

ΤΟ ΠΡΟΒΛΗΜΑ ΤΗΣ ΣΥΝΥΠΑΙΤΙΟΤΗΤΑΣ ΤΟΥ ΘΥΜΑΤΟΣ ΣΤΗΝ ΑΠΑΤΗ*

Του ΧΡΙΣΤΟΥ Χ. ΜΥΛΩΝΟΠΟΥΛΟΥ

Διάγραμμα ύλης

§ 1. Εισαγωγή. § 2. Η σημασία της συνυπαιτιότητας του θύματος απάτης κατά την κρατούσα γνώμη. § 3. Μορφές συνυπαιτιότητας του θύματος απάτης. § 4. Πρακτική σημασία του ζητήματος. § 5. Οι αμφιβολίες του θύματος της απάτης και η νομική τους επιρροή. § 6. Γενικά απρόσφορη πράξη εξαπάτησης. § 7. Συνυπαιτιότητα του θύματος και δικαστική επιμέτρηση της ποινής. § 8. Απάτη και έμμεση αυτοουγία. § 9. Πλάνη και κριτική λειτουργία. § 10. Το έγκλημα της απάτης και η διδασκαλία του αντικειμενικού καταλογισμού. § 11. Αμφιβολίες του θύματος και συναφεια κινδύνου. § 12. Συνυπαιτιότητα του θύματος και δικαστική επιμέτρηση της ποινής. Τελική θέση. § 13. Επιδίωξη σκοπού παρανόμου ή ανήθικου και συναφείς περιπτώσεις.

§ 1. Εισαγωγή.

1.1. Η «θυματοδογματική» (*Viktimodogmatik*) ως κλάδος του ποινικού δόγματος.

Ότι το έγκλημα εκφράζει μια διαδικασία αλληλεπίδρασης που δεν μπορεί να γίνει κατανοητή παρά μόνον αν το θύμα¹ αντιμετωπισθεί ως «συμμέτοχος» σ' αυτήν, αποτελεί βασική θέση της σύγχρονης θυματολογίας. Η διαπίστωση, ότι στη γένεση πολλών εγκλημάτων συμβάλλει αποφασιστικά η συμπεριφορά του θύματος, κατέστησε σαφές ότι πολλές φορές τα όρια δράστη-θύματος είναι ρευστά, ώστε συχνά να εξαρτάται από την τύχη ή από τη φυσική ή διανοητική υπεροχή ενός από τους εμπλεκόμενους (*couple pénal*)

* Η εργασία αυτή ολοκληρώθηκε στο Ινστιτούτο Ποινικών Επιστημών του Παν/μίου του Μονάχου, στα πλαίσια της εκεί ερευνητικής παραμονής του συγγραφέα με υποτροφία του ιδρύματος Alexander von Humboldt.

1. Ως «θύμα» νοείται από τη θυματολογία κάθε πληττόμενος από την αξιόποινη πράξη και όχι μόνον ο παθών (υπάλληλος έννοιες). Βλ. π.χ. Zi p f, Die Bedeutung der Viktimologie für die Strafrechtspflege MSchrKrim 53 (1970) σ. 3. Έτσι σε περίπτωση τριγωνικής απάτης ως θύμα νοείται και ο πλανώμενος μολονότι δεν είναι φορέας της βλαπτόμενης περιουσίας (πρβλ. L a c k n e r, Leipziger Kommentar¹⁰ § 263 αρ. 5).

2. S c h a f f e r, The Victim and his criminal. A study in functional responsi-

ποιός τελικά είναι ο δράστης υπό νομική έννοια ². Με βάση τα παραπάνω η άποψη ότι το θύμα βαρύνεται με τη λειτουργική ευθύνη (functional responsibility) να προλαμβάνει τη θυματοποίησή του ³, δεν αποτέλεσε παρά ένα ακόμη αναμενόμενο βήμα.

Η αξιοποίηση των παραπάνω σκέψεων από το ποινικό δόγμα προσκρούει ωστόσο σε εγγενείς δυσχέρειες: Τα διδάγματα της θυματολογικής έρευνας, ως οντικά νοήματα, δεν μπορούν να μεταφερθούν στο δεοντολογικό χώρο της ποινικής δογματικής παρά μόνον αφού «εμβαπτισθούν» σε κάποια «ποινικώς διαφέρουσα αξία» ⁴, συσχετισθούν δηλ. με κάποιο δεοντικό νόημα και εκτιμηθούν υπό το πρίσμα του. Η εκτίμηση της σημασίας της συμπεριφοράς του θύματος για το ποινικό δόγμα και την ποινική αξιολόγηση της συμπεριφοράς του δράστη αποτελούν αντικείμενο της «θυματοδογματικής» (Viktimodogmatik) ⁵. Στα πλαίσια της τελευταίας ως συνυπαιτιότητα δεν νοείται μόνον η «υπαίτια συναιτιότητα» του θύματος αλλά και η όλη συμπεριφορά του στο μέτρο που συνέβαλε στη διαμόρφωση του εγκλήματος ⁶.

1.2. Η απάτη ως «έγκλημα σχέσης».

Οι παραπάνω εξελίξεις ενδιαφέρουν ιδιαίτερα την προβληματική της απάτης, όπου ο ρόλος του θύματος θεωρούνταν ανέκαθεν βασική παράμετρος ⁷. Το ότι σήμερα η απάτη αποκαλείται, βάσει των διδαγμάτων της θυματολογίας, «έγκλημα σχέσης» (Beziehungsdelikt) ⁸, δηλ. «έγκλημα χαρακτηρι-

bility 1968 σ. 144, 146, S c h ü n e m a n n, Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik στο: Schneider, Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege 1982 σ. 406, E b e r t, Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung? JZ 83 σ. 633, S c h n e i d e r, Viktimologie 1975, σ. 14, 113, 120, 266, W e b e r, Zur Psychodiagnostik der Täter-Opfer-Beziehung 1980 σ. 14, 123 (όπου και πειραματική επαλήθευση), A m e l u n x e n, Das Opfer der Straftat 1970 σ. 33, G ö r p i n g e r, Kriminologie ⁴ 1980 σ. 596 επ., A ν δ ρ ι α ν ά κ η, Θυματολογία 1972 ιδίως σ. 52 επ.

3. S c h a f f e r, Victim σ. 151, ο ίδιος, The victim and his functional responsibility, Criminologica 5 (1967) σ. 25 επ., πρβλ. H i l l e n k a m p, Vorsatztat und Opferverhalten 1981 σ. 231.

4. A ν δ ρ ο υ λ ά κ η ς, Έχει ανάγκη και δύναται να εμπλουτισθή το «ποινικόν δόγμα», δι' εγκληματολογικών δεδομένων; Ποινικαί Μελέται 1972 σ. 40.

5. E b e r t JZ 83 σ. 633, P a a s c h, Grundprobleme der Viktimologie 1965 σ. 86 επ., S c h ü l e r - S p r i n g o r u m, Über Viktimologie, Honig-FS σ. 207 επ., H i l l e n k a m p, Vorsatztat σ. 5, 18 επ., S c h ü n e m a n n στο Schneider, Verbrechensopfer σ. 406 επ., K u r t h, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug 1984 σ. 99 επ. (Diss.), πρβλ. Γ ι α ν ν ί δ η, Η αξία του πράγματος ως «γεγονός» στο έγκλημα της απάτης ΙΙΧ ΛΕ' σ. 93, A ν δ ρ ι α ν ά κ η, Θυματολογία σ. 121 επ.

6. Z i p f, MSchrKrim 53 (1970) σ. 4.

7. Βλ. π.χ. G. - P. H ö n n, Betrugslexikon (1766), λήμμα «Selbstbetrug».

8. S c h u l t z, Kriminologische und strafrechtliche Betrachtung zur Bezie-

ζόμενο από ενεργό και παρούσα αλληλεπίδραση μεταξύ δράστη και θύματος» (*Schultz*) και δεν θεωρείται «μονογραμμικό γεγονός όπου ο δράστης προξενεί βλάβη σ' ένα παθητικό θύμα»⁹, αποτελεί μία διαπίστωση που φανερώνει την αναγκαιότητα της θεώρησής της υπό το πρίσμα του ποινικού δόγματος αλλά και τις γόνιμες προοπτικές μιάς τέτοιας θεώρησης. Για το λόγο αυτό το πρόβλημα της συνυπαιτιότητας του θύματος στην απάτη έχει αποτελέσει αντικείμενο ζωηρών συζητήσεων στην επιστήμη¹⁰. Δεν αποτελεί υπερβολή το ότι σήμερα το κεντρικό πρόβλημα στην περιοχή του α. 386 ΠΚ από πλευράς όχι μόνο δογματικής αλλά και αντεγκληματικής πολιτικής είναι το αν και πώς η συμπεριφορά του παθόντος επηρεάζει ή μπορεί ή πρέπει να επηρεάσει την ποινική αξιολόγηση της συμπεριφοράς του δράστη¹¹. Η διερεύνηση της δυνατότητας ενός ερμηνευτικού περιορισμού του αξιόποινου της απάτης έχει ιδιαίτερη σημασία όχι μόνο γιατί οδηγεί σε διάκριση των αξιόποινων περιπτώσεων από εκείνες της επιτροπής εκμετάλλευσης της υπεροχής σε γνώση καθώς και από εκείνες όπου αρκεί αστική προστασία, αλλά και ενόψει της διεθνώς παρατηρούμενης αντίρροπης τάσης διεύρυνσης του αξιόποινου της απάτης¹².

§ 2. Η σημασία της συνυπαιτιότητας του θύματος απάτης κατά την κρατούσα γνώμη.

2.1. Τα επιχειρήματα της κρατούσας γνώμης.

Κατά την κρατούσα γνώμη¹³ η συνυπαιτιότητα του θύματος απάτης είναι αδιάφορη. Μόνο μεμονωμένα υποστηρίζεται ότι έχει κάποια περιορισμένη

hung zwischen Täter und Opfer SchwZStR 71 (1956) σ. 171 επ., 192, Lenz, Der Betrogen. Eine Kriminologische Untersuchung 1961 σ. 24, Amelunxen, Strafjustiz und Viktimologie, Kriminalistik 1969 σ. 178, Raim. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik 1981 σ. 54 επ., Sigg, Begriff, Wesen und Genese des Beziehungsdelikts 1967 σ. 217, πρβλ. όμως τις επιφυλάξεις Hillenkamp, Vorsatztat σ. 221. Γενικότερα βλ. Ανδρουλάκη ΠΔ γεν Μ σ. 695.

9. Amelung Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug GA 77 σ. 17.

10. Βλ. ιδίως τις μονογραφίες των Kurth op. cit. και Raim. Hassemer op. cit. καθώς και εκείνες των Hillenkamp op. cit. και M.-K. Meyer, Ausschluss der Autonomie durch Irrtum 1984 και τους αναφερόμενους στην § 5.

11. Arzt, StR BT LH3 σ. 121, πρβλ. Schüler-Springorum, Honig-FS σ. 207, Seelmann, Betrug beim Handel mit Rohstoffoptionen NJW 80 σ. 2445.

12. Πρβλ. Arzt BT3 σ. 121, S.15 Theft Act 1968 (απάτη είναι κάθε εξαπάτηση με πρόθεση ή βαρεία αμέλεια, με λόγους ή συμπεριφορά, ως προς γεγονός ή νομική ρύθμιση, συμπεριλαμβανομένης και της εξαπάτησης ως προς τις παρούσες προθέσεις προσώπου), §§ 264 και 265 b γερμ.Π.Κ.

13. Ανδρουλάκης, Είναι νοητή η «απάτη επί δικαστηρίου»; Ποινικά Μελέτη σ. 288 σημ. 10, Μπορόπουλος, Ερμηνεία Γ' σ. 77, Σπινέλλης, Π.Δ. Ειδ.

ποινική σημασία και μπορεί να επηρεάσει το πολύ τη δικαστική επιμέτρηση της ποινής¹⁴. Τούτο οφείλεται στο ότι η αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της απατηλής συμπεριφοράς του δράστη και της πλάνης του θύματος κρίνεται κατά τη θεωρία του *ισοδυναμίου των όρων*. Έτσι η παραπλανητική ενέργεια δεν απαιτείται να υπήρξε *μοναδική αιτία της πλάνης*¹⁵. Για το λόγο αυτό δεν απαιτείται και *βεβαιότητα του αποδέκτη των απατηλών ισχυρισμών* ότι οι (ψευδείς) παραστάσεις του ανταποκρίνονται στην πραγματικότητα. Το θύμα *πλανάται έστω και αν έχει σοβαρές αμφιβολίες*, αρκεί να θεωρεί το παριστώμενο γεγονός τουλάχιστον ως δυνατό. Δεδομένου ότι σκοπός της διάταξης είναι η προστασία της περιουσίας κατά ενός ιδιαίτερου τρόπου προσβολής, της «καταδολίευσης» (*Überlistung*)¹⁶, ή περιουσιακή διάθεση καθιστά προφανές, λέγουν, ότι η προσδοκία της αλήθειας υπερνίκησε την αμφιβολία¹⁷. Στα πλαίσια της άποψης αυτής η δυνατότητα του θύματος ν' αποφύγει την πλάνη δεν ασκεί καμιά επιρροή. «Είναι αδιάφορον» γράφει ο Μπουρόπουλος, «αν ο απατηθείς ήδύνατο, τήν συνήθη καταβάλλων επιμέλειαν και προσοχήν, νά αποφύγη τήν πλάνην. Η τυχόν συντρέχουσα άμέλεια τούτου δέν αίρει τόν αιτιώδη σύνδεσμον. Τò ούσιώδες είναι ότι τις παρεπλανήθη»¹⁸. Την αντίληψη αυτή ενισχύει η σκέψη, ότι σε περίπτωση ιδιαίτερα χονδροειδούς πράξης εξαπάτησης η ανάγκη ποινικής προστασίας εμφανίζεται συνήθως αυξημένη διότι κατά κανόνα τα θύματα είναι άτομα που μειονεκτούν ως προς κάποια αναφορά (ανήλικοι, διανοητικά καθυστερημένοι κ.λπ.)¹⁹.

Μ. τ. Β' 1985 σ. 83, Γάφορς, Π.Δ. Ειδ. Μ. τ. ΣΤ' σ. 138 και σημ. 40, Dreher-Tröndle STGB³⁷ § 263 αρ. 19, Maurach-Schroeder, StR BT I⁶ σ. 408, SK-Samson § 263 αρ. 62, Welzel StR¹¹ σ. 370, S. - S. Cramer StGB¹⁹ § 263 αρ. 43, BGHSt 1StR 304/63.

14. Lackner, op.cit. αρ. 91.

15. Μπουρόπουλος Γ' σ. 77.

16. Lackner op. cit. αρ. 80. Έτσι και η Αιτιολ. 33 σ. 588: «...η έννοια του νόμου είναι ότι διά του δόλου τούτου παρασύρεται ο απατώμενος...».

17. Lackner op. cit. αρ. 80. Πρβλ. ήδη Koffka, Der Prozeßbetrug unter Berücksichtigung der neuen Zivilprozeßordnung ZStW 54 (1935) σ. 49.

18. Μπουρόπουλος loc. cit., Σπινέλλης Β' σ. 83 επ., ΑΠ 177/57 ΠΧ Ζ/368, ΑΠ 553/67 ΠΧ ΙΗ' 149, ΑΠ 537/76 ΠΧ ΚΖ'/48, ΑΠ 168/85 ΠΧ ΛΕ'/683, Maurach-Schroeder BT/I⁶ σ. 408, RG GA 43, 31, 32, RG HRR 1940 Nr 474, RG GA 53 (1906) 174, Hälschner Pr StR 3. Teil σ. 364, 365, 371, Oppenhoff, Pr StGB § 241 αρ. 52: είναι αδιάφορο αν η πλάνη μπορούσε να αποφευχθεί ευχερώς, εφόσον η παραπλανητική συμπεριφορά υπήρξε αιτιώδης. Πρβλ. Merkel, Die Lehre vom strafbaren Betrug, Krim. Abh. II 1867 σ. 261, Binding B.T. 1 σ. 350, Frank, RStGB § 263 σημ. III 3.

19. Σπινέλλης Β' σ. 84, Μπουρόπουλος loc. cit., Ortloff, Lüge, Fälschung, Betrug 1862 σ. 414, Hegler, Betrug στη VDB VII 1907 σ. 423.

2.2. Κριτική.

Η κρατούσα γνώμη ωστόσο παρά την απλότητα και σαφήνειά της είναι εκτεθειμένη σε σοβαρές αντιρρήσεις:

(α) Η εξάρτηση της έννοιας της πλάνης από το αν υπάρχει αιτιώδης συνάφεια (μεταξύ απατηλής συμπεριφοράς και περιουσιακής διάθεσης) οδηγεί σε μη αναγκαία σύγχυση των δύο αυτών στοιχείων (δηλ. της πλάνης και της αιτιότητας)²⁰. Πλάνη μπορεί να υπάρχει ανεξάρτητα του αν επακολούθησε ή όχι περιουσιακή διάθεση, δηλ. ανεξάρτητα του αν η πρώτη αποτέλεσε ή όχι κίνητρο για τη δεύτερη²¹. Αντίθετα, μάλιστα: όπως εύστοχα παρατηρεί ο *Frisch*²², το αν υπήρξε επιτυχής καταδολίευση, το αν υπήρξε καν απατηλή συμπεριφορά κατά την έννοια του νόμου, δεν μπορεί να κριθεί πριν από την πλάνη: Μεταξύ πλάνης και πράξης εξαπάτησης υπάρχει «λογικοπραγματική προτεραιότητα» (*sachlogische Priorität*) υπό την έννοια ότι η πλάνη ως πρώτο και άμεσο αποτέλεσμα της απατηλής συμπεριφοράς πρέπει να διευκρινισθεί πριν ερευνηθεί το θέμα του μέσου προσβολής της περιουσίας. Τούτο είναι εύλογο. Για να ερευνήσουμε αν υπάρχει ποινικά αξιόλογη απαξία συμπεριφοράς (εδώ : πράξη εξαπάτησης) πρέπει να βεβαιωθεί η συνδρομή της απαξίας του αποτελέσματος (πλάνη).

(β) Το ότι κατά την κρατούσα γνώμη η λειτουργία της πλάνης συνίσταται στον εντοπισμό των περιπτώσεων επιτυχούς καταδολίευσης του θύματος (με κριτήριο το αν η πλανημένη παράσταση, όσο έντονες κι αν ήσαν οι αμφιβολίες που τη συνόδευαν, αποτέλεσε τελικά κίνητρο για την περιουσιακή διάθεση) όχι μόνον συνιστά θεώρηση γενική και αφηρημένη²³ αφού το όλο έγκλημα της απάτης εκφράζει ακριβώς μιάν επιτυχή καταδολίευση, αλλά και δεν αποτελεί παρά απλή επανάληψη του ότι η παράσταση: «το γεγονός είναι δυνατό ν' αληθεύει» υπήρξε «αιτιώδης» για την περιουσιακή διάθεση²⁴. Έτσι όμως η προσφυγή στη θεωρία του ισοδυναμίου των όρων συγκαλύπτει την προβληματική που τίθεται από πλευράς αντεγκληματικής πολιτικής αφού δεν εξηγεί πειστικά γιατί χρειάζεται ποινική προστασία π.χ. όποιος, παρακινούμενος από απληστία, διαθέτει παρά τις ισχυρές αμφιβολίες του για την αλήθεια των ισχυρισμών του άλλου²⁵. Η εφαρμογή, τέλος, της θεωρίας αυτής

20. Πρβλ. *Giehring*, Prozeßbetrug im Versäumnis- und Mahnverfahren - Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in § 263 StGB GA 73 σ. 22.

21. *Frisch*, Funktion und Inhalt des Irrtums im Betrugstatbestand, *Bockelmann-FS* σ. 651.

22. *Frisch* op. cit. σ. 650.

23. *Frisch* loc. cit.

24. SK-Samson § 263 αρ. 56.

25. SK-Samson loc. cit., πρβλ. *Naucke*, *Peters-FS* σ. 109 επ.

από την κρατούσα γνώμη, χωρίς παράλληλα να λαμβάνεται υπόψη η διδασκαλία του αντικειμενικού καταλογισμού, συνοδεύεται από μειονεκτήματα για τα οποία γίνεται λόγος παρακάτω (§§ 9 επ.).

§ 3. Μορφές συνυπαιτιότητας του θύματος απάτης.

Πράγματι, ενώ δεν αμφισβητείται η ανάγκη προστασίας όταν ο δράστης εκμεταλλεύεται μειονεκτικές καταστάσεις του θύματος που διευκόλυναν την πράξη και τις οποίες αυτό δεν μπορούσε να επηρεάσει (διανοητική καθυστέρηση, ανηλικότητα, φόβος, απελπισία)²⁶, εμφανίζεται πολύ αμφίβολη η ανάγκη ποινικής κύρωσης σε χαρακτηριστικές περιπτώσεις συνυπαιτιότητας και δυνατότητας αυτοπροστασίας, όπως π.χ. όταν το θύμα εμφανίζει έντονη διάθεση (προσφέρεται) να εξαπατηθεί²⁷ είτε από απληστία και δίψα για ταχύ πλουτισμό, είτε από επιθυμία κοινωνικής προβολής, είτε από κουφότητα, νοηρότητα, δεισιδαιμονία ή επιτολαιότητα²⁸, δημιουργώντας συχνά στο δράστη την απόφαση να τελέσει την πράξη εξαπάτησης και διευκολύνοντάς τον, είτε όταν διαθέτει επιδιώκοντας σκοπό ανήθικο ή παράνομο, είτε όταν επιδεικνύει απροσδόκητη ευπιστία, είτε, τέλος, όταν διαθέτει παρά τις αμφιβολίες του. Η διαπίστωση των παραπάνω προβλημάτων αφενός έχει εδραιώσει την πεποίθηση, ότι η συνυπευθυνότητα του θύματος αποτελεί βασικό χαρακτηριστικό της απάτης²⁹, αφετέρου θέτει το ερώτημα μήπως δεν συνιστά απάτη «άξια ποινής» κάθε δόλια ζημία περιουσίας που πληροί, κατά την κρατούσα γνώμη, τους όρους του α. 386 Π.Κ.

3.1. Οι αμφιβολίες του θύματος.

Στα πλαίσια της παρούσας προβληματικής σημαντική θέση κατέχει το ερώτημα, πώς θα πρέπει να εκτιμηθεί η περίπτωση κατά την οποία ο αποδέκτης των ψευδών παραστάσεων προβαίνει σε περιουσιακή διάθεση μολονότι

26. Πρβλ. Schult z, Schw ZStR 71 (1956) σ. 172, 176, Schüler-Springorum Honig-FS σ. 211, Kurth, Diss. σ. 1 επ. και 217.

27. v. Hentig, The Criminal and his Victim σ. 422 επ., ο ίδιος, Zur Psychologie der Einzeldelikte Bd. III Der Betrug 1957 σ. 187, 193, 200, πρβλ. Ανδριανάκη, Θυματολογία σ. 103 επ.

28. Το 50% των θυμάτων απάτης που αποτέλεσαν αντικείμενο της έρευνας του Lenz (σ. 100 επ.) έπασχαν από κάποια ασθένεια. Τούτο ενισχύει την υπόθεση του Schüler-Springorum Honig-FS σ. 204 ότι το θύμα απάτης εμφανίζει συχνά έλλειψη επαφής με την πραγματικότητα εμφορούμενο από έντονες επιθυμίες. Πρβλ. ΑΠ 828/81 ΠΧ ΛΒ/117.

29. Arzt BT 3 σ. 120.

αμφιβάλλει ως προς την αλήθεια των (πράγματι ψευδών) ισχυρισμών. Το ερώτημα αυτό, που αποτελεί αντικείμενο έντονης διχογνωμίας, συνήθως εκφράζεται με το δίλημμα αν στοιχειοθετείται πλάνη μόνον όταν το θύμα είναι βέβαιο ότι η (πράγματι εσφαλμένη) παράστασή του ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα ή αν πλανάται και όποιος αμφιβάλλει γιαυτό.

Η πρακτική σημασία του ζητήματος ανακύπτει κυρίως σε περιπτώσεις των οποίων η εγγενής αβεβαιότητα είναι συμφυής με αμφιβολίες του διαθέτοντος, όπως π.χ. οι κερδοσκοπικές δικαιοπραξίες (παρακάτω υπό 3.1.1.), η απάτη επί δικαστηρίου (3.1.2.) και ορισμένες άλλες (3.1.3.).

3.1.1. Κερδοσκοπικές δικαιοπραξίες (*Risikogeschäfte*).

Οι κερδοσκοπικές δικαιοπραξίες είναι επικίνδυνες αλλά καταρχήν επιτρεπτές δικαιοπραξίες που υπερβαίνουν τα πλαίσια της συνετής διαχείρισης μιάς περιουσίας, υπόσχονται όμως σημαντικό κέρδος³⁰. Ο αμφίβολος χαρακτήρας ορισμένων γεγονότων είναι συστατικό στοιχείο της συμφωνίας³¹ και γιαυτό ο πελάτης υπολογίζοντας την αβεβαιότητα της δικαιοπραξίας προσφέρει κατά κανόνα μικρότερη τιμή. Η αβεβαιότητα όμως αυτή αντισταθμίζεται από την προοπτική μεγάλου κέρδους η οποία δελεάζει το θύμα που εκούσια αναλαμβάνει τον κίνδυνο³².

Στις περιπτώσεις αυτές είναι καταρχή αναμφισβήτητο ότι ο διαθέτων πλανάται (και δεν μπορεί να γίνει λόγος για συνυπαιτιότητα λόγω αμφιβολιών) όταν είναι βέβαιος για το αμφίβολο του γεγονότος που τέθηκε ως βάση της σύμβασης, ενώ στην πραγματικότητα υπάρχει βεβαιότητα ως προς αυτό³³. Το πρόβλημα γεννιέται όταν ο δράστης παριστά τις πιθανότητες κέρδους ως υψηλότερες καθώς και όταν η σύναψη της κερδοσκοπικής δικαιοπραξίας εμφορείται από έντονη επιθυμία κέρδους³⁴, χωρίς ωστόσο να έχουν διαλυθεί οι αμφι-

30. Jescheck StR AT³ σ. 326. Βλ. και Hillenkamp, Risikogeschäfte und Untreue NSTZ 81 σ. 165.

31. Amelung GA 77 σ. 11, 13, πρβλ. BGHSt 9, 289, 291. Η αμφιβολία μπορεί να είναι αντικειμενική (π.χ. ιπποδρομιακό στοίχημα) ή να υφίσταται μόνο μεταξύ των μερών (π.χ. αγορά πίνακα διάσημου ζωγράφου πριν αποφανθεί ο πραγματογνώμων για τη γνησιότητά του): Amelung loc. cit., Schönke-Schröder-Cramer § 263 αρ. 30.

32. Lackner LK¹⁰ § 263 αρ. 194, SK-Samson § 263 αρ. 52, Kurth Diss. σ. 183 επ.

33. Πρβλ. Amelung loc. cit.

34. Πολυάριθμα παραδείγματα παραθέτουν οι Lenz, op. cit. ιδίως σ. 187, Ehrllich, Betrüger und ihre Opfer 1967 σ. 63 επ., Raim. Hassemmer σ. 161, Kurth σ. 183.

βολίες του θύματος. Τέτοιες περιπτώσεις συνιστούν οι συναλλαγές με αντικείμενο δικαίωμα προαιρεσίσεως σε πρώτες ύλες (Rohstoffoptionen)³⁵ και η αγορά πράγματος «ως εστί». Έτσι π.χ. σε περιπτώσεις πώλησης πράγματος είναι δυνατό να συμφωνηθεί απαλλαγή του πωλητή από ευθύνη για πραγματικά ελαττώματα ή έλλειψη ιδιοτήτων του πράγματος υπό την επιφύλαξη του α. 538 Α.Κ. (δόλια αποσιώπηση). Τέτοιες συμφωνίες, που καθιστούν ακόμη δυσχερέστερη τη συνήθως ασθενή θέση του αγοραστή είναι και οι ρήτρες «ως τούτο έχει», «ως εστί και ευρίσκεται»³⁶ (as is where is) ή «as she lies» τόσο κατά το ελληνικό δίκαιο όσο και σύμφωνα με τον αγγλικό νόμο περί πώλησεως πραγμάτων (Sale of Goods Act) του 1893 που έχει ιδιαίτερη σημασία γιατί εφαρμόζεται και σε περίπτωση πώλησης πλοίου³⁷. Συχνά συμβαίνει π.χ. να πωλείται ένα πλοίο σε μικρότερη τιμή χωρίς ευθύνη του πωλητή (on an outright basis). Και στις περιπτώσεις αυτές ο αγοραστής αναλαμβάνει εκούσια τον κίνδυνο να μην υπάρχει αντιστοιχία μεταξύ τιμήματος και αξίας του πράγματος, παραιτούμενος από την εξέταση του αντικειμένου της δικαιοπραξίας για να επωφεληθεί της χαμηλότερης τιμής, παρά τις αμφιβολίες του, που πηγάζουν ακριβώς από την παραίτησή του αυτή.

3.1.2. Απάτη επί δικαστηρίου.

Αν ξεκινήσουμε από την κρατούσα γνώμη ότι νοείται απάτη επί δικαστηρίου³⁸ γεννιέται το πρόβλημα πώς θα κριθούν οι περιπτώσεις που ο δικαστής πρέπει ν' αποφασίσει αν και αμφιβάλλει, δηλ. χωρίς να δικαιούται να διερευνήσει περαιτέρω ή ν' απορρίψει ισχυρισμούς των διαδίκων. Το πρόβλημα ανακύπτει κυρίως:

(α) Όταν ο νόμος αρκείται σε πιθανολόγηση³⁹, δηλ. «γνώση» των προτεινόμενων πραγματικών περιστατικών «που συνοδεύεται από αμφιβολίες»⁴⁰. Εδώ η απόφαση είναι θεμελιωμένη σε ισχυρισμούς για την αλήθεια

35. Seelmann NJW 80 σ. 2445, Rochus, Betrügerischer Handel mit Rohstoffoptionen NJW 81 σ. 736, Sonnen, Strafrechtliche Grenzen des Handels mit Optionen aus Warentermin-Kontrakte Wistra 82 σ. 123, BGH NJW 81, 2131, OLG Hamburg NJW 80 σ. 2593.

36. Δωρής σε: Γεωργιάδη - Σταθόπουλου Α.Κ. α. 538 αρ. 2.

37. Βλ. Λαζαράτου, Αγορά πλοίου - sale form 1966 - νηογνώμονες, ελαττώματα σκάφους και μηχανής ΕΝαυτΔ 79 σ. 1 επ., Chorley - Giles, Shipping Law 7η έκδ. 1980 σ. 16, 18 επ.

38. Βλ. όμως τα επιχειρήματα του Ανδρουλάκη, Ποιν. Μελ. σ. 285.

39. SK - Samson § 263 αρ. 53, Giehring GA 73 σ. 1 επ., Amelung GA 77 σ. 1 επ.

40. Μπέης, Πολ. Δικ. σ. 1573.

των οποίων ο δικαστής αμφιβάλλει. Το στοιχείο της αμφιβολίας είναι συμφυές με την έννοια της πιθανολόγησης. Κάθε απόφαση [ασφαλιστικών μέτρων], λέγει ο *Grunsky*, πρέπει να εκδίδεται «με την υποψία» ότι ίσως τελικά διαπιστωθεί πως το δικαστήριο έσφαλε⁴¹.

(β) Όταν ο δικαστής πρέπει ν' αποφασίσει σύμφωνα με τους κανόνες που αφορούν το αντικειμενικό βάρος απόδειξης⁴², οπότε προϋποτίθεται ότι δεν πείσθηκε για την αλήθεια της ιστορικής βάσης της αγωγής. Έτσι αν ο ενάγων δεν αποδείξει τους ισχυρισμούς του η αγωγή πρέπει ν' απορριφθεί. Ο ψευδόμενος διάδικος δυνάμει του νόμου επιτυγχάνει το σκοπό του μέσω του αμφιβάλλοντος δικαστή χωρίς να τον πείσει ως προς τους ισχυρισμούς του, αλλ' απλώς και μόνον οδηγώντας τον σε αμφιβολία, δηλ. στο συμπέρασμα ότι δεν μπορεί να σχηματίσει δικανική πεποίθηση⁴³.

Αντίθετα το πρόβλημα των αμφιβολιών του δικαστή έχει περιορισμένη σημασία εκεί όπου κατά την κρατούσα γνώμη⁴⁴ δεν νοείται τετελεσμένη απάτη επί δικαστηρίου επειδή ο δικαστής είναι υποχρεωμένος να δεχθεί ως αληθείς ορισμένους ισχυρισμούς του διαδίκου και επομένως δεν μπορεί να γίνει λόγος για δικανική πεποίθηση και πλάνη (ή πάντως για αιτιώδη σύνδεσμο της πλάνης με την απόφαση). Τούτο συμβαίνει π.χ.

(γ) Όταν οι ισχυρισμοί δεν αποδείχθηκαν (=αμφιβολία!) και ο δικαστής πρέπει ν' αποφασίσει σύμφωνα με αποδεικτικούς κανόνες, όπως π.χ. σε περίπτωση επιβολής εκτιμητικού όρκου (α. 431 ΚΠολΔ). Αυτή προϋποθέτει είτε ανυπαρξία άλλων αποδείξεων ως προς την έκταση της απαίτησης, είτε ότι οι προσαχθείσες αποδείξεις κρίνονται ατελείς και απλώς πιθανολογείται η έκταση της απαίτησης⁴⁵.

(δ) Επί ερημοδικίας⁴⁶ του εναγομένου, οπότε οι πραγματικοί ισχυρισμοί του ενάγοντος θεωρούνται ομολογημένοι παρά τις αμφιβολίες του δικαστή (α. 271 παρ. 3 Κ.ΠολΔ).

41. Αναφέρεται από τον Παναγόπουλο, Πιθανολόγηση του ασφαλιστέου δικαίωματος και στάθμιση συμφερόντων Δίκη 15 σ. 451. Δεν ακριβολογεί επομένως η ΑΠ 1610/82 ΠΧ ΛΓ/596 δεχόμενη ότι, όταν αρκεί πιθανολόγηση, η απάτη επί δικαστηρίου τελείται «και διά μόνης της εν γνώσει της αναληθείας προβολής ψευδούς... ισχυρισμού εάν ο δικαστής παραπλανηθείς έκρινεν τούτον ως αληθή...».

42. SK - S a m s o n § 263 αρ. 53, A m e l u n g GA 77 σ. 16, πρβλ. L a c k n e r LK¹⁰ § 263 αρ. 313.

43. S. - S. C r a m e r § 263 αρ. 51, L a c k n e r LK¹⁰ § 263 αρ. 313.

44. Βλ. σχετικά Α ν δ ρ ο υ λ ά κ η, Ποιν. Μελέται σ. 288 και σημ. 10, καθώς και Σ π ι ν έ λ λ η Β' σ. 96, L a c k n e r LK¹⁰ § 263 αρ. 314, S - S - C r a m e r § 263 αρ. 52, μόνον ως προς την ερημοδικία και αντίθετη νομολογία loc. cit. και αρ. 74.

45. Μ π έ η ς, Πολ. Δικ. σ. 1738.

46. A m e l u n g GA 77 σ. 16.

3.1.3. Άλλες περιπτώσεις.

Άλλες τυπικές περιπτώσεις περιουσιακής διάθεσης παρά τις σοβαρές αμφιβολίες του θύματος είναι οι εξής ⁴⁷:

(α) Ο διαθέτων διστάζει για λόγους κοινωνικούς ή οικονομικούς (φιλία, οικονομική ή κοινωνική εξάρτηση) να διερευνήσει τις αμφιβολίες του.

(β) Ο διαθέτων παραιτείται της έρευνας διότι το κόστος της είναι μεγαλύτερο από τη δυνατή βλάβη (π.χ. σε περίπτωση «απάτης του ζητιάνου» (Bettelbetrug) ή «απάτης της δωρεάς» (Spendebetrug) ⁴⁸.

(γ) Το θύμα αγοράζει από άγνωστο πρόσωπο υπό συνθήκες που γεννούν έντονες αμφιβολίες (π.χ. αγορά ακριβού χαλιού από πλανόδιο) ⁴⁹.

(δ) Ο συμβιβασμός ⁵⁰, εφόσον η αβεβαιότητα δεν είναι κοινή. Μία από τις προϋποθέσεις της σύμβασης συμβιβασμού (α. 871 Α.Κ.) είναι (διαζευκτικά με την έριδα) η αβεβαιότητα, δηλ. η αμφιβολία γύρω από τη γένεση, την ύπαρξη, τα υποκείμενα ή την έκταση μιας έννομης σχέσης. Η αβεβαιότητα πρέπει να είναι κοινή, αλλιώς είναι δυνατό να στοιχειοθετείται απάτη ⁵¹. Και εδώ, επομένως, η περιουσιακή διάθεση γίνεται υπό το κράτος αμφιβολίας. Το πρόβλημα, φυσικά, δεν ανακύπτει εφόσον ο πλανώμενος είναι βέβαιος ότι η απαίτηση είναι αμφίβολη, αλλά μόνον όταν αμφιβάλλει ως προς τούτο (πρβλ. παραπάνω 3.1.1.).

3.2. Ιδιαίτερα χονδροειδής πράξη εξαπάτησης.

Το θύμα απάτης είναι δυνατό να πεισθεί από απατηλούς ισχυρισμούς τόσο πρωτόγονους και χονδροειδείς, ώστε να μη μπορούν να πείσουν κανένα λογικό άνθρωπο, να κρίνονται δηλ. απρόσφοροι να παραπλανήσουν, διότι το ψεύδος τους είναι προφανές. Σχετικά ο *Naucke* ⁵² προσάγει το εξής παράδειγμα: Ο Α, πλανόδιος πωλητής συσκευών μασάζ, χτυπά την πόρτα του Β. Μόλις ο τελευταίος του ανοίγει, ο Α του δηλώνει πως με την πρώτη ματιά κατάλαβε ότι πάσχει το κυκλοφοριακό του σύστημα και χρειάζεται μιά από τις συσκευές του. Ο Β αγοράζει, μολονότι κανένας λογικός άνθρωπος δεν

47. Για τα ακολουθούντα βλ. ιδίως *Amelung* GA 77 σ. 11.

48. Πρβλ. *SK - Sams on* § 263 αρ. 53.

49. *Amelung* loc. cit., *SK - Sams on* loc. cit., *Naucke*, *Peters - Festschr.* σ. 109 επ., 119.

50. Βλ. εκτενώς *Tiedemann*, *Der Vergleichsbetrug*, *Klug-Festschr.* σ. 405 επ.

51. *Μαστρογαμβράκη* στο: *Γεωργιάδη - Σταθόπουλου Α.Κ.* α. 871 αρ. 17.

52. *Naucke Peters-FS* σ. 119.

πείθεται υπ' αυτές τις συνθήκες. Πρόκειται για περιπτώσεις κάθε άλλο παρά σπάνιες⁵³.

3.3. Υπαίτια διευκόλυνση της πράξης.

Πολλές φορές το θύμα «προσφέρεται» στο δράστη, εκτιθέμενο στον κίνδυνο με δική του πρωτοβουλία ή επιδεικνύοντας ασυνήθιστη, για τον κύκλο δραστηριότητάς του, νωθρότητα και αδιαφορία (π.χ. Τράπεζα χορηγεί πίστωση χωρίς να ενδιαφερθεί για την οικονομική κατάσταση του οφειλέτη)⁵⁴. Όχι σπάνια, γράφει ο *v. Hentig*⁵⁵, η σύμπραξη του θύματος απάτης εκτείνεται από την απλή προθυμία μέχρι την παράκληση προς επιχείρηση της πράξης εξάπατησης, προσλαμβάνοντας τη μορφή μιάς υπό ψυχολογική έννοια ηθικής αυτουργίας. Τα θύματα συχνά επιδεικνύουν διάθεση να διατρέξουν περιουσιακό κίνδυνο προσφερόμενα σε παροχές που ενδεχομένως ο δράστης αρχικά δεν ήθελε! Χαρακτηριστική είναι η ακόλουθη περίπτωση⁵⁶:

Ακούγοντας τη φήμη ότι ο R. μπορούσε να μεσολαβήσει για απονομή παρασήμων, ματαιόδοξοι πλούσιοι τον παρακάλεσαν φορτικά να ενεργήσει, έναντι αμοιβής, ώστε να παρασημοφορηθούν και αυτοί. Ο R. αρχικά αρνήθηκε και μόνον όταν τα οικονομικά του χειροτέρεψαν ενέδωσε και προμήθευσε παράσημα, παριστάνοντας ότι πρόκειται για επίσημη απονομή.

3.4. Επιδίωξη από το θύμα σκοπού παράνομου ή ανήθικου.

Δεν είναι τέλος, σπάνιες οι περιπτώσεις, όπου η συνυπαιτιότητα του θύματος συνίσταται στο ότι τούτο επιδιώκει κάποιον ανήθικο ή παράνομο σκοπό, πράγμα που εκμεταλλεύεται ο δράστης. Π.χ. δωροδοκώ ψευδοϋπάλληλο που μου παρέστησε ότι προέβη σε παράνομη χαριστική πράξη προς το συμφέρον μου.

53. Προ καιρού σε ισπανικά και ελληνικά λαϊκά περιοδικά δημοσιεύτηκε διαφήμιση «θαυματουργών» σταυρών, που είχαν την ιδιότητα να εξασφαλίζουν πλούτη, επιτυχίες και ευτυχία στους αγοραστές. Κατά του έλληνα εισαγωγέα τους ασκήθηκε ποινική δίωξη. Πληθώρα άλλων παραδειγμάτων βλ. στους Ehrlich op.cit., passim, K u r t h, op. cit. passim, H e n t i g, Betrug passim. Βλ. επίσης ΑΠ 68/70 ΠΧ Κ/266, ΑΠ 828/81 ΠΧ ΛΒ/117, ΑΠ 170/74 ΠΧ ΚΔ/501, ΑΠ 541/75 ΠΧ ΚΕ/855.

54. BGHSt 24, 386.

55. *v. H e n t i g*, Betrug σ. 201.

56. loc. cit. Αναφορικά προς την περιώνυμη περίπτωση των πλαστών ημερολογίων του Hitler η δικηγόρος του δράστη βεβαίωσε ότι ο πελάτης της ποτέ δεν θα είχε φιλοτεχνήσει αν το περιοδικό Stern δεν είχε την έμμονη ιδέα να ανακαλύψει κάποτε τα περίφημα ημερολόγια (S p i e g e l 17.6.85 σ. 83).

§ 4. Πρακτική σημασία του ζητήματος.

Η πρακτική σημασία του ερωτήματος, αν και πώς μπορεί να επηρεάσει την ποινική εκτίμηση της απάτης η συμβολή του θύματος στην τέλεση ή διευκόλυνση της πράξης (π.χ. με εκούσιο περιορισμό των δυνατοτήτων αυτοπροστασίας του), είναι προφανής: Ανάλογα με την άποψη που θα γίνει δεκτή το φάσμα των δυνατών λύσεων διαμορφώνεται από την πλήρη ατιμωρησία μέχρι επιβολή πλήρους ποινής⁵⁷. Πιο συγκεκριμένα:

(α) Στο επίπεδο της αντικειμενικής υπόστασης προτείνεται:

(αα) συσταλτική ερμηνεία της πράξης εξαπάτησης, ώστε να καλύπτει μόνο τις περιπτώσεις απατηλής συμπεριφοράς που είναι «γενικά κατάλληλες» (πρόσφορες) να προκαλέσουν πλάνη⁵⁸ (αποδοχή της άποψης αυτής σημαίνει ότι σε περίπτωση απρόσφορης πράξης εξαπάτησης αποκλείεται η αντικειμενική υπόσταση), καθώς επίσης

(ββ) σε περίπτωση αμφιβολιών του θύματος αποκλεισμός του στοιχείου της πλάνης⁵⁹, ή της περιουσιακής βλάβης⁶⁰ ή του νομικά σημαντικού αιτιώδους συνδέσμου⁶¹, οπότε ο δράστης ευθύνεται μόνο για απόπειρα.

(β) Στο επίπεδο της δικαστικής επιμέτρησης της ποινής προτείνεται η συνυπαιτιότητα του θύματος να συνιστά λόγο μείωσης της ποινής⁶².

(γ) Κατ' άλλους, τέλος, η συνυπαιτιότητα του θύματος είναι αδιάφορη⁶³.

§ 5. Οι αμφιβολίες του θύματος της απάτης και η νομική τους επιρροή.

5.1. Η αρχή της επικουρικότητας.

5.1.1. Η δυνατότητα αυτοπροστασίας του θύματος ως μέγεθος του ποινικού δικαίου.

Τα τελευταία χρόνια υποστηρίζεται με ένταση, ότι η δυνατότητα του θύματος να αυτοπροστατευθεί αίρει την αναγκαιότητα ποινικής προστασίας

57. Πρβλ. για το γερμανικό δίκαιο Kurth, σ. 5 επ., 99 επ.

58. Naucke Peters-FS σ. 118.

59. Giehring, GA 73 σ. 1 επ., Amelung GA 77 σ. 1 επ., Herzberg GA 77 σ. 289 επ.

60. Beulke, NJW 77 σ. 1073. Ομοίως σε περίπτωση που το θύμα επιδιώκει σκοπό παράνομο ή ανήθικο. Βλ. §§ 3.4 και 13.

61. Blei βλ. παρακάτω § 5.5.

62. Βλ. § 12.

63. Βλ. παραπάνω § 2.1.

του. Η άποψη αυτή θεμελιώνεται στην αρχή της επικουρικότητας της ποινικής προστασίας. Με βάση τη σκέψη ότι ο νομοθέτης νομιμοποιείται ν' απειλήσει ποινή μόνον όταν τούτο είναι απολύτως αναγκαίο για την προστασία της έννομης τάξης, δεν αρκούν δηλ. ηπιώτερα μέσα καταναγκασμού⁶⁴, υποστηρίζεται ότι ως «ηπιώτερο» νοείται όχι μόνο κάθε μέσο κρατικού καταναγκασμού (αστική, διοικητική κύρωση) αλλά και οποιαδήποτε άλλη μη κρατική δυνατότητα κοινωνικού ελέγχου, κυρίως δε η ατομική δυνατότητα αυτοπροστασίας εκ μέρους του θύματος⁶⁵. Από την αρχή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, λένουν, δεν απαγορεύεται μόνον η χρησιμοποίηση του ατόμου από το κράτος, ως μέσου προς σκοπό, αλλά επιβάλλεται και στο άτομο το καθήκον να ενεργεί σαν υπεύθυνο ον⁶⁶. Η αρχή της επικουρικότητας έχει λοιπόν και μιάν αντίστροφη όψη, ότι το κράτος δεν πρέπει να επεμβαίνει όπου το άτομο μπορεί «να τα βγάλει πέρα μόνο του»⁶⁷. Ποινική έκφραση των σκέψεων αυτών, που διατυπώθηκαν αρχικά σε αναφορά προς τις σχέσεις ατόμου και κράτους αποκλειστικά στο πεδίο της οικονομικής δραστηριότητας, αποτελεί η αρχή, ότι το άτομο έχει καθήκον να προστατεύει αυτό το ίδιο τα έννομα αγαθά του στο μέτρο του δυνατού⁶⁸.

Κατά τον τρόπο αυτό η βασική θέση της θυματολογίας, ότι δράστης και θύμα αποτελούν μία ενότητα, καθίσταται μέγεθος του ποινικού δόγματος υπό την έννοια, ότι τα έννομα αγαθά που το θύμα δεν προστάτεψε μολονότι μπορούσε εξαιρούνται της κρατικής ποινικής προστασίας⁶⁹. Η άποψη αυτή εξαρτά την ισχύ των ποινικών κανόνων από την προθυμία των θυμάτων να υπερασπισθούν τα έννομα αγαθά τους αφού η αδράνεια του θύματος στερεί το ποινικό δίκαιο από τη δυνατότητα προστασίας του εννόμου αγαθού: η δυνατότητα

64. Ανδρουλάκη Π.Δ. Θεμέλια σ. 42, Roxin JA 80 σ. 547, ο ίδιος, JuS 66 σ. 382, ο ίδιος, ZStW 81 (1969) σ. 620, Peters, ZStW 77 σ. 470, Maiwald, Maurach - FS σ. 11, Arthur Kaufmann, Henkel-FS σ. 102, Jakobs StR AT σ. 38, BVerfGE 7, 397.

65. Jakobs, StR AT σ. 38, Amelung, NJW 75 σ. 624, ο ίδιος, GA 77 σ. 6, W. Hassemer, Klug-FS σ. 222, ο ίδιος, Theorie und Soziologie des Verbrechens (1973) σ. 198 επ., Raim. Hassemer σ. 22 επ., 80, Schünemann στο: Schneider, Das Verbrechensopfer σ. 411 και σημ. 19.

66. Arthur Kaufmann, Henkel-Festschr. σ. 96, ο ίδιος, Rechtsphilosophie im Wandel σ. 221 επ., 344, Henkel, Rechtsphilosophie σ. 186.

67. Κατά την άποψη αυτή, που τονίζει την προέλευση της αρχής της επικουρικότητας από τις αστικές-φιλελεύθερες περί δικαίου αντιλήψεις, δεν προστατεύεται μόνον το άτομο από το κράτος αλλά και το κράτος από τις καταχρηστικές αξιώσεις του ατόμου: v. Münch Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip JZ 60 σ. 303 επ.

68. Βλ. π.χ. Raim. Hassemer σ. 35, πρβλ. P. Frisch, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, Berlin 1973.

69. Πρβλ. W. Hassemer Klug-FS σ. 223.

αυτοπροστασίας του θύματος αίρει την αναγκαιότητα ποινικής προστασίας⁷⁰.

Αυτή η ερμηνεία της αρχής της επικουρικότητας εκφράζει μία τάση ιδιωτικοποίησης (Privatisierung)⁷¹ του ποινικού δικαίου, υπό την έννοια ότι οι κανόνες θεωρούνται και σε συνάρτηση με την εξωποινική ισχύ τους (και όχι μόνον ως αποτέλεσμα μιας νομοθετικής απόφασης)⁷².

5.1.2. Δυνατότητα αυτοπροστασίας και απάτη. Η άποψη *Amelung*.

Κατά τον *Amelung*⁷³ η ποινική προστασία είναι επικουρική απέναντι στη δυνατότητα αυτοπροστασίας του θύματος απάτης. Αν το τελευταίο αμφιβάλλει επειδή έχει συγκεκριμένα, εξωτερικά αναγνωρίσιμα στοιχεία (π.χ. αντιφάσεις των ισχυρισμών) που υπερβαίνουν τη γενική αβεβαιότητα ως προς την αξιοπιστία του άλλου, είναι σε θέση να προστατεύσει την περιουσία του εξίσου αποτελεσματικά αλλά κατά τρόπο ηπιώτερο ζητώντας πληροφορίες ή απαιτώντας ασφάλεια ή απέχοντας από τη δικαιοπραξία κ.λ.π. Ο αμφιβάλλων βρίσκεται ψυχολογικά σε πλεονεκτικότερη θέση από τον πλανώμενο γιατί έχει επαρκή αφορμή να αυτοπροστατευθεί και να μη γίνει όργανο του δράστη. Η αμφιβολία λοιπόν αποκλείει την πλάνη. Η λειτουργία του στοιχείου της πλάνης στην απάτη συνίσταται στο ότι συμβάλλει στην κατίσχυση της αρχής της επικουρικότητας⁷⁴ στο ποινικό δίκαιο. Σε περίπτωση αμφιβολίας μόνο τιμώρηση για απόπειρα είναι δυνατή⁷⁵.

Σύμφωνα προς τις βασικές αυτές θέσεις ο *Raim. Hassemer* διευκρινίζει ότι το στοιχείο της πλάνης στην απάτη σκοπεί τον αποχωρισμό από το πεδίο προστασίας του κανόνα εκείνων των προσβολών της περιουσίας που εμφανίζουν ανεπαρκή επικινδυνότητα ακριβώς επειδή το θύμα διαθέτει επαρκείς δυνατότητες αυτοπροστασίας⁷⁶ απέναντί τους. Η αναγκαιότητα της ποινικής προστασίας εκλείπει (οπότε μόνον αστική προστασία της περιουσίας είναι δυνατή) όταν ο αμφιβάλλων παραιτείται από κάθε δυνατότητα αυτοπροστασίας του⁷⁷. Από την ίδια θεωρητική αφετηρία εκκινεί και ο *Beulke*⁷⁸ για να καταλήξει όμως σε αποκλίνοντα συμπεράσματα: Ο *Beulke*, ασχολούμενος

70. Πρβλ. ήδη *Schünemann*, *Bockelmann - FS* σ. 130.

71. Έτσι ο *W. Hassemer*, *Klug-FS* σ. 226.

72. Πρβλ. *W. Hassemer* *op. cit.* σ. 224 επ., 234.

73. *Amelung GA* 77 σ. 3, 6 επ.

74. *Amelung GA* 77 σ. 6, ο ίδιος *NJW* 75 σ. 624, πρβλ. *Blei JA* 77 σ. 91 επ., *Beulke, JR* 78 σ. 390 και *NJW* 77 σ. 1073.

75. *Amelung op. cit.* σ. 12.

76. *Raim. Hassemer op. cit.* σ. 118, 166.

77. *Raim. Hassemer op. cit.* σ. 1-98, 137, 147, 166.

78. *Beulke NJW* 77 σ. 1073.

με το πρόβλημα αν συνιστά απάτη ή μίσθωση κατοικίας από call girl που εμφανίσθηκε σαν ιδιωτική υπάλληλος με αποτέλεσμα τον κίνδυνο εμπλοκής σε δίκη ή μείωσης της αξίας των λοιπών διαμερισμάτων του εκμισθωτή⁷⁹, υποστηρίζει ότι αν ο πλανώμενος έχει επαρκή δυνατότητα αυτοπροστασίας και μπορεί ν' αποτρέψει τον κίνδυνο με ηπιώτερα μέσα (π.χ. καταγγέλλοντας τη μίσθωση) τότε ο κίνδυνος της περιουσίας του δεν μπορεί να εξομοιωθεί προς ζημία και επομένως ελλείπει το στοιχείο της περιουσιακής βλάβης.

5.1.3. Κριτική.

(α) Η αντίληψη, ότι το κράτος οφείλει να μην αναμειγνύεται όπου ο πολίτης μπορεί να προστατεύσει ο ίδιος τα συμφέροντά του δεν διατυπώθηκε αναφορικά προς το ποινικό δίκαιο αλλ' αποδίδει την πολύ γενικότερη κλασική-φιλελεύθερη αρχή της επικουρικότητας όπως αυτή διαμορφώθηκε από τους αγγλοσάξωνες ως αντίδραση κατά του κρατικού ολοκληρωτισμού⁸⁰. Αλλά και η αντιστροφή της λειτουργίας της αρχής που επιχείρησε ο *v. Münch* δεν αναφέρεται στην ποινική προστασία των εννόμων αγαθών αλλ' αποκλειστικά στην οικονομική δραστηριότητα του κράτους υπό την έννοια ότι η κρατική υποστήριξη ενός κλάδου της οικονομίας που δυσπραγεί (πρέπει να) έχει αυστηρά επικουρικό χαρακτήρα⁸¹ απέναντι στην ιδιωτική δραστηριότητα. Αν όμως η αρχή της επικουρικότητας στην παραπάνω μορφή της είναι αμφισβητήσιμη ήδη στο πεδίο της οικονομικής ζωής⁸², η μεταφορά της στο ποινικό δίκαιο συνιστά ανεπίτρεπτη μεταμόσχευση ξένου σώματος. Κατά συνέπεια η προσπάθεια διεύρυνσης της καθαρά ποινικής έννοιας της αρχής της επικουρικότητας είναι ατυχής.

(β) Η συνεπής εφαρμογή της αρχής της επικουρικότητας υπό τη διευρυμένη της μορφή (άποψη *Amelung*) καταλήγει σε δογματικά απαράδεκτα συμπεράσματα:

(αα) Αν το θύμα δεν αποκρούσει παρούσα και άδικη επίθεση μολονότι μπορούσε, εφαρμογή της αρχής σημαίνει ότι παραιτείται της ποινικής προστασίας, της οποίας εκλείπει η αναγκαιότητα.

(ββ) Αν το θύμα δεν αποφύγει την παρούσα και άδικη επίθεση μολονότι

79. LG Mannheim NJW 77 σ. 160.

80. Herzberg GA 77 σ. 294, — πρβλ. K u t s c h e r a, Grundlagen der Ethik, 1982, σ. 348.

81. v. Münch JZ 60 σ. 304.

82. B e t r a m s, Das Subsidiaritätsprinzip - ein Mythos? StdZt 158 (1955/56) σ. 388 επ. Πρβλ. ακόμη Z u c k, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz 1968, I s e n s e e, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz 1968 και Παπαχρήστος, «Λιγότερο κράτος» στα ΝΕΑ 11.5.85.

μπορούσε, εφαρμογή της αρχής σημαίνει ότι αποκλείεται η δυνατότητα ισχύος του ποινικού κανόνα.

(γγ) Αν το θύμα αποκρούσει την παρούσα και άδικη επίθεση, εφαρμογή της αρχής σημαίνει ότι καθίσταται πλέον περιττή η επιβολή («σωρευτικά») ποινής⁸³.

(γ) Συνέπεια της συλλογιστικής του *Amelung* είναι, παραπέρα, ότι η αυτοπροστασία του θύματος από δικαίωμα (άμυνα) καθίσταται καθήκον (βλ. παραπάνω 5.1.1.) του οποίου η μη εκπλήρωση ενεργεί ως λόγος αποκλεισμού στοιχείου της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος του επιτιθέμενου (=της πλάνης).

Όπως όμως συνάγεται από τη διατύπωση των λόγων άρσης του αδίκου στη νομοθεσία μας, αυτοί κατά κανόνα συνιστούν δικαιώματα και μάλιστα σαφώς περιγραφόμενα και περιοριζόμενα (π.χ. άμυνα, αυτοδύναμη προστασία νομής). Αλλά και όταν συνίστανται σε εκπλήρωση καθήκοντος (α. 20 Π.Κ.), η υποχρέωση προς εκπλήρωση του καθήκοντος αυτού θεμελιώνεται σε ειδικούς λόγους και πάντως όχι στο ότι η δυνατότητα αυτοπροστασίας βαρύνει λιγότερο από την ποινή⁸⁴.

Η τελευταία αυτή παρατήρηση έχει όμως σημασία και ως προς την άμυνα. Η δυνατότητα αυτή αυτοπροστασίας δεν παρέχεται βεβαίως επειδή η αμυντική πράξη (αυτοπροστασία) είναι ηπιώτερη από την ποινή. Αντίθετα, εφόσον είναι αναγκαία, επιτρέπεται να είναι πολύ πιο οδυνηρή από την ποινή. Η άμυνα, επομένως, καθώς και οι άλλες μορφές αυτοπροστασίας, δεν θεμελιώνονται σε κάποια αρχή επικουρικότητας. Αλλά, από την άλλη πλευρά, η δυνατότητα αυτοπροστασίας δεν σημαίνει και ύπαρξη δικαιώματος άμυνας (τούτο παρέχεται ανεξάρτητα από τις δυνατότητες αυτοπροστασίας!). Μπορεί να υπάρχει δυνατότητα αυτοπροστασίας, όχι όμως και δικαίωμα άμυνας (π.χ. στις περιπτώσεις περιορισμού του δικαιώματος άμυνας). Για γενικό καθήκον αυτοπροστασίας, που απορρέει από την αρχή της επικουρικότητας, δεν μπορεί επομένως να γίνει λόγος στο ποινικό δίκαιο.

(δ) Σε περίπτωση κινδύνου ενός εννόμου αγαθού ο πολίτης επιτρέπεται να επεμβαίνει μόνον όπου το κράτος απουσιάζει. Η ενάσκηση δικαιωμάτων προς απόκρουση κινδύνων που απειλούν έννομα αγαθά και η προστασία των τελευταίων διέπονται από την αρχή του προβαδίσματος των μέσων κρατικής

83. Σε τι ολισθηρά συμπεράσματα μπορεί να οδηγήσει η άποψη *Amelung* φανερώνει ο συλλογισμός του *Kurtz* Diss. σ. 178 ότι το κράτος υποχρεούται σε παροχή βοήθειας μόνο στο μέτρο που το θύμα απάτης δεν μπορεί να ανακαλύψει μόνο του τον άγνωστό του δράστη!

84. *Jakobs*, StR AT σ. 38.

καταστολής⁸⁵, σύμφωνα με την οποία η ιδιωτική απόκρουση του κινδύνου είναι επικουρική απέναντι στην κρατική⁸⁶. Η αρχή αυτή έρχεται σε αθεράπευτη αντίφαση προς την αρχή της επικουρικότητας όπως την νοεί ο *Amelung* και εναρμονίζεται προς αυτή μόνον αν η τελευταία εκληφθεί υπό την (αυστηρά ποινική) στενότερη μορφή της (ότι δηλ. η ποινή είναι επικουρική μόνον απέναντι στα ηπιώτερα μέσα κρατικής καταστολής)⁸⁷. Τούτο είναι και το ορθό. Το ότι ο πολίτης μπορεί να αποκρούσει κάποια επίθεση δεν σημαίνει ότι το κράτος απεμπολεί την ποινική του «αξίωση». Αντίθετα: Η διατήρηση της κοινωνικής ειρήνης παραμένει αποστολή του κράτους και σ' αυτή την περίπτωση⁸⁸.

(ε) Η εφαρμογή της διευρυμένης αρχής της επικουρικότητας προϋποθέτει λογικά ότι η αυτοπροστασία του ατόμου εξασφαλίζει το έννομο αγαθό εξίσου καλά με την κρατική προστασία⁸⁹. Στην περίπτωση επομένως της απάτης προϋποτίθεται ότι ο αμφιβάλλον μπορεί να προστατεύσει την περιουσία του εξίσου αποτελεσματικά με τον ποινικό νόμο. Αυτό όμως δεν συμβαίνει: Το θύμα, όσο ισχυρές κι αν είναι οι αμφιβολίες του, δεν μπορεί να δημιουργήσει στο δράστη τις αναστολές που δημιουργεί ο Π.Κ., αφού η απατηλή συμπεριφορά μπορεί να επαναληφθεί και μάλιστα κατά τρόπο δολιότερο⁹⁰.

(στ) Η αρχή της επικουρικότητας, ως γενική αρχή, δεν περιορίζεται στον προσδιορισμό της λειτουργίας της πλάνης στην απάτη, αλλ' αξιώνει εφαρμογή και σε άλλα εγκλήματα⁹¹. Τούτο όμως σημαίνει ότι το αξιόποιο περιγράφεται όχι μόνον από στοιχεία της ειδικής υπόστασης αλλά και από τη γενική ερμηνευτική αρχή της επικουρικότητας η οποία, στην περίπτωση της απάτης, υποκαθιστά το στοιχείο της πλάνης⁹². Αλλ' αυτό είναι απαράδεκτο ήδη από το γεγονός, ότι η ύπαρξη ή μη ύπαρξη δυνατότητας αυτοπροστασίας βρίσκεται έξω από το δυνατό γλωσσικό νόημα της πλάνης⁹³.

(ζ) Η άποψη *Amelung* θα παρείχε και στον επικινδυνότερο απατεώνα τη δυνατότητα να ισχυρισθεί ότι δεν ήθελε να προκαλέσει πλάνη αλλ' απλώς συγκεκριμένες αμφιβολίες στο θύμα. Τούτο όμως θα οδηγούσε, κατ' εφαρμογή του κανόνα *in dubio pro reo* στην αθώωσή του, αφού ούτε για απόπειρα θα

85. Roxin, JuS 64 σ. 373 επ., πρβλ. Ανδρουλάκη Ποιν. Μελ. σ. 282.

86. Schaffstein, Die strafrechtlichen Notrechte des Staates, Schröder Gedächtnisschr. σ. 97 επ., 99.

87. Έτσι και BVerfGE 39, 1, 47.

88. Πρβλ. Hillenkamp, Vorsatztat σ. 179.

89. Hillenkamp loc.cit.

90. Herzberg GA 77 σ. 294 επ., Hillenkamp loc. cit.

91. Frisch, Bockelmann-FS σ. 655, πρβλ. SK-Rudolphi αρ. 14 προ § 1.

92. Frisch loc. cit. σ. 656, Lackner, LK¹⁰ § 263 αρ. 80.

93. Frisch loc. cit.

ήταν δυνατό να καταδικασθεί, -ελλείπει δόλου ως προς το παραπάνω στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης⁹⁴.

(η) Η άποψη *Amelung* επιβαρύνεται με κάποια αοριστία: πότε η αμφιβολία στηρίζεται σε συγκεκριμένα περιστατικά και πότε όχι⁹⁵; Στην ίδια επιφύλαξη είναι εκτεθειμένη και η προσπάθεια του *Raim. Hassemer* να διακρίνει μεταξύ «συγκεκριμένων» και «διάχυτων» αμφιβολιών.

(θ) Όποιος, τέλος, κι αν είναι ο ρόλος των αμφιβολιών του θύματος στην ποινική αξιολόγηση της απάτης, δύσκολα μπορεί να λεχθεί ότι αυτές αποκλείουν την πλάνη. Εφόσον πλάνη σημαίνει διάσταση της πραγματικότητας από την παράσταση του διαθέτοντος για αυτήν^{95α}, όποιος αμφιβάλλει πλανάται: διότι άλλη η πραγματικότητα (π.χ. το γεγονός συντρέχει) και άλλη η παράσταση του αμφιβάλλοντος (=το γεγονός μπορεί να συντρέχει)⁹⁶.

5.1.4. Προσωρινό συμπέρασμα.

Η ποινή είναι επικουρική μόνον απέναντι σε ηπιώτερα μέσα κρατικού καταναγκασμού. Η δυνατότητα ιδιωτικής αυτοπροστασίας ενός εννόμου αγαθού δεν αποκλείει την αναγκαιότητα ποινικής προστασίας του⁹⁷. Η δυνατότητα αυτοπροστασίας στην περίπτωση απάτης αφήνει ανέπαφο το στοιχείο της πλάνης. Η λειτουργία της τελευταίας δεν συνίσταται στην πραγμάτωση της αρχής της επικουρικότητας.

5.2. Η άποψη Herzberg.

Κατά τον *Herzberg*⁹⁸ το στοιχείο της πλάνης σκοπεί ν' αποκλείσει από την αντικειμενική υπόσταση της απάτης τις περιπτώσεις ισχυρής (=απαλλαγμένης ελαττωμάτων) συναίνεσης του παθόντος στην περιουσιακή βλάβη. Αν η περιουσιακή διάθεση έχει, λόγω των αμφιβολιών του διαθέτοντος, το ουσιαστικό νόημα μιας συγκατάθεσης στην περιουσιακή βλάβη, αποκλείεται η πλάνη και η απαξία του αποτελέσματος. Κατά συνέπεια ο δράστης μόνο για απόπειρα απάτης μπορεί να τιμωρηθεί⁹⁹. Θα πρέπει επομένως να ερευ-

94. Herzberg, GA 77 σ. 292, Hillenkamp, Vorsatztat σ. 28 επ.

95. SK-Samson § 263 αρ. 57, Schünemann στο: Schneider σ. 415.

95α. Σπινέλλης Β' σ. 82, S-S-Cramer § 263 αρ. 33, SK-Samson § 263 αρ. 50, Jescheck AT³ σ. 246, Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht 1983 σ. 27.

96. Arzt StR BT LH 3 σ. 121.

97. Έτσι και Hillenkamp, Vorsatztat σ. 179.

98. GA 77 σ. 295.

99. Ορθότερη γνώμη. Βλ. Ανδρουλάκη Π.Δ. Γεν. Μ. σελ. 464, Μυλωνόπουλου ΠΧ ΚΗ' σ. 561 επ.

νάται αν η περιουσιακή διάθεση του αμφιβάλλοντος θα συνιστούσε ισχυρή συναίνεση στα πλαίσια ενός εγκλήματος κατά της ιδιοκτησίας.

Κριτική: Η άποψη *Herzberg*, εκτός του ότι αφήνει αναπάντητο το ερώτημα, γιατί ν' απαιτείται μόνο στην απάτη και όχι στα εγκλήματα κατά της ιδιοκτησίας συναίνεση (και μάλιστα υπό την παραπλανητική ονομασία της πλάνης)¹⁰⁰, είναι εκτεθειμένη στην αντίρρηση, ότι συγκρίνει μεγέθη μη συγκρίσιμα¹⁰¹: Στις περιπτώσεις διάθεσης «εν αμφιβολία» ο διαθέτων δεν αμφιβάλλει για το γεγονός της διάθεσης αλλά για την ορθότητα της παράστασής του που αποτέλεσε το κίνητρο προς διάθεση. Όταν όμως, σε περίπτωση προσβολής της ιδιοκτησίας (π.χ. φθοράς), ο κύριος συναινεί στην καταστροφή του πράγματος και αμφιβάλλει μόνον ως προς το κίνητρό του (αν δηλ. αληθεύει ο λόγος που τον ώθησε στη συναίνεση) είναι δεδομένο ότι δεν συντρέχει ανάγκη ποινικής προστασίας. Για να υπάρξει, εξάλλου, ισχυρή συναίνεση, πρέπει να συντρέξουν προϋποθέσεις που δύσκολα μπορούν να συνυπάρξουν με το μηχανισμό του εγκλήματος του α. 386 Π.Κ. Η αποδοχή, τέλος, ότι η πλάνη αποκλείεται μόνο στις περιπτώσεις ισχυρής συναίνεσης οδηγεί σε επικίνδυνη διεύρυνση της έννοιας της πλάνης: θα έπρεπε π.χ. να δεχθούμε πλάνη όταν απλώς και μόνον ο παθών δεν είχε ικανότητα προς συναίνεση¹⁰².

5.3. Η άποψη *Giehning*.

Εφόσον, λέγει ο *Giehning*¹⁰³, η απαγόρευση της απάτης σκοπεί την προστασία της περιουσίας κατά του ιδιαίτερου είδους προσβολής της «καταδολίευσης», όσο περισσότερο αμφιβάλλει το θύμα, τόσο μειώνεται η επικινδυνότητα της «δόλιας συμπεριφοράς» και τόσο λιγότερο είναι άξιο προστασίας, αφού αναλαμβάνει ενσυνείδητα τον συνδεόμενο με την αμφίβολη κατάσταση κίνδυνο. Το θύμα είναι επομένως άξιο προστασίας μόνον όταν η πλάνη του συνίσταται στην αναληθή παράσταση, ότι η ύπαρξη ενός γεγονότος είναι ασφαλώς ή εν πάση περιπτώσει πιθανότερη από τη μή ύπαρξή του¹⁰⁴. Η έννοια

100. Raim. H a s s e m e r σ. 124.

101. SK - S a m s o n § 263 αρ. 56.

102. F r i s c h, Bockelmann-FS σ. 653 επ.

103. G i e h r i n g GA 73 σ. 17 επ.

104. G i e h r i n g op. cit. σ. 22. Ομοίως D ä s t n e r ZRP 76 σ. 36 επ., S o n n e n, Wistra 82 σ. 123, 128. Η θεωρία αυτή της «υπερισχύουσας πιθανότητας» (überwiegende Wahrscheinlichkeit) στηρίζεται στις θεωρίες «πιθανότητας» με τις οποίες επιχειρήθηκε διάκριση του ενδεχόμενου δόλου από την ενσυνείδητη αμέλεια. Βλ. σχετικά S a u e r, Grundlagen des Strafrechts (1921) σ. 610 επ., L a c k m a n n GA 58 σ. 307.

αυτή της πλάνης έχει σπουδαία πρακτική σημασία στις περιπτώσεις απάτης επί δικαστηρίου όταν αρκεί πιθανολόγηση: Στις περιπτώσεις αυτές, αν ο δικαστής θεωρεί ότι τα προτεινόμενα γεγονότα είναι απλώς δυνατό ν' αληθεύουν (κρίση για δυνατότητα) χωρίς να είναι πεπεισμένος και χωρίς να θεωρεί ότι η πιθανότητα ν' αληθεύουν υπερσχύει της αντίθετης, δεν στοιχειοθετείται πλάνη.

Κριτική: Η συνηθέστερη αντίρρηση κατά της άποψης Giehring είναι ότι εξαρτά την ύπαρξη πλάνης αποκλειστικά από την υποκειμενική κρίση του θύματος, προσφεύγοντας σ' ένα κριτήριο αόριστο και δύσχρηστο που, όπως κι ο ίδιος παραδέχεται, δεν μπορεί να λειτουργήσει «χωρίς κάποια αυθαιρεσία»¹⁰⁵. Εκτός του ότι δεν υπάρχουν έστω και μερικώς αξιόπιστα μέσα προς απόδειξη της έντασης μιας αμφιβολίας, λέγουν, ο Giehring λησμονεί ότι (κατά κανόνα) το θύμα δεν καλείται ν' αποφανθεί αν ο ισχυρισμός του δράστη είναι περισσότερο ή λιγότερο πιθανός¹⁰⁶ αλλά, κυρίως, ν' αποφασίσει αν θα πρέπει, παρά τις αμφιβολίες του, να διαθέσει¹⁰⁷. Όστε από την προσωπική του μαρτυρία δεν θα πρέπει ν' αναμένεται αξιόπιστος προσδιορισμός της έντασης των αμφιβολιών του.

Το επιχείρημα ωστόσο αυτό παραβλέπει την ουσία των πραγμάτων. Οι αμφιβολίες του διαθέτοντος, όταν υπάρχουν, είναι μία πραγματικότητα που δεν μπορεί να αγνοηθεί. Ο βαθμός της έντασής τους είναι θέμα δικαστικής εκτίμησης (δεν πρόκειται εξάλλου για το πρώτο υποκειμενικό στοιχείο που καλείται να εκτιμήσει ο δικαστής). Εκείνο όμως που εδώ έχει σημασία, είναι αν οι αμφιβολίες, αφού διαπιστωθεί ότι υπάρχουν, μπορούν να έχουν κάποια νομική επιρροή. Ο Giehring το δέχεται, αποβλέποντας στον αποκλεισμό της πλάνης. Αυτό όμως δεν είναι σωστό. Όπως και παραπάνω ειπώθηκε (§ 5.1.3.θ) όποιος αμφιβάλει πλανάται. Η προσφυγή, τέλος του Giehring σε θεωρία αναφερόμενη στον ενδεχόμενο δόλο ως κριτήριο διαβάθμισης της πιθανότητας, είναι μεθοδολογικά εσφαλμένη γιατί η θεωρία αυτή χρησιμεύει προς προσδιορισμό του αξιόποινου του δράστη και όχι του κατά πόσο είναι άξιο προστασίας το θύμα¹⁰⁸.

105. Giehring GA 73 σ. 21, πρβλ. Amelung GA 77 σ. 3, 8, Herzberg GA 77 σ. 290, SK - S a m s o n § 263 αρ. 57. Για ν' αποφύγει το πρόβλημα αυτό ο K r e y BT II⁵ σ. 117 υποστηρίζει ότι η πλάνη αποκλείεται μόνον όταν ο διαθέτων θεωρεί απίθανο ν' αληθεύει ο ισχυρισμός.

106. Εξαιρεση αποτελούν οι περιπτώσεις απάτης επί δικαστηρίου όταν ο νόμος αρκείται σε πιθανολόγηση.

107. L a c k n e r LK¹⁰ § 263 αρ. 80 όπου τονίζεται και η ανεπάρκεια του κριτηρίου στις περιπτώσεις της ignorantia facti.

108. A m e l u n g GA 77 σ. 3 επ.

5.4. Η άποψη Meyer.

Για τη M.-K. Meyer¹⁰⁹ το αποφασιστικό κριτήριο για τη διαπίστωση μιας σημαντικής πλάνης αναφερόμενης στην περιουσία είναι η γνώση ή η άγνοια του συγκεκριμένου κινδύνου. Πρόκειται για το κριτήριο που διαμόρφωσε ο *Schmidhäuser* προς διάκριση του ενδεχόμενου δόλου από την ενσυνείδητη αμέλεια. Αν ο φορέας της περιουσίας μετά την απατηλή συμπεριφορά απλώς μπαίνει στον πειρασμό να κάνει βλαπτική γιαυτόν χρήση της αυτονομίας του και διαθέτει γνωρίζοντας τον συγκεκριμένο κίνδυνο της περιουσίας του, πράττει με γνώση του κινδύνου και έχει «δόλο» ως προς την περιουσιακή του βλάβη: η αυτονομία του δεν θίγεται. Αν, αντίθετα, δεν έχει γνώση του συγκεκριμένου κινδύνου ή τον αναγνώρισε μεν αλλά στη συνέχεια τον απέκλεισε, δεν θεωρεί την αναλήθεια του ψευδούς ισχυρισμού ως συγκεκριμένα δυνατή και επομένως πλανάται αφού παραιτείται εν αγνοία του από το έννομο αγαθό του. Στην περίπτωση αυτή η «αυτοβλάβη» του θύματος καταλογίζεται αντικειμενικά στο δράστη της απατηλής συμπεριφοράς ως έμμεσο αυτουργό, οι αμφιβολίες του θύματος είναι νομικά επουσιώδεις.

Κριτική: Η Meyer, προσφεύγοντας στη θεωρία του *Schmidhäuser*¹¹⁰ που συνιστά και αυτή μία θεωρία πιθανότητας¹¹¹, είναι εκτεθειμένη στις ίδιες επιφυλάξεις που διατυπώθηκαν για το *Giehring*: Χρησιμοποιεί ένα κριτήριο διατυπωμένο για να λειτουργήσει στην περιοχή της θεμελίωσης του αξιόποινου ως μέτρο της αυτονομίας του θύματος. Λησμονεί ακόμη ότι οι αμφιβολίες του θύματος δύσκολα μπορούν ν' αποκλείσουν την πλάνη (*Artz*: βλ. παραπάνω 5.1.3.θ.). Η γνώση, εξάλλου, του κινδύνου, δεν σημαίνει και αποδοχή της περιουσιακής βλάβης.

Αξιοσημείωτο είναι ότι και ο ίδιος ο *Schmidhäuser*, αποδεχόμενος την παρατήρηση του *Lackner*, ότι το θύμα δεν καλείται ν' αποφανθεί αν θεωρεί τον ισχυρισμό του δράστη ως περισσότερο η λιγότερο πιθανό (βλ. παραπάνω 5.3.) καταλήγει ότι πλάνη υπάρχει και όταν το θύμα θεωρεί το ψευδές γεγονός ως τόσο πιθανό ώστε πιστεύει ότι μπορεί να στηρίξει την απόφασή του σ' αυτό. Αντίθετα ορθή είναι η θεώρηση της Meyer ότι η αλληλουχία του «κύκλου της απάτης» επιτρέπει τον παραλληλισμό της προς την έμμεση αυτουργία στα πλαίσια της θεωρίας του αντικειμενικού καταλογισμού (βλ. θεμελίωση παρακάτω §§ 8 επ.).

109. Meyer, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum* 1984 ιδίως σ. 198 επ.

110. *Schmidhäuser StR AT 10/85* επ., ο ίδιος *GA 57* σ. 305 επ.

111. Βλ. σχετικά *Jakobs StR AT 8/22*, *Grünwald, H. Mayer - Festschr.* σ. 281 επ., *Μυλωνόπουλου, Εγγλήματα εκ του αποτελέσματος* σ. 110. Πρβλ. όμως και *Jescheck StR AT³ σ. 242*, *Maurach - Zipf AT I⁵ σ. 329*.

5.5. Η άποψη Blei.

Κατά τον Blei¹¹² η αμφιβολία δεν αποκλείει την πλάνη αλλά τον νομικά σημαντικό αιτιώδη σύνδεσμο αν ο διαθέτων μπορούσε, λόγω των αμφιβολιών του, να αυτοπροστατευθεί. Η αμελής «αυτοβλάβη» του αμφιβάλλοντος διακόπτει την αλληλουχία που τίθεται σε κίνηση με δόλο από το δράστη και κατευθύνεται στην άμεση βλάβη του παθόντος.

Κριτική: Κύριο επιχείρημα κατά της καταρχήν ορθής αυτής σύλληψης του θέματος είναι το εξής: Εφόσον ο Blei αποδέχεται, ότι ο αμφιβάλλον πλανάται δεν μπορεί να γίνει λόγος για θύμα ελεύθερο που εκτίθεται σε κίνδυνο με δική του ευθύνη. Κατά συνέπεια η περιουσιακή διάθεση δεν εμπίπτει στην περιοχική ευθύνη του θύματος αλλά του δράστη και δεν εμποδίζεται ο αντικειμενικός καταλογισμός μεταξύ πράξης εξαπάτησης και περιουσιακής διάθεσης¹¹³. Η ορθότητα του επιχειρήματος αυτού θα μας απασχολήσει παρακάτω (§ 10).

§ 6. Γενικά απρόσφορη πράξη εξαπάτησης.

6.1. Η άποψη Naucke.

Ο Naucke¹¹⁴ θεωρεί απχράδεκτη την επέκταση του αξιόποινου της απάτης κατ' εφαρμογή της θεωρίας του ισοδυναμού των όρων και σε προφανώς ψευδείς και γιαυτό μηδαμινής επικινδυνότητας πράξεις εξαπάτησης. Η άποψη της κρατούσας γνώμης ότι η θεωρία της c.s.q.n. είναι αναγκαία για να προστατευθούν οι άπειροι και αμέτοχοι των κοινωνικών συναλλαγών έχει και μιάν αντίστροφη όψη: σημαίνει και αποδοχή της ελλειπούς πληροφόρησης και της ακοινωνικότητας του ατόμου. Το ποινικό δίκαιο όμως δεν έχει προορισμό να προάγει την κουφότητα, οκνηρία και κοινωνική απομόνωση¹¹⁵. Δεν πρέπει ν' αποβλέπει μόνο στην πλάνη που προκλήθηκε, αλλά και στη δυνατότητα αποφυγής της, δηλ. στις δυνάμεις που το θύμα μπορούσε να κινητοποιήσει¹¹⁶. Γιαυτό η πράξη εξαπάτησης πρέπει να είναι γενικά κατάλληλη

112. Blei StR BT σ. 199.

113. Hillenkamp, Vorsatztat σ. 26.

114. Naucke, Peters-FS σ. 109 επ.

115. Πρβλ. ήδη την εντονώτερη διατύπωση του Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre ZStW 74 (1962) σ. 130: Με την απαγόρευση της απάτης δεν πρέπει να προστατεύονται οι μωροί και αποξενωμένοι από τη ζωή. Πρβλ. Γιαννίδη ΠΧ ΛΕ' σ. 93: «Αυτός ο οποίος πείθεται... από μια γνώμη που δεν μπορεί να σταθεί «αντικειμενικά» δεν μπορεί να έχει απαίτηση για προστασία από την πολιτεία».

116. Εξαιρούνται έτσι οι περιπτώσεις ανηλίκων, διανοητικά καθυστερημένων κλπ.

να προκαλέσει το αποτέλεσμα. Ως αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ απατηλής συμπεριφοράς και πλάνης απαιτείται επομένως σχέση προσφορότητας¹¹⁷.

Συναφής προς την άποψη αυτή είναι η πρόταση του *Arzt* να περιορισθεί η αντικειμενική υπόσταση της απάτης ήδη στο επίπεδο της απατηλής συμπεριφοράς. Αυτό μπορεί να επιτευχθεί αν αποκτήσει αυτοτέλεια το στοιχείο της δολιότητας (*Überlistung*) έτσι ώστε όχι κάθε εξαπάτηση αλλά μόνον εκείνη που δύσκολα γίνεται αντιληπτή να συμβάλλει στη στοιχειοθέτηση απάτης¹¹⁸.

6.2. Κριτική.

Η άποψη *Naucke* δημιουργεί πολυάριθμες επιφυλάξεις. Η έννοια της προσφορότητας (νοούμενης ως «γενικής καταλληλότητας») αδυνατεί να λειτουργήσει ως κριτήριο εντοπισμού των «κοινωνικά ανυπόφορων» περιπτώσεων απάτης, όχι μόνο γιατί γεννά υποψίες αβεβαιότητας¹¹⁹ αλλά και επειδή η ενσυνείδητη εκμετάλλευση διανοητικών-γνωστικών ελλείψεων ανήκει ακριβώς στην προσφορότητα του εγκλήματος αυτού¹²⁰. Δεδομένου, εξάλλου, ότι το κριτήριο της «γενικής καταλληλότητας» αφορά μόνο τη συμπεριφορά του δράστη, δεν αποτελεί πρόσφορο κριτήριο αξιολόγησης της ενδεχόμενης συνυπαυσιότητας του θύματος, αφού όσο πανούργα κι αν είναι η πράξη εξαπάτησης δεν αποκλείει λογικά τη δυνατότητα αυτοπροστασίας¹²¹.

117. Ομοίως *Sauer*, *System des Strafrechts BT* (1954) σ. 81, *Ganske*, *Prozeßbetrug und Adäquanz* (1931) σ. 45 επ., *Rieggger*, *Betrug* σ. 195, πρβλ. *Kühne* *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug?* 1978 σ. 90 σημ. 257.

118. *Arzt*, *MSchrKrim* 67 σ. 112. Η σκέψη αυτή αποτελεί αναβίωση παλαιότερων αντιλήψεων για την απάτη, που απαντούν τόσο σε γερμανικούς ποινικούς κώδικες του περασμένου αιώνα (π.χ. ο ΠΚ *Württemberg* του 1839 [α. 352] απαιτούσε «ιδιαίτερα δόλιες» παραποιήσεις της αλήθειας) όσο και στη θεωρία, η οποία απαιτούσε «ασυνήθη» μέσα εξαπάτησης που μπορούσαν να ξεγελάσουν τους «περισσότερους» (*Temme*, *Die Lehre vom strafbaren Betrug nach Preußischem Recht 1841* σ. 56), δηλ. πρόσωπα «επαρκούς ευφυίας και προσεκτικότητας» (*Escher*, *Die Lehre vom strafbaren Betrug und von der Fälschung 1840* σ. 66. Για τις παλαιότερες αυτές θεωρίες βλ. ιδίως *Kurth* σ. 36 επ.). Αλλά οι σχέσεις αυτές δεν είναι ξένες προς τις σύγχρονες νομοθεσίες. Έτσι π.χ. ο ελβ.Π.Κ. απαιτεί «διακεκριμένη» πράξη εξαπάτησης (α. 148). Πρβλ. τη χαρακτηριστική απόφαση του *BGE* 72 IV 126 (128) του 1946: 'Οποιος τελείως επιπόλαια πιστεύει ένα ψέμα, ενώ με ελάχιστη προσοχή θα μπορούσε να είχε αυτοπροστατευθεί ελέγχοντας τους ψευδείς ισχυρισμούς, δεν μπορεί να επικαλείται ποινική προστασία. Ο γαλλ.ΠΚ (α. 405) απαιτεί απατηλά τεχνάσματα (*manoeuvres frauduleuses*) αν η πράξη δεν τελείσθηκε με χρήση ψευδούς ονόματος ή ψευδούς ιδιότητας, αλλιώς δεν υπάρχει ποινικά αξιολογη απάτη (*escroquerie*) αλλά παρέχεται απλώς αστική προστασία (πρόκειται για *stellionat*: πρβλ. *Rassat*, *Droit pénal spécial* σ. 54, 57).

119. Πρβλ. *Kurth* σ. 104 επ.

120. *Maurach-Schroeder StR BT I*⁶ σ. 408. Σύμφωνα *SK-Samson* § 263 αρ. 68, *Hillenkamp*, *Vorsatztat* σ. 147.

121. *Raim. Hassemmer* σ. 126 επ., *Kurth* 104 επ.

Ακόμη: Η βασική θέση της άποψης αυτής, που θεμελιώνεται στην αναγνώριση ενός είδους «ενοχής για τον τρόπο ζωής» (Lebensführungsschuld)¹²² εκθέτει στην ουσία τα κοινωνικά απομονωμένα άτομα σε απεριόριστες προσβολές για μόνο το λόγο ότι αυτά στερούνται «υπαιτίως» κοινωνικής πείρας¹²³. Και ενώ η παιδευτική αξία της ερμηνείας *Naucke* φαίνεται αμφίβολη, η σημασία της συρρικνώνεται και από τη διαπίστωση ότι συχνά θύματα χονδροειδών ψευδών πέφτουν άτομα που διαθέτουν μεν κοινωνική εμπειρία, των οποίων όμως η «ασυγχώρητη ευπιστία» οφείλεται σε άλλους, συναισθηματικούς κυρίως παράγοντες (άρρωστοι, ηλικιωμένοι, άτομα υψηλής αυτοπεποίθησης κ.λπ.)¹²⁴ ενώ αντίθετα απλοϊκοί άνθρωποι συμβαίνει να εξαπατώνται δυσκολότερα στο μέτρο που δεν αναγνωρίζουν αμέσως την προσφερόμενη «ευκαιρία»¹²⁵.

§ 7. Συνυπαιτιότητα του θύματος και δικαστική επιμέτρηση της ποινής.

7.1. Τα επιχειρήματα.

Είναι χαρακτηριστικό ότι πολλοί απ' όσους αρνούνται σύμφωνα με την κρατούσα γνώμη, ότι η εκ μέρους του θύματος διευκόλυνση της πράξης (π.χ. με παραμέληση αυτοπροστασίας) θίγει την αντικειμενική υπόσταση, δεν μπορούν να παραβλέψουν ότι η συνυπαιτιότητα του θύματος είναι δυνατό να λαμβάνεται υπόψη κατά τη δικαστική επιμέτρηση της ποινής¹²⁶. Όταν το θύμα διευκολύνει το δράστη με τη συμπεριφορά του εκτιθέμενο το ίδιο στον κίνδυνο και επιτρέποντάς του να καταβάλει μικρότερη προσπάθεια, η αναγκαιότητα προστασίας του θύματος και τιμώρησης του δράστη υποχωρούν¹²⁷. Θε-

122. Κατά την έκφραση του *Hillenkamp*, *Vorsatztat* σ. 90.

123. *Lackner* LK¹⁰ § 263 αρ. 91, *Arzt StR* BT LH 3 σ. 121, *Tröndle* JR 74 σ. 224.

124. *Tröndle* loc. cit., *Hillenkamp*, *Vorsatztat* σ. 88, πρβλ. *Schüler-Springorum* *Honig-FS* σ. 204. Ο *v. Hentig*, *Betrug* σ. 5, 193 αναφέρει περιπτώσεις καθηγητών Πανεπιστημίου που έπεσαν θύματα απάτης.

125. *v. Hentig*, *Betrug* σ. 193.

126. *Schüler-Springorum*, *Honig FS* σ. 209 επ., *Paasch* op. cit. 115, 119 επ., *Hillenkamp*, *Vorsatztat* σ. 211, 305, 311, *Lackner* LK¹⁰ § 263 αρ. 91, *Schultz*, *SchwZStR* 71 (1956) σ. 171, 192, *Ebert*, *JZ* 83 σ. 639, *Kurth* *Diss.* σ. 233 και ήδη *Quistorp*, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, 1796 § 415.

127. *Ebert* *JZ* 83 σ. 639, *Hillenkamp*, *Vorsatztat* σ. 297, *Schünemann* στο: *Schneider* σ. 410, *Raim. Hassemer* op. cit. σ. 73.

μελιώδης σκέψη εδώ είναι: όποιος από υπαιτιότητά του συμβάλλει στην πρόκληση της περιουσιακής βλάβης του, προσβάλλει και αυτός το έννομο αγαθό του και αυτοπεριορίζει το πεδίο προστασίας του. Δεν μπορεί λοιπόν ν' αξιώνει από την Πολιτεία να τον προστατέψει όπως προστατεύει και το θύμα που ζημιώθηκε μολονότι τήρησε την ενδεδειγμένη επιμέλεια¹²⁸. Για τους παραπάνω λοιπόν λόγους υποστηρίζεται ότι σε περίπτωση συνυπαιτιότητας του θύματος το άδικο της απάτης δεν αποκλείεται μεν, μειώνεται όμως αποφασιστικά. Σε μειωμένο όμως άδικο αντιστοιχεί μειωμένη ενοχή: Τούτο, λέγουν, δικαιολογεί τη θεώρηση της συνυπαιτιότητας του παθόντος ως λόγου μείωσης της ποινής.

7.2. Κριτική.

Η άποψη αυτή, όσο βάσιμη κιάν φαίνεται ως προς ορισμένες περιπτώσεις ασθενούς ενεργητικότητας του δράστη, στις οποίες άλλωστε θεμελιώνεται επιχειρήματά της, δεν παύει να βαρύνεται με την υποψία ότι παρακάμπτει μέρος των προβλημάτων, μεταθέτοντας, χωρίς πειστική αιτιολογία, την αξιολόγηση όλων των δεδομένων της θυματολογίας (αμφιβολίες, απρόσφορη πράξη εξαπάτησης, επιδίωξη σκοπού παράνομου ή ανήθικου κλπ.) από την αντικειμενική υπόσταση στο πεδίο της δικαστικής επιμέτρησης της ποινής. Η τελευταία όμως χαρακτηρίζεται από ελαστικότητα που δημιουργεί τον κίνδυνο, η παραπάνω αξιολόγηση να είναι αβέβαιη και ανέλεγκτη¹²⁹. Το γεγονός, εξάλλου, ότι ορισμένες περιπτώσεις έντονων πειρασμών (π.χ. εκμετάλλευση ολιγοφρενικού) επιβαρύνουν, αντί να μειώνουν, την ενοχή¹³⁰, κάνει αισθητή την ανάγκη αποχωρισμού από τις απαράδεκτες περιπτώσεις διευκόλυνσης της απάτης, των περιπτώσεων εκμετάλλευσης δικαιολογημένης εμπιστοσύνης¹³¹ του θύματος.

Ακόμη: συνυπαιτιότητα μπορεί να υπάρχει ανεξάρτητα από την ασθενή εγκληματική ενεργητικότητα π.χ. όταν ο παθών, παρά την εξαιρετικά δόλια πράξη εξαπάτησης, διατηρεί αμφιβολίες, άρα έχει κάποια δυνατότητα αυτοπροστασίας και εν τούτοις διαθέτει. Σε μιά τέτοια περίπτωση δεν μπορεί να γίνει λόγος για ελαφρότερη απαξία της συμπεριφοράς.

128. Hille n k a m p loc. cit. και σ. 301.

129. Πρβλ. A r z t, MSchrKrim 67 σ. 107, 109, K r a t z s c h. Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht, Oehler - FS 1985 σ. 65 επ. (71, 75).

130. S c h ü l e r - S p r i n g o r u m, Honig FS σ. 212, S c h n e i d e r, Viktiologie σ. 187, S c h ü n e m a n n, στο: Schneider σ. 408, P a a s c h o p. cit. σ. 115, A m e l u n x e n, Opfer σ. 54.

131. E b e r t, JZ 83 σ. 639, πρβλ. H i l l e n k a m p Vorsatztat σ. 295 επ.

Η σκέψη, τέλος, ότι το θύμα αυτοπεριορίζει το πεδίο προστασίας του, οδηγεί σε ανεπιθύμητα συμπεράσματα: Βάσει αυτής θα έπρεπε π.χ. να τιμωρείται ελαφρότερα ο αδίστακτος κακοποιός που κατακρεουργεί το θύμα του νύχτα σε κακόφημη περιοχή, μόνο και μόνο επειδή το τελευταίο εκτέθηκε στον κίνδυνο περιφερόμενο εκεί νύχτα! Το κριτήριο επομένως της βαρύτητας της πράξης δεν εξαρτάται από αυτό καθεαυτό το βαθμό του κινδύνου στον οποίο εξέθεσε το έννομο αγαθό του ο φορέας του, αλλά από το βαθμό διευκόλυνσης της πράξης.

Η λύση επομένως της εκτίμησης της συνυπαιτιότητας του θύματος ως λόγου μείωσης της ποινής μπορεί να γίνει αποδεκτή μόνον υπό την προϋπόθεση ότι θα οριοθετηθεί ικανοποιητικά το πεδίο εφαρμογής της και μόνον για την περίπτωση που η ελαφρυντική περίσταση θεμελιώνεται στο μειωμένο άδικο και τη μειωμένη ενοχή του δράστη (βλ. παρακάτω § 12).

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι οι θεωρίες που αναφέρθηκαν αδυνατούν να παράσχουν για κάθε περίπτωση δογματικά ικανοποιητικές λύσεις. Γιαυτό στα επόμενα θα επιχειρηθεί μια άλλη, διακρίνουσα προσέγγιση του προβλήματος.

§ 8. Απάτη και έμμεση αυτοουργία.

8.1. Η απάτη ως περίπτωση έμμεσης αυτοουργίας.

Συχνά η απάτη θεωρείται περίπτωση «αναγκάικς συμμετοχής»¹³² και μάλιστα έγκλημα συναντώμενης δράσης, με τη σκέψη ότι για την πλήρωση της αντικειμενικής της υπόστασης απαιτείται κατά λογική αναγκαιότητα η ενεργητική σύμπραξη του πλανώμενου με τη μορφή της διάθεσης. Εν τούτοις ο παραλληλισμός του εγκλήματος αυτού με τη νομική μορφή της έμμεσης αυτοουργίας δεν είναι τόσο άγονος όσο μερικές φορές υποστηρίζεται¹³³.

Βασικό γνώρισμα του έμμεσου αυτοουργού είναι ότι αυτός πληροί (έμμεσα) την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος¹³⁴, είναι ο ίδιος δράστης και δεν τον μεταχειρίζεται ο νόμος «σαν να ήταν ο δράστης»¹³⁵. Κλασική περίπτωση έμμεσης αυτοουργίας υπάρχει όταν ο δράστης παρακινεί το όργανο να βλάψει έννομο αγαθό του (αυτοπροσβολή) με βία, απειλή ή παραπλάνηση, η δε πράξη

132. Ανδρουλάκης ΠΔ γενΜ σ. 641 και 642 σημ. 20, Paasch σ. 95 επ., Lenz σ. 25 επ., Amelunxen Opfer σ. 95, πρβλ. W. Hassemer, Klug-FS σ. 219, Raim. Hassemer σ. 55, Gössel, Probleme notwendiger Teilnahme bei Betrug, Steuerhinterziehung und Subventionsbetrug, Wista 85 σ. 125 επ.

133. Π.χ. Frisch, Bockelmann-FS σ. 651 επ.

134. Ανδρουλάκης ΠΔ. γεν. Μ. σ. 658. Κατσαντώνης Π.Δ. Β' σ. 85.

135. Maurach-Gössel-Zipf, AT II⁶ σ. 223, Jakobs, AT σ. 537.

του οργάνου δεν πληροί την αντικειμενική υπόσταση κανενός εγκλήματος¹³⁶. Σε περίπτωση πλάνης, επομένως, εφόσον η πράξη του οργάνου είναι «εξευγμένη» στους εγκληματικούς σκοπούς του δράστη, πληρούται η αντικειμενική υπόσταση (ή στοιχείο της) του οικείου εγκλήματος. Το όργανο που «μεταχειρίζεται» καταχρηστικά ο έμμεσος αυτουργός ενεργεί στην πραγματικότητα χωρίς δόλο (οιονεί μη δόλια πράξη)¹³⁷. Η υπεροχή του έμμεσου αυτουργού, που εκμεταλλεύεται τις υπέρτερες γνώσεις του και αντίστοιχα η υποδεέστερη, εξαρτώμενη θέση του οργάνου ως προς την κυριαρχία πάνω στην απόφαση τέλεσης της πράξης (εδώ: διάθεσης), είναι θεμελιώδη χαρακτηριστικά αυτής της περίπτωσης έμμεσης αυτουργίας¹³⁸.

Η σημασία των παραπάνω διαπιστώσεων για το έγκλημα της απάτης είναι προφανής. Η απάτη είναι έγκλημα αποτελέσματος: από τη συμπεριφορά του δράστη προκαλείται, μέσω της πλάνης, η περιουσιακή διάθεση. Η τελευταία, αυτοτελώς θεωρούμενη, δεν είναι αξιόποινη πράξη. Αποκτά ποινικό ενδιαφέρον μόνον ως αποτέλεσμα της απατηλής συμπεριφοράς του δράστη. Ο πλανώμενος ενεργεί ως όργανο του δράστη, ο οποίος προκαλεί (έμμεσα) την περιουσιακή διάθεση. Κατά συνέπεια η απάτη από πλευράς δομής συνιστά αναμφίβολα περίπτωση έμμεσης αυτουργίας¹³⁹ που δεν διαφέρει από οποιαδήποτε άλλη περίπτωση ππραπλάνησης σε άλλη αυτοπροσβολή. Ορισμένοι μάλιστα συγγραφείς προσδίδουν στον παραλληλισμό ουσιαστικό περιεχόμενο¹⁴⁰. Όπως όμως και να έχει το πράγμα ο παραλληλισμός αυτός έχει αποφασιστική σημασία:

α) φανερώνει ότι η λειτουργία της πλάνης στο έγκλημα αυτό συνίσταται στο ότι εκφράζει την κατάσταση ανελευθερίας (περιορισμού της αυτονομίας) του αποδέκτη των απατηλών ισχυρισμών ως προς τις ενέργειές του στην περιουσία με αντίστοιχη υπεροχή του έμμεσου αυτουργού και β) επιτρέπει την εφαρμογή των κανόνων που ισχύουν στην περιοχή της έμμεσης αυτουργίας για να διαπιστωθεί αν μία πράξη του οργάνου μπορεί να θεωρηθεί (= είναι) πράξη του δράστη.

136. J a k o b s AT σ. 525, M e y e r, Autonomie σ. 3, M a u r a c h - G ö s s e l - Z i p f, AT II⁶ σ. 230, Χωραφάς ΠΔ⁹ σ. 335, Ανδρουλάκης ΠΔ γενλI σ. 657, Μαγκάκης ΠΔ² σ. 403.

137. J a k o b s, StR AT σ. 527.

138. Η γενίκευση της θεώρησης αυτής (π.χ. από τον J a k o b s op. cit. σ. 523) δεν είναι ακριβής: Βλ. Ανδρουλάκη Π.Δ. ειδ. Μ. σ. 659 και ιδίως σημ. 32.

139. J o e c k s, Zur Vermögensverfügung beim Betrug 1982 σ. 85/86, H i l - l e n k a m p, Vorsatztat σ. 27, M e y e r, Autonomie σ. 6, 192, 194 επ.

140. J a k o b s, AT σ. 527, C r a m e r, Vermögensverfügung und Vermögensschaden im Strafrecht 1968 σ. 207, ο ίδιος, JZ 71 σ. 415, L e n c k n e r, NJW 71 α. 600, S c h r ö d e r NJW 62 σ. 722.

8.2. Δυνατές αντιρρήσεις.

Η θεώρηση αυτή έχει αποτελέσει αντικείμενο ζωηρών αμφισβητήσεων:

(α) Ο παραλληλισμός της απάτης προς την έμμεση αυτουργία, λέγουν, αντιφάσκει προς το ότι η τελευταία προϋποθέτει ότι ο δράστης χρησιμοποιεί καταχρηστικά το όργανο προς τέλεση μιας ήδη άδικης πράξης, ότι δηλ. ο έμμεσος αυτουργός θα ήταν αξιόποινος αν τελούσε αυτός την πράξη αντί του οργάνου. Αντίθετα η περιουσιακή διάθεση (αυτοβλάβη) είναι αυτή καθεαυτή σύνομη¹⁴¹. Στην απάτη, λέγει ο *Frisch*, δεν ερωτάται αν θα πρέπει να καταλογισθεί στο δράστη μια ήδη αξιόποινη συμπεριφορά αλλά αν ορισμένη συμπεριφορά είναι ή όχι άδικη. Η απάντηση όμως σ' αυτό απαιτεί κατά τον *Frisch* να ληφθούν υπόψη και παράγοντες ευρισκόμενοι έξω από το πλαίσιο της έμμεσης αυτουργίας, όπως η ανάγκη προστασίας του θύματος, η οριοθέτηση της σφαίρας ευθύνης του, η ελευθερία του να πράττει κ.λ.π. Με βάση τα παραπάνω ο *Lackner* θεωρεί ότι το άδικο της αυτοβλάβης που προκλήθηκε από την περιουσιακή διάθεση θεμελιώνεται από την πράξη εξαπάτησης¹⁴². Βεβαίως, λέγει ο *Lackner*, δογματικά δεν αποκλείεται να θεωρηθεί η πράξη εξαπάτησης ως μέσο πρόκλησης της αυτοβλάβης, οπότε το άδικο της απάτης συνάγεται από αυτή τη σχέση μέσου-σκοπού. Θεμέλιο του αξιοποίνου θα ήταν η ανελευθερία του θύματος ως προς την περιουσία του λόγω της πλάνης κατά το χρόνο της διάθεσης. Τούτο όμως θα εσήμαινε ότι προστατευόμενο έννομο αγαθό είναι η ελευθερία διαθέσεως, πράγμα που δεν αληθεύει διότι αυτή μπορεί να προσβάλλεται και χωρίς περιουσιακή βλάβη. Γιαυτό η πράξη εξαπάτησης διατηρεί την «ιδιαιτέρη ποιότητα» της ως θεμέλιο του αδικού της απάτης.

Η παραπάνω άποψη, ωστόσο, δεν είναι πειστική: Ακριβώς το αν η διάθεση εμπίπτει στη σφαίρα επιρροής του δράστη ή του θύματος, το αν το θύμα είναι άξιο ποινικής προστασίας ή όχι, το αν η περιουσιακή διάθεση αποδοκιμάζεται και τιμωρείται από το νόμο, το αν, τέλος, πληρούται η αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος, όλα αυτά εξαρτώνται από το αν η περιουσιακή διάθεση μπορεί να θεωρηθεί έργο του δράστη, να καταλογισθεί αντικειμενικά στη συμπεριφορά του, διότι μόνον τότε η συμπεριφορά του θύματος (διάθεση, αυτοβλάβη) είναι άδικη. Αυτοβλάβη πάνω στην οποία κυριαρχεί πλήρως ο διαθέτων δεν απαγορεύεται ούτε δημιουργεί ευθύνη κατ' α. 386 Π.Κ. Η «αυτοβλάβη» αποδοκιμάζεται από το δίκαιο μόνον ως αποτέλεσμα της πράξης εξαπάτησης (ως έργο του δράστη)¹⁴³.

141. *Frisch*, *Bockelmann-FS* σ. 651 επ., *Lackner LK*¹⁰ § 263 αρ. 172.

142. *LK*¹⁰ § 263 αρ. 172.

143. Άλλωστε και ο ίδιος ο *Frisch* οπ. cit. σ. 660 σημ. 45 καταφεύγει στη θεωρία του αντικειμενικού καταλογισμού προς υποστήριξη της άποψής του.

Για τους ίδιους λόγους δεν στέκει το συμπέρασμα του *Lackner*: Αν η περιουσιακή διάθεση δεν μπορεί να καταλογισθεί αντικειμενικά στο δράστη, δεν μπορεί να γίνει λόγος και για τετελεσμένη απάτη (πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης). Η αποδοχή, επομένως, της άποψης αυτής ταυτίζει το άδικο της πεπερασμένης απόπειρας απάτης με εκείνο του τετελεσμένου εγκλήματος. Η απάτη εξάλλου είναι βλάβη της περιουσίας που γίνεται με το συγκεκριμένο τρόπο του αποκλεισμού της ελευθερίας λόγω πλάνης. Το ότι απαιτείται το δεύτερο στοιχείο δεν σημαίνει ότι καθίσταται περιττό το πρώτο.

(β) Αξιόλογο είναι και το δεύτερο επιχείρημα: Για να θεωρηθεί ο πλανώμενος, λέγουν, όργανο του δράστη, πρέπει να αγνοεί ότι μειώνει την περιουσία του. Έτσι όμως δεν καλύπτονται περιπτώσεις όπως της «απάτης του ζητιάνου» κλπ. όπου το θύμα διαθέτοντας γνωρίζει τη μείωση της περιουσίας του. Αλλά και η αντίρρηση αυτή αντιμετωπίζεται με τη σκέψη ότι εδώ υπάρχει εν τούτοις πλάνη υπό την έννοια ότι το θύμα πλανάται ως προς τον κοινωνικό σκοπό της παροχής¹⁴⁴. Οι σχετικές επιφυλάξεις που γεννά η τελευταία ανήκουν πάντως στην προβληματική της περιουσιακής βλάβης.

(γ) Το τρίτο, τέλος, επιχείρημα κατά της «θεωρίας της έμμεσης αυτοουργίας» αναφέρεται στην αντίφαση που γεννάται όταν αφενός αντιμετωπίζεται ο πλανώμενος ως «όργανο», αφετέρου όμως θεωρείται ότι πλανάται ακόμη και όποιος αμφιβάλλει για τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς: αν ο αποδέκτης τους αμφιβάλλει πώς μπορεί να είναι «όργανο»;¹⁴⁵

Η αντίφαση, ωστόσο, δεν βρίσκεται εδώ. Όποιος αμφιβάλλει πράγματι πλανάται. Αντίφαση θα υπήρχε αν τούτο ερμηνευόταν προς την κατεύθυνση, ότι κάθε πλανώμενος είναι όργανο του δράστη, οπότε η αμφιβολία δεν θα έπαιζε κανένα ρόλο. Τούτο όμως το διόλου αυτονόητο ζήτημα, θα μας απασχολήσει παρακάτω.

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι η ομοιότητα δομής της απάτης προς τις περιπτώσεις έμμεσης αυτοουργίας δεν μπορεί να αμφισβητηθεί. Το πρόβλημα είναι, επομένως, πώς μπορεί να αξιοποιηθεί η διαπίστωση αυτή σε σχέση με το ζητούμενο, δηλ. το αν είναι νομικά σημαντική η συνυπαιτιότητα του θύματος στο έγκλημα του α. 386 Π.Κ.

144. Βλ. σχετικά Schönke-Schröder-Cramer § 263 αρ. 41. Πρβλ. όμως και Schünemann στο: Schneider σ. 416.

145. Amelung GA 77 σ. 6 σημ. 32.

§ 9. Πλάνη και κριτική λειτουργία.

9.1. Πλάνη και «εσφαλμένη πεποίθηση».

Η πλάνη¹⁴⁶ του διαθέτοντος, που κατά την § 263 του γερμ. Π.Κ. αναφέρεται ρητά ως στοιχείο της απάτης, θεωρείται κατά κανόνα από την ελληνική θεωρία και νομολογία άγραφο στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης του εγκλήματος αυτού¹⁴⁷. Η πλάνη, λέγουν, προϋποτίθεται λογικά εφόσον το θύμα πρέπει να «πεισθεί» από την πράξη εξαπάτησης και είναι άμεσο αποτέλεσμα της απατηλής συμπεριφοράς. Κατά τον τρόπο αυτό ένα υποκειμενικό στοιχείο (πλάνη), το οποίο δεν συντρέχει στο πρόσωπο του δράστη αλλά πραγματώνεται στον ψυχικό κόσμο του θύματος, αντιμετωπίζεται ως στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης (αντικειμενικοποιείται)¹⁴⁸. Από τα προβλήματα που τίθενται σχετικά, εκείνο που εδώ ενδιαφέρει είναι το αναφερόμενο στην ένταση της εσφαλμένης παράστασης που απαιτείται για να θεωρηθεί ότι υπάρχει πλάνη ως ποινικά αξιόλογο αποτέλεσμα της απατηλής συμπεριφοράς, διότι ο βαθμός έντασής της ενδέχεται να επηρεάζει τη συνυπαιτιότητα του θύματος.

Κατά το α. 386 Π.Κ. ο δράστης πρέπει να παραπείσει τον διαθέτονα δηλ. να τον επηρεάσει με την απατηλή συμπεριφορά του ώστε αυτός να αποφασίσει και να προβεί στην περιουσιακή διάθεση. Σε συνάρτηση λοιπόν με το ρήμα «πειθω» η παραπλανητική συμπεριφορά φαίνεται ότι πρέπει να προκαλέσει δύο «εσωτερικά» αποτελέσματα: Αφενός εσφαλμένη πεποίθηση και αφετέρου επηρεασμό της βούλησης (απόφαση)¹⁴⁹. Όχι σπάνια λέγεται, στα πλάσια του ελλ. Π.Κ., ότι το θύμα «πειθεται» όταν προκλήθηκε σ' αυτό (εσφαλμένη) πεποίθηση για την αλήθεια των πραγματικών ισχυρισμών, χωρίς ωστόσο η πεποίθηση αυτή να σημαίνει βεβαιότητα, «αρκεί να θεωρεί (το θύμα) το γεγονός πιθανό ή δυνατό, εφόσον αυτή η πεποίθηση υπήρξε ικανή για να πεισθεί να προβεί σε πράξη...»¹⁵⁰. Ως πεποίθηση νοείται η «σταθερή και επαρκής βεβαιότητα για δράση, αλλά όχι απόλυτη (είτε γιατί αυτή στηρίζεται

146. Βλ. και σημ. 95 α.

147. Μπουρόπουλος Γ' σ. 76, Γάφος ΣΤ' σ. 137, Σπινέλλης Β' σ. 82, πρβλ. ΑΠ 487/70 ΠΧ ΚΑ/45, ΑΠ 314/77 ΠΧ ΚΖ/669.

148. Παρόμοιο φαινόμενο συναντούμε και στην περίπτωση της ψευδούς καταμήνυσης (α. 229 ΠΚ) όπου ο καταμηνυόμενος δόλος (π.χ. ανθρωποκτονίας που τελέσθηκε στην πραγματικότητα από αμέλεια) αντιμετωπίζεται ως περιστατικό που απαιτείται για την πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης! Ομοίως στο έγκλημα σε υπαίτια μέθη (α. 193 ΠΚ) ο δόλος του εγκλήματος που αποτελεί τον εξωτερικό όρο του αξιοποίνου ανήκει στα στοιχεία της αντικειμενικής υπόστασης.

149. Ανδρουλάκη, Ποινικά Μελέται σ. 296.

150. Σπινέλλης Β' σ. 83.

μόνον σε μια μεγάλη πιθανότητα, είτε γιατί στηρίζεται πάνω σ' ένα μίγμα ισχυρών λόγων και συναισθημάτων»¹⁵¹. Χαρακτηριστικό λοιπόν της πεποίθησης είναι ότι, μολονότι δεν στερείται νοητικών και βουλευτικών στοιχείων «εκπορεύεται κατά το έτερον αυτής σκέλος εκ του θυμικού τομέως της προσωπικότητας»¹⁵². Κατά συνέπεια η ύπαρξη πλάνης (εσφαλμένης πεποίθησης) δεν προϋποθέτει απόλυτη βεβαιότητα για την αλήθεια των γεγονότων.

9.2. Η κριτική λειτουργία και τα αίτια περιορισμού της.

Όταν τα ψευδή περιστατικά υποβάλλονται στον αποδέκτη τους (θύμα) κατά τους τρόπους που μνημονεύει το α. 386 Π.Κ., πρέπει να υπερνικήσουν το φράγμα του κριτικού ελέγχου του. Σε περίπτωση αμφιβολίας η τομή του διλήμματος γίνεται κατά κανόνα με απόφαση της οποίας προηγείται διανοητική κατεργασία του ερεθίσματος (δηλ. των ψευδών ισχυρισμών) που καταλήγει σε απόφαση (πόρισμα) για την αλήθεια ή την αναλήθεια αυτή¹⁵³. Έτσι, όταν ο αποδέκτης της απατηλής συμπεριφοράς σχηματίσει πεποίθηση ότι το ψευδές γεγονός είναι αληθινό βάσει της διανοητικής αυτής κατεργασίας του ερεθίσματος δεν γεννάται θέμα συνυπαιτιότητας λόγω αμφιβολιών διότι δεν υπάρχει καν διάθεση υπό το κράτος κάποιων αμφιβολίας.

Είναι όμως δυνατό για διάφορους λόγους η κριτική ικανότητα του ατόμου να συσκοτισθεί ή και να καταργηθεί. Στην περίπτωση αυτή η διανοητική κατεργασία του ερεθίσματος μπορεί να είναι μόνον φαινομενική και στην πραγματικότητα η απόφαση να λήφθηκε υπό το κράτος των ψυχικών ωθήσεων που υπερίσχυσαν, οπότε η συναισθηματική αντίδραση παρακάμπτει κάθε ουσιώδη κριτική κατεργασία των ερεθισμάτων (αυθόρμητη, ενίοτε παρορμητική πράξη)¹⁵⁴. Τέτοια αίτια που εξασθενούν ή και αποκλείουν την εξαιρετικά ευαίσθητη αυτή λειτουργία είναι μ.α. η έλλειψη εξοικείωσης με το αντικείμενο της κρίσης, η κούραση, σωματικές και ψυχικές νόσοι, συναισθηματικές αντιδράσεις και η υποβολή¹⁵⁵. Σε περίπτωση μάλιστα ισχυρής ευχάριστης συναισθηματικής αντίδρασης το άτομο έχει την τάση ν' ανευρίσκει στο ερέθισμα στοιχεία ή γνωρίσματα ευάρεστα μεν, αλλ' ανύπαρκτα στην πραγματικότητα, καθώς και ν' αρνείται την ύπαρξη δυσάρεστων μεν, αλλά στην πραγματικότητα υπαρκτών στοιχείων¹⁵⁶. Ειδικά στα πλαίσια της παρούσας αλληλουχίας τα συναισθήματα του θύματος έχουν καίρια σημασία.

151. Lalande, Λεξικό της Φιλοσοφίας, λήμμα «πεποίθηση».

152. Δασκαλόπουλος, Ψυχολογικά αίτια της αστόχου δικαστικής κρίσεως 1965 σ. 45.

153. Δασκαλόπουλος, Εγκληματολογία σ. 121, πρβλ. 117; 119.

154. Δασκαλόπουλος, *op. cit.* σ. 121, 123, ο ίδιος, Ψυχ. αίτια σ. 114.

155. Δασκαλόπουλος, Ψυχ. αίτια σ. 84, 95, 86, 103 επ., 109 επ., 184 επ.

156. Δασκαλόπουλος, Ψυχ. αίτια σ. 113.

9.3. Περιορισμός της κριτικής λειτουργίας στην απάτη. Πεποίθηση και αμφιβολίες.

Οι διαπιστώσεις αυτές είναι εξαιρετικά διαφωτιστικές ως προς το έγκλημα της απάτης. Μολονότι το ποινικό δόγμα περιορίζει την έρευνά του στο αν η συμπεριφορά του δράστη προκάλεσε ή όχι πλάνη και επομένως, στο αν η περιουσιακή διάθεση οφείλεται στην πλάνη, από την εγκληματολογική έρευνα προκύπτει ότι ο απατεώνας επενεργεί περισσότερο στο θυμικό και λιγότερο στο νοητικό. Ο απατεώνας, γράφει ο v. Hentig¹⁵⁷, «ζει μόνον από τα (λιγότερο ή περισσότερο φυσιολογικά) συναισθήματα του θύματος και δουλειά του είναι να τα ανακαλύπτει». Συμπόνοια, αλληλεγγύη, πάθος κέρδους, επιθυμία προσωπικού κύρους είναι μερικές από τις ψυχικές καταστάσεις που συχνά εκμεταλλεύονται οι απατεώνες. Ιδίως το πάθος εύκολου πλουτισμού τυφλώνει κυριολεκτικά: Κανείς δεν κινδυνεύει τόσο πολύ να πέσει θύμα απάτης, όσο εκείνος που θέλει ο ίδιος να εξαπατήσει (Ellenberger)¹⁵⁸. Για να έχει η απάτη επιτυχία πρέπει να υπάρχει πρόσφορο ψυχικό έδαφος στο οποίο η πειστική δύναμη του δράστη μπορεί να ευδοκιμήσει. Υπό το φως αυτών των διαπιστώσεων η πρόκληση πλάνης (συσκότιση του νοητικού) αποβάλλει την αποφασιστική σημασία της. Είναι άστοχο, γράφει ο v. Hentig, «να καταλογίζουμε επιπολαιότητα σε όλα ανεξαιρέτως τα θύματα απάτης. . . Όλοι είμαστε επιπόλαιοι όταν θαυμάζουμε, φοβόμαστε, μισούμε ή αγαπούμε κάτι. Καμιά μητέρα δεν θεωρεί άσχημο το παιδί της»¹⁵⁹.

Σε περίπτωση λοιπόν επενεργείας των συναισθημάτων δύο δυνατότητες υπάρχουν:

(α) Είναι καταρχή δυνατό το θύμα να έχει πεποίθηση ότι το (πράγματι ψευδές) γεγονός είναι αληθινό όχι (τόσο) επειδή στηρίχθηκε σε κάποια διανοητική κατεργασία του υλικού που του υποβλήθηκε, όσο επειδή πίστεψε, επειδή δηλ. ισχυρά συναισθήματα το ώθησαν να εγκολπωθεί την πεποίθηση αυτή. Και εδώ δεν γεννάται θέμα συνυπαιτιότητας γιατί το θύμα δεν αμφιβάλει και επομένως δεν έχει επαρκή αφορμή να αυτοπροστατευθεί. Το πυροδοτημένο από την ψευδή παράσταση συναίσθημα είναι τόσο έντονο, ώστε αποκλείει την κριτική ικανότητα. Οι περιπτώσεις τελείως αδικαιολόγητης παραπλάνησης δεν επηρεάζονται καθόλου από το γεγονός ότι το θύμα μπορούσε, αν είχε επαρκή αυτοκυριαρχία, να διαγνώσει τη σφαλερή του εκτίμηση. Το

157. v. Hentig, Betrug σ. 76.

158. Αναφέρεται από τον Amelunxen, Opfer σ. 96. Παρόμοιες παρατηρήσεις κάνουν και οι v. Hentig, Betrug σ. 67, Ehrlich, Betrüger σ. 17.

159. Betrug σ. 195.

πράγμα κρίνεται στα πλαίσια του κοινωνικά πρόσφορου ή μη της πράξης εξαπάτησης (βλ. παρακάτω § 10.2.2.).

(β) Είναι επίσης δυνατό το θύμα να αμφιβάλλει. Αμφιβολία είναι η κατάσταση του πνεύματος που θέτει το ερώτημα αν μια απόφαση είναι αληθινή [=σωστή] ή εσφαλμένη, αλλά που δεν κατορθώνει ν' απαντήσει την ίδια στιγμή¹⁶⁰. Στην περίπτωση αυτή το θύμα δεν έχει σχηματίσει πεποίθηση. Η διανοητική κατεργασία του εμπειρικού υλικού δεν απέδωσε αφού το θύμα δεν κατέληξε σε απόφαση για την αλήθεια ή μη τῶν απατηλῶν ισχυρισμῶν. Η μόνη πεποίθηση που έχει το θύμα είναι η πεποίθηση για τη δυνατότητα ή πιθανότητα του (πράγματι ψευδούς) γεγονότος. Στην περίπτωση αυτή υπάρχουν αυξημένες δυνατότητες αυτοπροστασίας γιατί παρέχεται συνειδητή και έντονη αφορμή προς περαιτέρω διερεύνηση¹⁶¹, άρα αφορμή να μην αποφασίσει τη διάθεση. Αν, στην περίπτωση αυτή, το θύμα πάρει απόφαση εναρμονισμένη προς τα αρεστά σ' αυτό συναισθήματα, η τομή του διλήμματος είναι αυθαίρετη: γίνεται υπό την αποφασιστική πίεση των ωθήσεων που υπερισχύουν¹⁶². Η απόφαση του θύματος να διαθέσει γίνεται υπό το κράτος συναισθημάτων που υπερνικούν αντίρροπες, υπαγορευμένες από την αμφιβολία, ωθήσεις. Εδώ το δραστηριοποιημένο από την απατηλή συμπεριφορά συναίσθημα μειώνει την κριτική ικανότητα και καθοδηγεί τη βούληση. Γιαυτό στις περιπτώσεις αυτές «πείθομαι» να προβώ σε περιουσιακή διάθεση (παρά τις αμφιβολίες μου) σημαίνει ότι τελικά αντί να παραμείνω, όπως όφειλα, στην αμφιβολία μου (αν ήθελα να είμαι βέβαιος ότι δεν πρόκειται να βλαβώ), αποφασίζω σαν να είχα αποφανθεί υπέρ της βεβαιότητας της ευάρεστης σε μένα εκδοχής. Εδώ όμως γνωρίζω ότι σφάλω διότι ενώ δεν αίρεται η αμφιβολία μου εγώ ενεργώ σαν να μην αμφέβαλα. Αυτή η ριψοκίνδυνη συμπεριφορά μου υπάγεται όμως κατά κανόνα στο δικό μου πεδίο ευθύνης.

Όστε στις περιπτώσεις αμφιβολίας η συνυπαιτιότητα του παθόντος μπορεί να επηρεάσει το ποινικό δόγμα υπό την έννοια ότι (και στο μέτρο που) οι άλογοι παράγοντες (συναισθηματικοί κ.α.) που επηρέασαν την απόφαση του θύματος υπάγονταν στο πεδίο ευθύνης του. Εννοείται ότι η αμφιβολία θα πρέπει να συνοδεύεται από δυνατότητα επιλογής του θύματος. Όταν αυτή δεν υπάρχει (π.χ. απάτη επί δικαστηρίου όπου αρκεί πιθανολόγηση) δεν τίθεται θέμα συνυπαιτιότητας.

160. L a l a n d e op. cit. λήμμα «αμφιβολία». Βλ. και M e y e r, Autonomie σ. 192.

161. A m e l u n g GA 77 σ. 11 επ.

162. Πρβλ. Δ α σ κ α λ ό π ο υ λ ο υ, Εγκληματολογία σ. 123.

§ 10. Το έγκλημα της απάτης και η διδασκαλία του αντικειμενικού καταλογισμού.

10.1. Γενικά.

Στα πλαίσια της συζήτησης για την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ πλάνης και περιουσιακής διάθεσης συχνά τονίζεται — και ορθά — ότι, εφόσον πρόκειται για τη διαπίστωση προσωπικών κινήτρων, το ζήτημα δεν μπορεί ν' αντιμετωπισθεί με τις παραστάσεις των φυσικών επιστημών για την αιτιότητα¹⁶³. Εν τούτοις το πρόβλημα της «ψυχικής αιτιότητας» στην απάτη βαρύνεται με τέτοιες παραστάσεις: Έτσι υποστηρίζεται ότι η αιτιώδης συνάφεια ελλείπει μεν σε περίπτωση που το θύμα θα προέβρινε στην ίδια διάθεση ακόμη κι' αν δεν είχε πλανηθεί (οπότε η πλάνη δεν υπήρξε συναίτια (mitbestimmend) για τη διάθεση), στοιχειοθετείται όμως εν το κίνητρο που έθεσε η απατηλή συμπεριφορά υπήρξε συναίτιο της περιουσιακής διάθεσης: Όταν, λέγουν, μεταξύ πλειόνων κινήτρων που ώθησαν στη διάθεση μόνο ένα τέθηκε με την απατηλή συμπεριφορά, η διάθεση οφείλεται στην πλάνη έστω και αν τα υπόλοιπα κίνητρα θα αρκούσαν για τη διάθεση. Τούτο, διότι ο νόμος δεν απαιτεί να παρακινήθηκε ο πλανώμενος αποκλειστικά από την πλάνη¹⁶⁴. Είναι όμως αυτό σωστό; Σκοπός των πρωτευόντων κανόνων του ποινικού δικαίου είναι η προστασία (αποφυγή της προσβολής) των εννόμων αγαθών μέσω της σύννομης συμπεριφοράς και όχι αυτή καθ' εαυτή η υπακοή των κοινωνιών του δικαίου σ' αυτούς. Οι κανόνες επομένως ισχύουν (δεσμεύουν) μόνο στο μέτρο που η τήρησή τους καθιστά δυνατή την αποφυγή του αποτελέσματος (της προσβολής του εννόμου αγαθού). Η σκέψη αυτή φανερώνει ότι η λήψη υπόψη ορισμένων υποθετικών αιτιωδών διαδρομών δεν μπορεί ν' αποφευχθεί εντελώς κατά την ποινική αξιολόγηση της ανθρώπινης συμπεριφοράς. Διότι αν το αποτέλεσμα θα επήρχετο ακόμη και αν ο δράστης είχε φερθεί σύννομα (εδώ: δεν είχε τελέσει την πράξη εξαπάτησης) δεν στοιχειοθετείται άδικο αποτέλεσμα και δεν ματαιώνεται ο σκοπός του κανόνα έστω και αν η προσβολή του εννόμου αγαθού προκλήθηκε αιτιωδώς από μιά παράνομη συμπεριφορά¹⁶⁵. Για να θεωρηθεί επομένως ότι ένα αποτέλεσμα είναι «έργο του δράστη» και εμπίπτει στην περιοχή της νομικής ευθύνης του, απαιτείται η συμπεριφορά

163. BGHSt 13, 13, S - S - Cramer § 263 αρ. 77.

164. S - S - Cramer loc. cit., Maurach - Schroeder BT I⁶ σ. 413 επ.

165. Μυλωνόπουλου, Εγκλήματα εκ του αποτελέσματος, σ. 200 επ., 201 σημ. 3 όπου και περαιτέρω παραπομπές. Πρβλ. Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem Berlin 1981, σ. 331, 334.

του δράστη να δημιουργήσει έναν αποδοκιμαζόμενο από το δίκαιο κίνδυνο επέλευσης του αποτελέσματος και ο κίνδυνος αυτός να πραγματώθηκε πράγματι στο αποτέλεσμα¹⁶⁶. Αυτή η διδασκαλία του αντικειμενικού καταλογισμού που διαμορφώθηκε αρχικά στην περιογή των εγκλημάτων από αμέλεια¹⁶⁷ διεκδικεί ήδη εφαρμογή και στα εγκλήματα με δόλο¹⁶⁸, άρα και στην απάτη¹⁶⁹. Σύμφωνα με τα παραπάνω η στοιχειοθέτηση της αντικειμενικής υπόστασης ενός εκ δόλου εγκλήματος αποτελέσματος προϋποθέτει και: (α) δημιουργία ενός αποδοκιμαζόμενου κινδύνου και (β) πραγμάτωση αυτού του κινδύνου στο αποτέλεσμα.

10.2. Δημιουργία ενός αποδοκιμαζόμενου από το δίκαιο κινδύνου επέλευσης του αποτελέσματος.

10.2.1. Η προσφορότητα της πράξης ως κριτήριο αποδοκιμασίας.

Με το προαπαιτούμενο της δημιουργίας ενός «αποδοκιμαζόμενου» κινδύνου εισέρχεται στην προβληματική μας η σκέψη της προσφορότητας¹⁷⁰. Εφόσον οι κανόνες συμπεριφοράς στρέφονται αποκλειστικά κατά μορφών συμπεριφοράς που εμφανίζουν κάποιο βαθμό επικινδυνότητας ανώτερο του επιτρεπτού ως προς το έννομο αγαθό δηλ. προσβάλλουν την αντικειμενικά ως προς αυτό οφειλόμενη επιμέλεια, απαιτείται δημιουργία κινδύνου πρόσφορου ως προς το αποτέλεσμα και ταυτόχρονα κοινωνικά απρόσφορου (sozialinadäquat) δηλ. νομικά αποδοκιμαζόμενου¹⁷¹. Πρόσφορη είναι η συμπεριφορά να προκαλέσει το αποτέλεσμα όταν ο κίνδυνος που θέτει καθιστά την προσβολή

166. Βλ. αντί άλλων Maurach-Zipf, AT I⁶ σ. 244, SK-Rudolphi αρ. 57, προ § 1, S-S-Lenkner αρ. 95 προ § 13 επ.

167. Βλ. εκτενώς Μυλωνόπουλου op. cit. σ. 200 επ.

168. Βλ. πρόσφατα Triffterer, Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung Klug-FS σ. 421, 440, ο ίδιος, Die objektive Voraussehbarkeit (des Erfolges und des Kausalverlaufs) - unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte? Bockelmann-FS σ. 201, Wolter, Zurechnung σ. 18 επ., Maurach-Zipf, loc. cit., Otto, Maurach-FS σ. 99 και NJW 80 σ. 421.

169. Πρβλ. Kurth, Diss σ. 169 επ. όπου και προσπάθεια εντοπισμού του «σκοπού προστασίας».

170. Maurach-Zipf AT I⁷ σ. 244.

171. Wolter, Zurechnung σ. 330, 331, Triffterer, Klug-FS σ. 441, ο ίδιος, österreichisches Strafrecht AT 1985 σ. 144 επ. Εννοείται ότι ως αποτέλεσμα θεωρείται και η προσβολή της ειρηνευμένης κατάστασης του εννόμου αγαθού. Η εγκληματική εντύπωση χαράζει τα όρια της κοινωνικής προσφορότητας. Βλ. σχετικά Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht 1981 σ. 87. Πρβλ. α. 43 § 2 Π.Κ.

του εννόμου αγαθού (την οποία θέλει ν' αποτρέψει ο κανόνας συμπεριφοράς που παραβιάζεται) αντικειμενικά προβλεπτή. Η αντικειμενική δυνατότητα πρόβλεψης του αποτελέσματος είναι απαραίτητο συστατικό όχι μόνο των εξ αμελείας αλλά και των εκ δόλου εγκλημάτων¹⁷². Απαγορεύεται εκείνη η δημιουργία κινδύνου που καθιστά την προσβολή (τουλάχιστον της ειρηνευμένης κατάστασης του εννόμου αγαθού) αντικειμενικά δυνατή. Πράξη αντικειμενικά ακίνδυνη δεν νομιμοποιείται να θεωρηθεί απαγορευμένη. Επομένως: παραβίαση του κανόνα και κοινωνικά απρόσφορη επικινδυνότητα της συμπεριφοράς (=συμπεριφορά πρόσφορη να προκαλέσει το αποτέλεσμα) ταυτίζονται¹⁷³.

Συνέπεια των παραπάνω είναι ότι δεν καταλογίζεται αντικειμενικά το αποτέλεσμα μιάς πράξης αν ο δράστης με τη συμπεριφορά του δεν έθεσε κάποιο νομικά σημαντικό κίνδυνο για το αποτέλεσμα, όταν δηλ. η πράξη του δεν ήταν πρόσφορη να το προκαλέσει¹⁷⁴.

Συνήθως λέγεται ότι κριτήριο της προσφορότητας της πράξης ως προς το αποτέλεσμα είναι το αν η επέλευση του τελευταίου βρίσκεται στα πλαίσια της κοινής πείρας της ζωής¹⁷⁵. Το γενικό αυτό κριτήριο, ωστόσο, είναι, όπως δείχθηκε παραπάνω, ανεπαρκές να λειτουργήσει στα πλαίσια του εγκλήματος της απάτης. Ο περιορισμός του είναι αναγκαίος προκειμένου ν' αποφευχθούν τα άτοπα που συνεπάγεται η θεωρία *Naucke*. Το αίτημα αυτό ισχύει εξάλλου και γενικότερα^{175α} (πρβλ. αμέσως παρακάτω).

10.2.2. Κοινωνική προσφορότητα και πράξη εξαπάτησης.

Εκτός από τις περιπτώσεις όπου η απατηλή συμπεριφορά είναι κοινωνικά πρόσφορη και δεν συνιστά κίνδυνο αποδοκιμαζόμενο από το δίκαιο για

172. Triffterer, Bockelmann-FS σ. 201, Wolter, Zurechnung σ. 29, 32.

173. Πρβλ. Μυλωνόπουλου, Εγκλήματα εκ του αποτελέσματος σ. 197.

174. Βλ. αντί άλλων S-S-Lenkner αρ. 96 προ §§ 13 επ.

175. Πρβλ. Rudolphi, JuS 69 σ. 550, BGHSt 3, 62 επ.

175α. Αφού θεμέλιο του αδικού είναι (και) η αντίθεση της συμπεριφοράς προς τον κανόνα, αρκεί, ως κριτήριο της αντικειμενικής δυνατότητας πρόβλεψης ό,τι ενδεικνύει την επικινδυνότητα της συμπεριφοράς (χωρίς ν' απαιτείται κάποια γενίκευση). Το κριτήριο αυτό τελεί δηλ. υπό τον περιορισμό της κοινωνικής προσφορότητας της πράξης. Όστε η συνδρομή κοινωνικά απρόσφορης συμπεριφοράς σημαίνει κατ' ανάγκη ότι το αποτέλεσμα είναι αντικειμενικά προβλεπτό, τουλάχιστον υπό τη μορφή της εγκληματικής εντύπωσης. Για το λόγο αυτό δεν αποκλείεται ο αντικειμενικός καταλογισμός αποτελεσμάτων που οφείλονται σε κοινωνικά απρόσφορη συμπεριφορά, έστω κι αν αυτά εμφανίζονται, κατ' εφαρμογή γενικότερων κριτηρίων προσφορότητας, ως μή προβλεπτά. Κατά συνέπεια η θεώρηση αυτή καταλήγει σε πληρέστερη προστασία του θύματος (πρβλ. Mylonopoulos, Verhältnis σ. 77).

λόγους άσχετους προς τον παθόντα (π.χ. βάσει του κανόνα «έξεστι τους συναλλασσομένους περιγράφειν αλλήλοις») ¹⁷⁶ τίθεται το ερώτημα αν μία καταρχήν κοινωνικά απρόσφορη πράξη εξαπάτησης καθίσταται (κοινωνικά) πρόσφορη αν συσχετισθεί προς το θύμα. Πιό συγκεκριμένα: αποδοκιμάζεται από το δίκαιο ο κίνδυνος (περιουσιακής διάθεσης και ζημίας) που θέτει ο δράστης, όταν τελεί μια ιδιαίτερα χονδροειδή και πρωτόγονη πράξη εξαπάτησης, άρα μια πράξη απρόσφορη ως προς το αποτέλεσμα; Η κρισιμότητα του ερωτήματος καθίσταται προφανής αν αναλογισθούμε αφενός ότι προς θεμελίωση του αδίκου απαιτείται κοινωνικά απρόσφορη συμπεριφορά και αφετέρου τα επιχειρήματα που προσάγονται κατά της άποψης *Naucke*: 'Όσο πειστική κι' αν παρουσιάζεται η σκέψη της προσφορότητας στα πλαίσια της διδασκαλίας του αντικειμενικού καταλογισμού, τόσο ύποπτη φαίνεται αν συσχετισθεί με το έγκλημα της απάτης. Ο λόγος έγκειται στη γενικότητα της πρόγνωσης. Είναι όμως η γενικότητα αυτή αναγκία;

Είναι αναμφισβήτητο ότι στην κρίση για την προσφορότητα της συμπεριφοράς να προκαλέσει το αποτέλεσμα, δηλ. για την επικινδυνότητά της, προς αντιμετώπιση της οποίας ισχύει ο κανόνας, είναι εγγενής, λόγω του χαρακτήρα της ως πρόγνωσης, κάποια γενίκευση και αφαίρεση.

Σήμερα ωστόσο τείνει να επικρατήσει η άποψη, ότι κατά τη συναγωγή της κρίσης αυτής είναι απαραίτητο ένα *optimum* θεώρησης *in concreto* ¹⁷⁷. Θα πρέπει δηλ. να ερωτάται αν η συγκεκριμένη πράξη υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες είναι γενικά πρόσφορη να προκαλέσει το αποτέλεσμα κατά την κοινή πείρα της ζωής.

Για την απάτη αυτό σημαίνει ότι θα πρέπει να ερωτάται αν η συγκεκριμένη πράξη εξαπάτησης είναι γενικά πρόσφορη κατά την κοινή πείρα της ζωής να προκαλέσει σε άτομο με τις συγκεκριμένες ικανότητες και ιδιότητες υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες την απόφαση να προβεί στην περιουσιακή διάθεση.

Με τον τρόπο αυτό δεν «τιμωρείται» η υπαίτια έλλειψη πείρας του θύματος, δεν εξετάζεται αν αυτό όφειλε να αυτοπροστατευθεί. Εφόσον στερεί-

176. Πρβλ. *Hirsch*, *ZStW* 74 σ. 130, *Kühne*, *Geschäftstüchtigkeit passim*, *Σπινέλλη Β'* σ. 78, *Μανωλεδάκη ΠΔ γενΜ Γ'* σ. 23 («κάθε εμπορική διαφήμιση περιέχει ένα ποσοστό θεμιτής (μή αξιόποινης) απάτης»), *Lackner* § 263 αρ. 62 επ. Η κοινωνική ζωή ανέχεται εξαπατήσεις συνήθεις στις συναλλαγές: Π.χ. Παριστώ ψευδώς ότι για το πωλούμενο πράγμα ενδιαφέρονται και άλλοι επιδιώκοντας έτσι υψηλότερη τιμή. Υπ' αυτή την έννοια η απάτη χαρακτηρίζεται «ανοιχτή αντικειμενική υπόσταση»: *Bockelman*, *Literaturbericht*, *ZStW* 69 (1957) σ. 272. Βλ. επίσης *Μαγκάκη Γνωμάτευση ΝοΒ* 29 σ. 826 επ., *Κουράκη*, *Τα οικονομικά εγκλήματα* 1982 σ. 158 σημ. 45.

177. *S-S-Cramer* αρ. 4 b προ § 306, *Rüth LK* § 315 αρ. 33, *BGHSt* 18/272, 19/273, 22/346, *Wolter*, *Zurechnung* σ. 235 επ., *ο ίδιος*, *JuS* 78 σ. 750.

ται πείρας, η πράξη είναι κοινωνικά απρόσφορη. Αντίθετα προστατεύεται και ο «αγροίκος» ή κοινωνικά απομονωμένος παθών που δεν διαβάζει εφημερίδες και δέν βλέπει τηλεόραση. Ούτε εξετάζεται αν το συγκεκριμένο θύμα μπορούσε να αυτοπροστατευθεί. Τούτο προϋποθέτει αμφιβολίες και ερευνάται παρακάτω. Απλώς εξετάζεται αν το συγκεκριμένο μοντέλο θύματος είχε τέτοιες ιδιότητες ή ικανότητες (και αν οι περιστάσεις της πράξης ήταν τέτοιες) ώστε η πράξη εξαπάτησης να εμφανίζεται γενικά ως πρόσφορη να προκαλέσει τη διάθεση (μέσω της πλάνης) δηλ. ως τόσο επικίνδυνη ώστε να καθιστά αναγκαία την ισχύ του κανόνα. Όχι η συμπεριφορά ή η συνυπαιτιότητα αλλά οι ιδιότητες του θύματος είναι λοιπόν οδηγός για την εκτίμηση της κοινωνικής προσφορότητας της πράξης και μάλιστα όχι στη συγκεκριμένη-ατομική αλλά στην αφηρημένη - κανονιστική προοπτική τους. Οι ιδιότητες και περιστάσεις συμπροσδιορίζουν λοιπόν την κοινωνική προσφορότητα ή μή της πράξης επιτρέποντας στο δικαστή να διαγνώσει, σε συνάρτηση με το συγκεκριμένο μοντέλο θύματος αν η πράξη του δράστη ήταν κοινωνικά ανυπόφορη. Με τη θεώρηση αυτή λοιπόν επιδιώκεται να τιμωρηθούν όλες εκείνες οι περιπτώσεις εκμετάλλευσης αδυναμιών που «ανήκουν στην προσφορότητα της απάτης» οπότε και μόνον κλονίζεται αντικειμενικά η έννομη τάξη. Αντίθετα, αν το θύμα ανήκει σε κατηγορία ατόμων που γενικά δεν κινδυνεύουν να παραπλανηθούν από τη συγκεκριμένη πράξη, δεν υπάρχει ούτε κίνδυνος αποδοκιμασίας εκ μέρους του δικαίου, ούτε λόγος απαγόρευσης της συγκεκριμένης συμπεριφοράς: η τελευταία δεν είναι κοινωνικά απρόσφορη. Στην περίπτωση αυτή επομένως δεν απειλείται η ειρηνευμένη έννομη τάξη, δεν στοιχειοθετείται δηλ. ούτε απρόσφορη απόπειρα.

Η θεώρηση αυτή, βέβαια, φαίνεται εκ πρώτης όψεως εκτεθειμένη στην αντίρρηση ότι οδηγεί σε σχετικοποίηση της ποινικής προστασίας και αοριστία ως προς την ισχύ του κανόνα. Το πρόβλημα ωστόσο έχει μία μόνο φαινομενική ιδιαιτερότητα αφού η διερεύνηση της κοινωνικής προσφορότητας της πράξης ανακύπτει ως προς κάθε έγκλημα, πράγμα που πρακτικά έχει ήδη γίνει αποδεκτό. Αυτό φαίνεται αν παραλληλίσουμε τις περιπτώσεις που μας απασχολούν προς τα κλασικά παραδείγματα-κριτήρια κοινωνικής προσφορότητας. Έτσι:

Ο ανεψιός που στέλνει τον πλούσιο θείο του να κάνει περίπατο στους αγρούς παρά τον απειλητικό ορίζοντα, επιθυμώντας το θάνατό του, δεν τελεί κοινωνικά απρόσφορη πράξη διότι η συμπεριφορά του δεν συνίσταται σε εκμετάλλευση της ανελευθερίας του θύματος που τελικά χτυπιέται από τον κεραυνό. Άτομο της ωριμότητας του θύματος δεν έχει επομένως αντικειμενικά ανάγκη προστασίας και μάλιστα ποινικής από τέτοιου είδους πράξεις. Αν όμως αντιστρέψουμε το παράδειγμα και υποθέσουμε ότι ο κακός θείος στέλνει τον εξαετή ανεψιό του στους αγρούς υπό τις ίδιες συνθήκες, συντρέχει εκμετάλλευση

της αδυναμίας (ανηλικιότητας) του θύματος και αντίστοιχα της υπεροχής του δράστη. Εδώ οι ιδιότητες του θύματος (όχι του συγκεκριμένου αλλά του θύματος-μοντέλου) προσδίδουν στην πράξη ανυπόφορη αντικοινωνικότητα και επικινδυνότητα που καθιστούν αναγκαία την αποδοκιμασία από το δίκαιο (=την ισχύ του κανόνα) ¹⁷⁸. Αν δεν επέλθει το αποτέλεσμα στη δεύτερη περίπτωση υπάρχει απόπειρα ενώ στην πρώτη όχι. Άλλο παράδειγμα: αν προσφέρω ένα φουντούκι σε ενήλικο ελπίζοντας ότι θα πνιγεί, η πράξη μου είναι ποινικά αδιάφορη (κοινωνικά πρόσφορη). Όχι όμως κι αν το δώσω σ' ένα βρέφος δύο μηνών! ^{178α}. Οι ιδιότητες λοιπόν του θύματος λαμβάνονται κατ' ανάγκην υπόψη για την *in abstracto* εκτίμηση της κοινωνικής προσφορότητας ή (αντίθετα) της προσφορότητας της πράξης ως προς το αποτέλεσμα. Ορθά λοιπόν ο νόμος (α. 386 Π.Κ.) δεν απαιτεί «ιδιαίτερα τεχνάσματα». Έτσι προστατεύεται μεν ο ευήθης που του πωλούν την πλατεία Συντάγματος (ή ο ολιγοφρενικός, ο μεθυσμένος, ο ανήλικος κλπ.) μολονότι η πράξη δεν είναι «γενικά κατάλληλη», όχι όμως και ο δικηγόρος που αγοράζει «θαυματουργό σταυρό» ή ο καθηγητής που αποκτά έναντι υψηλού τιμήματος «μαγικό βότανο». Στις περιπτώσεις αυτές η χονδροειδής πράξη εξαπάτησης δεν θέτει σε κίνδυνο την αυτονομία του θύματος και επομένως *ανάγκη ισχύος του κανόνα* δεν υπάρχει. Η έννομη τάξη δεν αισθάνεται τόσο απειλημένη ώστε να απαιτείται ποινική προστασία.

10.3. Προσωρινό συμπέρασμα.

Όταν με βάση τις ιδιότητες του θύματος (και των συνθηκών της πράξης) κρίνεται ότι η πράξη εξαπάτησης είναι κοινωνικά πρόσφορη αποκλείεται η αντικειμενική υπόσταση της απάτης. Η πράξη του δράστη δεν αντιβαίνει ούτε καταρχή προς τον πρωτεύοντα κανόνα του α. 386 Π.Κ. διότι κίνδυνος που καθιστά αναγκαία την ισχύ του δεν υπάρχει ^{178β}.

178. Πρβλ. O t t o, Maurach-FS σ. 99. Κατά τον συγγραφέα αυτόν ο αντικειμενικός καταλογισμός αποκλείεται επειδή περιορίζεται από την ελεύθερη και υπεύθυνη πράξη του παθόντος και όχι επειδή ο κίνδυνος δεν είναι κοινωνικά απρόσφορος. Ο O t t o λησμονεί όμως ότι για να ερευνήσουμε αν το αποτέλεσμα μπορεί να καταλογισθεί αντικειμενικά ή όχι πρέπει να υπάρχει πράξη κοινωνικά απρόσφορη. Αν ήταν σωστή η άποψη αυτή, θα έπρεπε να ευθύνεται για απόπειρα ο ανεψιός (αφού θα προϋπετίθετο κοινωνική απροσφορότητα της πράξης). Πρβλ. επίσης R o x i n, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, Klug-FS σ. 311.

178α. Πρβλ. την BGH 1.StR 616/70 της 2.3.71 (αδημ.) με ανάλογο πραγματικό. (Αναφέρεται από τον K ö h l e r, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982 σ. 74).

178β. Πρβλ. ΑΠ 532/73 ΠΧ ΚΓ/641, ΑΠ 1055/73 ΠΧ ΚΔ/189: Απάτη επί δικαστηρίου δεν υπάρχει ούτε εν αποείρα αν το προσαχθέν αποδεικτικόν μέσον δεν είναι κατά τον ΚΠολΔ ικανόν να επηρεάσει την κρίσιν των δικαστών. Πρβλ. επίσης Μ α γ κ ά κ η, ΝοΒ 29 σ. 828 υπό γ).

10.4. Πραγμάτωση του κινδύνου στο αποτέλεσμα (συνάφεια κινδύνου).

10.4.1. Γενικά

Στο αποτέλεσμα πρέπει να πραγματωθεί εκείνος ακριβώς ο κίνδυνος προς αποτροπή του οποίου υπάρχει ο κανόνας που παραβίασε ο δράστης¹⁷⁹. Αντικειμενικά καταλογίζεται επομένως μόνο εκείνο το αποτέλεσμα, την επέλευση του οποίου ο δράστης επηρεάζει με τη συμπεριφορά του¹⁸⁰. Το αποτέλεσμα πρέπει να συνιστά πραγμάτωση εκείνου ακριβώς του κινδύνου που δεν θα είχε τεθεί αν ο δράστης δεν είχε παραβιάσει τον κανόνα¹⁸¹. Αν το αποτέλεσμα συνιστά πραγμάτωση άλλου κινδύνου, την δημιουργία του οποίου ο δράστης δεν μπορούσε να ελέγξει αντικειμενικά (δεν υπόκεινταν στη σφαίρα επιρροής του) τότε πρόκειται για κίνδυνο που βρίσκεται έξω από το πεδίο νομικής ευθύνης του δράστη και αποκλείεται ο αντικειμενικός καταλογισμός¹⁸².

Κατά συνέπεια αν το θύμα θέσει το ίδιο κάποιο κίνδυνο πρόκλησης του αποτελέσματος, αφαιρεί από το δράστη την ευθύνη για την επέλευση του αποτελέσματος, έστω κιάν η συμπεριφορά του τελευταίου ήταν πρόσφορη να το προκαλέσει. Στην περίπτωση αυτή ο δράστης ευθύνεται για πρόσφορη απόπειρα οικείου εγκλήματος. Το θύμα που συνειδητά αναλαμβάνει τον θεμελιωμένο από το δράστη κίνδυνο αποκτώντας «κυριαρχία επί των γεγονότων» θεμελιώνει αυτό τους κινδύνους που το απειλούν εφεξής¹⁸³ (απαιτείται, όπως λέγεται, αντικειμενική σκοπιμότητα της συμπεριφοράς ή δυνατότητα κυριαρχίας ή κατεύθυνσης των γεγονότων)¹⁸⁴. Η δυνατότητα του δράστη να κατευθύνει κυριαρχικά τα γεγονότα προς το αποτέλεσμα σταματά εκεί όπου η επέμβαση κάποιου άλλου (τρίτου ή θύματος) τον αποκλείει από την κυριαρχία αυτή ή θεμελιώνει κατά οποιοδήποτε άλλο τρόπο νέο κίνδυνο για τον παθόντα (Risikoabnahme)¹⁸⁵.

179. Wolter, Zurechnung σ. 29, Μυλωνόπουλου, Εγκλήματα εκ του αποτελέσματος σ. 204.

180. Otto, Maurach-FS σ. 95.

181. Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände 1931 σ. 65 επ., SK-Rudolphi αρ. 57 προ § 1, Maurach-Zipf I^o σ. 268.

182. Για περισσότερα βλ. Μυλωνόπουλου, Εγκλήματα εκ του αποτελέσματος σ. 204.

183. S-S-Cramer § 15 αρ. 155, Stratenwerth AT I² αρ. 1161 επ., Wolter, Zurechnung σ. 347.

184. S-S-Lenckner αρ. 95 προ §§ 13 επ.

185. Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht Honig FS σ. 133 επ. πρβλ. Μυλωνόπουλου, Εγκλήματα εκ του αποτελέσματος σ. 207 επ.

10.4.2. Ειδικότερα: συνάφεια κινδύνου και απάτη.

Η μεταφορά των παραπάνω διαπιστώσεων στην περιοχή της έμμεσης αυτουργίας και ειδικότερα στις περιπτώσεις εκμετάλλευσης ενός ανελεύθερου οργάνου αποδίδει ότι η πράξη του οργάνου καταλογίζεται αντικειμενικά στη συμπεριφορά του έμμεσου αυτουργού όταν ο τελευταίος θέτει ή επαυξάνει ανεπίτρεπτα ένα (κοινωνικά απρόσφορο) κίνδυνο παραγωγής τόσο της συμπεριφοράς του οργάνου, όσο και του αποτελέσματος, ο δε κίνδυνος τούτος πραγματώθηκε στο αποτέλεσμα¹⁸⁶. Σε αντίθεση προς τον ηθικό ο έμμεσος αυτουργός έχει κυριαρχία πάνω στη συμπεριφορά του οργάνου μέσω του οποίου πράττει. Το όργανο το οποίο παρακινείται να τελέσει τη βλαπτική για το έννομο αγαθό πράξη δεν στερείται μεν της ελευθερίας του να σχηματίζει βούληση¹⁸⁷, είναι όμως ανελεύθερο να πράττει, αφού στερείται της ελευθερίας του προς υπεύθυνο αυτοπροσδιορισμό¹⁸⁸. Η αυτονομία¹⁸⁹ αυτή του οργάνου εκλείπει όταν η ελευθερία του να πράττει εμποδίζεται ουσιαστικά από διαφόρους λόγους. Τέτοιος λόγος είναι η πλάνη. Ο πλανώμενος μόνον τυπικά ενεργεί «όπως θέλει», ουσιαστικά όμως ενεργεί ανελεύθερα διότι αγνοεί ότι τελεί πράξη που προσβάλλει (τουλάχιστο κατά μη επιθυμητό τρόπο) το έννομο αγαθό. Η πράξη του δεν είναι έκφραση της αυτονομίας του γιατί η πραγμάτωση της απόφασής του στηρίζεται στο αναληθές περιεχόμενο της ψευδούς παράστασης¹⁹⁰. Όταν το όργανο ταυτίζεται με το θύμα, τότε η οφειλόμενη σε πλάνη «αυτοβλάβη» (καθώς και η συμπεριφορά του οργάνου) καταλογίζεται αντικειμενικά στο δράστη (έμμεσο αυτουργό) αφού αυτός προκάλεσε (ή εκμεταλλεύθηκε κλπ.) την πλάνη.

Αντίθετα: η έμμεση αυτουργία αποκλείεται λόγω έλλειψης αντικειμενικού καταλογισμού όταν το υπεύθυνο και ελεύθερο άτομο αναλαμβάνει συνειδητά ένα κίνδυνο που θεμελίωσε ένας άλλος (Risikoabnahme). Αναλαμβάνοντας την κυριαρχία πάνω στα γεγονότα ο πράττων αποκλείει τον αρχικό δράστη από την ευθύνη για την περαιτέρω εξέλιξη των πραγμάτων τα οποία εφεξής υπάγονται στη δική του σφαίρα ευθύνης. Η ελεύθερη και υπεύθυνη πράξη του οργάνου αποκλείει τον αντικειμενικό καταλογισμό της στη συμπεριφορά του δράστη ως πράξη του και επομένως την έμμεση αυτουργία.

186. Schmidhäuser AT 14/36, Meyer, Autonomie σ. 63, 91 επ., 183, 189. Πρβλ. όμως και παραπάνω σημ. 138.

187. Πρβλ. Meyer, Autonomie σ. 80 επ., 133 επ., Δασκαλόπουλου, Εγκληματολογία σ. 124.

188. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip² σ. 280.

189. Πρβλ. Roxin JuS 64 σ. 374.

190. Meyer, Autonomie σ. 83.

Το πρόβλημα που τίθεται, επομένως, είναι: με ποιο κριτήριο αποκλείεται η συνάφεια κινδύνου.

§ 11. Αμφιβολίες του θύματος και συνάφεια κινδύνου.

Το ότι το θύμα διαθέτει μολονότι αμφιβάλλει, σημαίνει ότι συναισθηματικές ανάγκες του που ζητούν πλήρωση υπερνίκησαν τις όποιες αναστολές γέννησαν οι αμφιβολίες αυτές. Στο σχηματισμό λοιπόν της απόφασης του θύματος να διαθέσει δεν συμβάλλει μόνο η απατηλή συμπεριφορά αλλά και δυνάμεις εκπορευόμενες από το θυμικό. Στη χαλιναγώγηση των συναισθημάτων που εμποδίζουν την κριτική ικανότητα να καθοδηγήσει σωστά, το θύμα δεν εξαρτάται από την πλάνη. Άρα ενώ την πλάνη προκαλεί ο δράστης, τη σύμφωνη με την απατηλή συμπεριφορά απόφαση προκαλεί (επιτρέπει) ελεύθερα το θύμα. Διότι ενώ το θύμα δεν είναι υπεύθυνο για την πλάνη (δεν οφείλει να ξέρει! Η πράξη εξαπάτησης είναι εδώ πρόσφορη να εξαπατήσει, διότι αν δεν ήταν θ' αποκλειόταν ήδη η αντικειμενική υπόσταση), είναι εν τούτοις υπεύθυνο για το ότι επιτρέπει στα συναισθήματά του να υπερνικήσουν τις από τις αμφιβολίες του προερχόμενες αναστολές. Η ευθύνη βέβαια αυτή δεν είναι πάντοτε νομικά σημαντική: Όσο όμως εντονότερες είναι οι αμφιβολίες, τόσο ισχυρότερες είναι οι αναστολές καθώς και τα συναισθήματα που τις υπερνικούν, άρα τόσο μεγαλύτερη η ευθύνη και ελευθερία του θύματος. Ειδικότερα :

Όταν ο διαθέτων έχει ασθενείς αμφιβολίες για την αλήθεια των ισχυρισμών και θεωρεί ότι είναι πιθανότερο ν' αληθεύουν, τότε η διάθεσή του δεν αποκλίνει ουσιωδώς από την κατάληξη της διανοητικής κατεργασίας του υλικού που του υποβλήθηκε (ενώ εναρμονίζεται πλήρως προς την απατηλή συμπεριφορά). Η απόφασή του λοιπόν κινείται προς την ίδια κατεύθυνση με την πλανημένη πεποίθησή του. Το θυμικό δεν αντιτίθεται προς την απόφαση. Η τελευταία όμως θεμελιώνεται στην πλάνη που έθεσε ο δράστης. Η περιουσιακή διάθεση δεν συνιστά επομένως εκδήλωση της αυτονομίας του. Η αφορμή αυτοπροστασίας που έχει είναι ασήμαντη και γιαυτό δεν μπορεί ν' αξιωθεί άλλη συμπεριφορά. Ο δράστης έχει κυριαρχία στα γεγονότα και η διάθεση καταλογίζεται αντικειμενικά στη συμπεριφορά του.

Όταν, αντίθετα, το θύμα θεωρεί το ψευδές γεγονός απλώς δυνατό ή τουλάχιστον λιγότερο πιθανό από την αντίθετη εκδοχή και παρά ταύτα διαθέτει, η διάθεση αυτή είναι εκδήλωση της αυτονομίας του. Στην περίπτωση αυτή η απόφαση αντιστρατεύεται την (επίσης πλανημένη) απόφαση. Το συναισθηματικό παραμερίζει τις υποδείξεις της λογικής (απόφασης), εκείνες δηλ. ακριβώς που απέτυχε να υποτάξει ο δράστης με την (ασθενικού δυναμικού) πλάνη που προκάλεσε. Ό,τι, ωστόσο, απέτυχε να προκαλέσει ο δράστης, δηλ. επηρεασμό της βούλησης με την ψευδή παράσταση κλπ., πετυχαίνουν τα συναισθήματα

του θύματος που ενεργοποιούνται όχι εξαιτίας αλλ' επ' ευκαιρία της απατηλής συμπεριφοράς. Όχι η πλάνη αλλά το συναίσθημα είναι εδώ το κίνητρο της διάθεσης (πρβλ. παραπάνω § 5.3).

Στην περίπτωση αυτή η αφορμή αυτοπροστασίας του θύματος είναι, λόγω της έντασης των αμφιβολιών, ισχυρή. Η πλάνη δεν κατόρθωσε να την εξασθενίσει. Αντίθετα: η πράξη εξαπάτησης αυτή καθεαυτή μάλλον ως κίνητρο προς μη διάθεση λειτουργεί, αφού το μόνο που πέτυχε να προκαλέσει ήταν οι ισχυρές αμφιβολίες.

Όταν λοιπόν το θύμα, παραλείποντας να χαλιναγωγήσει τις δυνάμεις του θυμικού του, επιτρέποντας στα συναισθήματά του να ισοπεδώσουν και τις πιο ισχυρές αναστολές, παρασυρόμενο από αυτά και όχι από την πειθώ της πλάνης, αναλαμβάνει συνειδητά τον κίνδυνο της διάθεσης, η απόφαση προς διάθεση υπάγεται αποκλειστικά στην περιοχή της δικής του νομικής ευθύνης. Όστε στην περίπτωση αυτή ελλείπει η συνάφεια κινδύνου μεταξύ της συμπεριφοράς του δράστη και της διάθεσης. Άλλον κίνδυνο έθεσε ο πρώτος (να ευδοκιμήσει η πράξη εξαπάτησης, να αποφασίσει το θύμα πειθόμενο στους ισχυρισμούς) και άλλος πραγματώθηκε στην περιουσιακή διάθεση (: ο κίνδυνος που συνειδητά ανέλαβε το θύμα). Τούτο ενισχύεται και από τη σκέψη ότι εδώ δεν συντρέχει ούτε ο σκοπός προστασίας του κανόνα (Normschutzzweck) του άρθρου 386 Π.Κ. Ο τελευταίος δεν σκοπεί την προστασία της περιουσίας από κινδύνους που θέτει το θύμα αλλά από κινδύνους που θέτει ο δράστης προκαλώντας σ' αυτό μέσω της πλάνης (και μόνον!) την προθυμία να διαθέσει¹⁹¹. Αν η προθυμία αυτή οφείλεται όχι στην πλάνη αλλά στην εκμετάλλευση των συναισθημάτων του θύματος δεν συντρέχει ο σκοπός προστασίας. Ο κανόνας του α. 386 σκοπεί λοιπόν να παρεμποδίσει μόνον τις περιπτώσεις κυριαρχίας μέσω πλάνης και όχι κάθε περίπτωση κυριαρχίας που συνοδεύεται από πλάνη. Τυχόν αντίθετη άποψη θα εσήμαινε απαράδεκτη επέκταση του αξιοποίνου σε κάθε περίπτωση περιουσιακής αυτοβλάβης που επιτυγχάνει κάποιος υποδαυλίζοντας και εκμεταλλευόμενος τη συναισθηματική κατάσταση (πάθη κλπ.) του θύματος, ανεξάρτητα από την πλάνη, που θα υποβιβάζοταν πλέον σε στοιχείο χωρίς ουσιαστική λειτουργία.

Γα παραπάνω, βεβαίως, δεν σημαίνουν ότι στην περίπτωση ανάληψης του κινδύνου από τον παθόντα δεν υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος κατά τη θεωρία της c.s.q.n. μεταξύ απατηλής συμπεριφοράς, πλάνης και διάθεσης. Εκείνο που δεν υπάρχει είναι η δυνατότητα αντικειμενικού καταλογισμού της περιουσιακής διάθεσης στη συμπεριφορά του δράστη, δηλ. η δυνατότητα να θεωρηθεί ως πράξη του η πράξη του πλανώμενου.

191. Πρβλ. Frisch, Bockelmann-FS σ. 661.

Για το λόγο αυτό εξάλλου στην περίπτωση υπερνίκησης ισχυρών αναστολών ο αντικειμενικός καταλογισμός αποκλείεται έστω και αν η εκμετάλλευση των παθών και συναισθημάτων του θύματος ήταν αντικειμενικά προβλεπτή¹⁹², και άρα θεμελιώνει προσφορότητα της πράξης ως προς το αποτέλεσμα (Erfolgsadäquanz). Μολονότι δηλ. θα μπορούσε να υποθεθεί ότι, όταν ο δράστης «υπολογίζει» και σ' αυτά, έχει κυριαρχία στη διαδρομή των γεγονότων, η έλλειψη του σκοπού προστασίας (κυριαρχία μόνον μέσω πλάνης!) αποκλείει τη δυνατότητα υπαγωγής των γεγονότων στη (νομικά σημαντική) σφαίρα επιρροής (νομικής ευθύνης) του δράστη.

Στην περίπτωση λοιπόν αυτή στοιχειοθετείται μόνον πεπερασμένη απόπειρα.

Η παραπάνω περίπτωση δεν πρέπει να συγχέεται με εκείνη του «συντρέχοντος πταίσματος» του παθόντος, που δεν αποκλείει τον αντικειμενικό καταλογισμό. Αποτελεί, αντίθετα, περίπτωση επιγενόμενου (=μετά την επέλευση της πράξης εξαπάτησης) πταίσματος, μεταγενέστερης επέμβασης στην αιτιώδη διαδρομή. Τέτοιες περιπτώσεις απασχολούν την επιστήμη ιδιαίτερα στην περιοχή των εγκλημάτων κατά της ζωής και της σωματικής ακεραιότητας (299 επ. Π.Κ.). Π.χ. ο αποπειρώμενος να σκοτώσει τον Β τελεί πράξη πρόσφορη να επιφέρει το θάνατο η οποία καταλήγει σε τραυματισμό. Ο Β αντί να παραμείνει κλινήρης και να πάρει τα φάρμακα που του υπέδειξε ο γιατρός πηγαίνει εκδρομή με τη φίλη του ή τη συνοδεύει σε χοροεσπερίδα με αποτέλεσμα η θεραπευτική αγωγή να αποτύχει και να επέλθει ο θάνατος (απόπειρα ανθρωποκτονίας)¹⁹³. Η ομοιότητα δομής προς την περίπτωση διάθεσης υπό αμφιβολία είναι προφανής: Ο τραυματίας έχει επαρκή αφορμή να παραμείνει κλινήρης, όπως και ο διαθέτων να ζητήσει πληροφορίες ή να αποσχει κλπ. Ο τραυματίας δεν πηγαίνει στη χοροεσπερίδα λόγω του τραύματός του αλλ' ενεργώντας στα πλαίσια της αυτονομίας του, όπως ο διαθέτων δεν διαθέτει λόγω τῆς πλάνης, αφού αυτή δεν αρκεί να παρακινήσει σε διάθεση. Και στις δύο περιπτώσεις τα θύματα έχουν συνείδηση του κινδύνου που αναλαμβάνουν. Και στις δύο περιπτώσεις δεν θέλουν τη βλάβη (θάνατο-περιουσιακή ζημία, αντίστοιχα) αλλ' αποδέχονται μόνο τον κίνδυνο¹⁹⁴.

Και οι δύο δράστες, τέλος, προκαλούν αιτιωδώς το αποτέλεσμα.

192. Πρβλ. γενικά P u r p e NStZ 83 σ. 24.

193. Βλ. Μυλωνόπουλου, Εγκλήματα εκ του αποτελέσματος, σ. 369 επ., Wolter, Zurechnung σ. 347.

194. Όχι ορθά λοιπόν αρνείται ο Hille n k a m p, Vorsatztat σ. 181, τον παραλληλισμό με το επιχείρημα ότι στις περιπτώσεις αυτές η βαρύτερη συνέπεια προκαλείται εν γνώσει από το θύμα. Τούτο είναι μιν δυνατό (π.χ. άρνηση μετάγγισης από παθόντα-μάρτυρα του Ιεχωβά) όχι όμως και απόλυτο.

Και στις δύο αυτές περιπτώσεις το θύμα αφαιρεί από το δράστη την ευθύνη για την επέλευση του αποτελέσματος (του θανάτου και της περιουσιακής διάθεσης) (Risikoaabnahme). Η αξιολογική θεώρηση αποδίδει ότι δεν πραγματώθηκε ο κίνδυνος που τέθηκε με την σωματική βλάβη ή την πράξη εξαπάτησης αλλά ένας άλλος κίνδυνος. Το θύμα δεν βλάφτηκε από την παράνομη σχέση που δημιούργησε ο δράστης, αλλά μόνον επ' ευκαιρία της ¹⁹⁵.

Θα πρέπει να σημειωθεί ότι με τους παραπάνω συλλογισμούς ο αμφιβάλλων δεν τίθεται σε χειρότερη μοίρα από το κατά τεκμήριο περισσότερο απερίσκεπτο θύμα που πείσθηκε από υπερβολική ευπιστία. Αν η απατηλή συμπεριφορά συνίσταται σε προφανείς ψευδολογίες και κριθεί απρόσφορη σε σχέση προς το συγκεκριμένο μοντέλο θύματος τότε αποκλείεται η αντικειμενική υπόσταση είτε αμφιβάλλει το θύμα είτε όχι. Η ατιμωρησία δεν εξαρτάται εδώ από την αμφιβολία. Όταν, αντίθετα, η πράξη είναι πρόσφορη ως προς το αποτέλεσμα, τότε υπάρχει λόγος να ερευνηθεί η αμφιβολία, αφού αυτή επηρεάζει τη συνάφεια κινδύνου. Αν το θύμα αμφιβάλλει, ενδεχομένως «αφαιρεί» τον κίνδυνο από το δράστη, ενώ ο πεπεισμένος ενεργεί ανελεύθερα.

§ 12. Συνυπαιτιότητα του θύματος και δικαστική επιμέτρηση της ποινής. Τελική θέση.

Η άποψη, ότι ορισμένες μορφές συνυπαιτιότητας του θύματος στην απάτη πρέπει να λαμβάνονται υπόψη κατά τη δικαστική επιμέτρηση της ποινής ^{195α} είναι, όπως ειπώθηκε, σωστή μόνο στο μέτρο που αφορά περιπτώσεις μειωμένου αδικού και ενοχής. Πρόκειται για τις περιπτώσεις όπου το ίδιο το θύμα δημιουργεί υπαίτια τις προϋποθέσεις ευχερέστερης τέλεσης της πράξης όπως αυτές προσδιορίστηκαν παραπάνω (§ 7.1) και όχι επομένως για κάθε περίπτωση δυνατότητας αυτοπροστασίας. Εδώ η άποψη που θεωρεί τη συνυπαιτιότητα του θύματος ως λόγο μείωσης της ποινής είναι ορθή. Ορθή είναι επίσης και η δικαιολογητική της βάση, στο μέτρο που αποβλέπει στην ασθενέστερη εγκληματική ενεργητικότητα ως λόγο μείωσης της απαξίας της συμπεριφοράς του δράστη και του αδικού της πράξης (βλ. σχετικά παραπάνω § 7 και τις εκεί παραπομπές). Πράγματι, έτσι φαίνεται να έχει *prima facie* το πράγμα, όσο χαμηλότερα είναι τα εμπόδια που υπερνίκησε ο δράστης τόσο μικρότερη είναι η αντικοινωνικότητα και επικινδυνότητα (απαξία) της πράξης του. Αντίστοιχα μειωμένη είναι και η ενοχή του: Όσο μεγαλύτερη είναι

195. Πρβλ. J a k o b s, AT 7/80, 7/104.

195α. Για την επίδραση της συμπεριφοράς του θύματος στη δικαστική επιμέτρηση της ποινής γενικά βλ. M a e c k, Opfer und Strafzumessung. Ein Beitrag zur Systematik und Dogmatik der richterlichen Strafzumessung 1983.

η πρόκληση, τόσο δυσκολότερος ο αγώνας κατά των κινήτρων, τόσο μεγαλύτερη η απαιτούμενη δύναμη αντίστασης, τόσο λιγότερο μπορεί ν' αξιωθεί σύννομη συμπεριφορά.

Τα παραπάνω, ωστόσο, δεν μπορούν να έχουν εφαρμογή όταν ο «πειρασμός» ή η ευχέρεια στην τέλεση της πράξης οφείλονται σε διανοητική αδυναμία, έλλειψη πείρας, ανάγκη, ή γενικότερα όταν ο δράστης εκμεταλλεύεται δεδομένα του θύματος που αυτό δεν μπορεί να μεταβάλει ή να επηρεάσει, για την επενέργεια των οποίων, επομένως, δεν ευθύνεται. Ο διαχωρισμός των περιπτώσεων αυτών προϋποθέτει μιάν αξιολόγηση.

Όπως εύστοχα παρατηρεί ο *Kube*¹⁹⁶, τὸ νὰ πέσει κανείς θύμα εγκλήματος ανήκει στο γενικό κίνδυνο της ζωής. Είναι επομένως αδύνατο να υπολογίσει κανείς με την παντελή έλλειψη αυτού του κινδύνου. Όταν λοιπόν ο δράστης εκμεταλλεύεται τις κατστάσεις εκείνες του θύματος οι οποίες, όσο κι αν διευκόλυναν την πράξη, υπάγονται στο γενικό αυτό κίνδυνο στον οποίο είναι εκτεθειμένο ένα τέτοιο θύμα (διανοητική μειονεξία κλπ.) όχι μόνο δεν μπορεί να γίνει λόγος για μείωση, αλλ' αντίθετα επιβάλλεται επιβάρυνση της ποινής¹⁹⁷. Όταν όμως το θύμα επαυξάνει το ίδιο τον γενικό αυτό κίνδυνο στον οποίο είναι εκτεθειμένο διευκολύνοντας το δράστη με τον τρόπο που προαναφέρθηκε, η μείωση της ποινής είναι δικαιολογημένη.

§ 13. Επιδίωξη σκοπού παράνομου ή ανήθικου και συναφείς περιπτώσεις.

Ζητήματα συνυπαιτιότητας ανακύπτουν και όταν η κοινωνικά αποδοκιμαζόμενη συμπεριφορά του θύματος συνδέεται με δικαιοπραξία παράνομη ή ανήθικη. Η αντιμετώπιση των περιπτώσεων αυτών χρειάζεται ιδιαίτερη ανάπτυξη γιατί αναφέρεται στην προβληματική της περιουσιακής βλάβης και εξαρτάται κυρίως από τη θεωρία που θα τεθεί ως βάση για την σύλληψη της έννοιας της περιουσίας. Στα πλαίσια της παρούσας εργασίας μπορεί πάντως να παρατηρηθεί ότι η μέση (νομική-οικονομική) έννοια της περιουσίας¹⁹⁸ σύμφωνα με την οποία περιουσία είναι το σύνολο των οικονομικών αξιών ενός προσώπου εφόσον δεν αποδοκιμάζονται από την έννομη τάξη, επιτρέπει δογματικά αρτιότερη επίλυση των σχετικών προβλημάτων. Πιό συγκεκριμένα:

196. *K u b e*, *Kriminalistik* 80 σ. 155.

197. *E b e r t*, *JZ* 83 σ. 639, *A m e l u n x e n*, *Opfer* σ. 54, *S c h ü l e r - S p r i n g o r u m*, *Honig-FS* σ. 207, *P a a s c h*, *Diss.* σ. 115 επ. *S c h u l t z*, *SchwZStR* 71 σ. 191.

198. *N a g l e r*, *ZAkDR* 41 σ. 294, *Kohlrausch-Lange StGB* § 263 αρ. V, *SK - S a m s o n* § 263 αρ. 112, *Σπινέλλης Β'* σ. 15, 20, *πρβλ. Lackner* § 263 αρ. 123.

(α) Είναι δυνατό ο πλανώμενος να προβαίνει σε διάθεση αξιών που απόκτησε και κατέχει παράνομα (π.χ. νομή κλοπιμαίου κινητού). Εδώ υπάγεται η λεγόμενη «απάτη του συνενόχου». Ο κλέφτης Α παριστά στο συνενοχό του Β ότι πούλησε τα κλοπιμαία αντί πησού πολύ μικρότερου από εκείνο που εισέπραξε στην πραγματικότητα. Σύμφωνα με την οικονομική έννοια της περιουσίας ο επιλήψιμος νομέας υφίσταται περιουσιακή βλάβη¹⁹⁹. Όχι όμως και κατά τη νομική-οικονομική θεωρία²⁰⁰, σύμφωνα με την οποία προσβολή του έννομου²⁰¹ αγαθού της περιουσίας είναι νοητή το πολύ σε βάρος του προηγούμενου (νόμιμου) νομέα²⁰².

(β) Πρόβλημα γεννά η συνεπής εφαρμογή της οικονομικής θεωρίας της περιουσίας και σε περίπτωση που ο πλανώμενος έχει άκυρη αξίωση από παράνομη ή ανήθικη δικαιοπραξία. Εδώ ομόφωνα υποστηρίζεται (φυσικά και από τη μικτή θεωρία) ότι π.χ. ο «μπράβος» που χνέλαβε να σκοτώσει έναντι αμοιβής δεν υφίσταται περιουσιακή βλάβη αν πληρωθεί με πλαστά νομίσματα, με τη σκέψη ότι η εργασιακή δύναμη που πρέχεται για παράνομο ή ανήθικο σκοπό δεν έχει οικονομική αξία²⁰³. Η τοποθέτηση αυτή είναι ωστόσο ασυνεπής εκ μέρους της οικονομικής θεωρίας. Η «εργασία» του «πληρωμένου δολοφόνου» έχει μια καθαρά «γεγονοτική» οικονομική αξία²⁰⁴, εφόσον την προσφέρει έναντι αμοιβής, την οποία μπορεί λόγω των περιστάσεων να εισπράξει. Μόνον, επομένως, η μέση άποψη της νομικής-οικονομικής έννοιας παρέχει δογματικά άψογη λύση.

(γ) Όταν, τέλος, ο πλανώμενος διαθέτει προς εκπλήρωση παράνομης ή ανήθικης δικαιοπραξίας (π.χ. καταβάλλω το συμφωνημένο ποσό στον «πληρωμένο δολοφόνο» πιστεύοντας την ψευδή διαβεβαίωσή του ότι σκότωσε τον Χ) η κρατούσα γνώμη υποστηρίζει ότι περιουσιακή ζημία υπάρχει, εφόσον η παροχή είναι θεμιτή και πρόκειται για οικονομική αξία που αποκτήθηκε νόμιμα²⁰⁵. Πράγματι τα χρήματα που καταβάλλονται στον «μπράβο» ανήκουν στην περιουσία εφόσον έχουν αποκτηθεί νόμιμα, έστω και αν το κλοπιμαίο ή

199. Lackner § 263 αρ. 240, Maurach-Schroeder BT I⁶ σ. 418.

200. Σπινέλλης Β' σ. 104, S-S-Cramer § 263 αρ. 149.

201. Σπινέλλης Β' σ. 19, Schünemann στο: Schneider, Verbrechensopfer, σ. 416.

202. SK-Samson § 263 αρ. 118.

203. Πρβλ. Lackner § 263 αρ. 241, S-S-Cramer § 263 αρ. 149, SK-Samson § 263 αρ. 124, BGHSt 4, 373.

204. Πρβλ. Haft, StR BT σ. 200, Krey, BT II⁵ σ. 138.

205. Lackner § 263 αρ. 242, Maurach-Schroeder BT I⁶ σ. 425, RGSt 44, 247, Σπινέλλης Β' σ. 103. Contra: S-S-Cramer § 263 αρ. 150, SK-Samson § 263 αρ. 149.

ο φόνος (σαν «εργασιακή δύναμη») δεν αποτελούν συγκεκριμενοποίηση της περιουσίας (μικτή θεωρία). Η άποψη αυτή, ωστόσο, προσκρούει σε αντιρρήσεις: Αποστολή της έννομης τάξης δεν είναι να προστατεύει όσους στρέφονται εναντίον της και συμβαίνει να βλάπτονται κατ' αυτή τους την ενέργεια²⁰⁶. Η περιουσία, επομένως, νοούμενη και ως σύνολο δυνατοτήτων, διατηρεί το χαρακτήρα της ως έννομου αγαθού μόνο στο μέτρο που δεν περιλαμβάνει παράνομες δυνατότητες²⁰⁷.

206. G e r l o f f, Die Strafbarkeit des Betruges im Rahmen rechts - oder sittenwidriger Geschäfte 1951 σ. 65 επ., RGSt 21, 163 επ.

207. Πρβλ. SK - S a m s o n, § 263 αρ. 149 και παραπάνω σημ. 201. Για το λόγο αυτό δεν χρειάζεται να προσφύγουμε στη λύση ανάγκης του H i l l e n k a m p, Vorsatztat σ. 293, σύμφωνα με την οποία η επιδίωξη σκοπού παράνομου ή ανήθικου καθιστά καταχρηστική την περιουσιακή διάθεση και λειτουργεί ως λόγος μείωσης της ποινής.