

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 3/2018

11 dicembre 2018

«Who shall decide what rights we have when we all disagree?» Il caso della regolamentazione dell'aborto in Irlanda e Nord-Irlanda*

di **Antonia Baraggia**, *Ricercatrice in Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Milano.*

ABSTRACT: The article analyses, in comparative perspective, the most recent developments in the abortion regulation in Ireland and Northern-Ireland. The article highlights that, in both the legal systems, the evolution of abortion regulation developed along the tension among jurisdiction and legislation. Moreover, the article stressed the role of the international legal order on the national regulation of abortion, with reference to the role of the ECHR and the UN Committee. The article aims at offer a contribution to the debate on the role of courts and legislators in the definition of highly moral controversial issues.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. *Ex uno plura*: i diversi percorsi attuativi dell'Offences Against the Person Act del 1861 – 3. “Dal popolo alle Corti”: le vicende della regolamentazione dell'aborto in Irlanda a seguito dell'introduzione dell'Ottavo Emendamento – 3.1 Il legislatore in azione: il Protection of Life During Pregnancy Act (PLDPA) – 3.2 Dalle Corti al popolo? La Citizens' Assembly e il Referendum del 25 maggio 2018 – 4. Il caso nord-irlandese: la sentenza della UK Supreme Court del 7 giugno 2018 – 4.1 Il rapporto giudice-legislatore nella sentenza della Corte: due visioni a confronto – 4.2 Dalle corti al legislatore. Ma quale legislatore? – 5. Una postilla: L'ordinamento internazionale come forza motrice della liberalizzazione dell'aborto – 6. Riflessioni conclusive: principio democratico e scelte eticamente controverse.

* Contributo sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

1. Introduzione

Così scriveva nel 1991 Giovanni Boggetti: «Sul piano delle previsioni non è troppo avventato ritenere che in futuro la tendenza a rendere giuridicamente libero l'aborto voluto dalla donna si accentuerà e si estenderà. (...) La liberalizzazione conquisterà anche i paesi in cui essa finora non è riuscita a penetrare»¹.

Guardando agli accadimenti più recenti che hanno interessato la Repubblica d'Irlanda e a quelli che stanno coinvolgendo l'Irlanda del Nord, l'affermazione di Boggetti appare, oggi, quanto mai profetica.

Come noto, il 25 maggio 2018, il 66% del popolo irlandese ha deciso, tramite referendum, in favore dell'abrogazione dell'Ottavo Emendamento alla Costituzione irlandese che, introdotto a sua volta nel 1983 sempre a seguito di un referendum allora approvato dal 60% della popolazione, sanciva la protezione della vita del nascituro, al pari della vita della madre e rendeva l'aborto esperibile in via del tutto residuale, esclusivamente quando vi fosse un concreto ed effettivo pericolo per la vita della donna.

Attraverso l'abrogazione dell'Ottavo Emendamento, giunta al termine di un processo caratterizzato da una peculiare mobilitazione popolare, la Costituzione Irlandese affida ora al Parlamento di Dublino il compito di definire le nuove condizioni entro le quali l'interruzione volontaria di gravidanza possa essere considerata legale nell'ordinamento irlandese. Parallelamente allo storico referendum del 2018, anche l'Irlanda del Nord è stata sconvolta da vicende politico-istituzionali volte al superamento del regime vigente di regolamentazione dell'aborto. Quest'ultimo, diversamente dal resto del Regno Unito, è infatti ancora affidato agli articoli 58 e 59 dell'*Offences Against the Person Act* del 1861, che identificano l'aborto quale fattispecie penalmente rilevante, e all'*Infant Life Preservation Act* il quale, esteso al Nord-Irlanda nel 1945, ha depenalizzato l'aborto solo nel caso in cui esso sia condotto per salvare la vita della madre.

La questione dell'aborto, specialmente per il Nord Irlanda, risulta essere particolarmente delicata non solo perché ripropone le divisioni di matrice religiosa che hanno da sempre percorso e segnato in maniera drammatica la storia del Paese, ma anche perché, essendo la regolamentazione dell'aborto una materia devoluta all'assemblea di Stormont, qualsiasi intervento, sia per via giudiziale (ad opera della UK Supreme Court) che per via legislativa (ad opera di Westminster), rischia di incrinare gli equilibri - già per altro precari - tra Belfast e Londra.

È dunque in questa complessa trama di interazioni e di questioni politico-istituzionali che devono essere letti i due più recenti avvenimenti che hanno interessato la questione dell'aborto in Nord-Irlanda: da una parte, il dibattito apertosi a Westminster il 5 giugno ad opera di alcuni parlamentari, circa la necessità di superare l'attuale regolamentazione per armonizzarla con la

¹ G. BOGNETTI, *Aborto (voce)*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, 1991, 10.

disciplina vigente nel resto del Regno Unito e, dall'altra, la sentenza della UK Supreme Court del 7 giugno scorso² attraverso la quale i giudici inglesi sono stati chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità della legislazione nord-irlandese con gli articoli 8 e 3 della CEDU. Nella decisione in parola, la UK Supreme Court ha rigettato la questione di compatibilità della disciplina nord-irlandese con gli articoli 3 e 8 della CEDU sulla base di motivi procedurali (il ricorrente, la *Northern Ireland Human Rights Commission*, non era legittimata ad adire la Corte in un procedimento di tipo astratto). Tuttavia, la Corte non si è ritratta dal condurre una valutazione di tipo sostanziale della questione, che ha portato 5 giudici su 7 ad esprimersi nel senso della violazione dell'art. 8 CEDU da parte della disciplina irlandese.

Tanto il procedimento parlamentare, quanto la decisione della UK Supreme Court inducono a ritenere che in tempi non molto lontani anche il Nord Irlanda scivolerà nel novero dei paesi "conquistati" dalla liberalizzazione, al pari della vicina Repubblica d'Irlanda. Ma al di là dell'esito – che pare essere per lo più prevedibile – e al netto delle profonde e divisive questioni etico e morali che la regolamentazione dell'aborto inevitabilmente porta con sé, i recenti avvenimenti che hanno avuto come protagoniste le due Irlande appaiono particolarmente meritevoli di approfondimento dal punto di vista del diritto costituzionale comparato, rispetto alla complessa trama di attori che operano nell'arena politico-costituzionale e che sono in grado di "guidare" il cambiamento costituzionale su temi tanto delicati.

In particolare, sia per quanto riguarda la Repubblica d'Irlanda che il Nord Irlanda, la regolamentazione dell'aborto si è sviluppata e continua a dipanarsi lungo il complicato rapporto tra *juris-dictio* e *legis-latio*, la cui complicatezza emerge radicalmente laddove in gioco vi siano scelte eticamente e moralmente controverse, come, in maniera per così dire "prototipica", nel caso dell'aborto.

Nella delicata operazione di disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza un ruolo non trascurabile è poi stato svolto dall'ordinamento internazionale, con riferimento in particolare alla Corte EDU e ai diversi comitati per la protezione dei diritti umani, tra cui lo *Human Rights Committee* e il *Committee on the Elimination of Discrimination against Women* in seno al sistema ONU, le cui decisioni e raccomandazioni hanno nel tempo preparato il terreno per la riforma della legislazione in materia di aborto.

Questi due aspetti – particolarmente evidenti nell'esperienza irlandese in senso ampio, ma di certo non estranei ad altri ordinamenti alle prese con la regolamentazione di un tema altamente controverso come l'aborto – pongono lo studioso del diritto costituzionale di fronte alla domanda esemplarmente formulata da Jeremy Waldron: «*Who shall decide what rights we have when we all disagree?*»³.

² *Judgment in the matter of an application by the Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review (Northern Ireland) Reference by the Court of Appeal in Northern Ireland pursuant to Paragraph 33 of Schedule 10 to the Northern Ireland Act 1998 (Abortion) (Northern Ireland)*, 2018 UKSC 27, 7 Giugno 2018.

³ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, 1994, 231.

Pur consapevoli che la risposta a tale domanda, sempre più cruciale nelle società contemporanee, attraversate ed anzi lacerate da conflitti che fino a tempi recenti erano rimasti per lo più latenti, non possa trovare adeguata collocazione in poche righe, il presente saggio intende offrire un contributo a tale dibattito mediante lo studio dei percorsi - alcuni dei quali ancora in atto - attraverso i quali due ordinamenti simili, ma al contempo distinti, hanno cercato di comporre il conflitto tra le diverse posizioni in materia di regolamentazione dell'aborto.

2. Ex uno plura: i diversi percorsi attuativi dell'*Offences Against the Person Act del 1861*

Vi è un dato che - guardando alla questione dell'aborto in prospettiva storica - accomuna Irlanda e Nord-Irlanda: nel corso dell'Ottocento esso era regolato uniformemente nel Regno Unito e in Irlanda dall'*Offences Against the Person Act* del 1861, alla luce del quale - fuori dai casi di pericolo di vita per la madre - la donna o qualsiasi altro soggetto l'avesse aiutata a porre termine alla propria gravidanza fornendo le necessarie sostanze o gli indispensabili strumenti⁴ sarebbe stato passibile di una condanna fino all'ergastolo.

Pur partendo da questa base comune, i percorsi attuativi del 1861 *Act* hanno preso ben presto strade divergenti, forse a conferma del fatto che - come sostenuto da Mary Ann Glendon - «*much of family law is no more - and no less - than the symbolic expression of certain cultural ideals*»⁵.

Già nel 1938 nel Regno Unito si affermò un'interpretazione estensiva delle norme contenute nell'*Offences Against the Person Act* ad opera della sentenza *R. v. Bourne*⁶, che ampliava l'ambito di applicazione delle clausole di eccezione alla disciplina limitativa dell'interruzione volontaria di gravidanza. Si affermava infatti, in questa occasione, che se il medico avesse ritenuto in pericolo non solo la vita della madre, ma anche solo la sua salute fisica e psichica, questa valutazione avrebbe potuto legittimare il ricorso all'aborto, non potendosi tracciare una netta linea di demarcazione tra il pericolo per la vita e per la salute dal momento che «*life depends upon health*»⁷. Tale estensione trovò in seguito conferma legislativa con l'approvazione dell'*English Abortion Act*

⁴ La sezione 58 dell'*Offences Against the Person Act*, afferma che «every woman, being with child, who, with intent to procure her own miscarriage, shall unlawfully administer to herself any poison or other noxious thing or shall unlawfully use any instrument or other means whatsoever with the like intent, and whosoever, with intent to procure the miscarriage of any woman, whether she be or not be with child, shall unlawfully administer to her or cause to be taken by her any poison or other noxious thing, or shall unlawfully use any instrument or other means whatsoever with the like intent, shall be guilty of a felony, and being convicted thereof shall be liable to be kept in penal servitude for life».

⁵ M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard 1987, 8.

⁶ Si tratta del caso che ha visto imputato un medico (Dr. Bourne) il quale aveva praticato un aborto nel caso di una minorenne che aveva subito violenza. In quel caso la Corte ha affermato che non sussistevano i presupposti per incriminare il medico ai sensi dell'art. 58 dell'Act del 1861. Infatti, come sostenuto dal giudice Macnaghten, nel caso in cui un medico ritenesse che la salute fisica e psichica della donna fosse in grave pericolo, egli poteva praticare l'aborto senza incorrere in sanzioni penali. L'aborto divenne così ammesso non solo più in caso di rischio per la vita della donna, ma anche nel caso di rischio per la sua salute, fisica e mentale.

⁷ *R. v. Bourne*, 1938. 3 All E.R. 615.

del 1967⁸, che sancì la definitiva apertura dell'ordinamento inglese alla liberalizzazione dell'aborto⁹, con la sola eccezione del Nord Irlanda dove la disciplina di riferimento in materia è ancora oggi costituita dall'*Offences Against the Person Act* ottocentesco.

Quest'ultimo, fino al 2013, ovverosia fino all'introduzione del *Life during Pregnancy Act*, costituiva il fondamento giuridico, insieme alla previsione dell'art. 40.3.3. della Costituzione introdotta nel 1983, anche dei limiti posti all'aborto nella Repubblica d'Irlanda. A differenza che nel Regno Unito, dove con *Bourne* era stata introdotta l'interpretazione estensiva del limite posto dall'*Offences Against the Person Act*, in Irlanda, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza coeve, si dimostrarono sin da subito restie a seguire la scia aperta dai giudici inglesi¹⁰. Nemmeno l'ondata di liberalizzazione in materia di aborto, che a partire dagli anni Settanta aveva interessato le principali democrazie occidentali, è riuscita a penetrare l'ordinamento irlandese¹¹. Non che i venti provenienti da oltreoceano non avessero iniziato a lambire le coste irlandesi: con il noto caso *Mc Gee v. Attorney General*¹², la Supreme Court irlandese nel 1974 (un anno dopo la *Roe v. Wade*¹³) aveva riconosciuto e ricavato dalla Costituzione, nell'ambito di una controversia relativa all'utilizzo di contraccettivi, un diritto innominato alla *privacy*, proprio come qualche anno prima aveva fatto la US Supreme Court in *Griswold v. Connecticut*¹⁴.

Tuttavia, se negli Stati Uniti il riconoscimento del *right of privacy* era stato usato dalla Corte Suprema come il grimaldello per aprire la strada della liberalizzazione dell'aborto, in Irlanda non si sarebbe potuto avere un esito più diverso.

Proprio il timore rispetto agli sviluppi della materia avvenuti oltre oceano¹⁵, condusse l'ordinamento irlandese a rafforzare una particolare resistenza all'espansione del diritto alla *privacy* quale fondamento del diritto di abortire, evitando così le conseguenze più dirompenti della

⁸ L'*Abortion Act* del 1967, emendato dal *Fertilization and Embryology Act* del 1990, ha introdotto la possibilità di abortire, purché l'operazione sia condotta da un medico e che, preliminarmente, due medici abbiano verificato la presenza di condizioni legittimanti l'interruzione di gravidanza. Tra queste condizioni l'Act prevede che si possa legalmente abortire entro la ventiquattresima settimana, in caso di rischio grave per la salute fisica o psichica della donna, o in qualsiasi momento della gestazione qualora vi sia un accertato rischio per la vita della madre, o ancora qualora siano accertate gravi malformazioni del feto. Quando è entrato in vigore l'Act, che si distingueva per il suo accento liberalizzatore, l'Inghilterra è divenuta meta di un turismo abortivo senza precedenti, sul punto M. A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, cit., 12.

⁹ Per una ricostruzione di tale evoluzione si veda J. KEOWN, *Abortion, Doctors and the Law*, Cambridge, 1988.

¹⁰ Interessante è l'osservazione fatta da Keane, uno dei giudici della Supreme Court nel caso *Society for the Protection of the Unborn Children v. Grogan* del 1998, 4 IR 343: «the preponderance of judicial opinion in this country would suggest that Bourne approach could not have been adopted in this country consistently with the Constitution prior to the Eighth Amendment».

¹¹ M. A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, cit., 11.

¹² Mary McGee, *Plaintiff v. The Attorney General and the Revenue Commissioners*, defendants, 1974, ir 284 at 298.

¹³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁴ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

¹⁵ 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 di veda in particolare J. KINGSTON et al., *Abortion and the Law*, Dublin, 1997.

soluzione americana, ovverosia «la sostituzione di un sistema di valori ad un altro» e «la recessione di un'intera filosofia giuridica che molto pregiava 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»¹⁶.

Oltre che guardare con timore alla scelta valoriale 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 White, infatti, la Corte aveva dato sfoggio ad 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»¹⁷.

Proprio per questo, all'indomani della sentenza *McGee*, la dottrina irlandese non ha 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*»¹⁸.

Tale revisione non si è fatta attendere a lungo. L'Ottavo Emendamento alla Costituzione irlandese, approvato nel 1983, affermava 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 recente referendum del 2018, sebbene fossero già stati nel tempo sottoposti a molteplici influenze e a talune ridefinizioni tanto frutto dall'attività interpretativa della giurisprudenza interna e dell'attività legislativa, quanto conseguenza degli impulsi esterni dell'ordinamento europeo¹⁹ e internazionale.

¹⁶ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, Torino, Giappichelli, 2000, 107.

¹⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Si trattava, 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, *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, Giuffrè, 2015, 14.

¹⁸ J. M. KELLY, *The Irish Constitution*, Dublin, 2003, 1496.

¹⁹ 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*, Case C-159/9, 4 Ottobre 1991, ECR I- 4685. 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, 1997.

3. “Dal popolo alle Corti”: le vicende della regolamentazione dell’aborto in Irlanda a seguito dell’introduzione dell’Ottavo Emendamento

«Even in a country with a population as committed to Roman Catholicism as Ireland, some facets of the abortion issue can be deeply divisive. Looked at from some distance, both in time and space, it seems almost as if inserting a “right to life” amendment in the Irish Constitution made it easier to obtain abortions in Ireland»²⁰. Così osservava Mark Tushnet, cogliendo appieno l’evoluzione della regolamentazione dell’aborto seguita al referendum costituzionale: l’aver cristallizzato in Costituzione la protezione della vita del nascituro, rendendo l’aborto illegittimo in tutte le circostanze, ad eccezione che per salvare la vita della donna, lungi dall’evitare l’intervento del giudiziario – come i fautori dell’emendamento avevano inizialmente auspicato – ha infatti offerto terreno fertile per il fiorire del contezioso giudiziario²¹.

A seguito della vittoria referendaria, il fronte anti-abortista ha ingaggiato una battaglia nelle aule dei tribunali per impedire l’attività di centri e cliniche che pubblicizzavano i servizi abortivi all’estero. Alcuni di questi ricorsi, presentati inizialmente davanti ai giudici nazionali sono stati successivamente sottoposti al vaglio della Corte EDU²² così come a quello della Corte di giustizia²³.

Al contempo, il fronte *pro-choice* si è fatto portatore delle istanze delle donne che, seppur a fronte delle condizioni più drammatiche, alla luce della disciplina irlandese si trovavano nell’impossibilità di accedere ai servizi abortivi. È così che si è assistito all’irrompere nelle aule dei tribunali di vicende giuridiche complesse come il caso X²⁴, o come il caso *A.B.C. v. Ireland*²⁵ presso la Corte EDU, che hanno contribuito ad erodere la granitica affermazione dell’art. 40.3.3 estendendo, da un lato, in via interpretativa i casi in cui l’aborto era da considerarsi esperibile e, dall’altro, evidenziando come la scarna disposizione del dettato costituzionale necessitasse di una più compiuta declinazione, tale da poter trovare applicazione anche in quei casi limite, laddove il bilanciamento – se di bilanciamento si può parlare – assumeva contorni problematici.

La prima breccia nella formulazione costituzionale è avvenuta ad opera della Irish supreme Court nel noto caso X. Si trattava del caso di una quattordicenne che, rimasta incinta dopo aver subito una violenza, intendeva abortire in Inghilterra. Tuttavia l’*Attorney general* diffidò la ragazza (e i suoi genitori), mediante una *injunction*, dal lasciare l’Irlanda per dar seguito al proprio proposito. 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

²⁰ M. TUSHNET, *Abortion*, Harold Steinberg Book, 1996, 91.

²¹ Come ha osservato anche Conor Gearty, «the 1983 amendment, trumpeted at the time as Ireland’s gilt-edged 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 limits foeticide», C. GEARTY, *The Politics of Abortion*, in *Journal of Law and Society*, Vol. 19 n. 4, 1992, 443.

²² *Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Women Centre Ltd and others v. Ireland*, Application n. 14234/88

²³ *Society for the Protection of Unborn Children Ltd v. Grogan*, Case C-159/9, 4 Ottobre 1991, ECR I-4685.

²⁴ *Attorney General v X*, [1992] IESC 1; [1992] 1 IR.

²⁵ *A. B. C. v. Ireland*, ECHR Application n. 25579/05, 16 Dicembre 2010.

costituzionale alla vita della madre e quello del nascituro, bilanciamento reso ancor più complesso dal fatto che il profilo attinente alla libertà di circolazione veniva ad intrecciarsi con gli obblighi comunitari assunti dall'Irlanda. La *holding* della Corte Suprema nel caso in esame ha fornito per molto tempo l'unica interpretazione consolidata del dettato costituzionale: essa ha affermato che in Irlanda è ammessa la possibilità di ricorrere all'aborto in maniera legale se e solo se sussiste un reale e sostanziale rischio per la vita della madre (che deve considerarsi altra cosa rispetto al rischio per la salute), che può essere evitato solo attraverso la terminazione della gravidanza. 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, potendosi quest'ultimo considerare un "*real and substantial risk*" per la vita della stessa.

La Corte è giunta in questo modo ad operare un delicato bilanciamento tra i due diritti in rilievo²⁶, pur rimanendo nel quadro del dettato costituzionale. Al contempo, tuttavia, ha confermato il timore manifestato sin dagli anni Settanta dalla dottrina, ovverosia che «*the failure by the Oireachtas to consider any legislation has passed the power to appointed judges*»²⁷.

Anche il secondo *leading case*, *A.B.C. v. Ireland* deciso della Corte EDU nel 2010, ha sottolineato le lacune legislative irlandesi in materia di aborto, stimolando il legislatore nazionale ad intervenire. In quella che è infatti considerata una delle più significative decisioni in materia di aborto, la Corte EDU ha mostrato una apprezzabile cautela nella valutazione della conformità della disciplina irlandese rispetto ai diritti affermati dalla CEDU²⁸.

I giudici di Strasburgo infatti, pur riconoscendo un ampio margine di apprezzamento in capo allo stato nazionale in una materia tanto controversa come l'aborto, hanno fatto aggio sui cd. *procedural rights* per conferire un impulso decisivo per un ripensamento della disciplina nazionale: come

²⁶ Anche se parte della dottrina ha 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*, 36(1) *Osgoode Hall Law Journal* 1, 1998, 45 ss.

²⁷ P. CHARLETON, *Judicial discretion in abortion: the Irish perspective*, in *International Journal of Law and the Family*, n.6, 1992, 374.

²⁸ La sentenza è stata ampiamente commentata in dottrina; tra gli altri si segnala, D. TEGA, *Corte europea dei diritti: l'aborto tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno nel caso A, B e C contro Irlanda*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2 marzo 2011; A. COLELLA, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 gennaio 2011; D. FENWICK, *The modern abortion jurisprudence under Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Medical Law International*, vol. 12 Issue 3-4, 2013, 249 ss.

osservato in dottrina, «*by obligating states to make effective rights to abortion already recognized in national law, procedural rights allow the European Court to work through rather than against the State, and to enlist its democratic forces and institutions in the effective protection of reproductive rights*»²⁹.

I giudici di Strasburgo, in particolare, accogliendo il ricorso di una delle tre ricorrenti, hanno riconosciuto l'eccessiva vaghezza della legislazione irlandese nello stabilire le condizioni di legittimità dell'aborto, impedendo alle donne di poter valutare la liceità o meno dell'aborto nel caso concreto, anche laddove vi fosse un rischio per la vita della gestante.

È proprio tale indeterminatezza a risolversi in una violazione dell'art. 8 CEDU, nella misura in cui lo Stato non ha adottato le misure necessarie per rendere effettivo il diritto convenzionale in rilievo. Se come già aveva fatto nel caso *Tysiac v. Poland*³⁰ la Corte mette in evidenza gli obblighi positivi in capo allo Stato per garantire l'effettivo rispetto della vita privata e per tutelarla da arbitrarie interferenze dei pubblici poteri nel caso dell'aborto, in *A.B.C. v. Ireland* essa sembra attenersi ad un certo *self restraint* a fronte della complessità del tema e del bilanciamento operato dall'ordinamento irlandese, ritenuto espressione di profondi valori morali radicati nella società, dei quali il legislatore nazionale sembra essere, anche agli occhi della Corte EDU, il miglior interprete.

Parte della dottrina ha tuttavia colto la sottile ambivalenza dell'apparente deferenza della Corte EDU: se, infatti, la Corte mostra una certa cautela ad addentrarsi nel terreno minato del riconoscimento/diniego del diritto alla vita *ex art. 2 CEDU* in capo al feto e lascia ampio margine di apprezzamento agli Stati sul punto, il richiamo ad argomenti "procedurali" è però tale da influenzare i legislatori statali nel concreto esercizio del margine di apprezzamento loro riconosciuto³¹. Come è stato, infatti, osservato, «*by explaining how the state currently fails in this obligation, the Court implicitly guides the state on reform of its laws*»³². Riaffiora, dunque, anche in questa "svolta procedurale" della Corte EDU, il delicato rapporto tra istanze giurisdizionali e democratico-rappresentative, all'esito del quale la Corte EDU pare agire non tanto «*as an international or regional court, but as a constitutional actor that participates in the formation of European public order*»³³.

²⁹J. ERDMAN, *Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights*, in *Reproductive Health Matters*, 2014, 22.

³⁰ *Tysiac v. Poland*, Application no. 5410/03, 20 Settembre 2007.

³¹ In generale, sugli obblighi derivanti dalla giurisprudenza CEDU per gli stati si rimanda a B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2012.

³² J. E. ERDMAN, *The procedural Turn: Abortion at the European court of Human Rights*, in *Abortion law in transnational perspective*, cit., 132.

³³ K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge University press, 2015, 156.

3.1 Il legislatore in azione: il *Protection of Life During Pregnancy Act (PLDPA)*

Il monito della Corte EDU non è rimasto inascoltato: all'esito della sentenza, il governo irlandese ha nominato un comitato di esperti (tanto medici che giuristi) incaricato di proporre soluzioni che implementassero le indicazioni fornite dai giudici di Strasburgo³⁴. I lavori del comitato non si erano ancora conclusi quando un altro drammatico evento scosse l'opinione pubblica: la morte di Savita Halappanavar³⁵ a seguito del rifiuto dei medici di eseguire un intervento abortivo, pur in presenza di un'infezione che ne avrebbe compromesso la vita.

Questo episodio è stato letto come un'ulteriore conferma della necessità di una nuova definizione delle condizioni legittimanti l'aborto e, non a caso, di lì a qualche settimana il Governo irlandese ha infatti pubblicato i risultati del gruppo di esperti³⁶ su cui la *Irish Human Rights Commission*³⁷ ha aperto una consultazione coinvolgendo la società civile.

Il 30 Luglio 2013, il Parlamento irlandese ha approvato il *Protection of Life during Pregnancy Act*, che lascia impregiudicata la punibilità dell'aborto ma individua alcune eccezioni al divieto penale, trasponendo in legge le indicazioni offerte dalla *Irish Supreme Court* nel caso X. La legge in oggetto giunge, dunque, a colmare le lacune legislative circa il bilanciamento tra il diritto alla vita del nascituro e della donna, soprattutto nei casi in cui quest'ultima sia a rischio concreto ed effettivo della vita³⁸.

La legge individua, nello specifico, tre grandi eccezioni che rendono la procedura medica che conduce all'aborto legale. Il primo è il caso in cui due medici³⁹, dopo aver esaminato le condizioni della donna, certifichino entrambi in buona fede (considerando dunque la necessità di preservare, per quanto possibile, la vita del nascituro) la sussistenza di un rischio reale e sostanziale per la vita della donna dovuta alle sue condizioni fisiche, evitabile solo praticando la procedura abortiva. La seconda eccezione riguarda il caso in cui i medici, attraverso una dichiarazione motivata, accertino un rischio immediato per la vita della donna che rende necessario praticare la procedura abortiva in via d'urgenza. Infine, la terza eccezione riguarda il caso in cui tre medici (di cui un ostetrico e due

³⁴ C. O'SULLIVAN, J. SCHWEPPE AND E. SPAIN, *Article 40.3.3 and the Protection of Life During Pregnancy Bill 2013: The Impetus for, and Process of, Legislative Change*, in 3 *IJLS* 2013, 1.

³⁵ C. MURRAY, *The Protection of Life During Pregnancy Act 2013, Suicide, Dignity and the Irish Discourse on Abortion*, in *Socio-Legal Studies*, vol. 25 Issue6, 2016; R LENTIN, *A Woman Died: Abortion and the Politics of Birth in Ireland*, 105 *Feminist Rev.* 130, 2016.

³⁶ 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.

³⁷ Irish Human Rights Commission, *Observations on the Protection of Life During Pregnancy Bill*, July 2013, www.ihrc.ie.

³⁸ Criticamente sul bilanciamento operato dalla legge F. DE LONDRAS, *Constitutionalizing Fetal Rights: A Salutory Tale from Ireland*, in 22 *Mich J Gender L* 243, 2015, 249–52

³⁹ Sec. 7, 2 *Protection of Life During Pregnancy Act*.

psichiatri⁴⁰), acclarino un rischio reale e sostanziale che la donna commetta suicidio a fronte della prosecuzione della gravidanza.

Se i medici cui è richiesto di certificare il rischio reale e sostanziale di vita per la donna non forniscono il parere necessario o danno parere contrario alla procedura, la donna può 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) sono nominati dall'Esecutivo (*Health Service Executive*, HSE). Entro tre giorni dal ricevimento della richiesta, il panel di riesame deve essere costituito e deve decidere entro sette giorni dalla sua costituzione notificando poi la decisione alla donna ricorrente.

Inoltre, a norma di legge, l'HSE deve redigere ogni anno un rapporto da inviare al Ministro della Salute e successivamente all'*Oireachtas*, nel quale si dia conto del numero di richieste di riesame ricevute, delle motivazioni del riesame nonché del rispettivo esito⁴¹.

Questa disciplina a maglie più larghe non arriva in ogni caso a depenalizzare l'aborto: la legge del 2013, infatti, introduce il reato di «*destruction of unborn human life*»⁴², punibile fino a quattordici anni di reclusione⁴³. Inoltre, la legge non contiene alcuna previsione circa la liceità dell'aborto nel caso in cui il concepimento sia l'esito di violenza o nel caso in cui il feto soffra di patologie incompatibili con la vita⁴⁴: in questi casi l'aborto in Irlanda rimane vietato⁴⁵.

⁴⁰ Sec. 9.3. Protection of Life During Pregnancy Act.

⁴¹ 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 act», 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 perchè vi era un «real and substantial risk to the life of the woman arising from suicide intent».

⁴² 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».

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ «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*, 2016, vol. 25 (6), 668.

Quest'ultima notazione, insieme al complesso normativo definito dalla legge in esame che consegna una qualificazione dell'aborto come evento necessitato da fatti di estrema gravità (rischio reale e sostanziale per la vita della donna) o di estrema urgenza, rivela un impianto ancora fortemente orientato alla tutela della vita prenatale, che rifugge dal considerare l'interruzione volontaria di gravidanza come un diritto di libertà⁴⁶.

Il legislatore, dunque, attraverso il *Protection of Life During Pregnancy Act* giunge a codificare gli sviluppi indicati dalla giurisprudenza sia nazionale che sovranazionale, ma lo fa con prudenza, muovendosi nell'alveo tracciato dall'art. 40.3.3 e aderendo ad una concezione "procedurale"⁴⁷ della regolamentazione dell'aborto che, di fronte alla complessità e alla impossibilità di standardizzazione dei casi concreti, non è stata esentata da ulteriori rilievi critici.

All'indomani della sua entrata in vigore, la tenuta del *Protection of Life during Pregnancy Act*, è stata, infatti, subito messa alla prova dal caso di Miss Y⁴⁸.

Miss Y era una giovane donna giunta in Irlanda come rifugiata in cerca di asilo. Giunta sul suolo irlandese, nel corso di un esame di routine, la donna aveva scoperto di essere in stato di gravidanza (di otto settimane) a seguito di una violenza subita al suo paese d'origine. Immediatamente, la donna aveva affermato di non voler portare a termine la gravidanza e che, se costretta, avrebbe piuttosto preferito morire.

Venne attivata dunque la procedura prevista della sezione 9 del *Protection of Life During Pregnancy Act*. Nonostante il parere positivo di tre medici che autorizzavano la donna ad abortire per rischio reale ed effettivo di suicidio, la donna non poté però accedere alla pratica abortiva: la procedura si era protratta a tal punto che il feto aveva ormai superato il termine della *viability*⁴⁹, portando la procedura ad esulare dall'ambito di applicazione del PLDPA.

Miss Y, che aveva intanto iniziato uno sciopero della fame e della sete, venne sottoposta a trattamento di idratazione per ordine giudiziario. Infine, alla venticinquesima settimana di gestazione, con il consenso della donna, si pose termine alla gravidanza con la nascita mediante taglio cesareo.

Quest'esito appare pienamente coerente con l'impianto costituzionale irlandese in materia di aborto, anche successivamente all'intervento del legislatore.

⁴⁶ 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», 668.

⁴⁷ 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*, University of Pennsylvania Press, 2014, 121 ss.

⁴⁸ M. ENRIGHT, F. DE LONDRAS, "Empty without and empty within": *the Unworkability of the Eighth Amendment after Savita Halappanavar and Miss Y*, reperibile al sito www.independent.ie.

⁴⁹ Sul tema della *viability* come limite implicito all'applicazione del PLDPA si veda see F. DE LONDRAS, L. GRAHAM, *Impossible Floodgates and Unworkable Analogies in the Irish Abortion Debate*, in 3(3) *Irish Journal of Legal Studies* 54, 2013, 60–62.

Come rilevato in dottrina, la pratica conseguenza della previsione costituzionale che protegge la vita del feto al pari di quella della donna è che «*where a foetus is viable or on the cusp of viability a woman may have a constitutional right to have her pregnancy brought to an end, but that does not mean that she has a right to an abortion understood as a procedure done with the intention of bringing foetal life to an end. Instead, an early delivery would be the means by which we would attempt to give effect to the rights to life of the pregnant woman and of the foetus*»⁵⁰.

Tale (consolidata) interpretazione della *viability* come discrimine per la possibilità di abortire anche nei casi in cui il prosieguo della gravidanza metta a rischio la vita della donna è stata codificata nelle linee guida per i medici circa l'applicazione della legge del 2013: il documento afferma che l'età gestazionale è un dato da valutare nella determinazione della procedura più adatta per porre termine alla gravidanza⁵¹. Nelle linee guida si legge che «*Once certification has taken place, a pregnant woman has a right to a termination of pregnancy as soon as it can be arranged. The clinicians responsible for her care will need to use their clinical judgment as to the most appropriate procedure to be carried out, in cognisance of the constitutional protection afforded to the unborn, i.e. a medical or surgical termination or an early delivery by induction or Caesarean section*»⁵²; in particolare «*if the pregnancy is approaching viability, it is recommended that a multidisciplinary discussion takes place to ascertain the most appropriate clinical management of the case*»⁵³.

L'esito del caso Miss Y, per quanto dibattuto e criticato e per quanto ancora oscuro nei suoi sviluppi fattuali, era dunque "scritto" nella maglie dell'ordinamento e coerente con le premesse del PLDPA e delle linee guida per la sua implementazione: «*When read with the accompanying guidelines for the medical profession, published some months after the Act, the PLDPA appears to regulate both abortion and early delivery (including induction and Caesarean section), with abortion being permitted where the foetus is not yet 'viable' (not defined in the legislation) and early delivery being the means of termination where the foetus is deemed viable*»⁵⁴.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Relativamente all'età gestazionale si legge: «There is no time limit imposed by the Act in carrying out the medical procedure. However, the Act legally requires doctors to preserve unborn human life as far as practicable without compromising the woman's right to life. Therefore, there is no specific stage of pregnancy below which the certifying doctor will not have to consider the possibility of preserving the life and the dignity of the unborn where practicable without compromising the life of the mother». Implementation of the Protection of Life During Pregnancy Act 2013, Guidance Document for Health Professionals, 2014, reperibile al sito <http://health.gov.ie/wp-content/uploads/2014/09/Guidance-Document-Final-September-2014.pdf>, p. 31.

⁵² Implementation of the Protection of Life During Pregnancy Act 2013, Guidance Document for Health Professionals, 2014 reperibile al sito <http://health.gov.ie/wp-content/uploads/2014/09/Guidance-Document-Final-September-2014.pdf>, p. 31.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ M. ENRIGHT, V. CONWAY, F. DE LONDRAS, M. DONNELLY, R. FLETCHER, N. McDONNELL, S. MCGUINNESS, C. MURRAY, S. RING, S. UÍ CHONNACHTAIGH, *Abortion Law Reform in Ireland: A Model for Change*, in *Feminists Law*, Vol 5, No 1, 2015, 6.

In definitiva, la via della proceduralizzazione indicata dalla Corte EDU si è dimostrata insoddisfacente ed inefficace nel contesto irlandese: «*by forcing the hand of the State to make its criminal abortion law work, to make it respectful of women and fair in its treatment, procedural rights show the law to be fundamentally unworkable*»⁵⁵.

È anche a fronte di tale consapevolezza sui limiti del PLDPA, insieme ai moniti che proprio nel 2016 e 2017 sono provenuti dall'ordinamento internazionale (di cui si parlerà a breve), che ha preso vigore il movimento che ha ricondotto la questione della costituzionalizzazione dell'aborto in Irlanda nell'agone politico e ha portato all'indizione del referendum sulla abrogazione dell'Ottavo emendamento.

3.2 Dalle Corti al popolo? La Citizens' Assembly e il Referendum del 25 maggio 2018

Di fronte alle problematiche generate dall'applicazione del PLDPA nel rispetto dei limiti costituzionali posti dell'art. 40.3.3, sotto la pressione dei moniti dell'ordinamento internazionale e sovranazionale e, non da ultimo, sulla spinta dei dati fattuali che vedono un alto numero donne irlandesi che ogni anno accedono all'aborto, o clandestinamente o viaggiando nel Regno Unito, 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 a seguito di approvazione tramite referendum popolare⁵⁶.

Nel 2016 è stato dato mandato ad una Assemblea di cittadini di discutere le prospettive di riforma dell'art. 40.3.3. La Citizens' Assembly, presieduta da un giudice della Irish Supreme Court, Ms. Justice Mary Laffoy, era formata da novantanove cittadini estratti a sorte e rappresentativi del pluralismo sociale. Essa è stata incaricata di elaborare raccomandazioni (non vincolanti) da sottoporre al Parlamento su diverse materia sensibili, tra le quali quella più significativa era la regolamentazione dell'aborto⁵⁷.

⁵⁵ J. E. ERDMAN, *The procedural Turn: Abortion at the European court of Human Rights, in Abortion law in transnational perspective*, cit., 132.

⁵⁶ F. RYAN, *Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective. Il referendum sul matrimonio in Irlanda: una prospettiva costituzionale*, in *DPCE on-line* n. 2/2015: «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)», 3.

⁵⁷ S. SUTEU, *Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons om Iceland and Ireland*, 38 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 251, 2015.

Come è stato osservato «*it is quite a mileston 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, attraverso il quale uno dei temi più divisivi per la società irlandese contemporanea, al crocevia tra tradizione e modernità, tra secolarizzazione e credo religioso⁶⁰, 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 – almeno sulla carta - chiamate a contribuire attraverso la poliedricità degli strumenti della democrazia. Non sono mancati, infatti, rilievi circa la scarsa rappresentatività dell'Assemblea, la sua legittimazione (trattandosi di membri estratti a sorti), la possibilità che essa venga influenzata da gruppi di pressione e lobbies, nonché le modalità di lavoro caratterizzate da incontri a cadenza mensile durante i fine settimane e da tempistiche piuttosto contingentate⁶¹.

Nel corso del suo operato (iniziato nel novembre 2016 e terminato, per quanto riguarda il tema dell'aborto, nel giugno 2017) l'assemblea ha inviato un rapporto contenente una serie di raccomandazioni all'*Oireachtas*, nel quale si auspicava la necessità di modificare lo *status quo* della

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

⁵⁹ Citizens' Assembly Report, 2017 Appendix E.

⁶⁰ In un recente contributo la vicenda irlandese è stata letta interamente all'interno della dicotomia tra secolarizzazione e credo religioso, così G. LAVAGNA, *La crisi del rapporto tra politica e religione. Il referendum sull'aborto in Irlanda*, in *Nomos*, n. 3/2018. Pur non negando il ruolo del fattore religioso nell'ambito del dibattito irlandese circa la regolamentazione dell'aborto, non convince del tutto l'automatismo con cui si è letto l'esito del referendum in relazione al progressivo processo di secolarizzazione che ha interessato la società irlandese. Come attenti studiosi della secolarizzazione hanno mostrato, infatti, la secolarizzazione è un fenomeno complesso, multidimensionale e in ultima analisi non lineare; si veda tra gli altri J. CASANOVA, *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, Bologna, 2000; C. TYLOR, *L'età secolare*, Milano, 2007. Per altro, anche la diffusa equazione tra secolarizzazione e modernità è oggetto, ormai, di un complessivo ripensamento, anche da parte di chi ne aveva sostenuto fortemente il legame in passato: come osservato, l'idea che «la modernità comporta necessariamente un declino delle religioni deve essere ormai abbandonata», così P. BERGER, G. DAVIES, E. FOKAS, *America religiosa, Europa laica*, Bologna, 2008, 18. Sul tema dell'incidenza del fenomeno religioso nelle società post-secolari, si veda in particolare L.P. VANONI, *Pluralismo religioso e stato (post) secolare*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁶¹ Sui limiti della precedente esperienza in materia di democrazia deliberativa si veda E. CAROLAN, *Ireland's Constitutional Convention: Behind the hype about citizen-led constitutional change*, in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 13, Issue 3, 1 July 2015, 733–748. Sul valore e il significato della Citizens' Assembly si veda anche il recente Symposium pubblicato sul sito dell'IACL-AIDC, in particolare E. CAROLAN, *Ireland's Citizens' Assembly on Abortion as a Model for Democratic Change?: Reflections on Hope, Hype and the Practical Challenges of Sortition*, IACL-AIDC Blog, 28 November 2018; M. ENRIGHT, *Abortion and the Citizens' Assembly: Agonist Futures?* IACL-AIDC Blog, 5 December 2018; L. CAHILLANE, *Delaying Tactics or Useful Deliberative Exercises? The Irish Citizens' Assembly and the Convention on the Constitution*, IACL-AIDC Blog, 3 December 2018. Tutti i contributi sono reperibili al sito <https://blog-iacl-aidc.org>.

regolamentazione dell'aborto attraverso una revisione costituzionale. Tale revisione avrebbe dovuto, nella raccomandazione dell'Assemblea, abrogare l'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 la disciplina legislativa al giudizio di costituzionalità⁶².

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 proposte⁶³.

In particolare, il *Joint Committee*, alla luce di valutazioni circa la necessità di certezza e flessibilità del diritto oltre che il rispetto degli obblighi internazionali, 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.

Guardando al contenuto della futura interpolazione legislativa, la proposta mira ad estendere l'accesso all'aborto entro la dodicesima settimana senza alcuna necessità di motivazione: in questo caso, il *Committee* intende ammettere l'aborto nell'ipotesi di violenza o incesto e anche laddove la richiesta sia motivata dalle condizioni socio-economiche della donna. Infine, particolarmente interessante è la posizione del *Committee* rispetto all'aborto in caso di anomalie fetali: solo qualora queste ultime siano tali rendere l'esistenza del feto incompatibile con la vita è ammesso l'aborto a qualsiasi stadio della gravidanza. Nel caso in cui, invece, tali anomalie non si risolvano in una patologia incompatibile con la vita, l'aborto, afferma il *Committee*, deve essere vietato⁶⁴.

⁶² Eventualità questa possibile ai sensi dell'ordinamento irlandese. Come afferma D. 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.

⁶³ Sui lavori del *Joint Committee* e più in generale sul percorso partecipativo che ha portato al referendum si veda il recente contributo di S. ROSSI, *Blowin' in the Wind. Referendum irlandese e legalizzazione dell'aborto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 23 ottobre 2018, 21 ss.

⁶⁴ 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».

Le soluzioni proposte tanto dalla *Citizens' Assembly* che dal *Joint Committee*, dal punto di vista costituzionale hanno sicuramente il pregio di “decostituzionalizzare” il bilanciamento tra i diritti in gioco contenuto nell’art. 40.3.3, rimandando tale compito all’organo parlamentare. Tuttavia, la “decostituzionalizzazione” della protezione del diritto alla vita del feto non esclude in via di principio che ad esso non si possa riconoscere la titolarità di diritti costituzionali innominati. Si è imposto dunque come necessario, prima di dar corso alla modifica costituzionale, sciogliere il nodo interpretativo circa la posizione giuridica del feto e la sua titolarità di altri diritti costituzionali, che – se riconosciuta – avrebbe costituito un limite alla legislazione sulla regolamentazione dell’aborto.

L’occasione per chiarire questo delicato punto dell’interpretazione costituzionale è stata offerta da un caso giunto alla Supreme Court circa i diritti del nascituro rispetto ad un ordine espulsione che aveva investito il padre, immigrato irregolare in territorio irlandese. Nella sentenza *M. v. Minister for Justice*⁶⁵, la Irish Supreme Court ha chiarito che la protezione accordata all’*unborn* dall’art. 40.3.3. si riferisce esclusivamente al diritto alla vita e non si estende agli *altri* diritti costituzionalmente riconosciuti o ricavabili in via interpretativa dal testo costituzionale.

L’attesa sentenza della Corte Suprema ha dunque chiarito i dubbi interpretativi circa lo *status* del non nato, aprendo definitivamente le porte al referendum costituzionale svoltosi nel maggio del 2018, attraverso il quale è stato abrogato l’Ottavo emendamento ed è stato introdotto il XXXVI Emendamento che afferma espressamente «*provision may be made by law for the regulation of termination of pregnancy*», affidando così al legislatore – che si pronuncerà nel prossimo futuro – il compito di disciplinare la regolamentazione dell’aborto.

4. Il caso nord-irlandese: la sentenza della UK Supreme Court del 7 giugno 2018

Pochi giorni dopo il referendum Irlandese, la UK Supreme Court si è espressa circa la compatibilità tra le norme della CEDU, in particolare gli articoli 8 e 3 CEDU, e la disciplina nord-irlandese in materia di aborto, soprattutto laddove quest’ultima non ammette l’interruzione della gravidanza nei casi di violenza e incesto e in presenza di malformazioni del feto, anche incompatibili con la vita⁶⁶.

La *Northern Ireland Human Rights Commission*, in particolare, affermava che la disciplina irlandese, nel non prevedere tali eccezioni al divieto di abortire, configurava una violazione delle norme convenzionali, incorporate nell’ordinamento irlandese con lo Human Rights Act del 1998 e, segnatamente, con la protezione della vita privata e con il divieto di trattamenti disumani e degradanti.

Sul caso si era già espressa, accogliendo la posizione della *Human Rights Commission* la *Irish High Court* nel 2013 che aveva invocato l’intervento del legislatore nord-irlandese al fine di sanare tale incompatibilità. Tale decisione è stata tuttavia impugnata in appello dinnanzi alla *Northern*

⁶⁵ *M. v. Minister for Justice*, 2018, IESC 14.

⁶⁶ UKSC 27, 7 Giugno 2018, cit.

Ireland Court of Appeal, che nel giugno del 2016 aveva invece negato qualsiasi incompatibilità della regolamentazione irlandese con la protezione dei diritti della convenzione invocati in giudizio.

La *Human Right Commission* ha impugnato a sua volta il giudizio d'appello dinnanzi alla UK Supreme Court, la quale, come si legge in apertura della sentenza, si è trovata a giudicare «*an unusually difficult case to resolve*»⁶⁷, tanto per la delicatezza delle questioni di merito in gioco, quanto per alcuni aspetti procedurali sollevati dall'*Attorney General* nord-irlandese che contestava la legittimazione ad agire della *Human Rights Commission*.

L'esito della decisione e le divisioni che tale esito ha provocato all'interno della Corte, sia con riguardo agli aspetti procedurali che sostanziali, rispecchiano fedelmente la particolare difficoltà del caso.

Dal punto di vista procedurale, la maggioranza (Lord Mance, Lord Reed, Lady Black e Lord Lloyd-Jones) ha affermato che la *Human Rights Commission* non era legittimata (non aveva lo "standing") a sollevare in astratto il caso di incompatibilità della normativa nazionale rispetto alle norme convenzionali. Tale affermazione si ricava tanto dal *Northern Ireland Act* (che ha istituito la *Human Rights Commission* definendone i compiti), quanto dallo *Human Rights Act* del 1998 che definisce i rapporti tra l'ordinamento interno e il sistema convenzionale. In particolare, le sezioni 69 e 71 del *Northern Ireland Act* circoscrivono le competenze della *Human rights Commission*, prevedendo che «*the Commission may give assistance to individuals; and bring proceedings involving law or practice relating to the protection of human rights*». Ma, come si legge nella sezione 71, simili *proceedings* non possono essere condotti in astratto, avverso una disposizione di legge che non trovi applicazione nel caso concreto, richiedendo, invece, che il ricorrente agisca a fronte di una effettiva violazione dei suoi diritti protetti della Convenzione⁶⁸.

Nonostante l'aspetto procedurale relativo alla *standing* della *Human Rights Commission*, che ha precluso alla Corte di decidere il caso nel merito, pare estremamente significativo il fatto che i giudici della UK Supreme Court si siano comunque spinti a ragionare circa la compatibilità del regime nord-irlandese con i diritti della Convenzione, giungendo a riconoscere (con una maggioranza di 4 a 3) la violazione dell'art. 8 CEDU laddove la legislazione del Nord-Irlanda non legittimi l'aborto in caso di violenza, incesto, anomalie fetali e anomalie fetali incompatibili con la vita⁶⁹. Solo due giudici (Lord Kerr e Lord Wilson) hanno rinvenuto anche una violazione dell'art. 3 CEDU in materia di trattamenti inumani e degradanti; mentre Lord Reed e Lord Lloyd Jones non

⁶⁷ UKSC 27, 7 Giugno 2018, cit., 3.

⁶⁸ Alla luce di tale combinato disposto, come sostiene Lady Mance, «*It follows that the Commission's powers under sections 69 and 71 of the NI Act 1998 do not include either instituting or intervening in proceedings where the only complaint is that primary legislation, such as the 1861 Act, is incompatible with the Convention Rights. Neither the Westminster Parliament's enactment of, nor its or the Northern Irish legislature's failure to repeal or amend, the 1861 Act can constitute an "unlawful act" under sections 6 and 7 of the HRA: see the preceding paragraphs of this judgment. Such proceedings would not therefore involve any suggestion of an unlawful act within the meaning of section 7 of the HRA or, therefore, of section 71 of the NI Act*», UKSC 27, 7 Giugno 2018, cit., par. 58.

⁶⁹ Lady Black aderisce alla opinione di maggioranza solo nel caso di anomalie fetali incompatibili con la vita (*fatal foetal abnormalities*).

hanno invece rinvenuto alcuna incompatibilità, tanto sotto il profilo dell'art. 8 che dell'art. 3 CEDU.

Come si accennava, tuttavia, anche alla luce degli argomenti espressi dalla maggioranza dei giudici, la Corte, per i motivi procedurali summenzionati, non ha potuto precedere ad una dichiarazione di incompatibilità. Ciononostante, la deliberata volontà di entrare nel merito della controversia non è priva di effetti: essa suona, infatti, come un monito al legislatore, seppur non vincolante, a che la situazione di incompatibilità venga sanata.

È proprio da questo punto di vista – quello cioè del rapporto tra corte e legislatore – che emerge nella varietà di *opinions* nelle quali si articola la decisione, che il caso in esame offre gli spunti più interessanti di riflessione.

4.1 Il rapporto giudice-legislatore nella sentenza della Corte: due visioni a confronto

Leggendo la corposa sentenza (143 pagine) composta – in maniera del tutto insolita – dalle singole *opinions* dei giudici⁷⁰, tra i numerosissimi spunti problematici si distingue la diversa sensibilità dei giudici rispetto al ruolo della Corte e al rapporto con il legislatore, tanto più con il legislatore devoluto. Meritano particolare attenzione, in questa prospettiva, le *opinions* di Lord Reed, di Lady Hale e di Lord Kerr.

Dalla riflessione condotta da Lord Reed traspare una spiccata sensibilità verso gli equilibri e le prerogative costituzionali dei diversi poteri: il giudice sottolinea, innanzitutto, che nel caso in esame la Corte sarebbe chiamata a operare «*an abstract exercise, to define categories of pregnancy in respect of which a termination must be legally available if the legislation is to be compatible with article 8*»⁷¹, esercitando quasi una attività di tipo legislativo. Simili determinazioni, che riguardano un ambito estremamente sensibile che attiene alla sfera etica e morale sarebbero, secondo Lord Reed, «*pre-eminently matters to be settled by democratically elected and accountable institutions*,

⁷⁰ Come del resto rileva in apertura Lady Hale: «In these unusual circumstances, it is not possible to follow our usual practice and identify a single lead judgment which represents the majority view on all issues. We have therefore decided to revert to the previous practice of the appellate committee of the House of Lords and print the judgments in order of seniority. It is for that reason only that my judgment comes first. Far more substantial judgments on all issues follow from Lord Mance and Lord Kerr».

⁷¹ «That approach requires the court to address a number of difficult issues: for example, whether to treat some categories of pregnancy differently from other pregnancies at all; whether, if so, to draw the line at foetuses with fatal abnormalities which will prevent their surviving until birth or for more than a short time after birth, or to include foetuses with serious but non-fatal abnormalities; whether to differentiate between healthy foetuses conceived as the result of sexual offences and other healthy foetuses; and whether, if so, to draw the line at foetuses conceived as the result of offences which were non-consensual, or to include those conceived as the result of consensual offences».
UKSC 27, 7 Giugno 2018, cit., par. 362

albeit, in the case of the devolved institutions, within limits which are set by the Convention rights as given effect in our domestic law»⁷².

Il processo di revisione della legislazione nord-irlandese era, per altro, stato avviato, ma si era arrestato all'indomani della crisi che, nel gennaio 2017, ha lasciato il paese privo del governo devoluto. In tali circostanze, e nell'attesa che il tema ritorni nell'arena democratica del parlamento di Stormont, afferma Lord Reed, le corti saranno certamente chiamate a decidere dei casi individuali che saranno loro sottoposti. Nel caso in esame, tuttavia, non vi è alcuna ragione per cui la Corte Suprema sia chiamata ad anticipare il dibattito democratico sulle modifiche di legge in materia di aborto, o addirittura ad estromettere il legislatore dall'assumere tali determinazioni⁷³.

Sensibilmente diversa è invece la prospettiva dalla quale muovono Lady Hale e Lord Kerr. Secondo Lady Hale, la regolamentazione dell'aborto è una questione sulla quale il legislatore democratico non esercita una competenza esclusiva. Anzi, trattandosi di una questione che attiene *in primis* alla tutela dei diritti fondamentali, sarebbero proprio le corti a svolgere un ruolo fondamentale e preminente: «*in some ways, the courts may be thought better qualified, because they are able to weigh the evidence, the legal materials, and the arguments in a dispassionate manner, without the external pressures to which legislators may be subject»⁷⁴.*

Non solo le corti, secondo Lady Hale, sarebbero in una migliore posizione dalla quale valutare le eventuali violazioni dei diritti da parte della legislazione ma, anzi – e a maggior ragione laddove il parlamento non si sia ancora chiaramente espresso – esse non devono avere timore di intervenire: l'assemblea legislativa nord-irlandese, che nel 2016 aveva iniziato a discutere del tema, non è mai arrivata ad una deliberazione e proprio in assenza di quest'ultima le corti non dovrebbero sentirsi inibite dal pronunciarsi circa la compatibilità della legge vigente rispetto ai diritti protetti dalla Convenzione⁷⁵.

Di fronte a tale argomento, occorre tuttavia chiedersi se sia sufficiente l'inerzia del legislatore per legittimare l'intervento del giudiziario volto ad innovare radicalmente la disciplina in materia di aborto; e ancora, se il silenzio del legislatore non sia da interpretarsi esso stesso come scelta di conservazione del regime vigente. In altri termini, come rileva Nicolò Zanon, «si dimentica la banale verità che la discrezionalità legislativa si esercita non solo nell'espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già

⁷² *Ibidem*.

⁷³ «*The courts will have to deal with any individual cases which may come before them. But, in the present proceedings, there is no need for this court to pre-empt democratic debate on changes to the law or to the arrangements for the provision of health services, or, by determining the requirements of the Convention in advance of that debate, to take the matter out of the hands of democratically accountable institutions»*, *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ «*On the question of the usurpation of the function of the decision-maker, in the circumstances of the present case, this simply does not arise. The Northern Ireland Assembly has not made a decision. Its largest party, at the time of the debate in February 2016, declared that further consultation and consideration were required. Likewise, the “evidential value of ... judgments of the executive” holds no sway here because none has been made. The courts should feel no sense of inhibition in relation to the question of whether the current law offends article 8 of the Convention, in the light of the absence of any firmly expressed view of the democratic institutions of Northern Ireland»*, *Ibidem*.

affermate nell'ordinamento. Inoltre, quel che non si decide in sede parlamentare, non perciò solo va deciso in altre sedi, perché bisognerebbe in primo luogo chiedersi se la mancata decisione non racchiuda in realtà una decisione negativa, comunque da rispettare»⁷⁶.

Certamente non sfugge il fatto che l'assemblea nord-irlandese si trovi in una posizione del tutto anomala: dal gennaio 2017 essa è stata infatti ancora convocata per la formazione del governo, complice il mancato accordo tra gli Unionisti del DUP e gli indipendentisti del Sinn Fein, ed è dunque tecnicamente impossibilitata a prendere qualsiasi deliberazione. Di fronte a questa impasse, un ulteriore interrogativo, anche sollecitato dai recenti sviluppi si impone: se la crisi politica continua a persistere, potrebbe Westminster intervenire nella regolamentazione dell'aborto in Nord-Irlanda?

4.2. Dalle corti al legislatore. Ma quale legislatore?

A seguito dell'esito del referendum irlandese e della recente sentenza della UK Supreme Court, nuova linfa è stata fornita al dibattito politico circa la regolamentazione dell'aborto in Nord Irlanda, ormai divenuta la nuova linea di frontiera della campagna *pro-choice*.

Non è un caso, infatti, che il 5 Giugno 2018 la parlamentare laburista, Stella Creasy, abbia portato all'attenzione della *House of Commons* il dibattito circa la necessità di abrogare le sezioni 58 e 59 dell'*Offence Against the Person Act* che rendono l'aborto un reato punibile penalmente⁷⁷. Il 23 ottobre è stato proposto dalla parlamentare Diana Johnson e da altri rappresentanti alla *House of Commons* un "backbench" Bill, l'*Abortion Bill 2017-19*⁷⁸, volto a riformare alcuni profili della disciplina dell'aborto in Inghilterra, Scozia e Galles, ma soprattutto a depenalizzare l'aborto in Nord Irlanda. La mozione, discussa in prima lettura il 23 Ottobre, è stata approvata da 208 voti contro 123 e verrà considerata in seconda lettura il 25 Gennaio 2019⁷⁹.

L'iniziativa dei parlamentari di Westminster, sebbene abbia pochissime chance di condurre ad una modifica dell'attuale assetto legislativo, ha infiammato il dibattito circa i rapporti tra Westminster e Stormont, con particolare riferimento alle interferenze del primo su materie devolute. L'aborto, infatti, ricade tanto nella sfera della materia penale che in quella della salute, ed è pertanto da considerarsi una "transferred matter" ai sensi dell'art. 4.1 del *Northern Ireland Act* del 1998. Alla luce di ciò, un intervento di Westminster in un momento di istituzionale debolezza del

⁷⁶ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 10.

⁷⁷ S. CREASY MP, HC deb., 5 Giugno 2018, vol. 642, cols. 205-212.

⁷⁸ *Motion for leave to bring in a Bill (Standing Order No. 23)*, 23 Ottobre 2018, <https://hansard.parliament.uk/commons/2018-10-23/debates/50C9945E-B8A1-4B95-BE24-70A76897288B/Abortion>.

⁷⁹ L'iter dell'*Abortion Bill 2017-19* può essere seguito al seguente link: <https://services.parliament.uk/Bills/2017-19/abortion.html>.

governo nord-irlandese non potrebbe che essere letto come «*a dangerous constitutional precedent of interference*»⁸⁰.

La delicatezza della regolamentazione della materia stessa, *a fortiori* nella attuale congiuntura politica, in una società altamente polarizzata lungo linee culturali e religiose, non è certamente un incentivo per il Governo di Theresa May, già alle prese con la difficile gestione della Brexit, per introdurre un ulteriore elemento di tensione al confine nord-irlandese. A ciò si aggiunge che il governo conservatore di Westminster trova nel *Democratic Unionist Party* (DUP), tradizionalmente pro-life, un alleato strategico ed inverosimilmente potrebbe mettere in atto una simile prova di forza. A questo proposito, non potrebbero essere più chiare le affermazioni del Segretario di Stato per il Nord-Irlanda: «*Government's view is that the decisions about abortion and the laws that apply in Northern Ireland should rightly and properly be decided by the people of Northern Ireland and their elected politicians*»⁸¹.

5. Una postilla: l'ordinamento internazionale come forza motrice della liberalizzazione dell'aborto

Non solo una comune originaria matrice – quella ottocentesca dalla criminalizzazione dell'aborto – accomuna il rapporto di Irlanda e Irlanda del Nord sul tema dell'interruzione volontaria di gravidanza: guardando all'evoluzione più recente si scorge, infatti, un comune filo rosso costituito dall'impatto dell'ordinamento internazionale ed, in particolare, dagli organismi (corti e comitati) di protezione dei diritti umani, sollecitati spesso dagli attivisti, attraverso forme di “*strategic litigation*”.

Per quanto riguarda il caso nord-irlandese, significativo è il recentissimo report⁸² del Comitato sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW), che ha condannato il Regno Unito per la legislazione restrittiva in materia di aborto vigente nell'Irlanda del Nord. In particolare, l'indagine del *Committee* era stata sollecitata dalle segnalazioni di diverse associazioni (specificatamente, *The Family Planning Association, Northern Ireland Women's European Platform and Alliance for Choice*) che lamentavano la violazione dell'art. 8 del Protocollo Opzionale della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, per quanto riguarda gli effetti della legislazione nord-irlandese in materia di aborto.

Il *Committee*, alla luce di una lunga indagine, ha dichiarato il Regno Unito responsabile per gravi e sistematiche violazioni dei diritti delle donne, alla luce della criminalizzazione dell'aborto in casi di malformazioni fetali (anche fatali), di incesto e violenza, regime che impone «*severe physical*

⁸⁰ F. BRUCE, *Abortion*, 23 Ottobre 2018, vol. 648, <https://hansard.parliament.uk/commons/2018-10-23/debates/50C9945E-B8A1-4B95-BE24-70A76897288B/Abortion>

⁸¹ Official Report, 5 June 2018; Vol. 642, c. 220.

⁸² CEDAW, Inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland under article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 6 Marzo 2018.

and mental anguish, constituting gender-based violence against women» o che le costringe «*to travel outside Northern Ireland to undergo legal abortion or to self-administer abortifacients*»⁸³.

Tale report, pur non avendo effetti vincolanti, ha contribuito a riaccendere il dibattito circa la riforma della legislazione in materia di aborto, fornendo ai fautori del cambiamento un argomento potente come quello della violazione dei diritti umani, per di più di carattere grave e sistematico.

Guardando ora, brevemente, al caso della Repubblica d'Irlanda, la storia del rapporto tra quest'ultima e l'ordinamento internazionale è sicuramente più densa e complessa: qui, infatti, si intrecciano tanto le decisioni della Corte EDU – che hanno avuto un ruolo decisivo per l'introduzione della legislazione del 2013 – quanto quelle più recenti provenienti da diversi organismi internazionali: il Comitato sui diritti Economici, Culturali e Sociali⁸⁴, il Comitato sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW)⁸⁵, il Comitato sui diritti del Fanciullo⁸⁶ e il Comitato dell'ONU Contro la Tortura⁸⁷ e lo *Human Rights Committee*⁸⁸ dell'ONU.

Quest'ultimo, nel 2016, ha condannato l'Irlanda proprio a causa delle conseguenze sui diritti umani della disciplina nazionale in materia di aborto, dando una decisiva spinta al dibattito, da tempo in corso, in favore della revisione dell'art. 40.3.3.

A differenza dei precedenti interventi sopra menzionati da parte di organismi internazionali, la recente decisione dello *Human Rights Committee* ha assunto un rilievo del tutto inedito. In tutti i casi precedenti, infatti, si era trattato di moniti in astratto, frutto dell'attività di monitoraggio comune a tali organismi di diritti internazionale; nel caso Mellet⁸⁹ del 2016, al contrario, si è trattato di un caso concreto di violazione dei diritti della ricorrente, alla luce del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

La ricorrente, Amanda Mellet, alla ventunesima settimana di gravidanza aveva scoperto che il feto che portava in grembo era affetto da una malattia congenita del cuore potenzialmente mortale. I successivi accertamenti sul feto avevano inoltre rivelato la presenza di una trisomia (trisomia 18), alla luce della quale il feto era destinato a morire in utero o subito dopo il parto. In casi come questi, in cui viene diagnosticata una “*foetal fatal abnormality*”, l'ordinamento irlandese non prevede la possibilità di abortire, se non recandosi all'estero. Così aveva deciso di fare la ricorrente, che si era

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding Observations on the Third Periodic Report of Ireland, E/C.12/IRL/CO/3, 8 July 2015, para 30.

⁸⁵ Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Concluding Comments: Ireland, CEDAW/C/IRL/CO/4-5, 22 July 2005, paras 38–39.

⁸⁶ Committee on the Rights of the Child, Concluding Observations on the Combined Third and Fourth Period Reports of Ireland, CRC/C/IRL/CO/3-4, 1 March 2016, paras 57–58.

⁸⁷ Committee Against Torture, Concluding Observations of the Committee Against Torture: Ireland, CAT/C/IRL/CO/1, 17 June 2011, para 26.

⁸⁸ Human Rights Committee, Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Ireland, CCPR/C/IRL/CO/4, 19 August 2014, para 9; Human Rights Committee, CCPR/c/116/D/2324/2013, deciso il 31 marzo 2016.

⁸⁹ *Human Rights Committee*, CCPR/c/116/D/2324/2013, deciso il 31 marzo 2016.

recata a Liverpool per abortire. Alla luce di questo quadro fattuale, la donna si era appellata successivamente allo *Human Rights Committee*, lamentando la violazione da parte della legislazione irlandese dei suoi diritti espressi dall'art. 7 del ICCPR (divieto di tortura e trattamenti crudeli, inumani o degradanti), dall'art. 17 (tutela dell'individuo da interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata o nella sua famiglia), dall'art. 19 (libertà di espressione, che include il diritto a ricevere informazioni), degli articoli 2.1, 3 e 26 (divieto di discriminazione sulla base del sesso o del genere).

Alle doglianze della ricorrente, il governo irlandese ha opposto il fatto che la legislazione irlandese era frutto di una deliberazione democratica del popolo irlandese e che «*the nuanced and proportionate approach to the considered views of the Irish Electorate on the profound moral question of the extent to which the right to life of the foetus should be protected and balanced against the rights of the woman*»⁹⁰. La decisione del Comitato, priva di carattere vincolante⁹¹, ha accertato la violazione tanto dell'art. 7 che degli articoli 17 e 26, condannando dunque l'Irlanda per tali violazioni.

Il caso *Mellet*, la cui portata era tale da mettere in discussione l'intera normativa irlandese (non solo in caso di anomalie fetale fatali)⁹², è stato l'ultimo atto di un processo, guidato tanto da spinte endogene che esogene, volto a mutare profondamente l'approccio peculiare irlandese al tema dell'aborto, processo che, come si è già mostrato, è culminato nel referendum del maggio 2018.

6. Riflessioni conclusive: principio democratico e scelte eticamente controverse

La storia e l'evoluzione, ancora in corso, della regolamentazione dell'aborto in Irlanda e in Nord-Irlanda offrono, dal punto di vista del diritto comparato, un interessante caso di studio circa la tensione esistente tra le diverse branche del potere e i diversi livelli di governo (tanto statali quanto sovranazionali) nella definizione degli strumenti e delle soluzioni più idonee a regolamentare posizioni giuridiche sulle quali la coscienza sociale è profondamente divisa lungo linee di natura etico-morale e religiosa e che il diritto riesce solo a lambire, ma mai ad afferrare.

In questa prospettiva, essa si pone al centro di uno dei dibattiti più attuali del costituzionalismo contemporaneo, che prende le mosse dalla dottrina del c.d. *new constitutionalism* il quale, «*as an overarching political ideology, or theory of state, faces no serious rival today*»⁹³. Tratto saliente di tale teoria riguarda il primato riconosciuto alle corti (nazionali e sovranazionali) sugli altri attori istituzionali nella protezione (e talvolta definizione) dei diritti costituzionalmente garantiti; una

⁹⁰ *Mellet v. Ireland, Human Rights Committee*, CCPR/c/116/D/2324/2013, par. 4.2.

⁹¹ S MULLALLY, *Mellet v Ireland: Legal Status of the UN Human Rights Committee's "Views"*, CCJHR Blog, 16 June 2016.

⁹² F. DE LONDRAS, *Fatal Foetal Abnormality, Irish Constitutional Law, and Mellet v. Ireland*, *Medical Law Review*, cit., 607.

⁹³ A. STONE SWEET, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, 37.

funzione che ha assunto una pervasività ed incidenza tali per cui è giustificato considerare le Corti supreme, nel panorama contemporaneo, come dei veri e propri “policy-making bodies”⁹⁴.

Tale teoria costituzionale, come evidente, scardina la tradizionale centralità del legislatore quale primo interprete dell’emergere di nuove istanze sociali e si impone, così, con tutta la sua carica problematica: oltre che per le note critiche alla mancanza di legittimazione democratica delle corti, anche e soprattutto per l’effetto delle loro decisioni, suscettibili di porre l’ultima parola su questioni controverse, tale teoria sconta il difetto di voler chiudere il dibattito pubblico su argomenti sui quali non si registra un netto consenso sociale⁹⁵.

Ciò non deve stupire: come acutamente ricordato da Zanon, se «per i singoli che, in nome di un principio (di un valore!), si vedono riconosciuto un diritto – magari un «nuovo» diritto, usando il linguaggio solo apparentemente rassicurante dell’oggi – il guadagno è netto in termini di libertà e affermazione individuale (...), ognuno vede la portata conflittuale di questa operazione di potenziale decostruzione dei significati oggettivi contenuti nelle scelte del legislatore democratico-rappresentativo. Il punto cruciale è che, attraverso la dissoluzione della dicotomia esterno-interno, le decisioni giurisdizionali innovative (e non di rado anche contraddittorie) sui casi più controversi e paradigmatici, rischiano di diventare lo specchio di conflitti di valore che si esibiscono interamente sulla scena pubblica, e che nessuna funzione regolatrice rischia di riuscire a “ordinare” e a ricondurre ad unità. (...) In questa prospettiva, il diritto e le sentenze, anziché fornire prestazioni di unità, anziché pacificare i conflitti, possono diventare, essi stessi, fonti di conflitto»⁹⁶.

Facendo aggio sui limiti mostrati dal *new constitutionalism*, parte della dottrina ha cercato di risolvere la dicotomia tra *judicial supremacy* e *parliamentary sovereignty*, trovando nella valorizzazione dell’istanza democratico-partecipativa un valido antidoto.

Pur nella consapevolezza della pluralità di correnti e teorie che si sono sviluppate in opposizione al *new-constitutionalism*⁹⁷, ci si vuole qui in particolare soffermare sulle riflessioni di Jeremy

⁹⁴ R. HIRSCHL, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 11: Iss. 1, Article 4, 2004, 71.

⁹⁵ Sul tema si rimanda a N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, cit., 12 ss.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Nota è per esempio la teoria del c.d. “*popular constitutionalism*” teorizzato da Kramer e Tushnet, che hanno cercato, per parafrasare il titolo di un libro di quest’ultimo “*to take away the Constitution from Courts*” e suggeriscono al giudiziario di concepirsi «*in relation to the public somewhat as lower court judges now see themselves in relation to the Court: responsible for interpreting the Constitution according to their best judgment, but with an awareness that there is a higher authority out there with power to overturn their decisions-an actual authority, too, not some abstract ‘people’ who spoke once, two hundred years ago, and then disappeared*». R.C. POST, R.B. SIEGEL, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, Faculty Scholarship Series. Paper 178, 2004.; L. D. KRAMER, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, OUP, 2005; Altra posizione è quella del c.d. *judicial minimalism*, teorizzato da Cass Sunstein il quale sostiene che laddove le corti si pongono come ultimi difensori dei diritti costituzionali, rendono le questioni più controverse “off-limits to politics”, C. SUNSTEIN, *One case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, 1999, 54.

Waldron⁹⁸. L'Autore muove la sua critica sulla base della inadeguatezza della *judicial review* in questioni dove si registra un "*reasonable disagreement*" nelle quali, cioè, non è possibile individuare un argomento decisivo, essendo sempre possibile difendere, con argomenti ragionevoli, una posizione e il suo contrario. Nota è la difesa di Waldron del ruolo delle assemblee elettive come luogo privilegiato in cui possano trovare espressione e composizione le diverse e contrapposte posizioni presenti nel tessuto sociale, in particolare laddove siano in gioco valori morali ed etici.

Questa prospettiva è quella che sembra essersi realizzata progressivamente nel sistema irlandese, impegnato a riconnettere al circuito democratico popolare la decisione sulla regolamentazione di un tema tanto delicato come l'aborto che, per sua natura, è fortemente radicato nell'evoluzione della coscienza sociale.

In definitiva, come la vicenda emblematica dell'aborto dimostra, le risposte che un ordinamento può fornire alle domande di giustizia, soprattutto se espressione di nuove istanze ed esigenze, si pongono al crocevia della pervasiva tensione tra giurisdizione e legislazione e, forse in modo ancor più profondo, tra diritto e politica.

Oltre quarant'anni dopo l'irruzione della questione dell'aborto sulla scena del costituzionalismo tale tensione non si è sopita, ma anzi è continuamente riproposta, non solo a livello nazionale, ma anche nell'intreccio di corti di carattere nazionale e sovranazionale. È ragionevole pensare che nemmeno nel prossimo futuro gli ordinamenti costituzionali arrivino a pronunciare una parola definitiva in merito ed è finanche verosimile ipotizzare che il conflitto fino ad ora caratterizzato come duale tra donna e nascituro possa ulteriormente complicarsi, tanto dal punto di vista soggettivo (relativo ai soggetti implicati) che oggettivo (relativo ai diritti in rilievo). L'intersezione, da un lato, con nuove pratiche riproduttive⁹⁹ e, dall'altro, con l'emergere di nuovi diritti¹⁰⁰ che si affacciano e si moltiplicano nel panorama internazionale, creerà ulteriori linee di conflitto, ponendo ancora una volta gli ordinamenti di fronte alla necessità di comporre tensioni ultimamente irrisolvibili, svelando, forse, i limiti dell'esperienza giuridica di fronte alla complessità (e, forse, all'insondabilità) delle questioni che attengono all'esistenza umana.

⁹⁸ J. WALDRON, *The dignity of legislation*, Cambridge University Press, 1999.

⁹⁹ Il riferimento è in particolare al tema della maternità surrogata. Maternità surrogata e aborto sono due declinazioni della generale libertà di procreare: la prima del diritto di procreare; il secondo del diritto di non procreare. Entrambi, inoltre, giungono a scardinare la tradizionale visione della gravidanza, distinguendo tra gestazione e maternità. Cosa succede quanto il diritto a procreare si scontra con il diritto a non procreare? In altri termini, cosa succede nel caso in cui una delle due parti dell'accordo di surrogazione decida di abortire e non trovi l'assenso dell'altra parte in causa? Sebbene ancora non così diffusa, essa non costituisce un'ipotesi di scuola: negli Stati Uniti tale questione è stata recentemente sollevata dal caso *M.C. v. C.M.* deciso dalla Court of Appeal, Second District, Division 1, *California C.M., Plaintiff and Respondent, v. M.C., Defendant and Appellant* del Gennaio 2017, che tuttavia la Corte Suprema non ha ritenuto di dover esaminare nel merito.

¹⁰⁰ Un altro tema che mostra il possibile "cortocircuito" della retorica dei diritti riguarda il tema dell'aborto in caso di anomalie fetali e i diritti dei disabili, riconosciuti a livello internazionale per esempio dalla *UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Sul possibile cortocircuito innestato dal riconoscimento del diritto all'aborto nel caso di anomalie fetali si veda S. GIRIC, *Strange bedfellows: anti-abortion and disability rights advocacy*, in *Journal Law Bioscience*, 3(3), 2016, 736-742,

Quest'ultima inadeguatezza del diritto a trovare risposte definitive alle sempre nuove problematiche che scaturiscono dal cambiamento sociale non deve tuttavia precludere al giurista di indagare, con gli strumenti propri del metodo comparato, le diverse soluzioni di composizione dei conflitti che, in misura crescente, sgorgano dal carattere pluralistico delle società contemporanee. L'esperienza irlandese e quella nord-irlandese offrono, da questo punto di vista, interessanti suggestioni per continuare a riflettere e abbozzare – forse – una risposta alla domanda che ha guidato il presente itinerario di ricerca: «*Who shall decide what rights we have when we all disagree?*»¹⁰¹.

¹⁰¹ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., 231.