

«ΓΛΩΣΣΙΚΟ ΝΟΗΜΑ» ΤΟΥ ΠΟΙΝΙΚΟΥ ΚΑΝΟΝΑ ΚΑΙ «ΑΛΗΘΗΣ ΒΟΥΛΗΣΗ» ΤΟΥ ΙΣΤΟΡΙΚΟΥ ΝΟΜΟΘΕΤΗ. Η ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 263Α ΠΚ

Υπό ΧΡΙΣΤΟΥ Χ. ΜΥΛΩΝΟΠΟΥΛΟΥ
Αναπλ. Καθηγητή Πανεπιστημίου Αθηνών

1. Όπως είναι γνωστό με το άρθρ. 4 παρ. 5 του ν. 1738 της 20.11.1987 αντικαταστάθηκε η παρ. 1 του αρθρ. 1 του ν. 1608/1950 έτσι ώστε οι ποινικές κυρώσεις του τελευταίου να επιβάλλονται και «στον ένοχο των αδικημάτων που προβλέπονται στα άρθρ. 216, 218, 235, 236, 237, 245, 256, 258, 372, 375, 386 και 390 του Ποινικού Κώδικα, εφ' όσον αυτά στρέφονται κατά του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου ή κατά άλλου νομικού προσώπου από εκείνα που αναφέρονται στο άρθρο 263 του Ποινικού Κώδικα...» Με τη διάταξη, πάλι, της παρ. 4 του άρθρ. 4 του ίδιου νόμου 1738/1987 αντικαταστάθηκε το άρθρ. «263α» του Ποινικού Κώδικα έτσι ώστε να συμπεριλάβει και τις φράσεις: «... δ) σε νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου στα οποία κατά τις κείμενες διατάξεις μπορούν να διατεθούν από το Δημόσιο, από νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου ή από τις πύο πάνω τράπεζες επιχορηγήσεις ή χρηματοδοτήσεις». Επειδή η αναφορά του νόμου στο άρθρ. 263 του ΠΚ αντί του άρθρ. 263Α έγινε από παραδρομή, ο νομοθέτης προέβει σε σχετική διόρθωση με το άρθρ. 2 του ν. 1877/9/9-3-1990 που προβλέπει ότι «τα αναφερόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 1608/1950 (ΦΕΚ Α' 84) όπως αντικαταστάθηκε με την παρ. 5 του άρθρου 4 του ν. 1738/1987 (ΦΕΚ Α' 200) άρθρα 245 και 263 του Ποινικού Κώδικα αντικαθίστανται αντίστοιχα με τα άρθρα 242 και 263Α του ίδιου Κώδικα.

2. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι πράξεις απιστίας στρεφόμενες κατά νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου που μπορούν να χρηματοδοτηθούν από το Δημόσιο, από ν.π.δ.δ. ή από Τράπεζες αναφερόμενες στο άρθρ. 263Α ΠΚ και οι οποίες τελέσθηκαν κατά το κρίσιμο διάστημα μεταξύ της αναγραφής του άρθρου 263 ΠΚ και της αντικαταστάσεώς του με το άρθρο 263Α ΠΚ, δηλ. από 20-11-1987 μέχρι και 9-3-1990, έχουν κακουργηματικό μεν χαρακτήρα αν δεχθούμε ότι η παραδρομή δεν έχει καμμία νομική επιρροή, είναι όμως πλημμελήματα αν θέσουμε ως βάση την εκδοχή, ότι πέραν της — έστω σαφώς προκύπτουσας — βουλήσεως του νομοθέτη, προσαπαιτείται ρητή αναγραφή στο νόμο των προϋποθέσεων του αξιοποιίνου.

3. Σχετικά με το ανακύψαν ζήτημα, αν το αξιοποιίνου του άρθρ. 1 παρ. 1 ν. 1608/1950, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρ. 4 παρ. 5 του ν. 1738/1987, καταλαμβάνει και τα διαλαμβανόμενα στο άρθρ. 4 παρ. 4 του ν. 1738/1987 πρόσωπα εξεδόθησαν, όπως επίσης είναι γνωστό, δύο αντιτιθέμενες αποφάσεις του Αρείου Πάγου: Σύμφωνα με την ΑΠ 1606/1988 (ΠΧ ΛΘ' (1989) 477) η αναφορά των άρθρ. 245 και 263 στο κείμενο του άρθρ. 4 παρ. 5 ν. 1738/1987 έγινε από προφανή παραδρομή που

δεν εμποδίζει την εφαρμογή του άρθρ. 242 ΠΚ (αντί του αναγραφέντος 245 και επομένως, αντίστοιχα την εφαρμογή του άρθρ. 263Α αντί του 263), επειδή τα πρώτα και όχι τα δεύτερα εκφράζουν την αληθή βούληση του νομοθέτη. Αντίθετα, σύμφωνα με την ΑΠ 405/1989, ΠΧ ΛΘ' (1989)) 958επ. «τα υπό του άρθρ. 242 παρ. 1,2 και 3 ΠΚ προβλεπόμενα αδικήματα... δεν τιμωρούνται κατά τη διάταξη του άρθρ. 1 ν. 1608/1950 διότι δεν προβλέπονται από τη διάταξη αυτή, όπως αντικαταστάθηκε με τη διάταξη του άρθρ. 4 παρ. 5 ν. 1738/1987».

4. Για την αντιμετώπιση του ζητήματος θα πρέπει εν πρώτοις να διακριβωθεί αν η (διορθωτική) διάταξη του άρθρ. 2 του ν. 1877/1990 ήταν ή όχι αναγκαία. Πράγματι, αν υποθέσουμε ότι με μία παραδεκτή ερμηνευτική μέθοδο η έκφραση: «άρθρ. 263 ΠΚ» του άρθρ. 4 παρ. 5 ν. 1738/1987 μπορεί να νοηθεί (= αναγνωσθεί) ως «άρθρ. 263Α ΠΚ» επειδή τούτο θα ήταν σύμφωνο με την τεκμαιρόμενη αληθή βούληση του συγκεκριμένου ιστορικού νομοθέτη, τότε η *μεταγενέστερη επέμβαση του τελευταίου* (ο οποίος με το ανωτέρω άρθρ. 2 του ν. 1877/9/9-3-1990 ορίζει πλέον ρητά ποιοί ήταν οι ορθοί αριθμοί των άρθρων που αποτελούσαν αντικείμενο της νομοθετικής ρυθμίσεως) *θα ήταν περιττή*. Διότι θα εστερείτο παντελώς νοήματος να ρυθμίσει ο νομοθέτης εκ νέου ένα ζήτημα το οποίο είχε ήδη ρυθμίσει ακριβώς κατά τον ίδιο τρόπο. Η αντίρρηση η οποία θα μπορούσε ενδεχομένως να διατυπωθεί, ότι η μεταγενέστερη επέμβαση αποσκοπούσε στην άρση *αμφιβολιών* ως προς την αληθή βούληση του νομοθέτη, δε μπορεί να ευσταθήσει. Διότι το πρόβλημα δεν είναι *ποιό ήταν το αληθές νόημα* που θέλησε να διατυπώσει ο συγκεκριμένος ιστορικός νομοθέτης (τούτο θεωρείται άλλωστε ως προφανές: ήταν το άρθρ. 263Α αντί του 263, το άρθρο 242 αντί του 245) *αλλά αν το διαγιγνωσκόμενο ως «αληθές»* (αλλά μη διατυπωμένο ρητά) νόημα που «προφανώς» ήθελε να συμπεριλάβει στο κείμενο του νόμου ο νομοθέτης, *μπορεί να απωθήσει το ρητά διατυπωμένο κείμενο του νόμου*.

5. Είναι, βεβαίως, ορθό, ότι ο νομοθέτης μπορεί με ερμηνευτική διάταξη, η οποία ενδεχομένως περιέχει και έναν νομοθετικό ορισμό, να προσδιορίσει ακριβέστερα το νόημα ενός κανόνα, οπότε ο ερμηνευόμενος αυθεντικά κανόνας θεωρείται ότι είχε το διευκρινιζόμενο νόημα από τότε που τέθηκε σε ισχύ. Στην υπό κρίση περίπτωση, όμως δεν πρόκειται περί αυτού. Το άρθρ. 263Α δεν προσδιορίζει ακριβέστερα το άρθρ. 263 ΠΚ αλλά το *αντικαθιστά*, ισχύει αυτό αντί εκείνου. Δεν διευκρινίζει ακριβέστερα ένα υπάρχον νόημα, αλλά ορίζει ότι το νόημα της διάταξης είναι *ριζικά διάφορο* από εκείνο που αρχικά προέκυπτεν από τη λεκτική διατύπωσή της. Τούτο προκύπτει άλλωστε από τη λεκτική διατύπωση του άρθρου 2 ν. 1877/90 («αντικαθίσταται»). Αν εξ άλλου, ο νομοθέτης είχε κρίνει ότι αρκούσε η διευκρίνιση του αρχικού κειμένου, δηλ. του άρθρ. 4 παρ. 5 ν. 1738/1987, δε θα προέβαινε σε θέσπιση νέου νόμου αλλά θα προέβαινε σε «*διόρθωση ημαρτημένων*» κατά την προβλεπόμενη από το νόμο διαδικασία, στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

6. Ερωτάται, επομένως, αν το αρχικό κείμενο της διατάξεως της παρ. 5 του άρθρ. 4 του ν. 1738/1987 μπορεί να *ερμηνευθεί παραδεκτώς* κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να θεωρηθεί, ότι αναφερόταν εξ υπαρχής στο άρθρ. 263Α και όχι στο άρθρ. 263 ΠΚ. Πιό συγκεκριμένα, ερωτάται αν θα ήταν δυνατό να υποστηριχθεί τούτο υπό το κράτος της ακραίας υποκειμενικής ερμηνείας, σύμφωνα με την οποία ως βάση τίθεται το βούλημα (σκοπός) του συγκεκριμένου ιστορικού *νομοθέτη*. Μπορεί δηλ. η

βούληση του νομοθέτη να θεωρηθεί ότι υπερισχύει του γράμματος του νόμου; Υπερισχύει η υποκειμενική ερμηνεία της γραμματικής;

7. Κατά την συντριπτικά επικρατούσα στο ποινικό δίκαιο και ορθή γνώμη, το «δυνατό γλωσσικό νόημα» (möglicher Wortsinn) του ποινικού κανόνα πρέπει να θεωρηθεί ως το *απώτατο* όριο της ερμηνείας (Ανδρουλάκη, Ποινικόν Δίκαιον, Γεν. Μ. τ. Α', σελ. 116, Jescheck Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 4η έκδ. παρ. 19IV 5, BGHSt 4, 144 (148), 26, 95 (96), Engisch, Einführung in das Juristische Denken, 5η έκδ. σελ. 73 επ., Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3η έκδ. σελ. 309, Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht σελ. 146 επ. Αυστηρότερη άποψη μνημονεύουν οι Merle-Vitu, Traité de droit criminel, Tome I 4η έκδ. 1981, σύμφωνα με την οποία «la lettre de la loi constitue une frontière que l'interprète ne doit pas franchir sans raison grave» (σελ. 237) μέχρι σημείου που «la méthode littérale s'attache essentiellement à la lettre de la loi et la fait prédominer sur l'esprit de la loi» (236), βλ. επίσης Rudolphi, Systematischer Kommentar zum StGB, παρ. 1 αρ. 29, Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2η έκδ. 1973 σελ. 15 σημ. 41, Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, σελ. 135 επ. 138, πρβλ. Χωραρά ΠΔ γεν. ΜΓ. 9η έκδ. (1978) σελ. 60: «Ως αφετηρία εν πρώτοις τίθεται η γραμματική ερμηνεία»). Το γράμμα του ποινικού νόμου επομένως «χαράσσει και τα όρια των ερμηνευτικών δυνατοτήτων» έτσι ώστε λόγος για ερμηνεία μπορεί να γίνει μόνον μέχρι του σημείου που κινούμεθα στο απώτατο όριο του γλωσσικού νοήματος του νόμου, ενώ αντίθετα, όταν υπερβαίνουμε τα όρια αυτά τότε το προκύπτον νόημα δεν καλύπτεται από το γράμμα του νόμου και επομένως το σχετικό πνευματικό ενέργημα δεν είναι πλέον ερμηνεία αλλά κάτι άλλο, και συγκεκριμένα μεταβολή του νοήματος (βλ. σχετικά Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 3η έκδ. Berlin Heidelberg 1975 σελ. 309 επ.).

Η χάραξη του ανωτέρω ορίου είναι απαραίτητη, διότι χωρίς αυτήν η εγγυητική λειτουργία του ποινικού δικαίου καθίσταται λόγος κενός χωρίς ουσιαστικό περιεχόμενο (Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2η έκδ. 1973 σελ. 49). Πράγματι, εφόσον η αρχή της νομιμότητας των εγκλημάτων και των ποινών θεμελιώνεται στην αρχή της διακρίσεως των εξουσιών, αποβλέπει στην παρεμπόδιση του δικαστή να υποκαταστήσει το νομοθέτη διαπλάθοντας δίκαιο πέραν του τεθειμένου. Έτσι η θεώρηση του *γλωσσικού νοήματος ως απωτάτου ορίου* της ερμηνείας χρησιμεύει στη διασφάλιση και κατίσχυση της αρχής της νομιμότητας, υπό την έννοια ότι θέτει ένα πλαίσιο ρύθμισης, ένα minimum νοήματος που να μπορεί να θεωρηθεί κατά τρόπο αναμφισβήτητο ότι προβλέπεται από το νόμο (Roxin, Strafrecht, Allg. Teil, Bd 1 (1992) σελ. 75 επ.). Αν η ερμηνεία της διατάξεως οδηγεί σε σαφή συμπεράσματα, η τυχόν αποκλίνουσα βούληση του νομοθέτη ουδόλως μπορεί να ληφθεί υπόψη (BGHSt 1, 76, ομοίως Rudolphi, Systematischer Kommentar zum StGB Bd I Allgemeiner Teil 4η έκδ. 1986 παρ. 1 αρ. 34).

8. Το νομικό ζήτημα που μας απασχολεί εδώ δεν είναι νέο. Η *δυνατότητα ν' αποβλέψουμε αποκλειστικά στο νόημα της ρύθμισης* χωρίς να δεσμευόμαστε από το γράμμα του κανόνα έχει ήδη αποτελέσει αντικείμενο σχετικού προβληματισμού στην Ελβετία (βλ. Oskar Adolf Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2η έκδ. 1967, ο οποίος στην σελ. 104 σημειώνει: «υψηλότερα από το γράμμα του νόμου» βρίσκεται το νόημα και ο σκοπός του. Τούτο ισχύει και για το ποινικό

δίκαιο»), στην *Αυστρία* (βλ. *Höpfel*, JurBl 1979, 505επ.) και στη *Γερμανία* (βλ. *Zimmermann*, GA 1955, 336επ., 339 ο *ίδιος* NJW 1956, σελ. 1262επ.). Βεβαίως, ακόμη και οι ανωτέρω συγγραφείς, ουδόλως αποδέχθηκαν μια διαπλαστική του ποινικού δικαίου ερμηνεία, ουδόλως δέχονται δηλ. ότι ο σκοπός και το αληθές νόημα του νόμου επιτρέπουν στον ερμηνευτή να διασπάσει το γλωσσικό νόημα και να καταλήξει στη διαμόρφωση νέου κανόνα, αντιτιθέμενου στη ρητή διατύπωση του υπάρχοντος (*Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Berlin 1983, σελ. 71, σημ. 64). Αντιθέτως η συντριπτικά κρατούσα γνώμη δέχεται ότι «σε περίπτωση διάστασης μεταξύ της διατυπωμένης και της σύμφωνης με το νόημα του κανόνα ρύθμισης, η τελευταία ακριβώς δεν είναι ρητά διατυπωμένη όπως απαιτεί η αρχή της νομιμότητας. Ένα νόημα κανόνος που προκύπτει μόνον από τα συμφραζόμενα ή κατά παρόμοιο τρόπο δεν είναι το νόημα μιας *lex scripta*» (*Jakobs*, op. cit. σελ. 71, *Jost*, Zum Analogieverbot im Strafrecht SchwZStR 65 (1950) σελ. 358 επ., 369).

Έτσι «σε περίπτωση σύγκρουσης της γραμματικής με την ιστορική ερμηνεία, το νόημα και ο σκοπός του (ποινικού) νόμου υπερισχύουν μόνον κατά το μέτρο που τούτο βρίσκεται στα όρια της δυνατής γλωσσικής ερμηνείας: «αυτό είναι το απώτατο όριο κάθε επιτρεπτής ερμηνείας» (*Maurach - Zipf* Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 7η έκδ. 1987, σελ. 116, BGHSt 10, 375, Tröndle, GA 1973, 291επ., *Krey* Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem, JZ 68, 361, 428, 465, ο *ίδιος*, Blau-Festschr. (1985) 134).

Κατά συνέπεια η διάσπαση του γλωσσικού νοήματος του κανόνα προκειμένου να συναγάγουμε νόημα διάφορο μεν εκείνου που πράγματι διατύπωσεν ο νομοθέτης, αλλά σύμφωνο με εκείνο που επεδίωκε να διατυπώσει, συνιστά αλλοίωση του γράμματος του νόμου βάσει της «ιστορικής αληθούς νομοθετικής βουλήσεως». Στην περίπτωση αυτή και μεν «δεν ισχύει ό,τι είπεν ο νομοθέτης, εφ' όσον δεν ήθελε να το πεί, αλλά δεν ισχύει και ό,τι ήθελε να πεί, αφού δεν το είπε!» (*Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, τόμος 1, 7η έκδ. (1891) παρ. 21 σημ. 10).

Κατά συνέπεια ουδεμία ερμηνεία υπερβαίνουσα το γλωσσικό νόημα του κανόνα είναι παραδεκτή, ως τέτοιο δε ορίζεται εκείνο που είναι κατανοητό και προσιτό όχι μόνο στους ειδήμονες (δικαστές και λοιπούς νομικούς) αλλά στους εν γένει αποδέκτες των πρωτευόντων κανόνων, δηλ. στο κοινωνικό σύνολο. Διότι αλλιώς οι κανόνες του ποινικού δικαίου θα ήσαν εκτεθειμένοι στην «μομφή της ανεντιμότητος», θα προσελάμβαναν «μυστικιστικό χαρακτήρα» και θα δημιουργούσαν στους κοινωνούς του δικαίου την υποψία ότι οι περί το ποινικό δίκαιο ασχολούμενοι εργάζονται «με τεχνάσματα και πονηριές» (*Baumann / Weber*, Strafrecht, 9. Aufl., Bielefeld 1985, σελ. 157). Όπως δε επισημαίνουν οι ίδιοι συγγραφείς, «αποφάσεις που εξαντλούν το έσχατο όριο του γλωσσικού νοήματος και οι οποίες ερμηνεύουν τις έννοιες κατά τέτοιο τρόπο, ώστε αυτές μόνο με μεγάλη δυσκολία να προκύπτουν από την αντικειμενική υπόσταση, μπορεί μεν in concreto να οδηγούν σε δίκαιη τιμώρηση μιας πράξης αξίας ποινικού κολασμού, για το σύνολο όμως είναι βλαπτικές» (*Baumann / Weber* loc. cit., πρβλ. *H. Mayer*, JZ 62, 617, *Noll, ZStW* 76, 709, *F.C. Schroeder*, JuS 82, 491). Κατά μείζονα λόγο στην περίπτωση που υπερβαίνουμε το γλωσσικό νόημα του κανόνα για να επιβάλουμε ποινή βάσει του υποτιθέμενου «αληθούς» και «ηθελμένου» νοήματος, υπάρχει σαφώς επιβολή ποινής χωρίς νόμο.

Στο σημείο αυτό αξίζει να θυμηθούμε τους (διατυπωμένους σε παραπλήσια αλλη-

λουχία) λόγους του *Χωραφά*: «αν ο νομοθέτης δεν κατορθώνει να εκφρασθεί — ίσως λόγω φόρτου εργασίας — αρκούντως σαφώς, δεν είναι έργον του δικαστή να καταδωρίζει εισιτήριο δια τας φυλακάς» (*Χωραφάς* ΠΔ γεν. Μ 9η έκδ. (υπό Κ. Σταμάτη) 1978 σελ. 65). Όπως δε τονίζουν οι *Merle* και *Vitu* «La lettre reste l' important et, s' il y a contradiction entre ce qu' a voulu le legislateur et ce qu' il a dit, le texte de la loi fait seul foi» (*Merle - Vitu*, *Traité* I 4η έκδ. (1981) σελ. 236).

9. Η αποδοχή της αντίθετης άποψης, εξ άλλου, βαρύνεται με πρόσθετα σοβαρά μειονεκτήματα: Ευχερώς μπορεί κανείς να αντιληφθεί σε ποιά απαράδεκτα αλλά και επικίνδυνα αποτελέσματα για το κράτος δικαίου και τις ατομικές ελευθερίες θα μπορούσε να οδηγήσει μια τέτοια αντίληψη περί της εφαρμογής των κανόνων του ποινικού δικαίου. Τα όρια μεταξύ «προφανούς» και «ολιγότερον προφανούς» νοήματος είναι τόσο ρευστά, ώστε θα διανοιγόταν πύλη για *αυθαίρετη* και αυταρχική εφαρμογή του δικαίου στον πλέον ευαίσθητο για τις ατομικές ελευθερίες χώρο. Αν το γράμμα του νόμου έπαυε να είναι φραγμός, δεν θα υπήρχε πλέον κανένας περιορισμός για την ανεύρεση του «ορθού» νοήματος του νόμου κατά το δοκούν και θα οδηγούμασταν σε κατάργηση της αρχής *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, πράγμα που είναι αντίθετο όχι μόνο προς τον Π.Κ. αλλά και προς το Σύνταγμα (άρθρ. 7 παρ. 1). Συνέπεια τούτου θα ήταν το «δίκαιο του νόμου» (*Gesetzesrecht*) να υποκατασταθεί από το «δίκαιο των δικαστών» (*Richterrecht*) με κατάφωρη παραβίαση της αρχής της διακρίσεως των κρατικών λειτουργιών (πρβλ. *Maurach - Zipf*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1*, 7η έκδ. 1987 σελ. 11/112).

10. Κατά συνέπεια, η τυχόν αποδοχή της άποψης, ότι κατά το μεταξύ 20-11-1987 έως και 9-3-1990 διάστημα ίσχυε ως στοιχείο κανόνα δικαίου, ο αριθμός 263Α αντί του ρητά αναγραφμένου 263 δεν μπορεί να στηρίζεται σε ερμηνεία — ούτε και στην πλέον ακραία ιστορική — υποκειμενική, αφού, όπως ειπώθηκεν, η ερμηνεία δεν μπορεί να υπερβαίνει τα απώτατα όρια του γλωσσικού νοήματος του κανόνα. Ερωτάται, επομένως αν εγκύρως μπορεί να υποστηριχθεί, ότι η υποτιθέμενη (ή τεκμαιρόμενη) ως *αληθής* βούληση του ιστορικού νομοθέτη *απαρτίζει* (συνιστά) το νόημα του νόμου και αν το τελευταίο παραμένει ισχυρό παρά την μη επικάλυψή του από τη λεκτική διατύπωσή του.

Ερωτάται, δηλ. αν η αναζήτηση της «αληθούς» βουλήσεως του ιστορικού νομοθέτη επιτρέπεται να φθάνει μέχρις *αλλοιώσεως* του γράμματος του νόμου έτσι ώστε η ρύθμιση να είναι εκείνη που προκύπτει από το γράμμα του νόμου. Εφόσον δε, όπως προαναφέρθηκε, αυτή η διάσπαση / υπέρβαση του γλωσσικού νοήματος δε μπορεί να γίνει με *ερμηνεία*, ερωτάται κατά ποιο άλλο τρόπο μπορεί να γίνει.

11. Εν πρώτοις πρέπει να παρατηρηθεί ότι η τυχόν θεώρηση της εφαρμογής του άρθρ. 263Α αντί του εκ παραδρομής αναγραφέντος 263 δε μπορεί να συνιστά *αναλογία*. Διότι περί αναλογίας πρόκειται όταν μία ρητή διάταξη που ρυθμίζει ορισμένο θέμα εφαρμόζεται, ελλείψει ειδικής ρητής διατάξεως και σε περιπτώσεις *αξιολογικά ανάλογες*, μη καλυπτόμενες μεν από το γράμμα της υπάρχουσας ή άλλης διάταξης (= μη ρυθμιζόμενες ρητά απο το νόμο) αλλά πάντως από τη *ratio* της αναλογικά εφαρμοζόμενης. Η αναλογία, επομένως, προϋποθέτει μίαν αξιολογικήν ομοιότητα μεταξύ ρυθμισμένης και αρρυθμιστής περίπτωσης (πρβλ. *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3η έκδ. (1975) σελ. 366: «τα συγκρινόμενα πραγματικά θα πρέπει να εναρμονίζονται κατά τις κρίσιμες για τη νομική αξιολόγηση επόψεις

των». Πρβλ. ακόμη *Μυλωνόπουλου*, Η κατ' έγκληση δίωξη της κακουργηματικής απάτης και η «αντίστοιχη εφαρμογή» του άρθρ. 378 ΠΚ, ΠΧ ΜΒ' (1992) σελ. 1005 επ.) Κάτι τέτοιο όμως δε συμβαίνει εν προκειμένω. Διότι από απλή ανάγνωση των άρθρ. 263 και 263Α ΠΚ προκύπτει ότι αυτά αναφέρονται σε διαφορετικά θέματα, για τα οποία δε δύναται να λεχθεί ότι τελούν σε αξιολογική ομοιότητα έτσι ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ως υποστηρίξιμο ότι η ratio του άρθρ. 263 καλύπτει τις περιπτώσεις του άρθρ. 263Α. Κατά συνέπεια δε μπορεί να υποστηριχθεί ότι εδώ συντρέχει περίπτωση *αναλογίας*, ώστε κατ' αυτόν τον 10. τρόπο να αποκρουσθεί η εφαρμογή του άρθρ. 263 Α αντί του αναγραφέντος 263, αφού η αναλογία στο ποινικό δίκαιο απαγορεύεται.

12. Είναι επίσης ορθό, ότι σε πολλές περιπτώσεις γίνεται λόγος για ερμηνευτικές δυνατότητες κινούμενες στα όρια του γλωσσικού νοήματος του κανόνα λόγω των ασαφών ορίων της ερμηνευτέας έννοιας. Έτσι είναι δυνατόν να γίνει μια εντός των ορίων του γλωσσικού νοήματος αναλογική ερμηνεία διατάξεως (innerbegriffliche Analogie: *Androulakis*, Studien zur Problematik der unechter Unterlassungsdelikte, München 1963 σελ. 169 επ., *Rudolphi*, SK AT § 1 αρ. 26). Οι περιπτώσεις αυτές δε συνιστούν απαγορευμένη στο ποινικό δίκαιο αναλογία αλλά *ερμηνεία*, ακριβώς επειδή δεν υπάρχει υπέρβαση του γλωσσικού νοήματος του κανόνα. Η εν λόγω ερμηνευτική δυνατότητα, ωστόσο, έχει χρησιμότητα όταν πρόκειται για έννοιες οι οποίες, πέραν ενός αναμφισβήτητου εννοιολογικού πυρήνος (Begriffskern) έχουν και έναν εννοιολογικό περίγυρο (Begriffshof) με ρευστά όρια. Τούτο όμως συμβαίνει μόνον όταν πρόκειται για τις παλαιότερα λεγόμενες «έννοιες τύπου» («Typusbegriffe») ή (σήμερα) «έννοιες τύπου ταξινομικής μορφής» («Typusbegriffe der klassifizierenden Form»), δηλ. για έννοιες των οποίων το πλάτος δεν είναι επακριβώς προσδιορίσιμο (βλ. σχετικά *Hassemer*, Tatbestand und Typus, Köln 1968, *Kuhlen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, Berlin 1978, *Strache* Das Denken in Standards, Berlin 1968, *Ott*, Die Problematik der Typologie im Gesellschaftsrecht, Bern 1972).

Ακριβώς όμως για την αντίθετη περίπτωση πρόκειται στο υπό κρίση ζήτημα. Οι *αριθμοί* (όπως «263», «263Α», «242», «245» κλπ) συνιστούν χαρακτηριστικές και αναμφισβήτητες περιπτώσεις σαφούς και πέραν από κάθε αμφιβολία προσδιορίσιμου πλάτους ή εκτάσεως (extensio). Πρόκειται δηλ. για *ταξινομικές έννοιες* (klassifikatorische Begriffe) οι οποίες είτε συντρέχουν είτε δεν συντρέχουν και των οποίων η συνδρομή διαπιστώνεται ευχερώς επειδή έχουν σαφή όρια (βλ. *Stegmüller*, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie I (1969), τ. II (1970), *Sapir*, Grading, a Study in Semantics σε: Philosophy of Science, τ. 11 (1944) 94 επ., *Otte*, Komparative Sätze im Recht, σε: JR τ. 2, Düsseldorf 1972, σελ. 301 επ., *Ströcker*, Einführung in die Wissenschaftstheorie. Darmstadt 1973).

13. Τέλος έχει υποστηριχθεί η άποψη, ότι το δυνατό γλωσσικό νόημα του κανόνα μπορεί να παροραθεί όταν πρόκειται για *συντακτικό λάθος* («Redaktionsfehler»), δηλ. για λάθος κατά τη σύνταξη του κειμένου του νόμου (*Jeschek* op. cit. παρ. 17 IV 5). Τούτο συμβαίνει κατά την άποψη αυτή, όταν ο νομοθέτης εκφράσθηκε στενότερα από όσο προδήλως ήθελε. [«lex minus dixit quam voluit», πρβλ. BGHSt 1, 47 (49επ.), 6, 394 (396)]. Η άποψη αυτή ωστόσο, σύμφωνα με την οποία ο ερμηνευτής μπορεί να προβεί σε «*διόρθωση*» των επουσιωδών συντακτικών σφαλμάτων μολονό-

τι θεωρείται γόνιμη σε άλλες περιοχές του δικαίου, π.χ. κατ' εξοχήν στο αστικό (βλ. προσφάτως *Jahr*, *Redaktionsversehen* σε: *Arthur Kaufmann-Festschr.*, 1993, σελ. 141 επ.) ειδικά στο ποινικό δίκαιο πρέπει ν' αντιμετωπίζεται με ιδιαίτερη περίσκεψη, διότι ευρίσκεται σε επικίνδυνη εγγύτητα προς την γενικώς αποδοκιμαζόμενη θέση, ότι το γράμμα του νόμου δεν αποτελεί το έσχατο όριο ερμηνείας (*Jeschek* loc. cit.).

14. Στην υπό κρίση περίπτωση πρόκειται επομένως για ένα ζήτημα διορθώσεως του κειμένου του νόμου. Η «ανάγνωση» του άρθρ. «263» ως «263Α» συνιστά μια υπερτείνουσα την ερμηνεία διόρθωση του γράμματος του νόμου σύμφωνα με τον αντικειμενικά διαγνώσιμο «σκοπό προστασίας» που επεδίωκεν ο νομοθέτης. Διορθώσεις του γράμματος του νόμου όπως αυτή συνιστούν «τελεολογική διαστολή» του γράμματος του νόμου («teleologische Extension» βλ.: *Larenz*, op. cit. σελ. 321) και υπάγονται εννοιολογικά στην λεγόμενη «περαιτέρω διάπλαση του δικαίου» (*juristische Rechtsfortbildung*) εκ μέρους του δικαστή, η οποία θεωρείται επιτρεπτή σε ορισμένους κλάδους του δικαίου προς κάλυψη κενών. Στην περίπτωση αυτή πρόκειται για υπέρβαση του γλωσσικού νοήματος του κανόνα του οποίου η εφαρμογή παύει πλέον να στηρίζεται στο νόμο αλλά βρίσκεται εν τούτοις σε αρμονία με την καθόλου έννομη τάξη, γίνεται δηλ. *extra legem sed intra jus* (*Larenz*, op. cit. σελ. 350 επ., 348 επ., 402). Η ανωτέρω μέθοδος εφαρμογής του δικαίου, όμως, όπως είναι προφανές, απομακρύνεται ακόμη περισσότερο από το γράμμα του νόμου απ' ό,τι η αναλογία. Γι' αυτό και είναι προφανώς απαράδεκτη στο ποινικό δίκαιο, αφού παραβιάζει κατά μείζονα λόγο την αρχή της νομιμότητας των εγκλημάτων και των ποινών.

15. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η διάταξη του άρθρ. 2 του ν. 1877/1990 που αντικατέστησε το άρθρ. 263 (το οποίο αναφερόταν στην παρ. 5 του άρθρ. 4 του ν. 1738/1987) με το άρθρο 263Α του Ποινικού Κώδικα συνιστά νέο νόμο ο οποίος, εφόσον θεμελιώνει το αξιόποino, ισχύει μόνον δια το μέλλον, μη δυνάμενος να έχει αναδρομική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρ. 7 παρ. 1 του Συντάγματος και το άρθρ. 1 του ΠΚ. Η άποψη, επομένως, ότι το αρχικό κείμενο της διατάξεως του άρθρ. 4 παρ. 5 ν. 1738/1987 πρέπει να εφαρμοστεί κατά τέτοιο τρόπον, ώστε να θεωρηθεί ότι περιλαμβάνει εξ υπαρχής το άρθρ. 263Α συνιστά «περαιτέρω διάπλαση του δικαίου» και δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή εφόσον πρόκειται για ποινική διάταξη.