

ProVita Iași

Avortul și Convenția Europeană a Drepturilor Omului

ProVita Iași
2014

Avortul și Convenția Europeană a Drepturilor Omului

Cuprins

| | |
|--|----|
| I. Întroducere | 4 |
| II - Nici Convenția, nici alte instrumente europene sau internaționale ale drepturilor omului nu exclud viața prenatală din domeniul lor de protecție | 8 |
| A. În ceea ce privește Articolul 2 din Convenție | 9 |
| B. Cu privire la alte dispoziții ale Convenției..... | 12 |
| C. În ceea ce privește alte norme consacrate în instrumente europene și internaționale privind drepturile omului..... | 13 |
| III - Convenția nu conține un drept la avort..... | 15 |
| A. Nu există nici un drept de a muri sau drept la avort în temeiul Convenției..... | 15 |
| B. Nu există nici un drept de a practica avortul în temeiul Convenției | 16 |
| C. Curtea nu poate interpreta Convenția astfel încât să creeze noi drepturi care nu sunt incluse în Convenție sau care sunt contrare drepturilor existente | 17 |
| D. Legalitatea unei practici nu creează un drept de a o practica..... | 18 |
| E. Dorința nu creează un drept | 18 |
| F. Alegerea nu creează un drept | 19 |
| G. Crearea unui drept la avort ar schimba filozofia Convenției..... | 19 |
| IV - Avortul este o derogare de la dreptul la viață..... | 21 |
| A. Avortul nu poate constitui un drept în sine..... | 21 |
| B. "Aplicabilitatea condiționată" a Convenției pentru copilul nenăscut | 22 |
| C. "Marja de apreciere" | 23 |
| D. Utilizarea ambivalentă a noțiunii de "consens" | 25 |
| V. În cazul în care statul permite avortul, rămâne supus obligației de a proteja | 27 |
| și respecta interesele și drepturile concurente | 27 |
| A. Dreptul la viață implică obligații pozitive și negative ale Statului | 28 |
| B. Atunci când avortul este legal, "cadru legal trebuie să ia în considerare în mod adecvat diferitele interese legitime implicate" | 28 |

| | |
|--|----|
| C. "Interesele legitime" care limitează domeniul de aplicare a derogării | 30 |
| D. "Interesele legitime" care justifică derogarea..... | 32 |
| E. Obligațiile procedurale ale statului..... | 35 |
| VI - Avortul la cerere: un "unghi mort" în jurisprudența Curții și o încălcare a Convenției..... | 39 |
| A. Avortul la cerere rămâne o pată oarbă în jurisprudența Curții | 39 |
| B. Avortul la cerere nu are nici o justificare în temeiul Convenției | 40 |
| VII - Concluzie: necesitatea punerii în aplicare "a dreptului femeii de a nu avorta" | 42 |

Avortul și Convenția Europeană a Drepturilor Omului

Dr. Grégor Puppinck*

În ultimii ani, Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunțat cu privire la un număr de cazuri care se ocupă cu problema avortului, oferind un corpus suficient de jurisprudență care poate fi analizat într-o manieră consecventă. O serie de analiști, de ambele părți ale dezbaterii avortului nu sunt mulțumiți cu această jurisprudență. Acest articol nu încearcă să discute despre deciziile Curții în fiecare caz în parte, ci încearcă să găsească, în mod obiectiv și sistematic, coerența jurisprudenței Curții, și făcând acest lucru, să prezinte o situație legală argumentată a avortului în temeiul Convenției.

I. Introducere

Scopul acestui articol este de a prezenta în mod obiectiv, complet și coerent statutul avortului¹ în conformitate cu Convenția Europeană a Drepturilor Omului (Convenția). În ultimii ani, Curtea Europeană a Drepturilor Omului (Curtea) a luat niște decizii într-un număr de cazuri legate de avort. Aceste hotărâri oferă un fundament suficient de jurisprudență care pot fi analizate într-un mod coerent. O serie de analiști, de ambele părți ale dezbaterii legate de avort, nu sunt mulțumiți cu această jurisprudență. Se spune adesea că este greu de a găsi coerența în jurisprudența Curții atunci când aceasta atinge probleme sensibile. Acest articol nu își propune să discute fiecare hotărâre a Curții, ci încearcă să găsească coerența jurisprudenței Curții, și făcând acest lucru, să prezinte situația avortului în temeiul Convenției .

* Gregor Puppinck deține titlul de doctor cu o disertație pe legea medicală și bioetică. El a absolvit Facultatea de Drept din Paris II și "Institut des Hautes Etudes Internationales". Din 2003 până în 2009, el a predat drepturile omului, dreptul internațional și dreptul constituțional la Facultatea de Drept a Universității din Haute-Alsace, Franța. El este director al European Centre for Law and Justice, de la Strasbourg. El mulțumește călduros d-nei Andreea Popescu și Dr. Claire de La Hougue, avocați, pentru asistența și contribuția la acest studiu.

¹ Acest articol nu se referă la libertatea de exprimare în domeniul avortului, și face unele referințe la obiecția din motive de conștiință.

Dezbaterea asupra avortului este încă foarte intensă. Țările care au menținut restricțiile privind avortul au ajuns sub presiuni politice puternice, nu numai pe plan intern, dar și de la o serie de organizații internaționale, inclusiv Consiliul Europei.

În Europa, 30 % din sarcini sfârșesc în avort². După peste treizeci de ani de legalitate a avortului în majoritatea țărilor europene, ar trebui să fie posibil să se înceapă abordarea acestei practici într-un mod obiectiv, căutând mai mult la experiența practică decât la implicațiile ideologice ale avortului. Ca un exemplu foarte recent de o astfel de atitudine obiectivă, lordul David Steel, arhitectul legilor liberale privind avortul din Marea Britanie, a declarat că el "nu și-ar fi putut imagina că vor fi atât de multe avorturi"³. "Tot ce am știut a fost că spitalele de pe cuprinsul țării au avut pacienți internați pentru avorturi septice auto-induse și am avut până la 50 de femei pe an decedate din cauza lor (avorturilor septice)"⁴. Acum, el avertizează Irlanda, al cărui guvern se judecă în procesul A.B. & C. v. Irlanda⁵, că "ar fi o greșeală de a încerca și legifera pentru avort în categorii cum ar fi sinucidere sau viol"⁶. Nu mai este posibil să vorbim despre avort în termeni de progres și de eliberare pentru femei. Pentru medici și parlamentari, realitatea avortului este mai puțin ideologică și mai complexă.

Cazurile prezentate Curții reflectă tot mai mult varietatea și complexitatea situațiilor legate de avort. Aceste cazuri nu se limitează la pretențiile abstracte de "drept de acces la avort", ci privesc diverse probleme, cum ar fi avorturi făcute de minori, avorturi eugenice, acordul și informarea diferitelor persoane implicate. Spre exemplu, unele femei se plâng că nu au putut avorta copilul cu handicap, în timp ce altele se plâng că au suferit avort fără să fi fost pe deplin informate. Un "potențial tată" s-a plâns fără succes, deoarece partenera sa a avortat copilul în timp ce o potențială bunică s-a plâns cu succes în fața Curții că fiica ei nu a putut obține accesul la un avort în condiții satisfăcătoare.⁷

Una dintre principalele dificultăți pentru Curte este de a determina cum să se ocupe în mod legal de chestiunea avortului: cum să introducă practica avortului în cadrul logicii interne a Convenției și a jurisprudenței sale. Într-adevăr, atunci când Convenția a fost elaborată, avortul era incriminat pe scară largă, pentru că a fost considerat o încălcare directă a dreptului la viață al copilului nenăscut. Numai avortul provocat în scopul de a salva viața mamei a fost posibil. Întrebarea centrală a fost, și încă mai este, dacă copilul nenăscut este o "persoană" în sensul Articolului 2. Curtea menține această chestiune deschisă în scopul de a permite Statelor de a determina când începe viața și prin urmare, atunci când din punct de vedere legal începe protecția vieții.

Cei care susțin dreptul la avort apară ideea că în cadrul Convenției, "Statele membre sunt libere să stabilească disponibilitatea și statutul juridic al avortului"⁸. Deși este adevărat că statele au

² Potrivit Institutului Guttmacher, "Date privind avortul indus la nivel mondial, pe scurt", http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.pdf, (accesat ultima dată la 20 noiembrie 2012).

³ G. O'Doherty, "UK peer warns on suicide clause", The Independent, 21 decembrie 2012 [în continuare O'Doherty]

⁴ Ibid.

⁵ A. B. & C. c. Irlandei, [G.C.] nr. 25579/05, 16 Decembrie 2010 [în continuare A. B. & C.]

⁶ O'Doherty, *supra* nota 3

⁷ A se vedea *infra*, textul din notele de subsol acompaniatoare 41-44.

⁸ C. Zampas & J. M. Gher, "Abortion as a Human Right – International and Regional Standards", (2008), 08:02 Human Rights Law Review la 276 [în continuare Zampas & Gher]. Autorii se referă la Krzyanowska-Mierzewska,

libertatea de a nu legaliza avortul, Convenția are ceva de spus cu privire la dreptul la viață al copilului nenăscut și a mamei lui. Cel puțin ar trebui să fie pe larg acceptat faptul ca Statele membre au o datorie în conformitate cu Convenția de interzicere a avorturilor dureroase, târzii sau forțate. Prin urmare, statele membre nu sunt complet libere să determine disponibilitatea și statutul juridic al avortului, dar ele trebuie să ia în considerare diferitele interese și drepturi legitime implicate .

În cazurile în care avortul este legal, Curtea a stabilit că în cadrul juridic al avortului trebuie să se ia în considerare în mod corespunzător diferitele interese legitime implicate. Curtea a amintit de mai multe ori că dacă și "de îndată ce Statul, acționând în limitele sale de apreciere, adoptă reglementări legale care permit avortul în unele situații"⁹, atunci "cadrul legal conceput în acest scop ar trebui să fie formulat într-un mod coerent, care permite diferitelor interese legitime în cauză să fie luate în considerare în mod corespunzător și în conformitate cu obligațiile care decurg din Convenție"¹⁰. Această formulare a devenit principiul de bază al reglementărilor avortului de către Curte .

Prin urmare, atunci când legiuitorul național a decis să legalizeze avortul, Curtea evaluează cadrul juridic verificând dacă un echilibru corect este stabilit între diferitele drepturi și interese implicate în problemă. Curtea a identificat deja un număr de aceste drepturi și interese legate de statutul avortului, cum ar fi interesele și drepturile mamei, ale copilului nenăscut, ale tatălui, ale personalului medical, ale societății, etc. Această abordare a echilibrării drepturilor și intereselor implică faptul că cele ale femeii gravide nu pot domina întotdeauna.

Evaluarea echilibrului de interese și al proporționalității deciziilor autorităților publice este metoda obișnuită de analiză a Curții. Cu toate acestea, o dificultate importantă cu privire la aplicarea acestei metode pentru chestiunea avortului este aceea că în mod fundamental nu este posibil de a echilibra viața cuiva cu dreptul sau interesul altcuiva. Prin urmare, dacă statul recunoaște copilul nenăscut ca o persoană, s-ar putea echilibra viața copilului numai cu viața unei alte persoane, cea a mamei. Nu este posibil pentru a echilibra pe de o parte valoarea voinței (dorinței) mamei și pe cealaltă parte cea a vieții copilului nenăscut. Nici valoarea unei voințe, nici cea a unei vieți umane nu pot fi estimate, cu atât mai puțin nu se poate face comparație între cele două. Prin urmare, este important să înțelegem că problema statutului fătului în legislația națională are prioritate față de statutul "dreptului femeii" asupra vieții copilului ei nenăscut. Cumpănirea voinței mamei față de viața fătului înseamnă evaluarea puterii femeii asupra vieții copilului ei. Acest lucru explică de ce aproape toată jurisprudența Curții pe probleme de avort privește cazuri extreme - cazuri de avorturi în contextul indicațiilor medicale în care viața sau sănătatea mamei au fost în joc - mai degrabă decât voința ei pură .

În cazul avortului la cerere (avorturi care nu au fost motivate din motive de sănătate, ci numai de voința mamei), Curtea nu a mai recunoscut că autonomia femeii ar putea, în sine, să fie suficientă pentru a justifica un avort în ceea ce privește cerințele Convenției. Mai mult decât atât, Curtea a exclus

"How to Use the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in Matters of Reproductive Law: The Case-law of the European Court of Human Rights", (Astra, 2004) la partea I (b) - (f)

⁹ A se vedea, printre altele, P. & S. c. Poloniei, nr. 57375/08, 30 octombrie 2012 paragraful 99

¹⁰ A. B. & C, supra nota 5 la paragraful 249 și R. R. c. Poloniei, nr. 27617/04, 26 Mai 2011 la paragraful 187; P. & S. c. Poloniei, nr. 57375/08, 30 Octombrie 2012 paragraful 99

în mod explicit acest motiv atunci când a declarat că articolul 8, care protejează autonomia personală, individuală nu conține nici un drept la avort. Avortul la cerere dăunează fătului, deci trebuie să existe un temei puternic proporțional cu dauna adusă fătului (spre exemplu, viața mamei). Așa cum acest studiu va concluziona, argumentele juridice care sprijină convenționalismul efectuării unui avort la cerere sunt foarte slabe sau chiar inexistente.

Într-o perspectivă mai largă, acest articol se va uita la practica foarte răspândită a avortului la cerere, ca urmare a unui eșec sistematic al Statelor de a își îndeplini obligațiile privitoare la drepturile socio - economice. Într-adevăr, cele mai multe avorturi sunt solicitate din cauza constrângerilor socio-economice ale mamei și familiei. Această constrângere și numărul mare de avorturi rezultate din ea ar putea fi limitate în cazul în care statele s-ar strădui să-și îndeplinească cu adevărat obligațiile socio - economice, în care "protecție specială trebuie acordată mamelor în timpul unei perioade rezonabile înainte și după naștere" și că "cea mai mare protecție și asistență posibilă ar trebui să fie acordată familiei, care este unitatea fundamentală și naturală a societății"¹¹. Îndeplinirea de către state a obligațiilor lor socio-economice ar ajuta foarte mult femeile însărcinate aflate în dificultate și ar ajuta deasemenea pentru punerea în aplicare a unui drept uitat : "dreptul de a nu avorta".

În articolul de față, analiza statutului avortului în conformitate cu Convenția și jurisprudența va dezvoltă următorul raționament :

1. Convenția nu exclude viața prenatală din domeniul de aplicare al protecției și Curtea nu a exclus viața prenatală din domeniul său de aplicare;
2. Convenția nu conține, nici nu creează un drept la avort;
3. În cele mai multe legislații naționale europene, avortul este o derogare de la protecția acordată vieții celor nenăscuți;
4. În cazul în care statul permite avortul în legislația națională, rămâne obligat, sub incidența Convenției, de a proteja și respecta drepturile și interesele concurente. Aceste drepturi și interese atârnă de ambele părți ale echilibrului, limitând domeniul de aplicare a derogării, precum și sprijinindu-l;
5. În cele din urmă, această analiză observă că avortul la cerere este un "unghi mort" în jurisprudența Curții și trage concluzia că această practică încalcă Convenția, pentru că lezează interesele și drepturile garantate de către aceasta, fără nici o justificare proporțională .

¹¹ Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale, articolul 10, alin. 1 și 2

II - Nici Convenția, nici alte instrumente europene sau internaționale ale drepturilor omului nu exclud viața prenatală din domeniul lor de protecție

"Principiul sfințeniei vieții"¹² este "protejat în temeiul Convenției"¹³ și recunoscut de către Curtea Europeană, care afirmă că "dreptul la viață este un atribut inalienabil al ființelor umane și reprezintă valoarea supremă în ierarhia drepturilor omului"¹⁴. Instrumentele internaționale privind drepturile omului recunosc viața ca un drept primar.¹⁵ Dreptul la viață este primul care a fost garantat în Declarația Universală a Drepturilor Omului din 1948: "orice persoană are dreptul la viață, libertate și la securitatea persoanei"¹⁶ dar de asemenea, și în alte instrumente, cum ar fi Pactul Internațional privind Drepturile Civile și Politice¹⁷ sau Convenția Europeană a Drepturilor Omului¹⁸ care prevede că: "Dreptul la viață a oricărei persoane va fi protejat prin lege"¹⁹.

¹² *Reeve c. Regatului Unit*, nr. 24844/94, (Decizia de inadmisibilitate a Comisiei anterioare din 30 Noiembrie 1994) [în continuare *Reeve*]; *Pretty c. Regatului Unit*, nr. 2346/02, Hotărârea din 29 aprilie 2002 la paragraful 65 [în continuare *Pretty*]

¹³ *Ibid.* la paragraful 65

¹⁴ *Streletz, Kessler și Krenz c. Germaniei* [GC], 22 Martie 2001, nos. 34044/96, 35532/97 și 44801/98 la alin. 92-94; a se vedea și *McCann & Others c. Regatului Unit*, hotărârea din 27 septembrie 1995, seria A nr. 324, p. 45-46 la paragraful 147

¹⁵ *Declarația de Independență a Statele Unite ale Americii din 1776, Declarația Universală a Drepturilor Omului* G.A. Res. 217 (III) A. U.N. Doc A/RES/17 (III) (10 Decembrie 1948); Pactul Internațional cu Privire la Drepturile Civile și Politice, 16 Decembrie 1966, Organizația Națiunilor Unite, Treaty Series, vol. 999 la 171, [în continuare Pactul Internațional], Declarația ONU cu privire la Drepturile Copilului, Rezoluția Adunării Generale a ONU 1386 (XIV) din 10 Decembrie 1959, Adunarea Generală a ONU, *Convenția cu privire la Drepturile Copilului*, 20 noiembrie 1989, Organizația Națiunilor Unite, Treaty Series, vol. 1577 la 3, Declarația Drepturilor și Îndatoririle Omului din 1948, A 9-a Conferință Internațională a Statelor Americane, Bogota, Columbia, 1948, Consiliul Europei, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 Noiembrie 1950 E.T.S. 5 [în continuare Convenția], Organization of American States, *American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose"*, Costa Rica, 22 Noiembrie 1969, Organization of African Unity, *African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul Charter)*, 27 Iunie 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), Cairo Declaration on Human Rights in Islam, 5 August 1990, O.N.U. GAOR.

¹⁶ Declarația Universală a Drepturilor Omului, G. A. Res 217 (III) A. U.N. Doc A/RES/17 (III) (10 Decembrie 1948), denumită în continuare Declarația Universală a Drepturilor Omului, la Articolul 3.

¹⁷ Articolul 6 din Pactul Internațional.

¹⁸ Articolul 2 al Convenției.

¹⁹ În conformitate cu Convenția:

1. Dreptul la viață al oricărei persoane este protejat prin lege. Nimeni nu poate fi lipsit de viață sau în mod intenționat cu excepția executării sentinței unei Curți după condamnarea lui pentru o infracțiune pentru care această pedeapsă este prevăzută de lege.

Viața este un interes public, și nu doar un interes privat, fapt care explică în mod special de ce este protejată prin Dreptul Penal și nu prin Dreptul Civil: încălcarea dreptului la viață este nu numai o încălcare a intereselor private a victimei, dar deasemenea pagubește binele comun al societății, inclusiv ordinea publică. În acest sens, Curtea a recunoscut că "sarcina femeii nu se poate spune că se referă în mod unic la sfera vieții private"²⁰, nu se referă numai la viața privată a mamei. Standardul minim stabilit de către Comisia Europeană a Drepturilor Omului (Comisia) cu privire la avort și la protecția juridică a vieții prenatale, afirmă că: "nu există nici o îndoială că anumite interese legate de sarcină sunt protejate de lege".²¹

Jurisprudența Curții nu exclude copilul nenăscut din domeniul de aplicare al protecției Convenției.²² Acest lucru este valabil nu numai în ceea ce privește Articolul 2, dar deasemenea și în ceea ce privește alte dispoziții ale Convenției, precum și alte norme existente în alte instrumente europene și internaționale ale drepturilor omului.

A. În ceea ce privește Articolul 2 din Convenție

Curtea afirmă că "Articolul 2 al Convenției este tăcut în ceea ce privește limitările temporale ale dreptului la viață".²³ Astfel, se protejează "toată lumea"²⁴ fără nici o limitare sau reducere a domeniului temporal de aplicare a dreptului la viață. Acest lucru este normal, deoarece viața este o realitate materială, înainte de a deveni un drept individual. Viața există sau nu. Este o realitate faptul că viața fiecăruia este un continuum care începe la concepție și avansează în etape, până la moarte.²⁵

2. Privarea de viață nu trebuie să fie considerată a fi cauzată încălcând acest Articol când rezultă din utilizarea de forță care nu este mai mult decât absolut necesar:

- (A) în apărarea oricărei persoane împotriva violenței ilegale;
- (B) în scopul de a efectua o arestare legală sau pentru a împiedica evadarea unei persoane legal deținute;
- (C) în măsurile luate în mod legal pentru a reprimă o insurecție sau dezordine publică.

²⁰ *Bruggemann & Scheuten c. Germaniei*, nr. 6959/75, Raport al fostei Comisii, 12 iulie 1977 la alin. 59, 60-61 [în continuare *Bruggemann & Scheuten*] și *Boso c. Italiei*, nr. 50490/99, Hotărârea din 5 Septembrie 2002

²¹ Ibid. la paragraful 60

²² Chiar consilierii juridici de la *Centre for Reproductive Rights*, care este cea mai importantă organizație pentru promovarea dreptului la avort la cerere, recunosc acest fapt. Vezi Zampas & Gher, *supra* nota 8 la 265, 276

²³ *Vo c. Franței*, [G.C.] nr. 53924/00, 08 iulie 2004 la paragraful 75 [în continuare *Vo c. Franței*]

²⁴ Acest lucru este confirmat de lucrările pregătitoare ale Adunării Consultative din 1949, care arată în mod clar că acestea sunt drepturi de care cineva se bucură doar pentru că există: "Comitetul de Miniștri ne-a cerut să stabilim o listă de drepturi de care omul, ca o ființă umană, s-ar putea bucura în mod natural", *Lucrări pregătitoare*, vol. II, p. 89

²⁵ A se vedea, de exemplu, T. W. Sadler, *Langman's Medical Embryology*, a șaptea ediție. (Baltimore: Williams & Wilkins, 1995) la 3 menționând că "dezvoltarea unui om începe cu fertilizarea, procesul prin care spermatozoidul de la barbat și ovocitul de la femeie se unesc pentru a da naștere la un nou organism"; a se vedea de asemenea, K. L. Moore & T.V.N. Persaud, *The Developing Human: Clinically Oriented Embryology*, a șaptea ediție. (Philadelphia:

Determinarea limitelor vieții fizice nu este dificilă. Cu toate acestea, dezvoltarea de practici cum ar fi fertilizarea in vitro, avortul și eutanasia, a depreciat modul în care viața fizică în sine și protecția sa juridică pot coincide în timp. Dreptul se desprinde de obiectul său, devenind astfel ceva abstract. Trecem de la o definiție realistă sau obiectivă a dreptului la una mai abstractă și subiectivă. Aplicarea temporală a dreptului nu este determinată de cauza sa, ci de o voință externă. Din momentul legalizării acestor practici, dreptul la viață nu mai protejează viața în mod complet (viața, care este considerată ca o realitate obiectivă), ci doar o parte a vieții, măsură ce variază în funcție de voința persoanelor din cadrul stabilit de către legislaturile naționale.

Atunci când a fost elaborată Convenția, a existat un consens larg cu privire la natura criminală a "avortului la cerere".²⁶ Curtea însăși nu a redefinit, astfel încât să reducă, domeniul de aplicare al Articolului 2: Curtea nu a exclus niciodată viața prenatală din domeniul ei de aplicare.²⁷ În procesul *H. c. Norvegiei*, Comisia a constatat "că nu trebuie să decidă dacă fătul se poate bucura de o anumită protecție în conformitate cu Articolul 2, (...) dar nu va exclude că în anumite circumstanțe acest lucru poate fi cazul, în pofida faptului că există în Statele contractante o divergență considerabilă de opinii cu privire la, dacă sau în ce măsură Articolul 2 protejează viața copilului nenăscut".²⁸ Aceasta poziție a fost confirmată în mod constant de către Curte.²⁹

În mod similar, Curtea niciodată nu a interpretat Articolul 2, astfel încât să permită o implicită excepție de la dreptul la viață în ceea ce privește viața prenatală, "ar fi în contradicție atât cu litera, cât și cu spiritul Articolului. În primul rând, excepțiile permise formează o listă exhaustivă.³⁰ În al doilea rând, excepțiile trebuie să fie înțelese și interpretate într-un mod strict".³¹ În mod mai subtil, Curtea a permis în practică Statelor de a exclude copilul nenăscut de la protecția conferită de Articolul 2, lăsând

Saunders, 2003) la 2, menționând că "unirea unui spermatozoid și a unui ovocit în timpul fertilizării" marchează "începutul unei noi ființe umane".

²⁶ A se vedea Brüggenmann & Scheuten *supra* nota 20 de la paragraful 64 :

Mai mult, Comisia a avut în vedere faptul că, atunci când Convenția Europeană a Drepturilor Omului a intrat în vigoare, legea privind avortul în toate Statele Membre a fost cel puțin la fel de restrictivă precum este cea care este în prezent denunțată de către reclamantii. În multe țări europene problema avortului este sau a făcut obiectul unor dezbateri aprinse legate de reforma juridică. Nu există dovezi care să arate că a fost intenția părților participante la Convenție pentru a se înclina în favoarea unei anume soluții... care nu era încă în discuție publică în momentul în care Convenția a fost elaborată și adoptată .

²⁷ Așa cum președintele Jean-Paul Costa a explicat în a sa Concluzie Separată la *Vo c. Franței*, *supra* nota 23 la paragraful 11, "dacă Articolul 2 ar fi fost considerat a fi în întregime inaplicabil, nu ar fi fost necesară – și acest lucru se aplică și în cazul de față - examinarea problemei protecției fetale și posibila încălcare a Articolului 2, sau în utilizarea acestui raționament pentru a găsi că nu a fost nici o încălcare a acestei prevederi".

²⁸ *H. c. Norvegiei*, nr. 17004/90, decizia de inadmisibilitate a fostei Comisii din 19 mai 1992 la 167 [în continuare *H. c. Norvegiei*]

²⁹ Vezi printre altele: Brüggenmann & Scheuten *supra* nota 20 de la paragraful 60; *Vo c. Franței* *supra* nota 23 de la paragraful 78 .

³⁰ "[Articolul 2] stabilește circumstanțele limitate când privarea de viață poate fi justificată" (a se vedea *Pretty* *supra* nota 12 la paragraful 37)

³¹ *Vezi Öcalan v. Turcia*, nr. 46221/99, 12 martie 2003, la alin. 54 și 201 (abstract de la partea hotărârii dedicate prezentării poziției guvernului francez)

determinarea domeniului de aplicare a prezentului articol, în marja lor de apreciere,³² "astfel încât să fie la fel de legitim pentru un Stat de a alege să ia în considerare copilul nenăscut ca fiind o astfel de persoană și să încerce să protejeze acea viață".³³ În acest fel, Curtea nu s-a angajat în crearea (imposibilă din punct de vedere legal) a unei noi derogări implicite de la Articolul 2 § 2, nici nu a exclus copilul nenăscut din scopul protecției conferite de Convenție.

De fapt, Curtea a preferat să evite judecarea și luarea unei decizii cu privire la convenționalitatea avortului în principiu. Acest lucru a fost prea sensibil și încă este în mare măsură. Toate aplicațiile aduse de adversarii legalizării avortului au fost considerate inadmisibile pentru lipsa calității procesuale active, pentru că ei nu erau personal o victimă a legalizării avortului.³⁴

Cu toate acestea, în cazul în care Curtea a fost chemată să judece cazurile în care convenționalitatea avortului nu a fost contestată în mod direct, Curtea a aplicat dreptul la viață a copilului nenăscut, în aceste cazuri. De exemplu, în *Reeve c. Regatul Unit*,³⁵ Comisia a găsit "rezonabil proporțional" faptul că legislația britanică nu permite o acțiune pentru "viață greșită", pentru că "urmărește scopul de a susține dreptul la viață". Curtea a observat că "legea britanică se bazează pe premisa că un medic nu poate fi considerat ca fiind în obligație față de fetus pentru a-l termina și că orice astfel de cerere ar fi contrară politicii publice ca încălcând sfințenia vieții umane".³⁶

Deși în *Vo c. Franței* Marea Camera și-a menținut convingerea "că nu este nici de dorit, nici chiar posibil, așa cum stau lucrurile, pentru a răspunde în mod abstract la întrebarea dacă copilul nenăscut este o persoană în sensul Articolului 2 din Convenție",³⁷ ea a răspuns parțial la problema ridicată de către reclamant. Într-adevăr, a afirmat că: "aceasta poate fi considerată ca un numitor comun între State faptul că embrionul/fătul aparține rasei umane"³⁸ și că el/ea "cere protecție în numele demnității umane".³⁹ Acest principiu oferă protecție copilului nenăscut împotriva încălcărilor demnității lui, cum ar fi tratamente inumane sau degradante, pe care Curtea nu le poate tolera ca urmare a interzicerii absolute a unor astfel de tratamente sub Convenție. Acest principiu ar putea să fie aplicat de asemenea, de exemplu, la practici precum avorturi târzii sau avorturi selective în funcție de sex, sau atunci când

³² *Vo c. Franței* supra nota 23 de la paragraful 82: "se consideră că întrebarea legată de momentul când începe dreptul la viață intră în cadrul marjei de apreciere de care, în general, Curtea consideră ca Statele ar trebui să beneficieze în această sferă (...)"

³³ A., B. & C. supra nota 5 la paragraful 222.

³⁴ Vezi *Knudsen Arnold Borre c. Norvegiei*, nr. 11045/84, Decizia din 8 martie 1985 privind admisibilitatea aplicării; *X. c. Austriei*, nr. 7045/75, decizia fostei Comisii din 10 decembrie 1976 privind admisibilitatea. În conformitate cu această jurisprudență, Comisia are competența de a examina compatibilitatea legislației naționale cu Convenția numai cu privire la aplicarea sa într-un caz concret, în timp ce aceasta nu are competența de a examina în abstracto compatibilitatea sa cu Convenția.

³⁵ *Reeve*, supra nota 12

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Vo c. Franței*, supra nota 23 de la paragraful 85.

³⁸ *Ibid.* la paragraful 84

³⁹ *Ibid.*

poate fi demonstrat că avortul poate provoca dureri fătului.⁴⁰ În acest fel, Curtea a urmat linia trasată de către fosta Comisie⁴¹ care nu exclude copilul nenăscut de la protecția oferită de dreptul la viață.

Ca regulă generală, Convenția ar trebui să fie interpretată în lumina obiectivului pentru care a fost creat, anume pentru a oferi protecție suplimentară drepturilor omului, în special pentru cei vulnerabili. Excluderea vieții prenatale din domeniul său de aplicare, ca o chestiune de principiu ar merge împotriva scopului Convenției.

B. Cu privire la alte dispoziții ale Convenției

Curtea a recunoscut aplicabilitatea altor prevederi ale Convenției la viața prenatală în mai multe cazuri. În cazul *H. c. Norvegiei*,⁴² o plângere a fost făcută în temeiul articolului 3 al Convenției de către tatăl unui copil avortat argumentând că nici o măsură nu a fost luată pentru a evita riscul de durere a fătului de 14 săptămâni în timpul avortului. Cu această ocazie, fosta Comisie a acceptat aplicabilitatea Articolul 3 din Convenție la copilul nenăscut, și doar apoi a considerat plângerea neîntemeiată, pentru lipsa de dovezi de durere fetală: "Comisia nu a fost prezentată cu nici un material care ar putea fundamenta afirmațiile reclamantului de durere cauzată asupra fătului ... având în vedere procedura de avort așa cum este descris în aceasta, Comisia nu consideră cazul ca dezvăluind nici o aparență de încălcare a articolului 3". Acest lucru înseamnă că dacă împrejurările de avort ar fi fost diferite, cum ar fi, de exemplu, în cazul unui avort târziu, plângerea ar fi fost bine întemeiată.

În *X. c. Regatului Unit*,⁴³ Comisia a considerat că tatăl unui fetus avortat ar putea fi considerat ca fiind "victima" unei încălcări a dreptului la viață, și a afirmat că termenul de "toată lumea" se referă și la făt, deoarece el "nu poate fi exclus"⁴⁴ de la protecția oferită de Articolul 6§1.⁴⁵ În mod similar, fătul se poate de asemenea bucura de protecție în cadrul Articolului 8§2,⁴⁶ chiar dacă Curtea "nu consideră că este necesar să determine ... dacă termenul "alte", în Articolul 8§2 se extinde și la copilul nenăscut".⁴⁷

⁴⁰ *H. c. Norvegiei*, supra nota 28

⁴¹ Comisia nu a exclus copilul nenăscut de la protecția dreptului la viață, a indicat că nu a fost necesar să se decidă această întrebare (*H. c. Norvegiei*, supra nota 28 *Bruggemann & Scheuten* supra nota 20; *X. c. Regatului Unit*, nr. 8416/79, în luna decembrie Comisiei anterioare din 13 mai, 1980 la paragraful 7 [în continuare *X. c. Regatului Unit*], *Reeve*, supra nota 12, *Boso c. Italiei*, supra nota 20) și a referit problema la latitudinea Statelor Membre (*H. c. Norvegiei* și *Boso c. Italiei*).

⁴² *H. c. Norvegiei*, supra nota 28

⁴³ *X. c. Regatului Unit*, supra nota 41

⁴⁴ *Ibid.* la paragraful 7

⁴⁵ Pentru un alt exemplu de o astfel de cerere, în legătură cu accesul la Curte, a se vedea *Reeve*, supra nota 12 la 146

⁴⁶ A se vedea de exemplu *Odièvre c. Franței* [G.C.] nr. 42326/98, la paragraful 45. Exemplu citat de judecătorul Ress în opinia sa disidentă la cazul *Vo c. Franței*, supra nota 23 de la paragraful 4.

⁴⁷ *A., B. & C.*, supra nota 5 la paragraful 228

În cele din urmă, Convenția și jurisprudența Curții demonstrează că copilul nenăscut nu este exclus din domeniul de aplicare al Convenției.

Astfel, state precum Irlanda, Malta, Polonia sau San Marino care susțin întregul domeniu de aplicare al Articolului 2, recunoscând responsabilitatea de a proteja viața de la concepție, pot invoca această prevedere din tratat care garantează dreptul la viață, ca o prevedere care cuprinde responsabilitatea Statului de a proteja copilul nenăscut de la avort. Aceste State își respectă în totalitate obligațiile, dincolo de pragul minim cerut în prezent de către Curte, în conformitate cu Articolul 53 al Convenției,⁴⁸ care stabilește că Statul este liber de a oferi protecție mai mare a drepturilor omului decât cel garantat de Convenție. Astfel, mijloacele utilizate de către aceste State pentru a proteja viața (în special interzicerea avortului și adoptarea de măsuri pozitive menite să sprijine viața) contribuie la realizarea obligațiilor voluntare consimțite de către stat, în conformitate cu Articolele 2 și 53 din Convenție.

C. În ceea ce privește alte norme consacrate în instrumente europene și internaționale privind drepturile omului

Alte prevederi ale instrumentelor europene și internaționale privind drepturile omului, deasemenea oferă protecție copilului nenăscut referindu-se la diferitele lui stadii de dezvoltare (de exemplu, embrion și fetus). Multe instrumente europene în domeniul drepturilor omului cu privire la bioetică conțin dispoziții privind viața prenatală, cum ar fi Convenția de la Oviedo privind Drepturile Omului și Biomedicina, Protocolul Adițional privind Interzicerea Clonării Ființelor Umane și Protocolul Adițional privind Cercetarea Biomedicală. Aceste instrumente juridice nu sunt dispuse să definească "ființa umană" și dacă termenul "toată lumea" se aplică în continuare embrionului și vieții prenatale, în scopul de a le asigura protecție. În acest sens, Curtea a observat că "embrionul și/sau fătul ... au început să primească oarecare protecție, în funcție de progresul științific și consecințele potențiale ale cercetării în ingineria genetică, procrearea asistată medical sau experimente pe embrioni".⁴⁹

Așa cum Curtea a subliniat de mai multe ori, Convenția trebuie să fie interpretată într-o manieră evolutivă, "în lumina condițiilor de astăzi".⁵⁰ Interpretarea Convenției ar trebui să ia în considerare, printre altele, cele mai recente instrumente juridice care protejează demnitatea umană și embrionul, precum și evoluția științifică a cunoștințelor și practicilor. Luarea în considerare a progreselor științifice, nu trebuie să se limiteze numai la domeniul biotehnologiilor, ci ar trebui să includă și progresul în medicina prenatală și neonatală care a îmbunătățit considerabil pragul de

⁴⁸ Articolul 53 al Convenției prevede următoarele: "nimic în prezența Convenției nu va fi interpretat ca o limitare sau derogare de la oricare din drepturile și libertățile fundamentale ale omului, care pot fi asigurate conform legilor oricărei părți contractante sau în orice alt acord la care este parte."

⁴⁹ *Vo c. Franței*, supra nota 23 de la paragraful 84.

⁵⁰ *Vezi Tyrer c. Regatului Unit*, hotărârea din 25 aprilie 1978, seria A nr. 26 la paragraful 31 și jurisprudența ulterioară.

viabilitate a fătului ca și pacient⁵¹ și permite o mai bună cunoaștere a suferințelor îndurate de făt în timpul avortului. Reglementarea avortului ar trebui să fie afectată de această evoluție.

În hotărârea Curții Europene de Justiție (CEJ) din 18 octombrie 2011, în cazul *Oliver Brüstle c. Greenpeace e.V.*,⁵² Marea Cameră a CEJ, interpretând Directiva U.E. 98/44/CE privind protecția juridică a invențiilor biotehnologice, a decis că embrionul se bucură de protecție de la stadiul de fertilizare împotriva brevetării, când cererea de brevet presupune distrugerea prealabilă de embrioni umani. Principiul demnității și integrității persoanei⁵³ protejează embrionul uman și celulele derivate din el în orice stadiu al formării sau dezvoltării sale. E.C.J. a definit "embrionul uman" ca "orice ovul uman după fertilizare, orice ovul uman non-fecundat în care nucleul unei celule umane mature a fost transplantat, și orice non-ovul uman fertilizat a cărei divizie și dezvoltare în continuare au fost stimulate de partenogeneză". Aceasta este prima decizie a unei instanțe europene, care oferă o definiție a embrionului uman. Curtea a precizat că această definiție este "o noțiune autonomă de drept al Uniunii Europene". Acest lucru înseamnă că în ceea ce privește legislația Uniunii Europene, semnificația și domeniul de aplicare a termenului "embrion uman", trebuie să se acorde o interpretare uniformă și independentă în întreaga Uniune Europeană. Statele membre nu mai sunt libere să aleagă propria lor definiție a "embrionului uman", atunci când se aplică directiva. În cadrul CEJ, nu aparține marjei de apreciere națională pentru a determina ceea ce un embrion este și când anume embrionul uman merită protecție juridică în ceea ce privește demnitatea și integritatea umană. O astfel de definiție autonomă este necesară pentru a permite o interpretare și aplicare unitară a directivei în întreaga Uniune Europeană.⁵⁴ Prin urmare, evaluarea Convenției conform căreia "nu există un consens european asupra unei definiții științifice și legale a începutului vieții"⁵⁵ trebuie să fie considerată ca fiind greșită.

În ceea ce privește dreptul internațional, toate tratatele moderne ale drepturilor omului, inclusiv Convenția Europeană, sunt originare din Declarația Universală din 1948 privind Drepturile Omului în conformitate cu care "orice persoană are dreptul la viață, la libertate și la securitatea persoanei" conform Articolului 3. Nimic nu a fost specificat referitor la începutul sau la sfârșitul vieții.

Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice a fost menit să implementeze Declarația Universală. Articolul 6§1 prevede: "orice ființă umană are dreptul inerent la viață. Acest drept trebuie să fie protejat prin lege. Nimeni nu va fi arbitrar lipsit de viața sa". Nu există nici o mențiune la avort sau la excluderea copiilor nenăscuți de la protecția dreptului la viață în acest articol.

⁵¹ J. L. Lenow, "The foetus as a patient: emerging rights as a person?" (1983) 9(1) Am J Law Med. 1.

⁵² Curtea Europeană de Justiție, *Oliver Brüstle v. Greenpeace e.V.*, 18 octombrie 2011, C-34/10.

⁵³ Considerentul (16). Întrucât dreptul de brevet de invenție trebuie să fie aplicat astfel încât să respecte principiile fundamentale de protejare a integrității și demnității unei persoane; întrucât este important să se afirme principiul că corpul uman, în orice etapă în formarea sau dezvoltarea sa, inclusiv a celulelor germinale, și simpla descoperire a uneia dintre elementele sale sau a unuia dintre produsele sale, inclusiv secvența sau secvența parțială a unei gene umane, nu pot fi brevetate; întrucât aceste principii sunt în conformitate cu criteriile de brevetabilitate corespunzătoare legii brevetelor, în care o simplă descoperire nu poate fi brevetată.

⁵⁴ A se vedea S. Blance, *Brüstle c. Greenpeace* (C-34/10): "The End for Patents Relating to Human Embryonic Stem Cells in Europe?" IP Quarterly <<http://www.avidity-ip.com/assets/pdf/Brustlemar12.pdf>> (accesat ultima dată: 10 aprilie 2013).

⁵⁵ *Vo c. Franței*, supra nota 23 de la paragraful 82.

Cu toate acestea, Articolul 6§5 specifică faptul că o condamnare la moarte "nu se efectuează la femeile gravide", recunoscând implicit dreptul la viață al copilului nenăscut, sau cel puțin valoarea vietii lui. Prin urmare, Articolul 6 garantează protecția copiilor nenăscuți, cel puțin față de pedeapsa capitală a mamei. Când textul a fost adoptat în 1966, pedeapsa cu moartea era legală în multe jurisdicții, în timp ce avortul la cerere era o crimă în cele mai multe țări ale lumii.

În ceea ce privește tratatele internaționale, preambulul Convenției din 1989 privind Drepturile Copilului a reiterat o prevedere a Declarației Drepturilor Copilului din 1959, declarând că "copilul, datorită imaturității lui fizice și psihice, are nevoie de protecție și îngrijire speciale, inclusiv de o protecție juridică corespunzătoare, atât înainte cât și după naștere". Printre tratatele regionale, Convenția Americană din 1969 a Drepturilor Omului protejează în mod expres viața de la concepție. În conformitate cu Articolul 4§1 "fiecare persoană are dreptul de a avea viața lui respectată. Acest drept trebuie să fie protejat prin lege și, în general, de la momentul concepției. Nimeni nu poate fi lipsit în mod arbitrar de viața lui".

III - Convenția nu conține un drept la avort

A. Nu există nici un drept de a muri sau drept la avort în temeiul Convenției

Curtea a declarat în cazul *Pretty c. Regatului Unit*⁵⁶ că "Articolul 2 nu se poate, fără o distorsiune de limbaj, interpreta ca acordând un drept diametral opus, și anume dreptul de a muri, nici nu poate crea un drept la auto-determinare".⁵⁷ În mod similar, Marea Cameră a Curții declara în *A. B. & C. c. Irlandei* că "Articolul 8 nu poate, în consecință, să fie interpretat ca oferind dreptul la avort".⁵⁸ În plus față de aceste declarații clare, Curtea, în *Maria do Céu Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portugaliei*,⁵⁹ a declarat

⁵⁶ *Pretty* supra nota 12.

⁵⁷ *Ibid.* la paragraful 39 și 40; "Articolul 2 nu poate, fără o distorsiune de limbaj, să fie interpretat conferind dreptul diametral opus, și anume dreptul de a muri, nici nu poate crea un drept la auto-determinare în sensul de a conferi unui individ dreptul de a alege mai degrabă moartea decât viața. Curtea constată în consecință ca nici un drept de a muri, fie de mâinile unei terțe persoane sau cu asistența unei autorități publice, nu poate fi derivat din Articolul 2 al Convenției. Este confirmat în această perspectivă de recenta recomandare 1418 (1999) a Adunării Parlamentare a Consiliului Europei".

⁵⁸ *A. B. & C.* supra nota 5 la paragraful 214.

⁵⁹ În *Maria do Céu Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portugaliei*, 26 octombrie 2004 nr 16471/02. Reclamanții au criticat "legea portugheză cu privire la avort și avort la cerere care a fost considerată de către reclamanți contrară unui număr de prevederi ale Convenției, deoarece interzice încetarea sarcinii la cererea femeii gravide" (traducere neoficială).

inadmisibilă o cerere de revendicare a unui drept de acces la avort la cerere față de legislația națională, care era considerată a fi prea restrictivă de către solicitant.

B. Nu există nici un drept de a practica avortul în temeiul Convenției

La fel cum nu există nici un drept la avort, nu există nici un drept să fie practicat. Astfel medicii nu pot invoca un astfel de drept și să se plângă de condamnarea lor pentru practicarea ilegală a avortului. Comisia și Curtea au respins cererile formulate de medici pentru că au fost condamnați pentru că au sprijinit sau practicat avorturi ilegale. În cazul *Jerzy Tokarczyk c. Poloniei*,⁶⁰ Curtea a statuat că plângerea unui ginecolog împotriva condamnării sale de complicitate la avort a fost în mod vădit nefondată. Solicitantul a oferit asistența sa femeilor care doreau să facă un avort, organizând călătoria lor în Ucraina, unde au făcut avorturi într-un spital public. În *Jean-Amy Jacques c. Belgiei*,⁶¹ Comisia anterioară a declarat inadmisibilă o cerere în ceea ce privește condamnarea penală a unui medic belgian pentru că a practicat avortul ilegal.

Cu toate acestea, Curtea recunoaște că există un drept al profesioniștilor din domeniul sănătății de a nu efectua avortul. În *R. R. c. Poloniei și P. & S. c. Poloniei*,⁶² Curtea a recunoscut "libertatea de conștiință a profesioniștilor din domeniul sănătății în contextul profesional"⁶³ în legătură cu avortul. Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei (denumită în continuare APCE) a adoptat o rezoluție în 2010, susținând cu tărie "dreptul la obiecție din motive de conștiință în îngrijirea medicală legală" declarând că: "nici o persoană, spital sau instituție nu poate fi constrânsă, trasă la răspundere sau discriminată în orice mod din cauza unui refuz de a efectua, găzdui, asista sau supune la un avort, la efectuarea unui avort spontan, sau la eutanasiere sau la orice act care ar putea provoca moartea unui fetus uman sau embrion, pentru orice motiv".⁶⁴

În 2010, când hotărârea *A. B. & C. c. Irlandei* a fost dată, unii se așteptau Curtea să creeze sau să recunoască un "drept" la avort, ca o dezvoltare a "drepturilor femeilor" și a așa-numitelor "drepturi sexuale și reproductive"⁶⁵ așa precum mai multe țări europene au făcut anterior. Acest lucru era de așteptat în special pentru că APCE a adoptat o rezoluție⁶⁶ pe 16 aprilie 2008, privind accesul la avort

⁶⁰ *Jerzy Tokarczyk c. Poloniei*, nr. 51792/99, decizia de inadmisibilitate a fostei Comisii din 31 Ianuarie 2002

⁶¹ *Jean-Jacques Amy v. Belgia*, nr. 11684/85, decizia de inadmisibilitate a fostei Comisii din 5 Octombrie 1988

⁶² *P. & S. c. Poloniei*, nr. 57375/08, 30 Octombrie 2012 [în continuare *P. & S. c. Poloniei*]

⁶³ *R. R. c. Poloniei*, nr. 27617/04, 26 Mai 2011 la paragraful 206: "pentru Curte, Statele sunt obligate să organizeze sistemul de servicii de sănătate în așa fel încât să asigure ca exercitarea efectivă a libertății de conștiință a profesioniștilor din domeniul sănătății în contextul profesional să nu împiedice pacienții de a obține accesul la servicii la care au dreptul în conformitate cu legislația în vigoare.

⁶⁴ Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei, Rezoluția 1763 (2010) din 7 Octombrie 2010 privind "*The Right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care*"

⁶⁵ Zampas & Gher, supra nota 8 249-294; E. Wicks, "Legea privind avortul în conformitate cu Convenția Europeană pentru Drepturile omului", (2011) 11 (3) *Human Rights Law Review* la 556-566 [în continuare Wicks]

⁶⁶ Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei la 16 aprilie 2008 a adoptat Rezoluția nr 1607 *Accessul la avort în condiții de siguranță și legalitate în Europa* (În continuare Rezoluția Parlamentară)

sigur și legal în Europa, "invitând Statele membre ale Consiliului Europei să dezincrimineze avortul în limite de gestație rezonabile, dacă nu au făcut deja acest lucru [și să] garanteze exercitarea efectivă a femeilor a dreptului lor de acces la un avort sigur și legal".⁶⁷ Cu toate acestea, Rezoluțiile APCE nu sunt obligatorii, nici pentru State și nici pentru Curte; ele oferă doar o interpretare politică a Convenției. Aceste rezoluții indică și o tendință, în opinia publică europeană, pe o anumită chestiune. Cu toate acestea, Curtea nu poate urmări rezoluțiile APCE pe o cale atât de îndepărtată față de ceea ce este scris original în Convenție.

C. Curtea nu poate interpreta Convenția astfel încât să creeze noi drepturi care nu sunt incluse în Convenție sau care sunt contrare drepturilor existente

Curtea nu poate crea un drept la avort deoarece puterea ei de interpretare este limitată: "Convenția și Protocoalele sale trebuie să fie interpretate în lumina condițiilor actuale de azi. Cu toate acestea, Curtea nu poate, prin interpretare evolutivă, deriva din aceste instrumente un drept care nu a fost inclus de la bun început. Aceasta este în mod particular aplicabil și aici, când omisiunea a fost deliberată".⁶⁸ Prin urmare, în nici un caz, și chiar interpretând drepturile din Convenție într-o manieră evolutivă, Curtea nu poate crea noi drepturi ale omului care nu sunt incluse în Convenție.⁶⁹ În această privință, Curtea nu poate obliga Statele pentru a permite un acces mai larg la avort decât au decis ele însele a permite în prezent.

Mai mult, Curtea nu poate interpreta Convenția contrar legii, creând un nou drept în mod direct contrar și opus la un drept existent garantat de textul Convenției. Un pretins drept la avort⁷⁰ (sau la eutanazie⁷¹), nu se poate deduce din Convenție deoarece va intra în conflict cu Articolul 2 care protejează dreptul la viață. Articolul 2 conține doar un număr limitat de excepții, și nu permite Curții să creeze noi excepții. În acest sens, Convenția ar trebui să fie "citită ca un întreg".⁷² Curtea a recunoscut că nu poate, pe de o parte, impune o obligație de a proteja viața prin lege și, pe de altă parte, condamna un Stat pentru că nu a asistat la sinucidere.⁷³ Ceea ce Curtea a recunoscut în ceea ce privește facilitarea încălcării vieții prin sinucidere asistată, ar trebui să fie deasemenea recunoscut în ceea ce privește

⁶⁷ Rezoluție Parlamentară paragrafele 7, 7.1 și 7.2. Adunarea a moderat formularea inițială a Proiectului de Rezoluție introducând o referință la limita de timp, și retragând conceptul de "drept la avort", înlocuindu-l cu "dreptul de acces la un avort sigur și legal". Proiectul de Rezoluție (doc. 11537 rev.2) declara: Adunarea "invită Statele Membre ale Consiliului Europei să dezincrimineze avortul, dacă nu au făcut deja acest lucru [și să] garanteze exercitarea efectivă de către femei a dreptului lor de la avort".

⁶⁸ *Johnston și alții c. Irlandei*, nr. 9697/82, hotărârea din 18 decembrie 1986 la paragraful 53.

⁶⁹ *Ibid.* A se vedea și *Emonet și alții c. Elveției*, nr. 39051/03, hotărârea din 13 decembrie 2007 la paragraful 66: "Curtea nu poate, printr-o interpretare evolutivă, deriva de la aceste instrumente un drept care nu a fost inclus în aceasta de la început. Aceasta este mai cu seamă aici, unde omisiunea a fost deliberată".

⁷⁰ *A., B. & C.*, supra nota 5 la paragraful 214.

⁷¹ *Pretty*, supra nota 12 la paragraful 39-40.

⁷² *Haas c. Elveției*, nr. 31322/07, 20 ianuarie 2011 la paragraful 54 [în continuare *Haas*].

⁷³ *Ibid.*

facilitarea încălcării vieții prin avort. Aceleași principii se aplică în ceea ce privește avortul legal și eutanasia.

D. Legalitatea unei practici nu creează un drept de a o practica

Atunci când Curtea menționează “dreptul de acces la avort legal”,⁷⁴ se poate referi doar la un “drept” acordat de legislația națională și nu de către Convenție. Este un abuz de limbaj al Curții pentru a se referi la un “drept de acces la avort legal” sau a unui “drept de a alege cu privire la întreruperea sarcinii”⁷⁵ în cazurile de avort împotriva Poloniei și Irlandei, deoarece este bine stabilit că nu există un astfel de “drept” nici în legislația irlandeză și poloneză, nici în legislația oricărei altei țări în care avortul este o derogare de la principiul protecției vieții.

Este inadecvat pentru Curte să folosească termenul de “drept” deoarece legalitatea nu creează un drept. Legalitatea unei practici nu dă dreptul indivizilor să o exercite, nici nu creează o obligație pozitivă pentru Stat de a asigura aceasta practică sau a face eficientă efectuarea ei. De exemplu, legalitatea eutanasiilor, a drogurilor sau a prostituției nu creează un drept subiectiv de a fi ucis sau de a folosi droguri sau de a face sex. Același lucru poate fi spus cu privire la orice tratament medical: legalitatea lui nu obligă Statul să îl furnizeze. Adesea există o confuzie între legalitate și drept, în special în ceea ce privește Articolul 8.

E. Dorința nu creează un drept

În *Costa & Pavan c. Italiei*,⁷⁶ Curtea a mers chiar mai departe, găsind că *dorința* reclamantilor în conformitate cu Articolul 8 poate constitui un drept. Din dorința de a avea un copil lipsit de o boală genetică, reclamantii au afirmat că interdicția legală pentru diagnostic genetic pre-implantare a încălcat viața lor privată. Pentru ca acest caz să intre în domeniul de aplicare a Convenției, Curtea a stipulat că “dorința” de a avea un copil sănătos “constituie un aspect al vieții lor private și de familie care este protejat de Articolul 8”.⁷⁷ Prin urmare, potrivit Curții, imposibilitatea legală de a își îndeplini această dorință prin tehnici de procreație artificială oferă solicitanților statutul de “victime” și încalcă dreptul la respectarea vieții private și de familie. Curtea consideră că acest respect pentru viața privată și de familie cuprinde un “drept [a părinților] pentru a da naștere la un copil care nu suferă de boala de care ei sunt purtători”,⁷⁸ adică ei au dreptul de a da naștere unui copil sănătos. Astfel, dorința de a avea un copil lipsit de boală constituie un drept care impune obligații Statului. Transformarea dorinței “părintelui

⁷⁴ De exemplu, în *P. & S. c. Poloniei*, supra nota 62 la paragraful 99.

⁷⁵ Ibid. la paragraful 98.

⁷⁶ *Costa & Pavan c. Italiei*, nr 54270/10, 28 august 2012.

⁷⁷ Ibid. la paragraful 57 (disponibil doar în limba franceză).

⁷⁸ Ibid. la paragraful 65.

de a avea un copil“ sau “voinței femeii de a avorta un copil“ într-un “drept” dă o concepție falsă despre drepturile omului, și anume proiecția voinței individului asupra ordinii sociale.⁷⁹ Ca urmare a acestei abordări, fiecare dorință va intra în sfera de aplicare a Articolului 8 și va deveni un “drept” pentru că, fundamental, orice restricție la dorința unui individ este percepută ca o infracțiune. Astfel avortul, eutanasia, drogurile sau activitatea sexuală (incest⁸⁰ sau sadomasochism⁸¹) tind să fie analizate ca libertățile individuale care decurg din Articolul 8.

F. Alegerea nu creează un drept

Curtea a urmat aceeași logică cu privire la sinuciderea asistată. Luând în considerare că “reclamantul în acest caz este împiedicat prin lege să-și exercite alegerea lui de a evita ceea ce el consideră a fi un sfârșit nedemn și dureros al vieții lui”,⁸² Curtea a stabilit în cazul *Haas c. Elveției*, “că dreptul unui individ de a alege prin ce mijloace și în ce moment viața lui sau a ei se va termina, cu condiția ca el sau ea să fie capabil de a ajunge în mod liber la o decizie cu privire la această chestiune și de a acționa în consecință, este unul dintre aspectele dreptului la viață privată în sensul Articolului 8 din Convenție”.⁸³ Aici, alegerea personală devine o alegere, mai precis, o libertate care poate fi obiectul unor limitări și, la fel ca orice altă libertate, nu are nevoie de intervenția unei părți terțe (de exemplu, titularul libertății are capacitatea de a determina liberul lui arbitru și să acționeze în consecință el însuși). Între timp, o femeie care vrea să faca un avort nu poate acționa singură. Efectuarea unui avort nu poate fi făcută de către un individ care acționează independent; este nevoie de intervenția directă a Statului și a practicienilor medicali și-l implică și pe copilul nenăscut. Prin urmare, este imposibil să se considere avortul a fi o libertate, precum nu se poate considera a fi libertate orice altă practică contencioasă.

G. Crearea unui drept la avort ar schimba filozofia Convenției

Atunci când Curtea vorbește despre dreptul la avort, dreptul de a avea un copil sau un drept la sinucidere asistată, urmărește ideologia individualistă curentă dominantă. Aceste afirmații pot fi satisfăcătoare din punct de vedere ideologic, dar ele nu sunt compatibile din punct de vedere legal cu

⁷⁹ Vezi G. Puppink, “Procréation médicalement assistée, Interdiction du diagnostic préimplantatoire : la CEDH censure le législateur italien”, *Droit de la famille, Juris Classeur*, No. 11, Noiembrie 2012 la 27.

⁸⁰ *Stubing c. Germaniei*, nr. 43547/08, 12 aprilie 2012.

⁸¹ *K. A. & A. D. c. Belgiei*, nr. 42758/98 și 45558/99, 17 Februarie 2005.

⁸² *Pretty*, supra nota 12, la paragraful 67: “reclamantul în acest caz este împiedicat de lege de la exercitarea alegerii lui pentru a evita ceea ce el considera a fi un sfârșit nedemn și dureros pentru viața lui. Curtea nu este pregătită să excludă ca aceasta constituie o ingerință în dreptul său la respectarea vieții private, garantat de Articolul 8 § 1 din Convenție. Aceasta consideră mai jos dacă această ingerință este conformă cu cerințele celui de al doilea paragraf al Articolului 8. ”

⁸³ *Haas*, supra nota 72 de la paragraful 51.

Convenția, care nu conferă un drept de a avea un copil,⁸⁴ un drept la avort⁸⁵ sau un drept la sinucidere asistată.⁸⁶ Această inconsecvență apare din ce în ce mai clar cu fiecare hotărâre a Curții cu privire la aspecte sensibile. În mod fundamental, această interpretare evolutivă nu poate reconcilia modul de redactare a Convenției cu ideologia postmodernă. Să se considere avortul ca fiind un drept ar fi *ultra vires* (dincolo de puterile Convenției). Ar constitui în cele din urmă o schimbare diametrală a Convenției de la protecția ființei umane în însăși natura ei la protejarea voinței sale autonome. Într-adevăr, autonomia este un set de capacități prin care fiecare persoană își determină modul de utilizare a facultăților și abilităților sale, de exemplu libertatea de acțiune. Este matricea deciziilor și acțiunilor persoanei, dar aceasta nu este o matrice de drepturi. Autonomia individuală este sursa libertăților personale, care sunt protejate într-o anumită măsură de Convenție, dar aceasta autonomie nu poate fi sursa supremă a drepturilor individului, pentru care societatea ar fi răspunzătoare.

O astfel de modificare ar induce o schimbare de antropologie. Modul de redactare a Convenției, în special al Articolelor 8, 9 și 12 exprimă o antropologie de substrat bazată pe legea naturală care a fost moștenită din epoca Umanistă. Aceasta antropologie ar fi considerată veche și înlocuită cu o antropologie liberală, care consideră liberul arbitru individual ca fiind cel suprem și singurul bun și corect. Așa numitul drept la avort implică dominația voinței individuale asupra vieții, a subiectivității asupra obiectivității. Acceptarea ei ar reinstala Convenția într-o filozofie liberală și individualistă unde legitimitatea legii ar trebui să se bazeze în "individ", și nu în "ființa umană" și "natura umană".

⁸⁴ Curtea a precizat în *Sijakova v. Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei*, nr. 67914/01, decizie din 6 Martie 2003, că nici dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie, nici dreptul la viață privată și de familie sau orice alt drept garantat de Convenție implică dreptul la procreare.

⁸⁵ *A. B. & C*, supra nota 5 la paragraful 214.

⁸⁶ *Pretty*, supra nota 12.

IV - Avortul este o derogare de la dreptul la viață

A. Avortul nu poate constitui un drept în sine

Majoritatea Statelor care permit avortul îl permit ca o derogare de la dreptul la viață în legislația lor națională.⁸⁷ În Franța, de exemplu, Codul civil prevede că: “legislația asigură primatul persoanei, interzice orice încălcare a demnității acestuia din urmă și garantează respectarea ființei umane încă de la începutul vieții”.⁸⁸ Codul de Sănătate Publică reiterează această afirmație și specifică faptul că singurele excepții trebuie în mod necesar să fie prevăzute de lege.⁸⁹ Prin urmare, acele State nu pun la îndoială aplicabilitatea dreptului la viață la perioada de viață dinaintea nașterii, deși permit o mică posibilitate de a deroga de la această regulă. Acest lucru înseamnă că pentru toate statele care permit avortul ca o derogare, dreptul la viață, în principiu, acoperă și protejează viața înainte de naștere. De aceea este necesară o legislație înainte ca avortul să poată fi practicat. Dacă fătul sau embrionul ar fi nimic, sau nimic mai mult decât un element nesemnificativ produs de corpul femeii, cum ar fi părul, nu ar mai fi nevoie de o lege pentru a permite avortul.

Avortul, fiind o derogare de la dreptul la viață, nu poate constitui un drept în sine, acesta nu poate deveni un drept autonom. Ca o derogare, domeniul său de aplicare este limitat de către principiul la care se referă. Președintele Costa a explicat în acest sens că:

*Cred că (la fel ca multe organisme judiciare din Europa) există viață înainte de naștere, în sensul Articolului 2, că legea trebuie să așadar să protejeze această viață, și că, dacă legiuitorul național consideră că această protecție nu poate fi absolută, atunci ar trebui să deroge de la ea, în special în ceea ce privește încetarea voluntară a sarcinii, într-un cadru reglementat care să limiteze domeniul de aplicare a derogării.*⁹⁰

De exemplu, putem presupune că Tribunalul nu ar considera ca proporțională o practică precum avortul prin naștere parțială sau avortul selectiv în funcție de sexul sau culoarea pielii. Astfel, avortul este limitat și nu poate fi considerat un drept autonom și absolut. Dintr-un punct de vedere mai

⁸⁷ A se vedea printre altele legislația din Italia, Polonia și Germania.

⁸⁸ Codul Civil Francez, articolul 16.

⁸⁹ Ibid. la Articolul L. 2211-1: “La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie”. Article L. 2211-2 : “[i]l ne saurait être porté atteinte au principe mentionné à l'article L. 2211-1 qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par le présent titre ...”

⁹⁰ Jean-Paul Costa, opinie separată la *Vo c. Franței*, supra nota 23 la paragraful 17.

fundamental, se respectă principiul că un drept pozitiv poate urmări numai un bun în sine. Acest fapt nu poate fi folosit în scopul realizării unui rău, chiar dacă acest lucru rău este permis de lege pe temeiul inevitabilității sau necesității sale presupuse.

B. “Aplicabilitatea condiționată” a Convenției pentru copilul nenăscut

În conformitate cu doctrina “aplicabilității condiționate” a Convenției, atunci când un Stat alege să stabilească un drept care nu este un drept garantat de Convenție în sine, acel drept poate intra, într-o anumită măsură, sub protecția Convenției. Un astfel de “drept condiționat” nu este un “drept autonom” care rezultă direct din Convenție; prin urmare, Curtea nu poate obliga un stat de a stabili un astfel de drept.

Cu toate acestea, odată ce un Stat a decis să permită un “drept condiționat”, atunci acesta trebuie să respecte Convenția cu privire la modul în care este oferit, de exemplu, fără discriminare nelegitimă. Aplicat, de exemplu, la dreptul la un proces echitabil garantat de Articolul 6 al Convenției, ar însemna că, deși Statele nu sunt obligate să stabilească un al doilea grad de jurisdicție în chestiuni civile, dacă ei aleg să facă astfel, atunci cerințele acestui Articol se va aplica la acest al doilea grad de jurisdicție.

Curtea va aplica Convenția la acest drept intern. Acest lucru înseamnă că atunci când Curtea aplică Convenția, trebuie să recunoască alegerea făcută de legiuitorul național pentru a acorda drepturi și protecții specifice care nu sunt în Convenție, dar care sunt în concordanță cu ea (în conformitate cu articolul 53 din Convenție).

Un alt exemplu este alegerea de către legiuitorul național de a permite adopția de către persoane singure. În acest caz, statul trebuie să ofere acest “drept” fără discriminare persoanelor singure bazată pe orientarea sexuală.⁹¹

Curtea a aplicat această doctrină la problema avortului, declarând că odată ce un Stat, care acționează în limitele sale de apreciere, adoptă reglementări legale care permit avortul,⁹² atunci acest cadru legal ar trebui să respecte Convenția.⁹³ Simultan, dacă Statele recunosc în ordinea lor juridică internă că dreptul la viață acoperă, în principiu, viața înainte de naștere sau faptul că embrionul sau fătul este o “persoană”, Curtea ar trebui să aplice Convenția ținând cont de această realitate, aplicând Articolul 2 cu referire la copilul nenăscut. Prin urmare, în aceste cazuri, Curtea nu ar trebui să se limiteze numai la a observa absența unui consens european cu privire la începutul vieții, ci Curtea ar trebui de asemenea să urmărească dacă legislația națională recunoaște (cel puțin într-o anumită măsură) dreptul la viață al copilului nenăscut, sau dacă el sau ea este o “persoană”. Dacă Curtea a aplicat această

⁹¹ A se vedea *E. B. c. Franței*, nr. 43546/02, 22 ianuarie 2008.

⁹² A se vedea printre altele *P. și S. c. Poloniei*, supra nota 62 la paragraful 99.

⁹³ *A., B. & C.*, supra nota 5 la paragraful 249 și *R. R. c. Poloniei*, supra nota 63 la paragraful 187; *P. și S. c. Poloniei*, supra nota 62 la paragraful 99.

doctrină la Articolul 8 în ceea ce privește avortul, deși avortul nu este un drept, ci o derogare, de ce ar trebui să nu îl aplice la Articolul 2 cu privire la principiul dreptului la viață al copilului nenăscut, care în mod clar este un drept protejat, cel puțin la un anumit stadiu de dezvoltare?

C. "Marja de apreciere"

Faptul că avortul derogă de la protecția juridică a vieții înainte de naștere și nu este un drept în sine explică perfect modul în care Curtea a folosit doctrina "marjă de apreciere" în *A. B. & C. c. Irlandei*.⁹⁴ Aceasta nu a fost înțeleasă de către unii comentatori⁹⁵, și prin urmare trebuie să fie explorată mai în detaliu.

În *A. B. & C.*, Curtea a considerat că o marjă largă de apreciere ar trebui să fie acordată Irlandei din cauza "sensibilității acute a problemelor morale și etice ridicate de problema avortului sau importanței interesului public aflat la mijloc".⁹⁶ Curtea "nu a considerat că acest consens al unei majorități substanțiale a Statelor contractante ale Consiliului European, față de permiterea avortului în termeni mai largi decât cei acordati în conformitate cu legislația irlandeză"⁹⁷, îngustează în mod decisiv marja de apreciere a Statului".⁹⁸

Într-o opinie separată, șase judecători⁹⁹ și-au exprimat dezacordul față de decizia Marii Camere cu privire la acest punct. Ei au considerat că, existența unui consens cu privire la avort între Statele Membre ale Consiliului European, ar fi trebuit utilizată pentru a reduce din marja de apreciere de care se bucură Irlanda, în scopul de a îndrepta interpretarea dinamică a Convenției¹⁰⁰ spre dezvoltarea unui drept de acces mai facil la avort. Această opinie a fost împărtășită de mai mulți comentatori ai acestei hotărâri judecătorești.¹⁰¹ Judecătorii care nu au fost de acord cu hotărârea au subliniat că este "prima dată când Curtea nu a luat în considerare existența unui consens european pe baza "opiniilor morale profunde". Ei au susținut că, faptul că aceste "opinii morale" "pot suprascrie consensul european, care tinde într-o direcție complet diferită, este o îndepărtare reală și periculoasă de jurisprudența Curții".¹⁰²

⁹⁴*A. B. & C.*, supra nota 5.

⁹⁵ A se vedea de exemplu P. Ronchi, "A, B and C v. Ireland Europe's Roe v Wade Still Has to Wait" (2011) 127 (3) *Law Quarterly Review* la 365-369.

⁹⁶*A. B. & C.*, supra nota 5 la paragraful 233.

⁹⁷*Ibid.* la paragraful 235.

⁹⁸*Ibid.* la paragraful 236.

⁹⁹*Ibid.* A se vedea opinia parțial disidentă a Judecătorilor Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelia, Malinverni și Poaelungi care au considerat că recunoașterea acestui consens ar fi trebuit să reducă marjă de apreciere a Irlandei.

¹⁰⁰*Marckx v. Belgia*, Hotărârea din 13 iunie 1979, Seria A nr.31 la paragraful 41; *Dudgeon c. Regatului Unit*, Hotărârea din 22 octombrie 1981, Seria A nr.45 la paragraful 60; *Soering c. Regatului Unit*, Hotărârea din 7 iulie 1989, Seria A nr.161 la paragraful 102; *L. & V. c. Austriei*, nr.39392/98 și 39829/98 la paragraful 50, și *Goodwin c. Regatului Unit* [GC] la paragraful 85.

¹⁰¹ A se vedea de asemenea printre altele, Wicks, supra nota 65 la 556-566.

¹⁰²*Ibid.* Opinia Parțial Disidentă la paragraful 9.

Ei nu pot accepta că "opinii morale profunde" pot împiedica extinderea dinamică a drepturilor omului¹⁰³ create de Curte prin interpretarea sa din Convenție.¹⁰⁴ O astfel de înțelegere a marjei de apreciere a Statelor, dacă este aplicată, ar împiedica grav posibilitățile de activism în morală și în chestiuni sensibile. Rețineră a fost demonstrată din nou de către Marea Cameră, la scurt timp după *A.B.&C. c.v. Irlandei* într-o altă hotărâre legată de bioetică.¹⁰⁵

Este adevărat că un număr mare de State Membre au mai mult sau mai puțin același punct de vedere despre "dreptul femeii" asupra copilului ei nenăscut, dar nu există nici un consens general de cealaltă parte,¹⁰⁶ și anume asupra dreptului la viață al copilului nenăscut, care depinde de problema "când începe dreptul la viață".¹⁰⁷ Nu este suficient pentru Curte pentru a evalua proporționalitatea legislației irlandeze privind avortul, doar să analizeze dacă este un echilibru corect între interesele mamei și altele drepturi și interese implicate în problemă. Un astfel de echilibru nu este posibil în cazul în care Statul recunoaște copilul nenăscut ca o persoană: nu se poate ajunge la un echilibru între drepturile și interesele unei persoane și viața alteia. Prin urmare, este important să se înțeleagă că, chestiunea statutului juridic al copilului nenăscut are prioritate față de statutul "dreptului femeii" asupra vieții copilului ei nenăscut. Într-adevăr, valoarea unui anumit drept asupra unui obiect nu poate fi evaluată dacă natura acestui obiect nu a fost determinată anterior.

Întrucât, în conformitate cu doctrina de aplicabilitate condiționată, instanța ar fi trebuit să aplice Convenția pentru copilul nenăscut, Marea Camera a preferat să afirmă că este "imposibil de a răspunde la întrebarea dacă copilul nenăscut este o persoană care să fie protejată de Articolul 2". De aceea "marja de apreciere acordată protecției oferite de un Stat copilului nenăscut se traduce în mod necesar într-o marjă de apreciere a aceluși Stat cu privire la modul în care se echilibrează drepturile conflictuale ale mamei".¹⁰⁸

¹⁰³ Referindu-se la preambulul Convenției: "considerand că scopul Consiliului Europei este realizarea unei unitati mai strânse între Membrii săi și că unul dintre mijloacele prin care acest obiectiv trebuie să fie realizat este apărarea și dezvoltarea Drepturilor și Libertăților Fundamentale ale Omului".

¹⁰⁴ *Tyner c. Regatul Unit*, supra nota 50 de la paragraful 31.

¹⁰⁵ *S. H. și alții c. Austriei*, [GC], nr. 57813/02, 03 noiembrie 2011 la paragraful 97. Marea Cameră a considerat că guvernul austriac are o largă marjă de apreciere pentru că problema "continuă să dea naștere astăzi la problemele morale și etice sensibile".

¹⁰⁶ Ibid: "în determinarea întrebării dacă un echilibru echitabil a fost găsit între protecția aceluși interes public, în mod notabil la protecția acordată în dreptul irlandez pentru dreptul la viață al copilului nenăscut, și drepturi contradictorii ale ... aplicanților de respectare a vieții private a acestora în temeiul articolului 8 din Convenție" (paragraful 233).

¹⁰⁷ *A., B. & C.*, supra nota 5 la paragraful 237.

¹⁰⁸ Ibid: "De o importanță centrală este concluzia în cazul *Vo* sus-citat, menționat mai sus, ca întrebarea când începe dreptul la viață intra în marja de apreciere a Statelor deoarece nu exista un consens european cu privire la definiția științifică și juridică a începutului vieții, astfel că era imposibil de a răspunde la întrebarea dacă copiii nenăscuți erau o persoană care să fie protejate în temeiul Articolului 2. Deoarece drepturile afirmate în numele fătului și cele ale mamei sunt indisolubil interconectate (vezi revizuirea jurisprudenței Convenției de la paragraful 75-80 în Hotărârea sus-citata *Vo c. Franței* [GC]), marja de apreciere acordată modului în care Statul protejează pe cel nenăscut în mod necesar se traduce într-o marjă de apreciere pentru modul în care Statul echilibrează drepturile conflictuale ale mamei".

În *A.B.&C. c. Irlandei*, nu sunt numai "punctele de vedere morale "împotriva avortului" care au suprascris consensul european în favoarea avortului. Pentru Curte, consensul în favoarea avortului nu este suficient, deoarece trebuie deasemenea să răspundă la întrebarea legată de statutul fătului în ordinea juridică internă [a Irlandei].

În echilibrarea diferitelor interese aflate în joc în cazul *A.B.&C.*, judecătorii cu opinii diferite s-au uitat doar la "problemele morale și etice ridicate de problema avortului" și nu au luat în considerare "interesul public aflat la mijloc"¹⁰⁹, ceea ce este considerat important de către Curte pentru a justifica restricțiile privind avortul. În cadrul noțiunii de "interes public se înțelege în special protecția acordată de legislația irlandeză dreptului la viață al copilului nenăscut".¹¹⁰ Protecția "dreptului la viață al copilului nenăscut" este nu numai un punct de vedere moral; în Irlanda, ea este o obligație constituțională în conformitate cu Convenția.

D. Utilizarea ambivalentă a noțiunii de "consens"

De asemenea, este necesar să se evidențieze că, în general, Curtea utilizează conceptul de consens într-un mod specific, diferit față de definiția acestuia în dreptul internațional. În opinia Curții, există un consens când o mare majoritate a Statelor Membre împărtășesc o viziune comună asupra unei probleme. Cu toate acestea, în dreptul internațional,¹¹¹ precum și în cadrul altor organisme ale Consiliului Europei,¹¹² consensul este un acord în care este absentă o opoziție explicită. Un consens este o metodă de a ajunge la un acord internațional, bazată pe principiul "*qui tacet consentire videtur*".¹¹³

Uneori putem fi surprinși de modul în care Curtea folosește această noțiune. Când doar trei sau patru State interzic avortul, Curtea a constatat un consens larg în favoarea legalizării avortului, dar când patru State permit eutanasia,¹¹⁴ Curtea nu a găsit un consens larg în numele interdicției, ci o lipsa de consens în favoarea legalizării sale.¹¹⁵ Problemele pentru care Curtea folosește noțiunea de consens sunt tocmai cele care adesea nu au, și continuă să nu aibă, o abordare consensuală printre Statele

¹⁰⁹A., B. & C., supra nota 5 la paragraful 233.

¹¹⁰Ibid.

¹¹¹H. Cassan, "Le consens dans la pratique des Nations Unies", *Annuaire français de droit international*, 1974, Vol. 20, nr. 20, pp. 456-485.

¹¹²Cum ar fi în normele Comitetului de Miniștri. A se vedea *CM/Del/Decembrie(92)472/44 și Anexa 19*.

¹¹³Tăcere dă sau implică acordul. Consensul desemnează de asemenea rezultatul acestei metode, acordul în sine.

¹¹⁴În *Koch c. Germaniei*, nr. 479/09, 19 iulie 2012 la paragraful 70, Curtea a constatat că "doar patru State examinate au permis medicilor să prescrie un medicament mortal, în scopul de a permite unui pacient să își încheie viața". Curtea a concluzionat că "Statele ale Convenției sunt departe de a ajunge la un consens în acest sens, ceea ce indică spre o marjă considerabilă de apreciere de care se poate bucura Statul în acest context".

¹¹⁵Astăzi în Europa există un acord larg împotriva eutanasiilor, cu patru excepții. Cu toate acestea, Curtea inversat perspectiva prin adoptarea unei logici liberale potrivit căreia Statele trebuie să justifice restricțiile impuse cu privire la eutanasia ca și cum eutanasia ar fi fost un teren propice pentru noi drepturi ale omului. Cu toate acestea, nu există nici o îndoială că autorii Convenției, la sfârșitul celui de al doilea război mondial și al proceselor de la Nuremberg, au vrut să lupte tocmai împotriva unor astfel de practici.

Europene. In timp ce acesta poate fi folosit pentru a descrie în mod obiectiv situația juridică în țările europene, noțiunea de consens se îndepărtează de la această utilizare obiectivă pentru a deveni un element al înțelegerii “progresive” a drepturilor omului. În această perspectivă nouă, noțiunea de consens este folosită ca un indicator sociologic al gradului de acceptare a unei noi libertăți în conștiința colectivă.

În practică, examinarea consensului este de cele mai multe ori mai degrabă un studiu al evoluției opiniei publice asupra unei chestiuni sensibile. O astfel de examinare a existenței unui consens este realizată cu convingerea că practicile precum sinuciderea asistată, avortul sau procreația artificială reprezintă libertăți individuale noi și vor fi inevitabil recunoscute ca atare, în ciuda tuturor interdicțiilor sociale. Această perspectivă liberală explică de ce Curtea ajunge la concluzii opuse cu privire la problemele legate de avort și de sinucidere asistată, în timp ce în termeni de drept comparat, situația este identică.

Cazul *Schalk & Kopf c. Austriei*¹¹⁶ arată modul în care conceptul de consens poate fi folosit pentru a dezvolta drepturi ale omului bazate pe această viziune progresivă. Adresându-se la întrebarea dacă “dreptul la căsătorie pentru persoane de același sex poate fi benefic pentru cupluri”, Curtea a observat că “există un consens european în curs de dezvoltare față de recunoașterea legală a căsătoriilor persoanelor de același sex”, dar că nu este “încă”¹¹⁷ o majoritate de State care să ofere această recunoaștere legală. În consecință, Curtea recunoaște că “nu trebuie să se grăbească să înlocuiască judecata ei proprie în loc de cea a autorităților naționale”.¹¹⁸ În consecință, Curtea a declarat că această întrebare trebuie să fie privită așadar ca un “drept în evoluție”¹¹⁹ și că Statele membre sunt “încă libere”¹²⁰ pentru a restricționa accesul la căsătorie a cuplurilor de același sex. În concluzie, Statele dispun de o marjă de apreciere, dar această marjă este limitată de “momentul” recunoașterii juridice.

Discuția detaliată în cazul A. B. & C. este și un exemplu, printre multe altele, de mod în care Curtea ia în considerare opinia publicului. Într-adevăr, statutul de opinie poate determina chiar rezultatul unei hotărâri, deoarece Curtea consideră drepturile omului ca o chestiune de sincronizare în timp: va recunoaște noi drepturi ale omului și va impune treptat noi obligații, în conformitate cu capacitatea opiniei publice de a le accepta. Această abordare implică faptul că Curtea are o “viziune” a ceea ce sunt drepturile omului, și progresiv le realizează prin jurisprudența sa.

Curtea utilizează consensul în scopul de a dezvolta Convenția recunoscând noi drepturi care nu au fost în mod explicit garantate inițial de acest tratat. Ca orice alt proces dinamic de interpretare care în mod constant trebuie să își dovedească legitimitatea, Curtea caută îndrumare în peisajul juridic și social al Statelor membre, în special atunci când vrea să dea un nou sens pentru drepturile garantate de către Convenție. În acest proces de interpretare a dispozițiilor Convenției, Curtea se bazează pe tendințele legilor interne, precum și pe orice alt instrument juridic. Deși Curtea precizează că nu poate

¹¹⁶*Schalk & Kopf c. Austriei*, nr.30141/04, 24 iunie 2010.

¹¹⁷*Ibid.* la paragraful 105.

¹¹⁸*Ibid.* la paragraful 62.

¹¹⁹*Ibid.* la paragraful 105.

¹²⁰*Ibid.* la paragraful 108.

crea un drept care nu este deja inclus în Convenție,¹²¹ și că nu poate interpreta Convenția împotriva propriei sale formulări, deoarece ar fi *ultra vires* (în afara puterii ei legitime), jurisprudența sa indică opusul. În realitate, Curtea interpretează extensiv Convenția,¹²² uneori chiar împotriva intenției inițiale ale autorilor săi,¹²³ sau chiar împotriva formulării Convenției.¹²⁴ Curtea se simte autorizată să urmeze o astfel de interpretare când o tendință în rândul Statelor Membre cu privire la această nouă dezvoltare poate fi găsită în legislația națională, în recomandările Comitetul de Miniștri, sau în alte instrumente juridice ale Consiliului Europei, toate fiind instrumente apărute posterior Convenției. O astfel de interpretare extensivă devine în mod clar *ultra vires* dacă acesta este contrar legii (*contra legem*) sau dacă nu există un acord real și complet în toate Statele membre, adică atunci când nu există un consens, strict vorbind (*stricto sensu*). În această situație, noțiunea de consens este utilizată în scopul de a trece peste rezistența reziduală a unor State în a recunoaște evoluția ale Convenției.¹²⁵ Aceasta explică de ce judecătorilor cu opinii contrare în cazul *A.B.&C. c. Irlandei* le-ar fi plăcut, mai ales după adoptarea rezoluției P.A.C.E.¹²⁶ cu privire la avort, ca acest consens european în favoarea avortului să suprascrie decizia persistentă a poporul irlandez pentru a proteja copilul nenăscut.

V. În cazul în care statul permite avortul, rămâne supus obligației de a proteja și respecta interesele și drepturile concurente

¹²¹ *Johnston și alții c. Irlandei*, nr 9697/82, Hotărârea din 18 decembrie 1986 la paragraful 53; *Emonet și alții c. Elveției*, nr 39051 / 03, Hotărârea din 13 decembrie 2007 la paragraful 66; "Curtea nu poate, prin intermediul unei interpretări evolutive, să deriveze de la aceste instrumente un drept care nu a fost inclus în aceasta la început. Aceasta este în mod particular așa aici, unde omisiunea a fost deliberată".

¹²² Acest lucru este evident mai ales în interpretarea Articolului 8 privind viața privată.

¹²³ De exemplu prin extinderea aplicării Articolului 12 (viața de familie) în situații care nu sunt acoperite de către formularea ei. *Schalk & Kopf c. Austriei*, supra nota 116 la paragraful 101 și 105. A se vedea de asemenea *Bayatyan v. Armenia*, numărul 23459 / 03, 7 iulie 2011, recunoaște dreptul de obiecție pe motive de conștiință la serviciul militar.

¹²⁴ De exemplu, a se vedea hotărârea recentă în cazul *Sindicatul Pastorul Cel Bun v. România*, nr. 2330/09 din 31 ianuarie 2012. Curtea decide, împotriva primei afirmatii a Art. 11-2 că în conformitate cu Articolul 11, Statul poate impune restricții de libertate de uniune numai celor trei grupuri menționate în paragraful 2 din acest prevedere, și anume membri ai forțelor armate, ai poliției sau ai administrației de stat, cu condiția ca aceste restricții să fie legale.

¹²⁵ Modul normal de a introduce noi drepturi, care nu au fost recunoscute în Convenție și nu pot fi deduse din aceasta, este adoptarea de protocoale opționale, cum ar fi cea privind abolirea pedepsei cu moartea.

¹²⁶ Rezoluția P.A.C.E. privind *Accesul la avort sigur și legal în Europa* a recunoscut că: "avortul trebuie, pe cât posibil, să fie evitat".

A. Dreptul la viață implică obligații pozitive și negative ale Statului

În cazul *H. c. Norvegiei*,¹²⁷ care se referea la un avort efectuat împotriva dorinței tatălui, Comisia a declarat "că Articolul 2 cere statului nu numai să se abțină de a lua viața unei persoane în mod intenționat, dar de asemenea, să ia măsurile necesare pentru a proteja viața".¹²⁸ Prin urmare, dreptul la viață implică obligații pozitive și negative ale statului.¹²⁹ În ceea ce privește obligația negativă, statul trebuie întru totul să se abțină de la a lua viața unei persoane în mod intenționat. În același timp, având în vedere obligația pozitivă, statul se bucură de o marjă de apreciere în a determina mijloacele prin care viața celor din jurisdicția sa vor fi protejate. Rolul Curții este de a evalua, conform circumstanțelor fiecărui caz, dacă Statul a luat măsurile necesare pentru a asigura "dreptul tuturor la viață".¹³⁰

B. Atunci când avortul este legal, "cadrul legal trebuie să ia în considerare în mod adecvat diferitele interese legitime implicate"

În cazul în care statul decide să permită avortul, rămâne supus obligației de a proteja și respecta drepturile și interesele concurente. Prin urmare, faptul că un Stat permite o derogare de la un drept nu înseamnă că Statul poate să renunțe la obligațiile sale în conformitate cu Convenția cu privire la acest drept și a altor drepturi afectate de această măsură. "Marja de apreciere nu este nelimitată"¹³¹ "cu privire la modul în care acesta [Statul] echilibrează drepturile conflictuale ale mamei"¹³² cu "protecția copilului nenăscut".¹³³

Curtea a amintit de mai multe ori că dacă și "de îndată ce statul, care acționează în cadrul limitelor sale de apreciere, adoptă reglementări legale care permit avortul în unele situații",¹³⁴ "cadrul legal conceput în acest scop ar trebui să fie formulat într-un mod coerent, care permite diferitelor interese legitime în cauză să fie luate în considerare în mod corespunzător și în conformitate cu obligațiile care decurg din Convenție".¹³⁵ Prin urmare, legalizarea avortului nu scutește statul de la responsabilitatea de a respecta drepturile și interesele fundamentale care sunt protejate de Convenție, și de asemenea, cele care sunt afectate de decizia de a permite avortul. Când avortul este legal, echilibrul corect între reglementarea avortului, în scopul de a asigura viața și sănătatea mamei, și a

¹²⁷ *H. c. Norvegiei*, supra nota 28 la 167.

¹²⁸ Ibid. A se vedea și, de exemplu, *L.C.B. c. Regatului Unit*, Hotărârea din 9 iunie 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III la paragraful 36.

¹²⁹ *H. c. Norvegiei*, supra nota 28; *L.C.B. c. Regatului Unit*, Hotărârea din 9 iunie 1998, la paragraful 36 și *Pretty c. Regatului Unit*, supra nota 12 la paragraful 38.

¹³⁰ Articolul 2 al Convenției.

¹³¹ *A., B. & C. c. Irlandei*, supra nota 5 la paragraful 238.

¹³² Ibid. la paragraful 237.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ A se vedea printre altele, *P. și S. c. Poloniei*, supra nota 62 la paragraful 99.

¹³⁵ *A., B. & C. c. Irlandei*, supra nota 5 la paragraful 249 și *R. R. c. Poloniei*, supra nota 63 la paragraful 187; *P. & S. c. Poloniei*, supra nota 62 la paragraful 99.

celorlalte drepturi și interese concurente, printre care protecția copilului nenăscut, devine principiul de bază care stă la baza raționamentului Curții cu privire la avort .

Curtea, ca și Comisia, a apreciat întotdeauna proporționalitatea avortului, ținând cont de diferitele interese concurente. În cazul *Boso c. Italiei*,¹³⁶ de exemplu, Curtea a evaluat echilibrul "între, pe de o parte, necesitatea de a asigura protecția fătului și, pe de altă parte, interesele femeii"¹³⁷ și a ajuns la concluzia că nu a existat o încălcare a Articolului 2. Așa cum judecătorul Jean-Paul Costa a explicat : "ar fi trebuit să se ajungă la concluzia opusă dacă legislația ar fost diferită și nu ar fi oferit un echilibru just între protecția fătului și interesele mamei. Potențial, prin urmare, Curtea examinează conformitatea cu Articolul 2 în toate cazurile în care 'viața' fătului este terminată".¹³⁸

Similar, în cazul *Haas c. Elveției*,¹³⁹ privind sinuciderea asistată (care este legală în anumite condiții, în Elveția), Curtea a statuat că respectarea dreptului la viață obligă autoritățile naționale să ia măsuri pozitive pentru a proteja persoanele fizice de la luarea unei decizii pripite și de a preveni abuzul sistemului. Curtea a subliniat în special că riscul de abuz inerent într-un sistem care facilitează sinuciderea asistată nu poate fi subestimat, și a concluzionat că restricția privind accesul la sinucidere asistată a fost destinat pentru a proteja sănătatea și siguranța publică și la prevenirea criminalității.¹⁴⁰ Prin urmare, chiar și atunci când sinuciderea asistată este permisă, la fel ca în Elveția, statul trebuie să prevină abuzul de această facilitate, din cauza obligației statului de a proteja viața, în special în ce privește persoanele vulnerabile. Acest lucru ar trebui să se aplice și la avort. Femeile care fac avort sunt în suferință și prin urmare, vulnerabile, mai ales în cazul în care sunt minori, persoane cu dizabilități, au probleme financiare sau caută un avort pentru motive psihologice. Același principiu se aplică atunci când se analizează interesul mamei sub sfera de aplicare a Articolului 8 din Convenție.¹⁴¹

Precum Marea Cameră a reiterat în cazul *Vo c. Franței*: "este de asemenea clar la o examinare a acestor cazuri [a Comisiei și a Curții] că problema a fost determinată întotdeauna prin cântărirea diverselor, și uneori contradictorii, drepturi sau libertăți".¹⁴² Curtea a avut deja ocazia de a identifica un număr de aceste drepturi fundamentale și "interesele legitime implicate"¹⁴³ pe care statul trebuie să le ia în considerare atunci când legitimează accesul la avort .

Aceste drepturi și interese legitime încadrează acțiunile statului în timp ce definesc, în marja sa de apreciere, cadrul legal al avortului. Multe dintre aceste interese, dintre care protecția vieții are prioritate, limitează domeniul de aplicare al derogării și reduc posibilitatea avortului legal în ceea ce

¹³⁶ *Boso c. Italiei*, supra nota 20.

¹³⁷ Ibid: "în opinia Curții, astfel de prevederi [referitoare la avort] dau un echilibru just între, pe de o parte, necesitatea de a asigura o protecție a fătului și, pe de altă parte, interesele femeii".

¹³⁸ Jean-Paul Costa, Opinie separată la cazul *Vo c. Franței*, supra nota 23 la paragraful 13.

¹³⁹ *Haas*, supra nota 72 la paragraful 54;

¹⁴⁰ Ibid la paragraful 58.

¹⁴¹ *A., B. & C.*, supra nota 5 la paragraful 213: "dreptul femeii la respectarea vieții sale private trebuie să fie balansat cu alte drepturi concurente și libertăți invocate inclusiv cele ale fătului". Vezi de asemenea *Hotărârea Tysiac c. Poloniei* la paragraful 106; și *Vo c. Franței*, supra nota 23 la paragraful 76, 80 și 82.

¹⁴² *Vo c. Franței*, supra nota 23 la paragraful 80.

¹⁴³ *A., B. & C.*, supra nota 5 la paragraful 249 și *R.R. c. Poloniei*, supra nota 63 la paragraful 187.

privește cerințele Convenției. De fapt, singura justificare în favoarea asigurării accesului la tratamente care pot duce la avort sunt interesele legate de protecția vieții și sănătății mamei. Celelalte interese concurente și drepturi pledează pentru interzicerea avortului așa cum vom vedea acum. Într-adevăr, este un principiu general de jurisprudență a Curții că un drept fundamental garantat de Convenție (de exemplu, dreptul la viață), nu poate fi subordonat sau pus pe picior de egalitate cu un drept pretins care nu este garantat de Convenție, dar permis numai în ordinea juridică internă (de exemplu, avortul). După cum Curtea a făcut clar faptul că, "în cazul în care sunt impuse restricții pe un drept sau libertate garantate de Convenție, în scopul de a proteja 'drepturi și libertăți' care nu sunt enunțate în aceasta: într-un astfel de caz, doar imperative incontestabile pot justifica interferența față de dreptul protejat de Convenție".¹⁴⁴

C. "Interesele legitime" care limitează domeniul de aplicare a derogării

În jurisprudența sa, Curtea a avut deja ocazia de a identifica un număr de drepturi și interese care justifică sau necesită restricții la practica avortului atunci când avortul este legal. De exemplu, Curtea a recunoscut, în plus față de interesul de a proteja dreptul la viață al copilului nenăscut,¹⁴⁵ interesul legitim al societății în limitarea numărului de avorturi,¹⁴⁶ interesele societății în ceea ce privește protecția standardului moral,¹⁴⁷ drepturile părintești și libertatea și demnitatea femeii.¹⁴⁸ Curtea a recunoscut și interesul tatălui,¹⁴⁹ dreptul la libertatea de conștiință a profesioniștilor din domeniul sănătății¹⁵⁰ și a instituțiilor pe baza convingerilor etice sau religioase,¹⁵¹ și libertatea și demnitatea femeii.¹⁵²

Există unele cazuri în curs de soluționare în fața Curții cu privire la alte drepturi și interese afectate de avort. Acestea includ obligația statului de a informa corect femeile cu privire la riscurile

¹⁴⁴ *Chassagnou și alții c. Franței*[GC], nr 25088/94, 2833/95 și 2844/95, 29 aprilie 1999 la paragraful 113: "în cazul în care sunt impuse restricții asupra dreptului sau a libertății garantate de Convenție, în scopul de a proteja 'drepturi și libertăți' care nu sunt, ca atare, enunțate în aceasta: într-un astfel de caz numai imperative incontestabile pot justifica interferența cu beneficierea de un drept din Convenție".

¹⁴⁵ *H. c. Norvegiei*, supra nota 28, *Boso c. Italiei*, supra nota 20 și *Vo c. Franței*, supra nota 23 la paragraful 86 și 95.

¹⁴⁶ *Odièvre c. Franței* [G.C.], nr. 42326/98, Hotărârea din februarie 2003, paragraful 45.

¹⁴⁷ *Open Door & Dublin Well Woman c. Irlandei*, Hotărârea din 29 octombrie 1992 la paragraful 63, și *A., B. & C.*, supra nota 5 la paragraful 222 și 227.

¹⁴⁸ A se vedea *mutatis mutandis* (*fiind schimbate cele care trebuie schimbate, n.t.*) recunoașterea CEDO a încălcării demnității femeii prin sterilizare forțată.

¹⁴⁹ În *Boso c. Italiei*, supra nota 20 și *X. c. Regatului Unit*, supra nota 41. Curtea a recunoscut că "potențialii tați" au fost victime ale avortului, dar că avortul a fost justificat de indicațiile medicale. A contrariu, testul proporționalității ar fi trebuit să fie diferit în caz de avort la cerere.

¹⁵⁰ *Tysiac c. Poloniei*, nr 5410/03, Hotărârea din 24 septembrie 2007 la paragraful 121 și *R.R. c. Poloniei*, supra nota 63 la paragraful 206.

¹⁵¹ *Rommelfanger v. RFG*, nr. 12242/86, Decizia fostei Comisii din 6 septembrie 1989.

¹⁵² A se vedea *mutatis mutandis* (*fiind schimbate cele care trebuie schimbate, n.t.*) recunoașterea CEDO a încălcării demnității femeilor prin sterilizare forțată.

asociate cu avorturi,¹⁵³ și legătura dintre avort, eugenie și discriminările împotriva persoanelor cu handicap ("naștere greșită" și "cazuri de viață necuvenite").¹⁵⁴ Această listă nu este exhaustivă, dar este în continuă dezvoltare. Un exemplu de astfel de dezvoltare este problema avorturilor înaintate a sarcinii. Aceste avorturi, practicate după primul semestru de sarcină, probabil va ajunge în fața Curții. În Statele Unite ale Americii, Curtea Supremă de Justiție a admis interzicerea avortului parțial la naștere, considerând că chiar și atunci când avortul este legal, nu orice metodă este acceptabilă: "Statul poate utiliza puterea sa de reglementare de a interzice anumite proceduri și de a înlocui altele, toate în sprijinul intereselor sale legitime pe care le are în reglementarea profesiei medicale în scopul de a promova respectul pentru viață, inclusiv viața celor nenăscuți".¹⁵⁵ Întrebarea legată de fetusii umani care sunt născuți vii, supraviețuind pentru câteva minute sau ore avorturilor la faze înaintate a sarcinii, și care nu primesc îngrijire până la moarte, ar putea de asemenea veni în fața Curții sau al Consiliului Europei .

Alte instituții, cum ar fi Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei, au identificat alte drepturi și interese care justifică sau necesită limitări privind accesul la avort, cum ar fi interesul societății de a interzice avortul în funcție de sex,¹⁵⁶ de asemenea numit "gendercide". Națiunile Unite, de mulți ani, și-au exprimat îngrijorarea cu privire la această problemă din motive demografice și discriminatorii. Conferința de la Cairo privind Populația și Dezvoltarea, asociază selecția sexului prenatal cu pruncuciderea femeilor.¹⁵⁷

Avortul forțat a fost identificat ca fiind o crimă împotriva umanității de Procesele de la Nuremberg. Zece lideri naziști au fost inculpați pentru "încurajarea și impunerea avorturilor".¹⁵⁸ Mai recent, Parlamentul European a adoptat o rezoluție care "condamnă practica avorturilor forțate și sterilizarea la nivel global, în special în contextul politicii un-singur-copil".¹⁵⁹ Avortul forțat sau obligat este de asemenea imposibil de justificat în temeiul Convenției și acest lucru este în mod clar o încălcare a ambelor drepturi, a mamei și a copilului. Potrivit Institutului Guttmacher,¹⁶⁰ 75% dintre femeile care

¹⁵³ *Cosma v. România*, nr. 8759/05, 15 ianuarie 2013.

¹⁵⁴ *K. v. Latvia*, nr. 33011/08, în derulare; *M. P. v. România*, nr. 39974/10, în derulare.

¹⁵⁵ *Gonzales, Procurorul General c. Carhart et al.* nr. 05-380, 18 aprilie 2007.

¹⁵⁶ La data de 3 octombrie 2011, Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei a adoptat Rezoluția 1829 (2011) și Recomandarea 1979 (2011) cu privire la avortul selectiv în funcție de sex, admitând că avortul are efecte negative asupra societății și, prin urmare, avortul nu poate fi decât limitat, și în cazul în care este legal, trebuie să fie reglementat.

¹⁵⁷ 1994 Conferința de la Cairo asupra populației și dezvoltării : "4.16: Obiectivele sunt: Pentru a elimina toate formele de discriminare împotriva fetelor și cauzele originare ale preferinței pentru baieti, ceea ce duce la practici dăunătoare și lipsite de etică în ceea ce privește pruncuciderea de gen feminin și selectarea prenatală a sexului". A se vedea și *Missing*, o broșură de la UNFPA, 2005 < <http://india.unfpa.org/drive/MissingBookletEnglish.pdf> > (accesat ultima dată: 10 mai 2013) și *Preventing gender-biased sex selection, An interagency statement O.H.C.H.R., U.N.F.P.A., U.N.I.C.E.F., U.N. Women and W.H.O.*, 2011

http://www.who.int/reproductivehealth/publications/gender_rights/9789241501460/en/index.html (accesat ultima dată: 10 Mai 2013) .

¹⁵⁸ J. Hunt, St Joseph University, Philadelphia, "*Abortion and the Nuremberg Prosecutors, a Deeper Analysis*" la: <<http://www.uffl.org/vol%207/hunt7.pdf> > (accesat ultima dată: 10 Mai 2013). Autorul susține că în procesul de la Nuremberg, avortul în sine este considerat o crimă împotriva umanității .

¹⁵⁹ Parlamentul European, Rezoluția 2012/2712 (RSP) din 5 iulie 2012 referitoare la scandalul avorturilor forțate din China.

¹⁶⁰ <http://www.guttmacher.org/pubs/fb_induced_abortion.html > (accesat ultima dată : 10 Mai 2013).

sunt în curs să facă un avort spun că nu își pot permite un copil, 75% spun că a avea un copil ar interfera cu locul de muncă, școală sau capacitatea de a avea grijă de întreținere, și 50% spun că nu doresc să fie un singur părinte sau au probleme cu soțul sau partenerul lor. Toate acele motive invocate de femei arată că alegerea lor nu este gratuită, ci că de fapt sunt sub constrângere socială. Potrivit Conferinței Internaționale pentru Planul de Acțiune pentru Populație și Dezvoltare, "scopul programelor de planificare familială trebuie să fie de a permite cuplurilor și persoanelor de a lua decizii libere, responsabile și în cunoștință de cauză cu privire la fertilitate".¹⁶¹ În multe cazuri, acordul mamei este departe de a fi dat în mod liber. Prin urmare, aceste situații sunt uneori comparabile cu avortul forțat.

Pentru aceste motive, Curtea ar putea găsi o încălcare a Convenției în cazul în care cadrul legal referitor la avort nu permite diferitelor interese legitime implicate să fie luate în considerare în mod corespunzător și în conformitate cu obligațiile care decurg din Convenție.¹⁶² Aceste încălcări nu numai că se adresează legislației care nu se opune sau nu previne practici extreme, cum ar fi avortul selectiv în funcție de sex sau avortul forțat, dar de asemenea, legislației care permite avortul fără motive "proporționale". În această privință, cauzele avortului, în special, cauzele sale sociale, ar trebui să fie văzute în lumina obligației Statului de a proteja viața, familia și demnitatea umană și de a adopta măsuri pozitive pentru sprijinirea acestora.

D. "Interesele legitime" care justifică derogarea

Jurisprudența recentă a Curții sugerează că, atunci când avortul este legal, ar trebui considerat atât ca un "drept subiectiv de acces la avort legal"¹⁶³, dar și ca o practică medicală. Așa cum am explicat anterior, un astfel de "drept" nu este un drept convențional autonom, ci un drept condiționat care vine numai din ordinea juridică națională. De asemenea, este bine stabilit faptul că Convenția nu garantează persoanelor dreptul de a avea acces la o anumită practică medicală.¹⁶⁴ În realitate, este clar că avortul nu este nici un drept subiectiv, așa cum am văzut mai sus, nici o practică medicală reală, dacă nu are un scop "terapeutic" necesar pentru a menține **viața** mamei. Numai în acest caz specific un pacient poate aplica pentru întreruperea sarcinii în temeiul Convenției.

Când continuarea sarcinii pune viața mamei în pericol, este posibilă echilibrarea intereselor. Din fericire, astfel de cazuri apar foarte rar. În ceea ce privește avortul practicat în scopul de a salva viața mamei, trebuie să fie înțeles faptul că această problemă nu este direct legată de problema existenței unui "drept" de a avorta. Interzicerea avortului nu este un obstacol pentru asigurarea tratamentelor

¹⁶¹ A se vedea Rezoluția Parlamentului European din 5 iulie 2012 referitoare la scandalul avorturilor forțate din China (2012/2712 (RSP)).

¹⁶² *A., B. & C. c. Irlandei*, supra nota 5 la paragraful 249 și *R. R. c. Poloniei*, supra nota 63 la paragraful 187, *P. & S. c. Poloniei*, supra nota 62 la paragraful 99.

¹⁶³ *Ibid.* la paragraful 99: "În particular, Statul are obligația pozitivă de a crea un cadru procedural care să permită unei femei gravide să-și exercite în mod efectiv dreptul de acces la avort legal". A se vedea și *Tysiac c. Poloniei*, supra nota 150 la paragraful 116-124, *R. R. c. Poloniei*, supra nota 63 la paragraful 200.

¹⁶⁴ *Tysiac c. Poloniei*, supra nota 150, *Cipru v. Turcia*, [GC], nr. 25781/94; *Nikky Sentges v. Olanda* nr. 27677/02.

medicale necesare care ar trebui să fie efectuate pentru a salva viața unei femei gravide, chiar în cazul în care rezultatele tratamentului duc astfel la pierderea vieții copilului ei nenăscut, adică în întreruperea neintenționată a sarcinii.¹⁶⁵ Un grup de 140 de ginecologi și medici au subliniat acest lucru într-o declarație comună privind asistența medicală maternală în Dublin, Irlanda.¹⁶⁶ Același lucru poate fi spus despre interzicerea eutanasiei și a tratamentelor medicale care poate avea efectul neintenționat, dar de așteptat, de scurtare a duratei de viață a pacientului (doctrina dublului efect). Dreptul femeii care este urmărit printr-o asemenea întrerupere de sarcina nu este un drept la avort, ci dreptul ei la viață.¹⁶⁷

Comisia a observat că "deja la momentul semnării Convenției (4 Noiembrie 1950), toate Înaltele Părți Contractante, cu o posibilă excepție, permiteau avortul atunci când este necesar pentru a salva viața mamei".¹⁶⁸ Prin urmare, această problemă nu a fost niciodată o chestiune de dezbatere publică și etică în temeiul Convenției. În ceea ce privește alte probleme medicale, Curtea a statuat că o problemă ar putea apărea în temeiul Articolului 2 din Convenție unde ar putea fi demonstrat că autoritățile riscă viața individului prin refuzul de îngrijire a sănătății sale, îngrijire care este la dispoziția populației în general.¹⁶⁹ Același principiu se aplică avortului atunci când viața femeii este în pericol.

Dimpotrivă, sănătatea fizică sau psihică a mamei nu poate prevala, atunci când viața copilului este în joc și acest lucru este din următoarele motive:

- Dreptul la viață este un drept absolut și inalienabil, este la baza drepturilor omului, și așa cum am văzut mai sus, Curtea nu a negat niciodată calitatea de "Persoană" a copilului nenăscut, și prin urmare nu a exclus copilul nenăscut din domeniul de aplicare a Convenției. Afirmăție frecventă că dreptul relativ la sănătate (a mamei) depășește dreptul absolut la viață (a copilului nenăscut) implică faptul că un copil nenăscut nu este considerat o persoană, că el/ea este ontologic diferit și inferior mamei lui/ei.

- Dreptul la sănătate este un obiectiv numai, care nu este menționat în Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Tratatul internațional doar "recunosc dreptul tuturor de a se bucura de cel mai înalt standard de sănătate fizică și mintală"¹⁷⁰ și încurajează Statele membre să ia măsuri

¹⁶⁵ *A., B. & C. c. Irlandei*, supra nota 5 la paragraful 238: "interzicerea avortului în scopul de a proteja viața copilului nenăscut nu este justificată în mod automat în temeiul Convenției în baza unui respect total pentru protecția vieții prenatale sau în baza faptului că dreptul mamei gravide la respectarea vieții sale private este de o statură mai mică". A contrario, această frază înseamnă că "în principiu" o interdicție a avortului pentru a proteja viața copilului nenăscut este justificată în conformitate cu Convenția.

¹⁶⁶ Vezi *Irish Times*, 10 septembrie 2012, "Forumul de la Dublin privind sănătatea maternă":

<http://www.irishtimes.com/news/forum-in-dublin-on-maternal-health-1.527381>, (accesat ultima dată în 10 mai 2013). "Ca și practicieni cu experiență și cercetători în Obstetrică și Ginecologie, afirmăm că avortul direct nu este necesar medical pentru a salva viața unei femei. Noi susținem că există o diferență fundamentală între avort, și tratamentele medicale necesare care sunt urmate pentru a salva viața mamei, chiar dacă astfel de tratamente duc la pierderea vieții copilului ei nenăscut. Confirmăm că interzicerea avortului nu afectează, în nici un fel, disponibilitatea unei îngrijiri optime pentru femeile gravide".

¹⁶⁷ *A., B. & C. c. Irlandei*, supra nota 5 la paragraful 245.

¹⁶⁸ *X. c. Regatului Unit*, supra nota 41 la paragraful 20.

¹⁶⁹ *Nitecki c. Poloniei*, nr. 65653/01, 21 martie 2002 (decizie de inadmisibilitate).

¹⁷⁰ Art. 12 din Convenția Internațională privind Drepturile Economice, Sociale și Culturale din 1966.

pentru a atinge acest obiectiv. În jurisprudența Curții, de protecția “sănătății” intră în sfera de aplicare a Articolului 8 al Convenției, asigurarea dreptului pentru respectul vieții private. Ea nu constituie un drept autonom care decurge din Convenție. Nu există nici un “drept la sănătate” general în conformitate cu Convenția, poate exista un astfel de drept, de exemplu pentru o femeie gravidă, doar dacă starea ei de sănătate este pusă în pericol în mod concret de interzicerea avortului de o lege domestic (internă unui Stat).¹⁷¹ Această interdicție nu este în sine în contradicție cu Convenția, dar trebuie să fie o măsură proporțională. Proporționalitatea acestei interdicții este evaluată în funcție de circumstanțele cazului - și anume situația medicală a mamei și dacă statul a avut alte modalități prin care să urmărească scopul legitim urmărit de interzicerea avortului.

Este de remarcat faptul că noțiunea de “bunăstare” introdusă în cazul *A.B.&C. c. Irlandei* nu a fost încă definită de către Curte. Mai mult decât atât, Convenția nu poate crea un “drept la bunăstare” deoarece această noțiune este foarte subiectivă. Curtea însăși a declarat că “percepția subiectivă a reclamantului nu este suficientă în sine pentru a stabili o încălcare a Convenției”¹⁷².

O dificultate care apare în aceste cazuri este de a evalua dacă amenințarea sănătății mamei este severă sau nu, iar dacă avortul este o cerere de conveniență.¹⁷³ Sănătatea mintală poate fi folosită ca o modalitate simplă de a descrie inconvenientul unei sarcini neașteptate și amenințarea cu sinuciderea poate fi abuzată. Promotorii avortului insistă asupra faptului că avortul este necesar pentru a proteja sănătatea femeilor și că multe femei mor din cauza avorturilor ilegale. Este adevărat că mortalitatea maternă este mare în Africa, unde avortul este, de obicei, ilegal sau strict limitat. Totuși, această mortalitate maternă nu este limitată la avort, ci include avorturi spontane și nașteri, și este legată în general de calitatea săracă a serviciilor de sănătate. În America Latină, situația juridică a avortului este comparabilă cu cea din Africa, dar serviciile de sănătate materne sunt de o calitate mai bună. În Europa, Irlanda deține unul dintre cele mai bune recorduri din lume privind sănătatea maternă (numărul 1 în 2005, numărul 3 în 2008),¹⁷⁴ precum și Polonia (numărul 4 în 2005 și numărul 10 în 2010).¹⁷⁵

La celălalt capăt al scării, o țară modernă, cum ar fi Letonia (numărul 46 în 2005)¹⁷⁶ cu legi liberale cu privire la avort are o rată a mortalității materne de cinci ori mai mare decât Irlanda. Statele Unite ale Americii a fost numărul 35 în 2012. Această informație este de o importanță primară. Aceasta arată că, cel puțin în Europa, nu există nicio legătură între avorturile ilegale și ratele ridicate ale mortalității materne. Aceasta contrazice afirmația promotorilor unui “drept” la avort, care susțin că

¹⁷¹ *A., B. & C. c. Irlandei*, supra nota 5 la paragraful 214, P. și S. c. *Poloniei*, supra nota 62 la paragraful 96.

¹⁷² *Lautsi și alții c. Italiei*, [GC] nr. 30814/06, Hotărârea din 18 martie 2011, la paragraful 66.

¹⁷³ În cazul *A., B. & C.*, una dintre femeile a spus că a fost diagnosticată cu cancer în timpul sarcinii și a trebuit să avorteze, în scopul de a începe tratamentul. Cu toate acestea, ea nu a dat nici o dovadă de starea ei de sănătate, nici măcar un certificat medical.

¹⁷⁴ Vezi < http://www.unicef.org/infobycountry/ireland_statistics.html > (accesat ultima dată: 10 Mai 2013).

¹⁷⁵ Vezi *Tendințe în mortalitatea maternă: 1990-2010*. Estimări Dezvoltate de W.H.O., U.N.I.C.E.F., U.N.F.P.A. și Banca Mondială < <http://data.worldbank.org/indicator/SH.STA.MMRT> > (accesat ultima dată: 10 mai 2013).

¹⁷⁶ Ibid.

restricțiile privind avortul la cerere duc la mortalitate maternă.¹⁷⁷ Ei susțin că “dreptul la avort ar trebui să fie extins pentru a include avortul la cerere sau din motive socio-economice, și că în caz de refuz ar putea afecta în mod semnificativ sănătatea fizică sau psihică a femeilor”.¹⁷⁸

Afirmând că avortul ar trebui să fie legalizat deoarece ilegalitatea avortului poate duce la avorturi nesigure este un argument slab atunci când este confruntat cu cifrele mortalității materne. Se reduce la alegerea celui mai mic dintre două rele. Acest argument este de asemenea utilizat în favoarea legalizării drogurilor și prostituției. El poate fi rezumat după cum urmează: noi recunoaștem că drogurile și prostituția sunt rele, dar oamenii vor folosi întotdeauna drogurile sau prostituția, prin urmare, “legile restrictive pot forța pe oameni să caute căi ilegale, și prin urmare, nesigure [de a folosi droguri sau prostituție] care pot amenința viața lor”.¹⁷⁹ Astfel, în conformitate cu obligația lor de a proteja viețile oamenilor, Statele ar trebui să legalizeze drogurile și prostituția și să permită un drept efectiv de acces la droguri legale și prostituție, care va include o obligație pozitivă a statului de a le furniza. Cu toate acestea, nimeni nu ar sugera că accesul legal la sex sau droguri în condiții de siguranță este un drept al omului, chiar dacă această practică intră în domeniul de aplicare al vieții private și pune în pericol viața individuală sau sănătatea și bunăstarea .

E. Obligațiile procedurale ale statului

În *A.B. & C. c. Irlandei* (precum și, mutatis mutandis, în *Tysiac*,¹⁸⁰ *R.R. si P.&S. c. Poloniei*,¹⁸¹ cazuri privind articolele 3 și 8 din Convenție), Curtea a constatat o încălcarea a dreptului la respectarea vieții private a celui de-al treilea solicitant¹⁸² deoarece ea nu a putut avea acces la o procedură eficientă pentru a stabili dacă ea a împlinit condițiile stabilite de Articolul 40.3.3 din Constituție,¹⁸³ care permite

¹⁷⁷ Strategia celor care promovează dreptul la avort la cerere este să afirme că restricțiile la avort la cerere duc la mortalitate maternă. Vezi Zampas & Gher, supra nota 8 la 255: "recunoașterea de către organismele care monitorizează tratatele ca legile restrictive referitoare la avort pot obliga femeile să caute avort ilegal, și prin urmare nesigur, care amenință viața lor, pot fi utilizate de către susținătorii pro-avort pentru a susține avortul la cerere sau din motive socio-economice". A se vedea și R. Sifris, "Reglementarea restrictivă a avortului și a dreptului la sănătate", (2010) 18 (2) Med Law Rev, 185-212 . A se vedea și R. Yoshida, "Legea restrictivă a avortului din Irlanda : o amenințare pentru sănătatea și drepturile femeilor?" (2011) 6 (4) Clin Ethics, 172-178 .

¹⁷⁸ Zampas & Gher, supra nota 8 la 269 .

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ *Tysiac c. Poloniei*, supra nota 150 .

¹⁸¹ *P. și S. c. Poloniei*, supra nota 62.

¹⁸² Solicitantul C. a afirmat (fără nici o dovadă medicală prezentată Curții) că a avut o formă rară de cancer și, descoperind că este însărcinată, s-a temut pentru viața ei deoarece credea că sarcina ei a crescut riscul cancerului să se întoarcă. Ea nu a putut obține tratament în Irlanda în timpul sarcinii, fără a indica ce fel de cancer a avut și fără a aduce nici un certificat medical care să dovedească că a consultat un doctor. În fața Curții ea s-a plâns de eșecul statului irlandez de a implementa Articolul 40.3.3 din Constituție prin legislație și în special, să introducă o procedură prin care ea ar fi putut să stabilească dacă s-ar califica pentru un avort legal în Irlanda pe motive de risc pentru viața ei din cauza sarcinii (alin. 243).

¹⁸³ *Bunreacht na hÉireann*.

avortul pe baza unui "risc real și substanțial"¹⁸⁴ pentru viața unei femei. Curtea a concluzionat că reclamantul s-a aflat într-o "situație juridică incertă"¹⁸⁵ care a însemnat o încălcare a dreptului său la respectarea vieții sale private. Această hotărâre cerea ca Guvernul irlandez să adopte măsuri astfel încât solicitantul C, sau orice altă femeie în aceeași situație, să fie în măsură să știe dacă situația sa medicală ar necesita întreruperea sarcinii ei, deoarece sarcina ei constituia un risc pentru viața ei.¹⁸⁶ Rezumând, Curtea a constatat că cadrul legal național nu a fost conturat într-o manieră care să clarifice situația juridică a femeii gravide.¹⁸⁷ Prin urmare, după parerea Curții, încălcarea dreptului la viața privată a reclamanților nu este cauzată de decizia Statului de a interzice sau de a limita strict avortul, ci de faptul că legislația pune femeile care au în vedere un avort într-o situație excesiv de incertă. Pentru Curte, respectarea vieții private presupune obligația statului de a clarifica situația juridică a femeii gravide.

În plus, atunci când se stabilește că femeia gravidă îndeplinește condițiile legale care permit accesul la avort, Curtea a decis că statul "nu trebuie să structureze cadrul juridic într-un mod care ar limita posibilitățile reale de a obține un avort".¹⁸⁸ Acesta trebuie să permită "unei femei însărcinate să-și exercite în mod efectiv dreptul de acces la avort legal".¹⁸⁹ În cele din urmă, obligațiile Statului sunt astfel mai mult procedurale cu privire la un avort legal efectuat pentru a salva viața sau pentru conservarea stării de sănătate a unei femei gravide. Determinarea pragului de pericol pentru viața sau sănătatea femeii care justifică/cere un astfel de avort îi aparține Statului.

În *A.B.&C. c. Irlandei*, Marea Cameră a reiterat jurisprudența sa bine stabilită, precizând că "nu este pentru această Curte să indice cele mai adecvate mijloace prin care Statul să se conformeze obligațiilor sale pozitive".¹⁹⁰ De aceea, Guvernul este cel care trebuie să determine măsurile cele mai potrivite de adoptat, în scopul de a preveni încălcări similare ale Convenției în viitor. Aceasta este o consecință de natură **secundară** a sistemului Convenției.¹⁹¹ Sarcina guvernului irlandez este de a lua în

¹⁸⁴ *Procurorul General v. X.*, [1992] I.E.S.C. 1; [1992] 1 I. R. 1.

¹⁸⁵ *A., B. & C. c. Irlandei*, supra nota 5 la paragraful 279.

¹⁸⁶ Decizia luată de către autoritățile naționale în legătură cu întrebarea dacă situația medicală a solicitantului C ar necesita sau nu întreruperea sarcinii nu a prevăzut în nici un caz pentru protecția dreptului la viață a solicitantului C. Cu alte cuvinte, această hotărâre nu impune Irlandei să se asigure că avortul ar fi disponibil pentru solicitantul C, ci să clarifice normele sale într-un sens sau altul, în vederea respectării interesului concurrent a femeii gravide ca să știe unde se află [din punct de vedere legal].

¹⁸⁷ Potrivit Curții, garanțiile procedurale pentru cazurile în care un dezacord cu privire dacă condițiile prealabile pentru un avort legal sunt îndeplinite într-un anumit caz ar fi următoarele: în primul rând, acestea ar trebui să aibă loc înaintea unui organism independent competent pentru a examina motivele pentru măsuri și pentru a examina dovezile pertinente și de a emite motive scrise pentru decizia sa; în al doilea rând, femeia însărcinată trebuie să fie audiată în persoană și opinia ei să fie luată în considerare; în al treilea rând, deciziile ar trebui să fie în timp util; și în al patrulea rând, întreaga procedură de luare a deciziilor ar trebui să fie echitabilă și să permită respectarea diferitelor interese protejate de aceasta.

¹⁸⁸ *P. și S. c. Poloniei*, supra nota 62 la paragraful 99; a se vedea și *Tysiac c. Poloniei*, supra nota 150 și R.R. c. Poloniei, supra nota 63.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ *A. B. & C. c. Irlandei*, supra nota 5 la paragraful 266; a se vedea și referințele anterioare date de Curte.

¹⁹¹ Este adevărat că în hotărârea *A., B. & C.*, Curtea a mers foarte mult în detaliile dreptului irlandez în timp ce identifica unele puncte problematice cu privire la eficiența procedurilor existente (Paras 252-264), dar aceste considerații nu sunt obligatorii: ele au doar un scop informativ și explicativ. Curtea explică motivele hotărârii sale.

considerare în care circumstanțe există un "risc real și substanțial pentru viața mamei"¹⁹² și să se ofere o "procedură accesibilă și eficientă" prin care o femeie însărcinată poate stabili dacă îndeplinește sau nu condițiile pentru un avort legal în conformitate cu articolul 40.3.3 din Constituție, și anume dacă riscul pentru viața ei este real și dacă face avortul necesar.¹⁹³ În limbajul Curții, "procedurile instituționale și procedurale" nu înseamnă legislație sau reglementări. Adevărata cerință este că această procedură nu trebuie să fie prea complexă în concreto. În cadrul sistemului Convenției,¹⁹⁴ fiecare Stat individual trebuie să își determine cel mai adecvat remediu, ținând cont, în domeniul asistenței medicale, că un echilibru trebuie de asemenea să existe între interesele concurente ale individului și a comunității ca un întreg, și că marja de apreciere este mare atunci când "problema implică o evaluare a priorităților în contextul alocării resurselor limitate ale Statului".¹⁹⁵

La prima vedere, această abordare procedurală obligă Irlanda și Polonia numai să clarifice condițiile concrete de acces la avort; în practică, cu toate acestea, ea merge dincolo de această obligație. Pentru a executa hotărârile, precum Curtea recomandă¹⁹⁶ (o recomandare care nu este obligatorie), Irlanda¹⁹⁷ și Polonia vor institui un mecanism de luare a deciziilor la care femeile care doresc să facă un avort vor putea să adreseze cererile lor. Polonia, pentru a implementa decizia *Tysiack v. Poland*, a stabilit un comitet de experți responsabil de a decide de la caz la caz, dacă sunt îndeplinite condițiile de acces la un avort. Acest comitet va interpreta în mod necesar aceste condiții. Componenta acestui comitet este decisivă și este dezbătută în cadrul Consiliului Europei: promotorii pro-avort¹⁹⁸ ar dori să reducă numărul de medici din astfel de comisii în favoarea altor profesii și categorii (avocați, reprezentanți ai ONG-urilor, etc). Această cerere a fost susținută de către Raportorul special al ONU pentru dreptul la sănătate, care

Prin indicarea acestor motive, Curtea face și câteva sugestii, dar Irlanda nu trebuie să răspundă la fiecare dintre aceste puncte.

¹⁹² *A., B. & C. c. Irlandei*, supra nota 5 la paragraful 64.

¹⁹³ *Ibid.* la paragraful 267.

¹⁹⁴ Curtea poate evalua, după epuizarea căilor naționale interne de către reclamantul, de la caz la caz, și să decidă printr-o hotărâre cu caracter obligatoriu, dacă într-o situație specifică a existat o încălcare a drepturilor individuale garantate de Convenție. Nu aparține Curții să indice care măsuri generale un Stat trebuie să le adopte în scopul de a preveni încălcări similare ale Convenției în viitor. Curtea indică doar de ce un anumit drept al omului a fost încălcat și Statul împotriva căruia Curtea a dat o hotărâre rămâne liber să aleagă mijloacele pe care le consideră necesare pentru a asigura punerea în aplicare a drepturilor prevăzute de Convenție de a se conforma hotărârii. În mod similar, în urma supravegherii procesului de executare, este de atribuția Comitetului de Miniștri să decidă dacă măsurile adoptate pot fi considerate ca satisfăcătoare, dar nu pentru a indica ce măsuri generale Statul ar fi trebuit să adopte.

¹⁹⁵ *Vezi Zehnalová și Zehnal v. Republica Cehă*, nr. 38621/97, (Dec.) 14 mai 2002; *O'Reilly și alții c. Irlandei* (Dec.), nr. 54725/00; *Sentges v. Olanda*, nr. 27677/02, (Dec.) 08 iulie 2003.

¹⁹⁶ *R. R. c. Poloniei*, supra nota 63 la paragraful 191: "Curtea deja a statuat că în contextul accesului la avort procedura relevantă ar trebui să garanteze pentru o femeie gravidă cel puțin posibilitatea de a fi audiată în persoană și să aibă punctul de vedere luat în considerare. Organismul sau persoana competentă ar trebui să emită și în scris motivația pentru decizia sa".

¹⁹⁷ A se vedea Raportul grupului oficial de experți instituit de guvernul irlandez pentru a propune modalități de executarea a hotărârii, publicat în noiembrie 2012 la:

http://www.dohc.ie/publications/pdf/Judgment_ABC.pdf?direct=1 (accesat ultima dată: 10 Mai 2013).

¹⁹⁸ A se vedea comunicarea Centrului pentru drepturile de reproducere către Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei și răspunsul Guvernului polonez DH-DD (2010) 610E (accesat ultima dată: 10 Mai 2013).

afirmă că "o comisie compusă exclusiv din profesioniști în domeniul sănătății reprezintă un defect structural, care este în detrimentul imparțialității".¹⁹⁹

Această problemă este importantă, deoarece medicii au o abordare științifică, obiectivă și concretă a cauzelor care justifică un posibil avort. Prin contrast, avocații și organizațiile politice văd avortul sub unghiul abstract al libertății individuale. Ceea ce este în joc în dezbateră privind componența acestor comisii este definirea naturii avortului; pe o parte, este văzut dintr-un punct de vedere medical și concret, și pe de altă parte, din punct de vedere abstract și ca o libertate individuală. În cazul în care avortul este o libertate, exercitarea acesteia se ciocnește în mod inevitabil cu evaluarea medicilor, care este percepută ca o interferență nelegitimă. Această confruntare este mai puternică atunci când doctorii invocă libertatea lor de conștiință de a refuza efectuarea un avort.

Deciziile acestui comitet ar trebui să fie în timp util, motivate și în scris, pentru a putea fi contestate în sistemul judiciar. Astfel, decizia finală de a autoriza avortul nu va mai aparține medicilor sau chiar comitetului de experți, ci va aparține judecătorului care va interpreta în cele din urmă criteriile pentru accesul la avort. În prezent, nici o procedură nu a fost propusă pentru a contesta în instanțele de judecată o decizie de autorizare a avortului. În practică, doar o decizie de refuz poate merge în fața instanțelor judecătorești. Următoarele întrebări rămân fără răspuns: va avea fătul un "avocat" care să-l/o apere în acest comitet? Vor fi furnizate garanții împotriva interpretărilor abuzive de către acest comitet a condițiilor legale de acces la avort? În acest context, este important să se aibă în vedere faptul că presiunea de a liberaliza avortul este foarte puternică, mai ales din partea instituțiilor europene²⁰⁰ și internaționale.²⁰¹

Astfel, puterea finală de interpretare a condițiilor de acces la avort vor fi transferate în puterea judecătorească și în cele din urmă la Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Cu un astfel de mecanism, Curtea Europeană va fi în curând chemată să decidă cu privire la motivele pentru deciziile de refuz ale acestor comitete. Acest lucru ar putea însemna o nouă posibilitate de a avansa "dreptul la avort". Această abordare procedurală permite, în cele din urmă, eliminarea controlului avortului și de la legiuitor, și de la medici. Se ajunge la acest rezultat chiar în timp ce se recunoaște absența unui drept la avort în temeiul Convenției, și fără a fi necesar ca Tribunalul să comenteze cu privire la interdicția în principiu a avortului în legislația irlandeză. În scopul de a impune această obligație procedurală, este suficient să se afirme, pornind de la o excepție de la interdicție pe motiv de pericol pentru viața mamei,

¹⁹⁹ A se vedea *Raportul privind Polonia a Raportorului Special cu privire la dreptul fiecăruia de a se bucura de cel mai înalt standard posibil de sănătate fizică și mentală*, M. Anand Grover, 20 mai 2010, Human Rights Council, documentul nr A/HRC/14/20/Add.3).

²⁰⁰ În timpul reuniunii din 6 Decembrie 2012, delegații Comitetului de Miniștri au invitat Irlanda să răspundă la problema "interdicția generală a avortului în dreptul penal", deoarece constituie "un factor semnificativ de inhibare pentru femei și medici din cauza riscului de condamnare penală și închisoare", invitând "autoritățile irlandeze pentru a accelera punerea în aplicare a hotărârii ... cât mai curând posibil". Întâlnirea 1157DH a Delegaților Miniștrilor din 4 decembrie 2012, Decizie privind executarea hotărârii *A., B. & C. c. Irlandei*.

²⁰¹ A se vedea *Raportul Comisarului pentru Drepturile Omului* de la vizita sa în Irlanda (26-30 noiembrie 2007), adoptat la 30 aprilie 2008 (CommDH(2008)9), Raportul Comitetului pentru eliminarea discriminării împotriva femeilor (C.E.D.A.W.), a Oficiului Înalțului Comisar pentru Drepturile Omului iulie 2005 (A/60/38(SUPP)), Raportul Periodic al Comisiei pentru Drepturile Omului cu privire la respectarea Pactului ONU cu privire la drepturile civile și politice (CCPR/C/IRL/CO/3, la 30 iulie 2008).

că există un "drept" la avort și că acest "drept" cade sub incidența domeniului de aplicare a Articolului 8 din Convenție .

VI - Avortul la cerere: un "unghi mort" în jurisprudența Curții și o încălcare a Convenției

Este incontestabil²⁰² că nu există nici un drept direct, indirect sau implicat la avort din motive socio-economice, sau la cerere, în orice tratat internațional sau regional, inclusiv al Convenției. Astfel de avorturi sunt ilegale în trei sferturi din țările lumii.²⁰³ Mai mult decât atât, argumente juridice care sprijinesc convenționalitatea practicii "avortului la cerere" sunt foarte slabe, de fapt, ele nu pot rezista unei analize stricte și coerente.

A. Avortul la cerere rămâne o pată oarbă în jurisprudența Curții

Curtea nu a avut încă curajul de a determina dacă practica avortului la cerere încalcă Convenția. Curtea a răspuns la o parte a problemei judecând că interzicerea avortului la cerere nu încalcă Convenția,²⁰⁴ dar nu a încercat să răspundă la cealaltă parte a întrebării: dacă practica avortului la cerere încalcă Convenția sau nu. Prin urmare, avortul la cerere rămâne în continuare o pată oarbă, un unghi mort, în jurisprudența Curții. Totuși, nu este dificil de dedus modul în care jurisprudența în vigoare a Curții ar trebui să se aplice la aceasta, în cazul în care Curtea ar fi coerentă în jurisprudența sa .

²⁰² Chiar și consilierii juridici de la *Centrul pentru drepturile de reproducere* sunt de acord cu această afirmație. Vezi Zampas & Gher, supra nota 8: "nici un tratat internațional sau regional nu recunoaște explicit dreptul femeilor la avort din motive socio-economice sau la cerere și nici un organism de monitorizare a unui tratat nu a interpretat vre-o prevedere din tratat de a solicita ca atare"(p. 287) "și nici nu au solicitat în mod explicit pentru legalizarea avortului pe baza acestor motive" (p. 255).

²⁰³ Vezi *L'avortement dans le monde*, I.N.E.D.

<www.ined.fr/fr/tout_savoir_population/fiches_pedagogiques/naissances_natalite/avortement_monde/>

(Accesat ultima dată: 10 Mai 2013).

²⁰⁴ Vezi *Maria do Céu Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portugaliei*, nr. 16471/02, 26 octombrie 2004. A se vedea și *A. B., & C. c. Irlandei*, supra nota 5, caz în care Marea Cameră nu a constatat nici o încălcare a Articolului 8 în cazul primilor doi aplicanți care au reclamat interzicerea avortului la cerere. Vezi Wicks, supra nota 65 la 565.

Curtea nu a examinat încă concret compatibilitatea avortului la cerere cu Convenția, pentru că până acum, toate aceste cazuri au fost introduse sub pretextul²⁰⁵ unei situații extreme, cum ar fi avorturi terapeutice sau eugenice²⁰⁶ sau avorturi în urma unui viol.²⁰⁷ Mai mult decât atât, toate cererile depuse de oponenții legalizării avortului au fost considerate inadmisibile pentru lipsa calității procesuale active (*locus standi*), pentru că ei nu au fost personal victime ale legalizării avortului.²⁰⁸ Dar cine poate pretinde în fața Curții că este o victimă a unui avort la cerere? Victimele reale nu au avut nici o șansă să obțină personalitate juridică.

Singurul solicitant recunoscut ca o victimă a unui avort de către Curte este tatăl: "că un potențial tată ... ar putea pretinde a fi o victimă".²⁰⁹ Cu toate acestea, în două cazuri acceptate de Curte, avorturile erau justificate de o "indicație medicală"²¹⁰ și nu au fost la cerere. Deoarece avorturile au fost necesare pentru sănătatea mamelor, balanța cu interesele taților lor a fost considerată acceptabilă de către Curte. Poate Curtea într-o zi va lua în considerare un caz adus de către un "potențial tată" împotriva deciziei partenerului său de a face un avort la cerere. Într-adevăr, pentru că tatăl poate contesta înaintea E.C.H.R. modul în care se face avort, el ar trebui să fie de asemenea îndreptățit să conteste decizia femeii de a avorta la cerere copilul lor. Foarte recent, în cazul *P. și S. c. Poloniei*, Curtea a recunoscut de asemenea că mama femeii însărcinate a avut calitate procesuală activă (*locus standi*) în acest caz.²¹¹

B. Avortul la cerere nu are nici o justificare în temeiul Convenției

Pentru ca Curtea să analizeze convenționalitatea practicii avortului, cazul ar trebui să aibă, cel puțin aparent, un motiv obiectiv care să depășească interesele în favoarea protecției vieții copilului nenăscut. Examinând jurisprudența ei, se pare că Curtea nu a recunoscut niciodată că autonomia femeii ar putea, pe cont propriu, să fie suficientă pentru a justifica un avort. Într-adevăr, este dificil să se

²⁰⁵ Starea de fapt în fiecare dintre aceste cazuri nu a fost în mod clar stabilită sau dovedită de către aplicanți. În *A., B. & C. c. Irlandei*, solicitantul C nu a prezentat nici un certificat medical, în timp ce în *P. și S. c. Poloniei*, omul acuzat de viol nu a fost judecat.

²⁰⁶ *Tysiac c. Poloniei*, supra nota 150; *R.R. c. Poloniei*, supra nota 63; *A., B. & C. c. Irlandei*, supra nota 5.

²⁰⁷ *P. și S. c. Poloniei*, supra nota 62.

²⁰⁸ *Vezi Borre Arnold Knudsen c. Norvegiei*, nr. 11045/84, decizia din 8 martie 1985 privind admisibilitatea cererii; *X. c. Austriei*, nr. 7045/75, decizia din 10 decembrie 1976 privind admisibilitatea; *X. c. Norvegiei*, nr. 867/60, decizie a Comisiei din 29 mai 1961. În conformitate cu această jurisprudență, Comisia este competentă pentru a examina compatibilitatea legislației naționale cu Convenția numai cu privire la aplicarea acesteia într-un caz concret, în timp ce aceasta nu este competentă să examineze în abstracto compatibilitatea acesteia cu Convenția.

²⁰⁹ "Reclamantul, ca un potențial tată, a fost atât de afectat de întreruperea sarcinii soției sale că el ar putea pretinde a fi o victimă". *Boso c. Italiei*, nr. 50490/99, decizia din 5 septembrie 2002. A se vedea și *X. c. Regatului Unit*, nr. 8416/78, decizie a Comisiei din 13 mai 1980, Decizii și Rapoarte (DR) 19, p. 244.

²¹⁰ În cazul *X. c. Regatului Unit* (ibid.), Comisia a subliniat în mod explicit că alte indicații pentru avort (Comisia menționează indicații etice, de eugenie și sociale) sau chestiuni de limită de timp nu au apărut în acest caz.

²¹¹ *P. și S. c. Poloniei*, supra nota 62 la paragraful 99. Curtea a afirmat că "nu poate fi trecut cu vederea faptul că interesele și perspectivele de viață ale mamei unei fete minore gravide sunt de asemenea implicate în decizia de a duce sarcina la termen sau nu. De asemenea se poate presupune în mod rezonabil că legătura emoțională de familie face ca în mod natural mama să se simtă profund preocupată de problemele care decurg din dilemele reproductive și alegerile care vor fi făcute de către fiică". (paragraful 109) .

identifice care "interes legitim" poate fi protejat în mod adecvat de un avort motivat în principal de voință liberă. Doar dreptul la autonomie personală poate cuprinde potențial practica avortului, așa cum este cazul a numeroase state europene, unde cererea în sine justifică avortul. Asta ar însemna că dreptul la avort provine din dreptul la autonomie personală. Cu toate acestea, așa cum a reafirmat recent în *P. și S. c. Poloniei*, Marea Cameră a Curții a susținut că "Articolul 8 nu poate fi interpretat ca și conferind dreptul la avort".²¹² Prin urmare, în timp ce avortul la cerere nu are justificare în temeiul Convenției, afectează drepturile garantate de Convenție și interesele recunoscute de ea.²¹³ Reducerea acestor drepturi și interese prin avortul la cerere nu este echilibrată și justificată printr-un drept concurent garantat de Convenție. Prin urmare, avortul la cerere încalcă Convenția, chiar dacă reprezintă marea majoritate a avorturilor efectuate. Această încălcare de către Stat este chiar mult mai flagrantă dacă nu avem în vedere doar obligațiile negative ale Statelor în temeiul Convenției de a nu lua viața, dar de asemenea, și obligațiile pozitive de a proteja și sprijini viața, femeia însărcinată și viața de familie.

Singura cale prin care Curtea poate concluziona că avortul la cerere nu ar încălca Convenția ar fi să renunțe la aplicarea Convenției la copilul nenăscut. Declararea că Convenția ignoră realitatea copilului nenăscut ar putea însemna de asemenea renunțarea la protecția diferitelor interese publice implicate. Pentru că Curtea ar trebui să transforme unghiul mort într-un vid juridic. Cu toate acestea, până acum, Curtea și-a exercitat jurisdicția cu privire la avort și a refuzat să ignore copilul nenăscut.

Oamenii ar putea crede că avortul la cerere este acceptabil în conformitate cu Convenția deoarece Convenția nu se opune avortului atunci când există motive de sănătate și de viață. Cu toate acestea, numai acele avorturi din motive de sănătate sau de viață pot fi justificate ca urmărind un interes legitim garantat de Convenție,²¹⁴ așa că avortul la cerere nu se încadrează în aceeași categorie. În același timp, este adevărat că odată ce viața copilului nenăscut a fost deja sacrificată pentru protecția unor alte interese, a devenit imposibil de determinat valoarea acestei vieți într-un mod non-arbitrar. Singura cale pentru a avea un prag clar și să nu se submineze valoarea vieții ar fi de a accepta că dreptul la viață al copilului nenăscut poate fi echilibrat numai cu dreptul egal la viață a mama lui/ei. Orice alt echilibru are o componentă arbitrară și este în cele din urmă manifestarea puterii celui puternic asupra celui slab, dominația celui născut asupra celui nenăscut. Se poate spune că are propria sa legitimitate, dar această legitimitate este doar una de violență, chiar dacă noi numim această libertate violentă; ea nu ar trebui să fie acoperită cu legitimitatea drepturilor omului.

Eventual, un tată sau un bunic a unui copil nenăscut se va plânge într-o bună zi în fața Curții, în scopul de a salva viața copilului lor. Tot ceea ce un tată sau bunic ar trebui să facă este să trimită prin fax o scrisoare adresată Curții în temeiul articolului 39 din Regulamentul Curții, cerând să ia măsuri urgente și provizorii pentru a evita realizarea iminentă și gravă a încălcării unui drept fundamental. Curtea a aplicat deja Articolul 39 din Regulament în scopul de a salva embrioni in vitro de la distrugere: în *Knecht v. România*,²¹⁵ reclamantul a pretins o încălcare a dreptului său la viața privată și de familie cu privire la

²¹² *A., B. & C. c. Irlandei*, supra nota 5 la paragraful 214.

²¹³ *Ibid.* la paragraful 249; *R. c. Poloniei*, supra nota 63 la paragraful 187; *P. și S. c. Poloniei*, supra nota 62 la paragraful 99.

²¹⁴ Proporționalitatea este o altă problemă.

²¹⁵ *Knecht v. România*, nr. 10048/10, 2 octombrie 2012.

embrionii congelați concepuți anterior de ea, în scopul de a avea un copil prin intermediul I.V.F. Patru zile de la cererea ei, E.C.H.R. a indicat guvernului român că "în interesul părților și pentru buna desfășurare a procedurii în fața Curții ... în conformitate cu articolul 39 din Regulamentul Curții, că embrionii nu ar trebui să fie distruși ... pe durata procedurii în fața Curții" (§19). Prin urmare, Curtea va putea decide de asemenea în conformitate cu articolul 39, că embrionul sau fătul din uter nu trebuie distrus până ce se evaluează compatibilitatea acestui avort cu Convenția.

Tot ceea ce tatăl sau bunicul unui copil nenăscut ar trebui să facă este să solicite că dreptul la viață (Art. 2) și la integritate fizică și demnitate (Art. 3) a copilului nenăscut să fie menținut, iar dreptul lor la viața de familie (Art. 8) să fie protejat. Rudele copilului nenăscut ar putea obține de la Curte o suspendare a procedurii de avort, în cazul în care ei demonstrează că acest avort nu este justificat de motive proporționale garantate de Convenție; ei pot de asemenea să informeze Curtea că sunt gata să crească copilul. Această procedură nu a fost utilizată încă, dar ar putea fi eficientă. Ar fi în concordanță cu sensul original al Convenției și cu propria jurisprudență a Curții.

VII - Concluzie: necesitatea punerii în aplicare "a dreptului femeii de a nu avorta"

Nici Convenția, nici Curtea în interpretarea Convenției, nu exclud viața prenatală din domeniul de aplicare al protecției conferită de Convenție, care conține dreptul la viață și nu dreptul la avort. În majoritatea statelor europene, avortul este o derogare de la dreptul la viață. În cazul în care un stat decide să permită avortul, Curtea arată că Statul este obligat să protejeze și să respecte drepturile și interesele concurente. Prin urmare, un Stat care decide să permită avortul are nu doar obligația de a alcătui cadrul de acces la avort, dar ar trebui de asemenea să ia măsuri pozitive pentru a evita recurgerea la avort. Trebuie prin urmare să respecte pe deplin obligațiile sale pozitive care decurg din dreptul la viață²¹⁶ și celelalte drepturi și interese legitime .

²¹⁶ Vezi *LCB c. Regatul Unit*, Hotărârea din 9 iunie 1998, nr. 23413/94, la paragraful 36: "Curtea consideră că prima teză din Articolul 2 alin. 1 obligă Statul nu doar să se abțină de la luarea intenționată și ilegală de viață, dar și să ia măsurile necesare pentru a proteja viețile celor în jurisdicția sa." cf. raționamentul Curții în ceea ce privește Articolul 8 din Hotărârea *Guerra și alții c. Italiei* din 19 februarie 1998, Rapoartele 1998-I la paragraful 58, și a se

În multe cazuri, avortul este ales pentru că mama sau părinții nu au mijloacele necesare pentru creșterea copilului. Cu toate acestea, Statul are datoria de a proteja viața și datoria de a promova drepturile economice și sociale. În măsura în care 75% din avorturi sunt cauzate de constrângeri economice, este evident că această problemă ar trebui să fie de asemenea luată în considerare sub incidența drepturilor socio-economice. Practica avortului cauzat de presiunea economică și socială contravine diferitelor dispoziții ale Cartei Sociale Europene (C.E.S) și Pactul Internațional privind Drepturile Economice, Sociale și Culturale (I.C.E.S.C.R), cum ar fi articolul 10 care recunoaște că : "protecție specială ar trebui să fie acordată mamei într-o perioadă rezonabilă, înainte și după naștere" (Articolul 10§2) și că "cea mai mare protecție și asistență posibilă ar trebui să fie acordată familiei, care este unitatea naturală și fundamentală a societății". În mod similar, atunci când cineva avortează un copil din motive economice, este evident că statul nu a reușit să respecte "dreptul a toată lumea la un nivel de trai adecvat pentru sine și familia sa ", garantate de C.E.S. și I.C.E.S.C.R.

O femeie care este forțată să avorteze copilul ei, deoarece are dificultăți financiare, problemele legate de locuință sau pentru că partenerul ei este violent, este o victimă. În aceste cazuri, nu numai că dreptul la viață al copilului ei a fost încălcat, dar ea de asemenea a îndurat suferința și practica degradantă a avortului. Ea este o victimă a încălcării de către Stat a obligațiilor sale socio-economice. Statul nu își îndeplinește obligațiile sale atunci când singurul său răspuns real la dificultățile financiare și sociale a mamei este de a îi oferi un avort .

Statul are obligația legală și pozitivă pentru a oferi cele mai bune circumstanțe posibile, astfel încât femeile să nu fie constrânse să avorteze pentru motive sociale și economice. În multe cazuri, informarea ar fi suficientă pentru ca mama să știe alegerile ei reale în scopul de a păstra copilul sau pentru a-i permite lui/ei să trăiască. Statul ar trebui să informeze mama despre modalitățile existente de a obține ajutorul de care are nevoie, cum ar fi ajutor financiar, material și moral (de exemplu, case pentru mamele gravide aflate în dificultate, îngrijire de zi subvenționată, posibilitatea de a da copilul spre adopție, ONG-uri care asistă mamele și copiii, etc). În unele țări, precum Letonia²¹⁷ și Franța,²¹⁸ statul a renunțat sistematic la consultarea pre-avort, în scopul de a respecta "libertatea de alegere" a femeii. În acest fel, femeile sunt private de informații privind alternativele la avort (de exemplu, adopția, diverse moduri de asistență disponibile pentru femeile gravide, cum ar fi case de adăpost, centre de criză, de sprijin financiar, etc).²¹⁹ O astfel de legislație este de natură să încalce Carta Socială Europeană.

vedea și decizia Comisiei cu privire la admisibilitatea cererii nr. 7154/75 din 12 iulie 1978, Decizii și Rapoarte 14 la 31.

²¹⁷ Vezi Latvian Sexual and Reproductive Health Law, 29 ianuarie 2004;

<http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/Sexual_and_Reproductive_Health_Law.doc> (accesat ultima dată: 10 Mai 2013).

²¹⁸ În Franța, astfel de informații au fost furnizate până în 2001, când au fost suprimate împreună cu consultarea preliminară, sub pretextul că ar fi încălcat dreptul la avort a mamei sau ar face să se simtă vinovată.

²¹⁹ În ceea ce privește problema informațiilor cu privire la avort, Curtea a stabilit pentru moment doar că Statul nu se poate opune difuzării de informații favorabile avortului. Vezi *Open Door & Dublin Well Woman c. Irlandei*, nr. 14234/88, 29 octombrie 1992; A se vedea și *Women on Waves și alții c. Portugaliei*, nr. 31276/05, 3 februarie 2009.

Cu alte cuvinte, Statul ar trebui să pună în aplicare "dreptul femeii de a nu alege avortul". Acest lucru este în concordanță cu Conferința Internațională pentru Populație și Planul de Acțiune pentru Dezvoltare care a cerut guvernelor să "ia măsurile adecvate pentru a ajuta femeile să evite avortul, care în nici un caz nu ar trebui să fie promovat ca o metodă de planificare familială".²²⁰ Așa cum a recunoscut doamna Gisela Wurm, raportor al Rezoluției P.A.C.E. privind Accesul la avort sigur și legal în Europa: "avortul trebuie, în măsura în care este posibil, să fie evitat".²²¹ Este regretabil să se constate că, vorbind despre dreptul femeilor de a alege, se fac multe eforturi pentru a promova un "drept la avort", în timp ce foarte puțini le pasa de "dreptul de a nu avorta" al femeilor. Avortul nu este un drept al omului, în timp ce protecția vieții, a demnității, a integrității fizice și familiale sunt drepturi autentice ale omului.

În ciuda faptului că avortul a fost considerat un drept absolut în Statele Unite de la decizia *Roe v. Wade* în 1973²²², un număr tot mai mare de State americane restricționează progresiv accesul la avort (de exemplu, scurtarea timpului limită de acces) și iau măsuri pentru a permite "dreptul de a nu avorta", prin introducerea de asistență socială, consultări pre-avort obligatorii, punere în aplicare a unei perioade de reflecție, etc. Și în Europa, unele țări cu o foarte mare rată a avorturilor și cu demografie catastrofală, cum ar fi Ungaria, sunt acum dispuse să ridice gradul de protecție a copilului nenăscut. Un exemplu este articolul II din recenta Constituție a Ungariei asupra demnității umane și a dreptului la viață, care prevede că "viața embrionară și fetală sunt supuse protecției din momentul concepției".²²³ Acest lucru este în conformitate cu Preambulul Convenției cu privire la Drepturile Copilului care, citând Declarația Drepturilor Copilului din 1959, reamintește că "copilul, prin lipsa sa de maturitate fizică și mentală, are nevoie de măsuri speciale de protecție și de îngrijire, inclusiv protecție juridică adecvată, atât înainte cât și după naștere".

²²⁰ Programul de acțiune al Conferinței Internaționale pentru Populație și Dezvoltare, (U.N. General Assembly A/S-21/5/Add.1), CIPD+5, 8-12 februarie 1999 la paragraful 7,24.

²²¹ *Memorandum explicativ* de doamna Gisela Wurm, raportor la paragraful 31.

²²² N. McCorvey, alias J. Roe, și-a spus povestea ei *Câștigată de Dragoste* în 1998 și a arătat modul în care ea a fost manipulată de activiștii pro-avort: N. McCorvey cu Gary Thomas, *Câștigată de Dragoste* (Edinburgh: Thomas Nelson Inc, 1998).

²²³ Secțiunea 3 din Legea CCXI din 2011 privind Protecția Familiilor repetă această declarație.