

Συνιστά εξ ευηθείας απρόσφορη απόπειρα απάτης η πώληση ενός “ψευτο-iphone” σε πολύ χαμηλή τιμή;

Κωνσταντίνου Ι. Βαθιώτη, Επίκ. Καθηγητή
Νομικής Σχολής ΔΠΘ

Στο παρόν άρθρο ο συγγραφέας ασχολείται με το ερώτημα αν η απόπειρα εξαπάτησης ιδιοκτήτη επαρχιακού καφενείου με πώληση μιας καταφανώς μη γνήσιας συσκευής κινητού τηλεφώνου τύπου iphone στην τιμή των 50 € συνιστά απρόσφορη απόπειρα εξ ευηθείας ή, αντιθέτως, νομιζόμενη απάτη.

The present article seeks to answer whether an attempt to deceive a coffee shop owner by selling him a manifestly fake iphone at the price of 50 € constitutes stupid attempt to commit fraud or, on the contrary, imaginary fraud.

“Only those who attempt the absurd can achieve the impossible”

I. Εισαγωγή

Πολύπλευρο δογματικό ενδιαφέρον παρουσιάζει η υπ’ αριθ. 150/2014 απόφαση του Μονομελούς Πλημμελειοδικείου Ευρυτανίας¹, η οποία αφορά από το μεν Γενικό Μέρος του Ποινικού Κώδικα την σπανίως εφαρμοζόμενη από τα δικαστήριά μας διάταξη του άρθρου 43 παρ. 2 ΠΚ για την *εξ ευηθείας απρόσφορη απόπειρα* (σε συνδυασμό και με την ευθύνη του απλού συνεργού), από το δε Ειδικό Μέρος αυτού κάποια επιμέρους ζητήματα που σχετίζονται με την πλήρωση της αντικειμενικής υποστάσεως της απάτης.

Εν είδει εισαγωγικού προβληματισμού ως προς τα υπό πραγμάτευση ζητήματα θα μπορούσε να διατυπωθεί το ακόλουθο ερώτημα: Άραγε, δίπλα στα κλασικά παραδείγματα εξ ευηθείας απρόσφορης απόπειρας λόγω μέσου, όπως είναι η προσπάθεια θανάτωσης ανθρώπου με χαμομήλι, με καύση χόρτων που έχουν πάνω τους τις πατημασιές του δεύτερου, με ξόρκια ή με απόρριψη της φωτογραφίας του αξιομίσητου προσώπου σε αναμμένα κάρβουνα², θα μπορούσε να προ-

στεθεί η απόπειρα εξαπάτησης ιδιοκτήτη επαρχιακού καφενείου με πώληση μιας καταφανώς μη γνήσιας συσκευής κινητού τηλεφώνου τύπου iphone στην τιμή των 50 €; Η απάντηση στο ερώτημα αυτό προϋποθέτει επίλυση δυσχερών προβλημάτων, στα οποία θα επικεντρωθούμε ευθύς αμέσως.

II. Απρόσφορη απόπειρα λόγω μέσου;

A. Η θέση του δικαστηρίου

Η απρόσφορη απόπειρα απάτης λόγω μέσου θεμελιώθηκε σε δύο παραμέτρους:

Η πρώτη παράμετρος αφορά την *υπόσταση* του πωληθέντος τηλεφώνου. Ειδικότερα έγινε δεκτό ότι αυτό «διέφερε ουσιωδώς στην εμφάνισή του και στις λειτουργίες του από το αυθεντικό iphone»· μάλιστα, διευκρινίζεται ότι αυτό ετέθη σε λειτουργία ενώπιον του αγοραστή, ήταν δε ευδιάκριτη η διαφορά του από ένα γνήσιο iphone, διαφορά που «ο καθένας μπορούσε να αντιληφθεί».

Η δεύτερη παράμετρος αφορά την *αξία* του πωληθέντος τηλεφώνου. Ειδικότερα, έγινε δεκτό ότι το τίμημα των 50 € που ζήτησε ο κατηγορούμενος «ήταν ιδιαίτερα χαμηλό για ένα τέτοιο κινητό, το οποίο στην αγορά κοστίζει μεταξύ των 500 και 1.000 €».

Άραγε, είναι ορθό το συμπέρασμα αυτό και, αντιστοίχως, επαρκής η αιτιολόγησή του;

* Μολονότι το απόφθεγμα αυτό αποδίδεται συχνά στον Albert Einstein αλλά και στον Maurits Cornelis Escher (1898-1972), έχει πρωτοδιατυπωθεί στην ισπανική γλώσσα (“Sólo el que ensaya lo absurdo es capaz de conquistar lo imposible”) από τον Miguel de Unamuno, Vida de D. Quijote y Sancho: Según Miguel de Cervantes Saavedra: Explicada y Comentada por Miguel de Unamuno, εκδ. Libreria de Fernando Fe, Μαδρίτη 1905, σελ. 175/176.

1. Βλ. κατωτέρω, σελ. 308.

2. Βλ., όμως, την επισήμανση της ακροτελεύτιας υποσημείωσης.

Β. Ο αντίλογος

Αν γίνει δεκτό ότι για την κατάφαση της απολύτως απρόσφορης απόπειρας «δεν αρκεί [...] η πραγμάτωση της αντικειμενικής υποστάσεως να είναι εκ των πραγμάτων απίθανη ή αδύνατη, αλλά θα πρέπει να είναι *εξ υπαρχής* (πάντοτε λόγω του μέσου ή του αντικειμένου) *λογικά αποκλεισμένη* (πρέπει δηλ. να “αποκλείεται εννοιολογικώς”)³ (επ’ αυτού βλ. τον προβληματισμό που καταγράφεται ακολούθως υπό Γ.) και, επιπλέον, αν αναγνωρισθεί η ανάγκη συναξιολόγησης αφ’ ενός της φύσης του μέσου, αφ’ ετέρου της *χρήσης* του σε *κανονικές ή εξαιρετικές συνθήκες*⁴, τότε μπορεί να αντιλέξει κάποιος ότι η μάρκα και οι ιδιότητες ενός κινητού είναι μεν δυνατόν να γίνουν ευχερώς αντιληπτές και άρα η διαφορά ενός γνήσιου iPhone από ένα μη γνήσιο να καταστεί ευδιάκριτη για τον καθένα, λογικώς αποκλεισμένη όμως δεν μπορεί να θεωρηθεί η παραπλάνηση κάποιων αγοραστών που *δεν είναι καθόλου εξοικειωμένοι με την χρήση κινητών τηλεφώνων* και, ειδικότερα, *δεν έχουν δει ή πιάσει ποτέ στα χέρια τους ένα iPhone*. Έτσι, δεν αποκλείεται ο συγκεκριμένος αγοραστής να μην ήταν σε θέση να αντιληφθεί αυτό που για τον καθένα θα ήταν προφανές (εδώ θα ήταν χρήσιμες κάποιες πληροφορίες σχετικά με το status του αγοραστή ως ιδιοκτήτη επαρχιακού καφεηνείου). Επιπροσθέτως, ακόμη κι αν ήξερε πόσο κοστίζει ένα γνήσιο iPhone, η τόσο χαμηλή τιμή αγοράς του συγκεκριμένου τηλεφώνου θα μπορούσε να αποδοθεί υποκειμενικά στην ιδιότητά του ως κλοπιμαίου⁵. *Κοντολογίς, ό,τι είναι in abstracto απρόσφορο⁶, μπορεί να είναι in concreto πρόσφορο για την τέλεση του υπό εξέταση εγκλήματος!*⁷

Πάντως, η in abstracto απροσφορότητα δεν φαίνεται να επαληθεύεται από την αναφορά που γίνεται σε μεταγενέστερο σημείο του σκεπτικού της αποφάσεως αυτής, όπου διαλαμβάνεται ότι «αν και η ενέργεια της ψευδούς παράστασης του πωληθέντος ως γνήσιου iPhone [...] *δύναιται να στοιχειοθετήσει in abstracto* την απόπειρα απάτης [...]», η δε συνέχιση της φράσης αυτής οδηγεί μάλλον σε *in concreto απροσφορότητα*, στο μέτρο που γίνεται δεκτό ότι «*εν προκειμένω*, το μέσο το οποίο χρησιμοποιήθηκε για την παράσταση των ψευδών γεγονότων, δηλαδή το κινητό απομίμηση του

κινητού iPhone, ήταν τέτοιας φύσης, ώστε η τυχόν τέλεση της απάτης με το να παρουσιαστεί αυτό ως γνήσιο, ήταν *απολύτως αδύνατη*, δοθείσας και της θέσης του σε λειτουργία ενώπιον του φερόμενου ως παθόντος και της ευδιάκριτης διαφοράς του με το γνήσιο iPhone που ο καθένας μπορούσε να αντιληφθεί». Με αυτήν την τελευταία, όμως, δευτερεύουσα αναφορική πρόταση (i.e. «[διαφορά] που ο καθένας μπορούσε να αντιληφθεί»), η in concreto συμφύρεται με την in abstracto απροσφορότητα.

Γ. Κάποιες πρόσθετες σκέψεις για την διάκριση ανάμεσα σε απολύτως και σχετικώς απρόσφορη απόπειρα

Σε ό,τι αφορά ειδικότερα τον προαναφερθέντα λογικό-εννοιολογικό αποκλεισμό της πραγμάτωσης της αντικειμενικής υποστάσεως ως –ενός ιδιαίτερως δημοφιλούς στην ημεδαπή επιστήμη– κριτηρίου για την διάκριση της απολύτως απρόσφορης (άρθρο 43 ΠΚ) από την σχετικώς απρόσφορη απόπειρα (άρθρο 42 ΠΚ), κρίνεται σκόπιμη η καταγραφή στο σημείο αυτό κάποιων σκέψεων γενικότερης εμβέλειας.

Θεωρώ ότι το εν λόγω, prima facie πειστικό, κριτήριο μπορεί να αποβεί αμφίσημο, αν δεν προσδιορισθεί περαιτέρω. Επί παραδείγματι, όταν ο δράστης «*πυροβολεί κατά του παθόντος στην καρδιά για να τον φονεύσει, πλην όμως αποτυγχάνει επειδή το θύμα φορά αλεξίσφαιρο γιλέκο*»⁸, δύναται πράγματι να υποστηριχθεί ότι εδώ πρόκειται για *σχετικώς* απρόσφορη απόπειρα⁹, δηλ. απόπειρα του άρθρου 42 ΠΚ, αφού ο πυροβολισμός στο ύψος της καρδιάς δεν αποκλείεται λογικώς να επιφέρει τον θάνατο, δεδομένου ότι στην καθημερινή τους ζωή οι πολίτες είθισται να μη φορούν αλεξίσφαιρο γιλέκο. Αν, όμως, το θύμα *δεν έτυχε να φορά αλλά φορούσε πάντοτε τέτοιο γιλέκο*¹⁰, τότε θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι επρόκειτο για *απολύτως* απρόσφορη απόπειρα, δηλ. απόπειρα του άρθρου 43 ΠΚ, αφού λογικώς αποκλείεται να πεθάνει από σφαίρα στην καρδιά κάποιος που φορά πάντοτε αλεξίσφαιρο γιλέκο¹¹. Το πρόβλημα αυτό εντοπίζεται και από τον Αυστριακό ποινικολόγο *Helmut Fuchs*¹², ο οποίος αναφέρει το ακόλουθο παράδειγμα

8. *Μυλωνόπουλος*, ό.π., σελ. 52.

9. Έτσι ο *Μυλωνόπουλος*, ό.π.

10. Πρβλ. το παράδειγμα που αναφέρει ο *Maiwald*, Über taugliche, untaugliche und grob unverständige Versuche. Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, εις: *Koriath / Krack / Radtke / Jehle* (επιμ. έκδ.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, 2010, σελ. 159 κ.ε., 164: ο δράστης πυροβολεί στο πάνω μέρος του σώματος τον αστυνομικό που τον καταδιώκει, ο τελευταίος όμως φορά αλεξίσφαιρο γιλέκο και γλυτώνει. Πρβλ. και την *ΑΠ 1025/2014*.

11. Πρβλ. *Ανδρουλάκη*, ΠoinΔ, ΓενΜ, II. Απόπειρα και συμμετοχή, 2004, σελ. 48, ο οποίος “χωρίς διαταγμό” κατατάσσει την πρώτη εκδοχή του παραδείγματος στην κατηγορία της σχετικώς απρόσφορης απόπειρας, αν όμως ο ανθρώπινος στόχος φορά επί μονίμου βάσεως το αλεξίσφαιρο γιλέκο, υποστηρίζει ότι είναι “πιθανόν” να πρόκειται για απόλυτη αδυναμία. Τέτοιες “σπαζοκεφαλιές” οφείλονται στο γεγονός ότι στην μεν εκδοχή του *συμπωματικών* φορεμένου αλεξίσφαιρου γιλέκου το στοιχείο αυτό *αφαιρείται* από την in abstracto θεώρηση του περιστατικού, στην δε εκδοχή του *μονίμως* φορεμένου αλεξίσφαιρου γιλέκου *συνυπολογίζεται* στην in abstracto θεώρηση!

12. *Fuchs*, Österr. StrafR, AT I, 92016, 30/17.

3. *Μυλωνόπουλος*, ΠoinΔ, ΓενΜ II, 2008, σελ. 49· *Χωραφάς*, ΠoinΔ, 91978, 322· *Μαγκάκης*, Διάγραμμα ΓενΜ, 31984, σελ. 381/382· *Κωστάρας*, Η απόπειρα απόπειρα. Δογματική θεμελίωση και ερμηνευτική πραγμάτευση, 1997, σελ. 166, 176/177.

4. *Κωστάρας*, ό.π., σελ. 178· έτσι και ο *Μπαλάς*, Σχόλιο υπό το Βούλ. *ΑΠ 2078/2005* ΠoinΧρ 2006, 540.

5. Πρβλ. *Μυλωνόπουλο*, ό.π., σελ. 61.

6. Για την κατάφαση της αντικειμενικής επικινδυνότητας η παλαιά αντικειμενική θεωρία εστίαζε στην έννοια του *αφρημένου* κινδύνου. Επ’ αυτής βλ. v. *Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, Das Verbrechen, 1930/1971, σελ. 419, ο οποίος σημειώνει ότι «το αν μια *συγκεκριμένη* πράξη –και μια τέτοια πράξη τίθεται υπό την κρίση του Ποινικού Δικαίου– είναι επικίνδυνη ή όχι είναι ζήτημα που μπορεί να κριθεί μόνο *κατά περίπτωση* επί τη βάσει μιας εκτίμησης που γίνεται *κατά την διάρκεια της πράξης*». Πρβλ. *Steinberg*, Tauglicher Versuch und konkrete Gefährdung, GA 2008, σελ. 516 κ.ε., 527: «Η απρόσφορη απόπειρα δεν θέτει ποτέ σε συγκεκριμένο κίνδυνο το καθ’ ου η επίθεση έννομο αγαθό».

7. Πρβλ. το παράδειγμα που αναφέρει ο *Κωστάρας*, ό.π., σελ. 178: «Όσες φορές κι αν προσφέρω *ζάχαρη* σε έναν υγιή, αποκλείεται να τον θανατώσω. Δεν οδηγούμαι όμως στο ίδιο συμπέρασμα, όταν τη *ζάχαρη* την προσφέρω σε *διαβητικό*».

μα: Με το άπλωμα του χεριού σε μια άδεια τσέπη είναι απολύτως αδύνατη η ολοκλήρωση της κλοπής, ενώ είναι δυνατή με το άπλωμα εν γένει σε μια τσέπη.

Ως εκ τούτου, το *punctum saliens* της εν λόγω προβληματικής βρίσκεται στην *οπτική γωνία* που θα επιλέξουμε για να περιγράψουμε την υπό εξέταση πράξη και, συνακόλουθα, να κρίνουμε το πρόσφορο ή απρόσφορο της απόπειρας. Τι είναι ορθότερο, αναρωτιέται ο Duff¹³: Να περιγράψουμε την πράξη του δράστη, π.χ. εκείνου που, για να σκοτώσει τον εχθρό του, τραβά την σκανδάλη όπλου το οποίο θεωρεί γεμάτο, με βάση την δική του πίστη, δηλαδή ότι τραβά την σκανδάλη ενός (νομιζόμενου) γεμάτου όπλου; Ή με βάση το τι πραγματικά συμβαίνει, δηλαδή ότι τραβά την σκανδάλη ενός άδειου όπλου; Ή μήπως με βάση το τι πιστεύει ένα “λογικά σκεπτόμενο πρόσωπο” [reasonable person], δηλαδή, αν μεν η πίστη του ότι το όπλο ήταν γεμάτο αποτελούσε παράλογη σκέψη, να δεχτούμε ότι ο δράστης τραβά την σκανδάλη ενός προδήλως άδειου όπλου, αν δε η πίστη του ήταν έλλογη, να δεχθούμε ότι αυτός τραβά την σκανδάλη ενός πιθανώς γεμάτου όπλου; Τα ερωτήματα αυτά οδηγούν, σύμφωνα με την κίρια επισήμανση του Duff, στο “τέλημα” [*quagmire*] της απρόσφορης απόπειρας¹⁴.

Κατά τον Fuchs¹⁵, χρειαζόμαστε έναν νοερά συνοδό παρατηρητή, ο οποίος θα κρίνει την (α)προσφορότητα από την σκοπιά του δράστη, σκεπτόμενος με την λογική του μέσου ανθρώπου. Τα όποια “στατικά δεδομένα” υπάρχουν στο υπό εξέταση περιστατικό οδηγούν σε κατάφαση της απρόσφορης απόπειρας, εφόσον εξαιτίας τους η ολοκλήρωση του εγκλήματος καθίσταται ανέφικτη, χωρίς να ενδιαφέρει αν ο παρατηρητής τα γνώριζε ή μπορούσε να τα γνωρίζει. Με βάση αυτήν την αντικειμενική *ex ante* θεώρηση, το άπλωμα του χεριού για “ξάφρισμα” μιας κατά σύμπτωση άδειας τσέπης αποτελεί απολύτως απρόσφορη απόπειρα, αφού *ανύπαρκτα χρήματα ουδείς μπορεί να αφαιρέσει!*

Σημειωτέον ότι ο Fuchs αντιδιαστέλλει την ύπαρξη των “στατικών δεδομένων” από “δυναμικά συμβάντα”, δηλαδή αιτιώδεις διαδρομές που διακρίνονται από αβεβαιότητα ως προς την εξέλιξή τους και σε σχέση με τις οποίες θεμελιώνεται πρόσφορη απόπειρα. Εδώ ανήκει, φέρ’ ειπείν, η απόπειρα ανθρωποκτονίας που τελεί ένας δράστης ο οποίος αντί να ρίξει στο ρόφημα του θύματος αρσενικό ρίχνει κατά λάθος ζάχαρη, μπερδεύοντας τα αντίστοιχα δοχεία· αλλιώς, όμως, θα είχε το πράγμα, αν ο δράστης είχε προμηθευτεί την ουσία με την οποία θα τελούσε την ανθρωποκτονία από έναν φαρμακοποιό, ο οποίος μη θέλοντας να έχει ανάμειξη στο φονικό σχέδιο του δράστη, του παρέδωσε, αντί δηλητηρίου, ζάχαρη.

Περαιτέρω, ο ανωτέρω ποινικολόγος σχετικοποιεί το προαναφερθέν συμπέρασμα περί εντάξεως της απόπειρας αφαίρεσης χρημάτων στο πεδίο της απρόσφορης απόπειρας ακόμη κι όταν εκ συμπτώσεως είναι άδεια η τσέπη, λέγοντας ότι, αν η αξιολόγηση αυτή δεν ικανοποιεί, διότι ευεργετεί κατά τρόπον απαράδεκτο τον δράστη, τότε θα μπορούσε να επικριθεί η διάκριση ανάμεσα σε ένα από την μια πλευρά *ανύπαρκτο αντικείμενο* και σε ένα, από την άλλη πλευρά, *συμπτωματικώς απόν αντικείμενο*, στην δε δεύτερη περίπτωση να γίνει δεκτό ότι πρόκειται για πρόσφορη απόπειρα,

13. Duff, *Criminal Attempts*, 1996, σελ. 76.

14. Ο Duff, ό.π., παρατηρεί ότι άλλο πράγμα είναι ο δράστης να *έτυχε να αποτύχει* και άλλο να ήταν *αδύνατη η επιτυχία* του!

15. Fuchs, ό.π., 30/33 κ.ε.

εφόσον αυτή συνδέεται με την *προσβολή μιας ξένης έννομης σφαίρας*¹⁶. Τέτοια σφαίρα αποτελεί η τσέπη ενός ξένου σακακιού που έτυχε να είναι άδεια την ημέρα της απόπειρας, όχι όμως και η τσέπη του σακακιού του δράστη· συνακόλουθα, μόνο η πρώτη περίπτωση μπορεί να συνιστά πρόσφορη απόπειρα, όχι όμως και η δεύτερη, αφού η απόπειρα του δράστη να αφαιρέσει χρήματα από την άδεια τσέπη του δικού του σακακιού δεν πληροί το προαπαιτούμενο της προσβολής μιας ξένης ιδιοκτησιακής σφαίρας¹⁷.

Είναι αξιοσημείωτο ότι κάτι αντίστοιχο έχει υποστηριχθεί και στην ημεδαπή επιστήμη από τον *Ανδρουλάκη* με το εξής σκεπτικό: Εάν θεθεί ως βάση για την προσέγγιση του νομιμοποιητικού λόγου τιμώρησης τόσο της πρόσφορης όσο και της απρόσφορης απόπειρας η *θραύση της ειρήνευσης του εννόμου αγαθού*, τότε στις περιπτώσεις κατά τις οποίες ο δράστης πυροβολεί κατά του άδειου κρεβατιού, δωματίου κ.ο.κ., περαιτέρω του διαρρήκτη που παραβιάζει το άδειο χρηματοκιβώτιο, αντίστοιχως δε και του πορτοφολά που “βάζει χέρι” σε ξένη, αλλά επίσης άδεια τσέπη, μπορεί να ειπωθεί ότι η ειρήνευση του εκάστοτε εννόμου αγαθού *έχει καταλυθεί από την παράνομη εισβολή στην σφαίρα προστασίας* του¹⁸.

Όχι πολύ μακριά από την προμνημονευθείσα άποψη του Fuchs, χωρίς όμως την πρόσθετη σχετικοποίηση περί προσβολής της ξένης έννομης σφαίρας και χωρίς την διάκριση ανάμεσα σε στατικά δεδομένα και δυναμικά συμβάντα, βρίσκεται η θέση του *Κωστάρα*¹⁹: Κατ’ αυτόν, αποφασιστικής σημασίας για την οριοθέτηση της πρόσφορης από την απρόσφορη απόπειρα είναι η *ex ante* κρίση του τρίτου λογικά σκεπτόμενου και αμερόληπτου παρατηρητή, ο οποίος τοποθετείται στην θέση και στο μυαλό του συγκεκριμένου δράστη θέτοντας τον εξής ερώτημα: *Μήπως όσες φορές και να επιχειρήσει ο δράστης το έγκλημα με το συγκεκριμένο μέσο ή εναντίον του συγκεκριμένου αντικειμένου υπό τις δεδομένες συνθήκες αποκλείεται λογικά να επιτύχει την τέλεση του επιδιωκόμενου αποτελέσματος;* Εάν η απάντηση είναι καταφατική, τότε η απόπειρα θα είναι απρόσφορη, ειδάλλως θα τύχει εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 42 ΠΚ.

Ειδικότερα, σε ό,τι αφορά την πρόσφορη απόπειρα λόγω *αντικείμενου*, ο *Κωστάρας* διευκρινίζει ότι «ένας άνθρωπος που απουσιάζει από τον τόπο της εκδηλούμενης εγκληματικής ενέργειας, ακριβώς όπως συμβαίνει και με έναν νεκρό, εννοιολογικά αποκλείεται να αποτελέσει πρόσφορο αντικείμενο ανθρωποκτονίας, *ανεξάρτητα από τον λόγο της απουσίας του*»²⁰, το ίδιο δε ισχύει «και για το πράγμα το οποίο επίσης λείπει κατά τον χρόνο της πράξεως από το “πεδίο βολής”», αφού «ένα τέτοιο αντικείμενο λογικά και πρακτικά ουδεμία πιθανότητα προσβολής έχει»²¹. Συμπληρώνει δε ο ίδιος τα ακόλουθα: «Αντικείμενο [...] της ανθρωποκτονίας δεν είναι το σπίτι, αλλά ο συγκεκριμένος άνθρωπος,

16. Fuchs, ό.π., 30/37.

17. Για την εφαρμογή, σε τέτοιες περιπτώσεις, της θεωρίας της “ελλιπούς αντικειμενικής υποστάσεως” (άλλως: “ελαττώματος στην ποινική υπόσταση” / “ελλείμματος στην αντικειμενική υπόσταση” / “νομοτυπικής ελλείψεως” - Mangel am Tatbestand) βλ. *Μυλωνόπουλο*, ό.π., σελ. 56 κ.ε.

18. *Ανδρουλάκης*, ό.π., σελ. 48, ad finem.

19. *Κωστάρας*, ό.π., σελ. 167, 180.

20. *Κωστάρας*, ό.π., σελ. 171 (η έμφαση του γράφοντος).

21. *Κωστάρας*, *αυτόθι*.

εναντίον του οποίου στρέφεται η ανθρωποκτόνος ενέργεια. Και ο άνθρωπος αυτός ή είναι παρών κατά την ώρα της πράξεως, οπότε διατρέχει πράγματι κίνδυνο προσβολής, ή είναι απών και συνεπώς καθίσταται εκ των πραγμάτων λογικά αδιανόητη η προσβολή του. Η ίδια συλλογιστική διέπει το αντικείμενο και όταν αυτό είναι κάποιο πράγμα που λείπει από τον χώρο από τον οποίο προσπαθεί να το αφαιρέσει ο δράστης. Ένα άδειο ταμείο ή πορτοφόλι από τη φύση του είναι απρόσφορο αντικείμενο κλοπής χωρίς να έχει σημασία ο λόγος για τον οποίο βρέθηκε τελικά άδειο»²².

Σε ό,τι αφορά την διάκριση της πρόσφορης από την απρόσφορη απόπειρα λόγω μέσου, ο ανωτέρω συγγραφέας ακολουθεί το ίδιο κριτήριο, τασοόμενος υπέρ της κατάφασης της δεύτερης, οσάκις διαπιστώνεται ότι «όσες φορές και να επιχειρήσει κάποιος την πράξη, αποκλείεται να έχει διαφορετικό αποτέλεσμα από την πρώτη προσπάθεια»²³, επισημαίνοντας ότι, κατόπιν συνεκτιμήσεως της συγκεκριμένης χρήσης του μέσου, διακρίνονται δύο κατηγορίες μέσων: αφ' ενός εκείνα που «ενώ είναι κατά κανόνα απρόσφορα, εμφανίζονται κατ' εξαίρεση ως πρόσφορα» και αφ' ετέρου εκείνα που «κατά κανόνα είναι πρόσφορα, μετατρέπονται δε κατ' εξαίρεση σε απρόσφορα»²⁴.

Υπό το πρίσμα του *Κωστάρα*, το οποίο προσφέρει μια μάλλον συνεπέστερη εφαρμογή του κριτηρίου περί λογικού-εννοιολογικού αποκλεισμού της πραγμάτωσης της αντικειμενικής υποστάσεως, αφού συνεκτιμά όλα τα δεδομένα που διαμόρφωσαν την εξέλιξη της αιτιώδους διαδρομής στην συγκεκριμένη περίπτωση, έχει δε ως πλεονέκτημα ότι απαλλάσσει τον εφαρμοστή του Δικαίου από την διερεύνηση και συναξιολόγηση λεπτών υποδιακρίσεων²⁵, ως απολύτως απρόσφορη απόπειρα θα έπρεπε να είχε αξιολογηθεί το ιστορικό επί του οποίου έκρινε ο Άρειος Πάγος με την υπ' αριθ. ΑΠ 2008/2007 απόφασή του²⁶:

Ο κατηγορούμενος είχε μεταβεί στο γραφείο της εταιρείας ενοικιαζομένων αυτοκινήτων που βρισκόταν εντός του χώρου του Αερολιμένος και ζήτησε από τον υπάλληλό της να μισθώσει ένα αυτοκίνητο, δίνοντάς του αφ' ενός μια πιστωτική κάρτα Visa της Bank of America και αφ' ετέρου μια πιστωτική κάρτα της Flet Mastercard, που ανήκαν σε άλλον και από την κατοχή του οποίου τις είχε αφαιρέσει, «πλην όμως δεν πέτυχε τον παραπάνω σκοπό του, γιατί ο ως άνω υπάλληλος, που αντιλήφθηκε την πρόθεσή του να τον εξαπατή-

σει, δεν δέχθηκε να τις πιστώσει και τις ήλεγξε στο πιστωτικό μηχάνημα, διαπιστώνοντας ότι για την παραπάνω κάρτα [...] υπήρχε εντολή κράτησης και ενημέρωσης της αρμόδιας τράπεζας, ενώ η κάρτα της Fleet δεν γινόταν αποδεκτή από το πιστωτικό μηχάνημα γιατί δεν υπήρχε χρηματικό αντίκρισμα».

Σύμφωνα με την προβληματική κρίση του Αναθεωρητικού Δικαστηρίου, που επικυρώθηκε από τον Άρειο Πάγο ως ορθή και αιτιολογημένη, «σαφώς από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η πράξη αυτή δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως απρόσφορη απόπειρα κατά την έννοια του άρθρου 43 του ΠΚ, καθόσον ο περιγραφείσ τρόπος τελέσεώς της ήταν πολύ πιθανό και δυνατό να οδηγήσει στην πλήρη πραγμάτωση του εγκλήματος της απάτης»!

Αντιθέτως, στην κατάφαση της απολύτως απρόσφορης απόπειρας θα είχε οδηγήσει το επιχείρημα ότι, όσες φορές και να προσπαθούσε ο κατηγορούμενος –στον συγκεκριμένο τόπο-χρόνο και υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες– να επιτύχει την πληρωμή του αντιτίμου ενοικίασεως αυτοκινήτου χρησιμοποιώντας τις δύο κλεμμένες πιστωτικές κάρτες, θα ήταν λογικώς ανέφικτο να εξαπατήσει τον υπάλληλο. Το ότι ο κατηγορούμενος έτυχε να δώσει τις πιστωτικές κάρτες σε χρονική στιγμή κατά την οποία είχε μεσολαβήσει η ενημέρωση της τράπεζας για την κλοπή και, αντιστοίχως, ότι είχε ξοδευτεί και η τελευταία “δεκάρα” του συνδεδεμένου λογαριασμού (κατά τούτο, η περίπτωση αυτή θα μπορούσε να παραλληλισθεί με το ήδη αναφερθέν παράδειγμα του δράστη εκείνου ο οποίος πυροβολεί κατά ανθρώπινου στόχου που έτυχε να φορά –εκείνη ακριβώς την μέρα!– αλεξίσφαιρο γιλέκο²⁷) είναι, με βάση την προεκτεθείσα προσέγγιση, άνευ σημασίας.

Με τα λόγια του *Κωστάρα*: «Δεν έχει σημασία στην προκειμένη περίπτωση το ζήτημα τι θα μπορούσε να συμβεί, εάν είχαν αλλιώς τα πράγματα, αλλά τι μπορεί να συμβεί στη δεδομένη κατάσταση των πραγμάτων, όπως αυτή υπάρχει κατά τον χρόνο τελέσεως της πράξεως»²⁸. Για τον ίδιο λόγο, όπως ήδη σημειώθηκε ανωτέρω από ΙΙ.Β., δεν έχει σημασία αν *in abstracto* ήταν απρόσφορο μέσο για εξαπάτηση το συγκεκριμένο “ψευτο-iphone”, αλλά αν *in concreto* η χρήση του έγινε ενώπιον ενός προσώπου που μπορούσε ευχερώς να αντιληφθεί τι κινητό του “πασάρουν”.

Από αυτή την οπτική φαίνεται να δικαιώνεται η επισήμανση του Βρετανού ποινολόγου *Gerome Hall* ότι η διάκριση ανάμεσα σε απολύτως και σχετικώς απρόσφορη απόπειρα είναι παραπλανητική: Και ένας μόνο όρος, αναγκαίος για την επιτυχή έκβαση του εγχειρήματος, αν λείπει, διαβαθμίσεις απροσφορότητας δεν μπορούν να υπάρξουν, αφού η απόπειρα είναι πάντοτε απολύτως απρόσφορη!²⁹

22. *Κωστάρας*, ό.π., σελ. 172.

23. *Κωστάρας*, ό.π., σελ. 180.

24. *Κωστάρας*, ό.π., σελ. 178.

25. Βλ. π.χ. την συζητούμενη υπαγωγή στο πεδίο της πρόσφορης απόπειρας ανθρωποκτονίας ακόμη και της περίπτωσης εκείνης κατά την οποία το υποψήφιο θύμα έχει πεθάνει από συγκοπή λίγη ώρα πριν από τον πυροβολισμό: επ' αυτού βλ. π.χ. *Ανδρουλάκη*, ό.π., σελ. 49, υποσ. 9. Ακόμη και στο παράδειγμα του δράστη που πυροβολεί με άδειο όπλο θα μπορούσε κάποιος να αναρωτηθεί αν θα ήταν διαφορετική η αξιολόγηση σε περίπτωση που το όπλο δεν ήταν από μέρες άδειο αλλά το είχε αδειάσει, εν αγνοία του δράστη, λίγο πριν από την χρήση του κάποιος τρίτος! Πρβλ. την γνώμη των *Liszt/Schmidt*, κατά παραπομπή *Maiwald*, ό.π., 2010, σελ. 165, σύμφωνα με τους οποίους στην παραλλαγή αυτή πρόκειται για μια επικίνδυνη και κατά τούτο πρόσφορη απόπειρα, με το σκεπτικό ότι το τυχαίο άδειασμα ενός όπλου λίγο πριν από την χρήση του δεν είναι “γενικώς διαγνώσιμο” [allgemein erkennbar].

26. Πλογ 2007, 1519, με σχόλιο του γράφοντος.

27. Βλ. υποσ. 8.

28. *Κωστάρας*, ό.π., σελ. 173 (η έμφαση στο πρωτότυπο).

29. *Hall*, *General Principles of Criminal Law*, 1960, σελ. 589- βλ. και *Weigend*, *Why Lady Eldon Should Be Acquitted: The Social Harm in Attempting the Impossible*, *DePaul Law Review* 27 (1977), σελ. 231 κ.ε., 235. Πρβλ. *Κωστάρα*, Έννοιες και Θεσμοί του Ποινικού Δικαίου, 2004, πλαγιάρ. 846/847, ο οποίος αντιπαρτηρεί ότι κάτι ή είναι ακατάλληλο ή δεν είναι – λιγότερο ή περισσότερο ακατάλληλο, όπως και γυναίκα λιγότερο ή περισσότερο έγκυος, δεν νοείται!

III. Εξ ευηθείας απρόσφορη απόπειρα;

A. Ως προς τον κατηγορούμενο

Το ατιμώρητο της εξ ευηθείας, δηλαδή από “βλακεία”, “μωρία”, “μικρόνοια”³⁰, απόπειρας συνδέεται με το γεγονός ότι μια τέτοια συμπεριφορά ως “αυτόδηλα καταγέλαστη” δεν μπορεί να διαταράξει το status ηρεμίας του εννόμου αγαθού, δημιουργώντας την εγκληματική εντύπωση ότι κλονίζεται το αίσθημα ασφάλειας των πολιτών και η εμπιστοσύνη τους στην ισχύ της έννομης τάξης³¹. Με άλλα λόγια³², «στην ουσία η “ευήθεια” περιλαμβάνει όλες τις “απόπειρες” που είναι ανίκανες να θίξουν την ειρήνευση του καθ’ ου στρέφονται εννόμου αγαθού». Η πράξη του δράστη βρίσκεται σε τόση απόσταση από την δυνατότητα να προκαλέσει το αποτέλεσμα, μαρτυρώντας «τόσο μεγάλη άγνοια στοιχειωδών εμπειρικών κανόνων»³³, που ο αντικειμενικός παρατηρητής θα αναρωτιόταν ευλόγως: “μα τι κάνει αυτός ο βλάκας;”³⁴.

Φρονώ ότι ο κατηγορούμενος δύσκολα θα μπορούσε να υπαχθεί στην κατηγορία ενός τέτοιου “βλάκα”, δεδομένου ότι, όταν συνελήφθη από την Αστυνομία, βρέθηκαν πάνω του, εκτός από το ποσό των 50 € που είχε λάβει από τον ιδιοκτήτη του καφενείου, και άλλες δέκα απομιμήσεις συσκευών κινητών τηλεφώνων, ανάμεσα στις οποίες και «δύο τύπου iPhone 5». Τούτο σημαίνει μάλλον ότι ο κατηγορούμενος είχε λόγους να πιστεύει ότι μια τέτοια απατηλή δράση επιφέρει αποτελέσματα, με όρους της καθομιλουμένης ότι είναι “κόλπο που πιάνει”, γι’ αυτό και είχε μαζί του πληθώρα τέτοιων συσκευών-απομιμήσεων.

B. Ως προς την συγκατηγορούμενη σύζυγό του

Σύμφωνα με τα διαπιστωθέντα πραγματικά περιστατικά, μετά την πώληση του “ψευτο-iphone” ο κατηγορούμενος «απομακρύνθηκε από το ανωτέρω καφενείο με το υπ’ αριθ. κυκλ. [...] ΙΧΕ αυτοκίνητο, ιδιοκτησίας της συζύγου και συγκατηγορούμενης του, αποκομίζοντας έτσι το προαναφερόμενο χρηματικό ποσό ως τίμημα της πώλησης».

Το δικαστήριο κήρυξε αθώα την εν λόγω συγκατηγορούμενη με το ακόλουθο σκεπτικό: «Δεν δύναται να θεμελιωθεί η συμμετοχική της ευθύνη υπό τη μορφή της ψυχικής

συνδρομής στον κατηγορούμενο σύζυγό της κατά την τέλεση της άδικης πράξης που επικαίρησε, μόνο υπό την παρουσία της μαζί του, άνευ ετέρου, διότι αυτή δικαιολογείται από τη μεταξύ τους συζυγική σχέση. Επιπροσθέτως, από κανένα αποδεικτικό στοιχείο δεν αποδείχθηκε η γνώση στο πρόσωπο της κατηγορουμένης και συζύγου για την πρόθεση, αλλά και την τέλεση της πράξης της απάτης που επικαίρησε να διαπράξει ο συγκατηγορούμενός της και σύζυγός της με την παράσταση ψευδών γεγονότων, και δη την παράσταση του μη γνήσιου κινητού ως γνήσιου, καθώς η κατοχή από αυτόν πολλών κινητών απομιμήσεων γνήσιων τηλεφώνων προς πώληση δεν σηματοδοτεί αναπόδραστα την εκ των προτέρων πρόθεση αυτού να τα πωλήσει, παριστάνοντάς τα ψευδώς ως γνήσια».

Καίτοι η αθώωση αυτή είναι εκ του αποτελέσματος ορθή, πρέπει να γίνει η εξής διευκρίνιση:

Κατά μίαν άποψη, η διάταξη του άρθρου 43 παρ. 2 ΠΚ εμπεριέχει έναν προσωπικό λόγο απαλλαγής από την ποινή. Τούτο σημαίνει ότι επί εξ ευηθείας απροσφόρου απόπειρας υπάρχει μεν αξιόποινη πράξη, όχι όμως και αξιόποινος δράστης³⁵. Κατ’ άλλην, ορθότερη άποψη, από αυτού του είδους την απρόσφορη απόπειρα «εκείνο που λείπει [...] είναι προεχόντως η αξιόποινη πράξη, κι αυτή λείπει για όλους — και για τον αυτουργό και για τους τυχόν συμμετόχους»³⁶, με άλλα λόγια: «στην εξ ευηθείας απρόσφορη απόπειρα μειώνεται η αντικειμενική απαξία της πράξης έτσι ώστε περιθώριο ευθύνης των συμμετόχων δεν υπάρχει»³⁷. Κατά την χαρακτηριστική ρήση του Γάφου: «εκείνο το οποίο δεν δύναται να παραχθεί υπό του ανθρώπου είναι κοινωνικώς και νομικώς μη-δέν»³⁸.

Αν, λοιπόν, ακολουθηθεί η δεύτερη άποψη, ελλείπει αντικειμενικής απαξίας της πράξης δεν μπορεί να υπάρξει ούτε συμμετοχική τοιαύτη. Συνακόλουθα, παρέλκει η εξέταση ενός ζητήματος που αποτελεί cura posterior, όπως είναι εκείνο που αφορά την συγκρότηση της παροχής συνδρομής με απλή παρουσία στον τόπο του εγκλήματος ή την συνδρομή του γνωστικού και βουλευτικού στοιχείου του συμμετοχικού δόλου.

Αν, όμως, ακολουθηθεί η πρώτη άποψη, η οποία υποκρύπτεται στο σκεπτικό της εδώ σχολιαζομένης, τότε ορθώς έγινε δεκτό ότι «δεν δύναται να θεμελιωθεί η συμμετοχική ευθύνη [της συγκατηγορουμένης] υπό τη μορφή της ψυχικής συνδρομής στον κατηγορούμενο σύζυγό της κατά την τέλεση της άδικης πράξης που επικαίρησε, μόνο υπό την παρουσία της μαζί του», αφού, κατά την ορθότερη άποψη, η οποία άρχισε να εφαρμόζεται στην αρεοπαγίτικη νομολογία από το 2000 και εντεύθεν³⁹ —δυστυχώς όχι ανεξαιρέτως⁴⁰—, για την

30. Βλ. παραπομπές στον *Ανδρουλάκη*, ό.π., σελ. 51.

31. *Κωστάρας*, ό.π., σελ. 168.

32. *Ανδρουλάκης*, ό.π., σελ. 52.

33. *Μυλωνόπουλος*, ό.π., σελ. 54.

34. *Ανδρουλάκης*, ό.π., σελ. 51, υποσ. 15. Ο *Μυλωνόπουλος* (ό.π., σελ. 54, υποσ. 195) σημειώνει ότι την φράση “μα τι κάνει αυτός ο βλάκας;” την «έγραφε ο v. Hippel, Strafrecht, AT II, 1930, 438» (ορθώς: σελ. 428). Ωστόσο, η φράση αυτή φαίνεται ότι είναι περισσότερο μια (τω όντι ιδιαίτερος εύστοχη) φράση που εμπνεύσθηκε μεν ο *Ανδρουλάκης* (ό.π.) από τον *Robert von Hippel* (ό.π.), στον οποίο άλλωστε παραπέμπει, χωρίς όμως ο Έλληνας συγγραφέας να υπονοεί ότι η συγκεκριμένη φράση “μα τι κάνει αυτός ο βλάκας;” (η φράση αυτή έχει αναδειχθεί και ως τίτλος ενότητας εις: *Βαθιώτη*, Στοιχεία Ποινικού Δικαίου, ΓενΜ, 2007, § 21, πλαγιάρ. 131) ειπώθηκε expressis verbis από τον Γερμανό συγγραφέα. Η αυθεντική γερμανική φράση, την οποία, σύμφωνα με τον *Hippel*, θα μπορούσε διαζευκτικώς να φωνάξει στον δράστη της υπό εξέταση απόπειρας ο μεταφερόμενος εικονικά στην θέση του παρατηρητή της, έχει ως εξής: “Laß das!” oder: “Du Dummkopf!” (σε κάπως ελεύθερα ελληνικά: “Αστο, δεν κάνεις!” ή “τι βλάκας που είσαι!”).

35. Έτσι π.χ. οι: *Χωραφάς*, ό.π., σελ. 425· *Μαγκάκης*, ό.π., σελ. 357· *Κωστάρας*, ό.π., σελ. 195.

36. *Ανδρουλάκης*, ό.π., σελ. 52.

37. *Μυλωνόπουλος*, ό.π., σελ. 55.

38. *Γάφος*, ΠoinXp 1953, 2.

39. Βλ. *ΑΠ 747/2000 ΠoinXp 2001*, 69 (βλ. ήδη *Βαθιώτη*, Σχόλιο υπό την *ΑΠ 777/1998 ΠoinXp 1999*, 525, υπό Α 2 α). Επίσης: *ΑΠ 1676/2005 ΠoinXp 2006*, 439· *ΑΠ 2130/2007 ΠoinXp 2008*, 873· *ΑΠ 1633/2008 ΠoinXp 2009*, 786· *ΑΠ 281/2009 ΠoinXp 2010*, 30· *ΑΠ 917/2010 ΠoinXp 2011*, 268.

40. Βλ. π.χ. *ΑΠ 1673/2010 ΠoinXp 2011*, 665, με σχόλιο του γράφοντος (με την απόφαση αυτή εκρίθη ότι ορθώς και αιτιολογημένως καταδικάστηκε για απλή συνέργεια σε μεταφορά αλλοδα-

θεμελίωση απλής συνέργειας δεν αρκεί η απλή αλλ' απαιτείται η ενεργός παρουσία στον τόπο του εγκλήματος, η οποία στην συγκεκριμένη περίπτωση δεν συνέτρεχε.

IV. Απόρροια απόπειρα απάτης versus νομιζόμενη απάτη

Ο προεκτεθείς προβληματισμός για την εξ ευθείας απόρροια απόπειρα του κατηγορουμένου προϋποθέτει λογικώς την δυνατότητα να αξιολογηθεί η συμπεριφορά του πράγματος υπό το πρίσμα της *απόπειρας απάτης*, μολονότι ο αγοραστής του κινητού *προέβη σε περιουσιακή διάθεση*, δηλαδή στην καταβολή των 50 €. Στις αναπτύξεις που ακολουθούν θα δειχθεί ότι, ελλείψει προκλήσεως περιουσιακής βλάβης στον παθόντα από την πώληση του «ψευτο-iphone» (βλ. υπό Β.1.), άποψη βεβαίως που έχει και τον αντίλογό της (βλ. υπό Β.2.), η δυσχερής αντιμετώπιση της εξ ευθείας απόρροιας απόπειρας θα μπορούσε να είχε παρακαμφθεί υπό το πρίσμα του νομιζόμενου εγκλήματος (βλ. υπό Β.3.).

A. Έλλειψη αιτιώδους συνάφειας ανάμεσα στην πράξη εξαπάτησης και την περιουσιακή διάθεση

Η υπαγωγή της υπό εξέταση πράξης στο πεδίο της απόπειρας στηρίχθηκε στην διαπίστωση ότι «ο φερόμενος ως παθών δεν απέδωσε την αγορά στην ψευδή παράσταση αυτού ως γνήσιου κινητού iphone, αλλά στην επιθυμία του να αποφύγει την επαφή με τον κατηγορούμενο». Ως εκ τούτου, διεγνώσθη *έλλειψη αιτιώδους συνάφειας* ανάμεσα στην πράξη εξαπάτησης και την περιουσιακή διάθεση, η οποία πράγματι άγει σε θεμελίωση «κολοβής απάτης», με μόνο στοιχείο που μπορεί να καταλογισθεί στον δράστη την ρητή ψευδή παράσταση στην οποία προέβη έναντι του αγοραστή· όλα τα υπόλοιπα αναγκαία στοιχεία της αντικειμενικής υποστάσεως λογίζονται ως μηδέποτε πληρωθέντα, αφού *διαρρηγνύεται ο αιτιώδης αρμός που πρέπει οπωσδήποτε να τα συνέχει*. Μάλιστα, ακόμη κι αν είχε πεισθεί ο αγοραστής από την ψευδή παράσταση του κατηγορουμένου, αλλά είχε καταβάλει το τίμημα «για να τον ξεφορτωθεί» (ίσως αυτό να εννοείται με την φράση περί επιθυμίας του αγοραστή «να αποφύγει την επαφή με τον κατηγορούμενο», επαφή πάντως που έλαβε χώρα, καθ' όσον έγινε δεκτό ότι ο τελευταίος έθεσε σε λειτουργία το πωληθέν κινητό, προφανώς προς επίδειξή του), και πάλι θα έλειπε ο αιτιώδης σύνδεσμος ανάμεσα στην πράξη εξαπάτησης και την περιουσιακή διάθεση, αφού ο αγοραστής κατέβαλε *αποκλειστικά από άλλη αιτία*⁴¹. Σημειωτέον ότι σε άλλο χωρίο της σχολιαζόμενης αποφάσεως έγινε ρητή αναφορά στην έλλειψη της αιτιώδους συνάφειας ανάμεσα στην πράξη εξαπάτησεως και την περιουσιακή διάθεση, ειδικότερα: «ο φερόμενος ως παθών διέγνωσε την αναλήθεια των παραστάσεων του κατηγορουμένου καθώς, όπως ευκρινώς κατέθεσε, δεν “ξεγελάστηκε” και δεν “το αγόρασε για γνήσιο”, δεν προκλήθηκε δηλαδή σε αυτόν καμία πλάνη ως

πών στερούμενων ταξιδιωτικών εγγράφων η κατηγορούμενη, η οποία μολονότι γνώριζε ότι ο μεταφορέας είχε κρύψει τους αλλοδαπούς μέσα σε ειδικά διαμορφωμένους χώρους του αυτοκινήτου του, δέχθηκε να παρίσταται αδιαμαρτύρητα ως συνεπιβάτης καθήμενη στην θέση του συνοδηγού, μαζί με το ανήλικο τέκνο της).

41. Βλ. *Μυλωνόπουλο*, ΠοινΔ, ΕιδΜ, ²2006, § 12, πλαγιάρ. 1106.

απόρροια της παράστασης ψευδών γεγονότων από τον α' κατηγορούμενο που να οδήγησε αιτιωδώς στην περιουσιακή μετακίνηση».

B. Περί του στοιχείου της περιουσιακής βλάβης

Ιδιαίτερη, όμως, προσοχή απαιτείται σε σχέση με την παραδοχή της σχολιαζόμενης αποφάσεως για την (μη) πρόκληση περιουσιακής βλάβης. Ειδικότερα, έγινε δεκτό ότι «*ουδεμία οικονομική βλάβη ή ζημία υπέστη ο φερόμενος ως παθών*, διότι το τίμημα των 50 €, το οποίο κατέβαλε για την αγορά του κινητού απομίμησης του αυθεντικού iphone, κρίνεται ως *εύλογο τίμημα* για την αγορά ενός απλού κινητού τηλεφώνου, πολλώ δε μάλλον ενός κινητού που προσομοιάζει στην όψη σε ένα κινητό πολύ μεγαλύτερης αξίας, όπως και του συγκεκριμένου κινητού, το οποίο λειτουργούσε κανονικά και μπορούσε να χρησιμοποιηθεί από τον φερόμενο ως παθόντα κατά την προορισμένη χρήση του ή να εκποιηθεί χωρίς δυσκολία για ισάξιο τίμημα».

Η παραδοχή αυτή κινείται σε ένα εξαιρετικά δυσχερές ερμηνευτικό πεδίο που αφορά την αξιολόγηση όλων εκείνων των περιπτώσεων κατά την οποία ένας πελάτης συνάπτει σύμβαση πωλήσεως, επειδή του γίνεται μια φαινομενικά επωφελής προσφορά, αλλά του παραδίδεται –σύμφωνα με το αρχικό σχέδιο του δράστη– πράγμα που κοστίζει στην αγορά τόσο, όσο ακριβώς πωλείται και στο πλαίσιο της (δήθεν) προσφοράς. Η αντιμετώπιση αυτών των περιπτώσεων στασιάζεται⁴². Ειδικότερα:

1. Καμία περιουσιακή βλάβη!

Η κρατούσα άποψη στην γερμανική θεωρία και νομολογία αρνείται την στοιχειοθέτηση περιουσιακής βλάβης, διότι η απάτη προστατεύει αποκλειστικώς την περιουσία, όχι και την ελευθερία διαθέσεως. Εφόσον ο ενδιαφερόμενος Β αγόρασε το προσφερόμενο πράγμα στην πραγματική του αξία (άρα «*άξιζε τα λεφτά του*»), δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι ζημιώθηκε⁴³. Το ότι, τελικώς, δεν αγόρασε ένα παντελόνι σε χαμηλότερη τιμή, δεν σημαίνει ότι μειώθηκε η περιουσία του, αλλά ότι *δεν αυξήθηκε*. Όπως επισημαίνεται σχετικώς⁴⁴, η μη υλοποίηση της προσδοκώμενης αύξησης της *περιουσίας κατ' αρχήν δεν αρκεί για την κατάφαση της περιουσιακής βλάβης*⁴⁵.

2. Η αντίθετη επιχειρηματολογία

Σύμφωνα, όμως, με την αντίθετη άποψη, ένας αγοραστής πρέπει να προστατεύεται εξ επόψεως Ποινικού Δικαίου στον ίδιο βαθμό όπως και εξ επόψεως Αστικού Δικαίου. Δεδομένου, λοιπόν, ότι στο Αστικό Δίκαιο αναγνωρίζεται δικαίωμα του αγοραστή να ζητήσει μείωση του τιμήματος, αν προκύψει ότι έλαβε πράγμα χειρότερης ποιότητας από εκείνο που του είχαν υποσχεθεί, δεν πρόκειται εδώ για ματαιώ-

42. Επ' αυτού βλ. αναλυτικά *Βαθιώτη*, Απάτη και Εκβίαση: Ομοιοτήτες – Διαφορές – Διασταυρώσεις, 2014, πλαγιάρ. 570 κ.ε.

43. Παρ' ημίν βλ. *Σπινέλλη*, ΠοινΔ, ΕιδΜ, Εγκλήματα κατά της ιδιοκτησίας και περιουσιακών εννόμων αγαθών, 2011, πλαγιάρ. 58, με το επιχείρημα ότι η περιουσία του παραπληθύνεται «αλλάζει απλώς σύσταση».

44. *Rengier*, StrafR, BT I, ¹⁵2013, § 13, Rdn. 158.

45. Έτσι και το γερμανικό Ακυρωτικό στην «υπόθεση του βαμβάκου παντελονιού» [Zellwollhosenfall] (BGHSt 16, 220).

ση της προσδοκώμενης αύξησης της περιουσίας του αγοραστή σε σχέση με την περιουσία που είχε πριν από την σύναψη της συμβάσεως, αλλά για βλάβη που οφείλεται στο γεγονός ότι ο αγοραστής κατέβαλε το πλήρες τίμημα, παρότι λόγω της έλλειψης της συμφωνηθείσας ιδιότητας είχε δικαίωμα να ζητήσει την μείωσή του. Με άλλα λόγια, μεταξύ της πραγματικής παροχής και της οφειλόμενης, υπάρχει μια οικονομική διαφορά που, κατά την άποψη αυτή, θεμελιώνει περιουσιακή βλάβη: τελικώς εκείνος που δίνει Χ ποσό για να πάρει χειρότερο πράγμα από αυτό που του είχαν τάξει πληρώνει περισσότερο απ' όσο θα έπρεπε!⁴⁶

Ωστόσο, το εύστοχο της προμνημονευθείσας κρίσης εξαρτάται από το αν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι «αυτό που τάζει» ο πωλητής αποτελεί μια αξίωση του αγοραστή ενσωματωμένη ήδη στην περιουσία του, αφ' ης στιγμής συνάπτεται η επίμαχη σύμβαση. Τούτο ακριβώς απορρίπτεται από την κρατούσα και ορθότερη άποψη, η οποία αντιμετωπίζει την σύναψη της σύμβασης και την εκπλήρωσή της ως ένα ενιαίο συμβάν και όχι ως ένα συμβάν που αποτελείται από δύο ξεχωριστές φάσεις, δηλ. αφ' ενός εκείνη κατά την οποία ο αγοραστής καθίσταται πλουσιότερος όταν συνάπτει την (όπως νομίζει) επωφελή γι' αυτόν σύμβαση και αφ' ετέρου εκείνη κατά την οποία καθίσταται φτωχότερος, διότι ο πωλητής δεν εκπληρώνει τα υπεσχημένα⁴⁷.

3. Παράκαμψη της εξ ευηθείας απρόσφορης απόπειρας: Νομιζόμενο έγκλημα!

Η προεκτεθείσα δικοστασία δεν έχει μόνο θεωρητικό ενδιαφέρον για την σχολιαζόμενη υπόθεση. Διότι, προκρινόμενης της πρώτης απόψεως, που είναι και η ορθότερη, μπορεί να παρακαμφθεί ο σκόπελος της εξ ευηθείας απρόσφορης απάτης ως ακολούθως: Ελλείψει περιουσιακής βλάβης, η οποία αποτελεί το απαξιολογικό επίκεντρο της απάτης⁴⁸, δεν μπορεί να θεμελιωθεί καν απόπειρα απάτης. Εφόσον η απάτη είναι έγκλημα (μη συνειδητής) αυτοβλάβης⁴⁹, η έλλει-

ψη του δομικού αυτού στοιχείου της θέτει εκποδών την υπόσταση του εν λόγω εγκλήματος κατά λογική αναγκαιότητα και από το πεδίο της απόπειρας. Αλλά ακόμη κι αν δεν γίνει δεκτό αυτό το δομικό στοιχείο, ερωτάται: Πώς είναι δυνατόν να θέτει ο πωλητής σε κίνδυνο την περιουσία του αγοραστή, αφ' ης στιγμής ο πρώτος, έστω δι' απατηλής μεθόδου, δίδει στον δεύτερο μια χρήσιμη και ισάξια αντιπαροχή; Κατά τούτο, ορθότερη προβάλλει η εκδοχή του νομιζόμενου εγκλήματος, η οποία, βεβαίως, οδηγεί στο ίδιο αποτέλεσμα με εκείνο που επισύρει η εφαρμογή του άρθρου 43 παρ. 2 ΠΚ, ήτοι στην ατιμωρησία. Θα επρόκειτο, βεβαίως, για νομιζόμενο έγκλημα, διότι η πλάνη θα αφορούσε την δικαιοκρίση αξιολόγηση των διαπιστωθέντων πραγματικών περιστατικών και όχι την ύπαρξη αυτών των τελευταίων⁵⁰. Μάλιστα, όπως προσφυώς παρατηρείται, μια απόπειρα χωρίς (ποινικοδικαικό) νόημα [unsinniger Versuch] στην πραγματικότητα δεν είναι καν απόπειρα αλλά νομιζόμενο έγκλημα, διότι ο «δόλος» του δράστη δεν κατευθύνεται σε μια κοινωνικώς απρόσφορη/επικίνδυνη πράξη⁵¹.

Νομίζω ότι η λύση αυτή θα συμβιβαζόταν καλύτερα με το γεγονός ότι ο αγοραστής μετά την καταβολή του τιμήματος ειδοποίησε την Αστυνομία, γεγονός που γεννά την εξής απορία: Αφού ο αγοραστής «δεν πείσθηκε από τις ψευδείς παραστάσεις του πρώτου κατηγορουμένου» και «απέδωσε την αγορά [...] στην επιθυμία του να αποφύγει την επαφή με τον κατηγορούμενο», τότε γιατί «αμέσως μετά, ο φερόμενος ως παθών ειδοποίησε τα αστυνομικά όργανα»;

Vermögensschaden, 1988, σελ. 18, με περαιτέρω παραπομπές στην υποσ. 4.

46. Βλ. και *Maiwald*, εις: *Maurach / Schroeder / Maiwald*, BT, Teilbd. 1, 2009, § 41, Rdn. 117.

47. Επ' αυτού βλ. *Wahl*, Die Schadensbestimmung beim Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, 2007, σελ. 192, 193, με πλήθος παραπομπών στην υποσ. 31.

48. Βλ. *Βαθιώτη*, ό.π., πλ.αγιάρ. 746.

49. Επ' αυτού βλ. *Cramer*, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, σελ. 207. *Αποστολίδου*, Απάτη - Η Πλάνη ως Αποτέλεσμα Πράξης Εξαπάτησης και η Περιουσιακή Διάθεση στο Έγκλημα της Απάτης, 2000, σελ. 553 κ.ε., 568. *Βαθιώτη*, ό.π., 2014, πλ.αγιάρ. 554, 692. Από τους παλαιότερους βλ. ήδη *Merkel*, Kriminalistische Abhandlungen, 1867, σελ. 202 κ.ε.· *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 181931, σελ. 562, σημ. 4· επίσης *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 2, 1916 (ανατύπωση 1965), σελ. 1071. Βλ. και *Rudolph*, Das Problem der sozialen Zweckverfehlung beim Spendenbetrug, FS-Klug, 1983, σελ. 315 κ.ε., 316, με περαιτέρω παραπομπές στην υποσ. 6· επίσης *Gerhold*, Zweckverfehlung und

50. Βλ. π.χ. *Roxin*, StrafR, AT, Bd. II, 2003, § 29, Rdn. 378. Για την διάκριση της απρόσφορης απόπειρας από το νομιζόμενο έγκλημα στην απάτη πρβλ. *Βαθιώτη*, Προπληρωμή κατόπιν εξαπατήσεως για την προσφορά παράνομης υπηρεσίας: Αρεοπαγνιτική σιωπή εκατό ετών στο έγκλημα της απάτης, ΠοινΧρ 2014, 720, υπό VI. Περί του ότι η απρόσφορη λόγω νομικής αδυναμίας [legal impossibility] απόπειρα ισοδυναμεί με κατά φαντασίαν έγκλημα [imaginary crime] βλ. *Herring*, Text, Cases, and Materials, 62014, σελ. 790, υπό 2.3.

51. *Fuchs*, ό.π., 30/14, σύμφωνα με τον οποίο νομιζόμενο έγκλημα και όχι απρόσφορη απόπειρα συνιστά, για τον ίδιο λόγο, η *δεδεισδαιμονική απόπειρα* [abergläubischer Versuch]· πρβλ. *Kindhäuser*, StrafR, AT, 52011, § 30, Rdn. 16: «Ό,τι μπορεί να αποτελεί μόνο αντικείμενο ευχής κανείς δεν μπορεί να θέλει να το πραγματοποιήσει». Από την αγγλοσαξονική επιστήμη πρβλ. *Duff*, ό.π., σελ. 398, ο οποίος λέγει ότι, όταν ο δράστης χρησιμοποίησε «ριζικώς ανεπαρκή μέσα» [radically deficient means] «απέτυχε να «τα βάλει» με τον κόσμο αποπειρώμενος να τελέσει το έγκλημα» [failed to engage with the world as an attempt to commit the offence]· *Herring*, ό.π. Για τις περιπτώσεις όπου τα χρησιμοποιούμενα μέσα είναι τόσο προδήλως απρόσφορα [manifestly inadequate], ώστε ο δράστης να πρέπει να κηρυχθεί αθώος (π.χ. επί αποπείρας ανθρωποκτονίας με ξόρκια ή προσευχές [by witchcraft or prayer]) πρβλ. *Lanham / Bartel / Evans / Wood*, Criminal Laws in Australia, 2006, σελ. 450.