

## 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”<sup>2</sup>. 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. Rămâne 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 (minoră 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 sexual<sup>3</sup>. 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 practică<sup>4</sup>. 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”<sup>5</sup>.

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”<sup>6</sup>, 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”<sup>7</sup>. 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 prevăzută „crima de viol asupra unui minor de până la 15 ani”. Aceasta incriminare este practic o variantă asimilată violului, care introduce un prag de „non-consimțământ”, astfel încât orice act material specific violului, comis *de un major* asupra minorului de până la 15 ani, reprezintă infracțiunea de viol, chiar dacă nu este realizată condiția specifică atașată elementului material (violența, constrângere, amenințare, sau surpriza – conform Codului penal francez). Textul prevede și o clauză zisa „Romeo și Julieta”, conform căreia, pentru existența infracțiunii, diferența de vârstă între major și minor trebuie să fie de cel puțin cinci ani. Condiția diferenței de vârstă nu se aplică dacă fapta se comite: „în schimbul unei remunerații sau unei promisiuni de remunerație, furnizării unui avantaj în natură sau promisiunii unui astfel de avantaj”<sup>8</sup>. O fi bine, o fi rău? Urmează ca francezii să constate în timp; nu este locul aici pentru o judecată de valoare asupra acestor modificări. M-am referit la ele doar pentru că par a fi o sursă de inspirație pentru legiuitorul român.

La noi, o primă tentativă de introducere a unui prag de vârstă de la care actul sexual cu un minor să fie considerat viol a apărut într-un Proiect de lege din 2020 (PL-x nr. 101/09.03.2020). A fost o „tentativă neterminată” deoarece, deși această intenție era amplu exprimată în Expunerea de motive, în mod paradoxal, ea nu se mai regăsea în propunerile concrete de modificare ale textelor de lege din Proiect. Am scris la vremea respectivă despre Proiectul cu pricina, pe care l-am calificat drept o mostră de analfabetism juridic<sup>9</sup> și nu este cazul să revin asupra lui. Precizez doar că vârsta din Expunerea de motive era oscilantă, deoarece se făceau referiri atât la vârsta de 15 ani (după modelul francez) cât și la vârsta de 16 ani.

În prezent, în Parlament se află 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 vârsta de 14 ani devine viol, după cum și coruperea sexuală a minorului ce nu a împlinit 14 ani devine agresiune sexuală. Se păstrează și în aceste ipoteze clauza Romeo și Julieta autohtonă, 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 republicată) și se află în prezent la Camera Deputaților pentru dezbateri. Situația trebuie privită și în contextul în care Consiliul Superior al Magistraturii trimisese Senatului un punct de vedere negativ, subliniind unele erori grave ale Proiectului și arătând totodată că a sesizat ministrul Justiției cu propriile propuneri de modificare a Codului penal, pe aceeași temă. În acest context și în speranța că Proiectul menționat nu va fi adoptat în forma actuală, forma care și în opinia mea conține multe erori, nu voi face o analiză tehnică amanunțită a acestuia ci, voi aborda doar o problemă de fond pe care o ridică.

Această problemă de fond constă în aceea că, dacă se introduce un prag de vârstă sub care actul sexual cu minorul devine automat viol (în pofida faptului că a existat consimțământ), trebuie să se stabilească și o variantă agravată pentru ipoteza în care se comite un viol „real” (prin constrângere) asupra minorului sub vârsta respectivă. Or, Proiectul cu pricina nu numai că nu prevede o astfel de variantă, dar lasă posibile doar două interpretări (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” fără constrângere al minorului. Ambele variante sunt lipsite de logică. În realitate, dacă este să privim strict tehnic modificările propuse, ar trebui să constatăm că Proiectul lasă fără 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 discutabilă din mai multe perspective:

De ce 14 și nu 15, 16, sau 13? De ce ar trebui să plecam de la limita de vârstă pentru răspunderea penală? Există oare identitate de „statut” între autorul și victima unei fapte penale? Francezii nu au procedat așa. Am văzut că pragul ales de ei este de 15 ani deși, în principiu, în sistemul francez răspunderea penală este atrasă începând cu 13 ani, dar poate merge și mai jos dacă există discernământ. Deci, ce prag alegem și cum explicăm alegerea făcută?

Dar indiferent ce vârstă am alege, există oare o dezvoltare șablon a minorilor? Și ce se întâmplă 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)<sup>10</sup>.

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](http://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.