

Emil MOISE

Consimțământul copilului, un instrument folosit pentru a diminua pedeapsa violatorilor. O practică discriminatorie, preluată în prevederi legale neconstituționale

Violența sexuală este una dintre cele mai grave infracțiuni împotriva copiilor. De cele mai multe ori, făptuitorul se angajează într-un abuz de putere, identificând victimele prin vârsta lor fragedă și posibilități mai mici să riposteze și să se apere.

Le asigură statul român copiilor o protecție efectivă împotriva abuzului sexual? Mai precis, a luat statul măsurile legislative necesare pentru a se asigura că atât cercetările cât și procedurile penale, în cazul unui abuz sexual împotriva copiilor, se desfășoară în interesul superior al copilului și cu respectarea drepturilor acestuia, așa cum impun principiile *Convenției de la Lanzarote*¹? *Convenția* declară că toate formele de abuz sexual pun în pericol grav sănătatea și dezvoltarea psihosocială a copilului și că bunăstarea și interesul superior ale copilului sunt valori fundamentale împărtășite de toate statele membre, care trebuie promovate fără niciun fel de discriminare

În acest articol mă voi raporta la practica instanțelor de judecată și a parchetelor din România și la aplicarea legislației penale (și civile) pentru a observa în ce măsură sunt protejați copiii împotriva abuzurilor sexuale, în conformitate cu prevederile *Convenției ONU privind drepturile copilului* (în continuare, și *Cdc*), ale *Convenției europene privind drepturile omului* (în continuare, și *Cedo*), ale *Convenției de la Lanzarote*, ale *Constituției României* și ale legislației interne privind drepturile copilului și combaterea discriminării.

1. Act sexual cu minori sau viol asupra minorilor?

În cheia de lectură a *Codului penal*, cea mai gravă formă de violență sexuală este violul. Caracteristic infracțiunii de *viol* este lipsa consimțământului victimei. În conformitate cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (în continuare, și CEDO, sau Curtea Europeană), cercetarea penală și constatările acesteia trebuie să se axeze pe problema lipsei consimțământului.²

Cu referire la abuzul sexual împotriva copiilor, *Codul penal* din România a consacrat

• Doctor, Universitatea de Vest Timișoara
Email: emfilia@yahoo.com
Manuscris primit la 30 martie 2021

1 Articolul 30 -- Principii – al *Convenției Consiliului Europei pentru protecția copiilor împotriva exploatării sexuale și a abuzurilor sexuale*, Lanzarote, 25 octombrie 2007. Convenția a fost ratificată de România prin Legea 252/2010, publicată în M.Of. nr. 885/29.12.2010.

2 A se vedea *M.C. împotriva Bulgariei* (04.12.2004, definitivă la 04.03.2004, Cererea nr. 39272/98, par. 181) și *M.G.C. împotriva României* (15.03.2016, definitivă la 15/06/2016, Cererea nr. 61495/11, par. 72).

două infracțiuni: infracțiunea de *viol* (care se aplică și în cazul victimelor majore) și *actul sexual cu un minor* (infracțiune care este sancționată cu pedepse mai mici decât în cazul violului pentru că implică acordul/consimțământul copilului). Noțiunea de *consimțământ* este conceptul-cheie care diferențiază cele două infracțiuni.

Cum procedează instanțele de judecată și organele de cercetare penală când, în cazul unui abuz sexual împotriva unui copil, se confruntă cu două versiuni contradictorii ale evenimentelor și cu puține probe directe – dacă, de exemplu, copilul abuzat sexual declară că nu și-a dat acordul (și astfel reclamă un viol), iar abuzatorul afirmă contrariul (pentru a obține o pedeapsă mai mică), declarând că actul sexual a avut loc cu consimțământul copilului? Dar dacă minorul declară că și-a dat acordul, sau dacă sunt elemente care probează că și l-a dat, există oare (reglementată) o vârstă până la care consimțământul copilului este apreciat ca nevalabil?

Voi începe cu câteva exemple.

Părinții îi cumpără unui copil o bicicletă, nouă, pentru care au plătit 3000 de lei. La scurt timp, aflat în târgul săptămânal din oraș, singur, copilul este ademenit și își vinde bicicleta contra sumei de 100 de lei; părțile întocmesc un act de mână, cu martori majori care semnează actul, la rândul lor. Copilul are 11 ani. Părinții vor cere și vor obține anularea vânzării, ca nelegală, deoarece copilul nu are capacitate de exercițiu (art. 43 *Codul civil*: „minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani nu are capacitate de exercițiu”).³ Prin urmare, până la 14 ani, copilul nu își poate exprima consimțământul, în mod valabil, pentru acte civile.

Recunoașterea unei limite a capacității de exercițiu este o formă de protecție a copilului, în ceea ce privește actele civile. Asigură statul această protecție copilului și în domeniul faptelor care intră sub incidența legii penale?

În al doilea exemplu, un copil de 13 ani întreține un raport sexual cu un alt copil, de 9 ani. Chiar dacă fapta este sancționată ca infracțiune în Codul penal, copilul de 13 ani nu va fi supus sancțiunilor penale deoarece „Minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani nu răspunde penal” (art. 113, alin (1) din Codul penal).

Mai mult, „Minorul care are vârsta între 14 și 16 ani răspunde penal numai dacă se dovedește că a săvârșit fapta cu discernământ” (alin (2) al aceluiași articol). Drept urmare, inculpatul minor cu vârsta între 14 și 16 ani beneficiază de o prezumție relativă a lipsei de discernământ, răspunzând penal doar dacă se dovedește că a acționat cu discernământ⁴ (și nu minorul e cel care trebuie să răstoarne această prezumție, dovedirea discernământului minorului nu este în sarcina acestuia).

Prin exemplele oferite am dorit să evidențiez faptul că minorul sub 14 ani nu are capacitate de exercițiu (nu își poate exprima consimțământul) și nu răspunde penal, fiind astfel protejat de stat ca urmare a incapacității sale psihice de a își asuma pe deplin

3 Respectiv art. 38: „Capacitatea de exercițiu deplină începe la data când persoana devine majoră” (18 ani); art. 41: (1) Minorul care a împlinit vârsta de 14 ani are capacitatea de exercițiu restrânsă. Actele juridice ale minorului cu capacitate de exercițiu restrânsă se încheie de către acesta, cu încuviințarea părinților sau, după caz, a tutorelui, iar în cazurile prevăzute de lege, și cu autorizarea instanței de tutelă.

4 A se vedea, în acest sens, „Decizia nr. 48/2009 - Arestarea preventivă a minorului cu vârsta sub 16 ani. Obligatorietatea stabilirii discernământului minorului. Modalitatea de stabilire a discernământului minorului”, Tribunalul Constanța, publicată în *portal.just.ro* din 10.03.2009.

și în cunoștință de cauză consecințele faptelor sale. Printre alte drepturi protejate prin reglementarea prezumpției lipsei discernământului copilului – prezumpție absolută pentru copilul sub 14 ani și relativă pentru cel cu vârsta între 14 și 16 ani – și prin reglementarea lipsei capacității de exercițiu a copilului se află dreptul la un proces echitabil.

Ce se întâmplă însă dacă minorul este parte vătămată într-o acțiune cu caracter penal? Mai exact, în cazul infracțiunii de *act sexual cu un minor*? Beneficiază copiii de aceeași protecție din partea statului, cu privire la incapacitatea lor psihică de a consimți la un act sexual, atunci când sunt victime ale abuzului sexual? De interes va fi situația copiilor sub 14 ani, deși în articol mă voi referi și la copiii cu vârsta între 14 și 16 ani.

Pentru a răspunde la această întrebare voi analiza două dintre infracțiunile privind viața sexuală, *violul* și *actul sexual cu minori*, urmărind transpunerea reglementării acestora în practica judiciară din România, cu referire la copii.

Cum faptele redate în articol au avut loc în două perioade de reglementare penală diferite, voi distinge aceste perioade și reglementările care le-au caracterizat.

În *Codul penal* din 1968, cu modificările ulterioare (valabil până în februarie 2014), cele două fapte sunt sancționate astfel (voi reproduce prevederile care sancționează infracțiunea tip):

Violul: (1) Actul sexual, de orice natură, cu o persoană, săvârșit prin constrângerea acesteia sau profitând de imposibilitatea ei de a se apăra ori de a-și exprima voința, se pedepsește cu închisoare de la 3 la 10 ani și interzicerea unor drepturi. (3) Pedepsa este închisoarea de la 10 la 25 de ani și interzicerea unor drepturi, dacă victima nu a împlinit vârsta de 15 ani” (art. 197 din *Codul penal*).

Actul sexual cu un minor: „(1) Actul sexual, de orice natură, cu o persoană de sex diferit sau de același sex care nu a împlinit vârsta de 15 ani se pedepsește cu închisoare de la 3 la 10 ani și interzicerea unor drepturi” (art. 198 din *Codul penal*).

Printre condițiile (disjunctive) ale stabilirii ca infracțiune de *viol* a raportului sexual se află săvârșirea actului sexual când victima este „în imposibilitatea de a-și exprima voința”, sau când făptuitorul a „profitat de imposibilitatea victimei de a-și exprima voința”. Astfel, pentru existența infracțiunii de viol este necesară lipsa consimțământului victimei.

Reglementarea și interpretarea definirii *actului sexual cu un minor* a condus, în practica judiciară, la concluzia că sancțiunea penală se aplică în cazurile în care copilul abuzat sexual și-a dat consimțământul pentru acest abuz⁵ (lipsa consimțământului conduce la încadrarea faptei ca infracțiune de *viol*). Această interpretare ridică unele întrebări cu relevanță teoretică, dar și practică, mai ales că reglementarea privește copiii, în special copiii abuzați sexual.⁶

Mai întâi, în situația în care copilul recunoaște – sau organele judiciare apreciază -- că și-a dat consimțământul, este valabil consimțământul dat de copiii sub 14 ani, aceiași

5 Consider că este adecvată folosirea termenului *abuz* câtă vreme acest tip de raport sexual (cu consimțământul victimei) este sancționat ca infracțiune.

6 În articol, propun o altă interpretare, care ține cont de coerența și consistența ansamblului reglementărilor civile și penale privind capacitatea de exercițiu și de discernământ, în funcție de vârsta copilului care este victimă a abuzului sexual.

subiecți de drept în privința cărora este reglementat imperativ că nu au capacitate de exercițiu și nici discernământ?

În al doilea rând, dacă un copil afirmă că nu și-a dat consimțământul, iar agresorul sexual afirmă contrariul și nu sunt probe care să demonstreze în afara oricărui dubiu că lucrurile ar sta într-un fel (sau în celălalt), cum apreciază completul de judecată?

Ca să răspund la aceste întrebări voi apela la practica judiciară, la texte de lege (inclusiv constituționale), la doctrină, la instrumente internaționale și la jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (CEDO).

2. Cauza M.G.C. c. României

Continui cu cazul unei fete care a fost abuzată sexual. Motivele pentru care am ales prezentarea acestui caz țin de importanța juridică deosebită, dată de parcurgerea tuturor etapelor jurisdicționale din România, dar și de consecințele pe care le-a avut asupra României, condamnată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului (și supusă monitorizării dispuse de Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei). Totodată, toate aceste elemente, rar întâlnite – grupate într-un singur caz -- în această formulă exhaustivă în cauzistica din România pe problematica abuzului sexual împotriva copiilor îmi oferă premise pentru a construi argumentația din acest articol.⁷

Potrivit declarației date la Poliție, pe când avea 11 ani,⁸ în august 2008, M.G.C. se juca în curtea unor vecini, cu două din fetele acestora, de vârstă apropiată, când a fost luată cu forța de J.V., în vârstă de 52 de ani, care a dus-o într-o încăpere goală din casă, a imobilizat-o, i-a acoperit gura cu mâna ca să nu poată țipa și a violat-o. Apoi a amenințat-o cu bătaia dacă va spune cuiva despre cele întâmplate. În decembrie, același an, fapta s-a repetat în hambar, în aceleași condiții. J.V. era rudă cu vecinii fetei și stătea în gazdă la aceștia. În reclamație, fata a declarat că a fost violată și de patru dintre băieții vecinilor și de prietenul lor G.I. în perioada august 2008 - februarie 2009, că aceștia au amenințat-o cu bătaia dacă va spune, iar unul din ei a amenințat-o cu un cuțit.

Din cauza rușinii și din cauza fricii ca urmare a amenințărilor cu bătaia din partea lui J.V. și a faptului că acesta devenea violent când era în stare de ebrietate, fata nu a spus părinților despre cele întâmplate. În martie 2009, mama fetei a observat că aceasta nu mai are menstruație și -- după discuții cu fata -- a aflat ce s-a întâmplat. În aceeași zi, părinții fetei au depus o plângere la Poliție. În urma abuzurilor sexuale M.G.C. a rămas însărcinată și, cu consimțământul părinților, a făcut întrerupere de sarcină.

Împotriva lui J.V. și a celor patru frați s-a început urmărirea penală (în declarațiile date la Poliție, cei 5 au recunoscut că au întreținut relații sexuale cu fata de 11 ani). Pentru că nu împlinise 14 ani și astfel, conform legii, era prezumată lipsa de discernământ, împotriva lui G.I. nu s-a dispus începerea urmăririi penale.

7 Argumentele descriu și strategia care ar putea duce la schimbările necesare pentru o reală protecție a copiilor împotriva unor astfel de abuzuri sexuale.

8 În articolul „Cum batjocorește justiția fetele de 10 ani violate. Procuror și judecător: „Victima s-a îmbrăcat sumar și a consimțit actele sexuale”!”, semnat de Răzvan Luțac, Mirela Neag, Cătălin Tolontan, Adriana Oprea, *Libertatea*, 17.01.2019, se precizează că la data abuzului sexual fata avea 10 ani și 8 luni. În articol am menționat vârsta de 11 ani, așa cum este redat în cauza de la CEDO din care am citat.

Poliția Deva a încadrat actele comise la infracțiunea de viol. În actul de trimitere a dosarului către Parchetul de pe lângă Tribunalul Hunedoara în vederea continuării urmăririi penale pentru săvârșirea infracțiunii de *viol*, ofițerul de poliție judiciară a menționat că declarațiile făptuitorilor, care afirmau că au avut consimțământul fetei pentru a întreține relații sexuale, nu sunt relevante câtă vreme vârsta fetei (11 ani) „face imposibilă existența consimțământului legal valabil deoarece aceasta nu putea să își exprime liber voința”.⁹

De asemenea, expertiza medico-legală întocmită de Serviciul Județean de Medicină Legală, Hunedoara, la solicitarea Inspectoratului Județean de Poliție, concluzionează că fata „avea dificultăți la anticiparea consecințelor acțiunilor ei și insuficient discernământ ca urmare a vârstei ei”¹⁰.

Parchetul de pe lângă Tribunalul Hunedoara a schimbat încadrarea faptelor și a dispus trimiterea în judecată a lui J.V. sub acuzația de săvârșire a infracțiunii de *act sexual cu un minor* în mod repetat, iar ceilalți patru făptuitori au primit amenzi administrative pentru săvârșirea aceleiași infracțiuni. Plângerea fetei împotriva rezoluției cu referire la aplicarea amenzii pentru cei patru făptuitori a fost respinsă de procurorul ierarhic superior și apoi de instanțele de judecată.

Judecătoria Deva a menținut încadrarea propusă de procuror, *act sexual cu un minor*, și l-a condamnat pe J.V. la 3 ani de închisoare.

Fata, reprezentată de avocată, a depus o cerere de recurs și a cerut condamnarea făptuitorului pentru viol. Avocata a argumentat că, la vârsta de 11 ani, fata nu își putea da consimțământul legal, iar agresiunea la care a fost supusă este un act de viol. În susținerea motivelor invocate, avocata a depus la dosarul cauzei o copie a unei hotărâri emise de Curtea de Apel Bacău, la data de 10.11.2009, în care s-a stabilit că „o fată în vârstă de 10 ani și 8 luni nu era capabilă să înțeleagă suficient de bine actul sexual și să-și exprime consimțământul în acest sens”.¹¹ În plus, avocata a criticat faptul că hotărârea dată de instanța de fond a fost parțială, bazată exclusiv pe declarațiile făptuitorilor și ale două martore, toate persoanele fiind rude cu inculpatul, și că instanța nu a luat în considerare expertiza medico-legală psihiatrică în care s-a stabilit că fata nu avea posibilitatea să își exprime consimțământul legal.

În noiembrie 2010 Tribunalul Hunedoara a admis apelul și l-a condamnat pe J.V. la 4 ani de închisoare pentru *viol* (pedeapsă mai mică decât minimul prevăzut de lege, dar pe care instanța a aplicat-o pentru buna conduită a pârâtului anterior săvârșirii infracțiunii).

Citez din hotărârea instanței de apel:

Conform prevederilor art. 197 C. pen., infracțiunea de viol este „Actul sexual, de orice natură, cu o persoană [...] profitând de imposibilitatea ei de a se apăra ori **de a-și exprima voința** (subliniere în original) [...]”. La data la care inculpatul a avut actul sexual cu victima, aceasta avea vârsta de 11 ani. În legislația României, există o prezumție absolută că orice persoană care nu a împlinit 14 ani nu are deloc capacitate de exercițiu. Prin urmare, până la împlinirea vârstei de 14 ani, minorul nu-și poate da consimțământul legal, fiind în imposibilitatea de a-și

⁹ M.G.C. *împotriva României*, (15.03.2016, definitivă la 15.06.2016, Cererea nr. 61495/11), par. 15.

¹⁰ *Idem*, par. 16.

¹¹ *Idem*, par. 22.

exprima voința în mod valabil [...].

Avocata fetei a declarat recurs, solicitând aplicarea unei pedepse mai mari. La rândul său, J.V. a formulat recurs și a cerut încadrarea faptelor la *act sexual cu un minor*.

Curtea de Apel Alba Iulia a respins recursul fetei, a admis recursul lui J.V. și astfel a menținut prima hotărâre, a Judecătoriei Deva, 3 ani de închisoare. Infracțiunea: *act sexual cu un minor*.

M.G.C. s-a adresat Curții Europene a Drepturilor Omului.

Mă opresc, deocamdată, în acest punct al evoluției cazului, pentru a analiza mulțimea de elemente pe care le avem și a trage concluziile care se impun.

Introduc, acum, referiri la reglementările care privesc copiii și care impun centrarea argumentelor pe interesul superior al copilului și pe protecția drepturilor acestuia, pentru ca apoi să mă întorc la cazul descris.

În 1989, Organizația Națiunilor Unite a adoptat *Convenția privind drepturile copilului* (în continuare, și *Cdc*, sau *Convenția*), cel mai ratificat instrument de drepturile omului.¹²

Primul principiu, regăsit în art. 3 al *Cdc*, afirmă că „în toate acțiunile care privesc copiii, întreprinse de instituțiile de asistență socială publice sau private, de instanțele judecătorești, autoritățile administrative sau de organele legislative, interesul superior al copilului va prevala”.¹³ Sintagma „toate acțiunile” este acoperitoare pentru toate instituțiile de stat sau private și include atât acțiuni cât și inacțiuni. Astfel, deși nu stipulează drepturi sau obligații, articolul 3 al *Cdc* trebuie avut în vedere, ca principiu de interpretare, în toate acțiunile care privesc copiii, în legătură cu fiecare din drepturile stabilite în *Convenție*.

Principiul nediscriminării este statuat în art. 2 al *Cdc*, iar art. 19 obligă statele să protejeze copilul împotriva oricărei forme de abuz. Specific, copilul este protejat de orice formă de violență sexuală, prin prevederile art. 34.

Legea 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului menționează că „interesul superior al copilului se circumscrie dreptului copilului la o dezvoltare fizică și morală normală, la echilibru socioafectiv și la viața de familie” reglementând totodată că „prezenta lege, orice alte reglementări adoptate în domeniul respectării și promovării drepturilor copilului, precum și orice act juridic emis sau, după caz, încheiat în acest domeniu se subordonează cu prioritate principiului interesului superior al copilului” (art 2, alin (1) și (2)).

Mă întorc acum la cazul fetei de 11 ani care a fost abuzată sexual de 5 bărbați adulți și de un minor cu vârsta de 13 ani.

Observațiile mele vizează sancționarea, prin prevederile *Codului penal*, a infracțiunii privind *actul sexual cu un minor*. Deși reglementarea ar trebui să aibă ca scop protejarea copiilor împotriva abuzurilor sexuale, în fapt, ea ajută pe cei care abuzează.

Mai întâi, este de observat că această prevedere se aplică doar actelor sexuale cu copii care au consimțit (în caz contrar fapta se încadrează la infracțiunea de viol).

12 România a ratificat *Convenția* în 1990, prin Legea nr. 18.

13 Am folosit textul din engleză (în traducerea românească a *Cdc*, publicată în M. Of., sintagma este „interesele copilului”; pe de altă parte, Legea 272/2004 privind drepturile copilului se referă, ca și *Cdc*, la „interesul superior al copilului”).

Drept urmare, deși o astfel de faptă este considerată o infracțiune, reglementată pentru a proteja copilul contra abuzului sexual, copilul devine nu numai victimă, dar și – în mod paradoxal – complice (co-făptaș la agresiunea îndreptată împotriva sa) pentru că și-a dat consimțământul.

Apoi, să ne întoarcem la cazul prezentat și să facem un inventar al interpretărilor oficiale date faptelor de către toate categoriile de juriști implicați.

Avem, așadar, 9 interpretări în care s-a apreciat că un copil de 11 ani nu își poate da un consimțământ valabil pentru săvârșirea unui abuz sexual împotriva sa: a ofițerului de la Poliția Judiciară (Cercetări penale), acceptată de ofițerul ierarhic superior, a Serviciului Județean de Medicină Legală din Hunedoara, a avocatei fetei, a celor doi judecători din completul de judecată (apel) de la Tribunalul Deva, a celor 3 judecători/judecătoare din completul de judecată (recurs) al Curții de Apel Bacău. De partea cealaltă, au fost formulate 6 interpretări în care s-a apreciat contrariul: consimțământul copilului de 11 ani pentru săvârșirea mai multor abuzuri sexuale împotriva sa este valabil -- abuzuri comise de un bărbat de 52 de ani, 4 persoane cu vârste între 16 și 18 ani sau mai mari și o persoană cu vârsta de 13 ani. Încadrăm în această categorie interpretarea procurorului și a procurorului ierarhic superior (Parchetul de pe lângă Tribunalul Hunedoara), a judecătoarei din completul de judecată (fond) al Judecătoriei Deva, a celor 3 judecători/judecătoare din completul de judecată (recurs) al Curții de Apel Alba Iulia.

Am prezentat această statistică nu pentru a ne folosi de numere, ci pentru a avea un cadru de pornire pentru analiza juridică a interpretărilor celor implicați.

Voi analiza pe rând cele două tipuri de interpretări.

În prima interpretare, conform căreia raportul sexual cu un copil (cu vârsta sub 14 ani) constituie infracțiunea de *viol*, s-a argumentat că vârsta unui astfel de copil, care are insuficient discernământ, face ca acesta să aibă dificultăți la înțelegerea suficient de bine a actului sexual și la anticiparea consecințelor acțiunilor sale și astfel este imposibilă existența consimțământului legal valabil deoarece acesta nu poate să își exprime liber voința.

În plus, judecătorii din completul (de apel al) Tribunalului Hunedoara au invocat și prevederi legale în susținerea lipsei de consimțământ a copilului sub 14 ani: reglementarea din *Codul civil* a lipsei capacității de exercițiu.

Categoria a doua de interpretări este cea în care s-a apreciat că pentru a încadra fapta la viol sau act sexual cu minori, în cazul descris, trebuie verificat dacă a existat consimțământul copilului (fetei) de 11 ani; consimțământ pe care procurorii sau judecătorii la care ne referim l-au declarat valabil pentru această categorie de vârstă. Există 3 posibilități, în acest gen de interpretare: a. victima recunoaște că și-a dat consimțământul; b. victima nu recunoaște că și-a dat consimțământul dar (procurorul sau judecătorul apreciază că) sunt probe care arată contrariul; c. victima nu recunoaște consimțământul, dar nu (se) poate proba că nu și-a dat consimțământul, caz în care se aplică principiul *in dubio pro reo*, principiu transpus în prevederile art. 4 din *Codul de procedură penală*.¹⁴ În acest din urmă caz judecătorul este ținut să aplice pedeapsa care este prevăzută pentru situația în care

14 „După administrarea întregului probatoriu, orice îndoială în formarea convingerii organelor judiciare se interpretează în favoarea suspectului sau inculpatului?”.

victima și-ar fi dat consimțământul.¹⁵

În cazul descris fata a declarat că nu și-a dat consimțământul pentru întreținerea actelor sexuale. În cauză au fost folosite *argumente* din categoria celor menționate la ambele puncte, *supra*, b. și c.

Astfel, procurorul de la Parchetul de pe lângă Tribunalul Hunedoara a apreciat că „în conformitate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei, nu s-a dovedit dincolo de orice îndoială că reclamanta nu a consimțit la actele sexuale” (ipoteza de la pct. c.).

Dacă însă procurorul a afirmat că nu sunt suficiente probe care să dovedească lipsa consimțământului fetei, instanța de fond a apreciat că minora și-a dat consimțământul pentru săvârșirea abuzului sexual împotriva ei, în mod repetat (ipoteza de la pct. b.). Citez din decizia CEDO, care face referire la hotărârea Judecătorei Deva: „instanța a considerat « relevant » faptul că reclamanta se îmbrăca sumar și că, chiar și în urma presupuselor agresiuni sexuale suferite, a continuat să meargă la joacă la prietenele ei”.¹⁶

Curtea de Apel Alba Iulia a anulat hotărârea Tribunalului Hunedoara (care încadrase faptele de abuz sexual la infracțiunea de *viol*) și a menținut hotărârea primei instanțe, a Judecătorei Deva. În motivarea hotărârii, judecătorei completului de judecată (recurs) au răsturnat argumentele judecătorilor din completul de judecată (apel) al Tribunalului Hunedoara.

Citez din hotărârea Curții de Apel Alba Iulia, din 21.03.2011:

Curtea consideră că infracțiunea de viol este comisă prin constrângere – fizică sau morală – sau profitând de imposibilitatea victimei de a-și exprima voința, mai precis violul este un act sexual comis fără consimțământ. Pe de altă parte, infracțiunea de act sexual cu un minor, astfel cum este prevăzută la art. 198 C. pen., înseamnă un act sexual cu minorul care nu a împlinit vârsta de 15 ani, dar cu consimțământul acestuia. [...] Prezumția lipsei discernământului se aplică numai minorilor care nu au împlinit vârsta de 14 ani și au săvârșit o infracțiune, dar în ceea ce privește infracțiunea prevăzută de art. 198 C. pen., minorul [reclamantul] este victimă și nu făptuitor.

Mulțimea de elemente ale cazului conturează un întreg tablou a cărui imagine de

15 Într-o postare publică pe pagina proprie de facebook, fostul președinte al CSM, judecător, și-a exprimat opinia cu privire la astfel de situații afirmând că: „atunci când e dubiu, judecătorul este obligat să considere că relația intimă a fost cu acord și să condamne pentru infracțiunea mai ușoară” (postarea din data de 16.04.2021). Motivarea pe care a dat-o acestei interpretări a fost aplicarea principiului *in dubio pro reo*. Este, însă, o aplicare greșită a acestui principiu, în astfel de cazuri. Faptul că victima nu poate proba că nu și-a dat acordul nu înseamnă că și l-a dat, ci doar că nu are suficiente probe care să îi susțină afirmația. Sigur, lipsa de probe a victimei profită celui suspectat că a comis fapta, în aplicarea principiului menționat (și a prevederilor legale invocate), dar nu e o dovadă că victima și-a dat consimțământul. Această precizare este cu atât mai importantă cu cât emiterea unei concluzii care să afirme, într-o hotărâre judecătorească, fără probe și contrar celor declarate de victimă, că aceasta și-a dat consimțământul la comiterea unei infracțiuni (de natură sexuală), poate avea consecințe sociale (dar și personale) care vor apăsa asupra victimei, pe lângă consecințele suportate ca urmare a abuzului sexual la care a fost supusă.

16 Deși nu face obiectul articolului, nu pot să nu subliniez, fără alte comentarii, modul defectuos în care un magistrat (o judecătore) se referă la o fetiță de 11 ani care a fost abuzată sexual, în mod repetat, de 6 agresori, afirmând că și-a dat consimțământul la săvârșirea acestor abuzuri pentru că „se îmbrăca sumar”, sau pentru că, după abuz, „a continuat să meargă la joacă la prietenele ei” (în curtea căroră fusese abuzată).

ansamblu ne oferă câteva concluzii.

Avem de analizat nu numai prevederi legale cu referire la copii, ci și un caz în care au fost aplicate aceste prevederi. Se adaugă o mulțime de interpretări oficiale, finalizate cu acte ale procurorilor, ale instituțiilor de medicină legală și ale instanțelor de judecată pe toate cele trei paliere: fond, apel și recurs.

În final, a câștigat interpretarea care apreciază că un copil de 11 ani își poate da consimțământul la un abuz sexual săvârșit împotriva lui. O interpretare, după cum voi arăta, în interesul abuzatorului și nu, cum era legal, în interesul superior al copilului.

Este un caz, ca multe altele similare, care, la data judecării acestuia, ar fi putut fi soluționat, pe baza prevederilor legale existente, dar cu o altă interpretare, în interesul superior al copilului, în spiritul și litera prevederilor constituționale.

3. Practica instanțelor de judecată și a parchetelor până la intrarea în vigoare a *Noului Cod penal* (februarie 2014)

Care sunt viciile de interpretare de la data judecării cazului analizat (când în vigoare erau prevederile Codului penal din 1968)?

Argumentele pe care le susțin au ca principală premisă faptul că în toate acțiunile care privesc copiii, întreprinse de instanțele judecătorești, de autoritățile administrative sau de organele legislative, interesul superior al copilului trebuie să prevaleze (art. 3 din *Convenția ONU privind drepturile copilului*), conform principiului interesului superior al copilului: „Principiul interesului superior al copilului va prevala în toate demersurile și deciziile care privesc copiii, întreprinse de autoritățile publice și de organismele private autorizate, precum și în cauzele soluționate de instanțele judecătorești”¹⁷.

Principiul nediscriminării (art. 2 din *Cdc*) este și el preluat în prevederile art. 6 din *Legea 272/2004*: Respectarea și garantarea drepturilor copilului se realizează conform (printre altele) principiului egalității de șanse și al nediscriminării.

Copilul trebuie să fie protejat contra abuzurilor de orice fel (art. 19 *Cdc*); statul trebuie să protejeze copilul contra oricărei forme de violență sexuală (art. 34). Dacă, în cazul (și în exemplele) prezentate, statul protejează copilul prevenind încălcarea dreptului la un proces echitabil și astfel a reglementat lipsa capacității de exercițiu și lipsa discernământului pentru copiii care nu au împlinit vârsta de 14 ani și care – dacă săvârșesc fapte reglementate ca infracțiuni – nu răspund penal, atunci de aceleași măsuri de protecție trebuie să beneficieze și copilul care este victima unei infracțiuni.

În cazul descris, decizia finală a fost una care a apreciat că o fată de 11 ani ar fi fost în măsură să își dea consimțământul pentru un abuz sexual săvârșit împotriva ei, de mai multe ori, de mai multe persoane cu vârste între 13 și 52 de ani. Mai mult, în același proces, s-a apreciat că unul dintre făptuitori, de 13 ani, nu are discernământ și astfel nu poate răspunde penal pentru abuzul comis, pe când victima, de 11 ani, are discernământ pentru a-și putea da consimțământul să fie supusă acestui abuz (discernământ pe care, în aprecierea instanțelor de fond și de recurs, și l-a dat ducându-se la joacă, cu fete de aceeași vârstă cu ea, „îmbrăcată în mod sumar”).

¹⁷ Art. 2 din *Legea 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului*.

Suntem în situația evidentă a unei discriminări în interpretarea prevederilor legale. Criteriul este calitatea copilului în cadrul procedurii judiciare (la toate nivelurile: Poliție, Parchet, instanțele de judecată): copilul victimă față de copilul făptuitor. Dreptul în legătură cu care se manifestă discriminarea: dreptul la măsurile de protecție din partea statului, decurgând din calitatea de copil și, în subsidiar, dreptul la un proces echitabil, în legătură cu dreptul de a fi protejat împotriva oricărei forme de abuz, în special împotriva abuzului sexual.

Prin urmare, hotărârea finală în cazul descris este una discriminatorie. Într-o astfel de interpretare, copiii cu vârsta sub 14 ani, victime ale abuzului sexual, sunt discriminați în situația în care instanța ia în considerare consimțământul acestora (sau lipsa dovezilor privind adevărul afirmațiilor lor prin care susțin că nu și-au dat consimțământul) și astfel diminuează pedepsele aplicate abuzatorilor.

Este această interpretare singulară, sau este întâlnită în practica judiciară din România?

În cauza *M.G.C. împotriva României*, Guvernul a prezentat 32 de hotărâri date de instanțele judecătorești din România în perioada 2009-2013, pentru a ilustra practica în materia judecării infracțiunilor cu minori, cu privire la viața sexuală.

În 16 dintre hotărâri abuzul sexual al copiilor a fost încadrat la infracțiunea de *viol* pentru că făptuitorii au folosit violența fizică (în unele cauze copiii au fost loviți sau amenințați cu moartea, inclusiv cu cuțitul la gât).

De interes pentru problematica discutată aici sunt celelalte 16 hotărâri.

În 12 dintre acestea, contrar prevederilor legale (în interpretarea pe care am oferit-o *supra*), judecătorii au apreciat că, deși vârsta copiilor victime era între 11 și 14 ani (când consimțământul nu poate fi valabil exprimat), este necesar să se analizeze dacă aceștia și-au dat consimțământul la săvârșirea abuzului împotriva lor. Pentru că minorii au negat că au fost de acord cu întreținerea relațiilor sexuale (inclusiv orale sau anale), dar nu au putut proba lipsa consimțământului, instanțele de judecată au încadrat faptele la infracțiunea de *act sexual cu un minor*.

În 4 cauze având ca obiect abuzul sexual instanțele de judecată au apreciat că fetele de 6, 8, 9 și 12 ani nu și-au putut exprima consimțământul în mod valabil din cauza vârstei și au încadrat faptele la infracțiunea de *viol*. Citez din decizia Tribunalului Olt, în cazul fetei de 12 ani, abuzată sexual de unchiul ei: „Chiar și în ipoteza că victima [...] ar fi fost de acord cu actele sexuale, consimțământul ei nu era valabil din cauza vârstei sale fragede [...]”¹⁸.

Exemplele prezentate probează nu doar că practica instanțelor de judecată și a parchetelor este neunitară, ci și că, în acea perioadă – de până la intrarea în vigoare a *Noului Cod penal* (februarie 2014) – predomina interpretarea discriminatorie conform căreia un copil cu vârsta sub 14 ani își poate da consimțământul la un abuz sexual comis împotriva sa: în doar una din patru dintre cauzele prezentate de Guvernul României la CEDO, magistrații au apreciat consimțământul ca nevalabil, atunci când copiii abuzați sexual au avut vârsta sub 14 ani. Dar și în aceste (din urmă) cauze – aflate în minoritate – unii magistrați au apreciat nevalabilitatea consimțământului nu ca efect al prevederilor

18 *M.G.C. împotriva României*, op. cit., par. 34. Amănunțele privind hotărârile instanțelor de judecată din România au fost preluate din aceeași hotărâre a CEDO.

legale, ci în urma expertizelor psihologice sau ale serviciilor sociale, expertize la care erau supuse tot victimele.

Jurnaliștii și jurnalistele unei publicații de investigații¹⁹ au prezentat aspecte din 12 hotărâri judecătorești date în perioada 2009 – 2013 și din alte 8 hotărâri din perioada 2016-2019.

Interpretarea majoritară, în practică, este cea pe care am descris-o în exemplul preluat din decizia CEDO. În perioada aplicării prevederilor vechiului *Cod penal*, instanțele de judecată, contrar prevederilor legale care reglementau lipsa capacității de exercițiu și a discernământului la copiii cu vârsta sub 14 ani, au ales să încadreze abuzul sexual împotriva unor astfel de copii, la infracțiunea de *act sexual cu minori*, deși nu exista o prevedere explicită în acest sens.

În unul din cazuri, Tribunalul Mehedinți a schimbat încadrarea abuzului sexual din *viol* (cum fusese încadrat de procurori, în urma declarației fetei de 13 ani -- care a afirmat că s-a opus actului sexual, dar a fost lovită și amenințată de făptuitorul de 21 de ani – și având la dosar raportul medico-legal care confirma existența unor „leziuni de violență produse prin lovire cu sau de corp dur ce puteau dura de 12-48 de ore și care necesitau pentru vindecare 2-3 zile de îngrijiri medicale”) în *act sexual cu un minor*. Printre alte motive, instanța a apreciat că fata „a consimțit la întreținerea raporturilor sexuale cu inculpatul în condițiile lipsei de maturitate psihică” fapt care susține, din contră, nevalabilitatea consimțământului. Apelul Parchetului, care a criticat ca nelegală schimbarea încadrării, motivând atât prin invocarea lipsei de discernământ a fetei de 13 ani, cât și pe existența probelor care atestă constrângerea, a fost respins de Curtea de Apel Craiova, care a apreciat că hotărârea primei instanțe a fost legală pentru că fata de 13 ani ar fi consimțit să întrețină raporturi sexuale.

Alte două cazuri, în două dosare diferite, au fost judecate de Tribunalul Mehedinți după aceeași rețetă: schimbarea încadrării propuse de procurori, din *viol* în *act sexual cu un minor*. Victimele, cu vârste de 13 și 11 ani, agresorii – 23, respectiv 16. În cel de al doilea caz, instanța superioară respinge apelul declarat de Parchetul de pe lângă Tribunalul Mehedinți, menținând încadrarea: *act sexual cu un minor*.

La fel, în cazul bărbatului de 29 de ani care a abuzat sexual, în mod repetat, o fată de 11 ani în toaleta comună a căminului în care locuiau, Judecătoria Sectorului 3 a încadrat faptele la infracțiunea de *act sexual cu un minor* (cum se ceruse și prin rechizitoriul Parchetului). Aceeași instanță, încadrează la infracțiunea de *act sexual cu un minor* abuzurile sexuale repetate ale unui bărbat, comise în perioada 2007-2009, împotriva unei fete de 12 ani, prietenă și colegă cu fata acestuia.

19 Diana Oncioiu, „Dreptate strâmbă: 3 din 4 cazuri de acte sexuale cu victime copii sunt judecate în instanțele românești ca fapte consimțite”, *Dela0*, 19.11.2019. Unele din cazurile prezentate în studiul meu sunt preluate din investigația jurnaliștilor *Dela0* care prezintă și extrase, în fotocopie, din hotărârile instanțelor de judecată la care fac referire. Un judecător a solicitat Consiliului Superior al Magistraturii să verifice dacă investigația „Dreptate strâmbă” atacă independența justiției. În fapt, așa a ajuns CSM să solicite Inspecției Judiciare să verifice cauzele de infracțiuni sexuale cu victime copii, din perioada februarie 2014 - mai 2020, verificare utilă în cadrul procedurii de monitorizare la care este supusă România (a se vedea infra). La data redactării articolului, *Raportul CSM* nu era finalizat, deși Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei a solicitat Guvernului României încă din 2020 ca acest raport să fie finalizat rapid.

Tot 12 ani avea și fata din Caracal care a fost abuzată sexual de 5 tineri, iar Judecătoria Caracal, în 2008, a încadrat fapta la infracțiunea de *act sexual cu un minor*.

În 2012, Judecătoria Șimleu Silvanei a procedat la fel și a încadrat abuzul sexual comis de un bărbat de 38 ani împotriva unei fete de 13 ani, la *act sexual cu un minor*. Deși fata a declarat că nu a fost de acord cu actul sexual, instanța a motivat, printre altele, că minora „era dornică și curioasă să își înceapă viața sexuală”.

La data la care au avut loc faptele și procesele descrise, era în vigoare Codul penal din 1968 (cu modificările ulterioare).

Norma penală care incrimina actul sexual cu copii (art. 198 din *Codul penal*) nu reglementa pedepse diferite pentru categorii diferite de vârstă (sub vârsta de 15 ani) și astfel, magistrații care pentru încadrarea faptei luau în considerare existența sau nu a consimțământului victimei se raportau la această infracțiune indiferent de vârsta victimei (dacă aceasta era sub 15 ani). Consider că interpretarea aceasta era nelegală. Dacă raportul sexual cu o persoană fără consimțământul acesteia este considerat viol și dacă pentru copiii sub 14 ani operează prezumpțiile absolute ale lipsei capacității de exercițiu și a discernământului (consimțământul acestora fiind considerat ca nevalabil) atunci actul sexual cu un copil sub 14 ani trebuia încadrat la viol (interpretare pe care, de altfel, unii magistrați au susținut-o în actele pe care le-au semnat, dar aceasta interpretare a fost dată în puține dintre cazuri și, de regulă, a fost răsturnată în apel sau recurs de instanțele superioare).

Întrebarea care apare, pentru reglementarea din acea perioadă (*Codul penal* din 1968), este dacă magistrații nu erau ținuti de prevederile din *Codul penal* care sancționau actul sexual cu minori. Mai precis, dacă pentru viol avem un articol, iar pentru act sexual cu minori un altul (care implică pedepse mai mici tocmai pentru că există consimțământul minorului), nu erau magistrații obligați să încadreze abuzul sexual cu minori în această ultimă infracțiune?

Răspunsul trebuie să țină cont de ansamblul legislativ și nu numai de o prevedere din *Codul penal*. Încadrarea abuzului sexual împotriva copiilor la infracțiunea de *act sexual cu un minor* ar fi trebuit să se aplice doar în cazurile în care victimele erau copii cu vârsta între 14 și 15 ani. Astfel, dacă un copil cu vârsta sub 14 ani nu are capacitate de exercițiu (art. 11 din Decretul 31/1954, respectiv art. 43 din Codul Civil) și nici discernământ (art. 113 din Codul penal), înseamnă că nu își poate da consimțământul, în mod valabil, pentru un act sexual și deci actul sexual cu un copil sub 14 ani trebuia încadrat la infracțiunea de *viol*. Actul sexual cu un copil putea fi încadrat la infracțiunea de *act sexual cu un minor* doar în cazurile în care copiii abuzați ar fi avut vârsta între 14 și 15 ani, cu condiția dovedirii discernământului acestora și a consimțământului pe care și l-ar fi dat pentru actul sexual. În interesul superior al copilului, în acord cu cerințele *Convenției ONU privind drepturile copilului*, aceasta era singura interpretare coerentă și consistentă cu ansamblul format din prevederile *Constituției României*, ale *Codului civil* și ale *Codului penal*. Nicio prevedere din *Codul penal*, sau din *Codul de procedură penală*, nu obliga magistrații (și nici pe lucrătorii din cadrul serviciilor de cercetare penală ale Poliției) să adopte o altă interpretare.

Revin la cauza *M.G.C. c. României* în care, după ce ultima instanță de judecată

competentă să judece faptele de abuz sexual în formă continuată, comis de 6 persoane împotriva unei fete de 11 ani, a încadrat faptele la infracțiunea de *act sexual cu un minor*, victima s-a adresat Curții Europene a Drepturilor Omului.

Minora, reprezentată de avocată, a susținut că legislația și practica din România nu asigură copiilor o protecție efectivă împotriva violului. Aceasta a afirmat că limitând trimiterea în judecată pentru viol doar la cazurile în care victimele au opus rezistență, autoritățile au lăsat copiilor o protecție insuficientă împotriva violului și a reclamat încălcarea drepturilor garantate prin prevederile art. 3 și 8 din *Convenția europeană a drepturilor omului*, prin neîndeplinirea, de către autoritățile române, a obligațiilor pozitive de a o proteja împotriva tratamentelor inumane și degradante și de a-i proteja dreptul la respectarea vieții sale private.

În cauză, CEDO a citat mai multe documente internaționale europene, sau cu vocație universală: *Convenția ONU cu privire la drepturile copilului*, *Comentariul general nr. 13 (2011) al Comitetul Organizației Națiunilor Unite pentru Drepturile Copilului, cu privire la dreptul copilului la protecție împotriva oricăror forme de violență*, *Convenția de la Lanzarote, Raportul explicativ la Convenția pentru protecția copiilor împotriva exploatării sexuale și a abuzurilor sexuale*, de care Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei a luat act în data de 12 iulie 2007, *Convenția Consiliului Europei privind prevenirea și combaterea violenței împotriva femeilor și a violenței domestice* (01.08.2014), *Orientările Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei privind justiția în interesul copilului*, (17.11.2010), *Recomandarea Rec(2002)5 a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei referitoare la protecția femeilor împotriva violenței*, *Directiva 2011/93/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 decembrie 2011 privind combaterea abuzului sexual asupra copiilor, a exploatării sexuale a copiilor și a pornografiei infantile*, care impuneau statelor urmărirea interesului superior al copilului atunci când interpretează și sancționează abuzul sexual împotriva copiilor.

În practica sa, CEDO a constatat că statele au o obligație pozitivă, inerentă art. 3 și art. 8 din *Cedo*, de a adopta dispoziții de drept penal care pedepsesc efectiv violul și de a le aplica în practică în cursul unei anchete și trimiteri în judecată efective.²⁰

Apreciind că prevenirea efectivă a unor fapte grave, precum violul, necesită dispoziții eficiente de drept penal, iar copiii, în special, în sensul protejării interesului superior al acestora, au dreptul la o protecție efectivă, Curtea Europeană a constatat încălcarea obligațiilor pozitive ale statului pârât prevăzute atât la art. 3, cât și la art. 8 din *Convenție*.

O lună mai târziu, România a fost condamnată din nou la CEDO, într-un caz de abuz sexual împotriva unui copil cu dizabilități.

În cauza *I.C. contra României*²¹ aplicanta a reclamat că autoritățile din România nu au efectuat o investigație eficientă asupra acuzațiilor sale de viol comis împotriva ei la vârsta de paisprezece ani, încălcându-și astfel obligația pozitivă de a o proteja de tratamentele inumane și degradante.

În ianuarie 2007, a plecat de la un priveghi funerar, împreună cu două prietene (de 10, respectiv 14 ani), să aducă apă pentru un vecin. Pe drum, trei băieți (cu vârste de 15,

²⁰ *M.C. împotriva Bulgariei*, op. cit, par. 153.

²¹ *I.C. contra României* (24.05.2016, 2016, definitivă la 24.08.2016, Cererea nr. 36934/08).

respectiv 16 ani) au imobilizat-o – unul dintre ei i-a tras brațul la spate și a apucat-o de cap -- și, amenințând-o cu bătaia dacă va țipa, au obligat-o să meargă în grădina unei clădiri părăsite, unde un bărbat de 22 de ani a împins-o la pământ, a dezbrăcat-o și a întreținut relații sexuale cu ea. Un alt bărbat, de 26 de ani, a încercat să întrețină relații sexuale cu fata, dar a fost incapabil din punct de vedere fiziologic. Un al treilea, de 30 de ani, a intenționat să întrețină relații sexuale cu minora, dar în cele din urmă a decis să o ajute să se ridice, să se curățe și să se îmbrace singură și a însoțit-o înapoi la casa în care se ținea priveghiul. Când tatăl a venit să își caute fata, 20 de minute mai târziu, aceasta i-a spus că a fost violată, iar tatăl a anunțat imediat Poliția. A doua zi au depus și o plângere, scrisă, la Poliție.

Potrivit expertizei medico-legale, la care a fost supusă a doua zi, pe corpul fetei nu existau leziuni traumatiche, dar au fost identificate semne patologice care ar fi putut rezulta din actul sexual. Totodată, în raportul medical se menționa că fata se afla într-o stare de anxietate și frică și a recomandat consiliere psihologică și un examen neuropsihiatric.

Un raport medical criminalistic realizat, la cererea tatălui fetei, în martie 2007, stabilea că minora a prezentat o tulburare psihologică cauzată de un traumatism fizic și psihologic la care fusese expusă la 13 ianuarie 2007. Doctorul a susținut că în conformitate cu documentele prezentate de Spitalul de Psihiatrie Oradea, starea reclamantei a necesitat paisprezece zile de îngrijire medicală.

În următoarele 5 luni, minora a fost internată de 3 ori la spitalul de psihiatrie din Oradea. A fost diagnosticată cu tulburare emoțională, anxietate legată de stres, iritabilitate, tulburare de somn, dizabilitate intelectuală ușoară.

La 2 martie 2007, Poliția a trimis dosarul către Parchetul de pe lângă Judecătoria Bihor pentru continuarea anchetei penale pentru săvârșirea infracțiunii de *act sexual cu un minor*. La 26 aprilie fata a solicitat Parchetului ca inculpații să fie anchetați pentru săvârșirea infracțiunii de *viol*.

În mai 2007, procurorul a încadrat faptele la infracțiunea de *act sexual cu un minor*, motivând că agresorii au declarat că nu au constrâns-o pe fată să întrețină relații sexuale, actul medico-legal nu indica urme de violență fizică, iar fata, întoarsă la priveghi, nu a povestit prietenelor ei ce se întâmplase.

La judecătoria Beiuș fata a declarat, din nou, că nu și-a dat consimțământul pentru abuzul sexual la care a fost supusă. Completul de judecată nu a luat în considerare declarația reclamantei, rapoartele medicale care atestau starea sa medicală, sau cererile acesteia ca incidentul să fie examinat ca viol. Deși martorele au declarat că minora era o fată cuminte, nu avea relații cu băieți, nu mergea în baruri și că în noaptea respectivă a fost forțată de cei doi să îi urmeze, iar ea s-a opus, și deși unul dintre făptuitori a declarat că celălalt i-a spus că a violat-o pe fată, instanța a încadrat faptele la infracțiunea de *act sexual cu un minor*, iar făptuitorii au primit pedepse de un an, respectiv un an și 4 luni, ambele cu suspendare.

În urma apelului, la 27.02.2008, Tribunalul Bihor a menținut încadrarea faptelor la infracțiunea de *act sexual cu un minor*, a mărit pedepsele celor doi inculpați la un an și 6 luni, respectiv 3 ani și a menținut decizia de suspendare a executării pedepselor.

Curtea de Apel Oradea a respins recursul depus de fată, apreciind că acesta este

nefondat și că încadrarea faptelor la infracțiunea de viol este exclusă.

Motivând că eșecul de a investiga în mod corespunzător sau de a oferi un răspuns judiciar adecvat la plângerile privind abuzuri sexuale împotriva copiilor creează un fond de impunitate care ar putea încălca obligațiile pozitive ale statului în temeiul articolului 3 al *Cedo*, Curtea Europeană a constatat că ancheta, în cazul minorei, nu a îndeplinit cerințele inerente obligațiilor pozitive ale statelor de a aplica în mod eficient un sistem de drept penal care sancționează toate formele de viol și abuz sexual.

Faptele descrise în cele două hotărâri, în care CEDO a constatat că autoritățile din România nu au demonstrat o abordare consecventă în analiza existenței consimțământului victimei pentru a diferenția în mod clar cazurile de viol față de cele privind actul sexual cu un minor, au determinat Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei să supună România unui proces de monitorizare începând din noiembrie 2016.

În urma solicitării unor informații publice legate de îndeplinirea obligațiilor României în procesul de monitorizare, purtătorul de cuvânt al Consiliului Europei a declarat jurnaliștilor/jurnalistelor publicației *Dela0*, în toamna anului 2019, că România nu a mai trimis nicio raportare după planul de acțiune depus în decembrie 2016 (ca procedură inițială obligatorie), deși se afla în continuare sub supraveghere.

Un nou plan de acțiune a fost depus de România abia în iulie 2020, după ce a fost condamnată într-un nou dosar la CEDO, în cauza *E.B. împotriva României*. Citez din articolul publicației *Dela0*, ai/ale cărei jurnaliști/jurnaliste au avut un rol esențial în deconspirarea acestui fenomen judiciar național: „Acest nou plan de acțiune a trecut complet neobservat. Nicio autoritate publică, de la CSM la guvern și președinție, nu l-a invocat sau prezentat în ultimele 6 luni, deși tema infracțiunilor sexuale cu victime copii este probabil cea mai discutată (și spinoasă) speță publică din România ultimilor ani. Conținutul acestui raport de acțiune este capital. Pentru că el ilustrează, de fapt, mai multe inacțiuni. Există câteva aspecte menționate de statul român în acest plan de acțiune care nu sunt conforme cu realitatea”.²²

Cele două cauze, la care s-a adăugat *E.B. împotriva României*²³ (în care victimă a unui viol a fost o tânără cu dizabilități) - care au probat, în principal, încălcarea obligației pozitive a statului de a aplica în mod eficient un sistem de drept penal care sancționează actele sexuale non-consensuale, în special atunci când victimele sunt copii și persoane cu dizabilități psihosociale (încălcările articolului 3 în toate cazurile; încălcările articolului

22 Vlad Soicescu, Diana Oncioiu, „Marea simulare națională. O procedură de supraveghere declanșată în 2016 de Consiliul Europei atestă de ce justiția română nu reușește nici în 2021 să le facă dreptate copiilor abuzați sexual”, *Dela0*, 12.03.2021. Investigația face parte din Proiectul *Media XFiles*, coordonat editorial de *Dela0.ro* și realizat de Centrul pentru Jurnalism Independent – CJI cu sprijinul financiar al Ambasadei Regatului Țărilor de Jos în România.

23 *E.B. împotriva României* (2019, Cererea nr. 49089/10), în care Curtea Europeană a considerat, în unanimitate, că au existat o încălcare a articolului 3 (interzicerea tratamentelor inumane sau degradante) și a articolului 8 (dreptul la respect pentru viața privată și de familie) din *Cedo*. Curtea a considerat că autoritățile din România nu au răspuns în mod adecvat la acuzațiile doamnei E.B. și nu i-au respectat drepturile ca victimă a violenței sexuale, ceea ce a ridicat îndoiele cu privire la eficacitatea sistemului pus în aplicare de România în cadrul obligațiilor internaționale. De asemenea, autoritățile nu și-au îndeplinit datoria de a aplica eficient un sistem de drept penal capabil să pedepsească toate formele de viol și abuz sexual și de a oferi o protecție adecvată pentru doamna E.B.. Prin urmare, a existat o încălcare atât a articolului 3, cât și a articolului 8 din *Cedo*.

8 în *M.G.C. și E.B.*) - au fost discutate la întâlnirea Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei din 29.09.-01.10.2020²⁴.

4. Situația după intrarea în vigoare a Noului Cod penal

S-a schimbat situația după intrarea în vigoare a Noului Cod penal? Mai pot folosi magistrații interpretarea conform căreia, atunci când au de încadrat un abuz sexual îndreptat împotriva unui copil, trebuie cercetat dacă acesta, cu vârsta sub 14 ani, și-a dat consimțământul? Cu alte cuvinte, mai pot magistrații, în cazul unui abuz sexual îndreptat împotriva unui copil cu vârsta sub 14 ani, să încadreze faptele abuzatorului la infracțiunea de *act sexual cu un minor*, pentru care sunt prevăzute pedepse mai mici decât la *viol*? A scăzut numărul cazurilor de abuz sexual împotriva copiilor?

Da, situația s-a schimbat, magistrații nu mai pot folosi această interpretare în dauna drepturilor copiilor. *Noul Cod penal*, adoptat prin Legea /2008, a intrat în vigoare la 1.02.2014. Noua reglementare obligă magistrații și ofițerii din cadrul serviciilor de cercetare penală să încadreze abuzurile sexuale asupra copiilor cu vârsta sub 16 ani (sub 15 în varianta inițială) la infracțiunea de *act sexual cu un minor* și când au fost săvârșite cu consimțământul copiilor, și când aceștia nu pot dovedi că nu și-au dat consimțământul, chiar dacă celelalte reglementări civile și penale statuează că până la împlinirea vârstei de 14 ani copilul nu are capacitate de exercițiu și nici discernământ.

Astfel, în situația reglementărilor actuale (începând din februarie 2014), nu interpretările (dominante) ale magistraților sunt discriminatorii și deci neconstituționale, ci prevederile legale privind reglementarea infracțiunii de *act sexual cu un minor*. În *Noul Cod penal*, reglementarea infracțiunii de *act sexual cu un minor* face referire explicită și la copiii cu vârsta sub 14 ani, magistrații fiind astfel ținuti de prevederile legale să ia în considerare consimțământul copilului, victimă a abuzului sexual.

Reproduc reglementarea, în varianta tip, a infracțiunii de *act sexual cu un minor*:

(1) Raportul sexual, actul sexual oral sau anal, precum și orice alte acte de penetrare vaginală sau anală comise cu un minor cu vârsta între 14 și 16 ani se pedepsesc cu închisoarea de la unu la 5 ani. (2) Fapta prevăzută la alin. (1), săvârșită asupra unui minor care nu a împlinit vârsta de 14 ani, se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 9 ani și interzicerea exercitării unor drepturi (art. 220 *Noul Cod penal*).²⁵

Viciile de interpretare sunt preluate în *Noul Cod penal*, devenind vicii de reglementare.

24 Detaliile întâlnirii pot fi citite aici (accesat la 07.05.2021): https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809f87a1.

25 Cele două prevederi sunt reproduse din *Codul penal*, modificat prin *Legea nr. 217* din 29.10.2020, publicată în M.Of. nr. 1012 din 30.10.2020. Prin același act normativ a fost reglementată și imprescriptibilitatea răspunderii penale în cazul săvârșirii infracțiunilor de *viol* și *act sexual cu un minor*. Prin sesizarea înregistrată la nr. 5/3472/13.07.2020, Guvernul României, sub semnătura prim-ministrului Ludovic Orban, a sesizat Curtea Constituțională invocând excepția de neconstituționalitate a prevederilor privind imprescriptibilitatea răspunderii penale în cazul săvârșirii celor două infracțiuni. Prin Decizia nr. 682/30.09.2020 Curtea Constituțională a respins excepția de neconstituționalitate.

5. Concluzii și soluții

Planul de acțiune, depus de Guvernul României la Strasbourg, se referă și la o evaluare a cazurilor de infracțiuni sexuale cu victime minore, din perioada 2014-2020.

Publicația *Dela0* a prezentat date din *Raportul* Inspecției Judiciare a CSM, care a documentat cazurile de infracțiuni sexuale cu victime copii.²⁶

În perioada de analiză, 1.02.2014-29.07.2019, la secțiile de Poliție și la Parchetele din România au fost înregistrate peste 18 000 de sesizări având ca obiect infracțiuni privind acte sexuale cu copii; sub 20% din acestea au fost finalizate cu trimiterea în judecată a făptuitorilor; nu există o practică uniformă la nivelul instituțiilor de cercetare penală și al instanțelor de judecată, în legătură cu evaluarea și stabilirea valabilității consimțământului copiilor în cazul săvârșirii infracțiunii de *act sexual cu un minor*.

În punctul de vedere transmis Curții Constituționale prin adresa nr. 14390/6.08.2020²⁷, Avocatul Poporului arată că „opțiunea legiuitorului a fost de a stabili imprescriptibilitatea răspunderii penale în cazul infracțiunilor de viol și act sexual cu minor cu atât mai mult cu cât, așa cum se arată în expunerea de motive a actului normativ criticat, numărul abuzurilor săvârșite asupra minorilor a crescut considerabil, iar răspunderea infractorilor este de multe ori diminuată în spatele unui « pretins » consimțământ al minorului sau al unor pedepse prea blânde, stabilite sau aplicate peste termenele de prescripție”.

De asemenea, *Convenția de la Lanzarote* face referire, în *Preambul*, la „proporțiile îngrijorătoare pe care le-au luat abuzurile sexuale comise asupra copiilor la nivel atât național cât și internațional”.

Pot fi normele legale sancționate, astfel încât, urmărind interesul superior al copilului, problematica să fie rezolvată prin tratamentul nediscriminatoriu aplicat copiilor indiferent de calitatea pe care o au într-un proces penal – victimă sau agresor?

„Deși la nivel internațional și european principiile de bază ale sistemului juridic au fost stabilite cu succes, nu se poate spune că justiția este întotdeauna adaptată la situația copiilor și a tinerilor în general”.²⁸ Din acest motiv, Consiliul Europei a adoptat *Orientările privind justiția în interesul copilului*²⁹, document din preambulul căruia am citat și care are ca principii fundamentale *participarea, interesul superior al copilului, demnitatea, protecția împotriva discriminării și statul de drept*.

Propunerea legislativă conform căreia „orice faptă care implică contact sexual cu un minor cu vârstă mai mică de 15 ani să fie în mod direct încadrată ca viol, fără a fi nevoie de dovezi care să ateste imposibilitatea victimei de a se apăra sau tentativa de a opune rezistență”³⁰ nu s-a materializat într-un act normativ.

26 Diana Onciuiu, Vlad Stoicescu, „Justiție disecată. Avem raportul Inspecției Judiciare care documentează cum tratează statul român infracțiunile sexuale cu victime copii”, *Dela0*, 14.04.2021. Din investigațiile derulate în cadrul proiectului *Media X*, a rezultat că în perioada 2015-2020 peste 60% din infracțiunile sexuale raportate la poliție sunt cu victime copii.

27 A se vedea *infra*, nota nr. 26.

28 Citatul este preluat din *Prefața* lucrării *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*, Council of Europe Publishing, Strasbourg Cedex, 2012.

29 Document adoptat de Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei la 17 noiembrie 2010.

30 „Proiect de lege. Închisoare până la 12 ani pentru orice faptă ce implică contact sexual cu un minor”, Știrile Pro-Tv, 18.02.2020.

Există însă varianta punerii prevederilor legale menționate în balanță cu prevederile privind combaterea discriminării și cu prevederile Constituției României privind egalitatea de tratament.

Discriminarea este sancționată în România prin prevederile OG 137/2000 și astfel poate fi sesizat Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării. Sesizarea poate fi depusă (și) de organizații neguvernamentale.

De asemenea, cum principiul egalității de tratament este consacrat prin prevederile Constituției României (art. 4 și 16), poate fi sesizată Curtea Constituțională. Cum instituția *cererii de intervenție* nu funcționează în cadrul proceselor în materie penală, excepția de neconstituționalitate poate fi invocată de părți, de avocații acestora, sau de magistrați.

O altă soluție este sesizarea Avocatului Copilului care, prin instituția Avocatului Poporului, poate sesiza direct Curtea Constituțională cu referire la excepția de neconstituționalitate a prevederilor discriminatorii din *Noul Cod penal*.

Ca și în România, în Franța abuzul sexual asupra copiilor era reglementat prin 2 infracțiuni distincte, cu pedepse diferite: *violul* în cazul lipsei discernământului și *actul sexual cu un minor* în cazul în care victima avea vârsta până în 15 ani și și-a dat acordul -- sau nu a putut dovedi că nu și l-a dat – pentru abuzul sexual comis împotriva ei.

La 15 martie 2021, Parlamentul Franței a adoptat noi prevederi penale care încadrează actul sexual cu un copil cu vârsta sub 15 la infracțiunea de *viol* pedepsită cu până la 20 de ani de închisoare (actul sexual consimțit nu atrage răspunderea penală dacă diferența de vârstă între participanți este de până la 5 ani – clauza *Romeo și Julieta*). Modificarea legislativă a fost votată în unanimitate.

Marea Britanie, de asemenea, a incriminat ca infracțiune de *viol* actul sexual cu un copil cu vârsta până în 13 ani, iar infracțiunea de *act sexual cu un minor* se aplică abuzurilor sexuale în care copilul are vârsta între 13 și 16 ani și și-a dat consimțământul pentru actul sexual.