

CAPITOLUL I

PROTECȚIA ȘI LIMITĂRILE DREPTURILOR FUNDAMENTALE ÎN CONTEXTUL LEGISLATIV ACTUAL

Coordonator Roxana MATEFI

CONSIMITAMANTUL PERSOANEI VĂTĂMATE. CHESTIUNI SPECIALE CE SE PUN ÎN LEGATURA CU CONSIMITAMANTUL

Lect. dr. Maria-Magdalena BĂRSAN¹

Rezumat

În acest demers științific voi aduce în prim-planul atenției cele mai importante aspecte de drept penal în ceea ce privește justificarea reglementării consimțământului, care sunt condițiile de valabilitate pe care acesta trebuie să le îndeplinească în mod cumulativ pentru a subzista și, de asemenea, voi ridica anumite probleme speciale ce se pun în legătură cu existența consimțământului în anumite cazuri excepționale. Pentru realizarea acestui deziderat vom face o scurtă incursiune în materia infracțiunilor prevăzute în Codul penal – Partea Specială, în al căror conținut constitutiv regăsim sintagma „consimțământ”. Pentru a înțelege noțiunea de consimțământ din punct de vedere etimologic, vom prelua definiția dată în Dicționarul Explicativ al Limbii Române, și anume prin consimțământ se înțelege „aprobare, încuviințare, asentiment; aderare de bunăvoie la ceva, acord de voință a persoanelor care încheie un contract; acord al pacientului, sub semnătură, sau când este cazul, al tutorelui, al familiei pacientului, necesar în toate cazurile când o intervenție chirurgicală, o investigație sau un act terapeutic expun pacientul la un risc, indiferent de anvergura acestuia”. Consimțământul are conotații filosofice, psihologice și juridice, motiv pentru care constituie obiect special de preocupare pentru psihologie, bioetică, dar interesează și dreptul penal în special.

Cuvinte cheie: consimțământ, persoana vătămată, pedeapsă, cauză justificativă.

¹ Universitatea Transilvania din Brașov, B.dul Eroilor, nr. 25, Brașov, maria.m.barsan@unitbv.ro.

Introducere

În actuala reglementare sunt cuprinse incriminări la care consimțământul persoanei vătămate sau lipsa acestuia prezintă trei valențe: fie ca element constitutiv al infracțiunii descrise în textul legal, fie de cauză de atenuare a pedepsei, fie cauză justificativă, conform dispozițiilor art. 22 C.pen., conform modificărilor aduse Codului penal prin Legea 286/2009². În prima situație, când existența consimțământului persoanei vătămate conduce la nerealizarea unuia dintre elementele constitutive ale infracțiunii și, pe cale de consecință, fapta nu corespunde modelului legal, iar în cea de a doua situație, când consimțământul persoanei vătămate are valoare de circumstanță legală specială, are ca efect aplicarea unei pedepse ale cărei limite sunt mai reduse, iar în cea de a treia situație este cea în care consimțământul persoanei vătămate este o cauză justificativă, faptă concret săvârșită, care deși corespunde modelului legal, ea nu are caracter ilicit, devine o faptă permisă de ordinea de drept în ansamblul său³. În actuala reglementare, regăsim în textul de incriminare exprimată în mod explicit, concret cerința ca fapta descrisă să fie comisă fără consimțământul persoanei care ar fi avut dreptul să dispună de valoarea susceptibilă a fi prejudiciată prin fapta respectivă. După cum se poate vedea, consimțământul persoanei vătămate – ca element al incriminării – poate avea o dublă poziție: fie poziția de condiție negativă (când legea pretinde inexistența sa), fie rolul de condiție pozitivă (când legea prevede existența sa)⁴. În continuarea demersului nostru vom exemplifica, în susținerea acestei idei menționând unele infracțiuni prevăzute în Codul penal în conținutul cărora întâlnim sintagma ‘consimțământ’. Infracțiunea de furt, prevăzută de art. 228 C.pen. poate subzista numai dacă fapta concretă s-a înscris în cerințele textului legal de incriminare, care prevede că fapta de luare a unui bun mobil din deținerea sau posesia altuia să fi fost comisă fără consimțământul detentorului sau posesorului bunului. Absența consimțământului este prezumată, autorului infracțiunii revenindu-i obligația de a dovedi că a avut acordul părții vătămate anterior sau concomitent săvârșirii faptei⁵. Existența unui consimțământ din partea stăpânitorului de fapt al bunului exclude posibilitatea reținerii unei acțiuni tipice de sustragere. Dacă consimțământul este unul condiționat, iar cel care ia acel bun nu respectă condițiile în care i s-a permis luarea bunului, fapta sa de luare cu nerespectarea condițiilor se va încadra la infracțiunea de furt, considerându-se că agentul a acționat fără consimțământ⁶.

² Codul penal din 17 iulie 2009 (Legea nr. 286/2009), publicat în M.Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

³ I. Pascu, T. Dima, C. Paun, M. Gorunescu, V. Dobrinou, M.A. Hotca, I. Chis, M. Dobrinou, *Noul Cod penal comentat. Partea generală*, Ediția a II-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 173.

⁴ Pentru examinarea funcțiilor consimțământului victimei, a se vedea, G. Antoniu, *Consimțământul victimei*, în R.D.P. nr. 4/2003, p. 10-11.

⁵ C.Ap. Ploiești, dec. pen. nr. 203/1998, în *Culegere de practică judiciară a Curții de Apel Ploiești*, sem.I, 1998, p. 63-64.

⁶ S. Bogdan, D.A. Șerban, *Drept penal. Partea specială. Infracțiuni contra patrimoniului, contra autorității, de corupție, de serviciu, de fals și contra ordinii și liniștii publice*, Editura Universul Juridic, București, 2020, p. 34.

Consimțământul nu este însă valabil dacă a fost dat de o persoană alienată mintal, de o persoană care se afla în stare completă de intoxicație cu alcool sau substanțe stupefiante, psihoactive. Infracțiunea de violare de domiciliu sau a sediului prevăzută de art. 224 C.pen. incriminează pătrunderea fără drept, în orice mod, într-o locuință, încăpere, dependință sau loc împrejmuit ținând de acestea, fără consimțământul persoanei care le folosește. Prin săvârșirea acestei infracțiuni se aduce atingere relațiilor sociale privind inviolabilitatea domiciliului, care constituie în mod cert o componentă a dreptului la viață privată. Fiecărei persoane îi este recunoscut dreptul de a avea un domiciliu, de a trăi fără teama imixtiunii altora, din acest motiv legiuitorul a dorit să îl ocrotească pe deținătorul de fapt al locuinței, indiferent cât de precar este titlul său, împotriva oricăror acte samavolnice ale unei persoane. În textul de incriminare, legiuitorul menționează existența consimțământului, deoarece există și posibilitatea ca persoana vătămată să își dea consimțământul ca făptuitorul să pătrundă în locuința acesteia, dar, ulterior, din cauza unei situații, a unei stări conflictuale apărute spontan, aceasta să îi ceară acestuia să părăsească locuința și, cel din urmă să refuze să o facă. Lipsa consimțământului se prezumă. Infracțiunea de întrerupere a cursului sarcinii, prevăzută de art. 201 C.pen. prevede în mod explicit la alin. (2) situația în care întreruperea cursului sarcinii, săvârșită în orice condiții, fără consimțământul femeii însărcinate se pedepsește. Considerăm că în această situație nu mai prezintă relevanță dacă fapta se săvârșește în varianta sa tip sau în orice alte condiții prevăzute exhaustiv de către legiuitor, singura condiție care trebuie îndeplinită este ca întreruperea cursului sarcinii să fi avut loc fără consimțământul femeii însărcinate. Fapta nu se pedepsește dacă întreruperea cursului sarcinii a fost realizată de medic fără existența unui consimțământ valid din partea femeii însărcinate care se afla în imposibilitatea de a-și exprima voința, iar întreruperea se impunea din motive terapeutice. În alte incriminări, cerința consimțământului nu apare explicit exprimată, ci în mod implicit. Este exemplul reținut în cazul infracțiunii de viol, pe care legiuitorul o definește 'ca act sexual de orice natură cu o persoană de sex diferit sau de același sex, prin constrângerea acesteia sau profitând de imposibilitatea ei de a se apăra ori de a-și exprima voința, și constatăm că are în vedere în mod tacit condiția de tipicitate ca fapta să se comită fără consimțământul persoanei vătămate. Dintre toate infracțiunile îndreptate împotriva vieții sexuale, violul reprezintă în mod indubitabil comportamentul cel mai periculos pe care îl poate manifesta un individ care, prin fapta sa, aduce atingere dreptului la viață privată în dimensiunea sa sexuală, a unei persoane. În dorința de a evidenția cât mai bine situațiile în care se consideră că a fost viciat consimțământul, legiuitorul enunța expres care sunt modalitățile care determină validarea acestuia, și anume ca fapta să se realizeze prin constrângerea victimei ori prin punerea ei în imposibilitatea de a se apăra sau de a-și exprima voința sau profitând de această stare. Pe cale de consecință, vom reține că nu orice viciere a consimțământului specifică dreptului civil va conduce la calificarea faptei ca viol. Infracțiunea de hărțuire sexuală art. 223 C.pen. presupune o faptă comisă prin constrângere, deci fără consimțământul persoanei vătămate. Libertatea și inviolabilitatea vieții sexuale, în general, și aceea de la locul de muncă, în special, sunt, în esență, aspecte

ale libertății individuale și își găsesc expresia în dreptul inalienabil al persoanei de a dispune în mod liber de corpul său în relațiile sexuale, bineînțeles în limitele stabilite de normele dreptului penal și al moralei⁷. Prin incriminarea acestei fapte, legiuitorul a urmărit să protejeze acele relații sociale privitoare la viața sexuală a persoanei, a demnității acesteia, cele două valori fiind inseparabile, iar nu în ultimul rând datorită specificității acestei infracțiuni, putem adăuga că se aduce atingere și relațiilor de serviciu, de muncă. Infracțiunea deucidere la cererea victimei prevăzută de art. 190 C.pen. relevă preocuparea legiuitorului de a accentua faptul că acest consimțământ trebuie să fie unul valabil, enumerând în mod exhaustiv în textul de incriminare că, cererea victimei trebuie să fie serioasă, repetată, explicită și conștientă. În ceea ce privește conținutul acestei reglementări o problemă care se ridică ar fi aceea de a ști în ce măsură o persoană fără capacitate de exercițiu în dreptul civil ar putea formula o astfel de cerere, care să întrunească toate condițiile impuse prin textul de incriminare? Dacă raportăm răspunsul la dispozițiile dreptului civil, care instituie o prezumție de lipsă a discernământului prin care nu permite acestor persoane realizarea unor acte de dispoziție, dar dacă ne raportăm la dreptul penal știm că acesta recunoaște eficacitatea consimțământului chiar și atunci când el nu provine de la o persoană cu capacitate deplină de exercițiu. (minorul cu vârsta de 17 ani poate comite fapte de natură penală, exprimând un consimțământ valabil)⁸. În toate aceste exemple, consimțământul explicit sau tacit al victimei apare ca o condiție constitutivă negativă în norma de incriminare, ceea ce presupune că, dacă consimțământul ar exista, fapta nu ar constitui infracțiune; dar consimțământul poate apărea și ca o condiție constitutivă pozitivă – infracțiunea există numai dacă victima și-a dat consimțământul, deoarece, dacă acesta ar lipsi, fapta ar constitui o altă infracțiune. În ipoteza în care norma de incriminare a unei fapte, absența consimțământului are semnificația de element constitutiv al infracțiunii, existența acestuia face ca acea faptă să nu corespundă tiparului legal și, în consecință, să fie apreciată ca nefiind prevăzută de legea penală. Exemplul elocvent ar fi acela al infracțiunii de act sexual cu un minor care cuprinde condiția pozitivă implicită ca fapta să se comită cu consimțământul minorului, în caz contrar reținându-se dispozițiile art. 218 C.pen., care reglementează infracțiunea de viol. În practica judiciară întâlnim exemple în care, deși minora și-a dat consimțământul cu privire la consumarea unui raport sexual, instanța a decis să schimbe încadrarea juridică din infracțiunea de act sexual cu un minor în cea de viol. Argumentele aduse în susținerea acestui punct de vedere ar fi cele care au la bază faptul că, deși victima și-a dat consimțământul, nu se poate nici măcar considera că aceasta a avut reprezentări vagi în legătură cu ceea ce semnifică biologic și psihic consumarea unui act sexual, neavând cum să ia o hotărâre în deplină cunoștință de cauză. De asemenea, datorită unei vârste fragede a minorului, acesta este foarte ușor influențabil, iar obținerea unui acord devine un deziderat extrem de facil pentru

⁷ V. Dongoroz, S. Kahne, I. Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stanoiu, V. Rosca, *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea specială*, vol. III, Editura Academiei Române, 1971, p. 349.

⁸ A se vedea în acest sens S. Bogdan, D.A. Serban, *Drept penal. Partea specială. Infracțiuni contra patrimoniului, contra autorității, de corupție, de serviciu, de fals și contra ordinii și liniștii publice*, Editura Universul Juridic, București, 2020, p. 79 și urm.

autor. Doresc să exemplific în acest sens cu o speță din practica judiciară recentă: **„Curtea de Apel (CA) Alba Iulia, instanță care a rejudecat, în urma unei decizii CEDO, dosarul în care un bărbat din județul Hunedoara a primit inițial, în urmă cu un deceniu, o pedeapsă de trei ani de închisoare pentru act sexual cu un minor, în cazul de față cu o fetiță de nici 12 ani, a decis ca inculpatul, de 53 de ani la data comiterii faptelor, în 2008, să fie condamnat tot la trei ani, dar pentru viol în formă continuată”**. „Inculpatul a întreținut două raporturi sexuale cu persoana vătămată, în perioada august - decembrie 2008, anterior împlinirii de către fată a vârstei de 12 ani. „Raporturile sexuale au fost recunoscute de către inculpat pe toată durata procedurilor judiciare, singurul aspect controversat fiind cel referitor la **consimțământul persoanei vătămate** cu privire la acestea. (...). Prin urmare, chiar dacă, cel puțin aparent, probele care susțin varianta inculpatului ar putea părea convingătoare (...), curtea apreciază că în cauză nu poate fi vorba despre un consimțământ valabil exprimat de către persoana vătămată cu privire la întreținerea de către aceasta a unor raporturi sexuale cu inculpatul. Avem în vedere pentru aceasta în principal vârsta persoanei vătămate, care la data faptelor era un copil care nu împlinise 12 ani, prin raportare la vârsta inculpatului, o persoană în vârstă de 53 de ani. Prin urmare, apreciem că, deși manifestările de voință ale minorei ar putea fi, cel puțin aparent, considerate un consimțământ pur formal, în lipsa unui consimțământ exprimat de către aceasta în deplină cunoștință de cauză cu privire la ceea ce presupune un raport sexual sub toate aspectele, fapta inculpatului constituie infracțiunea de viol comis în lipsa consimțământului persoanei vătămate, și nu infracțiunea de act sexual cu un minor”⁹.

În continuare, vom discuta despre consimțământul persoanei vătămate – cauză justificativă prevăzută de art. 22 C.pen. Cauzele justificative pot fi generale, atunci când sunt prevăzute în Partea generală a Codului penal și devin aplicabile în raport cu toate normele de incriminare și cauze justificative speciale, acestea fiind prevăzute în Partea specială a Codului penal sau în legi penale, iar aplicabilitatea lor este limitată numai la faptele pentru care au fost prevăzute. Ca o continuare a acestei alegații, vom exemplifica câteva cauze justificative speciale, și anume: întreruperea cursului sarcinii în scop terapeutic [art. 201 alin. (6)]. În susținerea acestei cauze justificative speciale, legiuitorul a prevăzut situația în care medicul de specialitate obstetrică-ginecologie poate efectua întreruperea cursului sarcinii din motive terapeutice, când apreciază existența unui pericol pentru viața femeii însărcinate sau a fătului; lipsirea de libertate a unei persoane în condițiile admise de lege [art. 205 alin. (1)], deoarece dacă infracțiunea de lipsire de libertate îmbracă caracter legal, fapta nu constituie infracțiune și vom reține o astfel de situație în cazul persoanelor atinse de boli contagioase, a persoanelor ținute în carantină, care vor fi private de libertate chiar și împotriva voinței lor, dacă măsura s-a impus în condițiile legii; lăsarea fără ajutor a unei persoane aflate în dificultate [art. 203 alin. (2)], situație în care fapta nu constituie infracțiune dacă, prin acordarea ajutorului, autorul s-ar expune unui pericol grav cu privire la viața, integritatea corporală sau sănătatea sa; compromiterea intereselor justiției [art. 277 alin. (4)], potrivit căreia

⁹ www.portal.just.ro.

nu constituie infracțiune fapta prin care sunt divulgate ori dezvăluite acte sau activități vădit ilegale comise de autorități într-o cauză penală; violarea secretului corespondenței [art. 302 alin. (5)] conform căreia nu constituie infracțiune fapta săvârșită dacă făptuitorul surprinde săvârșirea unei infracțiuni sau contribuie la dovedirea săvârșirii unei infracțiuni și dacă surprinde fapte de interes public, care au semnificație pentru viața comunității și a căror divulgare prezintă avantaje publice mai mari decât prejudiciul produs persoanei vătămate. Consimțământul considerat drept o cauză justificativă nu trebuie asemănat întru totul cu consimțământul privit ca element constitutiv existent în textul incriminator al unor infracțiuni. Consimțământul persoanei vătămate presupune acordul exprimat de o persoană să săvârșească asupra sa ori împotriva patrimoniului său o faptă prevăzută de legea penală¹⁰. În continuare vom analiza succint care sunt condițiile pentru ca, consimțământul persoanei vătămate să poată constitui cauză justificativă. Condițiile ce trebuie îndeplinite pentru incidența cauzei justificative a consimțământului victimei sunt următoarele: să existe o faptă prevăzută de legea penală; consimțământul se poate referi numai la valori sociale asupra cărora persoana vătămată poate dispune în mod legal; să existe un acord privind comiterea faptei prevăzute de legea penală, anterior săvârșirii acesteia; consimțământul să fie valabil exprimat, adică să nu fie viciat de violență, dol, eroare.

Chestiuni speciale ce se pun în legătură cu consimțământul

Se admite în doctrină că ar exista un consimțământ prezumat în cazuri excepționale, când cel care ar trebui să consimtă s-ar afla într-o stare de sănătate precară sau în stare de inconștiență, dacă în raport cu circumstanțele obiective există certitudinea că acesta și-ar fi dat consimțământul; această apreciere are loc *ex ante*¹¹. O primă situație pe care o vom expune va fi cea care instituie împreriarea în care medicul este sau nu îndreptățit să intervină în cazuri urgente, chiar fără a avea consimțământul pacientului. În doctrina și în practica judiciară întâlnim puncte de vedere controversate, unii dintre autori care susțin că orice intervenție medicală asupra corpului unei persoane trebuie făcută cu consimțământul acesteia și, după părerea altor autori, medicul se poate lipsi de existența unui consimțământ în situații urgente, care nu necesită amânare, respectând bineînțeles protocoalele medicale în materie. Potrivit Legii nr. 46/2003¹², legea privind drepturile pacientului: „orice pacient are dreptul legal să decidă ce proceduri medicale pot fi aplicate corpului său”. Doctorul are nevoie de consimțământul pacientului înainte de a-l trata. Consimțământul trebuie să fie unul valabil și dat numai în urma unei informări complete făcute de către medic cu privire la stabilirea unui diagnostic, a unui tratament medicamentos sau a unei intervenții chirurgicale, de la caz la caz. Cunoaștem însă, că sunt și pacienți care, din motive de

¹⁰ G. Antoniu, C. Bulai, Gh. Chivulescu, *Dicționar juridic penal*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1976, p. 76.

¹¹ Al. Boroș, *Drept penal. Partea generală*, Ediția a IV-a, Editura C.H. Beck, București, 2020, p. 338 și urm.

¹² Legea nr. 46 din 23 ianuarie 2003 privind drepturile pacientului, publicată în M.Of. nr. 51 din 29 ianuarie 2003, actualizată 10.01.2019.

necunoștință de cauză sau cu un intelect limitat nu sunt apti să ceară prea multe informații legate de boala de care suferă și de ceea ce implică tratarea acesteia. Într-o asemenea situație, consider ca medicul, respectând anumite principii de etică și morală, făcând apel la un limbaj comun, cu minimalizarea unui limbaj de specialitate și într-o formă care să maximizeze înțelegerea, este obligat să ofere cât mai multe date cu privire la starea de boală a pacientului, la ceea ce implică tratarea bolii respective sau dacă este necesară o intervenție chirurgicală, riscurile, beneficiile și incertitudinile fiecărui tratament / proceduri medicale, pentru ca acesta să își dea un consimțământ valabil. Acest consimțământ informat presupune cunoaștere, acceptare și înțelegere¹³. În acest sens menționăm și dispozițiile Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății¹⁴. O altă situație specială legată de consimțământ se referă la existența erorii asupra acestuia și efectele pe care le produce, fie că se referă la consimțământul ca element constitutiv al infracțiunii, fie la ipoteza consimțământului cu funcție de cauză justificativă. Dacă făptuitorul crede că acționează cu consimțământul persoanei vătămate, dar în realitate aceasta nu și-a dat consimțământul, vor opera regulile erorii de fapt. Dacă eroarea poartă asupra existenței cerinței consimțământului în conținutul incriminării respective, va opera eroarea de drept cu toate consecințele care decurg de aici. Dacă eroarea poartă asupra dispoziției legale care prevede consimțământul drept cauză justificativă, vor opera regulile erorii de drept penal, cu toate consecințele corespunzătoare acesteia.

Concluzii

Consimțământul poate fi exprimat în mod expres prin cuvinte sau prin gesturi care arată în mod neechivoc acest consimțământ. În doctrina și în literatura de specialitate regăsim opinii care susțin că orice intervenție medicală asupra corpului unei persoane trebuie realizată cu consimțământul pacientului, iar altele care susțin că medicul se poate lipsi de acest consimțământ, atunci când se impune din motive terapeutice și în scopul salvării pacientului, cu respectarea tuturor protocoalelor medicale în domeniu. Susțin punctul de vedere potrivit căruia, medicul poate interveni, în anumite situații și cu un anumit scop, fără a avea în acest sens consimțământul pacientului.

¹³ A se vedea în acest sens și dispozițiile art. 15: „În cazul în care pacientul necesită o intervenție medicală de urgență, consimțământul reprezentantului legal nu mai este necesar”, respectiv prevederile art. 16: „În cazul în care se cere consimțământul reprezentantului legal, pacientul trebuie să fie implicat în procesul de luare a deciziei atât cât permite capacitatea lui de înțelegere”. Art. 18: „Consimțământul pacientului este obligatoriu pentru recoltarea, păstrarea, folosirea tuturor produselor biologice prelevate din corpul său, în vederea stabilirii diagnosticului sau a tratamentului cu care acesta este de acord”. Art. 19: „Consimțământul pacientului este obligatoriu în cazul participării sale în învățământul medical clinic și la cercetarea științifică. Nu pot fi folosite pentru cercetare științifică persoanele care nu sunt capabile să își exprime voința, cu excepția obținerii consimțământului de la reprezentantul legal și dacă cercetarea este făcută și în interesul pacientului”.

¹⁴ Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, publicată în M.Of. nr. 371 din 28 aprilie 2008.