



Grupul Roman pentru Apărarea Drepturilor Omului GRADO

Consiliul de conducere
Mihai Ioan Popescu – Președinte
Rodica Niță – Vice-președinte
Daniela Dragomir – Vice-președinte
Elena Sălculescu – Vice-președinte

Str. Cupolei 5, bl. 2B, sc. 2, ap. 55, sector 6, CP
061153 Bucuresti, CUI: 8286979
Tel/ Fax: + 4021 430 02 16
Mail: office@grado.org.ro
site: <http://www.grado.org.ro>

Consimțământul. Scurtă cercetare a doctrinei civile și penale. Rolul acestuia în infracțiunile de viol și act sexual cu un minor

Mihaela Carmen Ghirca-Bogdan

Jurist, asociația GRADO

Plecând de la dezbaterile din spațiul public cu privire la reglementarea infracțiunilor sexuale, în special cu privire la cele care privesc victime minore precum și având în vedere diversele propuneri legislative de modificare a Codului Penal în privința infracțiunilor de viol (art. 218) și act sexual cu un minor (art. 220)¹, am analizat legislația și doctrina cu privire la consimțământ în dreptul român (civil și penal), precum și cerințele Curții Europene a Drepturilor Omului în această materie.

În urma cercetării, sunt câteva concluzii și întrebări legate de rolul consimțământului în cauzele de viol și act sexual cu un minor, respectiv:

➤ **cu privire la viol:**

- Violul presupune lipsa consimțământului, însă doar în variantele strict menționate de Codul penal. Legea penală este de strictă interpretare și nu poate fi extinsă și la alte situații. În acest context se pune întrebarea dacă pot fi imaginate și alte situații în care lipsește consimțământul, dar nefiind într-una din cele 3 cazuri reglementate de art. 218, nu va putea fi reținută infracțiunea de viol.
- Din doctrina analizată rezultă că minoritatea victimei poate conduce la calificarea actului sexual ca viol, chiar în situația în care nu există o constrângere deoarece autorul a profitat de imposibilitatea de a-și exprima voința (caz expres menționat în codul penal la viol) ca urmare a lipsei de înțelegere a semnificației actului sexual de către minor (minorul nu putea să dea un consimțământ valabil). Distincția față de actul

¹ Concluziile cu privire la consimțământ pot fi aplicate, în mod similar, și infracțiunilor de agresiune sexuală (art. 219) și corupere sexuală a minorilor (art. 221) deoarece din această perspectivă, cele două infracțiuni sunt reglementate similar.

sexual cu un minor ar urma să fie făcută în fiecare caz în parte, în funcție de circumstanțele cauzei, eventual prin expertize psihiatrice. Se poate imagina, așadar, că în cazul a doi minori de 10 ani, victime ale unor infracțiuni sexuale, aceeași faptă este calificată ca fiind viol într-un caz, iar în altul act sexual cu un minor.

- Cu toate acestea, nu există o practică majoritară² a instanțelor de judecată în sensul analizării/punerii în discuție a existenței sau lipsei consimțământului (și deci a validității voinței exprimate) în cauzele cu minori. În acest context, se pune întrebarea care este modalitatea practică prin care instanțele de judecată disting între infracțiunea de viol și cea de act sexual cu un minor.

➤ **cu privire la actul sexual cu un minor:**

- Actul sexual cu un minor presupune existența unui consimțământ din partea minorului, însă nu rezultă clar dacă este vorba doar despre o exprimare verbală, o confirmare din partea minorului, o lipsă de opoziție din partea acestuia, așadar de manifestări exterioare care arată lipsa opoziției. Sau, dimpotrivă, este vorba despre un consimțământ valid – cu toate condițiile pe care validitatea le presupune – și deci este necesară analizarea lui din această perspectivă (lipsa viciilor, discernământul, voința reală, capacitatea de a înțelege consecințele propriilor acțiuni etc.).
- Doctrina este de acord cu privire la calificarea ca viol în cazul "vârstei fragede", însă această vârstă nu este definită. Or, problemele de interpretare nu sunt în cazul vârstei de 5 ani, ci la vârstele mai mari de 10 ani, cu privire la care nu există criterii, reguli, mecanisme instituite legal sau jurisprudențial prin care să fie determinată (ne)valabilitatea consimțământului (spre deosebire de dreptul civil unde există limite de vârstă pentru diverse tipuri de acte, prezumții etc.).
- Lipsa acestor reguli, criterii conduce la imprevizibilitatea și lipsa de claritate a legii penale care sancționează cele două infracțiuni, făcând greu de determinat inclusiv de către autor (agresor) în care din cele două infracțiuni ar putea fi încadrată fapta sa.

Trebuie să precizăm, încă de la început, faptul că instituția consimțământului este una pe larg dezvoltată în dreptul civil care a împrumutat din caracteristicile sale și dreptului penal, fără ca însă cele două instituții să se suprapună în totalitate.

În prima parte (1) vom face o trecere în revistă a regulilor aplicabile consimțământului în **dreptul civil (1)** și în **dreptul penal (2)**, pentru ca ulterior să analizăm care ar fi rolul acestuia în materia **infracțiunilor sexuale cu victime minore (3)**.

² Așa cum rezultă din datele disponibile în Raportul Inspecției Judiciare privind practica instanțelor de judecată și a parchetelor de pe lângă acestea în investigarea și soluționarea cauzelor privind infracțiuni la viața sexuală cu victime minore

În cea de-a doua parte (II) a acestui material vom trece în revistă **cerințele CEDO astfel cum rezultă din hotărârile pronunțate** precum și cele ale Comitetului de Miniștri, responsabil cu urmărirea punerii în executare a hotărârilor CEDO.

I. Despre consimțământ

1. **Consimțământul în dreptul civil**

În dreptul civil, prin consimțământ se înțelege exteriorizarea hotărârii de a încheia un act juridic civil. Acesta este o condiție de fond, esențială de validitate și generală a actului juridic civil³. Modalitatea de exprimare a consimțământului poate fi în scris, verbal sau prin comportamente care, potrivit legii, convenției părților, practicilor sau uzanțelor, nu lasă nicio îndoială asupra intenției de a produce efecte juridice corespunzătoare (art. 1240 din Noul Cod Civil/NCC). De regulă, tăcerea, nu valorează consimțământ, excepțiile fiind de strictă interpretare (cum ar fi, de exemplu, prevederea expresă a legii).

Esențial pentru a fi în prezența unui consimțământ este să asistăm la o manifestare, la o exteriorizare a voinței persoanei, aceasta fiind o acțiune voluntară a subiectului de a-și exhiba voința și de a o face cunoscută celorlalți⁴.

Atunci când se vorbește, în dreptul civil, despre voință juridică, se afirmă că aceasta reprezintă un fenomen complex, atât din punct de vedere psihologic, cât și din punct de vedere juridic⁵. Din punct de vedere juridic, voința reunește în structura sa două elemente: consimțământul și cauza actului juridic civil. Consimțământul privește hotărârea de a încheia actul juridic, în timp ce cauza se referă la motivul sau scopul hotărârii luate. NCC a consacrat principiul voinței interne sau voinței reale, deci nu principiul voinței declarate.

Cu toate acestea, NCC nu oferă o definiție a consimțământului, însă stabilește condițiile în care acest consimțământ este valabil. Acesta trebuie să fie serios, liber și exprimat în cunoștință de cauză⁶. Consimțământul serios înseamnă un consimțământ dat cu intenția de a produce efecte juridice, iar consimțământul liber înseamnă că fiecare persoană alege în mod conștient și exprimă propria decizie, fără ca acesta să fie afectată de vreun viciu de consimțământ, cum sunt eroarea, dolul sau violența. Condiția ca acesta să fie exprimat în cunoștință de cauză presupune, pe de o parte manifestarea, exteriorizarea voinței, iar pe de altă parte ca persoana să înțeleagă contextul în care voința este exprimată⁷.

³ A se vedea Gabriel Boroș, Carla Alexandra Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea Generală*, Editura Hamangiu 2021, pag. 146.

⁴ A se vedea Radu Rizoiu, *Curs de teoria actului juridic civil*, Editura Hamangiu 2021, par. 59; Marian Nicolae, *Drept civil. Teoria generală*, vol. II, Editura Solomon 2018, pag. 362.

⁵ A se vedea Marian Nicolae, *op. cit.*, par. 184, pag. 361, precum și referințele citate acolo.

⁶ A se vedea art. 1204 NCC.

⁷ A se vedea Radu Rizoiu, *op. cit.*, par. 78, pag. 280.

De asemenea, potrivit art. 1205 NCC, consimțământul trebuie să fie dat de o persoană cu discernământ. Condiția aceasta decurge din caracterul conștient al actului juridic civil în sensul că persoana trebuie să aibă puterea de a aprecia efectele juridice care se produc în baza manifestării sale de voință⁸. Discernământul este o stare de fapt, iar potrivit NCC o persoană este lipsită de el dacă "fie și numai vremelnic", se află într-o stare care o pune în neputință de a-și da seama de urmările faptei sale. Actele juridice încheiate de persoane fără discernământ sunt anulabile. Așadar, nu se pot recunoaște efecte juridice unei manifestări de voință decât dacă acea manifestare provine de la o persoană care are puterea efectivă de a aprecia, de a discerne consecințele care decurg.

Discernământul se află în strânsă legătură cu capacitatea persoanei, care însă este o situație de drept (civil). Aceste două noțiuni nu trebuie confundate, căci o persoană având capacitate de exercițiu deplină se poate afla în situația de a nu avea, temporar, discernământ, iar o persoană incapabilă, fără capacitate de exercițiu poate avea momente de discernământ. Persoanele care nu au discernământ sau au discernământul în formare sunt protejate de către legiuitor prin intermediul capacității de exercițiu. Astfel, persoanele sub 14 ani sunt prezumate a nu avea discernământ din cauza vârstei fragede și prin urmare sunt lipsite de capacitate de exercițiu și nu pot încheia acte juridice civile singure. Minorul cu vârsta între 14 și 18 ani are discernământul în formare și deci capacitate de exercițiu restrânsă, acest lucru însemnând că el poate încheia anumite tipuri de acte singur (de mică însemnătate, valoare) sau altele cu acordul părinților. Aceste reguli sunt instituite în favoarea și pentru protejarea minorilor. De exemplu, un minor sub 14 ani își poate exterioriza, exprima voința la încheierea unui act juridic cum ar fi, de exemplu, vânzarea bicicletei sale, însă consimțământul astfel exprimat nu va fi valabil deoarece minorul nu are capacitate de exercițiu, fiind prezumat a nu avea discernământ pentru a încheia un astfel de act, iar un minor cu vârsta cuprinsă între 14 și 18 ani ar putea încheia valabil singur acest act de dispoziție dacă ar avea acordul părinților.

În concluzie, **în dreptul civil** regulile aplicabile pentru încheierea valabilă a actelor civile țin cont de voința internă, de discernământul persoanei care își exprimă această voință, de înțelegerea contextului în care consimțământul este dat, precum și de eventualele vicii care îl pot afecta (eroarea, dolul, violența) fiind astfel instituite reguli și mecanisme de protecție a minorilor.

2. Consimțământul în dreptul penal

Consimțământul și lipsa lui sunt analizate în dreptul penal din 3 perspective: ca element constitutiv al unei infracțiuni (1), ca o cauză de reducere a pedepsei (2) sau ca o cauză justificativă (3)⁹.

⁸ A se vedea Gabriel Boroi, op. cit., pag. 153.

⁹ A se vedea George Antoniu, Consimțământul victimei, în Revista de drept penal nr. 4/2003, pag. 9 și urm.

1. Cauză de înlăturare a tipicității faptei, absența consimțământului intră în chiar descrierea infracțiunii¹⁰. În acest caz, dacă suntem în situația unui consimțământ al victimei, fapta nu mai constituie infracțiune deoarece nu este prevăzută de legea penală (nu poate exista furt cu consimțământul proprietarului bunului "furat").
2. De asemenea, s-a exprimat opinia conform căreia consimțământul poate atenua răspunderea penală, cum ar fi sancționarea mai puțin severă în cazul uciderii unei persoane "la cererea explicită, serioasă, conștientă și repetată a victimei (art. 190 NCP)"¹¹.
3. Legiuitorul a introdus în Noul Cod Penal instituția consimțământului victimei care poate, în anumite condiții, să reprezinte o cauză justificativă, așadar să înlătore caracterul ilicit, antijuridicitatea faptei¹². Conform opiniilor exprimate în doctrina de specialitate, consimțământul victimei apare ca o cauză justificativă în cazul acelor infracțiuni **prin care se protejează o valoare al cărei purtător este o persoană fizică care poate dispune de această valoare**¹³ și deci poate renunța la protecția oferită de legea penală. Cu toate acestea, consimțământul victimei nu poate fi o cauză justificativă atunci când valoarea socială protejată este una extrem de importantă, cum ar fi, de exemplu viața persoanei.

Cu privire la validitatea consimțământului victimei în dreptul penal, pot fi regăsite mai multe puncte de vedere în doctrină. Marea majoritate a acestor opinii analizează consimțământul din perspectiva cauzei justificative și a condițiilor necesare a fi îndeplinite pentru ca autorul să beneficieze de prevederile legale incidente. Cu toate acestea, considerăm că toate acele condiții care țin strict de valabilitatea consimțământului sunt pe deplin aplicabile și cazurilor de înlăturare a tipicității infracțiunii sau cauzelor de atenuare a răspunderii penale. Doar condițiile extrinseci consimțământului pot fi diferite, în funcție de reglementarea legală.

Astfel, potrivit unui autor¹⁴, consimțământul victimei ca și cauză justificativă produce efecte dacă privește un bun sau un interes de care partea vătămată poate dispune și dacă consimțământul astfel exprimat este valabil, adică "îndeplinește toate condițiile de validitate care se cer oricărui consimțământ susceptibil să producă efecte juridice". Atunci când vorbește despre cea de-a doua condiție, George Antoniu spune că nu este valabil un consimțământ dat de un minor sau de un alienat mintal, însă menționează totodată dreptul comparat și dezbaterile în doctrina europeană cu privire la stabilirea unei vârste minime a consimțământului sau posibilitatea instanței de a decide de la caz la caz în funcție de analiza asupra discernământului minorului raportat la actul în cauză. Unii autori străini sunt de părere că în analiza consimțământului persoanei ar trebui să se țină întotdeauna seama de regulile din dreptul civil raportate la capacitatea de a dispune de

¹⁰ De exemplu infracțiunea de **furt** (art. 228 din Noul Cod Penal): "Luarea unui bun mobil din posesia sau detinența altuia, fără consimțământul acestuia (...)", **înteruperea cursului sarcinii** (art. 201 alin.2): "înteruperea cursului sarcinii, săvârșită în orice condiții, fără consimțământul femeii însărcinate (...), **Nerespectarea măsurilor privind încredințarea minorului** (art. 379): "reținerea de către părinte a copilului să minor, fără consimțământul celuilalt părinte (...).

¹¹ A se vedea Florin Streteanu, Daniel Nițu, op.cit. par. 410.

¹² A se vedea Florin Streteanu, Daniel Nițu, Drept Penal. Partea generală, vol. I, Ed. Universul Juridic 2014, par. 369.

¹³ Idem, par. 410.

¹⁴ A se vedea George Antoniu, op. cit., pag. 17.

drepturile îngăduite de lege, inclusiv prin luarea în calcul a viciilor de consimțământ și a voinței reale a celui care îl exprimă¹⁵. De asemenea, voința de a consimți ar putea rezulta din "scris, oral sau chiar din tăcerea celui solicitat să consimtă dacă, în raport cu împrejurările concrete, tăcerea ar putea fi luată în considerare ca expresie a voinței celui în cauză"¹⁶.

Alți autori¹⁷, analizând condițiile consimțământului ca și cauză justificativă, au considerat că pentru a fi valid, consimțământul trebuie:

1. Să fie valabil exprimat, adică să provină de la o persoană care înțelege semnificația actului său de dispoziție și îl face în deplină cunoștință de cauză. Cu toate acestea, potrivit acestor autori, valabilitatea consimțământului nu este condiționată de existența capacității de exercițiu din dreptul civil, invocându-se în acest sens atât doctrină românească și străină, cât și jurisprudența instanțelor române. Ca și în civil, consimțământul poate fi afectat de vicii (eroare, dol, violență), însă nu operează cu aceeași rigoare. În privința formei, aceasta poate fi și tacită în măsura în care constă într-un comportament univoc al titularului dreptului.
2. Să fie actual, adică să existe la momentul comiterii faptei și să fie menținut pe toată durata săvârșirii ei, iar în situația în care acest consimțământ este retras, din acel moment fapta poate constitui infracțiune.
3. Să privească o valoare socială de care titularul poate dispune, existând drepturi indisponibile cum ar fi dreptul la viață. Consimțământul nu are valoare juridică în situațiile în care norma de incriminare are ca scop protejarea victimei, iar din descrierea infracțiunii rezultă că aceasta presupune colaborarea victimei (actul sexual cu un minor, coruperea sexuală).
4. Să provină de la titularul valorii sociale ocrotite.
5. Să fie determinat, adică urmările faptei consimțite pot fi determinate anterior comiterii acesteia.

O a treia categorie de autori¹⁸, analizând consimțământul în dreptul penal ca și cauză justificativă, enumeră condiții similare, respectiv:

1. Trebuie să existe un consimțământ din partea persoanei vătămate, iar în cazul persoanelor lipsite de capacitate de exercițiu (minorul sub 14 ani și interzisul judecătoresc), acesta poate fi dat doar prin intermediul reprezentantului legal, iar minorul peste 14 ani își poate da singur acordul, fiind însă necesar ca acesta să fie însoțit de încuviințarea reprezentantului legal.
2. Consimțământul să fie valabil exprimat, adică să nu fie afectat de viciile de consimțământ (eroare, dol, leziune).

¹⁵ Idem, pag. 20.

¹⁶ Idem, pag. 20.

¹⁷ A se vedea, în acest sens, Florin Streteanu, Daniel Nițu, Drept penal partea general vol. I, Editura Universul Juridic 2014, pag. 399, nota de subsol 2.

¹⁸ Mari-Claudia Ivan, Gheorghe Ivan, Cauzele justificative, Editura Universul Juridic 2021, pag. 168 și urm.

3. Consimțământul poate fi exprimat în orice formă, în scris sau verbal.
4. Consimțământul trebuie să fie exprimat în mod expres, tăcerea putând avea semnificația unui consimțământ doar raportat la împrejurările concrete ale faptei.
5. Legea să nu excludă efectul justificativ al consimțământului, în mod expres sau tacit.

În concluzie, toți autorii analizați sunt de acord că pentru a produce efecte, consimțământul trebuie să fie valabil exprimat, dat în cunoștință de cauză, să nu fie afectat de vicii de consimțământ, persoana respectivă să poate dispune de valoarea ocrotită. Totodată, tăcerii îi poate fi atribuită valoare juridică doar raportat la împrejurările concrete ale faptei din care să rezulte în mod univoc consimțământul la respectivul act.

3. Rolul consimțământului în cazul infracțiunilor de viol și act sexual cu un minor

Infracțiunile sexuale cu privire la care va fi analizat impactul consimțământului sunt violul (art. 218 NCP), agresiunea sexuală (art. 219 NCP), actul sexual cu un minor (art. 220 NCP) și Coruperea sexuală a minorilor (art. 221 NCP). Cu toate acestea, având în vedere că diferențele între viol și agresiune sexuală, pe de o parte, respectiv act sexual cu un minor și coruperea sexuală a minorilor, pe de altă parte, constau doar în natura actelor sexuale comise (elementul material), cele 2 infracțiuni la care ne vom referi sunt violul și actul sexual cu un minor.

a. Violul

Obiectul juridic al infracțiunii de viol îl reprezintă libertatea sexuală a persoanei, dreptul acesteia de a dispune de propria viață sexuală¹⁹. Realizarea acțiunilor care constituie latura obiectivă a infracțiunii de viol (raportul sexual, actul sexual oral, actul sexual anal sau orice alte acte de penetrare vaginală sau anală) se poate face, conform normei de incriminare prin mai multe modalități, respectiv:

- Constrângere,
- Punere în imposibilitate de a se apăra ori de a-și exprima voința,
- Profitând de imposibilitatea de a se apăra sau de a-și exprima voința.

Autorul V. Cioclei consideră că o condiție a existenței laturii obiective a infracțiunii este realizarea faptei fără consimțământul victimei, într-una din modalitățile indicate în norma de incriminare²⁰. Vârsta fragedă a victimei este considerată ca fiind o imposibilitate de a se apăra sau de a-și exprima voința, făptuitorul folosindu-se în mod conștient de starea de vulnerabilitate a victimei. Această folosire reprezintă "o constrângere mijlocită, fiindcă a abuza de o stare care face imposibilă opunerea înseamnă a realiza în mod insidios o constrângere"²¹.

¹⁹ Valerian Cioclei, Drept Penal partea specială I, Editura C.H.Beck 2021, pag. 196

²⁰ Valerian Cioclei, op. cit. pag. 198.

²¹ Valerian Cioclei, op. cit. pag. 199, precum și referința citată.

Potrivit altor autori²², o condiție a faptei de viol este ca această să se realizeze fără consimțământul victimei, însă și aceștia notează faptul că legiuitorul a indicat în mod explicit care sunt modalitățile de "viciere" a consimțământului. Așadar, "nu orice viciere a consimțământului specifică dreptului civil va conduce la calificarea faptei drept viol"²³, putând exista situații în care, de exemplu victimei i s-a promis o recompensă materială sau morală, și care nu vor putea fi calificate drept viol deoarece nu sunt comise în modalitățile expres prevăzute de lege. Potrivit aceluiași autori, constrângerea poate fi atât de natură fizică, cât și de natură psihică, neavând importanță modalitatea în care victima s-a opus actului sexual (opunere violentă sau opunere pasivă în cazul în care victima nu vrea să își agraveze situația). În privința imposibilității de a-și exprima voința s-a considerat că un minor de 9 sau de 6 ani nu poate consimți valabil la un raport sexual, fapta acestuia fiind încadrată în viol, chiar și în ipoteza în care există o exprimare de voință din partea victimei²⁴. Delimitarea dintre viol și act sexual cu un minor ar urma să fie făcută pornind de la înțelegerea minorului cu privire la actul sexual, prin analiza în concret, în fiecare caz în parte, dacă minorul a înțeles semnificația actului și ce anume presupune o astfel de decizie. Acest lucru ar urma să fie făcut prin intermediul unei expertize psihiatrice. Pe de altă parte, chiar dacă starea de imposibilitate de a-și exprima voința este una preexistentă, deci nu este determinată de autor, pentru a putea fi reținută infracțiunea de viol este necesar, conform unor autori, ca făptuitorul să își dea seama de situația victimei și să folosească prilejul pentru a avea o relație sexuală²⁵. În textul de incriminare este menționat în mod explicit termenul "profită", ceea ce exprimă "o realitate subiectivă, diferită de realitatea obiectivă"²⁶, intenția legiuitorului fiind de a evidenția "perversitatea" făptuitorului.

Cu privire la analiza existenței consimțământului în cauzele cu minori, din studierea datelor din Raportul Inspecției Judiciare²⁷, rezultă că există un procent foarte mic de hotărâri judecătorești în care a fost pusă în discuție valabilitatea consimțământului. Astfel, din cauzele soluționate definitiv având ca obiect infracțiuni contra libertății și integrității sexuale comise asupra unor victime minore, înregistrate la curțile de apel și instanțele arondate acestora în perioada 1.02.2014-29.07.2020 (pag. 41 din raport), cel mai mare procent de cauze în care a fost pusă în discuție valabilitatea consimțământului minorilor (pag. 66 și urm.) este de 19.11% la CA Brașov (30 de cauze din 157 soluționate), iar cel mai mic este 0 la Curtea Militară de Apel (nici o cauză în care s-a pus în discuție consimțământul din cele 8 soluționate în circumscripția acestei

²² Sergiu Bogdan, Doris Alina Șerban, Drept Penal Partea specială, Infracțiuni contra persoanei și contra înfăptuirii justiției, Ediția a doua, 2020, pag. 312

²³ Sergiu Bogdan, Doris Alina Șerban, op. cit. pag. 312

²⁴ Sergiu Bogdan, Doris Alina Șerban, op. cit. pag. 318. În același sens, Cu privire la delimitarea infracțiunii de viol de cea de act sexual cu un minor, instanțele au reținut că suntem în cazul unui viol atunci când, datorită vârstei, victima nu avea reprezentarea actului pe care îl comite, fără să fie făcută vreo referire la capacitatea civilă (A se vedea Florin Streteanu, Daniel Nițu, op. cit. pag. 399).

²⁵ A se vedea Cristinel Ghigheci, Drept penal. Partea specială, vol. I Infracțiuni contra persoanei și infracțiuni contra patrimoniului, Editura Solomon, 2020, pag. 263.

²⁶ Cristinel Ghigheci, op. cit. pag. 263-264.

²⁷ A se vedea Raportul privind practica instanțelor de judecată și a parchetelor de pe lângă acestea în investigarea și soluționarea cauzelor privind infracțiuni la viața sexuală cu victime minore, pag. 41 și urm., respectiv 66 și urm.

instanțe). Rezultă, așadar, că verificarea valabilității consimțământului nu constituie o regulă în cauzele cu minori.

b. Actul sexual cu un minor

Obiectul juridic al acestei infracțiuni este libertatea și inviolabilitatea sexuală a minorului. Se consideră că deși minorul consimte la actul sexual, acest consimțământ este viciat datorită imaturității psihice sau stării de dependență față de autorul adult²⁸. Într-o altă opinie, se consideră că, dacă în cazul violului este afectată libertatea fizică și morală a minorului, în cazul actului sexual cu un minor este afectată numai "componenta morală, psihică, a libertății sexuale, care implică posibilitatea de a decide în cunoștință de cauză"²⁹.

Diferența față de viol constă, potrivit autorului Valerian Cioclei³⁰, în faptul că la actul sexual cu un minor nu se exercită constrângere asupra victimei și nici nu se profită de imposibilitatea victimei de a se apăra sau de a-și exprima voința.

Similar, se afirmă de către alți autori³¹ că diferența dintre cele două infracțiuni este dată de lipsa consimțământului, respectiv existența unui consimțământ, chiar și viciat (viciu ce poate deriva din minoritatea victimei singură sau combinată cu alte circumstanțe). Un alt autor consideră că, în cazul actului sexual cu un minor, consimțământul trebuie "să fie valabil exprimat"³²:

În Raportul Inspecției Judiciare se reține că, spre deosebire de infracțiunile de viol și agresiune sexuală, care sunt săvârșite fără consimțământul victimei, actul sexual cu un minor a fost reglementat ca fiind actul săvârșit cu consimțământul minorului, consimțământ "viciat" de vârsta fragedă a victimei³³. Însă, "viciul vârstei" nu beneficiază de o reglementare legală și nici nu rezultă diferența între un "consimțământ afectat de viciul vârstei" și un consimțământ absent datorat vârstei", astfel încât să poată fi făcută distincția între cele 2 infracțiuni (viol și act sexual cu un minor).

Potrivit doctrinei citate în Raportul Inspecției Judiciare, "caracterul socialmente periculos al faptei de act sexual cu un minor rezultă atât din împrejurarea că raportul sexual, actul sexual sau actul de penetrare vaginală sau anală are loc cu un minor aflat la o vârstă fragedă, la care practicarea actelor sexuale poate avea urmări nefaste pentru dezvoltarea fizică și psihică a acestuia, cât și datorită atingerii pe care o aduce relațiilor sociale privind desfășurarea vieții sexuale, pentru că făptuitorul profită de lipsa de experiență a minorului care este mai ușor de convins decât un

²⁸ Valerian Cioclei, op. cit. pag. 211

²⁹ A se vedea V. Pasca, în M. Basarab, Codul penal Comentat, vol. II, pag. 286.

³⁰ Op. cit. pag. 213

³¹ Sergiu Bogdan, Doris Alina Șerban, op.cit., pag. 345.

³² M. Udriou, Drept penal, 2019, p.215, citat în Cristinel Ghigheci, Drept penal. Partea specială, vol. I Infracțiuni contra persoanei și infracțiuni contra patrimoniului, Editura Solomon, 2020, pag. 290.

³³ Raportul Inspecției Judiciare, pag. 14.

major și realizează cu acesta un raport sexual, un act sexual sau un act de penetrare vaginală sau anală”³⁴.

Infrațiunea de act sexual cu un minor se comite cu intenție, ceea ce presupune ca ”făptuitorul să fi cunoscut starea de minoritate a victimei ori să fi avut suficiente date pentru a presupune că actul sexual se realizează cu un minor”³⁵.

II. Despre cerințele CEDO

Subiectul violenței sexuale împotriva fetelor și femeilor nu este unul recent, din perspectiva **Curții Europene a Drepturilor Omului (CEDO) și a jurisprudenței în materie**. Dezbaterile cu privire la acest subiect au devenit mult mai prezente în spațiul public în ultimii ani prin adoptarea Convenției de la Istanbul privind prevenirea și combaterea violenței împotriva femeilor și violenței domestice. Având în vedere scopul acestui material, ne vom limita la prezenta jurisprudența CEDO cu privire la rolul pe care ”consimțământul” ar trebui să îl aibă în cauzele privind agresiunile sexuale.

Prima cauza CEDO care pune în discuție ”consimțământul” și rolul acestuia în calificarea infracțiunii drept viol este cauza M.C. c. Bulgariei³⁶. În fapt, la data săvârșirii faptelor, reclamanta avea 14 ani și 10 luni și a susținut că a fost violată de 2 bărbați. În urma investigației, autoritățile din Bulgaria au ajuns la concluzia că nu existau suficiente dovezi că reclamanta fusese obligată să facă sex.

Înainte de a decide cu privire la situația din speță, CEDO face o analiză a concepției ”moderne” asupra violului³⁷. Vorbind despre reglementările violului în diferite state membre, CEDO reține faptul că diferențele de reglementare sunt firești și intră în marja de apreciere a fiecărui Stat. Însă, limitele sunt stabilite de Convenție și de interpretarea acesteia de către CEDO: Astfel, Curtea observă că, deși din punct de vedere istoric dovada folosirii forței, respectiv dovada rezistenței fizice a victimei erau necesare pentru a fi în prezența infracțiunii de viol, în ultimii ani există un trend clar și stabil de a abandona definițiile formale și interpretările limitate ale legii. În primul rând, din analiza CEDO, rezultă că cerința rezistenței fizice din partea victimei nu se mai găsește în legislația statelor europene, reținându-se, de exemplu, că legislația irlandeză menționează clar că nu poate fi dedus consimțământul din lipsa rezistenței victimei la respectivul act sexual. Apoi, Curtea observă că din doctrina și jurisprudența cercetate rezultă că lipsa consimțământului este văzută ca fiind unul dintre elementele constitutive ale infracțiunii de viol, chiar dacă rămân în

³⁴ A se vedea D.I. Lămășanu, Comentarii la art. 220, în G. Antoniu (coord.), C. Duvac, D.I. Lămășanu, I. Pascu, C. Sima, T. Toader, I. Vasii, Explicații preliminare ale noului Cod Penal, vol. III (art. 188-256), Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 216, citată în, *Raportul Inspecției Judiciare privind practica instanțelor de judecată și a parchetelor de lângă acestea în investigarea și soluționarea cauzelor privind infracțiuni la viața sexuală cu victime minore*, pag. 13, precum și doctrina citată.

³⁵ Valerian Cioclei, op. cit. pag. 213.

³⁶ A se vedea cauza nr. 39272/98, pronunțată la 4.12.2003, disponibilă pe:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2239272/98%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-61521%22%5D%7D>

³⁷ MC c. Bulgariei, cauza nr. 39272/98, par. 154-166.

legislație cerințele legate de folosirea forței. În sfârșit, CEDO reține faptul că înțelegerea cu privire la modul în care victimele abuzului sexual trăiesc această experiență a evoluat în sensul în care victimele, în special fetele minore, adesea nu opun rezistență fizică din cauza unei multitudini de factori psihologici sau de frică. Curtea concluzionează analiza dreptului comparativ reținând că, în acord cu standardele contemporane și a tendințelor actuale, articolele 3 și 8 din Convenție cer penalizarea și urmărirea eficientă a oricărui act sexual neconsimțit, chiar în absența unei rezistențe fizice din partea victimei, limitarea violului doar la cazurile în care există dovada rezistenței fizice putând conduce la lipsa de penalizare a anumitor tipuri de viol.

Analizând situația particulară din speță, CEDO reține în primul rând că autoritățile din Bulgaria s-au confruntat cu 2 versiuni diferite ale faptelor care ar fi necesitat o abordare cu luarea în considerare a întregului context pentru a verifica credibilitatea celor 2 versiuni. Cu toate acestea, nu au fost făcute confruntări între martori, nu s-a stabilit exact ora faptelor, reclamanta nu a putut să pună întrebări martorilor pe care i-a acuzat că mint. CEDO reține, de asemenea, că lipsa clarificării circumstanțelor era datorată, așa cum rezulta din documentele de la dosar, lipsei probelor cu privire la rezistența fizică, strigăte de ajutor sau urme de violență care ar fi condus la calificarea faptelor drept viol. Or, întreaga investigație și concluziile acesteia ar trebui să aibă în centrul ei problema lipsei de consimțământ. De asemenea, CEDO reține faptul că vulnerabilitatea victimei datorată vârstei și factorii psihologici în cauzele cu minori au cântărit foarte puțin în analiză. Prin urmare, a fost constatată încălcarea articolelor 3 și 8 din CEDO.

Una dintre cauzele relevante pentru prezentul material, este cauza M.C.G. c. România³⁸. Cauza privește agresiunile sexuale la care a fost supusă o fată de 11 ani în perioada august 2008-noiembrie 2009 în casa unei familii vecine unde mergea des să se joace împreună cu alte două fete de vârsta ei. Ca urmare a agresiunilor, fata a rămas însărcinată. În dosarul penal deschis ca urmare a plângerii penale, a fost efectuat un raport de expertiză psihiatrică în care s-a reținut că reclamanta suferea de stres posttraumatic și s-a menționat că minora "vorbea rușinată", avea "amintiri vii" despre cele întâmplate și că motivul pentru care nu a spus nimic a fost frica pentru siguranța ei și a familiei ei. De asemenea, s-a reținut discernământul redus și dificultăți la anticiparea faptelor sale ca urmare a vârstei fragede. Printr-o hotărâre definitivă a instanțelor din România s-a decis că dacă actul sexual ar fi avut loc "prin constrângerea victimei sau profitând de imposibilitatea de a se apăra sau de a-și exprima voința, este evident că aceasta nu ar fi continuat obiceiul anterior" de a merge să se joace cu fetele vecinilor.

În analiza sa, CEDO reține³⁹ că ceea ce este decisiv, este sensul dat de organele de urmărire penală și de instanțe unor termeni precum "constrângere" și "imposibilitatea persoanei de a-și exprima voința". Or, din analiza jurisprudenței puse la dispoziție de părți, a rezultat că într-un număr semnificativ de cauze consimțământul victimei la actele sexuale a fost dedus din fapte care aveau mai mult de-a face cu reacțiile specifice copiilor față de traume. Analizând situația din speță, CEDO reține că cercetarea penală trebuia să se axeze pe lipsa consimțământului, pe

³⁸ A se vedea cauza CEDO nr. 61495/11, hotărârea din 15 martie 2016.

³⁹ A se vedea cauza CEDO nr. 61495/11, par. 60 și urm.

vulnerabilitatea tinerilor și să țină cont de factorii psihologici implicați în cauzele cu minori. În consecință, CEDO a constatat încălcarea articolelor 3 și 8.

Această hotărâre a fost urmată de alte 2, similare, respectiv cauza I.C. c. României⁴⁰ și cauza A.O. și H.O. c. României⁴¹. De asemenea, de curând a fost comunicată⁴² Guvernului României o nouă cauză⁴³ ce privește acte sexuale cu o minoră. În speță, se susține de către reclamantă că nu a existat o anchetă efectivă cu privire la presupusele abuzuri sexuale la care a fost supusă o minoră de 12 ani. Autoritățile naționale au clasat cauza cu privire la una dintre fapte din lipsă de probe și au renunțat la urmărirea penală ca urmare a lipsei interesului public în urmărirea altor 2 presupuși agresori având în vedere pericolul social mic al faptelor, circumstanțele cauzei, lipsa intenției de a denigra sau de a o răni pe reclamantă, precum și costurile mari ale anchetei raportat la gravitatea redusă a faptelor. Nu rezulta, din situația de fapt cunoscută la acest moment, în lipsa observațiilor Guvernului, în ce măsură s-a pus în discuție, în fața instanțelor române, valabilitatea consimțământului minorei de 12 ani. Urmează să vedem care va fi hotărârea Curții.

Cele 3 hotărâri pronunțate deja împotriva României se află în **faza punerii în executare de către România**, executare care este urmărită de către Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei. Ultimele informații disponibile⁴⁴ se află în decizia adoptată cu ocazia celei de-a 1383 reuniune a Comitetului de Miniștri din perioada 29 septembrie-1 Octombrie 2020. Conform acestei decizii, deși a notat o modificare în practica instanțelor de judecată cu privire la analiza centrată pe consimțământ și luarea în calcul a vulnerabilității minorilor, Comitetul a considerat că are nevoie de mai multe informații pentru a putea considera că practica este complet aliniată cerințelor hotărârilor CEDO. Pentru a decide în acest sens, sunt relevante notele pe baza cărora a fost luată această decizie⁴⁵. Conform acestor note, nu există consens la nivelul judecătorilor și procurorilor cu privire la vârsta la care este considerat valabil un consimțământ, aceasta variind de la 9 la 14 ani, deși există consens cu privire la faptul că anumite victime, din cauza vârstei fragede, nu pot da un consimțământ valabil. Se reține că, deși Codul Penal român nu stabilește că lipsa consimțământului este un element al infracțiunii de viol, autoritățile naționale au ales doar să crească gradul de conștientizare și capacitatea de ancheta și nu au luat în considerare posibilitatea ca o modificare legislativă ar putea să contribuie la stabilizarea cerințelor legate de consimțământul valabil al victimei. Cu toate acestea, nu a rezultat clar din informațiile furnizate că jurisprudența a evoluat în toată țara, că concluziile rapoartelor de expertiză cu privire la lipsa consimțământului sunt urmate cu consecvență sau dacă alți factori, cum ar fi comportamentul victimei, sunt în continuare decisivi, motiv pentru care Comitetul de Miniștri a decis că are nevoie

⁴⁰ A se vedea cauza CEDO nr. 36934/08, hotărârea din 24 august 2016.

⁴¹ A se vedea cauza CEDO nr. 1455/20, hotărârea din 3 mai 2022.

⁴² Guvernul urmează să transmită observațiile sale, iar CEDO va lua o hotărâre pe baza tuturor datelor și informațiilor disponibile.

⁴³ A se vedea cauza CEDO nr. 58000/19, comunicată Guvernului României la data de 8 aprilie 2022.

⁴⁴ A se vedea <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXEClntifier%22:%5B%22CM/Del/Dec%282020%291383/H46-15E%22%5D%7D>, unde pot fi regăsite toate documentele și informațiile relevante cu privire la stadiul executării.

⁴⁵ A se vedea <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXEClntifier%22:%5B%22CM/Notes/1383/H46-15E%22%5D%7D>

de mai multe informații – cum ar fi, de exemplu, statistici privind rata urmăririi și condamnării pentru viol și act sexual cu un minor pentru a considera executate aceste hotărâri.

III. Concluzie

Așadar, din toată analiza de mai sus rezultă că atât doctrina și jurisprudența națională, cât și jurisprudența CEDO vorbesc despre necesitatea analizării consimțământului în materia infracțiunilor sexuale. Consimțământul valid al victimei, consimțământul viciat sau lipsa lui pot conduce la încadrări juridice diferite, însă fără a fi clară linia de demarcație între cele două tipuri de infracțiuni.

De asemenea, Codul penal nu face referire, în niciuna dintre reglementările referitoare la infracțiunile analizate, la consimțământ și rolul acestuia, spre deosebire de alte infracțiuni cu privire la care, așa cum am văzut, legiuitorul a ales să facă trimitere direct în norma de incriminare la lipsa lui.