρίσκουν εφαρμογή δύο αντίθετες διατάξεις, το άρθρ. 4 Οδ. 02/ 58 = άρθρ. 12 §1 ν. 3471/ 2006, που για την επιλογή των ενδεδειγμένων μέτρων ασφαλείας επιβάλλει την "λήψη υπ' όψιν του κόστους" αυτών και το άρθρο 13 α της Οδ. 2002/ 21, διάταξη που προστέθηκε από την Οδ. 2009/ 140 και ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με το άρθρ. 37 §1 ν. 4070/ 2012, επιβάλλει δε την "λήψη υπ' όψιν" όχι του κόστους, αλλά "των πλέον πρόσφατων εξελίξεων της τεχνικής".

Τα δύο κριτήρια δεν αλληλοαποκλείονται μεν λογικώς, αλλά ούτε και εναρμονίζονται άνευ ετέρου. Αν ο ερμηνευτής επρέπε οπωσδήποτε να σταθμίσει υπέρ εκατέρου, προκρίνοντας την μεταξύ των δύο εφαρμοστέα διάταξη, τότε το εγχείρημά του θα παρίστατο δυσχερές και αμφίβολο: Το άρθρο 37 §1 ν. 4070/ 2012 = Οδ. 2009/ 140 παριστά μεν νεότερη νομοθετική αξιολόγηση, αλλά η καλή πίστη και η αρχή της αναλογικότητας επιβάλλουν την συνεκτίμηση οφέλους και κόστους. Από την άλλη πλευρά το άρθρ. 4 Οδ. 02/ 58 = άρθρ. 12 §1 ν. 3471/ 2006 αποτελεί μεν ειδικότερο κανόνα -αφού αφορά μόνον την ευθύνη του παρόχου για παράνομη επεξεργασία προσωπικών δεδομένων-, αλλά η εφαρμογή του κανόνα *lex prior specialis legi posteriori generali derogat* αμφισβητείται ζωηρά.<sup>98</sup> Το ζήτημα περιπλέκεται ακόμη περισσότερο, αν ληφθεί υπ' όψιν ότι η οδηγία 09/ 136 -εγγύτατη χρονικώς προς την Οδ. 09/ 140- τροποποίησε μεν το άρθρο 4 της οδηγίας 02/ 58, αλλά διατήρησε άθικτη σε ισχύ την επίμαχη § 1 του άρθρου αυτού, οι δε οδηγίες 09/ 136 και 09/ 140 ενσωματώθηκαν και οι δύο στο ελληνικό δίκαιο ταυτοχρόνως με το ίδιο νομοθέτημα, το ν. 4070/ 2012 (άρθρ. 37 και 173<sup>99</sup>)!<sup>100</sup>

<sup>97</sup> Για την δυσχερή διερεύνηση της σχέσεως ανάμεσα στο άρθρο 24 ν. 2472/ 1997 και το γενικό δίκαιο της αυξομειώσεως του μέτρου ευθύνης του ΑΚ Βλ. α.ά. Χριστοδούλου Δίκαιο Προσωπικών Δεδομένων, 2013, αρ. 238-240, ιδίως 239.

<sup>98</sup> Βλ. α.ά. Γεωργιάδη ΓενΑρχ<sup>4</sup> 6, αρ. 37, Σταθόπουλο σε Σταθόπουλου/ Αυγουστιανάκη (επιμ.) Εισαγωγή στο Αστικό Δίκαιο, 1992, σελ. 62.

<sup>99</sup> Το δυσχερέστατο αυτό ζήτημα επιχειρούν μολαταύτα να τάμουν τα άρθρ. 37 §3 και 67 ν. 4070/ 2012 διαμέσου της εξουσιοδότησεως προς την ΑΔΑΕ και την ΕΕΤΤ να προσδιορίσουν αυτές αντιστοίχως τα αναγκαία μέτρα ασφαλείας και το αναγκαίο ελάχιστο μέτρο ενημέρωσης («να απαιτήσει» αυτή «από τις επιχειρήσεις να δημοσιεύουν ενημερωμένες [sic] πληροφορίες σχετικά με την ποιότητα των υπηρεσιών τους προς τους τελικούς χρήστες»). Με όλον τον σεβασμό, ας επιτραπεί η μη ενασχόληση με τις κανονιστικές αυτές πράξεις, αφού άλλωστε η ρυθμιστική σημασία τους περιορίζεται έτι μάλλον από την εδώ σχολιαζόμενη απόφαση.

<sup>100</sup> Είναι μάλιστα ενδιαφέρον ότι στην ιστοσελίδα της ΑΠΔΠΧ το άρθρ. 12 §1 ν. 3471/ 2006 παρίσταται ως συμπεριλαμβανόν ρητώς και τα δύο κριτήρια (πρόσφατες τεχνολογικές εξελίξεις και κόστος εφαρμογής τους) δυνάμει του άρθρου 172 §3 ν. 4070/ 2012, κρίση πιθανώς νομικώς ορθή, αλλά ανακριβέστατη ως πληροφωρία!

(ii) *Η κριτική του ΔΕΕ*: Το ΔΕΕ εστιάζει την κριτική του στη μια από τις δύο αντίρροπες διατάξεις και παρατηρεί ότι «το άρθρο 7 της οδηγίας 2006/24, σε συνδυασμό με τα άρθρα 4, παράγραφος 1, της οδηγίας 2002/58 και 17, παράγραφος 1, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 95/46, δεν διασφαλίζει την εφαρμογή από τους εν λόγω παρόχους ενός ιδιαίτερος υψηλού επιπέδου προστασίας και ασφάλειας μέσω τεχνικών και οργανωτικών μέτρων, αλλά επιτρέπει, μεταξύ άλλων, στους παρόχους αυτούς να συνεκτιμούν οικονομικές παραμέτρους κατά τον καθορισμό του επιπέδου προστασίας που εφαρμόζουν, όσον αφορά το κόστος εφαρμογής των μέτρων ασφαλείας» (αρ. 67)

Όντως η νομοθετική εξάρτηση των ληπτέων μέτρων ασφαλείας από το κόστος τους, δηλ. από το ύψος των τελών σύνδεσης με το δίκτυο, φαίνεται να εκφυλίζει την βαρύνουσα τον προμηθευτή υποχρέωση προστασίας του πελάτη του σε απλή υποχρέωση ενημέρωσής του. Πράγματι, ο εκάστοτε κίνδυνος του δικτύου ποικίλλει ανάλογα με τα δεδομένα που θέλουν να εισαγάγουν σ' αυτό οι χρήστες, οπότε το μόνο σταθερό μέτρο που μπορούν να λάβουν για την αποτροπή του οι μεσάζοντες φορείς είναι απλώς να ενημερώνουν τους χρήστες για τον κίνδυνο που διατρέχουν. Κατ' αυτόν τον τρόπο όμως φαίνεται να παρέχεται στον προμηθευτή η ευχέρεια να αποφύγει οποιαδήποτε υποχρέωση ασφαλείας ή προστασίας προσφέροντας φθηνότερο δίκτυο στον πελάτη του. Τούτο, καθώς το άρθρ. 12 §1 ν. 3471/ 06 δεν περιέχει, ούτε επιβάλλει βέβαια οποιαδήποτε αντικειμενική διατίμηση των μέτρων ασφαλείας, η δε αντικειμενική εξεύρεση του εν λόγω κόστους είναι εξαιρετικά δυσχερής, πολλώ μάλλον αν ληφθεί υπ' όψιν η διαφορά της επίπτωσης του ίδιου οικονομικού κόστους πάνω σε διαφορετικού μεγέθους επιχειρήσεις. Έτσι φαίνεται να καταλείπεται εκ των πραγμάτων στον προμηθευτή ο προσδιορισμός του κόστους του εκάστοτε ζητούμενου μέτρου ασφαλείας ή –αντιστρόφως- ο προσδιορισμός του προσφερομένου μέτρου ασφαλείας ενόψει του κόστους αυτού (ΑΚ 379), κόστους πιθανότατα απαγορευτικού για τον πελάτη.<sup>101</sup> Θα πρέπει όμως να φέρει ο καταναλωτής τις συνέπειες του μικρού οικονομικού διαμετρήματος του παρόχου του ή μήπως θα πρέπει να εξαφανισθούν οι μικροί ISPs από την αγορά;<sup>102</sup>

*iii) Τα κριτήρια του ΑΚ*: Εκφραζόμενη υπό αστικολογικότερη ορολογία η εξεταζόμενη κριτική και αξίωση του Δικαστηρίου για «ιδιαιτέρως υψηλό επίπεδο προστασίας» του συνδρομητή παριστά μια αξιόλογη εκλέπτυνση –αν όχι

<sup>101</sup> Στα προβλήματα αυτά ας προστεθεί και το ότι η έκταση της ενημέρωσης του πελάτη αποτελεί παγιώς στασιαζόμενο επιστημονικό και νομολογιακό ζήτημα σ' όλο το φάσμα του επαγγελματικού δικαίου. Πόσο ενδελεχής απαιτείται να είναι η ενημέρωση του πελάτη για τους κινδύνους που διατρέχει; Θα αφορά μόνον τις πληροφορίες που ο πελάτης ζήτησε ή και αυτές που αυτός αγνοεί ως ανειδήμων; Βλ. α.ά. *Simitis* σε *Simitis u.a. BDSG § 4*, αρ. 61 και 63 ("απεριόριστη υποχρέωση προς ενημέρωση"), *Tinnefeld, M.-Th./ Ehmman, E.*, ό.π., σελ. 255, ενώ υπέρ των γνωστικών απαιτήσεων του μέσου αποδέκτη ως γνώμονα ενημέρωσης *Geiger* σε *Simitis u.a. BDSG §.13* αρ. 81. Υπέρ της βασικής ενημέρωσης για τους τυπικούς κινδύνους η νμλγ του BGH NJW 1992, 1558, BGH NJW 1986, 780, BGH NJW 1972, 336, *Σταθόπουλος*, ΓενΕνΔ ό.π., §5, αρ. 6. Υπενθυμίζεται ότι κατά το σύστημα του ν. 2472/ 1997 η ενημέρωση οφείλεται χωρίς όχληση, δεδομένου ότι η κατόπιν οχλήσεως αποκτωμένη ενημέρωση αποτελεί κατ' ακριβολογίαν περιεχόμενο του δικαιώματος «πρόσβασης» (άρθρ. 12 §1 e contrario: «ο υπεύθυνος επεξεργασίας οφείλει να απαντήσει») στο υποκείμενο).

<sup>102</sup> Γενικότερα το ότι η επέκταση των δραστηριοτήτων και των κερδών θα δικαιολογούσε αντίστοιχη αύξηση του κόστους για τον πάροχο βλ. *Manssen ArchivPT* 1998, 242, *Waechter*, *VerwArch* 1996, 94. Αντιθ. *Bock* σε *Beck'scher Kommentar zum Telekommunikationsgesetz*, 2006, § 110, αρ. 20 μ.π.π.

αναδιαμόρφωση- της έννοιας της οφειλόμενης αντικειμενικής αμελείας εναρμονισμένη προς την αρχή της αναλογικότητας<sup>103</sup>:

Όντως, οι ΑΚ 288, Σ 25 §1 υπαγορεύουν την συνεκτίμηση του οφέλους από την λήψη του οποιουδήποτε μέτρου επιμελείας προς το κόστος αυτού, όμως ο συσχετισμός αυτός δεν αρκεί για τον προσδιορισμό του αναγκαίου μέτρου. Θα πρέπει να διευκρινισθεί αναφορικά προς τι θα πρέπει να είναι αναγκαίο το ληπτέο μέτρο, προς προστασίαν της ασφαλείας του προς όν η παροχή δανειστή-συνδρομητή ή της οικονομικής επιβίωσης του οφειλέτη-παροχού. Όμως σκοπός του μέτρου επιμέλειας περί την εκπλήρωση της παροχής είναι εξ ορισμού η ικανοποίηση και προστασία του προς όν, του δανειστή. Η αντίθετη δεύτερη εκδοχή αποτελεί την υποκειμενική σημασία του μέτρου της επιμέλειας του παρόχου-οφειλέτη: θα ήταν τόση όση αντέχει και δύναται αυτός ο ίδιος. Στο αστικό δίκαιο (ΑΚ 300) κρατεί η αντικειμενική εκδοχή της επιμέλειας: "αυτή που απαιτείται στις συναλλαγές" προς ικανοποίησιν του μέσου πελάτη. Το αντικειμενικό λοιπόν κριτήριο προκρίνεται τόσο αναφορικά (α) προς την ποιότητα του ληπτέου μέτρου (το όφελος του δανειστή από την λήψη του μέτρου), όσο και αναφορικά (β) προς το κόστος αυτού, ακόμη και αν αυτό θα υπερέτεινε την αντοχή του συγκεκριμένου οφειλέτη-παρόχου.

iv) *Η ως εκ της νομολογίας του ΔΕΕ μεταβολή*: Αναφορικά με το πρώτο (υπό α) σκέλος, ήτοι την ποιότητα του ληπτέου μέτρου (το εξ αυτού όφελος του δανειστή), η νομολογία του ΔΕΕ φαίνεται να επιβάλλει ένα "ιδιαιτέρως υψηλό επίπεδο προστασίας" υπέρ του πελάτη δανειστή. Έτσι υπερτείνει υπέρ του δανειστή την υπαγορευόμενη από την Σ 25 §1 και εξειδικευόμενη από τις ΑΚ 288, 289 (περί παροχής μέσης ποιότητας) αρχή της προσφορότητας: Από όλα τα (απλώς) πρόσφορα μέτρα ασφαλείας προκρίνει τα παρέχοντα "ιδιαιτέρως υψηλό επίπεδο προστασίας" στον μέσο πελάτη-δανειστή. Έτσι το κριτήριο του άρθρου 37 ν. 4070/2012 -η λήψη υπ' όψιν των πιο πρόσφατων τεχνολογικών εξελίξεων- φαίνεται να ιεραρχείται υπεράνω του κριτηρίου του άρθρου 4 Οδ. 02/ 58 = 12 §1 ν. 3471/ 2006, του κριτηρίου του κόστους. Όμως μετά την ικανοποίηση της αξίωσης του δανειστή για επίτευξη υψηλού επιπέδου προστασίας του, αν μη τι άλλο αντισταθμιστικώς, νομίζω ότι –αναφορικά προς το κόστος του ληπτέου μέτρου- η κατά Σ 25 αρχή της αναγκαιότητας (φειδούς) επιβάλλει πλέον να εγκαταλειφθεί το αντικειμενικό κριτήριο και να φεισθεί ο ερμηνευτής του συγκεκριμένου οφειλέτη<sup>104</sup>: Από όλα τα υψηλού επιπέδου προστασίας

<sup>103</sup> Για την αρχή της αναλογικότητας και την εναρμόνιση του ιδιωτικού δικαίου προς αυτήν βλ. α.ά. τις σημαίνουσες συμβολές του Δωρή σε ΕλΔνη 32, 1188, ΤιμΤομ ΣτΕ (2004), σελ. 229 επ., ΧρΙΔ 3, 1 κ.ά.

<sup>104</sup> Για την μεθοδολογική έποψη του παρόντος προβληματισμού δεν επαρκεί, νομίζω, ο ορίζων της μελέτης, παρέλκει δε και η παράθεση της τεράστιας σχετικής βιβλιογραφίας: Πρόκειται για (άμεση ή) έμμεση τριτενέργεια της αρχής της αναγκαιότητας (στο κενό;) ως εκ της συγκρούσεως (και αλληλοεξουδετερώσεως) των ΑΚ 330, άρθρ. 37 §1 ν. 4070/ 2012 και 12 §1 ν. 3471/ 2006 και της μερικής (ελεύθερης ή αυθεντικής –ενόψει της εμμέσως απόλυτης ισχύος της προδικαστικής αποφάσεως κατά τα παραπάνω Π.2.β.α.ι, πάντως εκτός προδικαστικού ερωτήματος) νομολογιακής διαπλάσεως του μέτρου ευθύνης του παρόχου από το ΔΕΕ, που ενέχει όμως κάποια λειτουργική μεταβολή στην κατάσταση του κανόνα (Normsituation, για την οποία βλ. α.ά. Παπανικολάου Σύνταγμα και αυτοτέλεια του ιδιωτικού δικαίου, 2006, αρ. 1-4) στο «ρυθμιστικό σχέδιο» (έννοια για την οποία βλ. α.ά. Παπανικολάου, Μεθοδολογία του ιδιωτικού δικαίου και ερμηνεία των δικαιοπραξιών, 2000, αρ. 329 μ.π.π.) του κλασικού αστικού δικαίου (ΑΚ 288, 289); Πόσο συνειδητά όμως θα μπορούσε να ισχυρισθεί κανείς ότι υπαγορεύεται αυτή από τη νομολογία του ΔΕΕ; Ίσως πραγματιστικότερη προβάλλει η έκφραση του Α. Παντέλη<sup>2</sup> ΕργχΣυντΔ (2007) «η διαπλαστική νομολογία του ΔΕΕ



μέτρα ασφαλείας θα αρκεί να ληφθεί μόνον το λιγότερο οικονομικώς επαχθές για τον συγκεκριμένο οφειλέτη και όχι για τον μέσο πάροχο, ως το ελάχιστο αναγκαίο μέτρο<sup>105</sup>.

γ) **Ποινική και διοικητική ευθύνη του παρόχου:** Από ποινική σκοπιά η διατήρηση των ήδη νομίμως αποκτημένων δεδομένων δεν φαίνεται να προσκρούει ούτε στο άρθρ. 23 ν. 2472 / 1997, ούτε στις ΠΚ 370 Α επ., η δε περαιτέρω διαβίβασή τους στις αρμόδιες αρχές θα είναι εκτός απροόπτου νόμιμη και πάντως συνεπεία προσταγής, με αποτέλεσμα την άρση ακόμη και του άδικου χαρακτήρος της κατά ΠΚ 21. Άλλωστε ουδεμία ποινή άνευ νόμου κολάζοντος την πράξη, πόσο μάλλον μετά νόμου επιβάλλοντος την εν λόγω συμπεριφορά. Εξάλλου, αν και κατά πάγια νομολογία η διοικητική ευθύνη δεν προϋποθέτει πταίσμα, εν τούτοις η ΑΠΔΠΧ δεν καλύπτεται να συνεκτιμήσει την αρχή της αναλογικότητας και να επιβάλει κατά του παρόχου μόνον σύσταση για την διατήρηση των δεδομένων κατά το χρονικό διάστημα μέχρι την ευρεία δημοσιοποίηση της εδώ σχολιαζομένης απόφασης του ΔΕΕ.

#### IV. Σύνοψη - Επίλογος

Η άνοδος και η πτώση της Οδ. 2006/ 24 (Data Retention Directive) κατέδειξε κατ' αρχάς τον εντόνωσ πολιτικό χαρακτήρα του δικαίου των προσωπικών δεδομένων, ιδιαίτατα δε την καθοριστικότητα των υπερατλαντικών *occasions* αυτού<sup>106</sup>, από τις οποίες είναι καιρός πλέον να απεξαρτηθεί. Εξάλλου από μακροσκοπική νομική οπτική γωνία θα άρμοζε η διόλου πρωτότυπη παρατήρηση ότι σήμερα πλέον τείνουν οι πολυποίκιλες συγκρούσεις μεταξύ των διαφόρων υπερνομοθετικών αξιών, ακόμη και μεταξύ των πυρήνων των θεμελιωδών δικαιωμάτων να τέμνονται από τον ενωσιακό νομοθέτη και εν τέλει από το ΔΕΕ.<sup>107</sup>

Όπως και νάχει το πράγμα, από την εξεταζόμενη απόφαση και τις σκέψεις που εκτέθηκαν θα μπορούσε να λεχθεί ότι η οδηγία αυτή δεν αντέχει σε βάσανο

---

επιβάλλει την υπεροχή του ευρωπαϊκού δικαίου έναντι των εθνικών και την άμεση εφαρμογή του στις εθνικές έννομες τάξεις».

<sup>105</sup> Η εδώ υποστηριζόμενη σχετικοποίηση της αντικειμενικότητας της επιμέλειας δεν είναι καινοφανής. Ήδη ο *Deutsch*, *Fahrllaessigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 1963, σελ. 43 είχε κάνει λόγο για «σχετική αντικειμενικότητα» της αμέλειας, βλ. δε α.α'. πάντως και τις εμβριθείς αναλύσεις του *Σταθόπουλου* ΓενΕνΔ § 6, αρ. 60-68 μ.π.π. Περαιτέρω σημειωτέον ότι η εδώ εξεταζόμενη αναδιαμόρφωση του μέτρου ευθύνης αποτελεί αντανακλαστικό φαινόμενο των ενωσιακών νομοθετικών πρωτοβουλιών για την περιστολή της ευθύνης του παρόχου με το άρθρο της Οδ. 00/ 31. Τότε η τάση είχε πάρει διαστάσεις πλημμυρίδας ενόψει της αισιοδοξίας της κοινωνίας της πληροφορίας, σήμερα μετά την Οδ. 2009/ 140 και σειρά αποφάσεων του ΔΕΚ, όπως η εδώ μνημονευόμενη C-324/ 2009 γνωρίζει την εύλογη αμπατίδα της. Οι ταλαντώσεις του εκκρεμούς θα παύσουν κάποτε, οπωσδήποτε δε όταν ο (ενωσιακός και ου μόνον) νομοθέτης φεισθεί του συστήματος του (αστικού) δικαίου.

<sup>106</sup> Για την εντόνωσ αμερικανική χροιά του νομοθετήματος βλ. α.ά. *Spies*, MMR 2006/ 7, XI-XII.

<sup>107</sup> Εφόσον δεν νίπτει τα χείρας του, όπως στις C-301/ 2006, C-434/ 2011, C-128/ 2012, όπου απέφυγε τον ενόψει των διατάξεων του ΧΘΔ έλεγχο νομιμότητας.

δημοκρατικότητας, στο λεγόμενο "δημοκρατικό τεστ".<sup>108</sup> Κατά την πραγμάτευση των σχετικών ζητημάτων ανεφάνη μια εκλεκτική συγγένεια μεταξύ του ποινικού δικαίου και αυτού των προσωπικών δεδομένων, καθώς κάποιες φορές (όπως εν προκειμένω) διαφαίνεται μια βάση αναλογίας μεταξύ τους. Έτσι λ.χ. παρίσταται εδώ πιθανή η ισχύς της αρχής *nullum crimen nulla poena sine lege*, αλλά και άλλων, όπως *in dubio pro subjecto* κ.ά., καθώς και εδώ τα δεδομένα του υποκειμένου διατηρούνται υπό εξέταση, ωσάν να είναι ύποπτο μέχρις αποδείξεως του εναντίου.

Τέλος –πέραν πολλών άλλων φλεγόντων πρακτικών προβλημάτων (ιδίως αστικής ευθύνης για την διατήρηση, αλλά και για την καταστροφή του αρχείου των τηλεπικοινωνιακών δεδομένων)- ανέκυψε και εδώ το δυσχερές γενικότερο ζήτημα αν αρκούν προς διόρθωσιν των πλημμελειών της οδηγίας τα μέσα της κάθε μιας εσωτερικής εθνικής έννομης τάξεως ή απαιτείται η επαναρρύθμισή του σε ενωσιακό επίπεδο. Συναφώς αρκεί να παρατηρηθεί ότι η ελληνική έννομη τάξη όπως και πολλές άλλες) διαθέτουν ικανό νομικό οπλοστάσιο προς αντιμετώπισιν του επιμάχου προβλήματος, καθώς μάλιστα είναι μέλη της ΕΣΔΑ (σε αντίθεση προς την ΕΕ που δεν προσχώρησε ακόμη<sup>109</sup>, παρά την επιταγή της ΣΕΕ 6). Εξάλλου η διαρκής επανανομοθέτηση του ίδιου θέματος από τα ενωσιακά όργανα ή τον εθνικό νομοθέτη φαίνεται να ευρίσκεται σε ένταση προς την αξίωση της ΕΣΔΑ και του ΕΔΔΑ για προβλεψιμότητα<sup>110</sup> των τιθεμένων περιορισμών (και όχι λοιπόν διαρκή μεταβολή τους), εφόσον αυτοί αφορούν θεμελιώδη δικαιώματα.

---

<sup>108</sup> Τούτο, καθώς η διαλεκτική σχέση μεταξύ θεμελιωδών δικαιωμάτων και δημοκρατίας, εν προκειμένω δε η σημασία της προστασίας των προσωπικών δεδομένων για την εύρυθμη λειτουργία του δημοκρατικού πολιτεύματος πρέπει μάλλον να θεωρείται πλέον πανευρωπαϊκός κοινός τόπος. Βλ. *ad hoc* α.ά. *Westfall* EuZW 2006, 550-551, ιδίως υπ. 71. Βλ. επίσης *L Mitrou*, The impact of communications data retention on fundamental rights and democracy: The case of the EU Data Retention Directive σε Haggerty/Samatas, *Surveillance and democracy*, 2010, σελ. 146.

<sup>109</sup> Βλ. το σχέδιο της τεκταινόμενης προσχώρησης *Draft Accession Agreement: Council of Europe, Final Report to the CDDH* (10.06.2013), 47+1 (2013) 008rev2.

<sup>110</sup> Για την προβλεψιμότητα (των περιορισμών) του νόμου στην πάγια νμλγ του ΕΔΔΑ βλ. α.ά. τις αποφ. της 2-8-1984 υπόθ. 8691/ 1979 [Malone κατά Ηνωμένου Βασιλείου] και της 25-3-1983 υποθ. Silver κ.λ.π. κατά Ην. Βασιλείου (αρ. 00005947/ 1972, 00006205/ 1973, 00007052/ 1975, 00007061/ 1975, 00007107/ 1975, 00007113/ 1975, 00007136/ 1975).