

Consimțământ vs. discernământ în cazul actului sexual cu un minor. Problema pragului de vârstă



Delimitarea între infracțiunea de viol și cea de act sexual cu un minor nu a fost niciodată ușor de realizat. Aceasta dificultate s-a reflectat de-a lungul timpului atât în doctrina, cât și în practica, iar pentru surmontarea ei pot fi avute în vedere, în general, doua criterii. În mod tradițional, a fost luat în calcul un criteriu obiectiv, bazat pe relația consimțământ-discernământ (I); mai nou, se încearcă a se pune accentul pe un criteriu subiectiv (formal) bazat pe soluția pragului de vârstă (II). Aceste doua criterii vor fi examinate în continuare în mod sintetic, încercând o evaluare a acestora din perspectiva unui act de justiție inteligent (corect și eficient).

I. Consimțământ vs. discernământ

Particula versus nu are, în prezentul context, sensul de „împotriva” sau „opus cu”, ci, mai degrabă, sensul de „comparat cu”. În vorbirea curentă, consimțământul reprezintă o aprobare, o încuviințare, exprimarea asentimentului. Discernământul, tot în sens comun, reprezintă facultatea de a discerne, adică de a judeca și a aprecia lucrurile la justa lor valoare. Având în vedere cele doua semnificații, este de la sine înțeles că pentru a aproba un lucru, trebuie să existe capacitatea de a-l aprecia la justa valoare. Din punct de vedere juridic, în speța penal, semnificația dintre cele două noțiuni și relația logică dintre ele este asemanătoare.

Astfel, noțiunea de consimțământ apare în Codul penal, ca atare, cu valoare de cauză justificativă, la art. 22 C.pen. Ea apare și în cazul în care legiuitorul îi exclude efectul justificativ, cum ar fi, spre exemplu, la traficul de persoane – art. 210 alin. (3) C.pen., sau traficul de minori – art. 211 alin. (3) C.pen. Termenul consimțământ este folosit și cu valoare de condiție atașată elementului material, fie în sensul absenței, ca în cazul violării de domiciliu – art. 224 C.pen. (fără consimțământul persoanei care le folosește...) sau al furtului – art. 228 C.pen. (fără consimțământul acestuia), fie în sensul prezenței, ca în cazul incestului – art. 377 C.pen. (raportul sexual consimțit). Deși legiuitorul nu folosește termenul în mod direct, lipsa consimțământului reprezintă, implicit, o condiție atașată elementului material și în cazul violului – art. 218 C.pen, unde fapta trebuie să se comită „prin constrângere, punere în imposibilitate de a se apăra ori de a-și exprima voința sau profitând de această stare”. Tot implicit, prezența consimțământului este de esență infracțiunii de act sexual cu un minor – art. 220 C.pen., din moment ce legiuitorul se referă la aceeași faptă ca la viol, dar fără să mai atașeze condiția lipsei de consimțământ. În absența unei definiții legale, noțiunea de consimțământ este folosită în limbajul juridic cu sensul comun al

termenului.

Noțiunea de discernământ este utilizată de legiuitor în art. 113 C.pen. pentru a stabili limitele răspunderii penale a minorului, mai exact în alin. (2) al articolului, unde se precizează ca: „minorul care are vârsta între 14 și 16 ani răspunde penal numai dacă se dovedește că a săvârșit fapta cu discernământ”. În lipsa unei definiții legale, doctrina a definit discernământul ca fiind: „capacitatea psihică a unei persoane de a-și da seama de caracterul și urmările faptei pe care o săvârșește și de a-și manifesta conștient voința în raport cu o faptă determinată”². La fel ca în logica „profană”, și în logica penală, discernământul reprezintă una din condițiile de validitate ale consimțământului.

În cazul infracțiunii de act sexual cu un minor, deși minorul consimte la actul sexual, se consideră că acest consimțământ este viciat din cauza imaturității psihice sau stării de dependență față de autorul adult, sau mai în vârstă. Aceasta premisa intră în logica incriminării. Ramâne de văzut, de la caz la caz, în ce măsură vicierea consimțământului afectează discernământul: este acesta diminuat, sau este abolit? După cum am specificat cu altă ocazie: „O problemă discutabilă o reprezintă limita de vârstă sub 14 ani până la care putem vorbi despre act sexual cu un minor, și nu despre viol. Doctrina, în baza textului vechi, a prezentat două opinii: într-o opinie, s-a apreciat că se poate aplica art. 198 C.pen. din 1969 (raportul sexual cu o minoră) începând cu ajungerea subiectului pasiv (minora conform textului vechi) la pubertatea sexuală, adică imediat după prima menstruație; într-o a doua opinie, s-a considerat că trebuie să se țină seama, în mod concret, de la caz la caz, de capacitatea minorei de a și exprima voința, de a consimți la participarea la raportul sexual³. Apreciez că cea de a doua opinie era cea corectă; nu este importantă starea fiziologică, ci este importantă starea psiho-morală a minorei, respectiv trebuie să se verifice dacă întreaga ei dezvoltare îi permite sau nu să și exprime voința. De altfel, acest punct de vedere fusese adoptat și în practică⁴. În actuala circumstanțiere a subiectului pasiv, minorul indiferent de sex, este și mai evident că nu criteriul fiziologic trebuie să fie avut în vedere, ci dezvoltarea psiho-morală a victimei. Prin urmare, în ipotezele în care vârsta minorului este atât de scăzută încât nu se poate pune problema existenței unui consimțământ valabil, se va reține infracțiunea de viol”⁵.

O astfel de abordare ia în calcul existența sau nu a discernământului în ceea ce îl privește pe subiectul pasiv al infracțiunii. Dacă se constată că acesta nu are discernământ, chiar dacă a consimțit la întreținerea actului sexual, se va reține infracțiunea de viol. Practic în relația consimțământ vs. discernământ, ceea ce ne interesează este cel din urmă. Evaluarea discernământului reprezintă un criteriu obiectiv, deoarece trebuie să se bazeze pe o expertiză medico-legală psihiatrică, la fel ca în cazul în care se pune problema răspunderii penale a minorului cu vârsta cuprinsă între 14 și 16 ani. În practică, acest criteriu obiectiv a fost luat în calcul și, în general, el a fost utilizat cu înțelepciune dar, au existat și hotărâri „nefericite”...

I. Soluția pragului de vârstă

Hotărârile „nefericite” la care m-am referit mai sus (într-o exprimare eufemistică) au considerat că avem de a face cu un consimțământ valabil și deci că există discernământ în cazul unor minori cu vârsta fragedă. Pentru „a lupta” împotriva unor astfel de hotărâri s-a indus ideea necesității stabilirii unui criteriu formal dar general valabil – un prag de vârstă. Ideea nu este neapărat o creație autohtonă.

În Franța, ca urmare a unor „afaceri penale mediatizate”⁶, a fost adoptată Legea nr. 478 din 21 aprilie 2021, care a adus mai multe modificări Codului penal în materia infracțiunilor sexuale având ca victime minori. Ca element „anecdotic” este de remarcat că atât printr-o lege din 2018 (legea Schiappa) cât și prin legea din 2021, menționată, s-a simțit nevoia clarificării elementului material al violului, printre altele, acesta fiind extins la actele „bucogenitale”⁷. Nu pot ști dacă legiuitorul francez s-a inspirat din Codul penal român dar, este evident că modificările sunt în sensul dispozițiilor care reglementează violul, în actualul nostru Cod penal.

Revenind la problema pragului, legea din 2021 introduce un nou articol (222-23-1) în care este prevazuta „crima de viol asupra unui minor de pâna la 15 ani”. Aceasta incriminare este practic o varianta asimilata violului, care introduce un prag de „non-consimțământ”, astfel încât orice act material specific violului, comis *de un major* asupra minorului de pâna la 15 ani, reprezinta infracțiunea de viol, chiar daca nu este realizata condiția specifica atașata elementului material (violența, constrângere, amenințare, sau surpriza – conform Codului penal francez). Textul prevede și o clauza zisa „Romeo și Julieta”, conform careia, pentru existența infracțiunii, diferența de vârstă între major și minor trebuie sa fie de cel puțin cinci ani. Condiția diferenței de vârstă nu se aplica daca fapta se comite: „în schimbul unei remunerații sau unei promisiuni de remunerație, furnizarii unui avantaj în natura sau promisiunii unui astfel de avantaj”⁸. O fi bine, o fi rau? Urmeaza ca francezii sa constate în timp; nu este locul aici pentru o judecata de valoare asupra acestor modificari. M-am referit la ele doar pentru ca par a fi o sursa de inspirație pentru legiuitorul român.

La noi, o prima tentativa de introducere a unui prag de vârstă de la care actul sexual cu un minor sa fie considerat viol a aparut într-un Proiect de lege din 2020 (PL-x nr. 101/09.03.2020). A fost o „tentativa neterminata” deoarece, deși aceasta intenție era amplu exprimata în Expunerea de motive, în mod paradoxal, ea nu se mai regasea în propunerile concrete de modificare ale textelor de lege din Proiect. Am scris la vremea respectiva despre Proiectul cu pricina, pe care l-am calificat drept o mostra de analfabetism juridic⁹ și nu este cazul sa revin asupra lui. Precizez doar ca vârstă din Expunerea de motive era oscilanta, deoarece se faceau referiri atât la vârstă de 15 ani (dupa modelul francez) cât și la vârstă de 16 ani.

În prezent, în Parlament se afla un alt Proiect de lege (PL X nr. 66/2022) care are același obiectiv. În mare, actul sexual cu un minor ce nu a împlinit vârstă de 14 ani devine viol, dupa cum și coruperea sexuala a minorului ce nu a împlinit 14 ani devine agresiune sexuala. Se pastreaza și în aceste ipoteze clauza Romeo și Julieta autohtona, respectiv diferența de vârstă de 3 ani. Proiectul a fost adoptat de Senat prin procedura „indolenței parlamentare” (ca urmare a depășirii termenului de adoptare, potrivit art. 75 alin.(2) teza a III-a din Constituția României republicata) și se afla în prezent la Camera Deputaților pentru dezbateri. Situația trebuie privita și în contextul în care Consiliul Superior al Magistraturii trimisese Senatului un punct de vedere negativ, subliniind unele erori grave ale Proiectului și arătând totodata ca a sesizat ministrul justiției cu propriile propuneri de modificare a Codului penal, pe aceeași tema. În acest context și în speranța ca Proiectul menționat nu va fi adoptat în forma actuala, forma care și în opinia mea conține multe erori, nu voi face o analiza tehnica amanunțita a acestuia ci, voi aborda doar o problema de fond pe care o ridica.

Aceasta problema de fond consta în aceea ca, daca se introduce un prag de vârstă sub care actul sexual cu minorul devine automat viol (în pofida faptului ca a existat consimțământ), trebuie sa se stabileasca și o varianta agravata pentru ipoteza în care se comite un viol „real” (prin constrângere) asupra minorului sub vârstă respectiva. Or, Proiectul cu pricina nu numai ca nu prevede o astfel de varianta, dar lasa posibile doar doua interpretari (ambele incorecte din punct de vedere tehnic): ori pedeapsa este aceeași cu cea de la violul împotriva unui adult, ori este aceeași cu cea de la „violul” fara constrângere al minorului. Ambele variante sunt lipsite de logica. În realitate, daca este sa privim strict tehnic modificarile propuse, ar trebui sa constatam ca Proiectul lasa fara sancțiune violul „clasic” al minorului sub 14 ani!?!)

Dincolo de Proiectul menționat, sau de un altul care ar fi corect conceput, problema pragului în sine este discutabila din mai multe perspective:

De ce 14 și nu 15, 16, sau 13? De ce ar trebui sa plecam de la limita de vârstă pentru raspunderea penala? Exista oare identitate de „statut” între autorul și victima unei fapte penale? Francezii nu au procedat așa. Am vazut ca pragul ales de ei este de 15 ani deși, în principiu, în sistemul francez raspunderea penala este atrasa începând cu 13 ani, dar poate merge și mai jos daca exista discernământ. Deci, ce prag alegem și cum explicam alegerea facuta?

Dar indiferent ce vârstă am alege, exista oare o dezvoltare șablon a minorilor? Și ce se întâmpla cu cei aflați foarte

aproape în sus sau în jos de pragul ales. Îi tratam diferit chiar dacă diferența este de zile? În realitate, exista diferențe mari de dezvoltare psiho-morala astfel încât nu este exclus spre exemplu, ca un minor de 13 ani și 6 luni să aiba discernământ, iar unul de 14 ani și 6 luni să nu aiba.

În concluzie, stabilirea unui prag, oricare ar fi el, pare o soluție formală, uniformizantă și, în cele din urmă, o pasare a responsabilității, aceea de a face realmente diferența între ce este rău și ce este și mai rău. Această responsabilitate, după părerea mea, ar trebui să rămână în sarcina magistratului care, în mod obligatoriu, în astfel de cazuri, ar trebui să solicite și să se bazeze pe o expertiză medico-legală psihiatrică, de unde ar trebui să rezulte dacă, în cazul concret, minorul a avut sau nu discernământ.

Doctrina și practica au utilizat în mod tradițional acest criteriu obiectiv al discernământului și, în general, lucrurile au funcționat. Ar trebui să ne încredem în acest caz în Efectul Lindy despre care vorbește Taleb (ceea ce funcționează o perioadă mare de timp, are toate șansele să supraviețuiască mai mult)¹⁰.

Dacă au apărut și unele hotărâri „nefericite” cum le-am numit, ar trebui să se analizeze acele hotărâri și să se stabilească de unde provin erorile, pentru ca acestea să fie evitate pe viitor. Dacă un judecător consideră că un copil de 9 ani (ca în speța menționată) are discernământul necesar pentru a consimți la un act sexual, nu avem o problemă cu textul de lege sau cu discernământul minorului; avem o problemă cu discernământul judecătorului.

-
1. Articolul are la bază intervenția autorului în cadrul Conferinței „Consimțământul în materia infracțiunilor contra libertății și integrității sexuale comise asupra minorilor” desfășurată la Facultatea de Drept a Universității din București la data de 7 decembrie 2022.
 2. G. Antoniu, C. Bulai, Dicționar de drept penal și procedura penală, Ed. Hamangiu, 2011, p. 277.
 3. Cu privire la cele două opinii, a se vedea Gh. Diaconescu, op. cit., p. 295-296. Autorul citat susține cea de a doua opinie.
 4. „Exista viol agravat (...) dacă victima avea vârsta de 9 ani, chiar dacă nu s-a folosit violență; în acest caz, nu se poate presupune că victima și a exprimat liber voința consimțind la raportul sexual” (P.J.P. III, p. 90 cu referire la Tm. Buc. S. II-a p. d. 169/1982).
 5. V. Cioclei, Drept penal partea specială. Infracțiuni contra persoanei și infracțiuni contra patrimoniului, ed. 7 Ed. C.H. Beck, 2022, p. 212
 6. A se vedea în acest sens: <https://www.vie-publique.fr/loi/278212-loi-21-avril-2021-violences-sexuelles-sur-mineurs-et-inceste>.
 7. În sensul celor de mai sus și pentru amănunte a se vedea A. Bitton, C. Ferrand, Viols sur mineurs. Ce que change la loi du 21 avril 2021, disponibil pe <https://www.village-justice.com/articles/viols-sur-mineurs-que-change-loi-avril-2021,39316.html>.
 8. În sensul celor de mai sus și pentru amănunte a se vedea A. Bitton, C. Ferrand, loc cit.
 9. În acest sens și pentru amănunte a se vedea V. Cioclei, 3P, un „virus” reactivat, care amenința sănătatea justiției penale, A.U.B. Drept-Forum Juridic (15.06.2020) și Bizlawyer-Portalul avocaturii de business din România (www.bizlawyer.ro 15.06.2020);
 10. A se vedea în acest sens, N.N. Taleb, Când pielea ta e în joc, Ed. Curtea Veche, 2018, p. 239 și urm.