



Antonia Baraggia*

La regolamentazione dell'aborto in Irlanda: quale lezione per le democrazie polarizzate?*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La costituzionalizzazione dell'aborto in Irlanda: l'VIII Emendamento. – 3. Il caso "Open Door" dalla *Supreme Court* alla Corte EDU. – 4. Il caso *Attorney General v. X*. – 5. La disciplina dell'aborto tra riforme costituzionali e lacune legislative. – 6. Il caso *A. B. and C. v. Ireland*: la Corte EDU e la "spinta gentile" verso una nuova regolamentazione dell'aborto. – 7. Un primo intervento legislativo: il *Protection of Life During Pregnancy Act*. – 8. "Repeal the 8th": un nuovo capitolo per la questione dell'aborto in Irlanda. – 9. Aborto, democrazia rappresentativa e partecipativa: la lezione del caso irlandese.

1. Introduzione

Nel complesso panorama della regolamentazione dell'aborto, il caso irlandese rappresenta, sotto molteplici profili, un esempio emblematico di graduale mutamento di paradigma ad opera dell'interazione tra ordinamento nazionale e sovranazionale e tra potere giudiziario e legislativo.

Un mutamento graduale che ha saputo contenere le polarità e le divergenze – sebbene presenti e persino marcate – nell'alveo della composizione democratica del conflitto con esiti meno dirompenti rispetto a quelli di altre esperienze contemporanee, su tutte quella degli Stati Uniti.

Mentre, infatti, le più recenti evoluzioni del sistema americano¹ vedono l'accentuarsi della polarizzazione e l'avverarsi di profonde fratture nella società e nelle istituzioni, il caso irlandese è stato in grado di ricomporre il conflitto sul terreno della legislazione, sollecitato dall'ordinamento internazionale e avallato dalla volontà popolare mediante l'istituto referendario da un lato e l'esperienza dell'Assemblea dei cittadini, dall'altro.

* Professoressa associata di Diritto Pubblico Comparato - Università degli Studi di Milano.

** Il testo costituisce una versione ampliata e rielaborata della relazione tenuta al seminario "Aborto, a che punto siamo? Italia, Europa e oltre", svoltosi il 12 febbraio 2021 presso l'Università di Roma La Sapienza, Facoltà di Economia.

¹ Il riferimento è ovviamente alla recente sentenza della Corte Suprema americana nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S., 2022. Sottoposto a *peer review*.

Eppure, le esperienze americana e irlandese, oggi così agli antipodi, presentano punti di contatto e, almeno in una prima fase, di reciproca influenza. Un punto di contatto, che avrebbe potuto portare a ipotizzare una omogeneità delle discipline in materia di aborto nei due ordinamenti si radica nel ruolo centrale rivestito dalla *privacy*, istituto antichissimo dei sistemi di *Common Law*. Questo terreno comune emerge anche da alcune sentenze che avevano preceduto il caso *Roe v. Wade*² negli Stati Uniti e dalla giurisprudenza coeva a *Roe*, in Irlanda.

La sentenza *Roe* attingeva infatti a piene mani dal *legal reasoning* della precedente pronuncia dei giudici supremi nel caso *Griswold v. Connecticut* (1965)³, la quale aveva ricavato, nella penombra di talune previsioni costituzionali⁴ un diritto alla *privacy*, il cui contenuto, sebbene sfuggente, era abbastanza ampio da comprendere situazioni soggettive connesse al matrimonio, alla procreazione, all'uso di contraccettivi, all'educazione dei figli, ovverosia tutte posizioni giuridiche che la Costituzione svincolava dalla interferenza statale. Direzione analoga era stata intrapresa anche dalla *Supreme Court* irlandese che nel 1974 (un anno dopo la *Roe v. Wade*) riconosceva e ricavava in Costituzione, nell'ambito dell'utilizzo di contraccettivi, un diritto innominato alla *privacy*, nel noto caso *McGee v. Attorney General*⁵.

Nonostante entrambi i casi siano ricordati come una "riscoperta"⁶ del diritto alla *privacy*, grazie all'accoglimento di una accezione costituzionale più estesa rispetto a quella originaria, le ripercussioni di questa ampia lettura della *privacy* sulla regolamentazione dell'aborto non avrebbero potuto essere le più diverse.

Negli Stati Uniti, infatti, il *right to privacy* è stato utilizzato in *Roe v. Wade* come base per il riconoscimento di uno statuto costituzionale del diritto all'aborto, subendo così una torsione rispetto al significato originario.

Diversamente è avvenuto, invece, in Irlanda. Guardando, infatti, con sospetto⁷ agli sviluppi della materia avvenuti oltre oceano, l'ordinamento irlandese ha sviluppato una particolare resistenza all'espansione del diritto alla *privacy* quale fondamento del diritto di abortire, evitando così le conseguenze più dirompenti della soluzione americana, ovvero «la sostituzione di un sistema di valori ad un altro» e «la recessione di un'intera filosofia giuridica che molto pregiava

² *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

³ Con la Sentenza *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965, la Corte Suprema dichiarò incostituzionali le norme che proibivano l'acquisto di contraccettivi anche a coppie sposate, configurando, tale divieto, una violazione della *privacy* coniugale e familiare. Si veda, tra gli altri, R.A. POSNER, *Legal Reasoning From the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights*, in *University of Chicago Law Review*, 59-1992, 445; G.H. REYNOLDS, *Sex, Lies and Jurisprudence: Robert Bork, Griswold and the Philosophy of Original Understanding*, in *Georgia Law Review*, 24-1990, 1062.

⁴ In particolare, dal IX Emendamento – che parla di diritti innominati e poi dal *due process of law* del XIV Emendamento.

⁵ *Mary McGee, Plaintiff v. The Attorney General and the Revenue Commissioners*, defendants, 1974, ir 284 at 298.

⁶ Parla in questi termini Bognetti, il quale osserva che il concetto di diritto alla *privacy* nasce nell'ordinamento americano verso la fine dell'Ottocento sul terreno della *Common Law*. Infatti, rileva l'autore, «il sistema americano del diritto comune (ordinario) offre una certa protezione al desiderio delle persone di non essere da terzi indagate ed esposte al pubblico in quella parte della loro vita privata che non riveste sostanziale, serio interesse per la comunità», G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, Torino, Giappichelli, 2000, 103. Per una approfondita disamina dell'origine e dell'evoluzione del diritto alla *privacy* nei sistemi di *Common Law* si veda D. FELDMAN, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

⁷ La dottrina irlandese è pressoché unanime nel ritenere che l'VIII Emendamento sia stato adottato in reazione e per timore di una possibile affermazione in via giurisprudenziale del diritto ad abortire, sulla scorta di quanto avvenuto negli Stati Uniti. Sul punto, si veda in particolare J. KINGSTON-A. WHELAN-I. BACIK, *Abortion and the Law*, Dublin, Round Hall Sweet & Maxwell, 1997.

tutte le libertà dell'uomo, ma che nell'ambito della vita intima della persona le riteneva pur sempre limitabili e coercibili, in funzione di valori fondamentali»⁸.

Oltre che intimorita dalla scelta di valore compiuta dall'ordinamento americano, l'Irlanda aveva un altro genere di preoccupazione, la stessa che invero era stata espressa direttamente dal giudice White nella *dissenting opinion* al caso *Roe*, secondo il quale la Corte aveva dato sfoggio di uno «stravagante esercizio del potere legislativo», sottraendo la definizione del bilanciamento tra diritto alla vita e alla *privacy* della donna e del diritto alla vita del feto «al processo politico cui il popolo ha demandato il governo dei loro affari»⁹.

All'indomani della sentenza, *McGee* la dottrina irlandese non ha infatti mancato di precisare che, pur potendosi dalla Costituzione implicitamente ricavare un divieto di abortire, diveniva necessario ed urgente intervenire attraverso una revisione costituzionale «*in order to prevent an undemocratic usurpation by a future generation of Irish judges of the right of the electorate to determine abortion policy*»¹⁰.

Tale revisione non si è fatta attendere a lungo. L'Ottavo Emendamento alla Costituzione irlandese, approvato nel 1983, afferma che lo Stato riconosce il diritto alla vita del nascituro e, avendo riguardo al corrispettivo diritto alla vita della madre, si impegna a garantirne il rispetto e a difenderlo mediante le proprie leggi.

La modifica costituzionale ha contribuito per molto tempo a delineare l'alveo entro il quale si sarebbero orientate la dottrina e la giurisprudenza successive. Un alveo i cui argini hanno tenuto fino al 2018, sebbene continuamente sottoposti a molteplici input: taluni derivanti dall'attività interpretativa della giurisprudenza interna, e altri, ancora più incisivi, conseguenza dei vincoli provenienti dall'ordinamento europeo¹¹ e dagli obblighi internazionali assunti dall'Irlanda, in particolare relativi all'adesione alla Convenzione europea dei Diritti dell'uomo.

Il presente contributo ripercorre le tappe della regolamentazione dell'aborto in Irlanda e intende mettere in luce le molteplici interazioni popolo, corti e legislatore: un intreccio virtuoso, sebbene non privo di tensioni, che ha contribuito alla progressiva definizione della regolamentazione dell'aborto nel contesto irlandese.

⁸ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., 107.

⁹ Si tratta, in altri termini, come rilevava nel 1974 Bognetti, di «un'ennesima, incisiva riforma realizzata da un giudiziario che da vent'anni non si stanca di stupire l'opinione pubblica per l'audacia con cui adopera lo strumento dell'interpretazione costituzionale a rinnovare le strutture e il volto dell'ordinamento giuridico», G. BOGNETTI, *Esperienze straniere: la libertà di abortire, diritto della donna costituzionalmente garantito*, in M. IACOMETTI (a cura di), *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, Milano, Giuffrè, 2015, 14.

¹⁰ J.M. KELLY, *The Irish Constitution*, Dublin, Butterworths, 2003, 1496.

¹¹ Non si affronterà in questa sede la complessa vicenda dei rapporti tra l'ordinamento comunitario e quello irlandese sviluppatasi intorno alla normativa irlandese in materia di aborto. Basti qui solo ricordare che in vista della *Ratifica del Trattato di Maastricht* nel 1992 l'Irlanda ha provveduto ad introdurre un Protocollo (Protocollo n. 17) che dichiarava che gli atti dell'Unione Europea non avrebbero influenzato l'applicazione in Irlanda dell'art. 40.3.3° Cost. Anche la Corte di Giustizia si è pronunciata sui profili inerenti il diritto comunitario implicati dalla regolamentazione irlandese sull'aborto, in particolare nel noto caso *Society for the Protection of Unborn Children Ltd v. Grogan*, 1992. Per i rapporti tra l'ordinamento irlandese e quello comunitario si veda D.R. PHELAN, *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Dublin, Round Hall Sweet & Maxwell, 1997.

2. La costituzionalizzazione dell'aborto in Irlanda: l'VIII Emendamento

L'VIII Emendamento alla Costituzione irlandese fu approvato nel 1983 dal 66% dei votanti (solo 53% degli aventi diritto partecipò alla consultazione)¹².

Esso affermava: «*The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that rights*».

Tale formulazione fu l'esito di un acceso dibattito circa la natura del diritto alla vita riconosciuto al nascituro e il momento dal quale tale protezione avrebbe dovuto avere inizio. L'originaria proposta dei sostenitori del referendum era formulata nel senso di garantire il diritto assoluto alla vita del feto fin dal concepimento. Questa proposta, che poneva l'accento sul carattere assoluto del diritto alla vita del feto, risultava tuttavia inaccettabile anche alla luce della dottrina della chiesa cattolica¹³, che pur era tra le principali componenti a sostegno dell'emendamento. Anche la formulazione esplicita del concepimento come momento in cui il diritto alla vita del feto doveva essere garantito¹⁴ alla fine non trovò accoglimento nella versione finale dell'emendamento, perché avrebbe pregiudicato la legittimità di alcuni mezzi contraccettivi in uso (es. la c.d. "pillola del giorno dopo"), ulteriormente restringendo la libertà nell'uso di contraccettivi già piuttosto limitata – soprattutto in prospettiva comparata – delle donne irlandesi.

La versione finale dunque non definiva né l'assolutezza né tantomeno il momento di inizio della protezione accordata alla vita del feto, con la conseguenza che tale formulazione era carica di ambiguità, essa poteva sembrare «*innocuous or merely aspirational*»¹⁵ oppure come rileva Kommers, essa «*could be constructed to ban abortion altogether, or like the policies of most other countries, to permit abortion in the presence of specified conditions or to provide for term solutions by allowing elective abortions early on but punishing them after a specified period*»¹⁶.

È proprio alla luce di queste ampie possibilità interpretative dell'VIII Emendamento che si inserisce la giurisprudenza, sia nazionale che sovranazionale in tema di aborto e che ha contribuito a definire i contorni del bilanciamento posto in costituzione.

¹² B. GIRVIN, *Social Change and Moral Politics: The Irish Constitutional Referendum 1983*, in *Political Studies*, 34-1986, 61 ss.

¹³ L'affermare la natura "assoluta" del diritto alla vita del feto si sarebbe posta in contrasto con la posizione cattolica che ammette, nel caso di gravidanza ectopica oppure nel caso di necessaria rimozione dell'utero affetto da tumore di una donna in stato di gravidanza (isterectomia), di sacrificare la vita del feto per salvare la vita della madre, (il c.d. "doppio effetto"). Nel caso dell'isterectomia non si sarebbe, infatti, trattato di aborto, ma dell'effetto indiretto di una operazione volta a salvare la madre (e non direttamente ad uccidere il feto). D. CLARKE, *Abortion and the principle of double effect*, in *Irish Medical times*, 2 aprile 1982.

¹⁴ Solo nel 2009, nel caso *Roche v. Roche* (2009) IESC 82, la Corte suprema, chiamata a stabilire se un embrione congelato costituisse un "unborn life" ai sensi dell'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese, dichiarò che la protezione accordata all'*unborn life* riguarda solo gli embrioni che si sviluppano in utero e che in ogni caso spetta al legislatore stabile quando la vita abbia inizio.

¹⁵ F. DE LONDRAS-M. ENRIGHT, *Repealing the 8th: Reforming Abortion Law in Ireland*, Policy Press, 2018, 54.

¹⁶ D.P. KOMMERS, *Autonomy, Dignity and abortion*, in T. GINSBURG-R. DIXON (a cura di), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edwin Elgar Publisher, 2011, 443.

3. Il caso “Open Door” dalla Supreme Court alla Corte EDU

Il primo banco di prova relativo all’applicazione dell’VIII Emendamento è stato il ricorso presentato nel 1985 da una associazione antiabortista, la *Society for the Protection of Unborn Children* (SPUC), contro due cliniche, la *Open Door Counselling* e la *Dublin Well Woman Centre*, che fornivano consulenza in merito alle possibilità abortive praticabili all’estero. La SPUC sosteneva che tale attività violasse l’VIII Emendamento nella parte in cui sanciva la protezione da parte dell’ordinamento della vita del nascituro. La *High Court*, investita del ricorso accolse i rilievi della SPUC, ritenendo il diritto alla vita del nascituro un diritto fondamentale, la cui tutela non poteva essere affievolita in nome del diritto alla *privacy*, della libertà di informazione o di associazione¹⁷ ed emise una ingiunzione che proibiva l’attività delle cliniche in giudizio.

Nel ricorso di appello, la *Supreme Court* confermò, all’unanimità, la sentenza di primo grado, ritenendo che non si potesse far discendere dalla Costituzione un diritto implicito ad essere informati circa i servizi abortivi disponibili all’estero – come invece sostenevano le due cliniche – in quanto «*if availed of, would have the direct consequence of destroying the expressly guaranteed constitutional right to life of the unborn*». La Corte suprema, inoltre, riconobbe la natura *self-executing* dell’art. 40.3.3° Cost., affermando che «*the vindication of fundamental rights was not dependent on existence of legislation*».

Il caso venne successivamente sottoposto all’attenzione della Corte EDU nel 1992¹⁸, la quale affermò (15 giudici contro 8) che le restrizioni circa la possibilità di diffondere informazioni perseguivano uno scopo legittimo, individuato nella protezione della morale, di cui la tutela del diritto alla vita del nascituro costituisce una delle declinazioni¹⁹. Tuttavia, la Corte ha anche riconosciuto che le restrizioni fossero «*over broad and disproportionate*» in relazione al fine ad esse riconosciute e ha condannato per tanto l’Irlanda per violazione dell’art. 10 CEDU.

Controversi erano gli effetti della pronuncia della Corte EDU: l’Irlanda, infatti, aveva adottato un modello dualista nei rapporti con il sistema CEDU e non aveva ancora provveduto ad incorporare nel diritto interno la Convenzione – incorporazione avvenuta nel 2003 con l’*ECHR Act*²⁰ - con la conseguenza che la sentenza in esame non costituiva un superamento della giurisprudenza della *Supreme Court*. La Convenzione vincolava lo Stato solo sul piano internazionale, e per tanto gli imponeva di adeguare la propria legislazione agli standard fissati dalla Convenzione.

Anche a questo fine, meno di un mese dopo la sentenza in esame, venne introdotto il XIV Emendamento della Costituzione irlandese, che rendeva legale l’attività di fornire informazioni

¹⁷ Si legge nella sentenza del caso *S.P.U.C. v. Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Woman Center*, che «*no right could constitutionally arise to obtain information the purpose of the obtaining of which was to defeat the constitutional right to life of the unborn child*».

¹⁸ *Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Women Centre Ltd and others v. Ireland*, application n. 14234/88.

¹⁹ Non sono mancate in dottrina voci che hanno criticato l’argomentazione della Corte, basata sul rispetto della morale e non invece direttamente sulla protezione della vita del nascituro. Sul punto R. BYRNE-W. BINCHY, *Annual Review of Irish Law*, Dublin, 1992, 189.

²⁰ Per una attuale disamina del tema dell’incorporazione della Convenzione, si veda F. DE LONDRAS-C. KELLY, *European Convention on Human Rights Act*, Dublin, Round Hall Sweet & Maxwell, 2010. Interessante pare rilevare che nel sistema delle fonti irlandesi la Convenzione rimane subordinata alla Costituzione (ed in particolare alle previsioni a tutela dei diritti individuali ex art. 40.3 Cost.).

in Irlanda circa le possibilità abortive esperibili all'estero, aggirando così l'ostacolo posto dalla lettura restrittiva dell'VII emendamento.

4. *Il caso Attorney General v. X*

Contestualmente all'*Open Door case*, il dibattito sull'aborto in Irlanda si era incentrato sul caso *Attorney General v. X*, che è considerato «*the most controversial case ever to come before an Irish court*»²¹. Si trattava del caso di una quattordicenne che, rimasta incinta dopo aver subito una violenza, intendeva abortire in Inghilterra. Tuttavia, l'*Attorney general* mediante una *injunction* diffidò la ragazza (e i suoi genitori) dal lasciare l'Irlanda al fine di abortire. La Corte Suprema, adita in appello, venne così investita del compito di trovare il concreto bilanciamento, in assenza di una legislazione attuativa del dettato costituzionale, tra il diritto costituzionale alla vita della madre e quello del nascituro, bilanciamento che oltretutto, per il profilo che riguardava la libertà di circolazione veniva ad intrecciarsi con gli obblighi comunitari assunti dall'Irlanda.

La *holding* della Corte Suprema nel caso in esame costituisce ancora oggi l'unica interpretazione consolidata del dettato costituzionale: essa ha affermato che in Irlanda è ammessa la possibilità di ricorrere all'aborto in maniera legale solo se «*there is a real and substantial risk to the life, as distinct from the health, of the mother, which can only be avoided by termination of her pregnancy*». E tra le condizioni che consentono di ricorrere all'aborto la Corte ha annoverato anche il caso in cui la donna manifesti il rischio di commettere suicidio, considerato, questo, un *real and substantial risk* per la vita della stessa.

Quello identificato dalla Corte suprema nel 1992 rappresenta il risultato del bilanciamento tra due diritti costituzionali, il diritto alla vita del nascituro e della madre²², e costituisce il test per poter considerare legale un aborto praticato in Irlanda. Sia solo concesso di accennare che il fatto che il risultato di tale contemperamento è avvenuto ad opera della giurisprudenza, conferma il timore manifestato sin dagli anni Settanta dalla dottrina, ovvero che «*the failure by the Oireachtas to consider any legislation has passed the power to appointed judges*»²³.

Anzi, come acutamente sottolinea Gearty, «*the 1983 amendment, trumpeted at the time as Ireland's gilded guarantee against abortion, has effectively legalized that which it was designed to prevent. The campaigners for a 'yes' vote could be seen, with retrospective wisdom, to have been (in their terms) misguided facilitators of at least limited foeticides*»²⁴.

²¹ J.M KELLY, *The Irish Constitution*, cit., 1503.

²² In dottrina si è a contrario sostenuto che la Corte abbia evitato di interpretare il diritto alla vita del feto in armonia con il testo costituzionale: «*Thus, the fact that the fetus has a right to life does not in itself justify interpreting that right as imposing positive obligations on others Without explanation. As a matter of constitutional law, the courts should have interpreted the fetal right to life not as an isolated legal rule but in relation to the whole Constitution of which it is a part. Constitutionally endorsed interests, such as women's constitutional rights, should have informed the interpretation of Article 40(3)(3). The courts normally apply the doctrine of harmonious interpretation, a kind of principle of constitutional coherence, when construing constitutional provisions (...). This degree of prioritization of fetal life over other constitutionally endorsed values indicates a tendency towards absolutism. The fact that the judges understood the issues as requiring the prioritization of the value of fetal life to this extent, without feeling that they had to provide an explanation, suggests that the relevant issues were framed through a fundamentalist abortion narrative*», R. FLETCHER, 'Pro-Life Absolutes', *Feminist Challenges: The Fundamentalist Narrative of Irish Abortion Law 1986–1992*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 36, 1-1998, 45 ss.

²³ P. CHARLETON, *Judicial discretion in abortion: the Irish perspective*, in *International Journal of Law and the Family*, 6-1992, 374.

²⁴ C. GEARTY, *The Politics of Abortion*, in *Journal of Law and Society*, 19-1992, 443.

Con la sentenza in esame, tuttavia, la Corte non si è addentrata nel profilo relativo alla sussistenza o meno della libertà di circolazione al fine di usufruire di servizi abortivi in uno Stato estero, ritenendo che ciò non fosse necessario per risolvere il caso concreto, e anzi tre dei giudici della Corte affermarono che in ogni caso il diritto di circolazione della donna si sarebbe dovuto ritenere subordinato al diritto alla vita del nascituro. Questa affermazione, insieme alla mancanza di una chiara indicazione della Corte sul tema, ha gettato seri dubbi tanto sul piano giuridico che politico intorno alla portata e all'interpretazione del Protocollo n. 17 allegato al Trattato di Maastricht, introdotto al fine di preservare la disciplina in materia di aborto da possibili influenze e modifiche da parte della normativa comunitaria. Questa previsione, alla luce delle incertezze giurisprudenziali sul tema avrebbe potuto, infatti, portare ad una limitazione della libertà di circolazione laddove non sussistesse un concreto rischio per la salute della donna. Per fugare tali dubbi, il Governo irlandese ha provveduto a far sottoscrivere agli Stati membri una dichiarazione solenne che forniva l'autentica interpretazione del Protocollo, affermando che *«that it was and is their intention that the Protocol shall no limit freedom either to travel between member States or, in accordance with conditions which may be laid down in conformity with Community law, by Irish legislation, to obtain or make available in Ireland information relating to services lawfully available in member States»*.

Tuttavia, se ciò ha contribuito a gettar luce su un profilo complesso e problematico inerente il rapporto tra l'ordinamento interno e quello comunitario, non è bastato a sopire il dibattito che si era sviluppato tanto in dottrina che in giurisprudenza sin dall'introduzione del VIII Emendamento, circa la necessità o meno di una legge di dettaglio che specificasse le condizioni e le modalità procedurali per poter accertare ed ottenere un *lawful abortion* nell'ordinamento irlandese²⁵.

5. La disciplina dell'aborto tra riforme costituzionali e lacune legislative

Gli esiti dei casi sottoposti alle Corti nazionali e sovranazionali hanno dato un ulteriore impulso all'evoluzione della regolamentazione dell'aborto in Irlanda.

Infatti, come già si è accennato, al fine di rimuovere qualsiasi potenziale conflitto tra la previsione costituzionale e gli obblighi internazionali assunti dall'Irlanda, potenzialità che l'*Open Door Case* aveva messo in luce, sono stati introdotti due nuovi emendamenti (XIII e XIV) all'art. 40.3.3° della Costituzione irlandese, con i quali da un lato si è prevista esplicitamente la possibilità per una donna di recarsi all'estero per abortire anche ove non sussistano le condizioni per un aborto legale in Irlanda, e dall'altro la libertà di fornire informazioni sul

²⁵ Emblematiche sono le parole del giudice Mc Carty nella sentenza relativa all'*X Case*: *«In the context of the eight years that have passed since the amendment was adopted and the two years since Grogan's case, the failure by the legislature to enact the appropriate legislation is no longer just unfortunate; it is inexcusable. What are pregnant women to do? What are the parents of a pregnant girl under age to do? What are the medical professions to do? They have no guidelines save what may be gleaned from the judgments in this case. What additional considerations are there? Is the victim of rape, statutory or otherwise, or the victim of incest, finding herself pregnant, to be assessed in a manner different from others? The amendment, born of public disquiet, historically divisive of our people, guaranteeing in its laws to respect and by its laws to defend the right to life of the unborn, remains bare of legislative direction»*.

territorio irlandese circa le possibilità e i servizi abortivi presenti altrove²⁶. Un terzo emendamento, invece, volto a costituzionalizzare quanto la giurisprudenza aveva precisato nell'*X case*, ovvero estendere il concetto di rischio sostanziale per la vita della madre anche al caso di rischio di suicidio della stessa, non è stato approvato²⁷.

Se si guarda ai successivi interventi attuativi del dato costituzionale, emerge che solo alla previsione che riconosce la libertà di diffondere informazioni in materia di aborto è stata data attuazione con il *Regulation of Information (Services Outside the State for Termination of Pregnancies)*²⁸ del 1995, mentre nessun intervento legislativo ha contribuito a specificare i termini e il contenuto dell'art. 40.3.3° Cost. come modificato dall'VIII Emendamento.

Si tratta di un punto problematico, messo in rilievo sia dalla giurisprudenza, sia dalla dottrina e sollevato anche a livello politico, come emerge dagli atti del *Constitution Review Group*²⁹ del 1996, dove si legge che «*the only practical possibility*» sarebbe l'introduzione di una legislazione riguardante «*definitions, protection for appropriate medical treatment, certification for real and substantial risk to the life of the mother and a time-limit on lawful termination of pregnancy*», e dal *Green Paper Report*³⁰ del 1999, che ha individuato ben sette possibili interventi di riforma³¹.

Nessuno di questi documenti ha tuttavia contribuito a dare impulso per colmare le lacune che essi stessi rilevavano. L'unico tentativo di ridefinire i presupposti per ottenere un aborto legale in Irlanda si è realizzato nel 2002, quando è stata avanzata la proposta di escludere, mediante un espresso riferimento in Costituzione, tra le condizioni legittimanti l'aborto il rischio attuale di suicidio per la donna, che era stato introdotto dalla giurisprudenza del caso X. Tuttavia, questa proposta è stata rigettata, sebbene di misura (629.041 voti contro 618.485 voti) dal popolo irlandese, confermando la vigenza dello *status quo ante* in materia di regolamentazione dell'aborto: ovvero un bilanciamento in cui alla donna è consentito abortire

²⁶ Art. 40.3.3°: «*This subsection shall not limit freedom to travel between the State and another State. This subsection shall not limit freedom to obtain or make available, in the State, subject to such condition relating to services lawfully available in another States.*»

²⁷ Si veda G. HOGAN, *Law, Liberty and the Abortion Controversy*, in A. WHELAN (a cura di), *Law and Liberty in Ireland*, Dublin, Oak Tree Press, 1993.

²⁸ Questa legge prevede in quali casi e a quali condizioni le informazioni relative ai servizi e agli strumenti abortivi ammessi in altri Stati possano essere messe a disposizione delle singole donne o del pubblico irlandese. Per una dettagliata ricostruzione di tale legislazione, si rimanda a J. KINGSTON-A. WHELAN-I. BACIK, *Abortion and the Law*, cit., 195 ss.

²⁹ Il *Constitution Review Group* era un comitato, istituito dal Governo irlandese nel 1995, composto da 15 membri, in prevalenza giuristi, ma anche, in misura minoritaria economisti, sociologi, esperti di pubblica amministrazione e di istruzione. La sua mission era quella di «*review the Constitution, and in the light of this review, to establish those areas where constitutional change may be desirable or necessary*», al fine di assistere il neo istituito *All-Party Oireachtas Committee on the Constitution* (un comitato parlamentare preposto all'esame e alla formulazione di proposte circa la revisione costituzionale). Il *Constitution Review Group* ha redatto un report, nel 1996, nel quale veniva esaminata la necessità di provvedere alla revisione di diverse disposizioni della Costituzione, dal preambolo, a quelle relative al ruolo della Supreme Court e ai rapporti tra legislativo e giudiziario, fino a quelle inerenti i diritti fondamentali, come nel caso che qui rileva. Per il testo si rimanda al sito dell'*All-Party Oireachtas Committee on the Constitution*, www.constitution.ie/reports/crg.pdf.

³⁰ Si tratta di un documento redatto dal Governo irlandese, il cui obiettivo, stante la diffusa necessità di provvedere ad una revisione della disciplina sull'aborto, era quello di «*to set out the issues, to provide a brief analysis of them and to consider possible options for the resolution of the problem*». Per il testo si rimanda a www.taoiseach.gov.ie.

³¹ Le possibili linee di riforma individuate sono: 1. prevedere un divieto assoluto di abortire; 2. introdurre un emendamento in Costituzione al fine ammettere l'aborto a condizioni più restrittive di quelle stabilite dall'*X case*; 3. riaffermare lo *status quo*; 4. mantenere lo *status quo*, ma con un intervento legislativo che affermi il divieto di abortire; 5. introdurre una legislazione che ammetta l'aborto nelle circostanze stabilite dall'*X Case*; 6. ritornare alla situazione precedente all'introduzione dell'VIII Emendamento; 7. permettere l'aborto sulla base dei requisiti stabiliti dall'*X Case*.

solo in caso di rischio sostanziale e reale alla propria vita e alla quale è riconosciuta la libertà di circolazione e di informazione al fine di abortire all'estero.

6. Il caso *A. B. and C. v. Ireland: la Corte EDU e la “spinta gentile” verso una nuova regolamentazione dell’aborto*

Come già testimonia il caso *Open Door*, l’influenza del livello sovranazionale sull’evoluzione della disciplina irlandese in materia di aborto è stata decisiva. Ciò trova conferma anche nel caso *A.B.C. v. Ireland* deciso dalla Corte EDU.

Nella sentenza in esame la Corte ha affrontato in punta di penna il delicato compito, che le è proprio, della valutazione della conformità di discipline normative nazionali, espressive di un bilanciamento operato dagli Stati membri tra diritti costituzionalmente garantiti, con i diritti affermati dalla Convenzione, necessitanti essi stessi di un bilanciamento.

Siamo di fronte, in altri termini, ad un bilanciamento che si realizza tra diritti i cui contorni non sono sempre cristallini ed anzi che avviene in un terreno segnato dall’inestricabile intreccio tra la vita del nascituro e quella della donna che, come riconosce la Corte stessa «*becomes closely connected with the developing foetus*»³² [§ 213].

La decisione prende le mosse dal ricorso promosso da tre donne che lamentano la violazione da parte dell’Irlanda degli artt. 2, 3, 8, 13 e 14 della CEDU. Differenti sono le posizioni e le doglianze delle prime due donne rispetto a quella della terza.

Per le prime due ricorrenti, infatti, la decisione di abortire è stata determinata non da reali condizioni di rischio per la loro vita ma da ragioni inerenti un più generale concetto di salute e di benessere psico-fisico (la prima aveva problemi di alcolismo, era già madre di tre figli, affidati ad assistenti sociali) ed economico (la seconda non poteva prendersi cura di un figlio).

Diversa è la posizione della terza ricorrente, malata di una rara forma di cancro che lamenta di aver avuto informazioni insufficienti dai medici cui si è rivolta circa l’impatto della gravidanza sulla sua vita e sulla sua salute (in merito per esempio al rischio di recidiva della malattia) e anche sulle possibili conseguenze delle sue terapie sulla vita del feto (infatti, all’insaputa del suo stato di gravidanza si era sottoposta ad accertamenti che avrebbero potuto determinare conseguenze negative per il feto). Essa è ricorsa alla possibilità di abortire all’estero, lamentando, tuttavia l’assenza di una legge attuativa del dettato costituzionale volta a definire una procedura mediante la quale avrebbe potuto accertare la presenza delle condizioni per praticare un aborto legale in Irlanda.

Essa lamenta in particolare che la mancanza di una legislazione attuativa delle previsioni di legge abbia comportato una violazione dell’art. 8 CEDU, laddove esso stabilisce l’obbligo degli Stati di adottare misure al fine di rendere effettivo il diritto sancito dall’articolo stesso, che nel

³² Si tratta di una consapevolezza che si rintraccia costantemente nella (non copiosa) giurisprudenza della Corte in tema di aborto, a partire dal caso *Brügge and Scheuten v. Federal Republic of Germany* del 1977 (deciso dalla Commissione dei diritti umani), al caso *Paton v. UK* del 1980, fino ai più recenti, *Tysiac v. Poland* del 2007 e quello qui in esame.

caso di specie si configurano come misure volte a consentire alla ricorrente di poter stabilire se la sua situazione presentasse i requisiti per poter accedere ad un aborto legale in Irlanda.

La Corte ritiene che sotto questo profilo in Irlanda manchi un intervento del legislatore volto a dare attuazione alle scelte (legittime) operate dal Costituente e tale soprattutto da chiarire i termini che definiscano la fattispecie di *lawful abortion* (e quindi anche i casi in cui l'aborto non rientri nella fattispecie di reato prevista dal 1861 Act, ad oggi vigente).

Non sarebbero a tal fine sufficienti le ordinarie procedure di consultazione medico-paziente, come invece sostiene il governo irlandese, perché non permettono alcuna individuazione concreta dei criteri legittimanti l'aborto. Anche la seconda soluzione avanzata dal governo irlandese, ovvero il ricorso in via giudiziaria e in particolare alla Corte costituzionale al fine da affidare alla stessa l'accertamento dei requisiti per ottenere un aborto legale, non viene accolta dalla Corte, in quanto essa non considera che «*the constitutional courts are the appropriate fora for the primary determination as to whether a woman qualifies for an abortion which is lawfully available in a State*» [§258].

Questi essendo i rilievi della Corte, essa giunge a sanzionare la lacuna legislativa che diffusamente era stata rilevata in dottrina (a partire dall'*X Case*) e a cui si è costantemente cercato di porre rimedio, ma fino ad ora senza successo. Già il *Constitution Review Group* del 1995 e il *Green Paper on Abortion* del 1999, come accennato, avevano infatti sostenuto, tra le diverse alternative, l'opportunità di dare attuazione mediante un intervento legislativo all'art. 40.3.3° Cost, rilevando che «*the main advantage of this approach is that it would provide a frame work within which the need for an abortion could be assessed, rather than resolving the question on a case by case basis before the Courts*»³³, anche se tuttavia era chiara la delicatezza di un simile compito a fronte del fatto che «*there is a limit to what legislation can achieve by way of definitions as ultimately the interpretation of Article 40.3.3° is a matter for the Courts*»³⁴.

La decisione della Corte nel caso in esame pare, in definitiva, rispettosa di quanto previsto nell'ordinamento irlandese, e anzi, nel sollecitare l'intervento del legislatore, sembra avallare non solo una soluzione inscritta nella stessa evoluzione della legislazione in materia, sviluppatasi al fine di evitare che i casi in materia di aborto fossero affidati in via esclusiva alle valutazioni *case by case* del potere giudiziario, ma soprattutto che oggi, per l'Irlanda, appare come quella costituzionalmente necessaria.

Sembrerebbe che la Corte abbia rinunciato ad addentrarsi nel terreno scivoloso dell'art. 2, che richiederebbe forse una presa di posizione circa la titolarità del diritto alla vita da esso tutelato³⁵, sulla quale fino ad ora la stessa ha evitato di esporsi³⁶.

³³ *Report of the Constitution Review Group*, Dublin, Stationery Office, 1996.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Come ha osservato autorevole dottrina, infatti, diversamente dall'art. 4 della *American Convention on Human Rights*, che afferma che il diritto alla vita deve essere protetto «*in general, from the moment of conception*», l'art. 2 della CEDU non si esprime intorno alle limitazioni temporali al fine di identificare il soggetto titolare del diritto e in particolare non definisce il concetto di "everyone", cui viene riconosciuto tale diritto. Sul punto si veda G. JACOBS-R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 69.

³⁶ La titolarità o meno del diritto alla vita ex art. 2 CEDU è tutt'oggi un punto aperto. Nei casi in cui la Corte ha avuto a che fare con l'art. 2 in materia di aborto si è sempre ben guardata da considerare il feto soggetto del *right to life* dell'art. 2. Si vedano in particolare *Paton v. UK*, (1980), *H. v. Norway* (1985) e *Vo v. France* (2005).

Si tratta tuttavia di una ritrosia comprensibilmente consolidata³⁷ di fronte ad una materia, quella dell'inizio della vita, che corre lungo profonde divergenze e fratture che si manifestano non solo *tra* gli Stati, ma anche, e sempre più spesso, all'interno dei loro stessi ordinamenti e delle loro società.

E anzi, proprio questa ultima incertezza potrebbe rivelarsi un fattore decisivo per permettere alla Corte di interpretare al meglio il compito di «custodire la meravigliosa ricchezza della diversità o se non altro di non logorarla con rigide soluzioni uniformi e valide indistintamente per tutti gli Stati aderenti»³⁸, a maggior ragione in un ambito come l'aborto in cui «*any new consensus [...] will emerge from common reflection about uncertainties, rather than from shared certitude*»³⁹.

7. Un primo intervento legislativo: il Protection of Life During Pregnancy Act

Il monito della Corte EDU non è passato inascoltato: il governo irlandese ha, infatti, nominato un comitato di esperti (tanto medici che giuristi) al fine di proporre soluzioni che implementassero le indicazioni fornite dai giudici di Strasburgo⁴⁰. I lavori non erano ancora conclusi che un altro drammatico evento scosse l'opinione pubblica: la morte di Savita Halappanavar⁴¹ a seguito del rifiuto dei medici di eseguire un intervento abortivo, pur in presenza di un'infezione che avrebbe compromesso la vita della donna.

Questo episodio è stato letto come un'ulteriore conferma della necessità di definire in quali casi i medici irlandesi potessero praticare aborti senza timore di essere perseguiti penalmente. Di lì a qualche settimana il Governo irlandese ha pubblicato i risultati del gruppo di esperti⁴² e anche la *Irish Human Rights Commission*⁴³ ha avviato una consultazione sul report con il coinvolgimento della società civile.

Il 30 luglio 2013, il Parlamento irlandese ha approvato il *Protection of Life during Pregnancy Act* (PLDPA) che, pur lasciando impregiudicata la punibilità dell'aborto, individuava alcune circostanze che costituivano un'eccezione al divieto penale e trasponeva in legge le indicazioni della *Irish Supreme Court* nel caso X. La legge in oggetto giungeva, dunque, a colmare le lacune

³⁷ *Brüggeman and Schenten v. Federal Republic of Germany*, 1977, application n. 6959/75, Sent. *H. v. Norway*, 1992, application n. 17004/90, *Vo v. France*, 2005, application n. 53924/00. In generale si veda G. HOGAN, *The Right to life and the Abortion Question under the European Convention on Human Rights*, in L. HEFFERNAN (a cura di), *Human Rights: A European Perspective*, Dublin, Round Hall Press, 1994.

³⁸ P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007, 146.

³⁹ B. BERGER, *The War over the Family: Capturing the Middle Ground*, New York, 1993, 81.

⁴⁰ C. O'SULLIVAN-J. SCHWEPPE-E. SPAIN, *Article 40.3.3 and the Protection of Life During Pregnancy Bill 2013: The Impetus for, and Process of, Legislative Change*, in *International Journal of Law and Social Sciences*, 3-2013, 1.

⁴¹ C. MURRAY, *The Protection of Life During Pregnancy Act 2013, Suicide, Dignity and the Irish Discourse on Abortion*, in *Socio-Legal Studies*, vol. 25, 6-2016; R LENTIN, *A Woman Died: Abortion and the Politics of Birth in Ireland*, in *Feminist Review*, 105-2016, 130 ss.

⁴² Department of Health and Children, *Ryan S et al Report of the Expert Group on the Judgment in A, B and C v. Ireland*, November 2012, www.dohc.ie.

⁴³ Irish Human Rights Commission, *Observations on the Protection of Life During Pregnancy Bill*, July 2013, www.ihrc.ie.

legislative circa il bilanciamento tra il diritto alla vita del nascituro e della donna, in particolare nei casi in cui quest'ultima fosse a rischio concreto ed effettivo della vita⁴⁴.

La legge, che innanzitutto abrogava le Sezioni 58 e 59 dell'*Offence Against the Person Act* del 1861, che rendevano l'aborto penalmente perseguibile, individuava tre grandi eccezioni che rendevano la procedura medica che conduce all'aborto legale.

Il primo era il caso in cui due medici, dopo aver esaminato le condizioni della donna, certificassero entrambi in buona fede che ci fosse un rischio reale e sostanziale per la vita della donna dovuta alle sue condizioni fisiche e che lo stesso si fosse potuto evitare solo praticando la procedura abortiva. Tale valutazione doveva avvenire in buona fede, tenendo, cioè in considerazione la necessità di preservare la vita del nascituro per quanto possibile.

La seconda eccezione che rendeva l'aborto legalmente praticabile riguardava il caso in cui i medici ritenessero che vi fosse un rischio immediato per la vita della donna e che la procedura abortiva dovesse essere praticata in via d'urgenza. In questo caso era necessaria la dichiarazione di un medico, che accertasse la natura di assoluta urgenza dell'intervento abortivo.

Infine, la terza eccezione riguardava il caso in cui tre medici (di cui un ostetrico e due psichiatri⁴⁵, accertassero che vi fosse un rischio reale e sostanziale che la donna commettesse suicidio e che tale rischio potesse essere evitato solo attraverso la procedura abortiva.

Se i medici cui era richiesto di certificare il rischio reale e sostanziale di vita per la donna non fornivano il parere necessario o davano parere contrario alla procedura, la donna poteva appellarsi e richiedere un'ulteriore valutazione da parte di altri due (o nel caso di rischio di suicidio 3) medici, scelti all'interno di una commissione di revisione i cui membri (almeno 10) erano nominati dall'Esecutivo (*Health Service Executive*, HSE). Entro tre giorni dal ricevimento della richiesta di riesame, il panel di riesame doveva essere costituito e doveva decidere entro sette giorni dalla sua costituzione e notificare la decisione alla donna ricorrente.

Inoltre, a norma di legge, l'HSE doveva redigere ogni anno un rapporto da inviare al Ministro della Salute e successivamente al parlamento, contenente il numero di richieste di riesame ricevute, le motivazioni del riesame e l'esito⁴⁶.

Come accennato, la legge in esame giungeva ad abrogare le fattispecie penali delle sezioni 58 e 59 dell'*Offence Against Person Act* del 1861. Tuttavia, l'aborto non risultava depenalizzato: la legge del 2013, infatti introduceva il reato di «*destruction of unborn human life*»⁴⁷, punibile fino a

⁴⁴ Criticamente sul bilanciamento operato dalla legge F. DE LONDRA, *Constitutionalizing Fetal Rights: A Salutory Tale from Ireland*, in *Michigan Journal of Gender & Law*, 22-2015, 249-252.

⁴⁵ «Of the 2 psychiatrists (...), at least one shall be a psychiatrist who provides, or who has provided, mental health services to women in respect of pregnancy, childbirth or post-partum care». Sec. 9.3., *Protection of Life During Pregnancy Act*.

⁴⁶ Il report relativo al 2015 ha rilevato solo una richiesta di riesame che è stata accolta: «*the application did meet the criteria for a lawful termination of pregnancy under the provisions of the acts*», HSE report 2015. Inoltre, nel rapporto del HSE all'Oireachtas, circa il numero di aborti eseguiti nel 2015 si legge che in totale sono stati eseguiti 26 aborti: 14 rientravano nel caso di «*real and substantial risk to the life of the woman due to physical illness*»; 9 sono stati fatti in casi di emergenza; e altri 3 sono stati praticati perché vi era un «*real and substantial risk to the life of the woman arising from suicide intent*».

⁴⁷ Section 22: «(1) *It shall be an offence to intentionally destroy unborn human life.* (2) *A person who is guilty of an offence under this section shall be liable on indictment to a fine or imprisonment for a term not exceeding 14 years, or both.* (3) *A prosecution for an offence under this section may be brought only by or with the consent of the Director of Public Prosecutions.*».

quattordici anni di reclusione⁴⁸. Inoltre, la legge in esame non conteneva alcuna previsione circa la liceità dell'aborto nel caso in cui il concepimento fosse l'esito di violenza o nel caso in cui il feto soffrisse di patologie incompatibili con la vita⁴⁹: in questi casi l'aborto in Irlanda rimaneva vietato⁵⁰.

Quest'ultima notazione, insieme al complesso normativo definito dalla legge in esame, rivela un impianto ancora fortemente orientato alla tutela della vita prenatale, che rifuggiva dal considerare l'aborto come un diritto di libertà⁵¹. Si trattava, infatti, sempre di un evento necessitato da fatti di estrema gravità (rischio reale e sostanziale per la vita della donna) o di estrema urgenza.

Veniva, invece, confermata la possibilità di recarsi all'estero per abortire: «(1) *Nothing in this Act shall operate to limit the freedom— (a) to travel between the State and another state, or (b) to obtain or make available in the State, in accordance with conditions for the time being laid down by law, information relating to services lawfully available in another state. (2) Nothing in this Act shall operate to restrict any person from travelling to another state on the ground that his or her intended conduct there would, if it occurred in the State, constitute an offence under section 22*».

Il *Protection of Life During Pregnancy Act* giungeva, dunque, a codificare gli sviluppi indicati dalla giurisprudenza sia nazionale che sovranazionale, che avevano esortato il legislatore ad intervenire per delineare i confini entro cui in Irlanda l'aborto potesse essere ammesso, muovendosi nell'alveo tracciato dall'art. 40.3.3 e aderendo a una concezione meramente "procedurale"⁵² della regolamentazione dell'aborto, che, nei suoi risvolti applicativi non è stata esente da criticità.

8. "Repeal the 8th": un nuovo capitolo per la questione dell'aborto in Irlanda

Di fronte alle problematiche generate dall'applicazione del PLDPA a fronte dei limiti costituzionali posti dall'art. 40.3.3, sotto la pressione dei moniti dell'ordinamento internazionale e sovranazionale e non da ultimo, dal dato riguardante le migliaia di donne irlandesi che ogni anno accedono all'aborto, o clandestinamente o viaggiando nel Regno Unito,

⁴⁸ Come è stato osservato, «*the severity of this offence underlines that this Act, despite the element of clarity it offers, still provides for a very restrictive abortion regime which is unlikely to entirely stem the criticism that this most divisive of issues has generated for Ireland from human rights bodies*», F. O'REGAN, *Human Rights in Ireland 2013*, in *Irish Yearbook of International Law*, 2013, 75.

⁴⁹ Sebbene non mancassero argomenti che avrebbero reso legittimo l'aborto in tali casi anche nel quadro dell'art. 40.3.3., tale eccezione non venne introdotta, si veda sul punto *D v. Ireland*, App. No. 26499/02, par. 69, in cui l'avvocato generale ha sostenuto in astratto possibile che un feto con una anomalia incompatibile con la vita non rientrerebbe nella protezione accordata dall'art. 40.3.3.

⁵⁰ «*Abortions in circumstances where the health of the woman is at risk, where the foetus suffers from a fatal foetal abnormality incompatible with life outside the womb, or where the pregnancy results from rape, all remain unlawful in Ireland following the introduction of the 2013 Act and so many women will continue to travel abroad for abortions*», C. MURRAY, *The Protection of Life During Pregnancy Act 2013: Suicide, Dignity and the Irish Discourse on Abortion*, in *Social & Legal Studies*, vol. 25, 6-2016, 668.

⁵¹ *Ibidem*, «*for those observing from outside of Ireland it no doubt seems unusual that within the dominant public discourse on abortion there are very limited references to concepts such as choice, dignity or reproductive rights, and instead the debate appears to revolve predominantly around the issue of suicidality. This can be explained, in part, by the unique history of abortion law in Ireland*».

⁵² Esamina la concezione procedurale dell'aborto J.N. ERDMAN, *The Procedural Turn: Abortion at the European Court of Human Rights*, in R.J. COOK-J.N. ERDMAN-B.M. DICKENS, *Abortion law in Transnational Perspective*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2014, 121 ss.

è tornato in primo piano il tema dell'abrogazione o quantomeno della modifica dell'Ottavo Emendamento. Ai sensi dell'art. 46.2 della Costituzione irlandese, una modifica costituzionale può avvenire solo su proposta del Parlamento (ed in particolare su esclusiva iniziativa del *Dáil Éireann* (la Camera Bassa), previo parere del Senato e deve essere approvata mediante un referendum popolare⁵³.

Nel 2016 è stato dato mandato ad una Assemblea di cittadini, formata da novantanove cittadini estratti a sorte e rappresentanti del pluralismo sociale e presieduta da un giudice della *Irish Supreme Court*, Ms. Justice Mary Laffoy, di discutere le prospettive di riforma dell'art. 40.3.3. L'assemblea era incaricata di elaborare raccomandazioni (non vincolanti) da sottoporre al parlamento su diverse materie sensibili, tra le quali tuttavia quella più significativa era la regolamentazione dell'aborto.

L'assemblea, che ha iniziato i suoi lavori nel 2016, ha inviato nel giugno 2017 un rapporto contenente una serie di raccomandazioni all'*Oireachtas*, che mostravano la necessità di modificare lo status quo della regolamentazione dell'aborto attraverso una revisione costituzionale. Tale revisione avrebbe dovuto, nella raccomandazioni dell'Assemblea, abrogare il presente art. 40.3.3 della Costituzione Irlandese con «*a constitutional provision that explicitly authorises the Oireachtas to legislate to address termination of pregnancy, any rights of the unborn and any rights of the pregnant woman*».

La proposta dell'Assemblea mirava non ad una abrogazione (*repealing*) delle previsioni dell'art. 40.3.3, ma ad una loro sostituzione (*replacing*) con una nuova previsione costituzionale che sanciva l'esclusiva competenza del Parlamento nella regolamentazione dell'aborto, sottraendo per di più la disciplina legislativa al giudizio di costituzionalità⁵⁴.

Il *Joint Oireachtas Committee*, istituito al fine di proporre al *plenum* dell'assemblea parlamentare le ipotesi di riforma della regolamentazione dell'aborto, tanto di rango costituzionale che legislativo, pur tenendo in considerazione le raccomandazioni dell'assemblea dei cittadini, è giunto ad esiti non sempre concordi con le raccomandazioni da essa proposte.

In particolare, il *Joint Committee*, alla luce di valutazioni circa la necessità di certezza e flessibilità del diritto da un lato e il rispetto degli obblighi internazionali dall'altro, si è espresso in favore dell'abrogazione *sic et simpliciter* dell'art. 40.3.3., senza l'introduzione di alcuna nuova previsione di rango costituzionale e lasciando la disciplina ad una norma di carattere legislativo.

Tra le caratteristiche che, auspicabilmente, la legislazione successiva all'eventuale abrogazione avrebbe dovuto avere vi era la previsione della liceità dell'aborto nel caso di rischio

⁵³ F. RYAN, *Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective. Il referendum sul matrimonio in Irlanda: una prospettiva costituzionale*, in DPCE online, 2-2015, 3: «No change (however small) may be made to the Constitution otherwise than by popular referendum (obtaining a majority of the votes actually cast is sufficient for the referendum to pass). Correspondingly, there are no restrictions on the types of changes that the people may be invited to make. As sovereign power, the people may approve any amendment they wish (subject to the caveat that it must be proposed by Parliament) ».

⁵⁴ *Eventualità questa possibile ai sensi dell'ordinamento irlandese. Come afferma Kenny, «rather than allow judicial intervention in this controversial area, this approach prefers that the legal position on abortion would be set by a democratically accountable legislature; that this legal position would be certain and not open to invalidation or restriction by the courts; and that the legal position could be changed using the ordinary process for amending laws if views and outlooks shifted. (...) It should also be noted that there is nothing per se improper about denying the judiciary power to intervene in certain areas. The Constitution excludes judicial consideration of several major matters, including emergency legislation; various matters related to the operation of the Houses of the Oireachtas (such as parliamentary privilege); and Article 45's directive principles of social policy»*, D. KENNY, *Opening Statement to the Oireachtas Joint Committee on the Eight Amendment to the Constitution*, www.oireachtas.it, 27 settembre 2017, 5.

per la vita e la salute della madre (senza distinzione tra salute fisica o psichica), entro un termine fissato dalla legge alla luce delle conoscenze medico-scientifiche più avanzate del momento.

In generale la proposta mirava ad estendere l'accesso all'aborto entro la dodicesima settimana senza alcuna necessità di motivazione: in questo caso il *Committee* intendeva ammettere l'aborto nel caso di violenza o incesto e anche laddove la richiesta fosse motivata dalle condizioni socio-economiche della donna.

Infine, particolarmente interessante è la posizione del *Committee* rispetto all'aborto in caso di anomalie fetali: solo nel caso queste ultime fossero tali rendere l'esistenza del feto incompatibile con la vita era ammesso l'aborto a qualsiasi stadio della gravidanza. Nel caso in cui, invece, tali anomalie non si risolvessero in una patologia incompatibile con la vita, l'aborto, affermava il *Committee* doveva essere vietato⁵⁵.

La soluzione proposta dal *Joint Committee*, che mirava ad allineare la normativa irlandese a quella della maggior parte degli Stati e agli standard internazionali, dal punto di vista costituzionale aveva sicuramente il pregio di “de-costituzionalizzare” il bilanciamento tra i diritti in gioco contenuto nell'art. 40.3.3, rimandando tale compito all'organo parlamentare.

E così è avvenuto: a seguito del referendum del 25 maggio 2018, che ha confermato la volontà popolare di abrogare l'art. 40.3.3, il Parlamento, il 5 dicembre 2018, ha emanato l'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act*, recante la disciplina per l'interruzione volontaria di gravidanza. Ai sensi della nuova disciplina, in Irlanda l'aborto è ammesso, previa una certificazione proveniente da due medici, entro le 12 settimane di gestazione, oppure se vi sia un ragionevole pericolo per la vita o il rischio di danni permanenti per la salute della donna incinta, o il feto non abbia raggiunto un livello di sviluppo tale da permettergli la sopravvivenza extrauterina; in una situazione di emergenza e in caso di rischio attuale della morte del feto, prima o entro 28 giorni dalla nascita.

Appare evidente che l'Irlanda, con la nuova disciplina, si colloca nel solco del modello europeo di regolamentazione dell'aborto, un modello dignitario (contrapposto a quello “libertario”) che cerca di trovare un temperamento tra le istanze della tutela della libertà della donna, della sua salute e della protezione della vita prenatale.

9. Aborto, democrazia rappresentativa e partecipativa: la lezione del caso irlandese

Cosa può insegnare, oggi, il caso irlandese, che ha visto una graduale transizione da una disciplina estremamente restrittiva a una disciplina che ammette e regola l'aborto in alcune circostanze?

La prima lezione del caso irlandese si può trarre dall'interazione dialettica tra i poteri e tra questi e le istanze sociali che ha caratterizzato il processo di legalizzazione dell'aborto: l'arena del confronto politico non è stata compressa e tacitata dall'intervento delle corti che, sebbene

⁵⁵ Interessante è la posizione del *Committee* che rifiuta la proposta fatta dall'Assemblea, per la quale l'accesso all'aborto avrebbe dovuto essere ammesso in casi di patologia fetale (anche con esito non mortale), entro la ventiduesima settimana di gestazione: «*the Committee, while noting the burden placed on the woman and the family in such situations, does not accept that these are sufficient grounds for termination*».

non abbiano rinunciato alla loro ampia attività interpretativa (e talvolta creativa), hanno lasciato spazio all'intervento del legislatore nel colmare le lacune e le incertezze insite in un bilanciamento costituzionalizzato tra diritti fondamentali, come nel caso dell'art. 40.3.3. della Costituzione irlandese.

In Irlanda non è avvenuto ciò che si è verificato negli Stati Uniti, ovverosia l'affermazione, da parte del giudiziario, dell'aborto come diritto costituzionalmente protetto e la contestuale disarticolazione dell'assetto istituzionale di divisione dei poteri, con la contrapposizione tra la Corte suprema e i legislativi degli Stati. In Irlanda la tutela dei diritti in rilievo (vita/salute della donna e vita del nascituro) è stata invece sempre ri-composta nell'ambito della dialettica tra i poteri, evitando così che l'aborto diventasse questione polarizzante e di frattura sociale e istituzionale.

Non solo: tale inquadramento della tutela dei diritti nell'ambito della dialettica tra corti e legislatore, non esaurisce la peculiarità irlandese, caratterizzata anche dalla valorizzazione della democrazia partecipativa e diretta nei processi decisionali. Oltre alla previsione costituzionale che affida al popolo mediante referendum l'ultima parola sulla revisione costituzionale, interessante è l'esperimento che ha portato all'istituzione della *Citizen Assembly*⁵⁶, formata da novantanove cittadini estratti a sorte e rappresentativi del pluralismo sociale e presieduta da un giudice della *Irish Supreme Court*, Ms. Justice Mary Laffoy. L'assemblea era incaricata di elaborare raccomandazioni (non vincolanti) da sottoporre al parlamento su diverse materie sensibili, tra le quali tuttavia quella più significativa era la regolamentazione dell'aborto⁵⁷.

Come è stato osservato «*it is quite a milestone in the field of democratic innovations. This is the first time this has been part of everyday politics*»⁵⁸. L'Assemblea ha ascoltato o ricevuto le testimonianze, scritte o orali, di tutte le diverse componenti sociali, portatrici di un interesse rispetto al tema: medici, donne che si sono recate all'estero per abortire, esperti di bioetica, esponenti della società civile sia *pro-choice* che *pro-life* e, anonimamente, donne che hanno abortito in maniera illegale in Irlanda⁵⁹. Inoltre, l'Assemblea ha ricevuto ed analizzato 13.000 testimonianze, pareri in favore e contro la revisione costituzionale inviati dalla popolazione irlandese. Si è trattato in altri termini di un interessante esercizio di democrazia deliberativa, in linea con un trend che vede il coinvolgimento popolare nei processi di *constitutional change* e di *constitutional design*⁶⁰.

In definitiva, uno dei temi più divisivi per la società irlandese contemporanea, al crocevia tra tradizione e modernità, tra secolarizzazione e credo religioso, suscettibile di cambiare per sempre il modello familiare e sociale irlandese, viene posto al centro dell'arena politica e della «*every day politics*», cui tutte le componenti sociali sono chiamate a contribuire attraverso la poliedricità degli strumenti della democrazia (nelle sue forme rappresentative, deliberative e dirette) e che hanno avuto «*the satisfaction of a fair hearing and an honest fight*»⁶¹.

⁵⁶ S. SUTEU, *Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons om Iceland and Ireland*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 38-2015, 251 ss.

⁵⁷ Sulla natura e i lavori dell'Assemblea, si veda O. DOYLE-R. WALSH, *Constitutional amendment and public will formation: Deliberative mini-publics as a tool for consensus democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2022.

⁵⁸ O. ESCOBAR, *How 99 strangers in a Dublin hotel broke Ireland's abortion deadlock*, in *The Guardian*, 8 Marzo 2018.

⁵⁹ Citizens Assembly Report, 2017 Appendix E.

⁶⁰ X. CONTIADES-A. FOTIADOU, *Participatory Constitutional Change: The People as Amenders of the Constitution*, Routledge, 2018.

⁶¹ A. SCALIA, *Dissenting Opinion*, in *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992, 1002.

Un percorso, quello irlandese, che sembra dunque segnare una possibile via per la composizione del conflitto intorno alla questione dell'aborto in contesti – come quello americano – in cui la polarizzazione è massima e sembra precludere ogni possibilità di conciliazione. Come afferma Tom Ginsburg, suggerendo di guardare all'esperienza irlandese della *Citizen Assembly*, «*such a process might produce a model bill that could be passed at the federal level if Roe is overturned. If such a bill fails, it might still be adopted at the state level. And even if it's not adopted anywhere, it will at least give us an understanding of what a popular compromise on abortion might look like*»⁶².

ABSTRACT

Il presente contributo analizza l'evoluzione della regolamentazione dell'aborto in Irlanda, mettendo in luce le peculiarità del processo che ha portato da una costituzionalizzazione del divieto di aborto (se non in caso di rischio per la vita della donna), a una legislazione di compromesso che ammette l'aborto entro la dodicesima settimana di gestazione e in presenza di determinate condizioni, in linea con le discipline della maggior parte degli Stati europei. La peculiarità del caso irlandese, che può rappresentare un modello per i contesti in cui l'aborto è ancora particolarmente divisivo come gli Stati Uniti, risiede in una proficua interazione tra il livello nazionale e internazionale e, a livello domestico, tra il potere giudiziario, legislativo e volontà popolare tramite strumenti di democrazia diretta e partecipativa.

This contribution analyzes the evolution of abortion regulation in Ireland, highlighting the peculiarities of the process that led from a constitutionalization of the prohibition of abortion (except in the case of a risk to the woman's life), to a compromise that allows abortion within the 12 weeks of gestation and in the presence of certain conditions, in line with the disciplines of most European states. The peculiarity of the Irish case, which can represent a model for contexts in which abortion is still as divisive as in the United States, lies in a fruitful interaction between the national and international levels and, at the domestic level, between the judiciary, legislative and popular will through instruments of direct and participatory democracy.

PAROLE CHIAVE:

Aborto, Irlanda, Referendum, Diritti.

KEYWORDS:

Abortion, Ireland, Referendum, Rights.

⁶² T. GINSBURG, *America's Abortion Debate Is Broken, Polarization and extremism have made compromise impossible. Is it too late to follow the examples set by other countries?*, in *Persuasion*, 23 maggio 2022.