

Afbreking van zwangerschap en het Ierse constitutionele recht

N.S. EFTHYMIOU*

Op 1 januari 2019 is in Ierland de *Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018* (hierna: de Wet van 2018) in werking getreden. Deze wet is een rechtstreeks gevolg van een herziening van de Ierse grondwet in 2018 en vormt, samen met die herziening, een waterscheiding in het Ierse recht over afbreking van zwangerschap. Om duidelijk te maken waarom het gaat om een waterscheiding dient te worden ingegaan op de ontwikkeling van het Ierse recht, in het bijzonder het Ierse constitutionele recht, rond afbreking van zwangerschap.

De ontwikkeling van het Ierse constitutionele recht rond afbreking van zwangerschap – hierna wordt meestal gesproken over abortus – speelt zich af in de periode 1922-2019. Ze wordt behandeld in drie paragrafen. Paragraaf 1 ziet op de jaren 1922 – 1983, en loopt van het ontstaan van Ierland als staat met een grondwet tot de grondwetsherziening van 1983. Paragraaf 2 ziet op de jaren 1983 – 2018, en loopt van de grondwetsherziening van 1983 tot de grondwetsherziening van 2018. Paragraaf 3 gaat over de grondwetsherziening van 2018 en de Wet van 2018. Een afsluitende paragraaf 4 bevat enkele concluderende opmerkingen.

1. Van 1922 tot de grondwetsherziening van 1983

Ierland is vanaf 1922 een staat met een grondwet. De eerste grondwet is de *Constitution of the Irish Free State* uit 1922. Deze grondwet is in 1937 vervangen door de *Constitution of Ireland*. Laatstgenoemde grondwet is vandaag de dag nog steeds van kracht. De grondwet van 1922 bevatte geen bepalingen die onmiddellijk relevant zijn voor abortus. Datzelfde geldt voor de grondwet van 1937 in de jaren voorafgaand aan de grondwetsherziening van 1983.¹

Tot 1983 wordt abortus alleen gereguleerd door de artikelen 58 en 59 van de *Offences Against the Persons Act 1861* (hierna: de Wet van 1861). Deze

bij de
buren

* N.S.(Nick) Efthymiou is universitair docent staatsrecht aan de Erasmus School of Law.

¹ Zie Hogan e.a. 2018, p. 1791 en de daar genoemde jurisprudentie, en Kavanagh 2018, p. 114.

wet stamt uit de tijd waarin Ierland deel uitmaakte van het Verenigd Koninkrijk. Beide artikelen, die abortus strafbaar maken, zijn tot 2014 van kracht geweest in Ierland. Ze luiden:

'58. 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 with the like intent, and whosoever, with intent to procure the miscarriage of any woman, whether she be or be not 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 felony, and being convicted thereof shall be liable (...) to be kept in penal servitude for life (...).

59. Whosoever shall unlawfully supply or procure any poison or other noxious thing, or any instrument or thing whatsoever, knowing that the same is intended to be unlawfully used or employed with intent to procure the miscarriage of any woman, whether she be or be not with child, shall be guilty of a misdemeanour, and being convicted thereof shall be liable (...) to be kept in penal servitude (...).'

De vraag is hoe deze artikelen geïnterpreteerd dienden te worden, in het licht van het woord 'unlawfully'. Maken ze, en dan vooral artikel 58, abortus onder alle omstandigheden strafbaar, of zijn er uitzonderingen op de strafbaarheid? Het gebruik van 'unlawfully' zou er volgens sommige auteurs op kunnen duiden dat er ook niet-strafbare abortussen kunnen zijn.²

In een Britse zaak uit 1938, *Rex v Bourne*, heeft de rechter zich hierover uitgelaten – de Wet van 1861 was in 1938 ook in het Verenigd Koninkrijk nog van kracht. Volgens rechter Macnaghten volgde uit 'unlawfully' in artikel 58 dat '[n]o person ought to be convicted under s. 58 of the Act of 1861 unless the jury are satisfied the act was not done in good faith for the purpose only of preserving the life of the mother'.³ Ook stelde de rechter dat een arts geacht mag worden een abortus uit te voeren om het leven van de moeder te redden, als 'the probable consequence of the continuance of the pregnancy will be to make the woman a physical or mental wreck'.⁴

In de literatuur is erop gewezen dat het vanzelf spreekt dat Bourne 'would not constitute a binding precedent in Ireland'.⁵ Toch is er vooral in Ierse jurisprudentie verschil van mening geweest over de vraag of de in Bourne gegeven criteria de wettelijke stand van zaken rond abortus in Ierland representeerden in de periode voorafgaand aan de grondwetsherziening van 1983. In recentere jurisprudentie neigt het Ierse *Supreme Court* er in toenemende mate naar om de Bourne-criteria niet als geldend Iers recht te beschouwen voor de genoemde periode.⁶ In 1997 stelt rechter Keane van het *Supreme Court* dat 'the preponderance of judicial opinion would suggest that the Bourne approach could not have been adopted in this

² Zie bijvoorbeeld Sherlock 1989, p. 26.

³ *Rex v Bourne* [1939] 11 KB 687, 3 All ER 615 (1938). KB = *Kings Bench*. All ER = *All England Law Reports*.

⁴ *Rex v Bourne* [1939] 11 KB 687, 3 All ER 615 (1938).

⁵ Sherlock 1989, p. 26.

⁶ Het *Supreme Court* is de hoogste Ierse rechter.

country consistently with the Constitution prior to the Eighth Amendment'.⁷ En in 2009 stelt rechter Denham van het *Supreme Court* dat 'R. v. Bourne (...) was never applied to or relied upon in this State. It was no part of our law'.⁸

Wat tot 1983 dan wel de precieze wettelijke stand van zaken rond abortus in Ierland was, meer in het bijzonder of abortus in het licht van de Ierse wet onder omstandigheden wel was toegestaan, is in nevelen gehuld.⁹ Ook over de medische praktijk in Ierland tot 1983 – en zelfs nog daarna – bestaat onduidelijkheid.¹⁰ Duidelijk is wel dat vervolgingen op grond van de artikelen 58 en 59 van de Wet van 1861 in Ierland weinig zijn voorgekomen.¹¹ In *A, B and C v. Ireland*, een Straatsburgse zaak uit 2010, stelt de Ierse regering zelfs dat er 'had been no criminal prosecution of a doctor in living memory'.¹²

In 1974 wijst het Ierse *Supreme Court* arrest in *McGee v the Attorney General*.¹³ Het leidt in deze zaak uit de artikelen 40 en 41 van de Ierse grondwet een recht op privacy voor getrouwde koppels af. Uit dit recht leidt het vervolgens een recht af voor getrouwde koppels om voorbehoedsmiddelen te gebruiken: 'the use of contraceptives by them within that marital privacy is equally guaranteed (...) and, as such assumes the status of a right so guaranteed by the Constitution'.¹⁴

Het *Supreme Court* stelt expliciet dat de *McGee*-zaak niet over abortus gaat: 'this judgment is confined to contraceptives as such; it is not intended to apply to abortifacients'.¹⁵ Toch is het arrest aanleiding geweest voor de grondwetsherziening van 1983, die beoogde een zo algemeen mogelijk verbod op abortus in de Ierse grondwet vast te leggen. De belangrijkste reden voor de herziening was namelijk de vrees dat het Ierse *Supreme Court* op termijn uit het recht op privacy een gekwalificeerd recht op abortus zou afleiden, en zo dezelfde route zou volgen als het Amerikaanse *Supreme Court*.¹⁶ Laatstgenoemd hof had in 1965 in *Griswold v. Connecticut* namelijk een recht op privacy afgeleid uit de Amerikaanse *Bill of Rights*, en gesteld dat een wet uit Connecticut die het gebruik van voorbehoedsmiddelen verbiedt, een schending is van het recht op privacy van getrouwde koppels.¹⁷ Vervolgens had het Amerikaanse *Supreme Court* in 1973 in *Roe v. Wade* gesteld dat het recht op privacy mede behelst 'a woman's qualified right to terminate her pregnancy'.¹⁸

2. Van de grondwetsherziening van 1983 tot de grondwetsherziening van 2018

De artikelen 46 en 47 van de Ierse grondwet zien op de procedure van grondwetsherziening. Een wetsvoorstel tot herziening van de grondwet

7 *Society for the protection of unborn children (Ireland) v Grogan* (no. 5) [1998] 4 IR 343, 381-382. IR = *Irish Reports*. 'Eighth Amendment' verwijst naar de grondwetsherziening van 1983.

8 *Roche v Roche* [2009] IESC 82, rechtsoverweging 51. IESC = *Irish Supreme Court Judgments (Online)*.

9 Zie Hogan e.a. 2018, p. 1790.

10 Zie Becker e.a. 2012, p. 210; Hogan e.a. 2018, p. 1790; Hogan en Whyte 2003, p. 1496-1497.

11 Zie Quinlan 1984, p. 374.

12 EHRM (GK), *A, B and C v. Ireland* (25579/05), 16 december 2010, r.o. 189.

13 *McGee v the Attorney General* [1974] IR 284.

14 *McGee v the Attorney General* [1974] IR 284, 313.

15 *McGee v the Attorney General* [1974] IR 284, 335.

16 Zie Hogan e.a. 2018, p. 1791-1792; Kavanagh 2018, p. 114-115; Koegler 1996, p. 1122; Mullally 2005, p. 89-90.

17 Zie *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 481-486 (1965).

18 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 114 (1973).

moet worden goedgekeurd door het Ierse parlement. Na goedkeuring wordt het herzieningsvoorstel in een referendum voorgelegd aan het Ierse volk. Als het volk bij gewone meerderheid van het aantal uitgebrachte stemmen instemt met het voorstel, dan dient de Ierse president het wetsvoorstel te ondertekenen en als wet af te kondigen.

2.1 De grondwetsherziening van 1983

De Ierse bevolking heeft op 7 september 1983 ingestemd met de grondwetsherziening van 1983 (het Achtste Amendement): 66,9% stemde voor, 33,1% stemde tegen.¹⁹ De Ierse president heeft het amendement op 7 oktober 1983 ondertekend. De herziening heeft gezorgd voor de toevoeging van een derde subsectie aan de derde sectie van artikel 40 van de Ierse grondwet: artikel 40.3.3^o. De derde subsectie luidt:

‘The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right.’

Artikel 40.3.3^o creëert geen absoluut verbod op abortus. Het artikel erkent het recht op leven van het ongeboren kind, maar stelt tegelijkertijd dat de moeder een gelijkwaardig recht op leven heeft. Dit impliceert dat abortus onder bepaalde omstandigheden in Ierland toegestaan kan zijn.²⁰ Welke omstandigheden dat zijn, zal in nieuwe wetgeving uitgewerkt moeten worden. De artikelen 58 en 59 van de Wet van 1861 bieden geen aanknopingspunten om de omstandigheden te bepalen, en de Bourne-criteria maken – zoals blijkt uit de opmerkingen van rechter Denham in 2009 – ook na 1983 geen deel uit van het Ierse recht. Wetgeving die artikel 40.3.3^o van de Ierse grondwet uitwerkt, komt er pas in 2013, met de *Protection of Life During Pregnancy Act 2013* (hierna: de Wet van 2013).²¹

Al in maart 1992 spreekt het *Supreme Court* schande over het uitblijven van wetgeving ter uitwerking van artikel 40.3.3^o. Het doet dat in de zaak *Attorney General v X*, die gaat over een meisje van veertien dat zwanger is geworden nadat ze was verkracht door een vriend van haar vader. Het risico dat ze zelfmoord zou plegen als ze geen abortus mocht ondergaan, werd door een klinisch psycholoog groot geacht. Rechter McCarthy stelt dat ‘[i]n the context of the eight years that have passed since the Amendment was adopted (...) the failure by the legislature to adopt the appropriate legislation is no longer just unfortunate; it is inexcusable’.²² De afwachtende houding van de wetgever leidt ertoe dat het *Supreme Court* zelf een standaard formuleert om te bepalen wanneer een legale abortus in Ierland mogelijk is.²³ De standaard luidt:

19 Van het totaal aantal kiesgerechtigden heeft 53,67% gestemd.

20 Zie ook Gearty 1992, p. 443; Quinlan 1984, p. 398; Sherlock 1989, p. 26. En zie *Attorney General v X* [1992] ILRM 401, 434, waar het Ierse *Supreme Court* de implicatie expliciteert. ILRM = *Irish Law Reports Monthly*.

21 Zie Ryan 2018, p. 134.

22 *Attorney General v X* [1992] IR 1, 82. De zaak is ook gepubliceerd in ILRM 401.

23 Zie ook Doyle 2018, p. 204; Ryan 2018, p. 134; Weinstein 1993, p. 196.

‘if it is established as a matter of probability that there is a real and substantial risk to the life, as distinct from the health, of the mother, which can only be avoided by the termination of her pregnancy, such termination is permissible, having regard to the true interpretation of Article 40, s. 3, sub-s. 3 of the Constitution.’²⁴

De standaard laat, zoals dat aan standaarden eigen is, veel in het midden. Zo is onduidelijk wanneer sprake is van ‘a matter of probability’. Ook is onduidelijk wat precies moet worden verstaan onder ‘a real and substantial risk’, al is duidelijk dat het hierbij niet kan gaan om gezondheidsrisico’s die niet levensbedreigend zijn. Uit de onderhavige casus blijkt wel dat een groot risico op het plegen van zelfmoord valt onder ‘a real and substantial risk’, maar niet wanneer sprake is van een groot risico.²⁵ De standaard levert geen handvatten om vaste procedures te ontwikkelen aan de hand waarvan factoren als ‘probability’ en ‘risk’ kunnen worden bepaald, wat niet bevorderlijk is voor de rechtszekerheid. Ook de standaard vereist daarom een uitwerking in wetgeving, en ook die komt er pas met de Wet van 2013.

2.2 Vrijheid van informatie, vrijheid om te reizen en de grondwetsherzieningen van 1992

Na de grondwetsherziening van 1983 worden Ierse rechters geconfronteerd met twee kwesties die in nauw verband staan met artikel 40.3.3° van de Ierse grondwet. De eerste kwestie betreft de vraag of artikel 40.3.3° met zich meebrengt dat er geen recht bestaat om informatie te ontvangen of te verschaffen over de mogelijkheid om buiten Ierland een abortus te ondergaan. In *Attorney General (Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd) v Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Woman Centre Ltd*, een zaak uit 1988, komt het *Supreme Court* inderdaad tot die conclusie. Er kan, aldus het *Supreme Court*, geen sprake zijn van een ‘constitutional right to information about the availability of a service of abortion outside the State which, if availed of, would have the direct consequence of destroying the expressly guaranteed constitutional right to life of the unborn’.²⁶ De bewoordingen van artikel 40.3.3° staan het bestaan van een dergelijk recht in de weg.

Het *Supreme Court* legt *Open Door Counselling* en *Dublin Well Woman Centre*, bedrijven die dergelijke informatie verschaffen, daarom een absoluut verbod op om dit nog langer te doen. Beide bedrijven worden ‘perpetually restrained from assisting pregnant women within the jurisdiction to travel abroad to obtain abortions (...) by informing them of the identity and location of and the method of communication with a specified clinic or clinics or otherwise’.²⁷

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens neemt de zaak vervolgens in behandeling en doet op 29 oktober 1992 uitspraak. Het Hof stelt

24 *Attorney General v X* [1992] 1 IR 1, 53-54.

25 Zie ook Fox en Murphy 1992, p. 457.

26 *Attorney General (Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd) v Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Woman Centre Ltd* [1988] IR 593, 625.

27 *Attorney General (Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd) v Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Woman Centre Ltd* [1988] IR 593, 625.

dat het verbod van het Ierse *Supreme Court* zowel ziet op het geven als op het ontvangen van informatie, en vindt in meerderheid – vijftien stemmen tegen acht – dat het verbod disproportioneel is en daarom een schending van artikel 10 EVRM oplevert.²⁸

De tweede kwestie rond artikel 40.3.3^o van de Ierse grondwet waarmee Ierse rechters worden geconfronteerd, betreft de vraag of dit artikel eraan in de weg staat dat Ierse vrouwen naar het buitenland reizen om daar een abortus te ondergaan. De vraag komt aan de orde in het al eerder behandelde arrest *Attorney General v X*, dat – voor zover het de tweede kwestie betreft – voortbouwt op eerdere jurisprudentie.

In 1979 had de rechter uit artikel 40 van de Ierse grondwet afgeleid dat burgers het recht hebben om te reizen, zij het dat dit recht aan beperkingen kan worden onderworpen.²⁹ In *Attorney General v X* stellen drie van de vijf rechters die uitspraak hebben gedaan, dat het recht voor zwangere vrouwen om (naar het buitenland) te reizen onder omstandigheden beperkt kan worden, in het licht van het recht op leven van het ongeboren kind. Opperrechter Finlay merkt op dat ‘if there were a stark conflict between the right of a mother of an unborn child to travel and the right to life of the unborn child, the right to life would necessarily have to take precedence over the right to travel’.³⁰ Volgens rechter Hederman moet ‘the preservation of life (...) be deemed to be paramount and to be sufficient to suspend for at least the period of gestation of the unborn life the right to travel’.³¹ En rechter Egan stelt dat het in casu gaat over ‘the question of an unborn within the jurisdiction being removed from the jurisdiction with the stated intention of depriving it of its right to life. In the face of a positive obligation to defend such a right it cannot reasonably be argued that a right to travel *simpliciter* can take precedence over such a right’.³²

De arresten van het *Supreme Court* over beide kwesties leiden tot de grondwetsherzieningen van 1992 (het Dertiende en het Veertiende Amendement). De Ierse bevolking heeft op 25 november 1992 ingestemd met het Dertiende Amendement, over de vrijheid om te reizen: 62,4% stemde voor, 37,6% stemde tegen.³³ Diezelfde dag heeft de Ierse bevolking ook ingestemd met het Veertiende Amendement, over de vrijheid van informatie: 59,9% stemde voor, 40,1% stemde tegen.³⁴ De Ierse president heeft beide amendementen op 23 december 1992 ondertekend.

De amendementen hebben gezorgd voor de toevoeging van een tweede en een derde alinea aan artikel 40.3.3^o van de Ierse grondwet. De alinea’s luiden:

28 Zie EHRM 29 oktober 1992 (Plenary), *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (14234/88; 14235/88), rechtsoverwegingen 20, 66, 72 en 80.

29 Zie *The State (M) v Attorney General* [1979] IR 73, 81. Zie ook Hilbert 1994, p. 1142-1143; Hogan e.a. 2018, p. 1761-1763; Ryan 2018, p. 128.

30 *Attorney General v X* [1992] 1 IR 1, 57. Uit de aard van de zaak behelst het recht om te reizen hier het recht om naar het buitenland te reizen.

31 *Attorney General v X* [1992] 1 IR 1, 73.

32 *Attorney General v X* [1992] 1 IR 1, 92.

33 Van het totaal aantal kiesgerechtigden heeft 68,18% gestemd.

34 Van het totaal aantal kiesgerechtigden heeft 68,13% gestemd.

‘This subsection shall not limit freedom to travel between the State and another state.

This subsection shall not limit freedom to obtain or make available, in the State, subject to such conditions as may be laid down by law, information relating to services lawfully available in another state.’

De eerste toegevoegde alinea legt vast dat de vrijheid om naar een ander land te reizen, niet kan worden beperkt met een beroep op het recht op leven van de ongeborene.³⁵ De tweede toegevoegde alinea erkent de vrijheid om informatie (over legaal beschikbare abortusvoorzieningen in het buitenland) te ontvangen of te verschaffen, maar bepaalt ook dat deze vrijheid bij wet kan worden beperkt en vereist daarom uitwerking in wetgeving.

2.3 Wetgeving en jurisprudentie na de grondwetsherzieningen van 1992

Ter uitwerking van de derde alinea van artikel 40.3.3^o wordt in 1995 de *Regulation of Information (Services Outside the State For Termination of Pregnancies) Act 1995* vastgesteld (hierna: de Wet van 1995). In de kern komt deze wet erop neer dat het is toegestaan om Ierse vrouwen informatie te verschaffen over legale abortusvoorzieningen in het buitenland, maar dat de informatie waarachtig, objectief en neutraal moet zijn.

Informatie die abortus aanmoedigt of bepleit wordt door de wet verboden.³⁶ Overigens stelt het Ierse *Supreme Court* dat Ierse vrouwen die voldoen aan de standaard uit *Attorney General v X*, zonder meer recht hebben op informatie over legale abortusvoorzieningen in het buitenland en in Ierland.³⁷ Hoogstwaarschijnlijk gelden de beperkingen die de Wet van 1995 oplegt aan informatieverschaffing, daarom niet voor deze categorie vrouwen.³⁸

De tweede alinea van artikel 40.3.3^o komt in jurisprudentie aan de orde. Vooral van belang is *A and B v Eastern Health Board*, een zaak uit 1997. Rechter Geoghegan van het *High Court* benadrukt in deze zaak dat de tweede alinea geen nieuw materieel recht om te reizen in het leven roept.³⁹ Met deze alinea wordt alleen beoogd ‘to prevent injunctions against travel or having an abortion abroad’.⁴⁰ Deze zaak verheldert daarmee de status van de in de tweede alinea neergelegde vrijheid om te reizen: deze vrijheid kan niet gelijk worden gesteld aan een grondrecht.⁴¹ Mogelijk leidt deze status ertoe dat de alinea de staat geen positieve verplichting oplegt om vrouwen die naar het buitenland willen reizen om daar een abortus te ondergaan, bijstand te verlenen, bijvoorbeeld door het geven van reisinformatie.⁴²

Er is in de periode na de grondwetsherzieningen van 1992 ook Ierse jurisprudentie over de eerste alinea van artikel 40.3.3^o van de Ierse grondwet.

35 Zie ook Hogan en Whyte 2003, p. 1532.

36 Zie Hogan en Whyte 2003, p. 1531 en Koegler 1996, p. 1138-1139.

37 Zie *In Re (klopt deze aanduiding Re hier?) Article 26 of the Constitution and the Regulation of Information (Services outside the State for the Termination of Pregnancies) Bill 1995* [1995] 1 IR 1, 34. Het arrest is ook gepubliceerd in [1995] 2 ILRM 81.

38 Zie Hogan en Whyte 2003, p. 1526.

39 Het *High Court* is de voornaamste Ierse rechter in eerste aanleg.

40 *A and B v Eastern Health Board* [1998] 1 IR 464, 482.

41 Zie ook Hogan en Whyte 2003, p. 1533-1534 en Mullally 2005, p. 97.

42 Zie Hogan en Whyte 2003, p. 1533. In de praktijk is bijstand door de overheid wel voorgekomen, bijvoorbeeld in *A and B v Eastern Health Board*, waar het ging om een meisje van dertien dat voldeed aan de standaard uit *Attorney General v X*.

Deze jurisprudentie gaat veelal over de betekenis van de term ‘unborn’. Zo is in 2009 bijvoorbeeld uitgemaakt dat de term niet ziet op ingevroren embryo's.⁴³ Hoe belangwekkend deze jurisprudentie ook is, ze levert geen remedie op voor het feit dat er in het eerste decennium van de 21^e eeuw nog steeds geen wetgeving is die enigszins helder vastlegt onder welke omstandigheden abortus in Ierland is toegestaan. Men werkt nog steeds met de niet nader geïnterpreteerde artikelen 58 en 59 van de Wet van 1861 en met de inherent vage standaard uit *Attorney General v X*.

Zoals opgemerkt spreekt het *Supreme Court* er in 1992 al schande van dat er geen wetgeving is ter uitwerking van de eerste alinea van artikel 40.3.3^o van de Ierse grondwet. In 1996 heeft een vijftien leden tellende *Constitution Review Group*, die was ingesteld door de Ierse regering en voor een groot deel uit juristen bestond, opgeroepen tot het vaststellen van dergelijke wetgeving.⁴⁴ Vaststelling heeft echter, zoals eveneens opgemerkt, tot 2013 op zich laten wachten. De voornaamste aanleiding voor de vaststelling ervan is een Straatsburgs arrest van 16 december 2010, *A, B and C v. Ireland*.

In dit arrest concludeert de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens unaniem dat Ierland artikel 8 van het EVRM heeft geschonden ten opzichte van C. C leed aan een zeldzame vorm van kanker, en had daarvoor drie jaar chemotherapie ondergaan. De arts van C had haar verteld dat de chemotherapie gevaar voor een foetus kon opleveren. Toen de kanker in remissie ging, werd C zwanger. Ze was niet op de hoogte van haar zwangerschap toen ze tests voor kanker onderging, die tijdens zwangerschap gecontra-indiceerd waren. Toen ze merkte dat ze zwanger was, nam ze contact op met haar huisarts en met medisch specialisten. Ze ontving, naar haar idee door het Ierse wettelijke kader, onvoldoende informatie over de gevolgen van de zwangerschap voor haar gezondheid en over de gevolgen van de tests voor de foetus. Ze besloot daarom naar Engeland te reizen voor een abortus, maar had moeite om een geschikte kliniek te vinden. Pas na acht weken kon ze een abortus ondergaan. Na terugkeer in Ierland traden complicaties zoals bloedingen en infecties op, door een onvolledige abortus. Volgens C hadden artsen in Ierland onvoldoende medische hulp geboden bij deze complicaties. Op grond van dit alles oordeelt de Grote Kamer dat de Ierse autoriteiten

43 Zie *Roche v Roche* [2009] IESC 82, [2010] 2 IR 321, [2010] 2 ILRM 411. Zie ook Koekkoek 2014, p. 896.

44 Zie Hogan e.a. 2018, p. 1802.

45 EHRM (GK), *A, B and C v. Ireland* (25579/05), 16 december 2010, r.o.267.

‘failed to secure to the third applicant effective respect for her private life by reason of the absence of any implementing legislative or regulatory regime providing an accessible and effective procedure by which the third applicant could have established whether she qualified for a lawful abortion in Ireland in accordance with Article 40.3.3 of the Constitution.’⁴⁵

In reactie op het arrest roept de Ierse regering een *Expert Group on the Judgment in A, B and C v Ireland* in het leven. De groep krijgt de opdracht '[t]o recommend a series of options on how to implement the judgment taking into account the constitutional, legal, medical, and ethical considerations involved in the formulation of public policy in this area and the over-riding need for speedy action'.⁴⁶ In november 2012 brengt de groep een rapport uit, waarin ze verschillende implementatieopties de revue laat passeren, zonder zelf een keuze te maken. De Ierse overheid besluit daarop ter implementatie van het arrest wetgeving in het leven te roepen. Tweeënhalf jaar na het arrest komt de Wet van 2013 (de in paragraaf 2.1 al vermelde *Protection of Life During Pregnancy Act 2013*) tot stand, die op 1 januari 2014 in werking treedt. De wet is een uitwerking van de eerste alinea van artikel 40.3.3^o van de Ierse grondwet en van de standaard uit *Attorney General v X*. De wet maakt wettelijk toegestane abortus in Ierland mogelijk in drie categorieën gevallen. Alle drie zien op de situatie waarin de zwangere vrouw het risico loopt te overlijden. Een abortus is in Ierland vanaf 1 januari 2014 wettelijk toegestaan bij een risico op 'loss of life from physical illness' (artikel 7), op 'loss of life from physical illness in emergency' (artikel 8) en op 'loss of life from suicide' (artikel 9). De wet bepaalt ook welke procedure gevolgd moet worden bij elk van deze drie categorieën. Daarnaast bepaalt de wet in artikel 22 dat – wettelijk toegestane abortussen daargelaten – het bewust vernietigen van ongeboren menselijk leven een misdrijf is waarop een gevangenisstraf van maximaal veertien jaar staat. De artikelen 58 en 59 van de Wet van 1861 komen door artikel 22 van de Wet van 2013 te vervallen.

Een van de gevolgen van de Wet van 2013 is dat er vanaf 2014 gegevens worden bijgehouden over het aantal legale abortussen dat jaarlijks in Ierland wordt uitgevoerd. In 2018 bijvoorbeeld zijn er 32 legale abortussen in Ierland uitgevoerd. Van die 32 vallen er achttien onder artikel 7, dertien onder artikel 8 en één onder artikel 9.⁴⁷

De Wet van 2013 maakt een eind aan een lange situatie van rechtsonzekerheid, maar blijkt geen rustig bezit. Een reden voor dat laatste is opnieuw internationale jurisprudentie. Deze jurisprudentie vond haar aanleiding in het ontbreken van de mogelijkheid om in Ierland een legale abortus te ondergaan als er sprake is van een fatale foetale afwijking. Zoals gebleken ziet de Wet van 2013 alleen op situaties waarin het leven van de zwangere vrouw gevaar loopt. Ook voor de inwerkingtreding van die wet was een legale abortus wegens een dergelijke afwijking niet mogelijk in Ierland: de standaard uit *Attorney General v X* zag alleen op situaties waarin het leven van de zwangere vrouw gevaar loopt.

In 2016 doet het Comité voor de Rechten van de Mens uitspraak in de zaak *Mellet v Ireland*. Mevrouw Mellet was in 2011 zwanger geworden. Uit

46 Report 2012, p. 55. Zie voor het rapport deze link: https://www.ifpa.ie/sites/default/files/judgment_abc.pdf.

47 Zie voor deze gegevens: <https://assets.gov.ie/19420/c9bc-493cb2274e098e28f-3ba59067bao.pdf>.

scans bleek dat de foetus leed aan het syndroom van Edwards en in utero of kort na de geboorte zou overlijden.⁴⁸ Omdat een legale abortus in Ierland niet mogelijk was, reisde mevrouw Mellet naar Engeland om daar op eigen kosten een abortus te ondergaan. Terug in Ierland ontving ze geen nazorg en weinig begeleiding. Volgens het Comité leverde de behandeling van mevrouw Mellet een schending op door Ierland van de artikelen 7, 17 en 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Het Comité, dat zoals bekend geen bindende uitspraken kan doen, vond verder dat de feiten van de zaak Ierland ertoe verplichten

'to provide the author with adequate compensation and to make available to her any psychological treatment she needs. The State party is also under an obligation to take steps to prevent similar violations in the future. To that end, the State party should amend its law on the voluntary termination of pregnancy, including if necessary its Constitution.'⁴⁹

In een vergelijkbare zaak tegen Ierland uit 2017 komt het Comité tot dezelfde conclusies.⁵⁰ In november 2016 betaalt de Ierse regering mevrouw Mellet € 30.000 ter compensatie. Er komen ook wijzigingen in de Ierse wetgeving over abortus, maar die zijn niet alleen en waarschijnlijk ook niet hoofdzakelijk het gevolg van deze jurisprudentie. Een andere, en waarschijnlijk voornamere, reden dat de Wet van 2013 geen rustig bezit is gebleken, is namelijk gelegen in binnenlandse ontwikkelingen in Ierland. Zo gaat de politieke partij Fine Gael, de winnaar van de verkiezingen van 2011, de verkiezingen van 2016 in met een programma waarin ze zich committeert aan het instellen van een *Citizens' Assembly*. Deze *Assembly* zou moeten bestaan uit willekeurig geselecteerde burgers en zich onder meer dienen uit te spreken over het Achtste Amendement – en daarmee over de eerste alinea van artikel 40.3.3^o van de Ierse grondwet.⁵¹ Na de verkiezingen van 2016 blijft Fine Gael de grootste partij, wat leidt tot de instelling van een uit 100 leden bestaande *Citizens' Assembly*, die in juni 2017 een rapport uitbrengt over het Achtste Amendement van de Ierse grondwet.

In dit rapport beveelt een meerderheid van de *Assembly* aan dat 'Article 40.3.3^o should be replaced with a constitutional provision that explicitly authorises the Oireachtas [het Ierse Parlement; NE] to legislate to address termination of pregnancy, any rights of the unborn, and any rights of the pregnant woman'.⁵² De Ierse regering sluit zich aan bij de aanbeveling van de *Citizens' Assembly* en dient in maart 2018 bij het parlement een wetsvoorstel tot herziening van de grondwet in dat het parlement de bevoegdheid geeft om bij wet voorzieningen te treffen voor afbreking van zwangerschap.⁵³ Het parlement keurt het voorstel met ruime meerderheid

48 Het syndroom van Edwards is een erfelijke afwijking waarbij er van chromosoom 18 drie stuks zijn, in plaats van twee.

49 *Mellet v Ireland*, 17 november 2016, CCPR/C/116/D/2324/2013, r.o. 9.

50 *Whelan v Ireland*, 12 juni 2017, CCPR/C/119/D/2425/2014, r.o. 9.

51 Zie Fine Gael 2016, p. 99. Zie ook Doyle en Hickey 2019, p. 134-135. Zie voor het Fine Gael programma van 2016 deze link: https://finegael.ie/app/uploads/2016/08/FG_GER6_Manifesto_Final.pdf.

52 *Citizens' Assembly 2017*, p. 3. Zie voor het rapport deze link: <https://www.citizensassembly.ie/en/The-Eighth-Amendment-of-the-Constitution/Final-Report-on-the-Eighth-Amendment-of-the-Constitution/Final-Report-incl-Appendix-A-D.pdf>.

53 Art. 15, 2.1ffl van de Ierse grondwet bepaalt dat de bevoegdheid om wetten vast te stellen uitsluitend bij het parlement ligt.

goed, waarna het als het Zesendertigste Amendement aan het Ierse volk wordt voorgelegd.

3. De grondwetsherziening van 2018 en de Wet van 2018

De Ierse bevolking heeft op 25 mei 2018 ingestemd met het Zesendertigste Amendement: 66,4% stemde voor, 33,6% stemde tegen.⁵⁴ De Ierse president heeft het amendement op 18 september 2018 ondertekend en afgekondigd. Door de herziening luidt artikel 40.3.3^o van de Ierse grondwet vanaf laatstgenoemde dag als volgt:

‘Provision may be made by law for the regulation of termination of pregnancy.’

Het nieuwe artikel 40.3.3^o heeft twee belangrijke gevolgen. Het eerste gevolg heeft te maken met een arrest van het Ierse *Supreme Court* van 7 maart 2018 – een arrest van vóór de grondwetsherziening van 2018. In de zaak *M v Minister for Justice and Equality* stelt het *Supreme Court* dat ‘the only right of the unborn child as the Constitution now stands which attracts the entitlement to protection and vindication is that enshrined by the amendments in Article 40.3.3 namely the right to life, or in other words, the right to be born’.⁵⁵ De grondwetsherziening van 2018 leidt er daarmee toe dat het recht op leven van de ongeborene niet langer een grondwettelijk gegarandeerd recht is, en dat de ongeborene in het algemeen geen grondwettelijk gegarandeerde rechten meer heeft. Het is nu aan de wetgever om te bepalen welke rechten de ongeborene heeft, en in het bijzonder om te bepalen in hoeverre er een recht op leven is voor de ongeborene.⁵⁶

Het tweede gevolg van het nieuwe artikel 40.3.3^o is de vaststelling van de Wet van 2018 (de aan het begin van de tekst al genoemde *Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*), die op 1 januari 2019 in werking treedt. De Wet van 2018 maakt wettelijk toegestane abortus mogelijk in vier categorieën gevallen. Twee van die categorieën zien op de gezondheidstoestand van de zwangere vrouw. Een abortus is in Ierland wettelijk toegestaan bij een risico ‘to life or health’ (artikel 9) en bij een risico ‘to life or health in emergency’ (artikel 10). Een derde categorie ziet op de gezondheidstoestand van de foetus. Een abortus is in Ierland wettelijk toegestaan in geval van een ‘[c]ondition likely to lead to death of foetus’ (artikel 11). De vierde categorie gaat over abortus los van gezondheidskwesties en ziet op ‘early pregnancy’. Een abortus is in Ierland wettelijk toegestaan als ‘the pregnancy concerned has not exceeded 12 weeks

⁵⁴ Van het totaal aantal kiesgerechtigden heeft 64,13% gestemd.

⁵⁵ *IRM v Minister for Justice and Equality* [2018] IESC 14, r.o. 10.62.

⁵⁶ Zie ook Doyle en Hickey 2019, p. 394; Hogan e.a. 2018, p. 1805; Ryan 2018, p. 136.

of pregnancy' (artikel 12). De wet bepaalt ook welke procedure gevolgd moet worden bij elk van deze categorieën.

Daarnaast bepaalt de Wet van 2018 in artikel 22 dat artsen en verpleegkundigen met gewetensbezwaren niet verplicht zijn om mee te werken aan abortussen die worden uitgevoerd op grond van de artikelen 9, 11 of 12. Verder bepaalt de Wet van 2018 in artikel 23 dat – wettelijk toegestane abortussen daargelaten – het bewust vernietigen van ongeboren menselijk leven een misdrijf is waarop een gevangenisstraf van maximaal veertien jaar staat. Ten slotte bepaalt artikel 5 van de Wet van 2018 dat de Wet van 1995 en de Wet van 2013 komen te vervallen.⁵⁷

4. Tot slot

In de ontwikkeling van het Ierse constitutionele recht rond afbreking van zwangerschap vallen ten minste drie zaken op. Ten eerste valt de lange tijd op die nodig is geweest om wetgeving vast te stellen ter uitvoering van de grondwetsherziening van 1983. Uitvoerende wetgeving heeft ruim 30 jaar op zich laten wachten. Aansporingen van de hoogste Ierse rechter in 1992 en van de *Constitution Review Group* in 1996 hebben geen tastbaar wetgevingsresultaat opgeleverd. Het lijkt erop dat internationale jurisprudentie – de *A, B and C v. Ireland*-zaak – over de schrijnende consequenties van het ontbreken van relevante wetgeving, de duw heeft gegeven om de zo noodzakelijke wetgeving vast te stellen.

Ten tweede valt op dat de Wet van 2013 op zich natuurlijk zeer belangrijk is: ze zorgt voor de duidelijkheid waar al zo lang om was gevraagd.

Tegelijkertijd is ze vooral herstelwerk. Ze doet iets wat al lang geleden gedaan had moeten worden, en blijft binnen de kaders die waren uitgezet door de grondwetsherziening van 1983 en door Ierse jurisprudentie sinds 1992. Die kaders houden in dat afbreking van zwangerschap in Ierland alleen is toegestaan als de zwangere vrouw het risico loopt te overlijden.

Ten derde valt op dat de grondwetsherziening van 2018 en de Wet van 2018 veel meer zijn dan herstelwerk. Ze bewerkstelligen drie ingrijpende veranderingen. De grondwetsherziening van 2018 schrapte het recht op leven van de ongeborene uit de Ierse grondwet, zodat dit recht alleen via wetgeving in formele zin kan worden beschermd. De Wet van 2018 legaliseert afbreking van zwangerschap als er sprake is van een fatale foetale afwijking. En de Wet van 2018 legaliseert afbreking van zwangerschap los van gezondheidsredenen, zolang de vrouw niet langer dan twaalf weken zwanger is. Vooral door deze derde verandering komt de Ierse wetgeving rond afbreking van zwangerschap meer in lijn met dergelijke wetgeving in andere landen van de Europese Unie.⁵⁸

⁵⁷ Zie voor de tekst van de Wet van 2018: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2018/act/31/enacted/en/html>.

⁵⁸ Zie voor wetgeving in andere EU-landen, zoals die luidde tijdens de campagne voor de grondwetsherziening van 2018 deze link: www.irishtimes.com/news/politics/abortion-referendum/abortion-facts.

Literatuur

Becker e.a. 2012

H. Becker e.a., *Human rights law*, fourth edition, Oxford 2012

Citizens' Assembly 2017

The Citizens' Assembly, *First report and recommendations of the Citizens' Assembly. The eighth amendment of the constitution*, z.p. 2017

Doyle 2018

O. Doyle, *The constitution of Ireland. A contextual analysis*, Oxford 2018

Doyle en Hickey 2019

O. Doyle en T. Hickey, *Constitutional law: texts, cases and materials*, second edition, Dublin 2019

Fine Gael 2016

Fine Gael, 'Fine Gael general election manifesto. Let's keep the recovery going 2016' *finegael.ie* 2016

Fox en Murphy 1992

M. Fox en T. Murphy, 'Irish abortion: seeking refuge in a jurisprudence of doubt and delegation', *Journal of law and society*, 19 (4), p. 454-466

Gearty 1992

C. Gearty, 'The politics of abortion', *Journal of law and society*, 19 (4), p. 441-453

Hilbert 1994

A.M. Hilbert, 'The Irish abortion debate: substantive rights and affecting commerce jurisprudential models', *Vanderbilt journal of transnational law*, 26, p. 1117-1162

Hogan e.a. 2018

G.W. Hogan e.a., *Kelly: the Irish constitution*, fifth edition, Dublin en Londen 2018

Hogan en Whyte 2003

G.W. Hogan en G.F. Whyte, *J.M. Kelly: the Irish constitution*, fourth edition, Haywards Heads en Dublin 2003

Kavanagh 2018

J. Kavanagh, *Constitutional law in Ireland*, Dublin 2018

Koegler 1996

K.S. Koegler, 'Ireland's abortion information act of 1995', *Vanderbilt journal of transnational law*, 29, p. 1117-1150

Koekkoek 2014

A.K. Koekkoek, 'Ireland', revised by N.S. Efthymiou, in: L. Besselink e.a. (Eds), *Constitutional law of the EU member states*, Deventer 2014, p. 837-901

Mullally 2005

S. Mullally, 'Debating reproductive rights in Ireland', *Human rights quarterly*, 27, p. 78-104

Quinlan 1984

J.A. Quinlan, 'The right to life of the unborn. An assessment of the eighth amendment of the Irish constitution', *Brigham Young University law review*, 1984, aflevering 3, p. 371-402

Report 2012

Report of the expert group on the judgment in A, B and C v Ireland, z.p., z.j.

Ryan 2018

F.W. Ryan, *Constitutional law*, third edition, Dublin 2018

Sherlock 1989

A. Sherlock, 'The right to life of the unborn and the Irish constitution', *The Irish jurist*, 24, p. 13-50

Weinstein 1993

J.A. Weinstein, 'An Irish solution to an Irish problem: Ireland's struggle with abortion law', *Arizona journal on international and comparative law*, 10 (1), p. 165-200