



Jan Sawicki*

Il divieto quasi totale dell'aborto in Polonia: una disputa ideologica senza fine**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La sentenza K 1/20 del Tribunale costituzionale. – 3. I rilievi critici alla sentenza: la dottrina giuridica. – 3.1. Una critica alla sentenza dalle opinioni dissenzienti. – 4. Il seguito della sentenza: al di là delle apparenze, l'indice di una continuità storica.

1. *Considerazioni introduttive*

Oggetto di questo contributo è un aggiornamento critico sullo stato della normativa in tema di aborto in Polonia, nei termini in cui essa si presenta dai primi mesi del 2021. In premessa si ritiene però indispensabile operare due sintetiche osservazioni preliminari: una da riferirsi alle condizioni generali dello stato di diritto in questo paese, l'altra alla temperie ideologica intorno a cui si è svolta l'intera vicenda politica, legislativa e giurisprudenziale dell'interruzione di gravidanza negli ultimi decenni. In assenza di queste considerazioni, infatti, sarebbe pressoché impossibile comprendere come si sia potuti giungere all'impianto normativo che di seguito dovrà essere descritto.

In primo luogo, il comprensibile clamore che la pronuncia del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020¹ ha suscitato a livello mondiale, nonostante le proteste da essa suscitate, paradossalmente ha come rinnovato un protagonismo di quest'organo, facendolo assurgere a punta di diamante di un costituzionalismo magari diverso da quello che si è affermato in occidente negli ultimi decenni, di stampo schiettamente conservatore ma espressione comunque di un

* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato.

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

¹ K 1/2020. Il testo integrale della sentenza, con le motivazioni e le opinioni dissenzienti, è reperibile in lingua originale alla pagina web <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%201/20>. Nell'ambito di una *policy* interna di sempre minore apertura allo scambio di conoscenze e opinioni a livello internazionale, e in contrasto con un lungo trend precedente, la sentenza non è mai stata ufficialmente tradotta in inglese. È disponibile soltanto un *press release* alla pagina <https://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/11299-planowanie-rodziny-ochrona-plodu-ludzkiego-i-warunki-dopuszczalnosci-przerywania-ciazy>.

pensiero degno di considerazione. Tutto ciò ha relegato nell'oblio la questione del reale status di cui l'organo merita di fregiarsi, acquisito in maniera permanente a seguito dalla sua conquista, consumatasi sul piano della disciplina normativa nel volgere di un anno tra la fine del 2015 e la fine del 2016 e perfezionatasi con l'avvicendamento nei singoli incarichi lungo pochi anni successivi. Tali eventi, che hanno determinato una vera e propria mutazione genetica dell'istituzione, sono stati ricostruiti da un'imponente letteratura a livello internazionale che da un lato ha opportunamente evidenziato l'attentato alla Costituzione senza il quale essa non sarebbe stata neanche pensabile, dall'altro ha certificato la trasformazione compiuta dell'organo da istituzione preposta al controllo in senso lato della legalità costituzionale a soggetto deputato a confermare, su sua richiesta, tutte le decisioni del potere politico maggioritario, conferendogli legittimità². Diviene ora evidente come ogni analisi di merito delle decisioni prese da quest'organo non possa esser compiuta senza tenere a mente questo fatto.

La seconda considerazione è da riferirsi alla questione dell'aborto in generale. Se è ovvio trattarsi di un argomento che non smette e forse non smetterà mai di essere controverso, bisogna aggiungere che nella Polonia democratica dell'ultimo trentennio – che si è messa alle spalle un quarantennio di socialismo reale – quello dell'interruzione di gravidanza è un campo di battaglia in cui temi quali i diritti del nascituro, il benessere della donna, le ripercussioni delle politiche riproduttive sulla dinamica demografica nazionale sono diventati più che mai altrove un pretesto. In realtà questi temi sono diventati puro strumento e ostaggio di un conflitto ideologico permanente, un metro per misurare rapporti di potere sul piano simbolico ma anche materiale, e in definitiva per dimostrare una capacità di comando sull'intera società. Ogni valutazione che prescindere da una tale consapevolezza rischia di lasciare spazi di incomprensione anche rispetto al merito di uno status normativo e giurisprudenziale che pure è di enorme significato per tutte le situazioni giuridiche che vengono in immediato rilievo.

In ogni caso, dato il clamore che si è dato alla più recente decisione costituzionale, si è ritenuto indispensabile tenere questa in rilievo, accettando per così dire di cominciare dalla fine. Senza poter mai trascurare il contesto in cui questa pronuncia è stata richiesta e poi resa, si dovrà dedicare attenzione al percorso argomentativo prescelto da quanti, *per fas et nefas*, sono stati chiamati a decidere in argomento, così come ai circoscritti profili di dissenso anche nel merito della decisione che è stata presa. In conclusione, saranno prese in considerazione circostanze più generali, cioè quelle che avrebbero consentito di prendere la stessa decisione in sede politica, anziché demandarla a un organo che pretende a tutt'oggi la qualifica di giurisdizionale.

2. La sentenza K 1/20 del Tribunale costituzionale

La sentenza K1/20³ prende le mosse da un ricorso diretto presentato da alcuni deputati appartenenti al gruppo parlamentare di destra del PiS (Diritto e giustizia) parte essenziale di quella

² Dalla cospicua letteratura sul tema ci si limita a citare W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; B. SZMULIK, J. SZYMANEK, *Legal dispute over the Constitutional Court in Poland*, Warsaw, 2020.

³ Per un primissimo commento A. RAKOWSKA-TRELA, *A Dubious Judgment by a Dubious Court*, in *VerfBlog*, 24 Oktober 2020; v. anche M. KŁOPOCKA-JASIŃSKA, *Abortion in Poland: The Constitutional Court Imposes a Near-total Ban*, in *Quaderni costituzionali*,

coalizione dominante la scena politica fin dal 2015, e nota anche con il nome di *Zjednoczona Prawica*, Destra unita. I deputati ricorrenti chiedevano di dichiarare incostituzionale l'art.4a, primo comma, numero 2, della legge del 7 gennaio 1993 sulla pianificazione della famiglia, sulla protezione dell'embrione umano e sulle condizioni di ammissibilità dell'interruzione della gravidanza, il quale consentiva l'interruzione della gravidanza qualora la diagnosi prenatale o altre risultanze mediche avessero indicato elevata probabilità di una grave e irreversibile menomazione dell'embrione o del feto o di una patologia incurabile tale da minacciarne la vita⁴ (i restanti casi di interruzione legale della gravidanza sono riferiti alla possibilità che essa possa costituire un rischio per la vita della donna incinta, o che vi sia sospetto che essa sia il frutto di un illecito sessuale, si tratti di stupro o di violenza carnale, con limitazione al termine di dodici settimane dalla presunta data del concepimento: essi sono il meno del due per cento dei residui casi di aborto ancora leciti)⁵. In tali casi l'intervento poteva essere praticato su richiesta scritta della donna interessata e con l'assenso di un medico altro da colui che lo avrebbe posto in essere. Questi tre casi di liceità dell'aborto sono assurti a notorietà con la formula del cosiddetto «compromesso abortivo», un'espressione definita enigmatica⁶ in quanto si è giustamente osservato che si ha compromesso quando due parti effettuano concessioni reciproche al fine di raggiungere una soluzione accettabile per entrambe, mentre la situazione storica in cui versò la Polonia dal 1989 in poi su questi argomenti propendeva per un'enfasi a favore delle posizioni dei cattolici e in particolare della Chiesa istituzionale, come riconoscenza per il ruolo che essa svolse nella sconfitta del precedente sistema.

Come parametro per il giudizio sono stati individuati gli artt. 30 (dignità umana), 31 terzo comma (proporzionalità nella restrizione dei diritti umani) e 38 (protezione legale della vita, spettante ad ogni essere umano) della Costituzione polacca del 1997.

Secondo il Tribunale costituzionale, in effetti, la norma impugnata va interpretata nel senso di recare una lesione al citato art. 38, in relazione con gli artt. 30 e 31 terzo comma. Si ritiene dunque necessario compiere una breve valutazione delle disposizioni costituzionali che sono state ritenute violate. L'art. 38 impegna infatti la Repubblica di Polonia a garantire a ogni individuo la protezione legale della vita. Una così esplicita protezione della vita umana, che anche alcuni autori polacchi considerano un truismo, ricorre raramente nelle Costituzioni contemporanee, anche se si riscontra un riferimento nell'art. 2, comma 2, della Legge fondamentale tedesca.

Si è ritenuto che la norma, inserita all'inizio del capitolo contenente un lungo catalogo di diritti, abbia un senso in quanto – al massimo – comporti un dovere posto a carico dello stato, assegnando a quest'ultimo una serie di obblighi di azione positiva, giuridicamente formalizzati, volti a ridurre o eliminare situazioni di pericolo per la vita umana. La dottrina, in ogni caso, è

2021, 199-202; E. CARUSO, M. FISICARO, *Aborto e declino democratico in Polonia: una riflessione a margine della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020*, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2, 2020, 1-27.

⁴ Solo in questo caso – va specificato – l'aborto è stato consentito dalla legge fino al conseguimento da parte del feto della capacità di vita fuori dall'organismo della donna incinta.

⁵ La legge del 1993 fu anche modificata nel 1996, da parte di una coalizione politica di sinistra, quando vi furono aggiunte le difficili condizioni socioeconomiche della donna; ma questa ultima circostanza fu rapidamente soppressa da una sentenza del Tribunale costituzionale del 1997, come si dirà in seguito.

⁶ A. GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, W. SADURSKI, *The Judgment That Wasn't (But Which Nearly Brought Poland to a Standstill)*, in *European Constitutional Law Review*, 17, 2021, 132.

stata fino a tempi recenti abbastanza concorde nell'includere questa clausola nell'ambito delle enunciazioni di principio dal carattere abbastanza generico e programmatico, suscettibile di condizionare le norme sottostanti in maniera flessibile e non capace di impegnare le autorità pubbliche al di sopra di un livello minimo e difficilmente concretizzabile in specifiche fattispecie. Volendo addentrarsi su aspetti più specifici, l'interpretazione che si era data nei primi anni della Costituzione propendeva per un divieto assoluto di pena di morte (senza contare gli accordi internazionali da cui la Polonia era e rimane vincolata) e per l'esclusione dell'eutanasia almeno attiva, mentre una posizione molto più dubitativa veniva espressa sul fatto che si potesse far discendere dall'art. 38 un divieto indiscriminato di aborto, e questo a partire dalla considerazione che fosse assente, qui come altrove, ogni definizione di «persona» o di «vita umana». D'altra parte sono state proprio le differenze ideologiche emerse in seno al Parlamento investito di poteri costituenti, tra il 1996 e il 1997, ad aver impedito l'inserimento di emendamenti aggiuntivi tali di estendere la protezione della vita umana fino al momento concepimento. E la riprova del fatto che non fosse questo il significato della disposizione è data dal fatto che fallì un tentativo di revisione costituzionale, esperito nel 2006 e volto a rinvenire nel momento del concepimento la data di inizio della vita di una persona⁷.

L'argomentazione del Tribunale costituzionale esordisce (paragrafo III.2 della sentenza) da un excursus storico delle circostanze che, secondo la legislazione polacca, hanno giustificato un comportamento che in linea di principio è vietato, ovvero l'interruzione della gravidanza. Segue una trattazione, non esente da un certo carattere ideologico, nella quale la stessa categoria dell'aborto terapeutico viene piegata alla ben diversa definizione di aborto eugenetico, sia pure con la concessione della distinzione tra un'eugenetica liberale e una autoritaria (nell'assenza di ogni definizione in tal senso da parte della legge). Si passa poi (III.2.2) a un'analisi testuale delle disposizioni di legge impugnate, secondo la quale l'espressione «le indagini prenatali o altre risultanze mediche indicano un'alta probabilità di grave e irreversibile lesione del feto o di una sua patologia incurabile tale da minacciarne la vita», è considerata inadeguata in quanto l'attuale sviluppo della medicina consentirebbe di compiere interventi sul feto nel ventre della madre (senza precisare a sua volta quanto essi possano essere risolutivi caso per caso e cosa fare quando non possano esserlo), e la grave e irreversibile lesione è nozione comunque imprecisa, non dando definizioni quanto all'irreversibilità. È in questa parte delle motivazioni che viene avanzata la tesi di una pretesa continuità con la sentenza K 26/96, del 28 maggio 1997, che sancì l'incostituzionalità dell'aborto giustificato dalle difficili condizioni sociali della donna. Su questo si dirà qualcosa in seguito, ma fin d'ora si può anticipare quanto meno la scarsa correttezza metodologica consistente nel caricare di significati ulteriori, estrapolati a distanza di decenni, una decisione remota che per vero non esclude successivi sviluppi ma neanche diede alcun indizio nella stessa direzione. In ogni caso l'argomento che viene mutuato dalla sentenza citata è quello per cui la pretesa coerenza con K 26/96 si rintraccia nel fatto che nell'uno e nell'altro caso si trattava di giudicare in merito a comportamenti che portano a compiere un'azione fondamentalmente vietata, l'interruzione di gravidanza.

⁷*Ibidem*, 134.

La dignità umana protetta dall'art. 30 non ha bisogno di essere riconnessa con la protezione della vita umana tutelata dall'art. 38 perché, secondo l'interpretazione del Tribunale (III.3.1) essa ha valore più che positivo. Non è un diritto ma fondamento e fonte da cui tutti i diritti derivano (su questa affermazione si appuntano critiche in dottrina di cui si dirà). In quanto tale, la dignità costituisce un ponte tra diritto positivo e diritto naturale, punto di riferimento assiologico di tutto l'ordinamento costituzionale. Il rispetto della dignità umana è obbligo specifico assoluto dello stato, che i privati potrebbero occasionalmente ledere ma non il potere pubblico. Il diritto alla vita – sebbene la Costituzione parli di protezione della vita – sarebbe a sua volta un diritto più che positivo ma meramente riconosciuto dalla Costituzione in quanto derivante dal principio della dignità umana. La qualificazione del feto alla stregua di «fanciullo», non contenuta nella legge sulla pianificazione della famiglia, sulla protezione del feto umano e sulle condizioni di ammissibilità dell'interruzione della gravidanza del 1993, ma inaugurata con la sentenza K 26/96 nella chiave di lettura che essa ha dato di quella legge, è perseguita con determinazione dalla sentenza qui commentata. D'altra parte la dignità di ogni persona umana è in linea di principio ugualmente valida per tutti e in ogni momento della vita della persona, nel periodo successivo alla nascita come in quello prenatale (III.3.3.2). Questo ragionamento, secondo il Tribunale, sarebbe corroborato dall'art. 71, secondo comma, della Costituzione, che prevede a carico dello stato l'obbligo di prestare aiuti alla madre, stabiliti dalla legge, prima e dopo il parto. Dal riferimento alla madre anche prima del parto deriva, secondo il Tribunale costituzionale, un fondamento per qualificare come fanciullo anche il nascituro.

Il Tribunale passa poi (III.3.3.3) a offrire una ricostruzione della genesi dell'art. 38, cui si è già dato cenno. Ciò che interessa, nel paragrafo della motivazione che entra nel cuore di questa ricostruzione, è che essa appare selettiva: riproduce una lunga discussione da cui scaturì la reiezione degli emendamenti, presentati nel 1996 presso la Commissione costituzionale dell'Assemblea nazionale (le camere riunite del Parlamento con funzione costituente), che miravano a sganciare espressamente la protezione della vita dalla questione della gravidanza, ma sottace come fossero falliti anche i tentativi opposti, volti a rafforzare questa protezione con riferimento al momento del concepimento come origine della persona. È al termine di questa ricostruzione che il Tribunale costituzionale, avendo riflettuto sulla formulazione piuttosto indefinita e anodina dell'art. 38, la ha interpretata come una sostanziale decisione di non decidere, e si è sentito implicito affidatario, da parte di indecisi costituenti, del compito di stabilire in via di interpretazione quali sono i limiti temporali della vita – in particolare il suo *dies a quo* – e in particolare la definizione del concetto di «essere umano» secondo la menzione dell'art. 38⁸.

Nel *reasoning* del Tribunale non mancano poi riferimenti al diritto internazionale pattizio, fosse anche per omaggiare l'importanza che la Costituzione polacca attribuisce agli accordi ratificati in forma di legge fino a farli prevalere su quest'ultima (art. 188, primo comma, n. 2). Da questo punto di vista (III.3.3.4) vengono evocati l'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, il preambolo della Convenzione sui diritti del fanciullo, l'art. 10 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (diritto alla vita connesso alla persona umana) interpretati però in modo

⁸ Di una «surprising conclusion», riguardo a una tale presunta «original intention» dei costituenti, discute M. KŁOPOCKA-JASIŃSKA, *Abortion in Poland*, cit., 201.

da convenire alla tesi che viene sostenuta. Secondo una valutazione critica, tuttavia, non solo la citazione di clausole contenute in atti di diritto internazionale è arbitraria perché la loro interpretazione non consente di utilizzarle per confortare le conclusioni che il Tribunale costituzionale si appresta a trarne, ma nello stesso passo delle motivazioni vengono trascurate la stessa dottrina nazionale e quella del diritto straniero e comparato, che in Polonia non è affatto proibito citare⁹, come è avvenuto molto di frequente. Concludendo la parte delle motivazioni strettamente incentrata sulla protezione legale della vita nel periodo prenatale, (3.4) si afferma che la vita umana è un valore in ogni sua fase del suo sviluppo, e il «bambino concepito» (*dziecko poczęte*) ancora non nato è un soggetto avente diritto alla vita come persona dotata di inerente e inalienabile dignità. Il sistema giuridico deve assicurare protezione a questo bene centrale. Il Tribunale, quasi in una *excusatio non petita*, tiene a sottolineare di non richiamarsi ad alcuna speculazione di natura filosofica, o più precisamente etico-filosofica, riferita allo status della persona umana nonché all'inizio della vita umana. Esso pretende di fondare le proprie conclusioni solo su circostanze puramente normative, risultanti dalla convinzione intorno alla coerenza, soprattutto assiologica, dell'ordinamento giuridico e sulla convinzione circa la razionalità delle scelte normative fondamentali.

Si passa poi (III.4) a dare una valutazione della costituzionalità delle norme impugnate in base a un test di proporzionalità ispirato a un consolidato criterio di derivazione tedesca, imperniato sui tre elementi di adeguatezza-idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. Essa ha come parametri l'art. 38 in relazione all'art. 30 e all'art. 31, terzo comma, della Costituzione. I tre suddetti elementi devono (III.4.1) essere bilanciati in applicazione del principio per cui «le limitazioni al godimento della libertà e dei diritti costituzionali possono essere disposte solo dalla legge e soltanto allorché siano necessarie, in uno Stato democratico, per la sua sicurezza o per l'ordine pubblico, ovvero per la difesa dell'ambiente, della salute e della moralità pubblica o della libertà e dei diritti delle altre persone», con l'aggiunta per cui «tali limitazioni non possono violare l'essenza delle libertà e dei diritti», principio sancito dall'art. 31 Cost. Seguendo questo percorso, il primo requisito dovrebbe essere ritenuto soddisfatto dal rango legislativo della norma in oggetto. Per quanto riguarda la necessità, il Tribunale si richiama a una sua stessa sentenza del 30 settembre 2008, la K 44/07, concernente la facoltà accordata per lo Stato dalla legge di abbattere un aeromobile civile di cui sia stato ragionevolmente accertato il dirottamento a scopi di terrorismo. Poiché la legge in questione fu ritenuta legittima dal punto di vista costituzionale, e poiché l'argomento decisivo in tal senso fu rinvenuto nel fatto che l'eventuale sacrificio di vite umane fosse legittimo al solo fine, anche potenziale, di salvare un eguale o maggiore numero di vite umane, e non certo per proteggere beni di inferiore valore sul piano gerarchico – quali ad es. la proprietà o l'ordine pubblico –, il Tribunale stesso trae ora conforto da quella decisione per concludere che la vita del «bambino concepito» è un bene di sufficiente valore per sacrificare la libertà della donna di abortire, alla luce e con il conforto della dottrina della «necessità assoluta» elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi dell'art. 2 della Convenzione EDU¹⁰. In ogni caso, si afferma, malformazioni fetali tali da evidenziare un'«alta probabilità di una

⁹Ead., 201.

¹⁰ Malgrado la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non conforti necessariamente questa posizione.

menomazione pesante e irreversibile o di una malattia incurabile che costituisca minaccia per la vita del feto» non sono una circostanza tale da giustificare la privazione senz'altro della vita o dello sviluppo di quest'ultimo, tanto più che formulazioni come «grave rischio» per la salute dell'embrione o del feto, che nella sentenza viene definito sempre «bambino concepito», sono troppo vaghe. L'assenza di rigorose precisazioni, afferma il Tribunale, non gli consente di effettuare un trattamento diverso di situazioni differenti che tenga presenti, al limite, casi assolutamente estremi di rischio certo e immediato per la vita successiva alla nascita. E d'altra parte, alla luce dell'art. 31, terzo comma, primo periodo della Costituzione, contrapporre la salute di una persona alla sua vita umana non è ammissibile, poiché il bilanciamento tra diritti non è possibile quando il bene sacrificato e il bene salvaguardato appartengono alla stessa persona (in questo caso l'embrione).

Risolte alcune questioni processuali, il Tribunale passa alle conclusioni (III.6) in cui afferma di avere dichiarato l'incostituzionalità, con perdita di efficacia immediata *pro futuro*, di una delle tre circostanze che legittimano un'azione, l'interruzione di gravidanza, diversamente vietata, facendo salvi – almeno per il momento, non senza ambiguità – i casi di pericolo immediato per la salute della donna e di violenza sessuale. Così facendo, però, afferma di non voler estendere casi e fattispecie di applicazione dell'art. 152 del codice penale polacco, i quali prevedono fino a tre anni di pena detentiva per chiunque procuri aborto a una donna con il suo consenso o la aiuti in questo senso, aggiungendo che in nessun modo l'ordinamento polacco prevede la penalizzazione della donna in gravidanza (lasciando forse intendere un implicito apprezzamento positivo di questo stato). Un aspetto significativo delle conclusioni della parte motiva si trova nella contestazione lessicale che il Tribunale muove al legislatore, rimproverato di usare espressioni improprie come quella di «feto» e «donna in stato di gravidanza» in luogo di «fanciullo concepito» e «madre» dello stesso. Si richiede al legislatore di fare uso, nei limiti del possibile, di una terminologia che richiami l'esistenza di rapporti tra persone umane in vita. È forse in questo inciso della sentenza che si riscontra la sua più incisiva impostazione ideologica, quella che vuole qualificare la donna con lo status di madre durante l'intera gestazione e l'embrione come bambino fin dal concepimento¹¹.

Un altro aspetto importante delle conclusioni si ha dove esse spiegano l'indisponibilità del collegio a stabilire, come pure consentito dall'art. 190 Cost., un differimento nel tempo dell'efficacia della sentenza. In questo modo non si voleva consentire al Presidente della Repubblica di intervenire con una sua proposta di legge volta a specificare casi di patologie di assoluta gravità, tali da consentire l'interruzione di gravidanza senza contraddire le motivazioni della sentenza.

¹¹ Un'analisi semantico-lessicale della già citata sent. K 26/96 è stata compiuta da K. KOCEMBA E M. STAMBULSKI, *Divine Decision-Making. Right-Wing Constitutionalism in Poland*, in *VerfBlog*, 9 November 2020, ove si riscontra che essa reca una sola volta il termine «embrione» mentre parla 47 volte di «feto» e ben 150 volte di «bambino». L'espressione «donna» o «donna in stato di gravidanza» ricorre in 37 casi mentre per 42 volte si parla di «madre».

3. I rilievi critici alla sentenza: la dottrina giuridica

La radicalità della sentenza K 1/20 è tale da corrispondere, al di là delle dispute di interpretazione costituzionale, agli auspici di una netta minoranza dell'opinione pubblica in Polonia, per come riprodotti continuativamente in tutte le indagini demoscopiche effettuate nel corso degli anni. Ovvio che questo si rifletta nelle critiche di buona parte della dottrina giuridica, a cui si sono affiancate due opinioni dissenzienti in seno allo stesso collegio giudicante, espresse dagli ultimi due giudici della 'vecchia guardia' del Tribunale costituzionale (accanto a due opinioni parzialmente concorrenti rispetto alle motivazioni dello stesso dispositivo, ma sostanzialmente concordi rispetto all'orientamento generale del tutto restrittivo in merito all'interruzione della gravidanza). L'insieme delle motivazioni di maggioranza e delle opinioni dissenzienti con quelle concorrenti ha portato a un documento di 156 pagine a stampa.

Una delle più serrate critiche alla sentenza, svolte da una dottrina insidiosa, poggia ora su una duplice base di argomentazioni, di tipo formale-testualista e di tipo sostanziale e teleologico¹².

Si comincia dal primo elemento. Esso viene ritenuto necessario in considerazione del fatto che il Tribunale costituzionale nella composizione monolitica e monocolora cui si è accennato, in più parzialmente abusiva, ha temuto accuse di un'impostazione troppo ideologica del proprio ragionamento e ha cercato di prevenire queste critiche ricorrendo – con una *excusatio non petita* – ad una retorica che a sua volta pretende di essere testualista e proprio per questo più difficilmente attaccabile. Ma proprio in opposizione a questa impostazione si è riscontrato che l'art. 38 della Costituzione polacca non dichiara il diritto alla vita in quanto tale, ma si limita ad assicurare la protezione di questo bene per tutti. Nella prospettiva testualista che si è anticipata, infatti, 'protezione di' non equivale a 'diritto a'. L'esplicitazione di un diritto, seguendo questo ragionamento, sembra più categorica e assoluta, al cospetto del riconoscimento di una protezione che invece sarebbe soggetta a bilanciamenti e *trade-off* con altri valori. Nella stessa Costituzione i riferimenti a diritti soggettivi sono molto più numerosi delle norme che invece evocano una mera tutela o protezione¹³ al punto che queste ultime sarebbero addirittura l'eccezione che conferma la regola. Secondo la stessa lettura, viene contestato il collegamento fatto dal giudice relatore Justyn Piskorski tra l'art. 38 e il 30, con il suo riferimento alla dignità, in quanto quest'ultimo articolo non qualifica la dignità come un diritto *tout court* ma semmai come una fonte dalla quale possono sgorgare alcuni diritti¹⁴. Di conseguenza, la dignità (intrinseca e inalienabile) può essere adoperata come strumento di interpretazione e bilanciamento di tutti i diritti, non solo quello alla vita (ammesso di volerlo considerare per tale), ma anche quello alla libertà e inviolabilità personale (artt. 31 e 41), all'uguaglianza e non discriminazione (art. 32), alla riservatezza (art. 47), prestandosi a trarre conclusioni molto più sfumate in ordine alla protezione dei non nati, in quella che viene addirittura definita una sorta di competizione tra diversi diritti in campo.

¹² A. GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, W. SADURSKI, *The Judgment That Wasn't*, cit., p. 139.

¹³ A. GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, W. SADURSKI, *The Judgment That Wasn't*, cit., p. 140.

¹⁴ Da parte sua E. ŁĘTOWSKA, *A Tragic Constitutional Court Judgment on Abortion*, in *VerfBlog.de*, 12 November 2020, osserva come uno sguardo più attento all'art. 30 avrebbe consigliato di bilanciare la dignità del *nasciturus* con quella della donna costretta a generare, ma anche con la dignità del *moriturus*, come frequentemente è l'embrione stesso.

Sempre mantenendosi nello spazio testuale, l'attacco al percorso argomentativo seguito dal Tribunale segue con il riferimento fatto da quest'ultimo all'art. 31 e in particolare al terzo comma di quest'ultimo. Si tratta, come accennato, della norma che dispone un sostanziale bilanciamento nella limitazione di alcuni diritti, tollerando quest'ultima a condizione che sia soddisfatta la riserva di legge, che una tale limitazione si giustifichi con ragioni di ordine pubblico, di protezione dell'ambiente, della salute, della moralità pubblica ovvero con la libertà o i diritti di altre persone, e che infine l'essenza dei diritti non sia violata. In effetti, il Tribunale privilegia in maniera assoluta il diritto dell'embrione ad attraversare tutta la gravidanza fino ad essere messo alla luce, identificando questo come un diritto, precisamente, «di altre persone», cui deve essere sacrificato quello della donna a non portare avanti la gestazione pur in presenza di una prognosi infausta per la salute del nascituro, e sembra questo il diritto che non può essere compresso neanche nella minima misura. Secondo il saggio critico nei confronti della sentenza, tale interpretazione è difettosa per una serie di motivi.

Innanzitutto, sotto il profilo dello scrutinio di proporzionalità già menzionato, la norma che consentiva l'aborto in caso di grave pericolo o menomazione per il feto era contenuta in una legge, e questo avrebbe soddisfatto la prima condizione per la limitazione del diritto alla protezione della vita. Sul piano della necessità, essa si giustificava in quanto era in grado di soddisfare la tutela di svariati altri diritti, cioè quello della donna gravida alla libertà personale, alla proibizione di trattamenti crudeli e disumani, alla protezione della salute. In relazione alla stretta proporzionalità, l'eccezione di legge era giustificata in quanto volta a proteggere i diritti di altre persone cui lo stesso art. 31 si riferisce, così come altri valori costituzionali tra i quali l'eguaglianza tra i sessi, la riservatezza e la protezione della vita familiare, la tutela della salute. Anche con riferimento all'essenza dei diritti da proteggere, la considerazione relativa alla protezione della vita del feto può essere estesa anche agli altri diritti appena citati, replicando in sostanza al livello dell'essenzialità quella competizione tra diritti – qui, all'opposto dell'opinione prevalente nel collegio giudicante – assunta tra pari.

Spostando il campo di indagine verso l'interpretazione teleologica, si sostiene essere al di fuori di ogni dubbio possibile che l'interpretazione dell'art. 38 della Costituzione vada intesa come una generica protezione legale della vita, sfornita di ogni allusione neanche implicita alla data della fecondazione come momento di avvio della stessa, ma neanche di un'allusione in senso opposto. Al contrario, la scelta compiuta fu consapevolmente aperta e ambigua, al punto che ogni insistenza su un'opzione costituzionale, in un senso o in quello opposto, sarebbe sfociata nella semplice impossibilità di approvare la Costituzione. In ogni caso, secondo questa lettura, il vuoto studiato di opzione assiologica da parte del costituente comportava la determinazione a consegnare la scelta puntuale nelle mani del legislatore ordinario, e non già, come ora affermato da quest'ultimo, al Tribunale costituzionale¹⁵. Da un lato andrebbe però aggiunto che, anche ad accogliere questa tesi, ogni successiva scelta in forma legislativa, dettata da una semplice maggioranza politica del momento, non potrebbe che essere contestata dalla parte soccombente nel giudizio di costituzionalità, al quale verrebbe affidata una parola definitiva che destinata a restare comunque controversa (e questo a prescindere dallo stato di assoluta anomalia in cui si è

¹⁵A. GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, W. SADURSKI, *The Judgment That Wasn't*, cit., p. 144.

trovato in Polonia l'organo investito di questa funzione). Dall'altro si tratta di una lettura pure abbastanza convincente, se si considera che la cultura giuridica dominante in tutti i paesi europei già sottoposti al socialismo reale era e rimase per molto tempo improntata a un certo positivismo legislativo, che certamente accolse, come dappertutto è avvenuto, il controllo accentrato giudiziario di costituzionalità – che anzi in Polonia precedette di qualche anno il cambio di sistema –, ma non fu mai disposta, con una parziale eccezione ungherese, ad accettarne un protagonismo debordante, in cui l'attivismo giudiziario si spingesse fino a un ruolo riconosciuto nel colmare vuoti, per lo meno quando questi fossero deliberati in modo consapevole. Entro questa prospettiva, si può persino credere che colmare un vuoto di scelta costituente nella forma di una sentenza di legittimità costituzionale integri un abuso e un'usurpazione di potere.

Un'altra ragione di contestazione della sentenza esaminata si riconduce al richiamo da essa fatto alla giurisprudenza pregressa, che appare a prima lettura dubbioso e che nell'analisi dottrinale fin qui seguita viene addirittura demolito. Come già detto, il collegio giudicante rivendica continuamente una continuità con la sentenza del maggio 1997, la K 26/96, che espulse dall'ordinamento la generica circostanza aggiuntiva delle difficili condizioni personali o sociali come presupposto per interrompere la gravidanza, introdotta appena un anno prima. A parte che quella sentenza lasciò intendere, per la verità in modo un po' contorto, di non avere obiezioni di principio da muovere alle tre fattispecie restanti di ammissibilità dell'aborto¹⁶, l'innovazione principale della pronuncia K 1/20, che la separa nettamente da quella di 23 anni prima, si riferisce al fatto che la sentenza del 1997 stabilì una linea di demarcazione tra il valore costituzionale della vita umana, che è fondamentale e invariabile ad ogni suo stadio, e la possibilità di differenziare livelli di protezione in concreto della stessa quando si fosse stati in presenza di alcune condizioni particolari nelle quali una tale protezione illimitata si porrebbe in contrasto con altri beni fondamentali della vita. Le mere difficili condizioni personali e sociali della donna non integrano una situazione tale da giustificare un differenziato (e ridotto) livello di protezione della vita concepita, ma altre circostanze possono farlo: era questo il senso della pronuncia del 1997, un ragionamento che può anche prestare il fianco a sua volta a critiche, ma che in quella del 2020 viene sottoposto a completa ablazione: la vita dell'embrione è un bene assoluto e assoluta ne deve essere la protezione. La distinzione introdotta dalla sentenza del 1997 viene pretermessa, ma ciò non ha impedito di invocare quella sentenza come se quest'ultima ne fosse la logica, inevitabile conclusione.

3.1 Una critica alla sentenza dalle opinioni dissenzienti

Anche le due opinioni dissenzienti contribuiscono a una migliore comprensione della stessa sentenza. Tenendo da parte le altre due opinioni che concorrono con diverse motivazioni al dispositivo finale, si rileva intanto che esse sono state presentate da Leon Kieres, l'ultimo giudice

¹⁶ E senza contare il rilievo critico (M. KŁOPOCKA-JASIŃSKA, *Abortion in Poland*, cit., 200) per cui l'attuale livello di conoscenza medica, insieme alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo concernente anche casi polacchi dovrebbero far considerare come altamente controverse alcune considerazioni svolte in quella sentenza.

della c.d. ‘vecchia guardia’ liberaldemocratica del Tribunale, il cui mandato è scaduto nel 2021, e da Piotr Pszczółkowski, un avvocato eletto dal PiS alla fine del 2015, in maniera legittima – nel senso che è andato a ricoprire un incarico già scaduto – e che inoltre ha cominciato da subito ad esercitare un ruolo di coscienza critica nell’ambito del collegio sottoposto negli ultimi anni a una completa *capture*, per esempio criticando anche per iscritto il modo in cui la sottomissione del Tribunale è avvenuta. In definitiva il giudizio più duro è proprio quello dato da quest’ultimo, laddove imputa alla maggioranza del collegio di aver perseguito una linea unilaterale nella quale viene totalmente trascurata la dignità delle donne, imponendo loro un eroismo coatto, sacrifici sproporzionalmente eccedenti quelli che sono richiesti in condizioni normali e accettabili per una gravidanza, un parto e la crescita di un figlio.

Il *dissent* di Kieres, in esordio, non si limita a contestare l’indebita composizione del Tribunale, ma censura la partecipazione al collegio giudicante di due membri (non nominati: ma si tratta di Krystyna Pawłowicz e Stanisław Piotrowicz) che nelle due precedenti legislature – nell’arco temporale dal 2011 al 2019 – presero parte sia a fallite iniziative legislative di abrogazione della stessa disposizione che ora viene dichiarata incostituzionale sia, pur con diverso livello di coinvolgimento, al ricorso in via d’azione che ha dato luogo al medesimo giudizio. A parte questo, il giudice Kieres critica il comportamento dello stesso Parlamento (in particolare del *Sejm*), che a suo avviso avrebbe dovuto portare a termine il procedimento legislativo di abrogazione della norma recante l’eccezione che consentiva l’aborto per patologie dell’embrione prima di ricorrere presso il Tribunale costituzionale per lo stesso motivo. Nello stretto merito del proprio dissenso, Kieres rileva il mancato rispetto degli standard internazionali di tutela dei diritti umani che pure sarebbe richiesto dalla Costituzione (art. 9) e si richiama a una diversa interpretazione dell’art. 38 Cost., in larga parte coincidente con quella già presentata nella dottrina critica sopra citata, con l’aggiunta che la mancata protezione della vita viene imputata non alla possibilità di abortire in casi estremi ma all’incapacità dei programmi statali di offrire adeguata diagnostica e terapia quando gli stessi ricorrano. Inoltre viene criticata l’interpretazione della disposizione colpita, ritenuta superficiale in quanto dogmatica e formale: essa non avrebbe tenuto conto (volutamente?) della molteplicità di situazioni, tra loro alquanto differenziate, che possono rientrare in una formula generica come quella della «grave e irreversibile malformazione del feto o di una patologia incurabile tale da minacciarne la vita», una molteplicità che viene annientata da una sentenza di totale ablazione senza formule di accoglimento parziale, capaci di consentire l’aborto almeno in casi estremi di menomazione consistente nell’assenza di organi vitali indispensabili per una minima speranza di vita.

Le ragioni espresse del dissenso del giudice Pszczółkowski sono ancora più impressionanti, se si tiene conto che si tratta già di un giurista espresso dalla nuova maggioranza iperconservatrice dominante dal 2015. La sua rinuncia ad ogni considerazione sull’opportunità di astenersi per alcuni colleghi, o addirittura circa la legittimità della composizione dello stesso collegio, viene più che compensata dalla veemenza demolitoria dell’intera opinione di maggioranza.

Quest’ultimo giudice è ancora più radicale nel negare una contrapposizione manichea bene-male sull’argomento. È falsa (punto 1 dell’opinione) la visione per cui l’aborto terapeutico – ma in Polonia si preferisce la definizione di «embriopatologico» – risponda solo agli interessi egoistici

della donna. Nessuno, secondo Pszczółkowski, difende la vita del proprio bambino più della madre. «La donna non ha bisogno dell'apparato di costrizione dello stato per quanto riguarda l'istinto materno che le appartiene». L'esegesi data dalla maggioranza del collegio degli artt. 30 e 38 Cost. (punto 2) è erronea dal punto di vista testuale, storico e sistematico. Soprattutto per quanto attiene all'art. 38 (3.2), la sua lettura offerta dal collegio giudicante viene considerata del tutto svincolata da ogni tipo di considerazione valida sul piano giuridico. La sua interpretazione letterale corretta, infatti, conferma la tesi prevalente in dottrina per cui la norma non attribuisce un diritto alla vita, ma stabilisce solo un (tenue) obbligo a carico dell'autorità statale: al massimo può essere inteso come «diritto alla protezione giuridica della vita», che è categoria filosofica o quasi teologica più che giuridica. In ogni caso la norma in questione non dà nessuna risposta circa la liceità o meno dell'aborto.

Sul piano dell'interpretazione storico-teleologica, si ribadisce quanto già affermato in dottrina per cui la disposizione fu una soluzione di compromesso, e la fallita revisione del 2006 conferma la tesi che l'art. 38 non ha voluto imporre alcun modello come quello imposto dall'attuale sentenza. In questo senso la sentenza contestata dall'opinione di minoranza viene definita senz'altro creativa di diritto e creativa al più alto livello normativo possibile, tanto che le si imputa un aggiramento delle procedure previste dall'art. 235 della Costituzione, stabilite per la formale revisione costituzionale. Anche un'interpretazione sistematica, che metta l'art. 38 in relazione al 30, non conduce secondo il giudice Pszczółkowski ai risultati cui perviene l'opinione di maggioranza. Esiste infatti una versione della dignità personale che si riempie di contenuto proprio con il richiedere all'individuo – in questo caso alla donna in fase precoce dello stato di gravidanza – di autodeterminare la propria sorte entro la società, e questo non può certamente valere per una vita allo stato embrionale. Anche dal diritto internazionale, cui la Polonia è vincolata per volontà della sua stessa Costituzione, non arrivano secondo il giudice di minoranza motivi di conforto per la sentenza. Il diritto alla vita, per come evocato dall'art. 6 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966, non può essere riferito alla sua fase prenatale e con ancora maggior certezza lo stesso si può affermare a proposito dell'art. 2 CEDU, la cui applicazione alla vita prenatale è stata affidata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo all'ampio margine di scelta spettante agli stati membri¹⁷. Il giudice passa poi a citare per esteso una copia notevole di sentenze di corti supreme e costituzionali straniere, da cui risultano valutazioni coincidenti in gran parte con la sua opinione di minoranza¹⁸. Dunque né dal diritto internazionale né dalla giurisprudenza di corti costituzionali del «nostro spazio culturale risulta che ai non nati vanno riconosciuti diritti pari a quelli dei non nati e tali da non tener conto di quelli della donna.

Viene poi confutato (3.3) il test di proporzionalità compiuto dalla maggioranza. Esso viene censurato per erronea selezione dei beni in conflitto tra loro, ma anche perché non si è tenuto conto a sufficienza delle circostanze in cui tale conflitto ha luogo. In questo senso viene richiamata una remota giurisprudenza tedesca per cui non si può imporre alla donna, eventuale

¹⁷ Come confermato, proprio con riferimento alla Polonia, da *Tysiąc c. Polonia*, 5410/03 del 20 marzo 2007. Ma già precedenti pronunce indicano chiaramente come art. 2 non si riferisce ai non nati anche perché la loro vita e condizioni di salute è strettamente legata a quella della madre e può comportare conseguenze su di essa.

¹⁸ Tra cui le sentenze 27/1975 e 35/1997 della Corte costituzionale italiana.

futura madre, un sacrificio superiore a quello già richiesto dalla gravidanza, dal parto e dall'educazione del minore. L'interpretazione della protezione della vita alla luce del principio di proporzionalità di cui all'art. 31.3, dunque, non impone al legislatore nessuna soluzione estrema come quelle imposte dal Tribunale costituzionale. D'altra parte, le motivazioni di maggioranza non hanno tenuto in considerazione l'art. 68 della Costituzione, che nel suo primo comma assicura a tutti il diritto alla protezione della salute, mentre al terzo comma specifica l'importanza di tale protezione a beneficio dei fanciulli – si deve ritenere nati – e delle donne incinte. In questo senso, sostiene il giudice dissenziente, la legge sull'interruzione della gravidanza, in seguito alle modifiche introdotte nel 1996, aveva assicurato garanzie procedurali (il parere di un medico altro da quello che compie l'intervento abortivo) e sociali (gratuità dell'intervento in struttura pubblica) per evitare i rischi per la vita e la salute della donna che possono avvenire in una situazione di clandestinità. L'eliminazione della causa terapeutica dell'aborto aumenta spesso i rischi per la donna, ciò che non è stato affatto considerato, ragion per cui si ritiene che una conseguenza della sentenza K 1/20 può essere quella di portare al divieto dell'aborto anche per violenza sessuale. Inoltre (6), anche se la sentenza non estende automaticamente le cause di penalizzazione dell'aborto, apre un varco al legislatore per poterlo fare. Nelle conclusioni demolitorie dell'opinione dissenziente (8), si conferma con enfasi che la sentenza ha contenuto normativo e svincola il Parlamento dall'assunzione di responsabilità in merito alla soluzione che evidentemente desiderava perseguire, eludendo l'art. 235 Cost. Grazie ad essa sono smontati di fatto i meccanismi volti a proteggere la vita e la salute della donna qualora essa si sottoponga a un aborto non procurato secondo i crismi previsti dalla stessa legge. A fronte dell'estremo unilateralismo sui diritti dell'embrione, nessun riguardo è stato portato ai diritti previsti dagli artt. 31, 47, 53, 69, 71 Cost. (dignità, protezione giuridica della vita privata e familiare e vita personale, libertà di coscienza, diritti di prestazione per donne madri).

4. *Il seguito della sentenza: al di là delle apparenze, l'indice di una continuità storica*

È cosa nota che la sentenza K 1/20 abbia scatenato un'imponente mobilitazione di proteste su scala nazionale, con manifestazioni ripetute per giorni e settimane non solo nelle principali città ma anche in decine di centri minori, seguite con attenzione dai media nazionali non governativi e riprodotte a partire da questi a livello internazionale ed europeo (un dibattito si è svolto nel Parlamento europeo). L'insistenza della reazione popolare, che ha impiegato almeno qualche mese a spegnersi, può aver contribuito a sua volta a far raggiungere un ulteriore stadio della degenerazione dello stato di diritto, che si è manifestata nel ritardo con cui sono state presentate le motivazioni nonché le opinioni dissenzienti e in quello con cui la stessa sentenza è stata pubblicata (in violazione dell'«immediata pubblicazione» al riguardo disposta dall'art. 190, secondo comma, della Costituzione).

Se il primo ritardo ha costituito a sua volta punto d'avvio di una tendenza ancora più aggravata con alcune importanti pronunce successive, relative al rapporto tra l'ordinamento interno e quello eurounitario o introdotto dalla CEDU, quello riferito alla stessa pubblicazione legale ha significato perché quest'ultima è indispensabile affinché la stessa decisione possa produrre effetti

giuridici. E proprio questo si è cercato di ritardare nel massimo grado possibile al fine di placare la reazione popolare, massicciamente contraria al contenuto della sentenza e indice di un favore di nuovo crescente per il diritto all'aborto, dopo un quindicennio di riflusso conservatore. Qualcuno ha sperato inutilmente che gli oltre tre mesi tra l'annuncio orale della sentenza e la sua pubblicazione ufficiale potessero essere utilizzati dal governo per approvare una normativa che facesse salva qualche fattispecie estrema, nella forma di difetti assolutamente letali, tale da giustificare ancora un aborto terapeutico. In effetti il 30 ottobre fu presentata una proposta di legge in tal senso dal presidente della Repubblica Andrzej Duda, ma essa è stata di fatto boicottata dal partito di maggioranza, tanto più che le stesse motivazioni finali della sentenza, come già accennato, non hanno lasciato molto spazio in questa direzione.

Dal punto di vista politico la sentenza del 22 ottobre 2020 è stata indubbiamente un diversivo, con cui il partito e la coalizione di maggioranza in Polonia hanno ottenuto il risultato di dare soddisfazione alle aspettative di minoranze e gruppi di pressione concentrati ma assolutamente determinati, senza però assumersi la responsabilità di una trasparente discussione pubblica e di una votazione parlamentare, ma 'scaricando' l'onere della decisione su una istanza giurisdizionale opportunamente addomesticata a propria immagine e somiglianza, beneficiando in più del vantaggio competitivo di poter ammantare una scelta politica di parte con valori costituzionali (presuntivamente) indiscutibili e ultimi¹⁹. Ciò detto, l'ira e lo sdegno nell'opinione pubblica per questi sotterfugi tali sono stati e tali, come prevedibile, sono rimasti, finendo per stemperarsi in una rassegnazione muta, presto coperta da altri eventi, interni come internazionali (l'immediato crollo di consensi per il partito dominante, rilevato nei sondaggi, si è trasformato in una stagnazione seguita da una leggera ripresa nei mesi successivi). Si riscontra così come la china che il paese ha cominciato a prendere negli ultimi decenni, su questa come su altre questioni simili, sia il frutto di una combinazione tra apatia e atteggiamento rinunciatario di una maggioranza silenziosa a fronte della volontà implacabile di una pur consistente minoranza, e pare ormai certo che questa tendenza non sia reversibile fino a che si producano rivolgimenti sociopolitici al momento non prevedibili.

Si tratta solo di una tappa, e forse neanche l'ultima, in direzione di un obiettivo ideologico da qualcuno rivendicato, quello della realizzazione di uno stato confessionale²⁰. Il percorso di riconquista fu inaugurato nel 1993, con la legge sulla pianificazione della famiglia, la protezione dell'embrione umano e sulle condizioni di liceità dell'interruzione della gravidanza²¹. Insieme ad

¹⁹ Sull'uso politico della giustizia v. da ultimo T.T. KONCEWICZ, *No More "Business as Usual". Looking Beyond the Constitutional Oppression*, in *VerfBlog*, 24 Oktober 2020, con gli opportuni riferimenti alla risalente opera di Otto Kirchheimer in merito alla *political justice*.

²⁰ Proprio con riferimento alla sent. K1/20 si è parlato di un cammino verso il fondamentalismo religioso e morale (E. LETOWSKA, *A Tragic Constitutional Court Judgment*, cit.). Il giudizio è tanto più rilevante se si considera essere stato formulato da una giudice costituzionale (2002-2011) e ombudsman emerita. Per i più recenti sviluppi, qualcuno dei quali sembra però scongiurato, si veda ora K. KOCEMBA, *Towards Gilead. One Year After the Constitutional Court Abortion Ruling in Poland*, in *VerfBlog*, 17 November 2021. Più in generale, anche con riferimento all'Ungheria, M. MAZZA, *Recenti evoluzioni del rapporto tra Stato, politica e religione in Polonia e Ungheria*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2021, 183-193.

²¹ Fino ad allora era stata in vigore una legge largamente liberale in materia, tale da consentire l'aborto anche per motivi socioeconomici, risalente al 1956, con il risultato che nei primi anni vi furono oltre 700.000 interruzioni legali di gravidanza all'anno (quasi una forma di contraccezione di massa). Al riguardo, E. CARUSO, M. FISICARO, *Aborto e declino democratico in Polonia*, cit., 5, ricordano come quella polacca fosse all'epoca una delle legislazioni più permissive in materia, tanto da portare

altre questioni spinose quali l'insegnamento scolastico della religione, questi provvedimenti sono espressione, a volerli valutare in senso benevolo, di un senso di riconoscenza per il ruolo svolto dalla Chiesa cattolica nella lotta per la liberazione dal precedente sistema totalitario: una riconoscenza che si è concretizzata nell'atto di riconoscere a questa istituzione una sorta di informale *domaine réservé* su argomenti che le stanno a cuore. Al tempo stesso, va considerato il fatto quasi paradossale e ormai da tutti dimenticato, per cui l'ultima norma di legge tuttora approvata in Polonia da un Parlamento rappresentativo sia stata quella con cui, nel 1996, furono aggiunte alla legge appena ricordata le circostanze delle difficili condizioni socioeconomiche. Esse furono però eliminate rapidamente dalla sentenza del 1997, e ciò aprirebbe un discorso a parte, quello del condizionamento esercitato dal potere dei giudici in senso lato sulla volontà del legislatore. Anche se in un prossimo futuro si dovesse avere un cambio decisivo di maggioranza politica, volto a ripristinare i diritti così ristretti negli ultimi decenni, esso dovrebbe fronteggiare una giustizia costituzionale quasi certamente indisposta ad accogliere tali ipotetici mutamenti di indirizzo legislativo. Nel contesto attuale di una giustizia illiberale, ad ogni livello, si potrebbe sfociare in una situazione in cui la volontà politica maggioritaria si trovi posta dinanzi all'alternativa tra rinunciare a buona parte del proprio programma ovvero ricorrere a metodi altrettanto illiberali per piegare a se stessa gli esponenti di quella giustizia (costituzionale) illiberale, condividendo paradossalmente i metodi con cui quest'ultima fu installata.

ABSTRACT

Il contributo prende in esame la sentenza K 1/20 del Tribunale costituzionale polacco, con cui è stata dichiarata illegittima, in riferimento al diritto di interrompere una gravidanza, la circostanza del rischio di gravi malformazioni o patologie dell'embrione, tali da minacciarne lo sviluppo vitale, restringendo oltremodo la libertà di scelta delle donne in materia. L'analisi critica della sentenza, nel tener conto delle opinioni dissenzienti e di quelle dottrinali, non ha potuto essere compiuta senza una considerazione, da un lato, in merito alle condizioni generali dello stato di diritto in Polonia – e in particolare del processo di *capture* cui lo stesso Tribunale è stato sottoposto –, e dall'altro sulla valenza ideologico-simbolica straripante che il tema dell'aborto è venuta assumendo nel Paese nell'ultimo trentennio.

The paper examines the judgment K 1/20, released by the Polish Constitutional Court, in which the circumstance of the risk of serious malformations or pathologies of the embryo, such as to threaten its vital development, was found unconstitutional, with reference to the right to terminate a pregnancy, thus extremely restricting the freedom of choice of women in this matter. The critical analysis of the ruling, taking into account dissenting opinions within the panel of judges as well as scholarly doctrinal opinions, could not be carried out without further considerations regarding, on the one hand, the general conditions of the rule of law in Poland – and in particular the process of capture which the Tribunal itself was subject to –, and on the

il c.d. turismo abortivo da paesi come la Svezia. Invece, come i due autori spiegano di seguito, la condizione attuale è quella contraria di clandestinità di massa.

other hand the overflowing ideological-symbolic value that the issue of abortion has been taking on in the country over the last thirty years.

PAROLE CHIAVE

Diritto all'interruzione della gravidanza, Polonia, Tribunale costituzionale polacco, opinioni dissenzienti, critiche dottrinali, valenza ideologico-simbolica dell'argomento.

KEYWORDS

Right to terminate a pregnancy, Poland, Polish Constitutional Tribunal, dissenting opinions, scholarly criticism, ideological-symbolic value of the subject.