

We had the experience but missed the meaning

T. S. Eliot

The Four Quartets

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Την προκείμενη δεύτερη έκδοση –και συγχρόνως εκτεταμένη ανάπλαση- του «Γενικού Μέρους» του ποινικού δικαίου κατέστησε επιβεβλημένη η θέσπιση του ποινικού κώδικα του 2019. Τα πολυάριθμα –αν και όχι πάντοτε προφανή- ζητήματα που συνδέονται με την ερμηνεία και την εφαρμογή του, ανέδειξαν την ανάγκη μιας συμπαγούς και συνεκτικής επεξεργασίας των νέων διατάξεων, τόσο αυτοτελώς όσο και σε συσχετισμό με τις διατηρηθείσες από τον προϊσχύσαντα. Η προσπάθεια αυτή επιχειρήθηκε με επίγνωση του ότι ένας ποινικός κώδικας, ως πνευματικό οικοδόμημα με φιλοδοξία μακράς πνοής, οφείλει όχι μόνον να ανταποκρίνεται στις αξίες της κοινωνίας, την πολιτιστική φυσιογνωμία της οποίας συμπροσδιορίζει, αλλά και να ικανοποιεί ορισμένα ελάχιστα προαπαιτούμενα συνοχής και ενδοσυστηματικής συνέπειας, χωρίς να αυτοπεριορίζεται σε διαχειριστικές λογικές εργαλειακού χαρακτήρα ή να βαρύνεται με θεωρητικές εμμονές. Πέραν τούτου, η εκπόνηση μιας συστηματικής επεξεργασίας της σχετικής ύλης είναι απαραίτητη και εν όψει του ενδημούντος χάσματος μεταξύ θεωρίας και πράξης καθώς και της συχνά παρατηρούμενης ερμηνευτικής αδράνειας, η οποία έχει ως αποτέλεσμα, απόψεις παγιωμένες στη διεθνή επιστήμη να θεωρούνται στη χώρα μας περίπου ως αιρετικές. Διατηρώ την ελπίδα ότι το παρόν πόνημα θα συμβάλει, ώστε η εφαρμογή του ποινικού δικαίου να θεμελιώνεται όχι στη μηχανιστική επανάληψη απλουστευτικών ερμηνειών αλλά στη δημιουργική κατανόηση των σχετικών διατάξεων με βάση τον ορθό λόγο.

Από τη θέση αυτή θα ήθελα να ευχαριστήσω τους συναδέλφους κκ. Κωνσταντίνο Δερμιτζάκη, Ιάκωβο Μάμαλη και Δάφνη Σκανδάλη για την πολύτιμη συμβολή τους στη διόρθωση των δοκιμίων και την κατάρτιση των πινάκων, καθώς και την κυρία Διαμάντω Χαλβατζόγλου για την άρτια και επαγγελματική επιμέλεια της φωτοστοιχειοθεσίας.

Αθήνα, 6 Οκτωβρίου 2020

X.X.M.

§ 1. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Βιβλιογραφία: Ανδρουλάκη, Η ποινική δογματική και η απήχρησή της στην πράξη 50 χρόνια μετά (ένα παράδειγμα), ΠΧ ΝΒ (2002) 289, Βούλγαρη, Η συστηματική και διαχρονική υποβάθμιση της ποινικής καταστολής και ο νέος Ποινικός Κώδικας, ΠοινΔικ 2019, 783, Γιαννίδη, Η χρησιμότητα και η επάρκεια της δογματικής του ποινικού δικαίου στο κατώφλι του 21^{ου} αιώνα, ΠΧ ΝΒ (2002) 580, Δημητράτου, Ένομο αγαθό και διδασκαλία περί εγκλήματος στο ποινικό δίκαιο, 1998, του ίδιου, Αρχή της αναλογικότητας και επιβολή ποινικών κυρώσεων στην ελληνική έννομη τάξη, ΝοΒ 55 (2007) 43 επ., του ίδιου, Ποινικό Δίκαιο και Ηθική, ΠΧ ΞΑ (2011) 12, Hilgendorf, Η αναγέννηση της Θεωρίας του Δικαίου, ΠοινΔικ 2012, 775, Καϊάφα-Γκμπάντι, Βασικές αρχές του κράτους δικαίου, ο νέος ΠΚ και οι τροποποιήσεις του, ΠΧ Ο (2020), 161 επ., της ίδιας, Το ποινικό δίκαιο στην εποχή της προϊούσας παγκοσμιοποίησης: θεμελιώδεις προβληματικές σε μια συγκριτική θεώρηση του αμερικανικού και του ενωσιακού ποινικού δικαίου, σε: Μυλωνόπουλου (επιμ.), Διεθνές Ποινικό Δίκαιο και Σύγχρονη Πραγματικότητα – Προκλήσεις και Προοπτικές, 2017, σ. 101, Μ. Καϊάφα-Γκμπάντι/Θ. Παπακυριάκου, Στοιχεία Ενωσιακού Ποινικού Δικαίου, 2η έκδ., 2019, Μαγκάκη, Ο ρόλος του Ποινικού Δικαίου στο πλαίσιο του σύγχρονου κόσμου της τεχνολογίας, ΠΧ ΝΗ (2008) 769, Μαργαρίτη, Λ., Σημεία επαφής πειθαρχικού και ποινικού δικαίου. Έρευνες ελεγκτικών οργάνων και ποινική διαδικασία, ΠοινΔνη 2019, 704 επ., 812 επ., Μπενάκη-Ψαρούδα, Προβλήματα της Ποινικής Δικαιοσύνης στην Ελλάδα και οι νέοι Ποινικοί Κώδικες, ΠΧ Ο' (2020), σ. 3 επ., Μπιτζιλέκη, Η ηθική νομιμοποίηση του ποινικού δικαίου, ΤιμΤ Ανδρουλάκη (2003) 411 επ., του ίδιου, Το τιμωρητικό και το φιλελεύθερο στοιχείο στο ποινικό δίκαιο, ΠΧ ΝΑ (2001) 289, του ίδιου, Η κατανομή του ρυθμιστικού πεδίου μεταξύ ποινικού νομοθέτη και δικαστή, ΠΧ ΞΘ (2019) 642, Μυλωνόπουλου, Ο Ποινικός Κώδικας ανάμεσα στο παρόν και το μέλλον. Απολογισμός και προοπτικές, ΠοινΛογ 2002, 5, του ίδιου, Η ανάγκη μιας γενικής θεωρίας ποινικού δικαίου για την διαμόρφωση αποτελεσματικών και δίκαιων διεθνών ποινικών κανόνων, ΠΧ ΞΖ (2017) 401, του ίδιου, Το Ευρωπαϊκό Ποινικό Δίκαιο μετά τη Συνθήκη της Λισαβόνας. Η ουσιαστική νομιμοποίηση του Ευρωπαϊκού Ποινικού Δικαίου και η σημασία της ποινικής δογματικής για τη διαμόρφωσή του, ΠΧ ΞΑ (2011) 81, Παπαδαμάκη, Ζητήματα της αρχής της αναλογικότητας στην ποινική δίκη, ΠοινΔικ 2019, 281, Neumann, Έχει μέλλον η θεωρία του ποινικού δικαίου; Υπερ 2000, 129, Roxin, Έχει το ποινικό δίκαιο μέλλον; ΠΧ ΜΗ (1998) 705, Schönemann, Μπορεί η ποινή να είναι δίκαιη; ΠΧ ΞΓ (2013) 161, Ποινή Ισόβιας κάθειρξης, ΕΔΔΑ απόφ. της 26.4.2016 [παρατ. Ε. Τσιάκα], ΠοινΔικ 2017, 582, Χαραλαμπίκη, Διαχρονικά και επίκαιρα προβλήματα του ποινικού δικαίου, ΠοινΛογ 2002, 11.

Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, Cancio Melia, Feind "strafrecht"? ZStW 117 (2005) 267, Androulakis, Abschied vom Rechtsgut-Einzug der Moralität? σε: Hassemer Festschr., Heidelberg 2010, σ. 271 επ., Duttge, Strafbarkeit des Geschwisterinzests aufgrund „eugenischer Gesichtspunkte“? σε: Strafrecht als Scientia Universalis, Roxin Festschr., II Bd. 2 (2011), σ. 227 επ., Feinberg, The Moral Limits of the Criminal Law (1984-1988), Hassemer, Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter der Verfassung, ΤιμΤ Ανδρουλάκη, 2003, 222, Heinrich, Strafrecht als Rechtsgüterschutz-ein Auslaufenmodell? Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas, σε: Strafrecht als Scientia Universalis, Roxin Festschr., II Bd. 2 (2011), σ. 131 επ., A. v. Hirsch, Proportionality of sentence and the role of previous convictions, , σε: Festschr. für Imme Roxin, Heidelberg 2011, σ. 149 επ., του ίδιου, Ein grundrechtliches Verbot exzessiver Strafen? Versuch einer Begründung, σε: Hassemer Festschr., Heidelberg 2010, σ. 373 επ., Hörnle, Zwecke und Rechtfertigung staatlicher Strafe σε: Saliger (Hrsg.), Festschrift für Ulfrid Neumann, Heidelberg 2017, σ. 593, Honderich, Punishment. The supposed Justifications, revised ed. 1984, Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983, Kaiyafa-Gbandi, Das (materielle) Strafrecht in der Ära zunehmender Globalisierung: fundamentale Probleme im Vergleich zwischen dem US-amerikanischen und dem Unions-Strafrecht, σε: Saliger (Hrsg.), Festschrift für Ulfrid Neumann, Heidelberg 2017, σ. 627, Kühl, Das Unrecht als Kern des Strafrechts, σε: Esser-Günther-Jäger-Mylonopoulos-Öztürk (Hrsg.), Festschrift f. Hans-Heiner Kühne, Heidelberg 2013, σ. 15 επ., Lacey, State Punishment. Political Principles and Community Values, 1988, Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, Lee, Law and Morals. Warnock, Gillick and beyond, 1986, Marx, Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut", 1972, Mir Puig, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts, σε: Hassemer Festschr., Heidelberg 2010, σ. 521 επ., Müller-Dietz, Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierunggebote, Dreher - Festschrift (1975),

§ 1. Εισαγωγή

σελ. 97 επ., Noll, Die ethische Begründung der Strafe. Recht und Staat, 1962, Papageorgiou, Schaden und Strafe. Auf dem Weg zu einer Theorie der strafrechtlichen Moralität, 1994, Robbers, Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, 1987, Seelmann, Verzicht auf Strafe, σε: Saliger (Hrsg.), Festschrift für Ulfrid Neumann, Heidelberg 2017, σ. 715, Sina, Die Dogmengeschichtliche Entwicklung des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", 1962, Schünemann, Versuch über die Begriffe von Verbrechen und Strafe, Rechtsgut und Deliktsstruktur, σε: Saliger (Hrsg.), Festschrift für Ulfrid Neumann, Heidelberg 2017, σ. 701, Urmson, The Interpretation of the Moral Philosophy of J.S. Mill, The Philosophical Quarterly, 1953, 3, Weinreb, Natural Law and Justice, 1987.

I. Το ποινικό δίκαιο ως τμήμα του δικαίου και ως ρυθμιστικός παράγων της κοινωνικής ζωής

Το ποινικό δίκαιο: από τους πλέον ζωντανούς κλάδους του δικαίου. Με αντικείμενό του το έγκλημα, οριακό φαινόμενο της κοινωνικής ζωής, συνδεδεμένο με ανθρώπινα πάθη, εντάσεις και ανυπέρβλητα διλήμματα, το ποινικό δίκαιο αναδεικνύει την έννοια της επιείκειας και τη σπουδαιότητα των ατομικών ελευθεριών, διαφυλάσσει την αξία του ανθρώπου και τις αρχές του κράτους δικαίου, επικοινωνεί με τις θεμελιώδεις έννοιες που προάγουν τον πολιτισμό, υπενθυμίζει τη σημασία της νηφαλιότητας αντί της αγοραίας αντίδρασης και αποβλέπει στην πραγμάτωση έλλογης δικαιοσύνης σε πνεύμα δημοκρατίας, με γνώμονα τον Άνθρωπο του πλατωνικού Πρωταγόρα και την αντίληψη: homo sum; nihil humanum a me alienum puto¹.

1. Το ποινικό δίκαιο και οι συγγενείς αυτού κλάδοι

Ποινικό δίκαιο είναι ο κλάδος εκείνος του δικαίου, που ορίζει τις προϋποθέσεις, υπό τις οποίες η Πολιτεία επιβάλλει ποινικές κυρώσεις, δηλ. ποινές και μέτρα ασφαλείας. Από το σύνολο των κανόνων του, εκείνοι που καθορίζουν τα στοιχεία των αξιοποιώνων πράξεων και τις ποινικές κυρώσεις που αντιστοιχούν σ' αυτές, απαρτίζουν το κυρίως ή ουσιαστικό ποινικό δίκαιο. Εκείνοι δε που προβλέπουν τη διαδικασία εφαρμογής των ουσιαστικών κανόνων αποτελούν το δικονομικό ποινικό δίκαιο (ποινική δικονομία). Σήμερα όμως αυτονομία έχει πλέον αποκτήσει και ένας νέος, ταχύτατα εξελισσόμενος κλάδος του ποινικού δικαίου, το διεθνές ποινικό δίκαιο που περιλαμβάνει το δίκαιο των τοπικών ορίων των ποινικών νόμων, το Ευρωπαϊκό ποινικό δίκαιο, το δίκαιο της έκδοσης και δικαστικής συνδρομής και το δίκαιο των διεθνών εγκλημάτων². Κυριότερη πηγή του ουσιαστικού ποινικού δικαίου είναι ο ποινικός κώδικας, η ύλη του οποίου διακρίνεται σε δύο μέρη, γενικό και ειδικό: Το γενικό μέρος περιλαμβάνει διατάξεις κοινές για όλα τα εγκλήματα (π.χ. αιτιώδης σύνδεσμος, δόλος, αμέλεια, απόπειρα, συμμετοχή, ποινές και επιμέτρηση αυτών κλπ.), ενώ το ειδικό περιέχει την περιγραφή των καθ' έκαστον εγκλημάτων (π.χ. σωματική βλάβη, κλοπή, απάτη, πλαστογραφία, εμπρησμός κλπ.). Μέγα μέρος όμως ποινικών

1. «Είμαι άνθρωπος και τίποτε το ανθρώπινο δεν με ξενίζει»: Publilius Terentius After, Heautotimoroumenos, I,1,77.

2. Βλ. Μυλωνόπουλου, Διεθνές Ποινικό Δίκαιο, 3^η έκδ. και: Ινστιτούτο Ευρωπαϊκού και Διεθνούς Ποινικού Δικαίου, www.eicli.gr.

1. Το ποινικό δίκαιο ως τμήμα του δικαίου και ως ρυθμιστικός παράγων της κοινωνικής ζωής

διατάξεων περιλαμβάνεται και σε αναρίθμητους ειδικούς ποινικούς νόμους, πολλοί από τους οποίους προβλέπουν σημαντικά εγκλήματα (κατά του περιβάλλοντος, περί τα ναρκωτικά, χρηματιστηριακά εγκλήματα, νομιμοποίηση εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα, προσβολές των προσωπικών δεδομένων κλπ.). Αλλά και για τα επί μέρους αυτά εγκλήματα των ειδικών ποινικών νόμων εφαρμόζονται κατά κανόνα οι διατάξεις του γενικού μέρους του ΠΚ σύμφωνα με το άρθρ. 12 ΠΚ (π.χ. για την απόπειρα, συμμετοχή, επιμέτρηση της ποινής) εκτός αν ορίζεται στον ειδικό νόμο διαφορετικά. Τέλος, στο υπό ευρεία έννοια ποινικό δίκαιο περιλαμβάνονται επίσης το *δίκαιο εκτέλεσης των ποινών* (αποκαλούμενο σωφρονιστικό δίκαιο καθ' ό μέτρο ρυθμίζει τα της εκτελέσεως των στερητικών της ελευθερίας ποινών) και το *αστυνομικό δίκαιο*, βάσει του οποίου ρυθμίζεται η δράση της αστυνομίας κατά την πρόληψη και καταστολή των εγκλημάτων.

Το ποινικό δίκαιο είναι προδήλως δημόσιο δίκαιο αφού ρυθμίζει σχέσεις υπεροχής/υποταγής μεταξύ του κράτους και των πολιτών. Φορέας της ποινικής εξουσίας είναι αποκλειστικά η Πολιτεία. Πράγματι, τα δύο κεντρικά μεγέθη του ποινικού δικαίου, το *έγκλημα* και η *ποινή* (τόσο όταν απειλείται αφηρημένα στο νόμο, όσο και όταν καταγιγνώσκεται στο συγκεκριμένο δράστη μιας αξιόποινης πράξης) δεν συνιστούν ιδιωτική υπόθεση αλλά αφορούν στο δημόσιο συμφέρον. Γι' αυτό και το κράτος δεν δικαιούται να καταλείψει την ποινή στη διάθεση του πολίτη.

2. Η επιστήμη του ποινικού δικαίου. Η ποινική δογματική

Η επιστήμη του ποινικού δικαίου περιλαμβάνει τη θεωρία του ουσιαστικού και δικονομικού ποινικού δικαίου, την αντεγκληματική πολιτική, το συγκριτικό ποινικό δίκαιο και την ιστορία του ποινικού δικαίου. Θεμέλιο της επιστήμης του ποινικού δικαίου είναι η θεωρία του ουσιαστικού ποινικού δικαίου, αποκαλούμενη *ποινική δογματική*³. Η ποινική δογματική οργανώνει τη γνώση περί το ποινικό δίκαιο (ερμηνεία και λογική σύνδεση των κανόνων, αξιολόγηση της νομολογίας κλπ.) σε *σύστημα*. Αποκαλείται δε *δογματική* όχι επειδή εκφράζει κάποια ετερόνομη γνώση που επιβάλλεται αυθαίρετα από κάποια αυθεντία, αλλά αντίθετα: επειδή μεριμνά, ώστε η ερμηνεία των καθ' έκαστον ποινικών διατάξεων και εννοιών να συντελείται αφενός με ενδοσυστηματική συνέπεια, αφετέρου δε με σεβασμό στους κανόνες της λογικής και στις απαρασάλευτες αρχές επί των οποίων θεμελιώνεται το δίκαιο: αρχή της αξίας του ανθρώπου, αρχή του κράτους δικαίου, αρχή της νομιμότητας κλπ.

Μάλιστα η ποινική δογματική δεν καταφεύγει μόνον στην τυπική λογική (νομικός συλλογισμός) αλλά και στη *δεοντική λογική*, στη λογική των *προτιμήσεων* (ή σταθμίσεων: Präferenzenlogik), στη

3. Βλ. Ανδρουλάκη, Έχει ανάγκη και δύναται το «ποινικόν δόγμα» να εμπλουτισθεί δι' εγκληματολογικών δεδομένων; Ποινικά μελέται 1971, 9 επ.

§ 1. Εισαγωγή

λογική της πράξης⁴, νεωστί δε στην πλειότιμη λογική (fuzzy logic)⁵ καθώς και στη θεωρία της νομικής επιχειρηματολογίας⁶.

Όμως η ποινική δογματική δεν αποτελεί αυτοσκοπό, ούτε έχει απλώς διδακτικό ή τακτοποιητικό χαρακτήρα. Η σημασία της είναι καίρια και συνδέεται με την *εύρυθμη λειτουργία του κράτους δικαίου*. Διότι σκοπός της είναι να οργανώσει ελλόγως την ερμηνεία των ποινικών κανόνων, προκειμένου να επιτυγχάνεται σταθερότητα και προβλεψιμότητα των ποινικών αποφάσεων, να αποφεύγονται οι αντιφάσεις και η ευκαιριακή κατά περίπτωση εφαρμογή του ποινικού δικαίου, να διασφαλίζεται συνέχεια και συνοχή στη νομολογία και να περιορίζεται κατά το δυνατόν ο ανορθολογισμός, η αυθαιρεσία και ο αυτοσχεδιασμός εκ μέρους του ποινικού δικαστή, έτσι ώστε να διαφυλάσσεται το κύρος των ποινικών κανόνων. Η ποινική δογματική συμβάλλει επομένως αποφασιστικά στην ασφάλεια περί την απονομή της ποινικής δικαιοσύνης, στην εδραίωση της εμπιστοσύνης των πολιτών επί την ισχύ του δικαίου και στη δικαιοκρατική βιωσιμότητα του ποινικού συστήματος⁷, αφού μια σταθερή και προβλέψιμη ποινική δικαιοσύνη δυσχερώς επηρεάζεται από την εκτελεστική εξουσία. Γι' αυτό άλλωστε η ποινική δογματική, όταν αποκαλύπτει ενδοσυστηματικές ασυνέπειες και λογικές αυθαιρεσίες, *ενοχλεί*.

3. Αξιολογικοί, προστακτικοί και κυρωτικοί κανόνες

Για να αντιληφθούμε τη λειτουργία του ποινικού δικαίου πρέπει να κατανοήσουμε το εξής: ο ποινικός νόμος, καίτοι ενδιαφέρεται για την ευημερία των κοινωνιών, δεν μπορεί να την επιτύχει *φυσιοκρατικώς*, όπως π.χ. ο ιατρός, που θεραπεύει τον ασθενή, αλλά μόνον με έναν τρόπο: χρησιμοποιώντας *δεοντικά νοήματα*, δηλ. απευθύνοντας στους κοινωνούς *κανόνες* (απαγορεύσεις και επιταγές). Οι κανόνες αυτοί θεμελιώνονται σε ορισμένες αξιολογήσεις του. Εφόσον π.χ. ο νομοθέτης αξιολογεί θετικά ορισμένες καταστάσεις, όπως τη ζωή, την υγεία, την ατομική ιδιοκτησία κλπ. και αρνητικά άλλες, όπως το θάνατο, την ασθένεια, τη φτώχεια κλπ., επιδιώκει, μέσα από το σύστημα του ποινικού δικαίου, να προστατεύσει τις θετικά αξιολογούμενες και να αποτρέψει τις αρνητικές. Όμως και πάλι οι δυνατότητές του είναι περιορισμένες. Όσο και αν επιθυμεί την ευημερία των πολιτών, *δεν δύναται να απαγορεύει*

4. Βλ. *Henrik v. Wright*, Handlungslogik, σε: Lenk (Hrsg.) Normenlogik, 1974, 9 επ., *Keuth*, Deontische Logik und Logik der Normen, σε: Lenk, οπ. παρ. 64, *Kutschera*, Normative Präferenzen und bedingte Logik, σε Lenk, οπ. παρ. 137, *Jeffrey*, Logik der Entscheidungen, 1967, *Μυλωνόπουλου*, Η συμβολή της θεωρίας των αποφάσεων στον υπολογισμό της περιουσιακής βλάβης της απιστίας, ΠΧ ΜΔ (1994) 905. Οι *Jescheck-Weigend*, 42, αναφερόμενοι στον *Engisch*, Studium Generale 1959, 76, κάνουν λόγο για ουσιαστική λογική (materiale Logik) που επιχειρηματολογεί βάσει σταθμίσεων των προστατευομένων αξιών.

5. *Phillips*, An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Roxin FS 365, *Μυλωνόπουλος*, Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht, 1998, του *ίδιου*, Ενδεχόμενος δόλος και fuzzy logic, Ποινλογ 2003, 451.

6. Βλ. *Neumann*, Θεωρία νομικής επιχειρηματολογίας, Αθήνα 1996.

7. *Gimbernat Ordeig*, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? ZStW 82 (1970) 405, πρβλ. *Μυλωνόπουλου*, Η αμφισβήτηση των ατομικών δικαιωμάτων στο νέο διεθνές περιβάλλον, ΝοΒ 52 (2004) 771.

Ι. Το ποινικό δίκαιο ως τμήμα του δικαίου και ως ρυθμιστικός παράγων της κοινωνικής ζωής

αποτελέσματα. Καίτοι π.χ. αξιολογεί θετικά την ανθρώπινη ζωή, αρνητικά δε τον θάνατο ανθρώπου, δεν μπορεί (=δεν είναι λογικό) να απαγορεύσει το αποτέλεσμα του θανάτου, όπως δεν μπορεί ν' απαγορεύσει την αρρώστια, τη φτώχεια κλπ. Ένας κανόνας του τύπου «απαγορεύεται το θνήσκειν» θα ήταν παράλογος και επομένως ανίσχυρος. Μπορεί όμως να απαγορεύσει την ανθρώπινη συμπεριφορά που κατευθύνεται στη θανάτωση ανθρώπου. Έτσι αξιολογεί αρνητικά τη θανάτωση ανθρώπου από άνθρωπο, με βάση δε αυτήν την αξιολόγηση απευθύνει στους κοινωνούς τον προστακτικό κανόνα «ου φονεύσεις». Το ποινικό δίκαιο επομένως δεν απαγορεύει αποτελέσματα αλλά πράξεις.

Γι' αυτό λέμε ότι το ποινικό δίκαιο στηρίζεται σε αξιολογικούς κανόνες (Bewertungsnormen) που αξιολογούν θετικά μεν ορισμένες αξίες, αρνητικά δε την προσβολή τους και σε προστακτικούς κανόνες (Bestimmungsnormen) που επιβάλλουν στους κοινωνούς συγκεκριμένη συμπεριφορά, έτσι ώστε μέσω αυτής να προστατεύονται οι αξίες για τις οποίες αποφάνθηκαν θετικά οι αξιολογικοί κανόνες.

Οι προστακτικοί κανόνες που απευθύνονται στους κοινωνούς συνήθως είναι απαγορευτικοί («ου φονεύσεις») μπορεί όμως να είναι και επιτακτικοί (τέτοιος είναι π.χ. ο κανόνας: «βοήθει τον πλησίον σου» στο άρθρ. 307 ΠΚ (παράλειψη προσφοράς βοήθειας). Αυτοί είναι οι λεγόμενοι *πρωτεύοντες* κανόνες του ποινικού δικαίου.

Όμως ο ποινικός κώδικας δεν περιέχει αξιολογικούς ή προστακτικούς (πρωτεύοντες) κανόνες οι οποίοι, όπως είπαμε, απευθύνονται στους κοινωνούς. Περιέχει ένα τρίτο είδος κανόνων, που απευθύνονται ευθέως στο δικαστή και ορίζουν τί πρέπει αυτός να πράξει σε περίπτωση που παραβιασθεί ένας πρωτεύων κανόνας. Αναγράφουν δηλ. τις έννομες συνέπειες (κυρώσεις) οι οποίες επέρχονται όταν πληρούνται τα στοιχεία ενός εγκλήματος. Οι κανόνες αυτοί αποκαλούνται *δευτερεύοντες* ή *κυρωτικοί*.

Ο κανόνας π.χ. του άρθρ. 299 παρ. 1 ΠΚ («ανθρωποκτονία με δόλο»), δεν αναγράφει «ου φονεύσεις» αλλά προσδιορίζει αφενός μεν τα στοιχεία του εν λόγω εγκλήματος, αφετέρου δε την κύρωση που οφείλει ο δικαστής να επιβάλει (κάθειρξη ισόβια ή πρόσκαιρη τουλάχιστον δέκα ετών), εφόσον διαπιστώσει ότι αυτά πραγματώθηκαν. Περιλαμβάνει δηλ. το πραγματικό και τις έννομες συνέπειες της ανθρωποκτονίας με πρόθεση. Όμως αυτό δεν σημαίνει ότι ο αντίστοιχος πρωτεύων κανόνας δεν αποτελεί τμήμα του δικαίου. Διότι από την ύπαρξη και το περιεχόμενο των κυρωτικών κανόνων συνάγονται κατά λογική αναγκαιότητα οι πρωτεύοντες. Ο κυρωτικός κανόνας του άρθρ. 299 παρ. 1 ΠΚ, π.χ., εμπεριέχει λογικά και προϋποθέτει τον πρωτεύοντα κανόνα «ου φονεύσεις». Οι κυρωτικοί κανόνες λοιπόν προϋποθέτουν και κατά τούτο εμπεριέχουν λογικά τους αντίστοιχους πρωτεύοντες κανόνες και επομένως και τους αντίστοιχους αξιολογικούς⁸.

8. Βλ. Μαγκάκη, 26, *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, I, 3. Aufl. 1916, 142, *Blei* § 30 II, *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, 29, *Freund*, MK αρ. 66 προ §§ 13 επ., *Jescheck-Weigend*, § 24 II, *Arm. Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, 123, *Mylonopoulos*, Handlungs- und Erfogsunrecht, 31, *Roxin* § 10 αρ. 94, *Schönke-Schröder-Lenckner/Eisele*, αρ. 49 προ § 13.

§ 1. Εισαγωγή

Τα παραπάνω, ωστόσο, ουδόλως έχουν απλώς θεωρητική σημασία, όπως θα μπορούσε κανείς να υποθέσει. Κρισιμότερα πρακτικά ζητήματα, όπως π.χ. το αν υπάρχει δυνατότητα τιμώρησης της συμμετοχής από την ημεδαπή, σε κυρία πράξη τελεσθείσα στην αλλοδαπή και επί της οποίας δεν υφίσταται ημεδαπή ποινική εξουσία, επιλύονται βάσει της θεωρίας των κανόνων, πράγμα άλλωστε που αναγνωρίστηκε και νομοθετικά (βλ. §31 IV).

II. Σκοπός και αποστολή του ποινικού δικαίου

1. Ο διπλός σκοπός του ποινικού δικαίου

1.1. Η προστασία των εννόμων αγαθών

Εφόσον το δίκαιο στο σύνολό του ρυθμίζει τις εξωτερικές σχέσεις των κοινωνιών, έτσι και το ποινικό δίκαιο, ως μέρος του όλου δικαίου, είναι μια εξωτερική τάξη, ένας εξωτερικός ρυθμός. Δεν έχει επομένως λόγο ύπαρξης ειμή μόνον καθ' ό μέτρο ρυθμίζει και βελτιώνει την κοινωνική ζωή. Γι' αυτό και νομιμοποιείται να ενδιαφέρεται μόνον για την εμπέδωση της κοινωνικής ειρήνης, για την σύννομη εξωτερική συμπεριφορά των ατόμων. Αποστολή του ποινικού δικαίου είναι επομένως να προστατεύσει, με το όπλο της ποινής, θεμελιώδεις αξίες της κοινωνίας, απολύτως απαραίτητες για την ομαλή κοινωνική συμβίωση και έτσι να εμπεδώσει και να διασφαλίσει την κοινωνική ειρήνη.

Οι θεμελιώδεις αυτές αξίες, που είναι απαραίτητες για την συντήρηση της κοινωνικής ειρήνης και ευημερίας και την ομαλή ανάπτυξη της κοινωνίας, καλούνται *έννομα αγαθά*. Είναι *αγαθά*, διότι αξιολογούνται από την έννομη τάξη *θετικά*, ως αξίες απαραίτητες για την κοινωνική ζωή, είναι *δε έννομα*, διότι αναγνωρίζονται και προστατεύονται από την έννομη τάξη. Πρωταρχικός σκοπός και αποστολή του ποινικού δικαίου, επομένως, είναι η προστασία των εννόμων αγαθών⁹.

Τέτοια έννομα αγαθά είναι π.χ. η ζωή, η υγεία, η σωματική ακεραιότητα, η τιμή, η ελευθερία, η πληροφορική αυτοδιάθεση, η γενετήσια αυτοδιάθεση, το απόρρητο του ιδιωτικού βίου, η εμπιστοσύνη επί την ακεραιότητα της έγγραφης απόδειξης στις συναλλαγές, η ακεραιότητα της χώρας, η δημόσια τάξη, το ελληνικό πολίτευμα, η απονομή της Δικαιοσύνης, η ασφάλεια των συγκοινωνιών, το περιβάλλον, η ακεραιότητα των δημοσίων υπηρεσιών, η ιδιοκτησία, η περιουσία, τα δημοσιονομικά συμφέροντα της Ευρωπαϊκής Ένωσης κλπ. Αν δούμε στο ειδικό μέρος του ποινικού κώδικα, θα διαπιστώσουμε ότι οι διατάξεις του προστατεύουν έννομα αγαθά. Η έννοια του εννόμου αγαθού έχει ως εκ τούτου ιδιαίτερη σημασία και για την ερμηνεία των επί μέρους διατάξεων του ειδικού μέρους, αφού με βάση αυτήν διαγιγνώσκουμε τον σκοπό, την *ratio* του εκάστοτε ποινικού κανόνα, δηλ. τί επιδιώκει να προστατεύσει ο νομοθέτης στη συγκεκριμένη περίπτωση.

9. *Χωραφάς*, 5, *Μαγκάκης*, 36, 38, *Baumann-Weber-Mitsch* § 3 αρ. 10 επ., *Hassemer-Neumann*, NK αρ. 108 επ. προ § 1, *Rudolphi* SK αρ. 2 προ § 1.β. Θεμελιωτής της σχετικής διδασκαλίας περί εννόμου αγαθού υπήρξε ο *Birnbaum*, συνεχιστές δε οι *Binding* και *Grünhut*. Βλ. *Sina*, *Die Dogmengeschichtliche Entwicklung des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, 1962, *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, *Marx*, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, 1972, *Δημητράτου*, *Έννομο αγαθό και διδασκαλία περί εγκλήματος στο ποινικό δίκαιο*, 1998.

1.2. Η προστασία των ατομικών ελευθεριών

Συγχρόνως όμως οι κανόνες του ποινικού δικαίου με το περιεχόμενό τους αλλά και τη σαφή διαμόρφωσή τους αποβλέπουν και σε έναν άλλον, ιδιαίτερα σημαντικό σκοπό: να περιορίσουν το κράτος από καταχρήσεις σε βάρος των ατομικών ελευθεριών των πολιτών, στις οποίες αυτό ενδέχεται να προβεί με τη βοήθεια του «τρομερού όπλου της ποινής». Πράγματι, η ιστορία των ανθρώπινων κοινωνιών χαρακτηρίζεται από σχεδόν διαρκή προσπάθεια της εκάστοτε εξουσίας να περιορίζει ή και να καταπνίγει τις ατομικές ελευθερίες με το δραστικό και αποτελεσματικό όπλο της ποινής, είτε υπό το μανδύα διαφόρων προσχημάτων, είτε και εντελώς αποκάλυπτα. Η περιχαράκωση λοιπόν των ορίων της «ακαταμάχητης κρατικής δύναμης» στο απολύτως αναγκαίο για τη διατήρηση της συνοχής του κοινωνικού ιστού και την προστασία των εννόμων αγαθών πλαίσιο, αποτέλεσε πρωταρχικό αίτημα των κινημάτων κατά της απολυταρχίας και παραμένει ζώσα ανάγκη και σήμερα. Για τον λόγο αυτό έχει μάλιστα ειπωθεί -όχι χωρίς κάποια υπερβολή- ότι το ποινικό δίκαιο αποτελεί τη «Magna Charta του εγκληματία»¹⁰.

Όμως το ποινικό δίκαιο δεν προστατεύει μόνον τον εγκληματία από την κρατική αυθαιρεσία αλλά και όλους τους πολίτες. Η παραβίαση λοιπόν των δημοκρατικών κανόνων του ποινικού δικαίου, μπορεί να βλάπτει άμεσα τον συγκεκριμένο εγκληματία σε βάρος του οποίου συντελείται, έμμεσα όμως βλάπτει το σύνολο των πολιτών, αφού δημιουργεί νομικό περιβάλλον αυθαιρεσίας και καταπίεσης. Αντίστοιχα, η μέριμνα για την ορθή και έλλογη εφαρμογή των ποινικών κανόνων σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση αξιόποινης πράξης, ακόμη και στην πιο στυγνή, δεν συνιστά υπεράσπιση του εγκλήματος αλλά του όλου πλέγματος των ατομικών ελευθεριών που συνοδεύει την απονομή της ποινικής δικαιοσύνης, η παραβίαση του οποίου, γενικευόμενη, υπονομεύει το κράτος δικαίου και οδηγεί στην κατάλυσή του.

Η αποστολή του ποινικού δικαίου είναι επομένως διττή. Αφενός προστασία των εννόμων αγαθών, αφετέρου εξασφάλιση των ατομικών ελευθεριών από την κρατική αυθαιρεσία¹¹.

Από την άλλη πλευρά, πάλι, η αναγόρευση σε έγκλημα μιας συμπεριφοράς που δεν προσβάλλει κάποιο έννομο αγαθό, συνιστά νομοθετική αυθαιρεσία. Αφού το δίκαιο αποσκοπεί να ρυθμίσει την εξωτερική συμπεριφορά των ατόμων προς άλλα, το ποινικό δίκαιο δεν μπορεί να λειτουργεί καταχρηστικά, προς επίδωξη αλλότριων σκοπών. Η ποινικοποίηση συμπεριφορών που δεν θίγουν κοινωνικές αξίες και μάλιστα κατά τρόπο ανυπόφορο, αλλά αποβλέπουν απλώς στην επιβολή κάποιας ιδεολογίας, στην διαμόρφωση του φρονήματος, στον εξαναγκασμό σε συμπεριφορά αρεστή στο νομοθέτη, στην επιβολή ηθικών απόψεων κλπ. δεν έχουν θέση σε ένα κράτος δικαίου.

Παραδείγματα: Η απειλή ποινής για όποιον δεν προσκυνούσε το καπέλο του Γκέσλερ στον «Γουλιέλμο Τέλλο» του Σίλλερ, η καταργηθείσα διάταξη του άρθρ. 384Α ΠΚ («σπάσιμο πιάτων»), με το οποίο ετιμωρείτο όποιος διασκεδάζε κατά τρόπο κοινωνικώς μη αξιοπρεπή, η

10. Από τον Franz v. Liszt, σε μια γνωμοδότηση του 1893, βλ. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, 80.

11. Βλ. Μαγκάκη, 39, του ίδιου, ΣυστΕρμΠΚ άρθρ. 1 αρ. 2, Χωραφά 5, Ανδρουλάκη Ι, 95, Χαλαμπάκη 43.

§ 1. Εισαγωγή

απειλή ποινής για όποιον προβαίνει σε πράξεις απλώς ανήθικες αλλά που δεν διαταράσσουν κατά τρόπο ανυπόφορο την κοινωνική συμβίωση, η τιμώρηση των ιδεών, απόψεων, κλπ. δεν έχουν θέση σε ένα κράτος δικαίου. Για τον ίδιο λόγο, όπως θα δούμε, δεν τιμωρούνται οι αυτοπροσβολές, όσο επικίνδυνες και αν είναι, π.χ. το υπερβολικό κάπνισμα, η απόπειρα αυτοκτονίας, η κατανάλωση ανθυγιεινών εδεσμάτων κλπ. Όταν όμως η αυτοπροσβολή βλάπτει συγχρόνως και άλλους, π.χ. κάπνισμα σε δημόσιο χώρο, τότε αυτή παύει να είναι αδιάφορη για τον ποινικό νομοθέτη.

2. Ποινικό δίκαιο και ηθική

2.1. Είναι η ηθική στόχος του ποινικού δικαίου;

Όπως είδαμε, το ποινικό δίκαιο ως ένας εξωτερικός ρυθμός νομιμοποιείται να ενδιαφέρεται μόνον για το σύννομο της εξωτερικής συμπεριφοράς των πολιτών. Αντίθετα, δεν ενδιαφέρεται και δεν επιτρέπεται να ενδιαφέρεται για την ηθική του καθενός, ούτε για τις προσωπικές του επιδιώξεις, τις ιδέες, τις σκέψεις και τα φρονήματα. Κατά συνέπεια, το ποινικό δίκαιο δεν μπορεί να έχει ως αποστολή ηθικούς στόχους, δηλ. την καταναγκαστική επίτευξη ενός *minimum* ηθικής με την απειλή ποινής. Η εσωτερική αναγνώριση των ηθικών αξιών, επί των οποίων εδράζεται η κοινωνία ούτε μπορεί αλλά και ούτε επιτρέπεται να αποτελέσει αντικείμενο εξαναγκασμού. Το ποινικό δίκαιο δεν μπορεί και δεν πρέπει να έχει ως στόχο την «ηθική κηδεμονία» του πολίτη¹².

Αν ο νομοθέτης δεν επεδίωκε να ρυθμίσει την εξωτερική συμπεριφορά του ατόμου αλλά να διαμορφώσει την ηθική στάση των πολιτών, την ιδεολογία και το φρόνημά τους, θα καταλήγαμε σ' ένα ολοκληρωτικό ποινικό δίκαιο, σ' ένα ποινικό δίκαιο του φρονήματος (*Gesinnungsstrafrecht*). Το ποινικό δίκαιο όμως ούτε είναι ούτε επιτρέπεται να είναι φρονηματικό. Δεν επιτρέπεται και δεν νομιμοποιείται να ελέγχει τα φρονήματα των πολιτών και πολύ περισσότερο να διαμορφώνει, μέσω της ποινής, την ιδεολογία τους, την ηθική τους, τις διαθέσεις και τις ιδέες τους, αλλά μόνον να εμπεδώνει την κοινωνική ειρήνη. Ποινικοποίηση επομένως, μιας πράξης μόνον επειδή είναι ανήθικη, χωρίς να διαταράσσει κατά τρόπο ανυπόφορο τους όρους της κοινωνικής συμβίωσης, είναι καταχρηστική. Σκοπός του ποινικού δικαίου δεν είναι να καταστείλει το ανήθικο φρόνημα αλλά να προστατεύσει θεμελιώδεις αξίες της κοινωνικής συμβίωσης. Εφόσον ο άνθρωπος, ακόμη και όταν εγκληματεί, δεν παύει να είναι ο τελικός και ύπατος σκοπός του δικαίου, η ποινή δεν μπορεί να αποβλέπει στη χειραγωγήσή του, δηλ. στην αναγκαστική διάπλαση της συνείδησής του εν αγνοία του ή παρά τη θέλησή του, έστω κι αν τούτο γίνεται προς το συμφέρον του, αληθές ή υποτιθέμενο (όπως συμβαίνει π.χ. με τη διαφήμιση, την πολιτική προπαγάνδα κλπ.)¹³.

Έτσι δεν τιμωρούνται, αλλά ούτε και πρέπει να τιμωρούνται, πράξεις που δεν διαταράσσουν ανυπόφορα τους όρους της ειρηνικής κοινωνικής συμβίωσης αλλά θεωρούνται από το σύνολο

12. Βλ. Μαγκάκη, 37, Σπινέλλη, ΠΧ ΚΑ (1971) 735, Baumann-Weber-Mitsch § 3 αρ. 4 επ., Max Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik*, 6. Aufl. 1980, 363, Noll, *Die ethische Begründung der Strafe. Recht und Staat*, 1962, 12.

13. Βλ. Δημητράτου, Ποινικό Δίκαιο και Ηθική, ΠΧ ΞΑ (2011) 12.

ή από μερίδα πολιτών *ανήθικες*, όπως π.χ. η μοιχεία, η παλλακεία και οι γενετήσιες σχέσεις εκτός γάμου ή μεταξύ ομοφύλων ενηλίκων. Γι' αυτό και ο νομοθέτης δεν ενδιαφέρεται για το *κίνητρο* που ωθεί τον πολίτη να παραμένει νομοταγής και να μην διαταράσσει την κοινωνική συμβίωση. Για τον ποινικό νομοθέτη είναι αδιάφορο αν κάποιος πολίτης που δεν εγκληματεί συμπεριφέρεται έτσι επειδή φοβάται την τιμωρία ή τη διαπόμπευση ή την προσωπική αντεκδίκηση του παθόντος (καίτοι επιθυμεί διακαώς να το πράξει) ή επειδή ντρέπεται ή έχει υψηλό ηθικό φρόνημα ή ενδιαφέρεται για τη δημόσια εικόνα του κ.λπ.

Αντικείμενο έντονου προβληματισμού αποτέλεσε σχετικά η λεγόμενη "*απόφαση της αιμομιξίας*" του γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου του 2008 (BVerfGE 120, 224, NJW 2008, σελ. 1137): Δύο αδέρφια που είχαν απομακρυνθεί μεταξύ τους από βρεφική ηλικία, συνήψαν ερωτικό δεσμό όταν συναντήθηκαν ως ενήλικες πλέον και απέκτησαν τέσσερα παιδιά, εκ των οποίων τα δύο με αναπηρία. Σύμφωνα με την απόφαση η ποινική καταστολή της γενετήσιας συνεύρεσης μεταξύ αδελφού και αδελφής είναι συνταγματικά νόμιμη και δεν προσβάλλει την γενετήσια αυτοδιάθεση κυρίως εν όψει του ότι ενέχει υψηλό κίνδυνο για την υγεία των τέκνων. Δριμεία κριτική κατά της απόφασης άσκησε ο W. Hassemer, επικαλούμενος προσβολή της αρχής της αναλογικότητας για το λόγο ότι η πράξη ουδέν έννομο αγαθό προσβάλλει, αλλ' απλώς στηρίζεται στις κρατούσες περί ηθικής αντιλήψεις¹⁴.

2.2. Η ηθική βάση του ποινικού δικαίου

Τα ανωτέρω δεν σημαίνουν όμως ότι το ποινικό δίκαιο *στερείται ηθικής βάσης*. Αντιθέτως μάλιστα. Οι κανόνες του ποινικού δικαίου εκφράζουν (και πρέπει να εκφράζουν) μέσω των αξιολογικών κανόνων τις θεμελιώδεις αξίες της κοινωνίας τις οποίες και επιδιώκουν να προστατεύουν. Το γεγονός, ότι η προστασία αυτή *δεν επιτρέπεται να γίνεται με εξαναγκασμό του φρονήματος*, δεν σημαίνει και ότι το ποινικό δίκαιο είναι «ηθικώς ουδέτερο»¹⁵ ούτε ότι ο ποινικός νομοθέτης νομιμοποιείται να τιμωρεί πράξεις στερούμενες κοινωνικοηθικής απαξίας. Η τυχόν απειλή ποινής για πράξεις που δεν είναι κοινωνικοηθικώς ανυπόφορες θα εσήμαινε αυθαιρεσία του νομοθέτη, θα προσέκρουε ευθέως και κατά τρόπο μη ανεκτό στην κοινωνική συνείδηση και η τυχόν γενίκευσή της θα οδηγούσε τελικώς σε αποδόμηση της κοινωνίας. Η απειλή ποινής κατά πράξεως που δεν πλήττει κάποια θεμελιώδη αξία της κοινωνικής ζωής (=κάποιο έννομο αγαθό) και δη κατά τρόπο κοινωνικοηθικώς ανυπόφορο, παραβιάζει ευθέως το Σύνταγμα διότι προσβάλλει όχι μόνον την αξία του ανθρώπου αλλά και τις αρχές της επικουρικότητας και αναλογικότητας.

Συμπέρασμα: Το ποινικό δίκαιο δεν επιτρέπεται να στοχεύει την εμπέδωση μιας ηθικής τάξης με εξαναγκασμό των πολιτών (με την απειλή ποινής) προς ηθική μεταστροφή, αλλά και δεν δικαιούται να ποινικοποιεί πράξεις στερούμενες κοινωνικοηθικής απαξίας¹⁶.

14. Βλ. Kudlich, JA 2008, 549.

15. Βλ. Μπιτζιλέκη, Η ηθική νομιμοποίηση του ποινικού δικαίου, ΤιμΤ Ανδρουλάκη (2003) 411 επ., 421.

16. Βλ. Arth. Kaufmann, JuS 1978, 361, Papageorgiou, Schaden und Strafe. Auf dem Weg zu einer Theorie der strafrechtlichen Moralität, 1994, 90 επ., Wessels-Beulke, § 1 αρ. 9, Günther, JuS 1978, 8.