

Ημερίδα της ΕΣΔΙ της 22-4-2021 με τίτλο «Ερμηνευτικά ζητήματα σχετικά με τα εγκλήματα κατά της γενετήσιας ελευθερίας. Ποινική, αστική και πειθαρχική ευθύνη».

Εισήγηση Λεωνίδα Νικολόπουλου – Εισαγγελέα Εφετών

ΝΟΜΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΚΑΙ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΙ

ΑΠΟ ΤΗ ΔΙΑΤΑΞΗ ΤΟΥ ΑΡΘ. 336 ΠΚ

Αντικείμενο της εισήγησης είναι τα ζητήματα και οι προβληματισμοί που προκύπτουν κατά την ερμηνεία της διάταξης του αρθ. 336 του Ποινικού Κώδικα μετά τις τροποποιήσεις που επέφερε σ' αυτό ο ποινικός νομοθέτης με το νόμο 4619/2019. Ειδικότερα, θα αναφερθούμε στην αντικειμενική και υποκειμενική υπόσταση του εν στενή εννοία βιασμού της πρώτης παραγράφου του αρθ. 336 ΠΚ, θα αναλύσουμε ζητήματα απόπειρας συμμετοχής και συρροής που σχετίζονται με αυτό, στη συνέχεια θα αναφερθούμε στη διακεκριμένη μορφή του ομαδικού και του θανατηφόρου βιασμού της τρίτης παραγράφου του αρθ. 336 ΠΚ και στο τέλος θα επιχειρήσουμε μία ερμηνευτική προσέγγιση της τέταρτης παραγράφου του αρθ. 336 ΠΚ, που αναφέρεται στην περίπτωση που ο δράστης επιχειρεί γενετήσια πράξη χωρίς τη συναίνεση του παθόντος.

Με τη διάταξη, λοιπόν, του αρθ. 336 του νέου ΠΚ ως μέσο τέλεσης του εγκλήματος του βιασμού διατηρείται η σωματική βία, ωστόσο εξειδικεύεται σε σημαντικό βαθμό το περιεχόμενο της απειλής. Για την περιγραφή του εγκλήματος ο νομοθέτης δεν θεώρησε επαρκή την αναφορά στην απειλή σπουδαίου και άμεσου κινδύνου - αναφορά που δημιουργήσε συχνά προβλήματα στην πράξη, ως προς το

περιεχόμενο των δύο αυτών όρων – αλλά έκρινε αναγκαία τη ρητή αναφορά στον προσδιορισμό των αγαθών που πρόκειται να πληγούν. Για την τέλεση του εγκλήματος είναι λοιπόν αναγκαία η απειλή σοβαρού και άμεσου κινδύνου για τη ζωή ή τη σωματική ακεραιότητα. Επιπλέον, αντί για την αναφορά στην ασελή πράξη, της οποίας το περιεχόμενο έχει διαχρονικά δημιουργήσει σοβαρά ερμηνευτικά προβλήματα, στο κείμενο της νέας διάταξης γίνεται πλέον λόγος για επιχείρηση ή ανοχή γενετήσιας πράξης.

Κατά την έννοια του άρθρου 336§1 ΠΚ, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 12§2 του Ν. 4637/2017, για τη στοιχειοθέτηση του υπαλλακτικά μικτού εγκλήματος του βιασμού απαιτούνται:

α) εξαναγκασμός κάποιου άλλου προσώπου, ανεξαρτήτως ηλικίας και φύλου, δηλαδή αν είναι άνδρας ή γυναίκα, εκτός άλλων και σε γενετήσια πράξη. Υπάρχει δε εξαναγκασμός όταν το πρόσωπο αυτό χωρίς τη θέλησή του υποβάλλεται σε γενετήσια πράξη ή σε ανοχή ή επιχείρηση γενετήσιας πράξης. Ο εξαναγκασμός μπορεί να γίνει με καθένα από τους παραπάνω αναφερόμενους τρόπους ή και με τους δύο αυτούς τρόπους, αφού πρόκειται για υπαλλακτικώς μικτό έγκλημα.

Παθητικό υποκείμενο μπορεί να είναι οποιοδήποτε πρόσωπο, ανεξαρτήτως φύλου, ηλικίας, ακόμη και νήπιο, βρέφος ή υπερήλικας ή και πόρνη ή και πρόσωπο ανίκανο προς αντίσταση, μπορεί δε να είναι σύζυγος, πρώην η νυν σύντροφος ή μνηστή που εκφράζει ρητά και σοβαρά αντίρρηση, την αντίθετη δηλαδή βούλησή της. Εξαναγκασμό έχουμε και όταν το θύμα, λόγω αρχικής βίας, εγκαταλείπει κάθε προσπάθεια εξωτερικής αντίστασης. Το θύμα πρέπει να καταστήσει φανερό στο

δράστη ότι δεν συναινεί και υπάρχει βιασμός αν το θύμα τελικά συναίνεσε λόγω εξαναγκασμού, στον οποίο συμπεριλαμβάνεται και κάθε απειλή βίας ή λόγω φόβου ή όταν έκρινε μάταιη κάθε αντίσταση, λόγω της προηγηθείσας βίαιης και απειλητικής συμπεριφοράς του δράστη. Εννοείται ότι μπορεί ακόμη και να τελεστεί βιασμός από φίλη σε άρρεν πρόσωπο ή πρόσωπο του ίδιου του ίδιου φύλου.

Γενετήσια πράξη, κατά την παράγραφο 2, είναι η συνουσία και οι ίσης βαρύτητας με αυτήν πράξεις. Κατά την αιτιολογική έκθεση του νέου ΠΚ η επιλογή του όρου «γενετήσια πράξη», αντί «σεξουαλική», προτιμήθηκε διότι πρόκειται για έννοια η οποία ορίζει τόσο τη διαδικασία της αναπαραγωγής όσο και τις σχετικές ή παράλληλες με αυτήν πράξεις διαθέσεις και ορμές, την ερωτική ζωή των ανθρώπων. Ο όρος «γενετήσια πράξη» έχει την έννοια που προσδιορίζει η νομολογία και η επιστήμη. Πρόκειται για τη συνουσία και άλλες πράξεις με την ίδια βαρύτητα, από πλευράς προσβολής του έννομου αγαθού της γενετήσιας ελευθερίας, όπως είναι η παρά φύσιν συνεύρεση, ο ετεροαυνανισμός, η πεολειχία ή η αιδοιολειχία ή η χρήση υποκατάστατων μέσων.

β) Εξαναγκασμός του προσώπου να γίνεται με απειλή σπουδαίου ή άμεσου κινδύνου που στρέφεται κατά του σώματος, της ζωής ή άλλου ουσιώδους δικαιώματος του θύματος ή και με σωματική βία, που είναι η μη δυνάμενη να απωθηθεί φυσική δύναμη, η αναγκάζουσα το πρόσωπο να υποστεί παρά τη θέλησή του εξώγαμη σαρκική επαφή. Σωματική βία αποτελεί και η παράνομη κατακράτηση, το κλείδωμα σε δωμάτιο ή σε αυτοκίνητο, η παράσυρση σε ερημική τοποθεσία, η εμφάνιση πολλών δραστών μαζί, όπου η ιδέα κάθε αντίστασης είναι

μάταιη. Υπάρχει βιασμός και όταν το θύμα, λόγω του αιφνιδιασμού ή του φόβου των συνεπειών προβολής αντίστασης ή των ασθενών σωματικών του δυνάμεων ή άλλων περιστάσεων, θεώρησε εύλογα ανέφικτη ή μάταιη την αντίσταση και δεν αντιστάθηκε καθόλου στη σωματική βία του δράστη. Κατά μείζονα λόγο δεν απαιτείται η σωματική βία και αντίστοιχα η αντίσταση σε αυτή να είναι διαρκής, δηλαδή μέχρι την αποπεράτωση της πράξης.

Όσον αφορά την υποκειμενική υπόσταση του αδικήματος απαιτείται δόλος που συνίσταται στη γνώση και τη θέληση των παραπάνω στοιχείων του εγκλήματος του βιασμού, δηλαδή στη βούληση του δράστη, όπως με σωματική βία ή απειλή σπουδαίου και άμεσου κινδύνου ή και με τις δύο μαζί εξαναγκάσει άλλον σε γενετήσια πράξη ή σε ανοχή ή επιχείρηση γενετήσιας πράξης και περιλαμβάνει ακόμη τη γνώση ότι ο άλλος δε συναινεί στη συνουσία ή σε άλλη γενετήσια πράξη. Αρκεί και ενδεχόμενος δόλος.

Η πλάνη του δράστη για την ύπαρξη συναίνεσης του θύματος είναι πραγματική, όμως αν ο δράστης υπέλαβε στην αρχή ότι το θύμα συναινεί, αλλά αργότερα διαπίστωσε την πραγματική άρνηση και αντίσταση του θύματος παραιτήθηκε από το σκοπό του και οποιαδήποτε ενέργεια δεν τελεί βιασμό ούτε σε απόπειρα.

Τετελεσμένο είναι το έγκλημα του βιασμού αν επιτευχθεί συνουσία ή άλλη γενετήσια πράξη και αν ακόμη δεν συντελέστηκε η ικανοποίηση της σεξουαλικής ορμής του δράστη. Απόπειρα έχουμε όταν συντρέχει αρχή εκτέλεσης, όπως έναρξη της σωματικής βίας ή απειλής με τον παραπάνω σκοπό του δράστη, ο οποίος δεν ολοκληρώθηκε, ανεξάρτητα από τη δική του βούληση αλλά από αίτια εξωτερικά και

τυχαία, όπως αν προσέτρεξαν τρίτοι σε βοήθεια ή αν η παθούσα αντιστάθηκε σθεναρά ή με κραυγές.

Ο βιασμός δεν είναι ιδιαίτερο ούτε ιδιόχειρο έγκλημα και αυτουργός, δηλαδή ενεργητικό υποκείμενο, μπορεί να είναι οποιοσδήποτε και δράστης δεν είναι μόνο εκείνος που πραγματοποιεί πλήρως την πράξη, εξαναγκασμό και συνουσία ή γενετήσια πράξη. Μπορεί άλλος να ασκήσει τη βία ή την απειλή και άλλος να ενεργήσει τη συνουσία ή τη γενετήσια πράξη και θα κριθεί η συμμετοχή κατά τις γενικές διατάξεις. Αν ο ασκών τη βία ή την απειλή θέλει και πραγματοποιήσει στη συνέχεια γενετήσια πράξη, την πράξη του βιασμού, το ίδιο και ο άλλος επί του ίδιου προσώπου της ίδιας γυναίκας, πρόκειται για συναυτουργούς ομαδικού βιασμού, αν ενεργούσαν από κοινού με συναπόφαση· και συναυτουργούς βιασμού της παραγράφου 1, αν δεν ενεργούσαν με συναπόφαση αλλά ο καθένας αυτοτελώς. Συναυτουργός μπορεί να είναι και γυναίκα. Αν ο ασκών τη βία ή την απειλή δεν θέλει ο ίδιος να προβεί σε γενετήσια πράξη αλλά άλλος, τότε έχουμε άμεσο συνεργό βιασμού που τέλεσε ο άλλος. Επισημαίνεται λοιπόν εδώ ότι άμεση συνέργεια συντρέχει όταν παρέχεται στο φυσικό αυτουργό βοήθεια κατά την εκδήλωση της εξαναγκαστικής, κατά κανόνα της βίας, ή της σεξουαλικής πράξης, διευκολύνοντας έτσι το δράστη στην ολοκλήρωση του εγκλήματος. Εξάλλου, απλή συνέργεια συντρέχει αν παρασχέθηκε, είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της κύριας πράξης, υλική βοήθεια (όπως ο χώρος ή το μέσο μεταφοράς) ή προστασία από τυχόν αποκάλυψη (ο τσιλιαδόρος) ή παρέχεται μέσω διαφυγής, όπως π.χ. ο οδηγός αυτοκινήτου εντός του οποίου τελέστηκε ο βιασμός. Τόσο η άμεση όσο και η απλή

συνέργεια είναι δυνατό να τελεστούν με παράλειψη, εφόσον υπάρχει σχετική εγγυητική θέση του δράστη, όπως για παράδειγμα του φύλακα σε κατάσταση κράτησης που βλέπει με κάμερες βιασμό κρατουμένου από συγκρατούμενό του, χωρίς να κάνει τίποτα. Επίσης είναι δυνατή έμμεση αυτουργία, αφού, όπως αναφέρθηκε, ο βιασμός κατά την απολύτως κρατούσα άποψη, δεν είναι ιδιόχειρο έγκλημα. τέτοια είναι η περίπτωση κατά την οποία πείθεται ή «εξαπολύεται» ακαταλόγιστο άτομο να τελέσει βιασμό, κάνοντάς το να πιστέψει ότι το θύμα, δήθεν, το επιθυμεί.

Μετά τα θέματα της συμμετοχής θα εξετάσουμε τώρα και ζητήματα συρροής που μπορούν να παρουσιαστούν στη δικαστική πρακτική. Ο βιασμός, ως έγκλημα υπαλλακτικώς μικρό, αν ο δράστης χρησιμοποιήσει περισσότερους τρόπους τέλεσης, προσβάλλει μία μονάδα εννόμου αγαθού και τελεί ένα έγκλημα. Η θέση αυτή βέβαια προϋποθέτει ότι δεν έχει στο μεταξύ ειρηνεύσει το έννομο αγαθό από την προσβολή. Είναι συνεπώς δυνατό ο δράστης, τελώντας ένα βιασμό, πρώτα να απειλεί το θύμα, στη συνέχεια να ασκεί σωματική βία και ακολούθως να επιχειρεί γενετήσιες πράξεις. Ο αριθμός των πράξεων αυτών ή και ο συνδυασμός τους δεν επιτελεί κανένα ρόλο, αφού όλες μαζί συνιστούν την εξαναγκαστική πράξη του άρθρου 336 ΠΚ. Τα χαρακτηριστικά όμως αυτά του εγκλήματος εννοείται ότι θα ληφθούν υπόψη κατά την επιμέτρηση της ποινής.

Αν ο δράστης βιάζει περισσότερα πρόσωπα, ακόμη και ταυτόχρονα, τότε τελεί πολλά εγκλήματα σε αληθινή ομοειδή συρροή και δεν πρόκειται για κατ' εξακολούθηση έγκλημα. Αν ο δράστης εξαναγκάζει πολλές φορές το ίδιο θύμα σε

πολλές σεξουαλικές πράξεις, τελεί μόνο ένα έγκλημα βιασμού, αν ανάμεσα στις πράξεις δεν έχει ειρηνεύσει το έννομο αγαθό, ενώ, αν έχει επέλθει ειρήνευση του έννομου αγαθού, θα πρόκειται για έγκλημα κατ' εξακολούθηση (ΑΠ 324/89, ΠΧρον 1989 895). Η συρροή του βιασμού με την προσβολή της γενετήσιας αξιοπρέπειας (αρθ. 337 ΠΚ) κρίνεται ως φαινομενική, αφού η τελευταία είναι σιωπηρά επικουρική, καλύπτοντας περιπτώσεις που δεν εμπίπτουν στο άρθρο 336 του ΠΚ. αντίθετη άποψη είχε ο αείμνηστος Αλέξανδρος Μαγκάκης, που θεωρούσε δυνατή την αληθινή πραγματική συρροή. Ομοίως φαινομενική είναι και η συρροή ανάμεσα στο έγκλημα του βιασμού με αυτό της κατάχρησης ανικάνου σε ασέλγεια (αρθ. 338 ΠΚ), όπου όμως θα εφαρμοστεί η αρχή της απορρόφησης, έχουμε δηλαδή απορρόφηση από το βιασμό. Επίσης, ως έγκλημα που προσβάλλει τη σεξουαλική αυτοδιάθεση η κατάχρηση σε γενετήσια πράξη (αρθ. 343 ΠΚ) συρρέει φαινομενικά με το βιασμό, ακριβώς λόγω της ταυτότητας των προσβαλλομένων εννόμων αγαθών. Αντιθέτως, αληθινή συρροή γίνεται δεκτή για τη συνάντηση του βιασμού με τη γενετήσια πράξη μεταξύ συγγενών (αρθ. 345 ΠΚ) – παλαιά αιμομιξία, καθότι κατά την κρατούσα γνώμη το έννομο αγαθό αυτής είναι η οικογένεια (ΑΠ 205/2010 ΠΧρον 2011 99). Η παράνομη βία (αρθ. 330 ΠΚ) απορροφάται από το βιασμό (φαινομενική συρροή) αφού αποτελεί συστατικό του, εκτός αν αυτή υπηρετούσε ευρύτερους από τη σεξουαλική πράξη σκοπούς. Παρόμοια και η συρροή της απειλής (αρθ. 333 ΠΚ). Με το βιασμό κρίνεται ως φαινομενική, εκτός αν η απειλή τελέστηκε μετά το βιασμό για τον εκφοβισμό του θύματος, ώστε να μην αποκαλύψει το έγκλημα (ΑΠ 1/2007, ΠΧρον 2007 910). Τέλος, και η συρροή με

την εξύβριση κρίνεται ως φαινομενική, αφού η προσβολή της τιμής εμπεριέχεται στην προσβολή της γενετήσιας αυτοδιάθεσης. Αληθινά συρρέει ο βιασμός με τα εγκλήματα του 19^{ου} κεφαλαίου, που προστατεύουν τη σεξουαλική ανάπτυξη των ανηλίκων, λόγω της ετερότητας των προσβαλλομένων εννόμων αγαθών, δηλαδή με τα εγκλήματα των άρθρων 339, 342, 348, 348^A, 348B, 348Γ, 351^A ΠΚ). Αληθινή κρίνεται επίσης και η συρροή του βιασμού με την αρπαγή ανηλίκων του άρθρου 324 ΠΚ (ΑΠ 1608/2007, ΝοB2008 73). Δοθέντος ότι, ούτε η σωματική βία ούτε και πολύ περισσότερο η απειλή ταυτίζονται με τη σωματική βλάβη, ούτε την εμπεριέχουν, αφού η σωματική βλάβη δεν είναι συστατικό του βιασμού, ο βιασμός κατ' αρχήν συρρέει αληθινά με τα εγκλήματα κατά της σωματικής ακεραιότητας (αρθ. 308, 309 ΠΚ). Εξαίρεση αποτελούν οι ελαφρές – απλές σωματικές βλάβες και μόνο στο μέτρο που συνιστούν αναγκαίο και φυσικό επακόλουθο του βιασμού. Εδώ εντάσσονται οι ασήμαντες αμυχές, η ρήξη του παρθενικού υμένα κ.λ. Αντιθέτως, αν οι σωματικές βλάβες υπερβαίνουν το βιασμό, τελέστηκαν δηλαδή επ' ευκαιρία αυτού και όχι εξαιτίας αυτού, τα δύο εγκλήματα θα συρρέουν αληθινά (ΑΠ 1652/2007). Το ίδιο ισχύει με την παράνομη κατακράτηση (αρθ. 325 ΠΚ). Περαιτέρω, ο βιασμός συρρέει αληθινά με τη διατάραξη οικιακής ειρήνης (αρθ. 334 ΠΚ), ενώ λόγω της πρόδηλης ετερότητας των εννόμως αγαθών, ο βιασμός συρρέει αληθινά με τα εγκλήματα κατά της ζωής, όπως είναι η ανθρωποκτονία και της ιδιοκτησίας, όπως είναι η ληστεία.

Θα εξετάσουμε τώρα συνοπτικά ορισμένα θέματα μεταβολής κατηγορίας που απασχόλησαν και πιθανόν να απασχολήσουν τη δικαστηριακή πρακτική. Έτσι

κρίθηκε πως είναι επιτρεπτή η μεταβολή της κατηγορίας μόνο από απόπειρα βιασμού σε βάνανυση προσβολή της γενετήσιας ευπρέπειας άλλου του άρθρου 353 του νέου ΠΚ, όχι όμως η μεταβολή της κατηγορίας από την πράξη του τετελεσμένου βιασμού σε βάνανυση προσβολή της γενετήσιας ευπρέπειας του θύματος. Είναι επιτρεπτή η μεταβολή του βιασμού σε προσβολή της γενετήσιας αξιοπρέπειας του άρθρου 337§1 ΠΚ, ενώ είναι ανεπίτρεπτη η μεταβολή από απόπειρα βιασμού σε έργο εξύβριση ή σε σωματική βλάβη.

Στην περίπτωση του άρθρου 336 η ποινική δίωξη ασκείται αυτεπαγγέλτως, αλλά αν το θύμα δηλώσει ότι δεν επιθυμεί την ποινική δίωξη, ο εισαγγελέας μπορεί να απόσχει της άσκησης ποινικής δίωξης ή αν την έχει ασκήσει να υποβάλει σχετική πρόταση και το αρμόδιο δικαστικό συμβούλιο ή το δικαστήριο μπορεί να παύσει οριστικά την ασκηθείσα ποινική δίωξη. Η τελευταία αυτή διάταξη περί της δίωξης του βιασμού ήρθε να θέσει τέρμα στα πολύ σοβαρά προβλήματα που προέκυψαν στην πράξη από την προηγούμενη ρύθμιση, όπου προβλεπόταν η δυνατότητα του εισαγγελέα, κατ' εξαίρεση, με αιτιολογημένη διάταξή του, ύστερα από έγκριση του εισαγγελέα εφετών, να απέχει οριστικά από την άσκηση της ποινικής δίωξης ή αν έχει ασκήσει την ποινική δίωξη να εισάγει την υπόθεση στο αρμόδιο συμβούλιο πλημμελειοδικών και αυτό είχε τη δυνατότητα να παύσει οριστικά την ποινική δίωξη, εκτιμώντας τη δήλωση του θύματος ότι η δημοσιότητα από την ποινική δίωξη να έχει συνέπεια το σοβαρό ψυχικό τραυματισμό του θύματος (βλ. ΑΠ 937/2007, όπου γίνεται λόγος για το θόρυβο της ποινικής δίκης που πλήττει σοβαρά την κοινωνική υπόληψη και προκαλεί βλάβη στην ψυχική υγεία του

θύματος, το οποίο βέβαια καλείται να τα αποδείξει όλα αυτά. Καθιερωνόταν δηλαδή ένας ειδικός λόγος εξάλειψης του αξιοποίνου, από άποψη ουσιαστικού δικαίου ή αρνητική δικονομική προϋπόθεση από άποψη δικονομικού δικαίου, για τα οποία χύθηκαν τόνοι μελάνης τόσο στη νομολογία, όσο και στη θεωρία και είχαμε φτάσει στο σημείο να δικάζονται εγκλήματα βιασμού με θύματα – μάρτυρες εντελώς απρόθυμα να συμβάλλουν στην αποδεικτική διαδικασία, αφού είχαν δηλώσει ότι δεν επιθυμούσαν πλέον την ποινική δίωξη, πλην όμως ο εισαγγελέας ή το συμβούλιο είχαν κρίνει διαφορετικά. Βεβαίως, με τη νέα διάταξη προβλέπεται η δυνητική ευχέρεια και πάλι του εισαγγελέα ή του συμβουλίου να αποδεχτεί ή όχι τη δήλωση του θύματος, φρονούμε όμως η αρνητική περίπτωση συντρέχει μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις, όταν π.χ. υπάρχει καταφανής περίπτωση χρηματικής συνδιαλλαγής, εκβίασης, απειλής κ.λ.π.

Ερμηνευτικό ζήτημα προκύπτει από τη ρύθμιση τώρα πλέον στην παρ. 3 του λεγόμενου «ομαδικού βιασμού» («αν η γενετήσια πράξη έγινε από δύο ή περισσότερους δράστες που ενεργούσαν από κοινού»). Το πρόβλημα δημιουργείται αφενός μεν από το γεγονός ότι ο βιασμός αποτελεί σύνθετο έγκλημα αποτελούμενο από την άσκηση βίας και τον εξαναγκασμό σε συνουσία, αφετέρου δε από το ότι, σύμφωνα με τις γενικότερες αρχές που ισχύουν για τη συναυτουργία στα σύνθετα εγκλήματα, αρκεί για την κατάφαση αυτής η τέλεση με κοινό δόλο από κάθε έναν των συναυτουργών μιας μόνο από τις επιμέρους πράξεις που αποτελούν το σύνθετο έγκλημα. Η εφαρμογή της αρχής αυτής στην περίπτωση του ομαδικού βιασμού θα σήμαινε ότι τέτοιον διαπράττει και ο συμμετοχος που ασκεί

μόνο την παράνομη βία χωρίς να απαιτείται να έχει προβεί και στην πράξη της συνουσίας. Όμως, η θεωρία και το μεγαλύτερο μέρος της νομολογίας, αντλώντας επιχείρημα από την ιδιαίτερη απαξία του ομαδικού βιασμού που τον αναγορεύει σε ιδιώνυμο έγκλημα, δέχονται ότι αυτουργός της περίπτωσης της παρ. 3 του άρθρου 336 ΠΚ μπορεί να είναι μόνο εκείνος από τους συμμετόχους που προέβη στην πράξη της συνουσίας. Βέβαια, η διάκριση αυτή έχει μικρή πρακτική σημασία γιατί και ο συμμετόχος που ασκεί μόνο τη βία θα τιμωρηθεί ως άμεσος συνεργός του εγκλήματος (βλ. άρθρο 47 εδ. β ΠΚ), διότι είναι προφανές ότι προσφέρει άμεση συνδρομή κατά την τέλεση και στην εκτέλεση της πράξης, θέτοντας το αντικείμενο της προσβολής στη διάθεση του φυσικού αυτουργού.

Ο εξαναγκασμός που αναφέρθηκε προϋποθέτει την κάμψη της βούλησης του θύματος και βρίσκεται σε άμεση σχέση με τα μέσα επίτευξής του, που προεκτέθηκαν, και άρα μένει εκτός του προστατευτικού πεδίου της διάταξης ένα μεγάλο εύρος περιπτώσεων, όπου δεν υπάρχει ούτε σωματική βία ούτε και απειλή και μάλιστα τέτοιας βαρύτητας για την τέλεση της πράξης. Το νομοθετικό αυτό κενό ήρθε να καλύψει η παράγραφος 4 του νέου άρθρου 336 ΠΚ, επιτελώντας σε μεγάλο βαθμό την εναρμόνιση του ποινικού μας συστήματος για την αντιμετώπιση των εγκλημάτων κατά της γενετήσιας ελευθερίας με τη σύμβαση του Συμβουλίου της Ευρώπης για την πρόληψη και την καταπολέμηση της βίας κατά των γυναικών και της ενδοοικογενειακής βίας, ευρύτερα γνωστή ως Σύμβαση της Κωνσταντινούπολης, που κυρώθηκε στην Ελλάδα με το Ν. 4531/2018. Η Σύμβαση της Κωνσταντινούπολης δίνει ιδιαίτερη έμφαση στην έλλειψη της συναίνεσης για

την τιμώρηση πράξεων κατά της γενετήσιας αυτοδιάθεσης και αναφέρει ιδιαιτέρως το άρθρο 36§2 ότι η συγκατάθεση του ατόμου πρέπει να παρέχεται εκουσίως και να είναι αποτέλεσμα της ελεύθερης βούλησής του, η οποία αξιολογείται στο πλαίσιο των συνοδών περιστάσεων. Θα πρέπει να επισημανθεί ότι στην αρχική διατύπωση του κειμένου, στο σχέδιο ΠΚ, η παράγραφος 5 του άρθρου 336 προέβλεπε ως πλημμέλημα τιμωρούμενο με φυλάκιση τουλάχιστον τριών ετών τον εξαναγκασμό άλλου σε επιχείρηση ανοχή γενετήσιας πράξης, απειλώντας αυτόν με παράνομη πράξη ή παράλειψη. Μετά το τεράστιο θόρυβο που ξέσπασε, κυρίως εκ μέρους φεμινιστικών οργανώσεων και άλλων φορέων, με το επιχείρημα ότι εδώ πρόκειται για πολύ επεικλή αντιμετώπιση μια σοβαρά κατακριτέας συμπεριφοράς, στο τελικό κείμενο η διατύπωση άλλαξε εντελώς και τώρα πλέον τιμωρείται με κάθειρξη έως δέκα έτη όποιος, εκτός από την περίπτωση του εν στενή εννοία βιασμού, που περιγράφεται στην παράγραφο 1, επιχειρεί γενετήσια πράξη χωρίς τη συναίνεση του παθόντος. Σύμφωνα με όσα υποστηρίζει ο καθηγητής Αριστοτέλης Χαραλαμπάκης στην ερμηνεία του νέου Ποινικού Κώδικα, η διατύπωση αυτή είναι εξαιρετικά προβληματική. Σύμφωνα με όσα αναφέρει σχετικά, στον εν στενή εννοία βιασμό της παραγράφου 1 η έλλειψη συναίνεσης του παθόντος προσδιορίζεται ευκολότερα από το γεγονός ότι ο δράστης χρησιμοποίησε είτε σωματική βία, είτε σοβαρή απειλή για τη ζωή ή τη σωματική ακεραιότητα του θύματος. Θέτει, λοιπόν, χαρακτηριστικά το ερώτημα: σε συμπεριφορές που δεν υπάρχει η σωματική ή ψυχολογική βία της παραγράφου 1 με ποια κριτήρια θα ανιχνευθεί η έλλειψη συναίνεσης του παθόντος; Ως χαρακτηριστικό παράδειγμα

αξιόποινης συμπεριφοράς που εμπίπτει στην παράγραφο 4 του άρθρου 336 του ΠΚ, αναφέρεται η περίπτωση του ανήθικου εργοδότη, ο οποίος με κυνικό τρόπο δίνει στην εργαζόμενη στην επιχείρησή του να καταλάβει ότι θα την απολύσει άμεσα, αν δεν ενδώσει στις σεξουαλικές του ορέξεις, εξαναγκάζοντάς την έτσι σε ανοχή ασελών πράξεων ουσιαστικά ενάντια στη συναίνεσή της. Μια τέτοια συμπεριφορά, όπως συνομολογούν όλοι, είναι όντως ηθικά απαράδεκτη και θα πρέπει οπωσδήποτε να είναι και αξιόποινη. Όμως, σύμφωνα με την εκδοχή που υποστηρίζεται από τον κ. Χαραλαμπίκη, σε σχέση με τις περιπτώσεις της παραγράφου 1, όπου το «απόλυτο» της σωματικής βίας ή της απειλής για τη ζωή και τη σωματική ακεραιότητα δεν αφήνει στο θύμα κανένα περιθώριο αντίδρασης ή επιλογής, ο «εξαναγκασμός» στις περιπτώσεις της παραγράφου 4 είναι σαφώς ηπιότερος, καθώς, σε τελευταία ανάλυση στο παράδειγμά μας, η εργαζόμενη θα μπορούσε να προτιμήσει να υποστεί τις συνέπειες της απόλυσης παρά να ανεχθεί, ενάντια στη βούλησή της, την ικανοποίηση των ορέξεων του εργοδότη, έχει τη δυνατότητα να προβεί σε σχετική καταγγελία, να προσφύγει στα εργατικά δικαστήρια ζητώντας αποζημίωση κτλ. Επομένως, η βαρύτητα της πράξης που περιγράφεται στην παράγραφο 4 δεν μπορεί από πλευράς πλαισίου ποινής να εξισωθεί με τη σαφώς μεγαλύτερη βαρύτητα της πράξης της παραγράφου 1.

Ανεξάρτητα από την άποψη που προαναφέρθηκε, είναι γεγονός ότι η αποδεικτική θεμελίωση της συναίνεσης εμφανίζει αποδεικτικές δυσχέρειες. Όπως γίνεται αντιληπτό, αναφέρεται τον εσωτερικό κόσμο του προσώπου και πρέπει συνεπώς να εξωτερικευτεί. Πάντως, μία τέτοια διαπίστωση, κατά την άποψή μας,

δεν θα πρέπει να οδηγήσει σε καμιά περίπτωση στην αντιμετώπιση της σιωπής του θύματος ως ύπαρξης συγκατάθεσης για την τέλεση της πράξης. Η σιωπή δεν αποτελεί ένδειξη για τη συγκατάθεση του θύματος. Άλλωστε, όπως έγινε δεκτό και στην απόφαση 39272/98 του ΕΔΔΑ, αναγνωρίζεται ρητά ως μία από τις πιθανές ψυχολογικές αντιδράσεις του θύματος η λεγόμενη κατάσταση «παγώματος», δηλαδή η αδυναμία εξωτερίκευσης οποιουδήποτε συναισθήματος και η αδυναμία αντίστασης σε μία επικείμενη σεξουαλική πράξη, ως μέσο άμυνας του θύματος απέναντι στον κίνδυνο που διατρέχει, η οποία βρίσκεται πέραν του συνειδητού του. Πρόκειται δηλαδή για μία κατάσταση που επιτείνεται από το αίσθημα της ματαιότητας οποιασδήποτε πράξης για αντίσταση κατά του δράστη. Για το λόγο αυτό γίνεται δεκτό σε ευρωπαϊκό επίπεδο πως για τη διαπίστωση της έλλειψης ή της ύπαρξης συγκατάθεσης πρέπει να λαμβάνονται υπόψη διάφοροι παράγοντες τέλεσης της πράξης, όπως είναι η σωματική διάπλαση του δράστη ή η ηλικία του ή ο αριθμός των δραστών ή και ο τόπος τέλεσης. Άλλωστε, την αξιολόγηση τέτοιων παραγόντων επιτάσσει και η σύμβαση της Κωνσταντινούπολης, κάνοντας λόγο για «συνοδεύουσες περιστάσεις».

Στο σημείο αυτό, θα πρέπει να επισημανθεί και θα ήθελα να αναζητήσετε κι εσείς το με αριθμό 253/2019 βούλευμα του Συμβουλίου Πλημμελειοδικών Βόλου (ΠοινΔικαιοσύνη 1/2020, 60), που αντιμετώπισε στην πράξη το ζήτημα της θεμελίωσης ή μη συναίνεσης – συγκατάθεσης της παθούσας. Εντελώς συνοπτικά, το ιστορικό έχει ως εξής: ο κατηγορούμενος διατηρούσε κομμωτήριο στην πόλη του Βόλου, όπου εργάζονταν η αδερφή του, η μητέρα του και άλλες κομμώτριες –

υπάλληλοι της επιχείρησης. Τον Οκτώβριο του 2017 η ανήλικη παθούσα μαζί με τον πατέρα της επισκέφτηκαν την επιχείρηση και ζήτησαν από τον κατηγορούμενο να απασχοληθεί η ανήλικη στο κομμωτήριο, ώστε να κάνει εκεί την πρακτική της άσκηση. Αφού πέρασε ένα χρονικό διάστημα τεσσάρων μηνών, όπου εκδήλωνε με κάθε τρόπο το θαυμασμό του προς αυτήν, τη φιλούσε στο στόμα και τη χαίδευε σε διάφορα μέρη του σώματός της, το Φεβρουάριο του 2018 με πρόφαση την παρακολούθηση ενός σεμιναρίου κομμωτικής, οργάνωσε το ταξίδι τους στην Αθήνα, όπου διέμειναν στο ίδιο δωμάτιο με διπλό κρεβάτι γνωστού αθηναϊκού ξενοδοχείου. Εκεί ήρθαν για πρώτη φορά σε ολοκληρωμένη σεξουαλική επαφή. Η πλειοψηφούσα άποψη του Συμβουλίου παρέπεμψε τον κατηγορούμενο να δικαστεί για την πράξη της κατάχρησης ανήλικης σε ασέλγεια, την οποία είχαν εμπιστευτεί σε αυτόν για να την επιβλέπει. Έκρινε δηλαδή ότι δεν υπάρχουν επαρκείς ενδείξεις για την πράξη του βιασμού, που φέρεται να τέλεσε ο κατηγορούμενος σε βάρος της ανήλικης, καθώς επρόκειτο για μια αμοιβαία ηθελημένη συνουσία, χωρίς τη χρήση βίας, με βάση τόσο την προγενέστερη όσο και τη μεταγενέστερη συμπεριφορά τους. προέβη δηλαδή και σε επιτρεπτή μεταβολή κατηγορίας από το άρθρο 336§ στο άρθρο 342§1γ του νέου ΠΚ σε συνδυασμό με το άρθρο 2, δεδομένου ότι είναι διάταξη ευμενέστερη για τον κατηγορούμενο. Κατά τη μειοψηφούσα όμως άποψη της Προέδρου του Συμβουλίου, το γεγονός ότι η ανήλικη δεν αντιστάθηκε ενεργά με μυικές κινήσεις, φωνές ή οποιοδήποτε άλλο τρόπο, δεν αποκλείει τη θεμελίωση του εξαναγκασμού της από τον κατηγορούμενο σε συνουσία, η δε σωματική βία την οποία άσκησε ο κατηγορούμενος επ' αυτής, δηλαδή ακινητοποίηση των άνω άκρων

του σώματός της, ήταν απολύτως πρόσφορη στη συγκεκριμένη περίπτωση να κάμψει την όποια αντίσταση της παθούσας, την οποία εντέλει έκαμψε. Περαιτέρω, η μειοψηφούσα άποψη δέχτηκε ότι από κανένα στοιχείο δεν προέκυψε ότι η ανήλικη δέχτηκε αναντίρρητα να κοιμηθεί στο ίδιο κρεβάτι με τον κατηγορούμενο, γεγονός που κι αν ακόμη υποτεθεί ότι είναι αληθινό, νομικά και όχι με βάση τις ηθικές αντιλήψεις ενός εκάστου δεν μπορεί να θεμελιώσει συναίνεση εκ μέρους της για ερωτική συνεύρεση με τον κατηγορούμενο, με το δεδομένο ότι η συναίνεση για την ερωτική συνεύρεση είναι μια εκούσια και συνεχιζόμενη συμφωνία συμμετοχής σε μια συγκεκριμένη σεξουαλική δραστηριότητα και μπορεί να ανακληθεί ελεύθερα οποιαδήποτε στιγμή. Με βάση αυτά, κατά τη μειοψηφούσα άποψη του Συμβουλίου ο κατηγορούμενος έπρεπε να παραπεμφθεί για το κακούργημα του βιασμού του αρθ. 336§1 ΠΚ, πριν από την τροποποίησή του με το νέο ΠΚ και το οποίο εφαρμόστηκε τότε, κατά το χρόνο έκδοσης δηλαδή του βουλεύματος, σύμφωνα με το άρθρο 2 του ΠΚ.

Τελειώνοντας, θα ήθελα να πω ότι η εισαγωγή της διάταξης για το βιασμό χωρίς τη συναίνεση του θύματος, κατά την άποψή μου, ήταν αναγκαίο να λάβει χώρα στο ποινικό μας σύστημα, ανεξάρτητα από τις αντιρρήσεις που προαναφέρθηκαν, ώστε να έχουμε μια πραγματική και αποτελεσματική προστασία της γενετήσιας ελευθερίας. Οι αποδεικτικές δυσχέρειες του εγχειρήματος είναι δεδομένες. Είναι έργο της δικαστηριακής πρακτικής και γενικά των αρμόδιων δικαστικών και ανακριτικών αρχών να αμβλύνουν τις δυσχέρειες αυτές, ώστε εξατομικευμένα κάθε περίπτωση να κρίνεται με βάση το αποδεικτικό υλικό που θα συγκεντρωθεί και να

καταλήγει στην εκφορά μιας ουσιαστικής δικαιοδοτικής κρίσης. Με το έγκλημα του βιασμού προσβάλλεται η τιμή του ατόμου, η ανθρώπινη αξιοπρέπειά του, η σεξουαλική αυτονομία του και η σωματική του ακεραιότητα. Έτσι η εισαγωγή της παραγράφου 4 του άρθρου 336 του νέου ποινικού κώδικα, όπου το έγκλημα του βιασμού ορίζεται έστω και επικουρικά με βάση την απουσία της συναίνεσης του θύματος, είναι σύμφωνη τόσο με τα διεθνή πρότυπα που προαναφέρθηκαν (σύμβαση Κωνσταντινούπολης) όσο και με τις απαιτήσεις του νομικού μας πολιτισμού.

Λεωνίδας Θ. Νικολόπουλος
Εισαγγελέας Εφετών