

Dreptul constitutional la viata si dreptul penal

Dreptul constitutional fixeaza nu numai regulile relative la organizarea puterii de stat, ci edicteaza, de asemenea, principii relative la drepturile si libertatile fundamentale ale omului. In cadrul acestui sistem, dreptul primordial al oricarei persoane este acela de a exista¹. Aceasta afirmatie ridica insa o serie de probleme, a caror rezolvare nu este facila². Cand incepe si cand se termina viata unei persoane? Persoana poate dispune de acest drept? Este vorba de un drept subiectiv sau de un interes protejat de catre stat? Corelativ dreptului fundamental la viata, exista si un drept de a muri?

Dreptul penal este predestinat deschiderii catre dreptul constitutional. Dincolo de faptul ca ambele ramuri de drept fac parte din dreptul public, dreptul constitutional, prin sistemul de protectie a drepturilor fundamentale, constituie, in cadrul sistemului dreptului, contraponderea dreptului penal, represiv prin esenta sa³. Protectia dreptului la viata obliga statele nu doar la a se abtine sa provoace intentionat moartea unei persoane, ci impune acestora obligatia pozitiva de a lua masuri adecvate pentru a asigura protectia efectiva a vietii oricarei persoane⁴. Data fiind importanta ca valoare sociala a vietii, aceste masuri vizeaza direct dreptul penal, prin interzicerea pedepsei capitale si incriminarea faptelor care au ca rezultat atingerii aduse vietii persoanei.

Asa cum am mai spus, noile provocari la care trebuie sa raspunda dreptul constitutional sunt cunoasterea momentului in care incepe viata si protectia acesteia, afirmarea unui eventual drept fundamental de a muri, decelarea situatiilor in care atingerea dreptului la viata este legitima. In plan penal, acestora le corespund probleme ce tin de incriminarea avortului, de incriminarea suicidului asistat sau a eutanasiei, de existenta pedepsei cu moartea si de sistemul cauzelor exoneratoare de raspundere. Le vom analiza pe rand in cele ce urmeaza.

1. Eutanasia si suicidul asistat⁵

Constitutiile oricarui stat din lume, precum si toate conventiile internationale privind drepturile omului afirma, intre principiile lor fundamentale, dreptul la viata al persoanei. In nici unul dintre aceste acte nu se prevede *expresis verbis* existenta unui drept fundamental de a muri al persoanei. Problema admiterii sau respingerii constitutionale a existentei acestui drept si, implicit, cea a eutanasiei, pasive sau active, si a suicidului asistat a ramas asadar in sarcina jurisprudentei si a doctrinei.

¹ Dreptul la viata inglobeaza si unele dintre drepturile susceptibile de exercitare colectiva sau asa-zisele drepturi din "a treia generatie" – dreptul la pace, dreptul la dezvoltare, dreptul la protectia mediului ambiant etc. (a se vedea I. Deleanu, *Institutiile si procedurile constitutionale*, Ed. Servo-Sat, Arad, 1998, vol. II, p. 133). Acestea au insa mai putine legaturi cu dreptul penal, astfel incat nu fac obiectul studiului nostru.

² A se vedea B. Mathieu, *La vie en droit constitutionnel comparé. Eléments de réflexions sur un droit incertain* in RIDC 1998, p. 1032

³ D. Meyer, *L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France* in RSC 1988, p. 439. A se vedea si G. Antoniu, *Reforma penala si ocrotirea valorilor fundamentale* in RDP 2/1996, p.11

⁴ Comisia europeana a drepturilor omului, dec. Widmer c. Elvetia din 10.02.1993, publicata la www.echr.coe.int

⁵ Eutanasia este interventia medicala efectuata in scopul intreruperii vietii la cererea pacientului. Poate fi activa, atunci cand medical administreaza anumite substante letale sau in doze letale, sau pasiva, atunci cand medicul omite sa administreze un anumit tratament care sa prelungeasca viata pacientului. Suicidul asistat consta in ajutorul medical acordat unei persoane pentru a-si lua viata prin oferirea de mijloace de natura sa intrerupa cursul vietii

Raspunsul este dificil de gasit, dar un prim punct de plecare ar fi acela de a sti daca protectia pe care statul o acorda vietii persoanelor aflate sub jurisdicția sa este un drept sau o libertate. Intr-o clasificare extrem de simplista⁶, sunt drepturi acele interese protejate la care persoana careia ii apartin nu poate renunța⁷, in timp ce libertatile sunt atribuite ce apartin persoanei umane pe care ea poate decide in mod liber daca sa si le exercite sau nu⁸. Viata este un drept sau o libertate, poate individul sa renunte la a-si mai exercita atributul de a trai si sa se sinucida in momentul si in conditiile in care doreste?

Organele jurisdictionale instituite prin Conventia Europeana a Drepturilor Omului, care proclama dreptul la viata in art. 2, au evitat sa isi exprime opinia cu claritate. In decizia sa in cazul Widmer c. Elvetia⁹, fosta Comisie Europeana a Drepturilor Omului a precizat ca “art. 2 obliga statele nu doar la a se abține sa provoace moartea intentionat, ci si de a lua masuri adecvate pentru asigurarea protectiei vietii”. Cu toate acestea, s-a decis ca omisiunea statului helvet de a incrimina eutanasia pasiva nu constituie o violare a Conventiei, deoarece statul parat si-a respectat obligatia de a incrimina omuciderea fara consimtamantul victimei.

Jurisprudenta americana este mult mai ferma in aceasta privinta. Doua sunt deciziile de principiu in materie.

Prin celebra decizie Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health a Curtii Supreme a Statelor Unite din 1989¹⁰, inalta instanta a precizat faptul ca suicidul intra, ca si element al vietii private, in drepturile protejate de Constitutie. Cu toate acestea este aparat prin valori constitutionale doar suicidul ca o actiune afirmativa, si nu una pasiva, astfel ca decuplarea aparatelor ce mentin functiile vitale ale unui bolnav incurabil, fara consimtamantul expres si valabil al acestuia, nu este protejata prin Constitutie¹¹. Tot astfel s-a decis ca este licita actiunea statului de a impune anumite conditii restrictive de exercitare a dreptului la suicid pentru a se evita abuzurile¹².

In urma acestor decizii, unele state americane au organizat referendumuri pentru legalizarea suicidului asistat medical si a eutanasiei active, propunere respinsa in Washington (1991) si California (1992)¹³. Legalizarea acestora a aparut prima data in statul Oregon, tot in urma unui referendum.

Cea de-a doua decizie principiu in materie este o decizie a Curtii Supreme din Washington in cazul Compassion in Dying v. Washington¹⁴, confirmata apoi prin decizia

⁶ problema diferentierii drepturilor de libertati este mult mai ampla. A se vedea I. Deleanu, *op. cit.*, vol. I, p. 134. Am folosit unul dintre criteriile formulate de H. Roberts, *Les notions des droits et libertés fondamentales in Mélanges offerts à R. Cassin*, Paris 1987, p. 23

⁷ de exemplu, drepturile de natura procesuala: orice persoana are dreptul sa fie judecata de o instanta competenta, dar nu poate renunța la acest drept. Tot astfel, dreptul la legalitatea pedepsei si a incriminarii.

⁸ exemplul clasic este libertatea de expresie, orice om putand sa-si exprime opiniile si ideile putand inasa sa renunte la aceasta oricand. In mod identic se poate vorbi despre libertatea religiei, inviolabilitatea corespondentei etc.

⁹ Comisia, dec. din 10.02.1993, plangerea nr. 20527/1992 publicata in site-ul de internet al Curtii: www.echr.coe.int

¹⁰ pentru textul integral al deciziei a se vedea W.B. Lockhart, Y. Kamisar, J.H. Choper, S.H. Shiffrin, R.H. Fallon, Jr., *Constitutional Law – Cases – Comments- Questions*, ed. a VIII-a, Ed. West Publishing Co, St. Paul 1996, p. 531-539

¹¹ S.H. Kadish, S.J. Schulhofer, *Criminal Law and its processes – Cases and materials* Ed. Little, Brown & Co, Boston 1995, p. 881-884

¹² J.A. Barron, C.T. Dienes, *Constitutional Law* Ed. West Publishing Co, St. Paul 1990, p. 184

¹³ S. H. Kadish, *Letting Patients Die: Legal and Moral Reflections* in *California Law Review* 1995, p. 867 si urm.

¹⁴ a se vedea S.H. Kadish, S.J. Schulhofer, *op. cit.*, p.886

Curtii Federale de Apel din al 9-lea circuit din 1996¹⁵. In esenta, s-a statuat ca *avortul ridica mai multe dificultati legate de interese si drepturi concurente decat suicidul unui bolnav incurabil. In cazurile privind drepturile reproductive, nu exista numai interesul femeii insarcinate ce doreste sa avorteze, ci si interesul vietii potentiale ce nu poate vorbi pentru sine. Din contra, in cazul suicidului sistat, doar o viata este implicata, iar aceea persoana poate sa-si exprime dorintele. In consecinta, suferinta bolnavului incurabil nu poate fi considerata mai putin intima sau personala ori mai aproape de interferenta statului decat cea a unei femei gravide. Astfel, o asemenea decizie – de a se sinucide n.n. – cade pe taramul libertatilor constitutionale protejate de catre amendamentul XIV*¹⁶.

A existat si o decizie in sens contrar a Curtii Supreme din Michigan in cazul *People v. Kevorkian* (1994) in care s-a afirmat ca dreptul de a se sinucide nu intra in nici unul dintre drepturile recunoscute persoanei umane si nici in traditia natiunii americane¹⁷, dar a ramas o decizie izolata in contextul principiilor enuntate in decizia *Cruzan*.

Dreptul englez se inscrie pe aceiasi linie, prin decizia instantei supreme, *Camera Lorzilor*, din 1993 in cazul *Bland* stabilindu-se ca exista un drept de a se sinucide, ca element al vietii private, in cazul bolnavilor incurabili ce au suferinte fizice si psihice importante si care nu pot fi inlaturate¹⁸.

Si in Spania, in lipsa unor prevederi legale in materie, a revenit tot jurisprudentei sarcina de a formula solutii in privinta dreptului de a muri. Instanta constitutionala a precizat, in primul rand, ca nu exista nici un drept, nici macar subiectiv, de a muri, ci pur si simplu nu se sanctioneaza suicidul¹⁹ si ca dreptul la viata are un continut pozitiv care impiedica configurarea sa ca o libertate care sa includa propria moarte²⁰. Cu toate acestea, eutanasia, in considerarea dreptului la viata privata, nu este incriminata daca sunt indeplinite doua conditii: o cerere serioasa, expresa si lipsita de echivoc a persoanei in cauza; acesta din urma sa suferi de o boala grava care conduce indubitabil la moarte si care produce dureri grave, permanente si dificil de suportat²¹. Pe aceiasi linie se inscrie si o decizie a Tribunalului Suprem spaniol in materia refuzului transfuziilor pe motive de constiinta. Mentionand ca este unul dintre cazurile in care doua drepturi fundamentale intra in conflict, dreptul la viata si libertatea de constiinta, instanta a incercat sa stabileasca linia de echilibru a acestui conflict hotarand ca, in cazul majorilor, libertatea constiintei prevaleaza asupra dreptului la viata, in timp ce, in cazul minorilor, obiectia de constiinta a parintilor nu poate sa acopere dreptul la viata al minorului²².

Prima tara din lume care a legalizat eutanasia printr-un act normativ este Olanda in 1994. Legea relativa la eutanasiie a fost anticipata insa cu mult timp inainte de catre

¹⁵ a se vedea W.B. Lockhart, s.a., *op. cit.*, p. 542-548

¹⁶ este interesant de remarcat disocierea clara intre instantele americane si Comisia Europeana a Drepturilor Omului, primele judecand situatia prin prisma dreptului la viata privata, in timp ce organele Consiliului Europei au analizat situatia din unghiul dreptului la viata. E foarte adevarat ca starile de fapt nu erau asemanatoare, dar cu toate acestea inclinam spre solutia aleasa de catre tribunalele americane.

¹⁷ S.H. Kadish, S.J. Schulhofer, *op. cit.*, p. 884-886

¹⁸ B. Mathieu, *op. cit.*, p. 1045

¹⁹ Tribunalul Constitutional, dec. 137/19.07.1990 in J. Sanchez-Junco Mans, *Del homicidio y sus formas* in I.S. Butragueno (coord.), *Codigo penal de 1995 – Comentarios y jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada 1999, p. 959-962. In speta, era vorba de o greva a foamei intr-un penitenciar, iar instanta a apreciat drept licita actiunea administratiei penitenciarului de a folosi forta pentru protejarea vietii grevistilor foamei prin transferul acestora intr-o unitate medicala

²⁰ Tribunalul Constitutional, dec. din 11/17.01.1991 in J. Sanchez-Junco Mans, *op. cit.*, p. 962-963

²¹ J. Sanchez-Junco Mans, *op. cit.*, p. 965

²² Tribunalul Suprem, sectia a 2-a, dec. din 27.06.1997 in R. R. Fernandez, *Derechos fundamentales y garantias individuales en el proceso penal*, Ed. Comares, Granada 2000, p. 109-110

jurisprudenta, care a stabilit ca problema consta in incercarea de a concilia protectia vietii cu respectul dorintei pacientului de a muri cu demnitate. Neavand competenta de a stabili linia de echilibru in acest conflict de interese, instantele olandeze au gasit o alta solutie, achitand medicii trimisi in judecata pentru practicarea eutanasiei pe temeiul starii de necesitate. Astfel, instanta suprema a statuat ca *in momentul in care chiar si medicul nu-si mai poate indeplini obligatia sa de a combate, a suprima sau a usura suferinta pacientului, acesta se afla in stare de necesitate*²³. Mai mult, s-a acceptat ideea chiar si atunci cand suferintele nu erau de natura fizica, ci de natura psihica²⁴.

Potrivit legii intrata in vigoare in 1994, eutanasia este licita, ea fiind definita ca fiind interventia medicala activa in scopul intreruperii vietii pacientului la cererea acestuia, si nu a altor persoane, care trebuie sa aiba *compos mentis*²⁵. Asistenta la suicid in alte imprejurari ramane infractiune si se sanctioneaza cu inchisoare de pana la 12 ani²⁶.

Legea a servit drept model si Australiei care a legalizat in 1995 practica eutanasiei²⁷.

In Franta, situatia este mai putin clara. Desi exista o prevedere expresa in art. 20 al codului deontologiei medicale potrivit careia *medicul nu are dreptul de a provoca deliberat moartea*, se admite existenta unui veritabil drept de a muri cu demnitate, iar medicii care in anumite cazuri, e drept relativ putin numeroase, au practicat eutanasia au fost feriti de urmarire penala. Justificarea este existenta, expresa sau prezumata, a consimtamantului victimei, fapt care, in dreptul francez, inlatura caracterul penal al faptei²⁸.

Majoritatea statelor insa au adoptat o politica penala in sens invers, incriminand eutanasia si suicidul asistat. Aceasta este situatia si in Romania unde eutanasia poate fi incadrata ca si infractiune de omor²⁹, iar asistenta la suicid ca si determinare sau inlesnire a sinuciderii (art. 179 C. pen.), cu singura observatie ca, date fiind circumstantele speciale determinate de starea de sanatate a victimei, se pot retine atenuante judiciare³⁰.

Consideram insa ca, chiar in conditiile actualei legislatii, se poate promova o alta solutie. Suntem perfect de acord ca dreptul la viata nu implica si un drept de a muri, intrand in categoria libertatilor. Acesta pentru ca, pe de o parte, neincriminarea tentativei de suicid nu poate sa insemne ca orice persoana are dreptul constitutional de a muri cand si cum doreste, ci doar ca, din ratiuni de politica penala, s-a considerat inoportuna incriminarea acestei fapte. Viata unei persoane nu intereseaza doar pe aceasta, asa cum se intampla in cazul libertatilor, ci este o valoare care intereseaza statul si societatea in ansamblul ei datorita implicatiilor deosebite sociale, economice si familiale pe care le implica.

Cu toate acestea, in situatia bolnavilor incurabili, care au suferinte fizice si psihice insuportabile si care nu pot fi inlaturate medical, credem ca exista doua argumente care pot justifica legal eutanasia sau asistenta la suicid. Unul dintre el priveste neresponsabilitatea medicului, iar celalalt priveste dreptul persoanei la respectul vietii private, in temeiul caruia statul are, in opinia noastra, o obligatie pozitiva de institui un sistem care sa ii permita sa aleaga momentul mortii.

²³ Curtea de Casatie, dec. din 27.11.1984 si din 21.10.1986 apud P.J.P. Tak, G.A. van Eikema Hommes, *La réalisation de la législation relative à l'euthanasie aux Pays Bas en résumé* in RSC 1994, p. 163

²⁴ Curtea de Apel Haga dec. din 25.09.1993, Curtea de Apel Leewarden, dec. din 30.09.1993 apud P.J.P. Tak, *op. cit.*, p. 166

²⁵ P.J.P. Tak, *op. cit.*, p. 163

²⁶ *ibidem*

²⁷ B. Mathieu, *op. cit.*, p. 1045

²⁸ Ph. Salvage, *Le consentement en droit pénal* in RSC 1991, p. 709-710

²⁹ eutanasia activa este un omor comis printr-o actiune, in timp ce aceea pasiva ar fi un omor comis printr-o omisiune, datorita faptului ca medicul are obligatia legala de a prelungi viata pacientului.

³⁰ A. Boroi, *Eutanasia – concept, controversa, reglementare* in RDP 2/1995, p. 81

Din punct de vedere al dreptului intern, consideram ca solutia gasita de catre instantele olandeze, cea a excluderii raspunderii penale datorata existentei starii de necesitate, poate fi acceptata si in Romania. Art. 45 C. pen. impune pentru existenta starii de necesitate urmatoarele conditii: existenta unei stari de pericol pentru viata, integritatea corporala, sanatatea persoanei; pericolul sa fie iminent si inevitabil, iar actiunea de salvare sa fie necesara si proportionala³¹. In opinia noastra, toate aceste conditii ar fi respectate in ipoteza medicului care, la cererea pacientului bolnav incurabil si care sufera traume fizice si psihice puternice, ii curma suferinta. Astfel, exista un pericol – in curs de desfasurare si inevitabil, prin ipoteza – pentru sanatatea si integritatea bolnavului datorat traumelor de care vorbeam. Actiunea de inlaturare a acestei stari, constand in curmarea vietii pacientului, indeplineste conditia de a fi necesara, fiind singura modalitate de incetare a suferintelor. Ea este, in acelasi timp, proportionala intrucat rezultatul interventiei medicale este decesul persoanei, in timp ce rezultatul care s-ar fi produs in lipsa acesteia era acelasi, moartea bolnavului, insa in conditii mult mai grele pentru acesta si cei apropiati.

De aceea, consideram ca nimic nu se opune aplicarii dispozitiilor relative la starea de necesitate la cazuri de eutanasiu. Ar trebui totusi indeplinite unele conditii: certitudinea incurabilitatii maladiei de care sufera persoana in cauza, existenta unor suferinte importante si care nu pot fi inlaturate, existenta consimtamantului valabil al bolnavului.

Un al doilea argument in acest sens poate fi construit plecand de la dispozitiile art. 8, privind respectul vietii private, din Conventia Europeana a Drepturilor Omului, act care, potrivit art. 11 din Constitutie, face parte din dreptul intern.

Relativ la notiunea de viata privata *Curtea a considerat ca nefiind nici posibila, nici necesara o definitie exhaustiva a notiunii de viata privata*³², doctrina apreciind ca in continutul acesteia intra aproape orice, libertatea vietii private implicand, in esenta, dreptul de a trai asa cum vrea al oricarei persoane³³. In aceasta notiune intra si dreptul de a dispune de propriul corp³⁴, astfel incat, dupa parerea noastra, luand act si de opiniile similare exprimate de instantele americane si spaniole prezentate mai sus, intra si libertatea de a-si hotari sfarsitul. De aceea, consideram ca inexistentia posibilitatii ca orice persoana sa-si decida moartea este o ingerinta in dreptul la viata privata al acesteia³⁵.

Ramane de vazut daca aceasta ingerinta este justificata in raport de dispozitiile alin.2 ale art. 8 din Conventie. Acesta impune respectarea a trei conditii pentru ca o ingerinta in drepturile prevazute la alin. 1 sa fie legitima: aceasta sa fie prevazuta de lege, sa vizeze unul dintre scopurile enumerate expres in cuprinsul alin. 2, sa fie necesara intr-o societate democratica pentru atingerea acelor scopuri.

Presupunand ca ingerinta este prevazuta de lege, respectiv de art. 174 si 179 C. pen.³⁶, raman de discutat celelalte doua conditii.

³¹ M. Basarab, *Drept penal – parte generala*, Ed. Lumina Lex, Bucuresti 1997, vol. II, p. 135-138

³² CEDO, dec. Niemitz din 16.12.1992, seria A, n°251-B, § 29

³³ R. Koering-Joulin, *Des implication répressives du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* in RSC 1986, p. 723

³⁴ CEDO, dec. B. c. Franta din 25.03.1995, seria A n°232-C, § 58; Comisia, dec. din 10.03.1981, plangerea nr. 8741/1979, DR 24, p. 137. A se vedea si J. Velu, R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. Bruylant, Bruxelles 1990, p. 542-544

³⁵ precizam, in acest context, ca, potrivit Curtii, statele nu au, in temeiul Conventiei, doar obligatii negative, ci si obligatii pozitive, de a lua masurile necesare pentru garantarea efectiva a drepturilor prevazute (CEDO, dec. Airey din 9.11.1973, seria A n°32, § 32; dec. Keegan din 26.05.1994, seria A n°290, § 49; dec. Rees din 17.10.1986, seria A n°106, § 37

³⁶ in opinia noastra, se poate discuta inclusiv acest aspect. Cele doua texte chiar daca ar indeplini conditiile de accesibilitate si claritate impuse de Curte (dec. Sunday Times din 26.04.1979, seria A n°30, § 49), sunt totusi texte aplicabile medicului care ar practica eutanasiu sau asistenta la suicid, si nu bolnavului care

În ceea ce privește cea de-a doua condiție, suntem de părere că abundența și generalitatea scopurilor enunțate în Convenție fac ca ipoteza absenței unui astfel de scop să nu se realizeze practic niciodată³⁷. În acest context, atribuția cea mai importantă a organelor de control este aceea de a selecta dintre scopurile menționate acela care pare cel mai apropiat de ingerință în cauză, astfel încât discuția să cadă pe terenul necesității măsurii într-o societate democratică³⁸. De aceea, vom analiza și noi cele două condiții împreună.

Prin necesar într-o societate democratică³⁹, se înțelege, între altele, că măsura să fie utilă⁴⁰. De asemenea, ea trebuie să răspundă unei nevoi sociale imperioase și să fie proporțională cu scopul vizat⁴¹, domeniile în care statele se bucură de o anumită marjă de apreciere ce diferă în funcție de circumstanțele cauzei⁴².

Nu s-ar putea, în opinia noastră, să invoce ca scop legitim securitatea națională și siguranța publică pentru că acestea sunt vizate atunci când e vorba de pericole grave pentru existența statului sau funcționarea normală a instituțiilor sale, spre exemplu, în cazuri de terorism⁴³, neonazism⁴⁴, revolte⁴⁵ etc.

Nu se poate invoce nici bunăstarea economică a țării, deoarece, pe de o parte, acest interes legitim se referă la elemente de natură strict economică – de exemplu, în materie de impozitare⁴⁶, criza de locuințe⁴⁷ etc. – iar, pe de altă parte, menținerea în viață a unui muribund nu poate să îmbunătățească situația economică a statului, ci, din contra, implică costuri, uneori considerabile.

S-ar putea să invoce, în schimb, protecția ordinii și prevenirea infracțiunilor, în ideea de a se evita eventualele abuzuri ale autorităților medicale în scopul de a salva sumele cheltuite cu menținerea în viață a unor bolnavi incurabili. În opinia noastră, în această situație, măsura nu ar fi proporțională cu scopul vizat pentru că e absurd să se dorească să se evite abuzurile într-o anumită activitate, aceasta să fie interzisă. Măsura normală, oportună într-un asemenea caz ar fi formularea unor proceduri extrem de stricte de verificare a certitudinii morții bolnavului și a validității consimțământului său.

În fine, s-ar putea să invoce protecția moralei, în considerarea faptului că o mare parte a populației ar considera eutanasia drept imorală. Este foarte adevărat că, lipsind o noțiune europeană comună de morală, statele beneficiază în domeniul de o importantă marjă de apreciere⁴⁸. Pe de altă parte însă, am precizat anterior că prin ingerință necesară într-o societate democratică se înțelege, între altele, faptul că aceasta să fie determinată de o nevoie socială imperioasă. E greu de justificat, chiar și în condiții marjei largi de apreciere

dorește să moară. Atata timp cât suicidul nu este ilicit, printr-o normă de drept intern, enunțată cu claritate, nici condiția existenței unei norme de drept intern nu e satisfăcută. Cu toate acestea, nu insistăm asupra acestei chestiuni pentru că ea poate fi corectată ușor printr-o intervenție legislativă.

³⁷ J. Pradel, G. Corstens, *Droit pénal européen*, Ed. Dalloz, Paris 1999, p. 398

³⁸ C. Russo în L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. Economica, Paris 1995, p. 337

³⁹ pentru o prezentare extrem de detaliată a acestei noțiuni, a se vedea V. Fabre-Alibert, *La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* în RTDH 1998, p. 465 și urm.

⁴⁰ CEDO, dec. Handyside din 7.12.1976, seria A n°24, § 48

⁴¹ idem, § 48-49

⁴² CEDO, dec. Klass și alții din 6.09.1978, seria A n°28, § 42

⁴³ idem, § 45; dec. Leander din 26.03.1987, seria A n°116, § 59

⁴⁴ Comisia, dec. din 12.05.1988, DR 16, p. 205

⁴⁵ Comisia, dec. din 6.03.1982, plângerea nr. 8231/1978, DR 28, p. 5

⁴⁶ J. Velu, R. Ergec, *op. cit.*, p. 562

⁴⁷ CEDO, dec. Gillow din 24.11.1986, seria A n°109, § 53

⁴⁸ CEDO, dec. Muller din 24.05.1988, seria A n°133, § 36

de care dispune statul, interdictia de a-si hotari moartea aplicata unui muribund. Nu vedem care ar putea fi nevoia sociala imperioasa care sa stea la baza interdictiei, neexistand nici un element de natura sociala, economica sau familiara care sa o impuna ca o necesitate. In fapt, poate ca este mai morala curmarea suferintelor unei persoane muribunde pentru a evita traume inutile atat pentru cel in cauza, cat si pentru familie si apropiati. Chiar daca comparatia este grosolana, nimeni nu contesta moralitatea uciderii animalelor ranite pentru a le curma suferinta. In plus, in notiunea de societate democratica, se include, ca element esential, spiritul de toleranta, care presupune acceptarea unor comportamente chiar daca nu suntem de acord cu acestea⁴⁹.

In concluzie, consideram ca ingerinta statului in dreptul unui muribund de a-si hotari sfarsitul nu poate fi justificata in raport de art. 8 din Conventia Europeana a Drepturilor Omului. Daca in raport de o persoana sanatoasa se poate gasi usor o justificare, in ipoteza eutanasiei aceasta lipseste.

Asadar, credem ca exista, la stadiul actual al legislatiei romane, suficiente argumente pentru acceptarea licitatii eutanasiei, justificata prin acoperirea oferita de art. 8 din Conventia europeana pentru persoana in cauza si de art. 45 C. pen. pentru medicul care o practica. De altfel, aceasta este si tendinta la nivel european, dincolo de cazurile prezentate mai sus, existand si o propunere de rezolutie a Comisiei de mediu, sanatate publica si protectia consumatorului a Parlamentului european in acest sens⁵⁰.

2. Momentul inceperii vietii si avortul

Determinarea cat mai exacta a momentului in care incepe viata si protectia acesteia are o importanta care nu mai trebui relevata. Este, de asemenea, evident ca din momentul nasterii se poate vorbi cu certitudine de existenta vietii. Vom incerca sa prezentam in cele ce urmeaza in ce masura protectia vietii actioneaza si inainte de acest moment si, legat de aceasta, de infractiunea de avort. Intrucat legislatia romana este neclara si incompleta cu privire la aceste aspecte, vom prezenta pe scurt unele aspecte de drept comparat, urmand ca la final sa ne referim si la dreptul roman.

In Statele Unite, relativ la dreptul la viata al fatului, in numeroase state acestuia ii este recunoscuta prin lege o protectie aproape egala cu cea a unei persoane nascute. Astfel, spre exemplu, dupa ce prin decizia Keeler v. Superior Court⁵¹ s-a decis ca uciderea unui fetus cu cutitul nu constituie omor pentru ca legea nu prevede expres intre subiectii pasivi si embrionul uman, legislatorul californian a amendat art. 187 C. pen. pentru a include si uciderea unui fetus in definitia omorului, exceptand avortul voluntar⁵². Ulterior, s-a precizat ca nu se cere conditia viabilitatii fatului pentru a fi subiect pasiv al infractiunii de omor⁵³. Dispozitii asemanatoare exista si in Arizona, Illinois, Louisiana, Minnesota, North Dakota si Utah⁵⁴. Doctrina a mai subliniat faptul ca desi prin decizia Roe v. Wade a Curtii Supreme a Statelor Unite, despre care vom discuta mai jos, nu s-a recunoscut un drept la viata al

⁴⁹ V. Fabre-Alibert, *op. cit.*, p. 474

⁵⁰ Ph. Salvage, *op. cit.*, p.709-710. a se vedea si nota 37 privind dezbaterea publica din Franta si proiectul de lege privind legalizarea declaratiilor de vointa pentru a muri cu demnitate

⁵¹ Curtea Suprema din California, dec. Keeler v. Superior Court (1970) in S.H. Kadish, S.J. Schulhofer, *op. cit.*, p.298-303

⁵² P.E. Johnson, *Criminal Law. Law, Material and Text*, ed. a V-a, Ed. West Publishing Co, St. Paul 1995, p. 234

⁵³ Curtea Suprema din California, dec. People v. Davis (1994) in P.E. Johnson, *op. cit.*, p. 234-236

⁵⁴ P.E. Johnson, *op. cit.*, p. 237

copilului nenascut, aceasta a avut la baza o alta stare de fapt pentru ca in acea situatie acest drept intra in contradictie cu drepturile si libertatile femeii ce dorea sa avorteze. In schimb, cand viata fatului nu contrazice altor interese, aceasta este protejata plenar⁵⁵.

Mai multe concluzii se pot trage analizand celebra decizie *Roe v. Wade*⁵⁶, reluata apoi la scurt timp in decizia *Doe v. Bolton*⁵⁷, a Curtii Supreme de Justitie a Statelor Unite. Statele parate, Texasul si respectiv Georgia, au invocat ca argumente in favoarea legislatiei privind avortul dreptul la viata al fatului si protejarea sanatatii acestuia si a mamei. Fara a-si exprima in mod expres opinia privind existenta unui drept la viata al nenascutului, Curtea a admis recursurile reclamantelor precizand ca, in conditiile dezvoltarii stiintelor medicale protectia sanatatii poate fi asigurata si pe alte cai. Pe de alta parte, plecand de la o alta decizie de principiu, potrivit careia nici un drept nu e mai sacru si mai cu grija garantat in common law decat dreptul oricarei persoane asupra posesiei si controlului propriei persoane, libera de orice restrangere sau interferenta a altora⁵⁸, Curtea Suprema a invocat dreptul la viata privata a femeii insarcinate. Precizand ca acesta nu este un drept absolut, instanta a stabilit, in esenta, urmatoarele⁵⁹:

- in primul trimestru al sarcinii, statul poate sa impuna doar conditia ca avortul sa fie efectuat de un medic pentru a proteja sanatatea mamei si al copilului⁶⁰

- in al doilea trimestru apare interesul statului de a proteja viata potentiala, iar acesta poate impune in mod licit si alte conditii (avortul sa fie facut intr-un spital, sa fie aprobat si de o comisie medicala etc.)

- incepand cu saptamana a 28-a cand fatul devine viabil, conditie aparuta intr-o decizie ulterioara⁶¹, prevaleaza interesul statului fata de dreptul la viata privata al femeii, iar acesta poate interzice avortul, exceptand situatia in care viata sau sanatatea mamei sunt puse in pericol.

Asadar, instanta americana a recunoscut implicit un drept la viata al fatului, stabilindu-se si delicata linie de echilibru in ipoteza in care acesta intra in conflict cu dreptul mamei la viata privata.

⁵⁵ J. Parness, *Crimes Against the Unborn: Protecting and Respecting the Potentiality of Human Life* in Harvard Law Journal 1985, p. 144; H.L. King, *A Proposal for Legal Protection of the Unborn* in Michigan Law Review 1979, p. 1647

⁵⁶ Curtea Suprema a Statelor Unite, dec. *Roe v. Wade* (1976). In fapt, reclamantei Jane Roe, pe nume sau adevarat Norma Mc Corvey, i s-a interzis de catre statul Texas avortul, dupa ce aceasta ramasese insarcinata in urma unui viol. Pentru textul integral al deciziei a se vedea W.B. Lockhart s.a., *op. cit.*, p. 409-416

⁵⁷ Curtea Suprema a Statelor Unite, dec. *Doe v. Bolton* (1976) in W.B. Lockhart, *op. cit.*, p. 416-417 implicand, intr-o speta asemanatoare, statul Georgia

⁵⁸ Curtea Suprema a Statelor Unite, dec. *Union Pacific R. Co v. Botsford* (1891) in S.H. Kadish, S.J. Schulhofer, *op. cit.*, p. 881

⁵⁹ L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, The Foundation Press Inc., Mineola 1998, p. 1341-1342. Aceste decizii au fost urmate de altele, pe aceiasi linie, prin care s-a stabilit, de exemplu, neconstitutionalitatea legii care impunea consimtamantul parintilor la avortul minorei (Curtea Suprema a Statelor Unite, dec. *Hodgson v. Minnesota* (1990) in J.A. Barron, C.T. Dienes, *op. cit.*, p. 173-174), a unei legi privind controlul nasterilor (Curtea Suprema a Statelor Unite, dec. *Griswold v. Connecticut* (1965) in J. M. Shafritz, *Dictionary of American Government and Politics*, Ed. Dorsey Press, Chicago 1988, p. 257) etc. De asemenea, organele legislative au reactionat prompt punand in practica principiile constitutionale trasate de Curtea Suprema (G.L. Mc Dowell, *Curbing the Court. The Constitution and the Limits of Judicial Power*, Ed. Louisiana State University Press, Baton Rouge 1988, p. 162-165)

⁶⁰ cu toate acestea statul nu e obligat sa suporte cheltuielile efectuării avortului (Curtea Suprema a Statelor Unite, dec. *Maher v. Roe* (1977) si *Beal v. Doe* (1977) in L.H. Tribe, *op. cit.*, p. 1345

⁶¹ Curtii Supreme a Statelor Unite, dec. *Plannet Parenthood v. Daforth* (1976) in W.B. Lockhart s.a., *op. cit.*, p. 439 si urm.

In acelasi sens, s-a pronuntat si instanta suprema canadiana care a stabilit ca art. 251 C. pen. care permitea doar avortul terapeutic violeaza art. 7 din Carta canadiana a drepturilor si libertatilor din 1982 aratand, in esenta, ca *a forta o femeie, sub amenintarea unor sanctiuni de drept penal, sa duca sarcina la termen, cand aceasta nu indeplineste cateva criterii independente de propriile sale prioritati si aspiratii, este o ingerinta profunda relativ la corpul sau si deci o atingere adusa securitatii persoanei si libertatii vietii private care garanteaza fiecaruia o larga autonomie personala asupra deciziilor importante privind intimitatea vietii sale*⁶². Totusi, s-a lasat legiuitorului sarcina de a regla echilibrat interesul femeii contra cel al statului de a proteja viata potentiala.

In Anglia, desi jurisprudenta admite avortul pana la limita viabilitatii, fetusul nu beneficiaza totusi de acelasi statut ca si un copil nascut⁶³. In acest sens, s-a decis in doua randuri ca viabilitatea, de care depinde protectia acordata vietii, nu presupune doar posibilitatea de a trai, ci si aceea de a supravietui independent⁶⁴.

La nivelul organelor Conventiei europene, acestea au evitat, ca si in ceea ce priveste eutanasia, sa dea un raspuns precis problemei de a stii daca embrionul uman are un drept la viata⁶⁵, incercand de regula sa mute discutia spre alte planuri⁶⁶.

Totusi, exista doua decizii care par sa recunoasca unele drepturi fatului. Astfel, *Comisia a estimat ca nu e chemata sa decida daca art. 2 nu priveste deloc fatul sau daca, din contra, ii recunoaste un drept la viata insotit de limitari implicite. Ea estimeaza ca autorizatia de intrerupere a cursului sarcinii data de autoritatile britanice si incriminata in speta e compatibila cu art. 2 pentru ca daca admitem ca aceasta dispozitie se aplica fazei initiale a sarcinii, avortul este acoperit de o limite implicita a "dreptului la viata" al fatului pentru, la acel stadiu, a proteja viata si sanatatea femeii*⁶⁷. Pasajele subliniate vin sa probeze ca art. 2 s-ar aplica totusi cel putin fazei avansate a sarcinii.

Intr-o alta decizie se intareste aceasta constatare: *in acest domeniu delicat, statele trebuie sa pastreze o anumita putere de apreciere. Dar aceasta nu exclude ca, in anumite circumstante, Comisia sa poata decide ca fetusul primeste o oarecare protectie prin art. 2, chiar daca statele membre au opinii divergente asupra intinderii protectiei dreptului la viata al copilului ce va fi nascut oferita de art. 2*⁶⁸.

Cel mai ades insa organele Conventiei au analizat situatia din punct de vedere al dreptului la viata privata al parintilor, constatand ca reglementarea avortului constituie o

⁶² Curtea Suprema a Canadei, dec. R. v. Morgentaler (1988) in M. Rivet, *La Cour Supreme du Canada et l'avortement* in RSC 1988, p. 971-872

⁶³ D. Morgan, *Abortion: the Unexamined Ground* in Criminal Law Review 1990, p. 690. Spre exemplu, s-a decis ca fatul nu poate fi a treia persoana la amenintare (C. de Apel, dec. R. vs. Fait (1989) apud D. Morgan, *op. cit.*, p. 692)

⁶⁴ astfel, este admis avortul atunci cand copilul sufera de o forma severa de hidroencefalita si are o structura subdezvoltata a creierului (C. de Apel, dec. Re C (1989) apud D. Morgan, *op. cit.*, p. 690) sau cand viata sa ar fi atat de groaznica si nu exista nici un dubiu ca ar putea sa apara vreun tratament incat e in interesul sau sa nu fie nascut (C. de Apel, Re B (1981) apud D. Morgan, *op. cit.*, p. 690)

⁶⁵ J. Pradel, G. Corstens, *op. cit.*, p. 298 citand o decizie a Comisie din 12.07.1978, plangere nr. 7154&1974. Pentru o prezentare ampla a acestui subiect a se vedea J. Velu, R. Ergec, *op. cit.*, p. 175-178

⁶⁶ spre exemplu, Curtea, in decizia Open Door si Dublin Well Woman din 29.10.1992, seria A n°246-A, § 66, a precizat ca *nu a fost chemata sa determine daca Conventia garanteaza un drept la avort sau daca dreptul la viata este recunoscut si pentru copilul nenascut*. In alte situatii s-au respins cereri pe motive procedurale (a se vedea exemplele citate in J. Velu, R. Ergec, *op. cit.*, p. 176)

⁶⁷ Comisia, dec. din 13.05.1980, plangerea 8416/1979, DR 19, p. 262

⁶⁸ Comisia, dec. din 19.05.1992, plangere nr. 17004/1990 in G. Dutertre, J. Van der Velde, *Extraits clés d'une sélection des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et de décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme*, Ed. du Conseil de l'Europe, Strasbourg 1998, p. 18

ingerinta in respectul vietii private, ingerinta licita insa in raport de dispozitiile din art. 8 alin. 2⁶⁹.

La nivelul statelor membre, solutiile adoptate sunt din cele mai diverse: de la protectia acordata deplin din momentul conceptiei (Irlanda) pana la lipsa recunoasterii dreptului la viata pe toata perioada vietii intrauterine.

Astfel, Curtea Constitutionala austriaca a considerat ca art. 2 din Conventie nu protejeaza copilul nenascut⁷⁰. Tot astfel, Curtea de Casatie belgiana a decis ca, in aprecierea dreptului la viata al embrionului, trebuie tinut cont si de dreptul la viata privata al mamei, analizand lucrurile din perspectiva acestui din urma drept si validand legislatia in materie⁷¹.

Pe de alta parte, Curtea Constitutionala Federala a Germaniei a decis ca dreptul penal trebuie sa protejeze viata umana in devenire, cel putin in masura in care aceasta protectie nu implica atingeri excesive ale sanatatii fizice si psihice a mamei, statul trebuind sa stabileasca un echilibru fragil intre drepturile fundamentale ale mamei si cele ale fiintei ce se va naste⁷². Astfel, avortul a fost limitat la momentul in care fatul are 12 saptamani⁷³.

In alte state insa, Spania, Italia sau Portugalia, spre exemplu, s-a admis explicit, si nu doar implicit, existenta unui drept la viata al copilului nenascut⁷⁴.

Astfel, in Spania, Tribunalul Constitutional a decis ca dreptul la viata este recunoscut nu odata cu momentul nasterii, ci cu cel al conceptiei⁷⁵. Cu toate acestea, situatia este usor paradoxala pentru ca, pe de o parte, se recunoaste calitatea de subiect pasiv fatului la infractiunea de lovire⁷⁶, dar, pe de alta parte, obiectul juridic principal al infractiunii de avort este sanatatea si viata femeii insarcinate⁷⁷. S-a subliniat totusi, din nou, interesul de a trasa linia de echilibru intre dreptul la viata recunoscut fatului si drepturile si libertatile mamei⁷⁸.

Situatia din Franta este deosebit de interesanta. Pe de o parte, printr-o decizie din 1993, Consiliul Constitutional a admis dezincriminarea autoprovocarii avortului, ceea ce presupune ca prin infractiunea de avort se protejeaza in principal sanatatea femeii⁷⁹, doctrina apreciind ca, in cazul embrionului uman, este protejat nu neaparat un drept la viata, ci, mai degraba, un interes al statului legat de o persoana potentiala⁸⁰.

Pe de alta parte, unele decizii judecatoresti vin sa argumenteze un alt punct de vedere. Astfel, printr-o decizie reluata ulterior⁸¹, Curtea de Casatie a decis ca intreruperea involuntara a sarcinii constituie ucidere din culpa, cu conditia viabilitatii fatului⁸². In adnotarea acestei decizii, s-a apreciat ca decizia este corecta din urmatoarele considerente⁸³:

- nu trebuia admisa opinia potrivit careia recunoasterea persoanei este o chestiune prealabila protectiei vietii, pentru ca respectul vietii este datorat oricarei fiinte umane de la

⁶⁹ a se vedea exemplele citate in J. Velu, R. Ergec, *op. cit.*, p. 545-546

⁷⁰ dec. din 11.10.1974 in *Constitutional Case Law*, Ed. Scholffer, Viena 1975, p. 149

⁷¹ dec. din 5.02.1985 apud J. Velu, R. Ergec, *op. cit.*, p. 278

⁷² dec. din 25.02.1975 apud M. Fromont, *Le juge constitutionnel et le droit pénal en République Fédérale d'Allemagne* in RSC 1985, p. 752-753

⁷³ B. Mathieu, *op. cit.*, p. 1037

⁷⁴ ibidem

⁷⁵ dec. nr. 304/28.10.1996 in R.R. Fernandez, *op. cit.*, p. 113

⁷⁶ J. Sanchez-Junco Mans, *De las lesiones al feto* in I.S. Butragueno (coord.), *op. cit.*, p. 989

⁷⁷ Tribunalul Suprem dec. din 16.01.1998 si din 23.01.1998 in R.R. Fernandez, *op. cit.*, p. 110

⁷⁸ Tribunalul Suprem, dec. din 5.07.1993 in R.R. Fernandez, *op. cit.*, p. 114

⁷⁹ B. Mathieu, *op. cit.*, p. 1038

⁸⁰ idem, p. 1040

⁸¹ C. de Apel Reims, dec. din 03.02.2000 in *Studia UBB*, p. 106

⁸² dec. din 30.06.1999 in RSC 1999, p. 813

⁸³ Y. Mayaud, *Entre vie et mort, la protection pénale du fœtus* in RSC 1999, p. 815-819

inceputul vietii, pentru ca viata este, prin esenta sa, suportul umanitatii, fara sa conteze ce se grefeaza apoi pe ea, in termeni de persoana sau personalitate.

- pornind de la o speta asemanatoare in care femeia a nascut in urma accidentului un copil care a decedat 12 ore mai tarziu si unde s-a retinut ucidere din culpa⁸⁴, nu exista diferenta fata de situatia in care copilul ar fi decedat nenascut.

- conditia viabilitatii este corecta pentru ca din momentul in care fetusul are capacitatea de a trai singur, de a supravietui independent de ceea ce-l poarta, el nu mai e *pars viscerum matris*, ci o existenta umana pe care dreptul penal o protejeaza. Din contra, cand aceasta realitate n-a fost stabilita, copilul participa la umanitatea mamei sale, iar viata sa nu e inca viata altuia, astfel ca nu se poate pretinde o protectie separata.

Contradictia de care vorbeam poate fi explicata, in opinia noastra, prin aceea ca embrionul este protejat ca si o fiinta umana atata timp cat nu intra in opozitie cu drepturile fundamentale ale mamei, moment in care acestea vor deveni prioritare.

In dreptul roman, nu se pune problema recunoasterii fatului unui drept la viata in aceeasi masura ca si unei persoane nascute⁸⁵. Astfel, discutia se poarta pentru a determina momentul inceperii vietii intre partizanii opiniei care identifica acest moment cu cel al inceperii procesului fiziologic al nasterii⁸⁶ si cei care il situeaza la momentul in care copilul respira independent⁸⁷.

In opinia noastra, ar trebuie adoptat punctul de vedere determinat in experienta altor sisteme de drept penal si considerat drept moment al inceperii protectiei vietii acela al viabilitatii potentiale a fatului (in principiu incepand cu luna a 6-a a sarcinii) argumentele jurisprudentei franceze fiind suficient de convingatoare. Stadiul legislatiei si jurisprudentei romane nu permite insa, in acest moment, adoptarea unei asemenea, solutii, de aceea vom incerca sa prezentam in ce masura infractiunea de avort protejeaza viata in devenire.

Problema, in esenta, este aceea de a sti care este obiectul principal al infractiunii de avort, protectia embrionului sau a femeii insarcinate, fiind evident ca se urmareste protejarea ambelor valori. Chestiunea nu e lipsita de interes practic din cel putin doua puncte de vedere. Pe de o parte, daca obiectul principal este protectia vietii intrauterine arunci autoprovocarea avortului este fapta prevazuta de legea penala, iar cererea mamei de a avorta in conditii ilicite, o instigare la intreruperea ilegala a cursului sarcinii, pe cand daca femeia este protejata in principal prin infractiunea de la art. 185 C. pen., aceste fapte nu ar avea caracter penal. Pe de alta parte, raspunsul dat acestei probleme vine sa clarifice natura faptei, ca fiind o infractiune formala sau de rezultat, si implicit momentul consumarii ei. Iata asadar de ce situatia trebuie analizata extrem de serios, iar, din pacate, atat doctrina, cat si jurisprudenta, s-au marginit la aprecieri succinte si de multe ori confuze.

Spre exemplu, s-a decis ca obiectul principal al faptei este protectia embrionului uman, dar, paradoxal, ca expulzarea, ca urmare a manoperelor avortive, a unui copil viu constituie infractiune consumata de avort⁸⁸. Tot astfel, s-a apreciat ca aceasta fapta este si de

⁸⁴ C. de Apel Paris, dec. din 10.01.1959, RSC 1959, p. 678

⁸⁵ spre exemplu, dupa cum s-a apreciat in mod just, daca ar fi altfel, prevederea de la art. 176 lit.e C. pen. ar fi superflua pentru ca fapta s-ar incadra in dispozitiile art. 176 lit. b (NR, Studia UBB, nr. 1/2000, p. 107)

⁸⁶ A. Boroii, *Aspecte juridice in legatura cu momentul nasterii si momentul mortii* in D. 12/1998, p. 131; O.A. Stoica, *Drept penal – parte speciala*, Ed. Didactica si Pedagogica, Bucuresti 1976, p. 64; C. Barbu, *Ocotirea persoanei in dreptul penal*, Ed. Scrisul Romanesc, Craiova 1977, p. 35

⁸⁷ C. Bulai, *Curs de drept penal – parte speciala*, Litografia Univ. Bucuresti 1975, vol. I, p. 116; M. Basarab, L. Moldovan, V. Suian, *Drept penal – parte speciala*, Cluj-Napoca 1985, vol. I, p. 49

⁸⁸ TS, s. pen., dec. nr. 267/1980 in RRD nr. 11/1980, p. 65

rezultat si de pericol in acelasi timp⁸⁹, ceea ce este contradictie logica atata timp cat o infractiune materiala presupune existenta unui obiect material, iar una formala se caracterizeaza tocmai prin lipsa acestuia.

Potrivit unei opinii, destul de raspandita, art. 185 protejeaza in mod egal cele doua obiecte juridice, fara a face o ierarhizare a lor⁹⁰. Nu putem impartasi aceasta opinie, pentru ca nu se pot pune pe acelasi plan valori care, in ipoteza avortului la cerere sau autoprovocat, intra in contradictie vadita. Pe de alta parte, aceasta solutie nu rezolva in mod coerent nici una dintre problemele practice pe care le-am expus mai sus. Intr-o alta opinie, s-a decis ca simpla existenta a unor manopere avortive consuma infractiunea⁹¹, ceea ce ar presupune ca fapta protejeaza in principal sanatatea femeii insarcinate.

In fine, intr-o alta opinie, pe care o impartasim si noi datorita argumentelor prezentate mai jos, se considera ca obiectul principal este viata intrauterina⁹². Astfel, consideram ca viata intrauterina este si trebuie sa fie un interes protejat de catre stat, macar datorita considerentelor de politica demografica si din respect fata de morala ce protejeaza viata potentiala. Avortul este singura infractiune prin care normele dreptului penal pot sa asigure aceasta protectie si ar fi illogic ca si aceasta sa fie trecuta in plan secund intre obiectele infractiunii. Viata si integritatea fizica si sanatatea femeii insarcinate sunt suficient de mult ocrotite prin normele de drept comun, unele dintre acestea avand printre agravante si dispozitii relative la femeia insarcinata (art. 176 lit.e si 182 C. pen.). In aceste conditii, ar fi inutila introducerea unei infractiuni care sa protejeze din nou femeia insarcinata.

Pe de alta parte, textul art. 185 C. pen. prevede ca tentativa de avort se pedepseste. Or, daca aceasta fapta ar proteja in principal femeia, atunci ar fi o infractiune formala, ceea ce exclude tentativa. Nu credem ca legiuitorul ar fi incriminat o tentativa care nu exista.

De asemenea, faptul ca aproape toate agravantele faptei privesc sanatatea femeii nu constituie un argument suficient in sens contrar. Aceasta pentru ca ele nu vin sa schimbe obiectul infractiunii. Nimeni nu poate afirma ca daca la talharie o mare parte dintre agravante privesc viata si sanatatea victimei, patrimoniul nu mai este obiectul principal al infractiunii.

Ramane de raspuns la o eventuala obiectie potrivit careia avortul este ilicit totusi doar in anumite conditii, iar pana la 14 saptamani viata potentiala nu este protejata. Nu trebuie insa uitat ca avortul voluntar presupune un conflict de interese intre dreptul la viata al fatului si dreptul la viata privata al mamei, iar statele trebuie sa stabileasca linia de echilibru intre cele doua valori protejate⁹³. Or, impunand conditiile din art. 185 C. pen., legiuitorul roman pur si simplu a stabilit aceasta linie de echilibru, lucru repetat atunci cand a reglementat cauzele de nepedepsire.

⁸⁹ St. Bocanet, *Nota* la dec. nr. 62/1975 a Tj Prahova, s. pen. in RRD nr. 6/1976, p. 42-44; J. Grigoras, *Nota* la dec. nr. 5988/1971 a TS, s. pen. in RRD nr. 2/1973, p. 159

⁹⁰ G. Antoniu, *Comentariu* in T. Vasiliu (coord), *Codul penal al RSR comentat si anotat, partea speciala*, Ed. Stiintifica si Enciclopedica, Bucuresti 1975, p. 149; D.V. Mihailescu, *Reglementarea intreruperii cursului sarcinii si infractiunea de avort*, Ed. Stiintifica, Bucuresti, 1967, p. 85; T. Avrigeanu, *Provocarea ilegala a avortului* in RDP nr.2/1997, p. 30

⁹¹ TS, s. pen., dec. nr. 2638/1975 in RRD nr.7/1976, p. 61; TS, s. pen., dec. nr. 5988/1971 in RRD nr.2/1073, p. 156-157

⁹² opinia nu este formulata explicit, dar poate fi dedusa din solutia care se da situatiei in care se efectueaza manopere avortive asupra unei femei care nu era insarcinata, anume retinerea unei fapte putative. A se vedea V. Dobrinou, *Intreruperea cursului sarcinii in caracterizarea infractiunii de avort* in RRD nr.2/1970, p. 110; Tj Prahova, s. pen., dec. nr. 62/1975 in RRD nr. 6/1976, p. 41-42

⁹³ B. Mathieu, *op. cit.*, p. 1048-1050

Pentru toate aceste motive, consideram ca obiectul juridic al infractiunii de avort este viata embrionului, iar cel material produsul de conceptie. De aceea, autoprovocarea avortului este, in opinia noastra, infractiune, iar cerea de avort in conditii ilicite, instigare la infractiunea prevazuta de art. 185 C. pen. De asemenea, expulzarea unui copil viu in urma manoperelor avortive constituie tentativa de intrerupere a cursului sarcinii⁹⁴, iar, in lipsa sarcinii, efectuarea unor manopere de acest gen, constituie fapta putativa.

Pe de alta parte, consideram ca, pe viitor, fatul ar putea deveni subiect pasiv al infractiunii din culpa, dupa modelul francez prezentat mai sus, din ratiuni expuse acolo.

3. Provocarea intentionata a mortii. Ingerinte licite in exercitarea dreptului la viata

Desi este dreptul care protejeaza cea mai importanta valoare umana, baza pe care se grefeaza celelalte drepturi si libertati fundamentale, dreptul la viata nu este un drept absolut, existand atingeri licite ale acestuia, in situatiile in care se provoaca intentionat moartea unei persoane, iar legea autorizeaza aceasta fapta. Ingerintele licite ale dreptului la viata pot fi clasificate in doua categorii: aplicarea pedepsei cu moartea si alte situatii in care uciderea unei persoane nu este ilicita.

a) pedeapsa cu moartea⁹⁵

La nivel european, pedeapsa cu moartea este interzisa prin art. 1 al Protocolului 6 al Conventiei Europene a Drepturilor Omului⁹⁶. Acelasi text, in art. 2, permite totusi o exceptie de la art. 1, prevazand ca statele pot totusi sa prevada in legislatia nationala o asemenea pedeapsa pentru fapte comise in timp de razboi sau in caz de pericol iminent de razboi. Majoritatea statelor, intre care si Romania, au ratificat acest text, astfel ca, la ora actuala in Europa mai exista, formal in toate cazurile, pedeapsa capitala doar Grecia, Spania si Italia⁹⁷. Romania, ca si alte state⁹⁸, a prevazut in Constitutie abolirea pedepsei cu moartea.

La nivel mondial, pedeapsa capitala ramane, in ciuda unei opozitii crescande, o solutie in multe state. Dintre acestea, cel mai important sistem de drept in care aplicarea pedepsei cu moartea este obisnuita, e sistemul american, doar 16 state si District of Columbia abolind-o. In ciuda presiunilor opiniei publice, majoritatea democrata instalata la Curtea Suprema incepand cu 1988, a oprit evolutia spre interzicerea acestei pedepse, constandu-se ulterior o crestere a numarului de condamnari⁹⁹. Singura conditie este de a

⁹⁴ credem ca ar fi interesant de discutat solutia in situatia in care copilul nascut viu decedeaza ulterior din cauza manoperelor avortive. Credem ca trebuie sa ne raportam tot la fapta de la art. 185, care se va consuma astfel, pentru ca este relevanta calitatea subiectului pasiv din momentul comiterii actiunii incriminate, si nu din momentul producerii rezultatului (de exemplu, tentativa de omor comisa asupra unei persoane nu se va consuma intr-un omor deosebit de grav daca ulterior victima decedeaza, iar pana in acel moment a devenit militar)

⁹⁵ nu constituie obiect al studiului nostru prezentarea argumentelor pro si contra pedepsei capitale. Pentru o prezentare a lor, a se vedea St. Poenaru, *Pedeapsa cu moartea, pro si contra*, Ed. Lumina Lex, Bucuresti 1996

⁹⁶ pentru o prezentare a acestui text, a se vedea D. Mayer, *Le principe du respect par l'Etat du droit à la vie de ses citoyens doit-il être inconditionnel* in RSC 1986, p. 55 si urm.

⁹⁷ A. Bernardi, *Les principes de droit national et leur développement au sein de systèmes pénaux français et italienne* in RSC 1994, p. 29

⁹⁸ Germania (art. 102 din Constitutie), Suedia (art. 12 din Constitutie), Portugalia (art. 25 din Constitutie) etc. (a se vedea A. Bernardi, *op. cit.*, p. 29)

⁹⁹ astfel, prin decizia Stanford v. Kentuky (1989) s-a decis ca pedeapsa cu moartea poate fi aplicata si minorilor (in speta, de 16 si 17 ani), rasturnandu-se jurisprudenta anterioara – Thompson v. Oklahoma

elimina discretia juriului prin existenta a doua faze procesuale – una pentru stabilirea vinovatiei, alta pentru determinarea pedepsei – si existenta unor criterii obiective pentru juriu care trebuie sa identifice anumite agravante inainte de a pronunta pedeapsa¹⁰⁰.

b) alte situatii

Potrivit Curtii Europene a Drepturilor Omului, art. 2 implica pentru state *o obligatie pozitiva de a lua masuri preventive de ordin practic pentru a proteja persoana a carei viata este pusa in pericol. Autoritatile trebuie sa ia masuri concrete pentru a preveni materializarea unui risc cert si imediat pentru viata unei persoane*¹⁰¹. De asemenea, Curtea a decis ca art. 2 impune statelor obligatia de a asigura o forma de ancheta eficace atunci cand recursul la forta, in special cel al autoritatilor de stat, a condus la moartea unei persoane¹⁰². In plus, statul trebuie sa respecte si un principiu al proportionalitatii in situatiile in care se recurge la forta, fosta Comisie stabilind ca, chiar daca moartea n-a fost cauzata cu intentie si utilizarea fortei a fost legala, poate sa existe o atingere a dreptului la viata¹⁰³.

Conventia prevede in art. 2 trei situatii in care o atingere a dreptului la viata poate fi justificata: apararea contra unei violente ilegale, arestarea legala si prevenirea evadarii unei persoane detinuta in mod legal, reprimarea unei revolte sau insurectii. In toate cazurile inasa, recursul la forta trebuie sa fie absolut necesar¹⁰⁴, in acest context tinandu-se cont de natura scopului urmarit, de pericolul pentru viata sau integritatea corporala a unei persoane inerent situatiei, precum si de nivelul riscului pe care il presupune utilizarea fortei pentru victime¹⁰⁵.

Relativ la ceste exceptii, trebuie remarcat faptul ca, in ceea ce priveste legitima aparare, aceasta nu include si situatia in care se apara un bun¹⁰⁶. Din acest punct de vedere, dreptul penal roman, ca si acela al altor state europene¹⁰⁷, vine in contradictie aparenta cu dispozitiile conventionale. Am spus contradictie aparenta pentru ca, chiar daca art. 44 C. pen. vizeaza si protectia unui bun, in ipoteza uciderii celui care ataca patrimoniul, oricum nu s-ar retine legitima aparare, lipsind conditia proportionalitatii dintre atac si aparare.

(1988) – unde condamnarea la moarte a unui minor de 15 ani a fost declarata neconstitutionala. Tot astfel, prin decizia *Perru v. Lynaugh* (1989), Curtea Suprema a aprobat condamnarea capitala a unei persoane debile mintal, avand un stadiu al dezvoltarii psihice identic cu cel al unui copil de 6 ani (a se vedea C. Vroom, *La nouvelle jurisprudence de la Cour Suprême américaine sur la peine de mort* in RSC 1989, p. 933-841)

¹⁰⁰ Curtea Suprema a Statelor Unite, dec. *Furman v. Georgia* (1972), dec. *Gregg v. Georgia* (1976) apud C. Vroom, *op. cit.*, p. 833

¹⁰¹ CEDO, dec. *Osman* din 28.10.1998, § 115 publicata pe site-ul de internet al Curtii: www.echr.coe.int

¹⁰² CEDO, dec. *McCann* din 27.09.1995, § 161; dec. *Ergi* din 28.07.1998, § 82 publicate pe site-ul de internet al Curtii: www.echr.coe.int

¹⁰³ Comisia, dec. *Steward c. Marea Britanie*, plangere nr. 10044/1982 apud A. Dremczewski, *Compatibilité du droit interne avec la Convention européenne des droits de l'homme avant sa ratification: le modèle hongrois* in RUDH 1995, p. 203. In acelasi sens, Curtea de Casatie franceza, camera penala, dec. din 05.01.2000 in RSC 2000, p. 606-609 cu nota de Y. Mayaud

¹⁰⁴ CEDO, dec. *McCann*, precit., § 83; dec. *X si altii c. Cipru* din 09.10.1997 apud J. Pradel, G. Corstens, *op. cit.*, p. 300

¹⁰⁵ Comisia, dec. din 06.10.1986, plangere nr. 11257/1984 DR 49, p. 213

¹⁰⁶ G. Guillaume in L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert (coord.), *op. cit.*, p. 152

¹⁰⁷ de exemplu, *Franta, Marea Britanie*. A se vedea, pentru o prezentare completa a problemei R. Legeais, *Légitime défense et protection des biens: Aperçus de droit comparé* in RSC 1980, p. 325-336