

Corte europea dei diritti: l'aborto tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno nel caso A, B e C contro Irlanda

di Diletta Tega *
(2 marzo 2011)

Nella decisione A, B e C contro Irlanda di fine 2010 la Grande Camera dedica un'ampia riflessione a uno dei nodi di maggiore complessità della tutela dei diritti della persona nel cd. sistema Strasburgo: cioè il bilanciamento tra il margine di apprezzamento statale, inteso come sfera di autonomia di ciascun stato nel determinare le scelte fondanti il proprio ordinamento costituzionale e il consenso esterno quando siano in gioco temi morali o etici. Per consenso esterno si intende un *trend* normativo comune a buona parte dei paesi del Consiglio d'Europa che la Corte richiama e utilizza quando vuole affermare un'interpretazione dinamica ed evolutiva della Cedu. Il consenso che viene preso in considerazione nel caso A, B e C è rappresentato dalle legislazioni che, nella quasi totalità degli stati del Consiglio d'Europa, hanno riconosciuto, seppur con differenze, l'accesso alle pratiche abortive. La decisione della Corte insieme alle opinioni concorrenti e dissenzienti costituisce una sorta di compendio dello stato dell'arte, particolarmente prezioso per tentare di chiarire l'approccio della Corte stessa nei confronti dell'ampiezza del margine di apprezzamento statale quando in gioco ci sono temi che coinvolgono questioni «etiche o morali difficili». La Corte ha deciso su tre ricorsi presentati per violazione dell'art. 8 della Cedu (diritto alla vita privata). Le ricorrenti si sono recate nel Regno Unito per interrompere la gravidanza - l'ordinamento irlandese infatti considera l'aborto un reato penale punibile anche con il carcere a vita - in nome della tutela del benessere psico-fisico, nei primi due ricorsi, e del grave pericolo di vita nel terzo. Secondo l'interpretazione data nel 1992 dalla Corte Suprema irlandese nel caso X l'aborto può essere praticato solo se giustificato da un rischio grave e sostanziale per la vita della madre (compreso il pericolo di suicidio). A tale interpretazione del testo costituzionale non è seguita però alcuna specificazione normativa (nel 2002 un referendum popolare ha bocciato il *Protection of Human Life in Pregnancy Act* con il quale si mirava a limitare l'interpretazione della Corte Suprema nel caso X).

Va chiarito che le domande che la Corte Edu è stata chiamata ad affrontare non riguardano il momento in cui la vita ha inizio o se è opportuno riconoscere un'eguale tutela del diritto alla vita alla madre e al concepito, come peraltro fa la Costituzione irlandese all'art. 40.3.3 (scelta confermata da un referendum popolare del 1983). Queste infatti sono opzioni di *competenza costituzionale* che una corte sovranazionale non è in principio idonea ad affrontare. Il quesito cui rispondere è invece in che modo il diritto alla vita del concepito debba essere bilanciato con quello della madre e se possa essere valutato come recessivo nel caso concreto. Ma anche questo *test* di proporzionalità, a ben vedere, risulta di portata squisitamente costituzionale e di conseguenza solleva non poche difficoltà.

Vediamo dunque come vengono bilanciati gli strumenti del margine e del consenso, a seconda delle posizioni delle tre ricorrenti. Nel caso delle due ricorrenti che lamentavano l'impossibilità di poter accedere alle pratiche abortive per motivi di salute e benessere psico-fisico la Corte ha affermato che esiste un consenso generalizzato a riconoscere le pratiche abortive su basi più ampie di quelle previste dall'ordinamento irlandese, tanto che in quarantatré paesi sui quarantasette del Consiglio la legge prevede la possibilità di usufruire delle pratiche abortive al fine di proteggere la salute della madre e che in quaranta ordinamenti è possibile abortire in base a più ampie motivazioni socio-economiche. Risulta evidente ai giudici che la prima delle due ricorrenti avrebbe potuto

accedere alla pratica abortiva in quaranta stati approssimativamente e la seconda in trentacinque. Nonostante un *trend* legislativo così ampio la Corte conclude che il consenso europeo per una legislazione che ammetta questo tipo di pratica medica non può in alcun modo ridurre il margine di apprezzamento. Anche se, di norma, il margine viene ristretto quando è in gioco un elemento particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità individuale, in assenza di un consenso esterno riguardo tematiche morali o etiche il margine si riallarga poiché «in ragione del contatto diretto e continuo con le forze vitali dei rispettivi paesi le autorità statali sono, almeno in principio, in una posizione migliore rispetto ai giudici internazionali nell'esprimere un'opinione non solo sull'esatto contenuto dei requisiti morali nel loro paese, ma anche sulla necessità delle limitazioni idonee a rispettare tali requisiti» (§ 223). L'orientamento della maggioranza degli stati europei non può cioè costituire un fattore decisivo in base al quale stabilire che la proibizione irlandese di abortire, sulla base di motivi di salute e benessere psico-fisico, non costituisca un bilanciamento equo tra due diritti configgenti. La Corte afferma che - poiché non esiste un consenso sulla definizione scientifica e legale sull'inizio della vita e poiché i diritti reclamati in nome del concepito e della madre sono inestricabilmente collegati - il margine di apprezzamento accordato allo stato nella protezione del concepito implica necessariamente una limitazione dei diritti configgenti della madre. Detto questo il margine di apprezzamento non va considerato come illimitato, la proibizione irlandese non è infatti automaticamente giustificata sotto l'ombrello della Cedu sulla base di una sorta di deferenza nei confronti della protezione del concepito o della considerazione che il diritto della madre al rispetto della propria vita privata sia un diritto residuale. Però in base alla complessità, all'ampiezza e alla sensibilità del dibattito sul tema in Irlanda, la scelta del legislatore è chiara, come è altrettanto chiara la possibilità per le donne irlandesi di ottenere informazioni in merito alle pratiche abortive e di potersi recare liberamente all'estero a tale scopo (come prevede l'art. 40.3.3 della Costituzione in seguito all'approvazione nel novembre del 1992 di una serie di referendum popolari. Riguardo al diritto di ottenere e diffondere tali informazioni si veda anche *Open Door c. Irlanda* dell'ottobre 1992 e il *1995 Act* che ne regola il godimento).

La Corte in definitiva ritiene - 11 voti contro 6 - che nel caso delle due ricorrenti non esista violazione della Cedu perché il bilanciamento attuato dall'Irlanda tra diritto alla vita privata, che si trasforma nella possibilità di abortire all'estero, e i diritti del concepito sia equo, per quanto fisicamente e psicologicamente impegnativo per le ricorrenti. La ricostruzione di come gli strumenti del margine e del consenso europeo concorrano a definire il *test* di proporzionalità non è però condivisa dall'unanimità dei giudici. L'opinione dissenziente infatti pone in evidenza con molta chiarezza che questa è una delle rare volte in cui a un consenso europeo tanto generalizzato non consegue una restrizione del margine di apprezzamento statale. Subordinare un consenso così largo e condiviso a «profonde opzioni morali» è per i giudici di minoranza un reale e pericoloso allontanamento dalla giurisprudenza della Corte.

La terza ricorrente lamentava invece di essere in grave e sostanziale pericolo di vita poiché affetta in passato da una rara forma di tumore che temeva avrebbe potuto riaggravarsi in seguito alla gravidanza. In questo caso la Corte ha riconosciuto all'unanimità la violazione dell'articolo 8 Cedu. Dalla ratifica della Convenzione - ricorda la Grande Camera - derivano per lo stato non solo una serie di obblighi negativi, ma anche positivi il cui contenuto dipende: dal grado di importanza degli interessi in discussione; dal coinvolgimento di valori fondamentali o aspetti essenziali della vita personale e privata; dalla divergenza tra la realtà sociale e il diritto; dal peso che tale obbligo positivo riveste nei fatti per lo stato. Per quanto concerne gli obblighi negativi si riafferma (cfr. la decisione in tema di fecondazione assistita *S.H. contro Austria*, 1 aprile 2010) che, mentre il margine statale si risolve nel determinare le circostanze nelle quali l'accesso all'aborto è permesso,

il quadro di riferimento giuridico deve «essere disegnato in modo che i differenti interessi legittimamente coinvolti vengano presi in adeguata considerazione e in accordo con gli obblighi derivanti dalla Convenzione». La Corte riconosce che la legislazione irlandese è vaga nello stabilire i casi in cui l'aborto è permesso, tanto che gli stessi giudici nazionali considerano tale lacuna ingiustificabile (cfr. X case, richiamato al § 40 e ss. di A, B e C). Tale indeterminatezza sommata alla rigidità delle norme penali costituiscono un *chilling factor* per pazienti e medici. L'Irlanda è dunque condannata per non avere implementato gli obblighi positivi, tesi ad assicurare il rispetto della vita privata della ricorrente. Il margine di apprezzamento e il consenso non vengono in considerazione perché la situazione in cui versa la ricorrente ricade nelle ipotesi di aborto legale che la Corte suprema ha rinvenuto nel testo della Costituzione.

Concludo con due le riflessioni. Da un lato è interessante valutare la specificazione - fatta dal giudice irlandese nella sua opinione concorrente - in merito alla rilevanza del consenso europeo in riferimento alle prime due ricorrenti. In pratica si dice che il consenso per riuscire a restringere il margine statale non deve essere soltanto quantitativamente *consistente*, ma anche *rilevante*, deve cioè essere rappresentato da scelte normative che muovano dalla considerazione di fattori analoghi a quelli che determinano il margine statale dell'ordinamento in discussione. Si adombra cioè il fatto che le legislazioni più permissive, adottate dalla maggior parte dei paesi del Consiglio d'Europa, siano il risultato di scelte che non abbiano tenuto conto di un fattore che invece è determinante per l'Irlanda e cioè l'interesse pubblico al riconoscimento del diritto alla vita del concepito. Non sono convinta, per esempio considerando il ragionamento seguito dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 27/1975, che tale interesse non sia stato preso in considerazione da molte delle legislazioni che prevedono l'aborto, ma in ogni caso credo sia una precisazione che merita di concorrere nel valutare l'impatto del consenso. A patto che non si trasformi in una sorta di prova diabolica impossibile per la Corte Edu da valutare.

Dall'altro mi domando, nell'ottica dell'ordinamento interno e ripensando ad altri casi riguardanti l'aborto affrontati dalla Corte, se questa decisione non finisca indirettamente per indebolire l'opzione antiabortiva dell'ordinamento irlandese. Personalmente ne dubito. La Corte Edu riesce a ottenere un risultato importante ed equilibrato a mio avviso: riconosce l'effettiva violazione del diritto della ricorrente nel caso più grave, seguendo l'interpretazione della Corte suprema nazionale in ossequio all'adagio in base al quale «i giudici nazionali sono i custodi dei diritti previsti in costituzione». Mentre in riferimento ai primi due ricorsi costruisce una lettura del margine di apprezzamento statale che conta tra gli elementi che lo rafforzano rispetto al consenso anche le opzioni morali, valorizzando al massimo e non senza ricevere critiche, la specificità dell'ordinamento nazionale. La Corte pare non far altro che enfatizzare la lettura più *permissiva* propria della Corte suprema e della volontà popolare che nei referendum del 1992 ha sancito il diritto di recarsi all'estero ad abortire in base alle condizioni previste dalle leggi straniere e il diritto di ricevere e di diffondere informazioni sull'accesso all'aborto all'estero.

* Ricercatore di diritto costituzionale, Università degli studi di Milano Bicocca, diletta.tega@unimib.it.