

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

ELENA CARUSO
MARCO FISICARO

Aborto e declino democratico in Polonia:
una riflessione a margine della sentenza
del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
destinato a GenIUS 2020-2

Aborto e declino democratico in Polonia: una riflessione a margine della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020

Sommario

1. Premessa - 2. L'aborto nella Polonia post-1989 - 2.1. La riforma "controcorrente" del 1993 - 2.2. L'accesso all'aborto in Polonia: l'*everyday life* della legge del 1993 - 2.3. L'aborto legale nei casi originariamente previsti dalla legge del 1993 - 2.4. La sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 22 ottobre 2020 - 3. L'intreccio con la crisi costituzionale in Polonia - 3.1. La parabola del Tribunale costituzionale e il nodo della composizione - 3.2. Il ritardo nella pubblicazione della sentenza - 4. Conclusioni.

Abstract

L'articolo analizza gli sviluppi socio-giuridici concernenti la legislazione sull'aborto in Polonia in seguito alla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 22 ottobre 2020, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'ipotesi di accesso all'aborto per malformazioni fetali. Questo commento sostiene che, più che eccezionali, questi eventi risultano in realtà uno sviluppo coerente sia alla luce della legislazione e della *policy* in materia di aborto della Polonia post-comunista, che nel quadro del declino democratico che sta attraversando il Paese dalla fine del 2015.

The article considers recent socio-legal developments regarding abortion law in Poland after the Constitutional Tribunal's ruling of 22 October 2020, which declared access to abortion in case of foetal abnormalities unconstitutional. This comment argues that, rather than exceptional, these events are actually consistent with the law and policy on abortion in Post-Communist Poland, as well as with the democratic backsliding facing the country since the end of 2015.

* Rispettivamente dottoranda di ricerca, Kent Law School (e-mail ec522@kent.ac.uk) e dottorando di ricerca, Università degli Studi di Catania (e-mail marco.fisicaro@phd.unict.it). Le idee espresse nel presente lavoro sono frutto di una riflessione comune. Elena Caruso ha curato la redazione del paragrafo 2, Marco Fisicaro del paragrafo 3. Tutti gli accessi agli indirizzi internet sono datati al 10 febbraio 2021, le traduzioni italiane dal polacco sono di Caruso e Fisicaro. L'autrice e l'autore ringraziano Livia Hinz, Dunia Jelinska e Giulia Zanini per i *feedback* ricevuti in fase di scrittura. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Premessa

Il 22 ottobre 2020, il Tribunale costituzionale polacco ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 4a della *Legge sulla pianificazione familiare, la protezione dell'embrione umano e le condizioni di ammissibilità dell'aborto*¹, che dal 1993 regola le ipotesi di accesso legale all'interruzione volontaria della gravidanza (di seguito IVG) in Polonia².

Già prima della pronuncia in esame, il quadro giuridico tracciato da questa legge rendeva la Polonia uno dei Paesi con la normativa più restrittiva in materia di IVG tra gli attuali 27 Stati membri dell'Unione Europea, secondo solo a Malta in cui l'accesso a questa procedura è oggetto di una totale criminalizzazione³. In particolare, la formulazione previgente consentiva ai medici di eseguire una procedura di aborto volontario solo in tre casi: 1) quando la gravidanza mettesse a rischio la vita o la salute della persona incinta; 2) quando sussistesse un'alta probabilità di grave e irreversibile malformazione fetale o incurabile malattia che minacciasse la vita del feto; 3) quando ci fossero ragioni per sospettare che la gravidanza fosse il risultato di un atto illecito⁴.

Con la sentenza del 22 ottobre 2020 è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'accesso all'aborto giustificato dalla presenza di gravi malformazioni fetali, casistica che riguardava il 97,9% di tutte le procedure legali di IVG eseguite in un anno, sulla base dei dati ufficiali più recenti⁵. La sentenza ha

- 1 Tribunale costituzionale polacco, sentenza del 22 ottobre 2020, causa K 1/20 (Giornale delle Leggi del 27 gennaio 2021, fascicolo 175). Traduzione dall'originale in lingua polacca *Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r. K 1/20*. Il testo della motivazione in lingua originale è disponibile su *Monitor Polski* del 27 gennaio 2021, fascicolo 114: <https://dziennikustaw.gov.pl/M2021000011401.pdf>. Una traduzione italiana del dispositivo della sentenza è disponibile al seguente indirizzo internet: https://www.giurcost.org/casi_scelti/AlteCortistraniere/CORTE%20COSTITUZIONALE%20POLACCA.pdf.
- 2 Legge del 7 gennaio 1993 sulla pianificazione familiare, la protezione dell'embrione umano e le condizioni di ammissibilità dell'aborto (Giornale delle leggi 1993, n. 17, fascicolo 78). Traduzione italiana dall'originale in lingua polacca per *Ustawa z Dnia 7 Stycznia 1993 of Planowaniu Rodziny, Ochronie Plodu Ludzkiego I Warunkah Dopuszczalnosci I Przerwywania Ciazu* (Dz.U. 1993 nr 17 poz. 78). Il testo è disponibile al seguente indirizzo internet: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19930170078&SessionID=3F612417E7B41E079117A367CA61E445128458B4>.
- 3 Si vedano gli articoli 241 cc. 1-2 e 243 del Codice penale maltese, consultabile sul portale ufficiale della legislazione della Repubblica di Malta disponibile al seguente indirizzo internet: <https://legislation.mt/eli/cap/9/eng/pdf>.
- 4 La versione originale del testo in lingua polacca recita testualmente: «Przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza, w przypadku gdy: 1) ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, 2) badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, 3) zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego».
- 5 Il Rapporto del Consiglio dei ministri sull'andamento e gli effetti dell'applicazione nel 2017 della legge del 7 gennaio 1993 sulla pianificazione familiare, la protezione del feto umano e le condizioni per consentire l'interruzione della gravidanza, pubblicato nel Gennaio 2019, riporta che su un totale di 1057 interruzioni volontarie di gravidanza legali ne sono state effettuate 22 "se la gravidanza ha rappresentato una minaccia per la vita o la salute della donna incinta"; 1035 "nel caso in cui i test prenatali o altri motivi medici indicassero un'alta probabilità di una compromissione grave e irreversibile del feto o di una malattia incurabile pericolosa per la vita"; 0 "nel caso in cui vi fosse un giustificato sospetto che la gravidanza derivasse da un atto illecito/illegale" (Tabella 21 - Casistica delle procedure di interruzione volontaria di gravidanza eseguite nel 2008-2017, p. 105). Il seguente *Sprawozdanie* (rapporto) è disponibile in lingua polacca sul sito dello *Sejm* al seguente indirizzo <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?documentId=6F82FBB36BAA945CC125839200434FC7>.

scatenato un'imponente mobilitazione a livello nazionale⁶ e ha destato preoccupazioni nell'opinione pubblica⁷ e tra le istituzioni europee ed internazionali⁸, in quanto conduce, per via giudiziaria, a un divieto (quasi) totale dell'aborto in Polonia. Come si dirà meglio in seguito (v. *infra* §3.2), proprio l'eccezionale reazione popolare sembrerebbe aver influito sulla decisione del Governo di "ritardare" la pubblicazione della sentenza, intervenuta solo il 27 gennaio 2021⁹. Dato che la pubblicazione sul *Dziennik Ustaw* (Giornale delle Leggi) costituisce atto necessario affinché le sentenze del Tribunale costituzionale producano effetti giuridici, la controversa scelta del Governo ha creato un clima di incertezza sul reale valore giuridico della pronuncia e, di conseguenza, sul quadro normativo in materia di IVG in Polonia, rimasto nel limbo per oltre tre mesi fino alla pubblicazione della sentenza.

Intanto, l'annuncio della sentenza e la sua successiva pubblicazione hanno ulteriormente polarizzato il mai sopito dibattito sull'aborto nel Paese. Da una parte, il crescente movimento *pro-choice*, forte del consenso interno e del sostegno proveniente da gruppi stranieri e internazionali, reclama l'aborto *on demand* (cioè a richiesta)¹⁰. Dall'altra, nonostante le manifestazioni di protesta, il partito di maggioranza (*Prawo i Sprawiedliwość*, "PiS") sta valutando l'opportunità di intervenire anche in via legislativa nella materia oggetto della sentenza del 22 ottobre¹¹.

- 6 A. Taub, *In Poland, Protests Over Abortion Ban Could Revolutionize Politics*, in *New York Times*, 7 dicembre 2020, <https://www.nytimes.com/2020/12/07/world/europe/poland-abortion-protests.html>.
- 7 J. Plucinska, A. Ptak, *Polish court ruling amounts to almost total ban on abortion*, in *Reuters*, 22 ottobre 2020, <https://in.reuters.com/article/uk-poland-abortion/polish-court-ruling-amounts-to-almost-total-ban-on-abortion-idUKKBN27720J>; *Poland rules abortion due to foetal defects unconstitutional*, in *The Guardian*, 22 ottobre 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/oct/22/poland-rules-abortion-due-to-foetal-defects-unconstitutional>; *Poland's draconian restrictions on abortion*, in *Financial Times*, 8 novembre 2020, <https://www.ft.com/content/7381bba9-e5ab-4b45-8165-e061a50315f5>.
- 8 Si segnala l'immediata critica della Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, tramite il canale istituzionale su Twitter: <https://twitter.com/CommissionerHR/status/1319273573240893452?s=20>; nonché le successive prese di posizione dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani (*Poland has slammed door shut on legal and safe abortion – UN experts*, comunicato stampa del 27 ottobre 2020, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26434&LangID=E>) e del Parlamento europeo (Risoluzione del 26 novembre 2020 sul divieto di fatto del diritto all'aborto in Polonia, P9_TA(2020)0336). Dopo la pubblicazione della sentenza, si è tenuto un nuovo dibattito in seno al Parlamento europeo alla seduta plenaria del 9 febbraio 2021: il video della seduta è disponibile all'indirizzo internet <https://www.europarl.europa.eu/plenary/it/vod.html?mode=chapter&vodLanguage=IT&vodId=7fa6f6dc-ee55-8674-d666-992ab7bd5b74&date=20210209#>. Per completezza, e a testimonianza del clima di conflittualità generatosi dopo la sentenza, si segnala inoltre che l'organizzazione polacca *pro-life* "Ordo iuris" ha presentato un ricorso per annullamento dinanzi alla Corte di Giustizia avente ad oggetto la Risoluzione del Parlamento europeo sopracitata: *Fundacja Instytut na rzecz kultury prawnej Ordo Iuris c. Parlamento europeo*, causa T-42/21 (pendente).
- 9 Giornale delle Leggi del 27 gennaio 2021, fascicolo 175.
- 10 Il 3 febbraio 2021 alcuni gruppi femministi hanno lanciato una raccolta firme a sostegno di una proposta di legge di iniziativa popolare dal titolo "aborto legale senza compromessi", si veda sul punto: V. Gera, *Polish activists seek support for liberalizing abortion law*, in *ABCnews*, 3 febbraio 2021, <https://abcnews.go.com/Health/wireStory/polish-activists-see-support-liberal-abortion-law-75661230>.
- 11 E. Łętowska, *A Tragic Constitutional Court Judgment on Abortion*, in *Verfassungsblog*, 12 novembre 2020, <https://verfassungsblog.de/a-tragic-constitutional-court-judgment-on-abortion/>. Si veda anche la parte finale del comunicato del Primo ministro Mateusz Morawiecki del 1 dicembre 2020: *Stanowisko w przedmiocie terminu publikacji wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt K 1/20*, in *Monitor Polski*, 1 dicembre 2020, atto n. 1104, <https://dziennikustaw.gov.pl/M2020000110401.pdf> (su cui v. *infra* §3.2).

In questo commento, ci proponiamo di offrire una lettura della decisione del Tribunale costituzionale, contestualizzandola all'interno di una complessa vicenda che riguarda la regolamentazione dell'aborto nella Polonia post-1989 e i suoi recenti intrecci con la crisi costituzionale in corso nello Stato polacco dalla fine del 2015, anno in cui PiS assunse la guida dell'esecutivo. La combinazione di queste due prospettive risulta, a nostro parere, necessaria per comprendere la sentenza e gli sviluppi successivi.

Per un verso, come anticipato, la sentenza si colloca in un quadro normativo in materia di aborto che risultava particolarmente restrittivo già prima del progressivo declino democratico degli ultimi anni. Inoltre, più che una deviazione occasionale, la sentenza può essere considerata in linea con l'approccio conservatore che caratterizza la giurisprudenza del Tribunale costituzionale polacco su temi eticamente sensibili e, più in generale, la *governance* della Polonia post-1989 in materia di aborto, diritti sessuali e riproduttivi.

Per l'altro, pur essendo limitante leggere la pronuncia del 22 ottobre 2020 esclusivamente come una manifestazione patologica della crisi costituzionale polacca, non si può ignorare il più ampio contesto di progressivo arretramento della Polonia sul terreno del rispetto dei principi della *rule of law* e della tutela dei diritti fondamentali. In particolare, l'annichilimento delle funzioni di garanzia un tempo svolte dal Tribunale costituzionale polacco e la progressiva erosione della tutela dei diritti e delle libertà individuali, ancora più marcata con riferimento a donne e persone LGBTIQ+, rappresentano una necessaria prospettiva d'indagine.

Il commento si articola in due parti. Nella prima si propone un breve *excursus* storico-giuridico sulla legge sull'IVG a partire dalla caduta del comunismo: si considererà, quindi, come i cambiamenti legislativi intervenuti abbiano inciso sull'effettivo accesso all'aborto in Polonia. Nella seconda parte, si analizzerà come e in che misura il tema si sia intrecciato con la crisi costituzionale in corso nel Paese: in particolare, si porrà l'attenzione sulla parabola del Tribunale costituzionale e sulle problematiche inerenti la sua composizione e gli ormai non nuovi "ritardi" nella pubblicazione delle sentenze.

2. L'aborto nella Polonia post-1989

2.1. La riforma "controcorrente" del 1993

La ristretta casistica di accesso all'aborto rende la Polonia uno dei Paesi dell'Unione europea con la legislazione più restrittiva in questa materia¹², soprattutto dopo i recenti processi di riforma intervenuti in Repubblica d'Irlanda e in Irlanda del Nord tra il 2018 e 2020¹³. Come accennato in premessa, la legge sull'aborto attualmente in vigore nel Paese risale al 1993, quando si è deciso di riformare in senso

12 Gli organismi ONU di monitoraggio dei diritti umani hanno espresso a più riprese preoccupazione per la legislazione sull'aborto in Polonia. Si rinvia in particolare alle osservazioni conclusive del Comitato per i diritti umani nel 2016 (CCPR/C/POL/CO/7), del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali nel 2016 (E/C.12/POL/CO/6), del Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne nel 2014 (CEDAW/C/POL/CO/7-8). I documenti citati sono disponibili al seguente indirizzo internet: <https://www.ohchr.org/EN/Countries/ENACARegion/Pages/PLIndex.aspx>.

13 Sulla Repubblica d'Irlanda si rinvia a F. de Londras, 'A Hope Raised and Then Defeated'? *The Continuing Harms of Irish Abortion Law*, in *Feminist Review*, 2020, 124, pp. 33 ss.; sull'Irlanda del Nord si rinvia invece a S. Sheldon, J. O'Neill, C. Parker, e G. Davis, 'Too Much, too Indigestible, too Fast'? *The Decades of Struggle for Abortion Law Reform in Northern Ireland*, in *The Modern Law Review*, 2020, 83, pp. 761 ss.

restrittivo l'accesso all'IVG rispetto al quadro giuridico previgente. Infatti, già nel 1956, la Repubblica Popolare Polacca (*Polska Rzeczpospolita Ludowa*) aveva varato una legge che ammetteva l'aborto anche per motivi socioeconomici¹⁴. Pertanto, seguendo una traiettoria opposta a quella di diversi Stati occidentali, la cui legislazione sull'aborto è stata oggetto di riforme liberali a partire dagli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso¹⁵, in Polonia il dibattito per introdurre il divieto assoluto di aborto si è acuitizzato invece soprattutto dopo il 1989, complice anche la crescente influenza politica acquisita dalla Chiesa cattolica nel Paese nel periodo di transizione verso la democrazia¹⁶.

Il tema dell'aborto ha acquisito un peso non indifferente nel dibattito nazionale sulla costruzione di una "nuova" Polonia democratica, quale parte di un processo di progressivo radicamento di un "monopolio" politico della Chiesa cattolica in ambito etico-morale nello Stato, in piena discontinuità e contrasto con il precedente regime comunista, che invece aveva legalizzato l'IVG¹⁷. Il ruolo della Chiesa cattolica negli equilibri politici della Polonia post-1989 è una significativa chiave di lettura per mettere a fuoco il recente dibattito sull'aborto¹⁸, come emerge anche da queste dichiarazioni rese nel dicembre 2020 dall'accademica Agnieszka Graff al *The Guardian*:

«To understand the origins of the ban [on abortion] you have to go back to 1979 and the beginning of John Paul II, Karol Wojtyła's pontificate as the Pope. [He was] the Polish Pope, our Pope, as is often referred to in Poland. John Paul II was extremely dedicated to the idea of banning abortion. This was his thing. And he was much beloved in Poland not just because of national pride but because he was a charismatic person with an enormous contribution to the abolition of Communism in Poland and in the 1980s, before transition, abortion was part of the debate of what the new Poland might be like, if we manage to get rid of Communism. And I remember from my own teenager, Church's exhibition of photographs of bloody fetuses. It was part of the opposition to the Communist Government¹⁹».

Significativamente, la legge del 1993 è considerata un "compromesso" rispetto alla richiesta oltranzista della Chiesa cattolica di introdurre un divieto totale, perché garantisce l'accesso all'aborto in

-
- 14 Legge del 27 aprile 1956 sulle condizioni per l'ammissibilità dell'interruzione della gravidanza, (Giornale delle Leggi 1956, n. 12, fascicolo 61), traduzione italiana dall'originale per *Ustawa z dnia 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży* (Dz.U. 1956 nr 12 poz. 61). Il testo ufficiale è consultabile in lingua polacca a questo indirizzo internet <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu19560120061>. Il numero degli aborti legali effettuati annualmente in Polonia negli anni Cinquanta, dopo la legalizzazione, era di oltre 700000 (779835 nel 1956; 782319 nel 1957; 752600 nel 1958; 722928 nel 1959), come riportato in R. Johnston, *Historical abortion statistics in Poland*, disponibile al seguente indirizzo internet: <http://www.johnstonsarchive.net/policy/abortion/ab-poland.html>.
- 15 Riforme liberali in materia di aborto sono state approvate, ad esempio, in Regno Unito nel 1967, in Francia nel 1975 e in Italia nel 1978.
- 16 M. Fuszara, *Legal Regulation of Abortion in Poland*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 1991, 17, pp. 117 ss.
- 17 H. Jankowska, *Abortion, Church and Politics in Poland*, in *Feminist Review*, Autumn, 1991, 39, pp. 174 ss.
- 18 Sul ruolo della Chiesa cattolica nell'equilibrio (bio)politico della Polonia post-1989 con riferimento alla legislazione sull'aborto si rinvia a: J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, Ohio, Ohio University Press, 2015; D. Szelewa, *Killing 'Unborn Children'? The Catholic Church and Abortion Law in Poland Since 1989*, in *Social & Legal Studies*, 2016, 25, pp. 741 ss.
- 19 A. Asthana, *Three women on their fight for abortion rights in Poland*, in *The Guardian*, 3 Dicembre 2020, disponibile a questo indirizzo internet: <https://www.theguardian.com/news/audio/2020/dec/03/three-women-on-their-fight-for-abortion-rights-in-poland-podcast>.

alcune circostanze particolari e non criminalizza la persona incinta che abortisce illegalmente²⁰. Per comprendere appieno il significato politico di questo “compromesso” occorre tenere presente che, durante il regime comunista, la Repubblica Popolare Polacca vantava una delle legislazioni e *policy* più liberali nell’accesso all’aborto in Europa²¹, al punto da essere meta del c.d. turismo abortivo per le donne provenienti da Paesi occidentali come la Svezia in cui invece erano vigenti legislazioni restrittive in materia²².

Dal 1993, si sono susseguiti vari tentativi di modificare la legge in senso più liberale²³. Ad oggi, l’unico tentativo riuscito (anche se per poco tempo) di allargare le maglie della ristretta casistica risale alla legge del 30 agosto 1996 che ha introdotto la giustificazione di natura socioeconomica per «la donna incinta [che] si trova in condizioni di vita difficili o in una situazione personale difficile²⁴». Tale nuova disposizione è rimasta vigente per un lasso di tempo limitato, fino all’abrogazione della stessa intervenuta a seguito della decisione del Tribunale costituzionale di dichiararne l’illegittimità il 28 maggio 1997²⁵, pochi giorni prima del viaggio apostolico di Papa Giovanni Paolo II in Polonia²⁶.

In modo quasi opposto alla decisione della Corte costituzionale italiana del 1975 con cui, nel rilevare la parziale incostituzionalità dell’allora vigente reato di procurato aborto²⁷, si stabiliva che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di chi è già persona, come la ma-

-
- 20 S. Calkin, M.E. Kaminska, *Persistence and Change in Morality Policy: The Role of the Catholic Church in the Politics of Abortion in Ireland and Poland*, in *Feminist Review*, 2020, 124, pp. 93 ss.
- 21 L’interpretazione liberale della legge del 1956 è stata favorita dalla successiva *policy* del Ministero della Salute polacco che, nel dicembre 1969, ha di fatto introdotto l’aborto *on demand* nel Paese. Si rinvia sul punto al Regolamento del Ministro della Salute del 19 dicembre 1959 sull’interruzione della gravidanza (Giornale delle leggi 1960, n. 2, fascicolo 15), traduzione dall’originale *Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 19 grudnia 1959 r. w sprawie przerywania ciąży* (Dz.U. 1960 nr 2 poz. 15). Il testo ufficiale è disponibile in lingua polacca al seguente indirizzo internet: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19600020015>.
- 22 Sulla Polonia come luogo di destinazione del c.d. turismo abortivo per le donne svedesi si rinvia a: A. Linders, D. Besset, *Freeing Abortion in Sweden*, in S. De Zordo, J. Mishtal, e L. Anton (a cura di), *A Fragmented Landscape: Abortion Governance and Protest Logics in Europe*, New York, Berghahn Books, 2017, pp. 46 ss.; L. Lennerhed, *Sherri Finkbine flew to Sweden*, in C. Sethna, and G. Davis (a cura di), *Abortion Across Borders: Transnational Travel and Access to Abortion Services*, 2019, Baltimore, Johns Hopkins University Press, pp. 25 ss.
- 23 Si veda W. Nowicka, *The struggle for Abortion Rights in Poland*, in R. Parker, R. Petchesky e R. Sember (a cura di), *SexPolitics - Reports from the Front Lines*, Brasile, 2009, pp. 167 ss.
- 24 Legge del 30 agosto 1996 sulle modifiche alla legge sulla pianificazione familiare, la protezione del feto umano e le condizioni per l’ammissibilità dell’interruzione della gravidanza e alcuni altri atti (Giornale delle leggi 1996, n. 139, fascicolo 646), traduzione dall’originale *Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw* (Dz.U. 1996 nr 139 poz. 646). Il testo ufficiale è disponibile in lingua polacca a questo indirizzo internet: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19961390646&SessionID=3F612417E7B41E079117A367CA61E445128458B4>.
- 25 Tribunale costituzionale polacco, sentenza del 28 maggio 1997, causa K 26/96, traduzione dall’originale *Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r. K 26/96*, disponibile in lingua polacca al seguente indirizzo internet: <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/k-26-96-orzeczenie-trybunalu-konstytucyjnego-520122839>.
- 26 Alcuni commentatori non hanno mancato di osservare l’eccezionale tempestività della sentenza; sul punto si rinvia a D. Szelewa, *Killing ‘Unborn Children’? The Catholic Church and Abortion Law in Poland Since 1989*, cit., pp. 752 ss.
- 27 Art. 546 c. p. Aborto di donna consenziente, abrogato dall’art. 22 Legge 22 maggio 1978, n. 194.

dre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare²⁸», nella sentenza del 1997 il Tribunale costituzionale polacco fonda il proprio giudizio proprio sulla non sussistenza di questa distinzione:

«La vita è un valore protetto dalla Costituzione e la vita nello stato prenatale non può essere oggetto di differenziazione. Non ci sono criteri soddisfacenti e precisi che giustifichino questa differenziazione a seconda della fase di sviluppo della vita umana. Fin dal suo inizio, la vita umana è un valore costituzionalmente protetto. Questo riguarda anche la fase prenatale»²⁹.

Una decisione, questa, con la quale il Tribunale costituzionale ha di fatto posto fine all'unica riforma varata dal Parlamento volta ad allargare le ipotesi di accesso legale all'aborto nel Paese dalla caduta del Muro di Berlino.

2.2. L'accesso all'aborto in Polonia: l'*everyday life* della legge del 1993

Per comprendere l'impatto della riforma del 1993 sui servizi d'IVG, è sufficiente tenere presente che le tre scriminanti originariamente previste da questa legge coprivano solo il 3 per cento della casistica degli aborti effettuati nella Repubblica Popolare Polacca dal 1956³⁰. Infatti, a partire dagli anni Ottanta, il numero degli aborti eseguiti in strutture pubbliche si era stabilizzato a circa 130000 l'anno (dato che non include le procedure effettuate privatamente)³¹. Con la caduta del regime comunista, invece, il numero si è progressivamente abbassato a 82137 nel 1989, 59417 nel 1990, 30878 nel 1991 fino a 11640 nel 1992³². Nel 1993, anno di entrata in vigore della legge, il dato sugli aborti legali è sceso a 1240, toccando la punta minima di 124 nel 2001³³.

Non ci sono stime ufficiali sul numero di aborti clandestini eseguiti in Polonia o sul c.d. turismo abortivo delle donne polacche all'estero, ma secondo la *Federation for Women and Family Planning* il numero delle persone che cercano un aborto in Polonia si attesta tra gli 80000 e i 100000 l'anno³⁴. Come ha osservato Ewelina Ciaputa, la Polonia è diventata, da luogo di destinazione negli anni Sessanta,

28 Considerato in diritto, Corte costituzionale italiana, sentenza 18 febbraio 1975, n. 27, disponibile al seguente indirizzo internet: <https://www.giurcost.org/decisioni/1975/0027s-75.html>.

29 Di seguito il passaggio in lingua originale: «Wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana. Brak jest bowiem dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonanie takiego zróżnicowania w zależności od fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej» Punto 3, Considerato in diritto (Uzasadnienie prawne), Tribunale costituzionale polacco, sentenza del 28 maggio 1997, causa K 26/96.

30 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., p.140. Sull'impatto della riforma del 1993 sull'accesso all'aborto in Polonia si rinvia *ex multiis* a: W. Nowicka, *The effects of the 1993 Anti-Abortion Law in Poland*, in *Entre Nous*, 1996, 33-34, pp. 13 ss. e B. Chazan, *The story of abortion law in Poland*, in *Entre Nous*, 1996, 33-34, p. 16.

31 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., p. 141.

32 R. Johnston, *Historical abortion statistics in Poland*, cit.

33 *Ibidem*.

34 Federation for women and family planning, *Twenty years of Anti-abortion law in Poland*, 2013, Varsavia, p. 22.

punto di partenza per le persone polacche che abortiscono all'estero³⁵, ad esempio in cliniche situate nei Paesi Bassi, Germania e Slovacchia, che promuovono i propri servizi mediante *hotlines* e *websites* in lingua polacca³⁶. Invece, per reperire i contatti per ottenere un aborto clandestino in Polonia, sembra sufficiente cercare negli annunci dei quotidiani alla sezione "Salute" o "Ginecologi"³⁷. Come riportato in uno studio del 2015 condotto dall'antropologa Joanna Mishtal, gli annunci sull'aborto

«are very short and simple and often contain only a mobile telephone number, and one of the following euphemisms signaling abortion services: "all services provided", "cheap", "vacuum method", "safe", "anesthesia" and "discreet", among others. The doctors who advertise illegal abortion services compete for clientele with phrases such as "A-Z gynecology" or the use of "AAAAA" opening the start of the ad to ensure that one's ad is listed first»³⁸.

Quello degli aborti clandestini sembrerebbe quindi essere un vero e proprio *open secret*, in quanto nella maggioranza dei casi gli *abortion providers* sono ginecologi che eseguono le prestazioni illegalmente all'interno di cliniche o studi medici privati, complice anche una limitata attività di investigazione e repressione del fenomeno da parte delle autorità competenti³⁹. Mishtal rileva inoltre che la qualità tecnica dei servizi clandestini può essere anche superiore a quella disponibile nelle strutture sanitarie pubbliche, in cui l'aborto è ancora eseguito tramite raschiamento⁴⁰.

In uno studio del 2011 sulle conseguenze economiche della stigmatizzazione e illegalità dell'aborto, Agata Chełstowska ha efficacemente mostrato come la legge del 1993 «abbia trasformato il peccato in oro», aumentando le barriere di accesso all'aborto soprattutto per le persone di estrazione socioeconomica più modesta⁴¹. Il mercato degli aborti, stimato a circa 95 milioni di dollari statunitensi, ha creato una fonte di introiti esentasse che potrebbe in parte spiegare lo scarso coinvolgimento della classe medica nel cambiare la legge⁴². Secondo Chełstowska,

«In Poland, private sector health care providers have almost a monopoly on abortion services. Abortion has been criminalised and stigmatised in the public sphere and in public health care facilities in Poland. It has been pronounced to be morally wrong, legally prohibited, made inaccessible in public hospitals, and unacceptable to speak of, even between the closest of friends. Once abortion leaves

35 E. Ciaputa, *Abortion and the Catholic Church in Poland*, in C. Sethna, and G. Davis (a cura di), *Abortion Across Borders: Transnational Travel and Access to Abortion Services*, 2019, Baltimora, Johns Hopkins University Press, pp. 278 ss.

36 G. Baczyńska, *More Polish women seen seeking abortions abroad*, in *Reuters*, 26 Agosto 2010, <https://www.reuters.com/article/us-poland-abortion/more-polish-women-seen-seeking-abortions-abroad-idUSTRE67P46Z20100826>; E. Hirvonen, *Polish Abortion Tourism*, Master's thesis, University of Applied Sciences, Dicembre 2017.

37 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., p.143.

38 Ivi, pp. 143-144.

39 A. Chełstowska, *Stigmatisation and commercialisation of abortion services in Poland: turning sin into gold*, in *Reproductive Health Matters*, 2011, 19, pp. 98 ss.

40 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., p. 146. Il raschiamento è una tecnica chirurgica considerata meno sicura dell'aspirazione dalla stessa Organizzazione Mondiale di Sanità. Si rinvia sul punto a World Health Organization, *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems* (2nd ed.), 2012, Ginevra, p. 51.

41 A. Chełstowska, *Stigmatisation and commercialisation of abortion services in Poland: turning sin into gold*, cit., p. 103

42 Ivi, p. 100.

the public sphere, it enters the grey zone of the private: private arrangements, private health care and – the most private aspect – private worries. In the private sector, illegal abortion must be cautiously arranged and paid for out of pocket. When a woman enters that sphere, her sin turns into gold. Her private worries become somebody else's private gain. And the more abortion is stigmatised in the public sphere, the more women depend on the private sector for solutions»⁴³.

In tempi più recenti, lo sviluppo delle tecniche abortive e delle tecnologie ha cambiato il volto dell'attivismo *pro-choice* e aperto nuove possibilità per l'accesso al *safe abortion*⁴⁴. Ne sono un esempio organizzazioni *non profit* come *Women on Web* e *Women Help Women*, che offrono servizi di aborto farmacologico in telemedicina fino alla decima settimana di gravidanza in Paesi in cui sono vigenti legislazioni restrittive in materia⁴⁵. Come riportato anche dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, l'aborto farmacologico indica una tecnica *safe and effective* per l'interruzione volontaria di gravidanza attraverso l'uso di due farmaci, il mifepristone e il misoprostolo, oppure il solo misoprostolo⁴⁶. Con telemedicina, invece, si fa riferimento alla modalità di dare esecuzione ad una consultazione o prestazione medica a distanza attraverso l'uso di tecnologie di comunicazione (telefono, internet, video-call etc.). Dalla sua fondazione nel 2005 ad ottobre 2020, *Women on Web* ha aiutato oltre 25000 persone in Polonia ad accedere al *safe abortion* tramite i propri servizi⁴⁷.

Inoltre, da diverse ricerche emerge che a volte siano gli stessi medici a fornire informazioni utili alle donne per ottenere l'aborto fuori dal sistema sanitario nazionale, attraverso la condivisione del numero telefonico di un ginecologo "compiacente" oppure il rinvio proprio a *Women on Web* e *Women Help Women*⁴⁸. In uno studio del 2020⁴⁹, una donna polacca di 25 anni racconta che

43 Ivi, p. 99.

44 J.N. Erdman, K. Jelinska and S. Yanow, *Understandings of self-managed abortion as health inequity, harm reduction and social change*, in *Reproductive Health Matters*, 2018, 26, pp.13 ss.; K. Jelinska, S. Yanow, *Putting abortion pills into women's hands: realizing the full potential of medical abortion*, in *Contraception*, 2018, 97, pp. 86 ss.

45 Per un approfondimento sulle attività di queste organizzazioni in Paesi in cui sono vigenti legislazioni restrittive in materia di aborto si rinvia a: S. Sheldon, *Empowerment and Privacy? Home Use of Abortion Pills in the Republic of Ireland*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 2018, 43, pp. 823- 849; Ead., *How can a state control swallowing? The home use of abortion pills in Ireland*, in *Reproductive Health Matters*, 2016, 24, pp. 90 ss.; T. Hervey e S. Sheldon, *Abortion by Telemedicine in Northern Ireland: Patient and Professional Rights across Borders*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2017, 68, pp.1 ss.; Eadem, *Abortion by Telemedicine in the European Union*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2019, 145, pp. 125 ss. Sull'aborto in telemedicina si veda: M. Endler, A. Lavelanet, A. Cleeve, B. Ganatra, R. Gomperts, K. Gemzell-Danielsson, *Telemedicine for medical abortion: a systematic review*, in *BJOG*, 2019, 126, pp.1094 ss.

46 World Health Organization, *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems* (2nd ed.), op. cit., pp. 42 ss. Sia il mifepristone che il misoprostolo sono inclusi nell'elenco dei farmaci essenziali stilato dall'Organizzazione Mondiale di Sanità. Sul punto si rinvia a: World Health Organization, *Model Lists of Essential Medicines* (20^a edizione), Ginevra, 2017, p. 46.

47 Women on Web, *Support safe abortion in Poland!*, disponibile al seguente indirizzo internet: <https://www.womenonweb.org/en/page/20541/support-safe-abortion-in-poland>.

48 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., p. 149.

49 Si tratta di un recentissimo studio pubblicato nel 2020 che analizza le esperienze di donne e persone gestanti che hanno ricevuto supporto da *helplines* per ottenere l'aborto farmacologico in Brasile, Polonia e Nigeria (in tutti e tre i Paesi considerati sono vigenti legislazioni restrittive in materia di accesso all'aborto), S. E. Baum, A. M. Ramirez, S. Larrea, S. Filippa, I. Egwuatu, J. Wydrzynska, M. Piasecka, S. Nmezi e K. Jelinska, "It's not a seven-headed beast": *abortion experience among women that received support from helplines for medication abortion in restrictive settings*, in *Health Care for Women International*, 2020, pp. 1 ss.

«I asked [my doctor] if she would help me get rid of it. She said that she cannot give a prescription because she is afraid, but she had heard about Women Help Women and Women on Web and I could order a kit on such sites. She said that it is safe and that she is available by phone if something happens, and that's how it was»⁵⁰.

Dinanzi alle barriere di accesso all'aborto legale e a fronte degli ostacoli a cambiare in senso liberale la legge del 1993, l'attivismo *pro-choice* polacco si è progressivamente internazionalizzato nel plasmare la propria agenda politica e nel creare reti transnazionali di solidarietà con gruppi costituiti in altri Paesi⁵¹. In questo quadro strategico si inseriscono il ricorso allo *human rights approach* come strumento di denuncia della violazione dei diritti alla salute sessuale e riproduttiva, così come l'organizzazione di iniziative dal forte richiamo mediatico su questi temi⁵².

Ad esempio, nel 2004, l'organizzazione *non profit Women on Waves* ha effettuato una prima campagna in Polonia a bordo di una imbarcazione battente bandiera olandese, dotata di una clinica mobile autorizzata, a bordo della quale sono stati offerti una serie di *workshops* informativi sulla salute sessuale e riproduttiva⁵³. Il personale medico di bordo ha inoltre effettuato alcuni aborti farmacologici quando l'imbarcazione si trovava in acque internazionali a largo della Polonia, uno spazio giuridico in cui si applica la legge dello Stato che batte bandiera sul vascello, in questo caso olandese, e non quella del Paese costiero⁵⁴. Successivamente, nel 2015, *Women on Waves* ha lanciato il primo "Abortion drone" telecomandato dalla Germania e atterrato a Slubice in Polonia, dove due donne hanno ingerito le pillole abortive trasportate dal drone⁵⁵. Ancora, nel dicembre 2018, durante una rappresentazione teatrale a Varsavia, un "Abortion robot" è entrato in scena portando farmaci abortivi ingoiati sul palco da una delle attrici della *performance*⁵⁶.

In sintesi, la riforma del 1993 ha spinto e spinge le donne e le persone gestanti a cercare "soluzioni private" al problema dell'accesso all'aborto quando non ricorrono le scriminanti previste dalla legge. Non solo: anche in presenza di una delle tre giustificazioni che nell'originaria formulazione legittimavano la procedura, l'accesso all'aborto legale era già fortemente ostacolato, e talvolta perfino negato, così come si osserverà nel prossimo sottoparagrafo.

2.3. L'aborto legale nei casi originariamente previsti dalla legge del 1993

Una delle conseguenze principali della legge del 1993 è stata la criminalizzazione e stigmatizzazione

50 Ivi, p. 8.

51 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., pp. 67-104.

52 *Ibidem*.

53 C. Lambert-Beatty, *Twelve Miles: Boundaries of the New Art/Activism*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 2008, 33, pp. 309 ss. Sul resoconto della campagna di Women on Waves in Polonia si rinvia a: Women on Waves, *Abortion ship Poland 2003*, disponibile al seguente indirizzo internet: <https://www.womenonwaves.org/en/page/954/abortion-ship-poland-2003>.

54 Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, 10 dicembre 1982, artt. 95 e 96.

55 Women on Waves, *First flight Abortion Drone, Poland 2015*, disponibile al seguente indirizzo internet: <https://www.womenonwaves.org/en/page/5832/first-flight-abortion-drone-poland-2015>.

56 Women on Waves, *Abortion robot on stage in Poland, 2018*, disponibile al seguente indirizzo internet: <https://www.womenonwaves.org/en/page/5832/first-flight-abortion-drone-poland-2015>.

dell'aborto *tout court*. Infatti, anche nei pochi casi in cui sussistono i presupposti previsti dalla legge del 1993 per accedere all'aborto, «*illegal is easier than legal*»⁵⁷. Tra le barriere più ostative all'accesso all'aborto legale vi è la dichiarazione di obiezione di coscienza del personale medico e di intere strutture ospedaliere⁵⁸, accompagnata talvolta dalla precisazione da parte di alcuni medici che fuori dall'ospedale «*possibilities exist*»⁵⁹. Joanna Mishtal spiega così le conseguenze di questo ricorso all'obiezione di coscienza:

«*The use of conscientious refusals to deny lawful abortions in public hospitals while performing services clandestinely and privately has several implications: doctors can earn far more in their private clinics, and they shield themselves from potential, or perceived, harassment by the church, leaving the women patients to endure the secrecy and stigma of a clandestine procedure for a large fee*»⁶⁰.

Le difficoltà ad abortire legalmente in Polonia nei casi più gravi si traducono in un vero e proprio diniego di accesso alla procedura di IVG, pur ricorrendo i requisiti originariamente previsti dalla legge del 1993. In tal senso, tre decisioni con cui la Corte europea dei diritti umani ha condannato la Polonia, ciascuna riguardante una diversa ipotesi di accesso legale all'aborto, mettono ulteriormente in luce le carenze dei servizi abortivi nel Paese⁶¹ già prima della recente declaratoria di parziale incosti-

57 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., p. 154.

58 La questione delle barriere poste dalla clausola di coscienza all'accesso ai servizi di IVG è stata oggetto nel giugno del 2020 di una missiva inviata al Ministero della Salute polacco da parte del Commissario per i diritti umani in Polonia. Si veda: Adam Bodnar, *Klauzula sumienia nie zwalnia państwa z obowiązku zagwarantowania dostępu do aborcji. RPO pisze do Ministra Zdrowia*, 3 giugno 2020, disponibile in lingua polacca al seguente indirizzo internet: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-klauzula-sumienia-nie-zwalnia-panstwa-z-obowiazku-zagwarantowania-dostepu-do-legalnej-aborcji>. Nel 2015, il Tribunale costituzionale polacco ha dichiarato l'illegittimità dell'obbligo del medico obiettore di fornire informazioni sull'accesso ai servizi di IVG alla paziente. Si veda sul punto: Tribunale costituzionale polacco, sentenza del 7 ottobre 2015, causa K 12/14, traduzione dall'originale Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r. sygn. akt K 12/14 (Dz.U. 2015 poz. 1633). Il testo ufficiale della decisione in lingua polacca è disponibile a questo indirizzo internet: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20150001633>. La pronuncia del Tribunale costituzionale è stata oggetto di 'concern', tra gli altri, anche del Comitato per i diritti umani e il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, nei loro rapporti periodici sulla Polonia pubblicati nel 2016 (v. supra nota 12). Inoltre, dal 2014, circa 4000 medici polacchi hanno firmato la Dichiarazione di fede dei medici cattolici e degli studenti di medicina sulla sessualità e la fertilità umana che impegna gli aderenti ad osservare la legge di dio nello svolgimento della professione medica.

59 J. Mishtal, *The Politics of Morality. The Church, the State and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*, op. cit., p. 155.

60 *Ibidem*.

61 Corte Edu, 20 marzo 2007, *Tysiąc c. Polonia* (ricorso n. 5410/03); Corte Edu, 26 maggio 2011, *R R c. Polonia* (ricorso n. 27617/04); Corte Edu, 30 ottobre 2012, *P and S c. Polonia* (ricorso n. 57375/08). Sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di aborto si rinvia a: D. Fenwick, *The Modern Abortion Jurisprudence under Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Medical Law International*, 2012, 12, pp. 249 ss.; J. Westeson, *Reproductive health information and abortion services: standards developed by the European Court of Human Rights*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2013, 122, pp. 173 ss.; J.N. Erdman, *The Procedural Turn: Abortion at the European Court of Human Rights* in R. Cook, J.N. Erdman, B. M. Dickens (a cura di), *Abortion Law in Transnational Perspective*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2014, pp. 121 ss.; Ead., *Procedural Abortion Rights: Ireland and the European Court of Human Rights*, in *Reproductive Health Matters*, 2014, pp. 22 ss.; C. Cosentino, *Safe and Legal Abortion: An Emerging Human Right? The Long-lasting Dispute with State Sovereignty in ECHR Jurisprudence*, in *Human Rights Law Review*, 2015, 15, pp. 569 ss.; L. Oja, A.E. Yamin, *Woman in the European Human Rights System: How Is the Reproductive Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights Con-*

tuzionalità della legge del 1993.

In ordine cronologico, il primo caso riguarda Alicja Tysiac, una donna affetta da grave miopia alla quale è stato negato l'accesso all'aborto terapeutico, nonostante il rischio di diventare cieca cui sarebbe incorsa durante la gravidanza e il parto, circostanza che si è poi verificata⁶². La Corte in quella occasione ha rilevato una violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto alla vita privata e familiare) per non adeguata determinazione delle condizioni che legittimano l'accesso all'aborto terapeutico⁶³. Il secondo caso vagliato dalla Corte europea dei diritti umani concerne il mancato tempestivo accesso a un test genetico prenatale, che ha ostacolato la possibilità per la ricorrente di accedere a un aborto entro i termini previsti dalla legge⁶⁴. La Corte ha rilevato in questo caso, oltre che la non osservanza del già citato art. 8 CEDU⁶⁵, anche la violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di tortura) per i trattamenti inumani e degradanti messi in atto dalle autorità sanitarie nei riguardi della ricorrente che, ai tempi del giudizio, aveva dato alla luce una bambina affetta da una malattia genetica (sindrome di Turner)⁶⁶. Il terzo caso esaminato dalla Corte riguarda una ragazza minorenni rimasta incinta a seguito di uno stupro⁶⁷. La ragazza, con il sostegno della madre (anch'ella ricorrente), ha infine ottenuto l'aborto in un ospedale polacco a 500 km di distanza da casa, dopo una lunga e tortuosa vicenda che ha avuto una forte eco mediatica nel Paese⁶⁸. Anche nell'esaminare questo ricorso, la Corte europea dei diritti umani ha rilevato la violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)⁶⁹ e del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 8 CEDU)⁷⁰.

Questi casi evidenziano quale fosse lo stato di sistemica violazione dei diritti umani in materia di accesso all'aborto in atto nel Paese già prima della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020. Segnali di allarme che prefiguravano l'aggravamento della situazione erano stati lanciati in un rapporto del marzo 2020 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, l'organo di monitoraggio dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo⁷¹. E poco prima, nel gennaio 2020, la Com-

structuring Narratives of Women's Citizenship, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2016, pp. 62 ss.

62 Corte Edu, 20 marzo 2007, *Tysiac c. Polonia*, cit., §§ 7-31.

63 Nelle parole della Corte europea dei diritti umani: «The Court concludes that it has not been demonstrated that Polish law as applied to the applicant's case contained any effective mechanisms capable of determining whether the conditions for obtaining a lawful abortion had been met in her case. It created for the applicant a situation of prolonged uncertainty. As a result, the applicant suffered severe distress and anguish when contemplating the possible negative consequences of her pregnancy and upcoming delivery for her health», Corte Edu, 20 marzo 2007, *Tysiac c. Polonia*, cit., §124.

64 Corte Edu, 26 maggio 2011, *R R c. Polonia*, cit., §§6-63.

65 Ivi, §§192-214.

66 Ivi, §§153-162.

67 Corte Edu, 30 ottobre 2012, *P and S c. Polonia*, cit., §§5-51.

68 *Ibidem*.

69 Ivi, §§157-169. La non osservanza dell'art. 3 CEDU è stata rilevata con riferimento alla sola ricorrente P.

70 Ivi, §§100-112. Nel caso in esame, la Corte europea dei diritti umani ha dichiarato la violazione dell'art. 8 CEDU in relazione alle incerte condizioni di accesso all'aborto, in continuità con l'approccio già adottato nei casi precedentemente esaminati in materia di aborto. Inoltre, sulla base delle circostanze di fatto del caso di specie, la Corte ha riconosciuto la non osservanza del medesimo articolo anche con riferimento alla violazione della *privacy* subita dalle ricorrenti; si veda sul punto: ivi, §§128-137. Infine, la Corte ha anche rilevato la violazione dell'art. 5 CEDU (diritto alla libertà e alla sicurezza) nei riguardi della ricorrente P, come emerge in ivi, §§144-149.

71 Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, [CM/Notes/1369/H46-20 / 1369th meeting \(March 2020\) - H46-20 P. and S. v. Poland \(Application No. 57375/08\)](#), 18 febbraio 2020; Id., [CM/Notes/1369/H46-21 /1369th meeting \(March 2020\) - H46-21 Tysiac and R.R. v. Poland \(Applications No. 5410/03, 27617/04\)](#), 18 febbraio 2020. Entrambi i documenti sono disponibili a questo indi-

missaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Dunja Mijatovic, aveva rilevato che «*the situation in the area of sexual and reproductive health and rights in Poland has not only failed to improve, but has in fact worsened in recent years*»⁷².

Infatti, dal 2011 al 2019, sono stati presentati sei progetti di legge per riformare in senso illiberale la legge del 1993⁷³ e, dalla vittoria elettorale di PiS nel 2015, le manovre politiche per restringere l'accesso all'aborto legale sono divenute più incalzanti. Nel 2016, una proposta di legge di iniziativa popolare che prevedeva l'introduzione del divieto totale di aborto è stata respinta dal *Sejm*⁷⁴, anche a seguito dell'ondata di proteste delle "donne in nero" che si è sollevata nel Paese⁷⁵. Successivamente, nel 2017, è stato presentato un nuovo progetto di legge di iniziativa popolare che prevede la criminalizzazione dell'aborto terapeutico nel caso di anomalie fetali⁷⁶. Nell'Aprile 2020, nel pieno della pandemia Covid-19, la proposta di legge è stata calendarizzata per la discussione parlamentare; anche in questo caso, la notizia è stata seguita da una significativa mobilitazione nazionale e internazionale di opposizione, a seguito della quale il Parlamento ha rinviato la proposta in commissione legislativa⁷⁷.

In parallelo a questi tentativi "falliti" di cambiare la legge del 1993 in via parlamentare, nel novembre 2019 un gruppo di deputati ha riproposto una questione di legittimità costituzionale dell'accesso all'aborto terapeutico nel caso di diagnosi di malformazione fetale al Tribunale costituzionale polacco, questione già sollevata con analoghi contenuti nella precedente legislatura, ma mai calendarizzata (v. *infra* §3.1.). Come si osserverà nel prossimo paragrafo, la sentenza del 22 ottobre 2020 del Tribunale costituzionale polacco, che si è pronunciata su questa questione, rappresenta un ulteriore elemento di deterioramento del già precario sistema di tutela dei diritti umani in Polonia.

rizzo internet: https://www.coe.int/en/web/cm/march-2020/-/asset_publisher/FJJuJash2rEF/content/1369th-human-rights-meeting-of-the-ministers-deputies-3-5-march-2020-?_101_INSTANCE_FJJuJash2rEF_redirect=https://proxy-www.coe.int/en/web/cm/march-2020?p_p_id=101_INSTANCE_FJJuJash2rEF&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-4&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3.

72 Ivi, §24.

73 Questo aspetto è anche evidenziato nel punto 2 dell'opinione dissenziente resa dal giudice costituzionale Leon Kieres nella sentenza del 22 ottobre 2020, in lingua originale *Zdanie odrębne sędziego TK Leona Kieresa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r., sygn. akt K 1/20, 2. Tryb rozpoznania sprawy*.

74 Il testo del progetto di legge è disponibile al seguente indirizzo internet: <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=784>.

75 A. Król, P. Pustułka, *Women on strike: mobilizing against reproductive injustice in Poland*, in *International Feminist Journal of Politics*, 2018, 20, pp. 366-384; M. Kowalewski, *Emergent political spaces in the post-socialist city: Solidarity Square, Szczecin*, in *Space and Polity*, 2018, 22, pp. 328-341.

76 Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Commissioner urges Poland's Parliament to reject bill which restricts access to abortion care*, 23 marzo 2018, <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-urges-poland-s-parliament-to-reject-bill-which-restricts-access-to-abortion-care>.

77 L'iter parlamentare di questa proposta di legge di iniziativa popolare è tracciabile a questo indirizzo internet: <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=36>. Sulle mobilitazioni contro la discussione parlamentare si rinvia a S. Walker, *Concerns over Polish government tightening abortion laws during Covid-19 crisis*, in *The Guardian*, 14 Aprile 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/14/concerns-over-polish-government-tightening-abortion-laws-during-covid-19-crisis>. Si veda anche il comunicato stampa diramato dal Comitato ONU per i diritti umani con cui si criticava la proposta di legge in discussione, *Poland urged not to criminalise sex education or tighten access to abortion*, 16 aprile 2020, <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25796&LangID=E>.

2.4. La sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 22 ottobre 2020

Come osservato in premessa, la sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 22 ottobre 2020 ha dichiarato illegittima la principale ipotesi di accesso legale all'IVG prevista dalla legge del 1993, cioè quella giustificata dalla presenza di gravi malformazioni fetali⁷⁸. Una decisione, questa, che ha aggravato significativamente il quadro di forte tensione preesistente tra la legislazione polacca in materia di aborto e il sistema di protezione dei diritti umani. Come accennato in premessa, la decisione è stata subito dopo il suo annuncio criticata dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite ed è stata oggetto di una risoluzione del Parlamento europeo⁷⁹.

Una delle prime conseguenze della notizia della sentenza del Tribunale Costituzionale del 22 ottobre 2020 è stata la situazione di prolungata precarietà in cui hanno versato i servizi di IVG negli oltre tre mesi trascorsi prima della pubblicazione del 27 gennaio 2021. Infatti, prima di questa data, pur in un quadro giuridico ancora formalmente invariato, alcune cliniche polacche hanno dato immediata esecuzione alla sentenza, restringendo *ante tempus* le possibilità di accesso all'aborto in Polonia⁸⁰. Le poche ginecologhe che hanno continuato a effettuare aborti terapeutici in ospedale si sono invece ritrovate a operare in uno stato di profonda incertezza, come evidenziato anche da questa dichiarazione di Adam Bodnar, Commissario per i diritti umani in Polonia, resa nel dicembre 2020 al *The Guardian*:

«I heard a story about a medical doctor who was performing an abortion, and he was checking during whether the judgment had been published or not. The moment the judgment is published, you are committing a crime if you perform an abortion»⁸¹.

Dall'altra parte, i gruppi *pro-choice* sia locali che internazionali hanno lanciato nuove iniziative in risposta all'annuncio della sentenza del Tribunale costituzionale e molti di loro hanno registrato un aumento delle richieste di supporto da parte di persone provenienti dalla Polonia impossibilitate ad

⁷⁸ Il Tribunale costituzionale polacco ha dichiarato questa fattispecie incompatibile con l'art. 38 in combinato disposto con gli artt. 30 e 31, c. 3 della Costituzione della Repubblica polacca. L'articolo 38 recita che "La Repubblica polacca garantisce la protezione legale della vita di ogni essere umano"; l'art. 30 prevede che "La dignità intrinseca e inalienabile della persona costituisce una fonte di libertà e di diritti delle persone e dei cittadini. Essa è inviolabile. Il rispetto e la protezione degli stessi sono obbligo delle autorità pubbliche"; l'art. 31 c.3 stabilisce che: "Qualsiasi limitazione all'esercizio delle libertà e dei diritti costituzionali può essere imposta solo per legge, e solo quando necessario in uno stato democratico per la protezione della sua sicurezza o ordine pubblico, o per proteggere l'ambiente naturale, la salute o la morale pubblica, o le libertà e diritti di altre persone. Tali limitazioni non violano l'essenza delle libertà e dei diritti". Traduzione dall'originale in lingua polacca per: "Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia" (Art. 38); "Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych" (Art. 30); "Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, Zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw (Art. 31.3).

⁷⁹ V. *supra* nota 8.

⁸⁰ H. Summers, *Polish hospitals begin turning away women seeking abortions*, in *The Guardian*, 30 ottobre 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/oct/30/polish-hospitals-begin-turning-away-women-seeking-abortions>.

⁸¹ S. Walker, *Polish women travel abroad for abortions ahead of new law*, in *The Guardian*, 13 dicembre 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/dec/13/polish-women-travel-abroad-for-abortions-ahead-of-new-law>

accedere all'IVG nel proprio Paese⁸². Il 25 ottobre 2020 *Women on Web* ha reso noto che avrebbe sostenuto gratuitamente le persone incinte con una diagnosi di anomalia fetale il cui diritto ad abortire è stato pregiudicato dalla pronuncia⁸³. Il 10 dicembre 2020, il network *Abortion without borders*, cui aderisce anche *Women Help Women*, ha dichiarato di aver aiutato negli ultimi dodici mesi oltre 5000 persone richiedenti un aborto in Polonia, delle quali 2535 solo nel periodo che va dal 22 ottobre al 4 dicembre 2020⁸⁴.

Un effetto *spin-off* della sentenza facilmente prevedibile, come emerge anche in una delle due *dissenting opinions*, quella resa dal giudice costituzionale Piotr Pszczółkowski, in cui si rileva che:

«Tenendo conto dei dati statistici sulla percentuale di aborti giustificati da ragioni embriopatologiche in relazione al numero totale di tali procedure, si può esprimere ragionevole preoccupazione che almeno alcuni dei casi saranno canalizzati nel c.d. aborto sotterraneo. Infine, c'è anche la questione dell'aumento del c.d. turismo abortivo»⁸⁵.

Subito dopo la pubblicazione che ha sancito la produzione di effetti giuridici della sentenza del 22 ottobre 2020, in un comunicato del 28 gennaio 2021, le *Chairs* delle Commissioni "Diritti delle donne e uguaglianza di genere" (FEMM) e "Libertà civili, giustizia e affari interni" (LIBE) presso il Parlamento Europeo hanno espresso solidarietà con le persone protestanti e reiterato l'invito al Governo polacco di emendare la legge sull'aborto. In particolare, Evelyn Regner, che presiede la Commissione FEMM, ha dichiarato:

«*In Poland, misogyny reigns supreme. The de facto abortion ban pushed through by the Polish government interferes directly with women's autonomy and physical integrity. It is an attack on fundamental and human rights and should be unthinkable in a liberal democracy in 2021. There is no place for such contempt for humanity in Europe and I stand with the protesters in Poland who are speaking out against this backward-looking policy*⁸⁶.»

In effetti, la declaratoria di incostituzionalità dell'accesso all'aborto terapeutico anche nel caso di anomalie fetali fatali (*fatal foetal abnormalities*, "FFA") pone in grave frizione la legislazione polacca con il sistema internazionale dei diritti umani, anche tenuto conto delle più recenti *views* espresse dal Comitato onusiano per i diritti umani in questa materia⁸⁷. Oltretutto, questo aspetto era già stato esaurientemente messo in luce in un *Amicus Curiae* presentato da *Women on Web* al Tribunale costituzio-

82 *Idem*.

83 *Women on Web, Free medical abortions for women with fetal indications in Poland*, 25 ottobre 2020, <https://www.womenonweb.org/en/page/20549/free-medical-abortions-for-women-with-fetal-indications-in-poland>.

84 *Women Help Women, Abortion without borders helps more than 5000 people in Poland*, 10 dicembre 2020, <https://womenhelp.org/it/page/1265/abortion-without-borders-helps-more-than-5-000-people-in-poland-in>.

85 Opinione dissenziente del giudice Piotr Pszczółkowski alla sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020, causa K-1/20, punto 6.

86 Parlamento europeo, *The abortion ban in Poland is an attack on women's and fundamental rights*, comunicato stampa del 28 gennaio 2021: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210128IPR96601/the-abortion-ban-in-poland-is-an-attack-on-women-s-and-fundamental-rights>.

87 Questo indirizzo dottrinale si fonda soprattutto su un'interpretazione dell'art. 3 CEDU alla luce della più recente applicazione dell'omologo, per contenuti, art. 7 Patto internazionale sui diritti civili e politici, da parte del Comitato per i diritti umani, nelle comunicazioni *Mellet c. Repubblica d'Irlanda* e *Whelan c. Repubblica d'Irlanda*, che vertevano proprio su due casi di diniego di accesso all'aborto nel caso di diagnosi di anomalie fetali fatali.

nale polacco nell'ottobre 2018 (in occasione del primo ricorso avanzato da un gruppo di deputati sulla legittimità dell'accesso all'aborto nel caso di anomalie fetali) e redatto da due delle più autorevoli voci della dottrina internazionalistica in materia di diritti sessuali e riproduttivi, Rebecca Cook and Joanna Erdmann, le quali hanno rilevato l'esistenza di un consenso nel diritto internazionale dei diritti umani in materia di aborto su questi aspetti:

«The criminalization of abortion contributes to unsafe abortion, adversely impacts vulnerable and marginalized women, and inherently limits the rights of women to physical and psychological integrity, to dignity and worth as human beings and to be free from all forms of discrimination. International human rights law supports the progressive decriminalization of abortion to protect the lives and health of women and to improve their quality of life.

Given that any state action on abortion impacts on the human rights of women, international law sets limits on the state power to criminalize abortion based on principles of non-arbitrariness and proportionality.

To ensure criminal abortion laws are non-arbitrary and proportionate, international human rights law requires as a minimum the decriminalization of abortion on the ground of risk of serious fetal malformation, and procedural protections to ensure safe and respectful access to services under this ground to the full extent of the law⁸⁸».

Inoltre, anche prendendo in considerazione il contesto regionale europeo, secondo autorevole dottrina il diniego di accesso all'aborto in presenza di anomalie fetali fatali potrebbe integrare la violazione dell'art. 3 CEDU⁸⁹. Seguendo questa impostazione, la sentenza del 22 ottobre complicherebbe significativamente la posizione della Polonia con riguardo all'accesso all'aborto nel sistema convenzionale del Consiglio d'Europa. Nonostante l'esito del giudizio in esame, questa preoccupazione non è rimasta del tutto estranea nella decisione se si considera la *dissenting opinion* del giudice costituzionale polacco Leon Kieres, il quale ha utilizzato anche argomenti di diritto internazionale a sostegno del proprio voto contrario alla decisione⁹⁰.

In particolare, Kieres non ha mancato di osservare che il rispetto del diritto internazionale e quindi, nello specifico, il rispetto degli standard di tutela dei diritti umani previsti nel caso di aborto terapeutico in presenza di anomalie fetali hanno essi stessi un fondamento nell'art. 9 della Costituzione polacca⁹¹.

In conclusione, in questa prima parte del commento si è rilevato che la sentenza del 22 ottobre 2020 è in linea di continuità con le politiche assunte in materia di aborto in Polonia dalla caduta del Muro di Berlino. Infatti, già prima della pubblicazione della sentenza, l'accesso all'aborto legale nel Paese era soggetto a significative limitazioni e sussistevano una serie di barriere che ostacolavano l'effettivo accesso all'IVG anche in presenza delle condizioni previste dalla legge del 1993, come rile-

88 Women on Web, *International experts condemn attempt to further restrict abortion in Poland*, 17 ottobre 2018, <https://www.womenonwaves.org/en/page/7501/international-experts-condemn-attempt-to-further-restrict-abortion-in-poland>.

89 Si veda sul punto B. Ní Ghráinne, A. McMahon, *Access to Abortion in Cases of Fatal Foetal Abnormality: A New Direction for the European Court of Human Rights?*, in *Human Rights Law Review*, 2019, 19, pp. 561 ss. Per un'analisi degli approcci usati dalla Corte di Strasburgo e i Comitati onusiani in materia di aborto cfr. L. Poli, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e "treaty bodies" a confronto*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, pp. 189 ss.

90 Opinione dissenziente del giudice Leon Kieres alla sentenza del 22 ottobre 2020, cit, punto 5.7.

91 L'art. 9 prevede che: "La Repubblica di Polonia rispetta il diritto internazionale vincolante". Traduzione dall'originale: "Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego" (Art. 9).

vato *ex multis* in alcune sentenze di condanna della Corte europea dei diritti umani contro la Polonia. Il nuovo intervento restrittivo definito dalla sentenza in esame contribuisce quindi a dilatare il già esistente divario tra la legislazione sull'aborto in Polonia e gli standard internazionali in materia di tutela dei diritti umani, soprattutto con riferimento al diniego di accesso all'IVG anche in presenza di anomalie fetali fatali. Inoltre, anche in considerazione del "ritardo" intervenuto nella sua pubblicazione e delle sue implicazioni in termini di certezza del diritto, la sentenza in oggetto concorre ad allargare ulteriormente lo scarto tra il dato formale rappresentato dalla legge del 1993 e il dato fattuale costituito dalle effettive modalità di accesso all'aborto in Polonia fuori dai servizi sanitari "ufficiali". Infatti, come rilevato, dalla fine dell'ottobre 2020, si è registrato un incremento rilevante delle attività dei gruppi *pro-choice* che suggerisce parimenti un significativo aumento del livello di autogestione dell'aborto nel Paese. Infine, la sentenza in esame rischia di aprire la strada a ulteriori restrizioni delle possibilità di accesso legale all'aborto, ad esempio nei casi in cui ci siano ragioni per sospettare che la gravidanza sia il risultato di un atto illecito.

3. L'intreccio con la crisi costituzionale in Polonia

Il tema dell'accesso all'aborto in Polonia, già problematico a partire dagli anni Novanta, si è intrecciato più di recente con il preoccupante declino democratico che si sta consumando nello Stato polacco dalla fine del 2015, anno in cui PiS ottenne la maggioranza dei seggi al *Sejm* e assunse la guida dell'esecutivo⁹².

Da allora, la situazione in Polonia è precipitata rapidamente, alimentando crescente preoccupazione nella comunità internazionale e, in particolare, nelle organizzazioni regionali europee. Basti ricordare che, all'interno dell'Unione europea, la Polonia può fregiarsi dell'ingrato titolo di rappresentare il primo Stato membro ad essere stato sottoposto alle procedure preventive relative al rispetto dello Stato di diritto previste dal c.d. *Rule of Law Framework*⁹³ e dall'articolo 7, par. 1, TUE⁹⁴, nonché il primo le cui riforme giudiziarie sono state considerate dalla Corte di giustizia in contrasto con il principio di indipendenza della magistratura⁹⁵.

Come notato dalla Commissione europea già nel 2017, le diverse misure adottate negli anni immediatamente successivi alla vittoria elettorale di PiS «presentano la caratteristica comune di permet-

92 Per una descrizione dettagliata della crisi costituzionale in Polonia si rinvia, su tutti, a W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

93 Cfr. le Raccomandazioni della Commissione europea relative allo Stato di diritto in Polonia 2016/1374 del 27 luglio 2016, 2017/146 del 21 dicembre 2016, 2017/1520 del 26 luglio 2017 e 2018/103 del 20 dicembre 2017.

94 Commissione europea, Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia, COM(2017) 835, 20 dicembre 2017. Sullo stato della procedura ex art. 7, par. 1, TUE avviata nei confronti della Polonia cfr. L. Pech, *Article 7 TEU: From "Nuclear Option" to "Sisyphian Procedure"?* in U. Belavusau, A. Gliszczynska-Grabias (a cura di), *Constitutionalism under Stress*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

95 Cfr. in particolare Corte di giustizia, sentenza del 26 giugno 2019, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema)*, causa C-619/18; sentenza del 5 novembre 2019, *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari)*, causa C-192/18. La Commissione ha avviato altre due procedure d'infrazione riguardanti l'indipendenza della magistratura in Polonia. La prima, concernente il regime disciplinare dei giudici e l'indipendenza del Consiglio Nazionale della Magistratura, ha già visto la Corte di giustizia pronunciarsi in via cautelare: Corte di giustizia, ordinanza dell'8 aprile 2020, *Commissione c. Polonia (Regime disciplinare dei giudici)*, causa C-791/19 R. La seconda, relativa alla recente legge del 20 dicembre 2019 (c.d. *Muzzle Law*), al momento in cui si scrive, è alla fase precontenziosa.

tere sistematicamente al potere esecutivo o a quello legislativo di esercitare una considerevole ingerenza nella composizione, nei poteri, nell'amministrazione e nel funzionamento» dell'intero apparato giudiziario: Tribunale costituzionale, Corte suprema, tribunali ordinari, Consiglio nazionale della magistratura, procure e Scuola nazionale di magistratura⁹⁶. Inoltre, come evidenziato dal Parlamento europeo⁹⁷ e dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa⁹⁸, la crisi costituzionale polacca è andata oltre lo spettro delle riforme dell'ordinamento giudiziario, minacciando alle fondamenta l'intera architettura democratica e la tutela dei diritti fondamentali in Polonia: tra le altre, è sufficiente ricordare la discussa gestione delle ultime elezioni parlamentari e presidenziali⁹⁹, gli attacchi alla libertà d'espressione e di ricerca¹⁰⁰, l'annuncio dell'intenzione di recedere dalla Convenzione di Istanbul¹⁰¹ e la stigmatizzazione della comunità LGBTIQ+¹⁰².

Ai fini di questo contributo, ci soffermeremo in particolare sulla posizione del Tribunale costituzionale polacco, con specifica attenzione alle problematiche inerenti la sua composizione (§3.1) e gli ormai non nuovi "ritardi" nella pubblicazione delle sentenze (§3.2), che assumono rilievo anche nel caso in esame.

-
- ⁹⁶ Comunicazione COM(2017) 835, cit., § 172. In quella sede, la Commissione esprimeva preoccupazione, in particolare, per le seguenti misure: nomina illegittima della presidente del Tribunale costituzionale e ammissione di tre giudici costituzionali nominati senza valida base giuridica (su cui v. *infra* §3.1); rifiuto di pubblicare un rilevante numero di sentenze del Tribunale costituzionale (su cui v. *infra* §3.2); pensionamento forzato di un numero considerevole di giudici della Corte Suprema e dei tribunali ordinari dovuto alla combinazione tra l'abbassamento dell'età pensionabile con effetto immediato e la possibilità, assegnata rispettivamente al Presidente della Repubblica e al Ministro della Giustizia, di estenderne discrezionalmente il mandato attivo; modifiche alle procedure di nomina dei giudici della Corte Suprema, dei presidenti dei tribunali ordinari e del Consiglio nazionale della magistratura, che garantivano ampio spazio all'ingerenza politica; riforma del sistema disciplinare, con l'introduzione di due sezioni disciplinari in seno alla Corte Suprema interamente formate da giudici di nuova nomina, e conseguente ampliamento dei margini di controllo politico sull'attività dei magistrati.
- ⁹⁷ Parlamento europeo, Risoluzione del 17 settembre 2020 sulla proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia, P9_TA(2020)0225.
- ⁹⁸ Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, Risoluzione n. 2316 (2020) del 28 gennaio 2020, *The functioning of democratic institutions in Poland*.
- ⁹⁹ Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani (OSCE ODIHR), *Final Report on the Parliamentary Elections of 13 October 2019 in Poland*, 14 febbraio 2020; *Final Report on the Presidential Elections of 28 June and 12 July 2020 in Poland*, 23 settembre 2020.
- ¹⁰⁰ Su tutti si ricordi il caso di Wojciech Sadurski: cfr. G. de Búrca, J. Morijn, M. Steinbeis, *Stand with Wojciech Sadurski: his freedom of expression is (y)ours*, in *Verfassungsblog*, 18 novembre 2019, <https://verfassungsblog.de/stand-with-wojciech-sadurski-his-freedom-of-expression-is-yours/>.
- ¹⁰¹ *Istanbul Convention: Poland to leave European treaty on violence against women*, in *BBC News*, 25 luglio 2020, <https://www.bbc.com/news/world-europe-53538205>.
- ¹⁰² Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, *Memorandum on the stigmatisation of LGBTI people in Poland*, CommDH(2020)27, 3 dicembre 2020.

3.1. La parabola del Tribunale costituzionale e il nodo della composizione

La parabola del Tribunale costituzionale è stata ampiamente documentata in dottrina¹⁰³ e aspramente criticata a livello internazionale ed europeo, tra gli altri dal Relatore speciale dell'ONU sull'indipendenza dei giudici e degli avvocati¹⁰⁴, dalla Commissione di Venezia¹⁰⁵, dalla Commissaria per i diritti umani¹⁰⁶ e dall'Assemblea Parlamentare¹⁰⁷ del Consiglio d'Europa, nonché dal Parlamento europeo¹⁰⁸ e dalla Commissione europea¹⁰⁹.

Il Tribunale costituzionale è stato, non a caso, il luogo e l'istituzione dove ha avuto inizio lo smantellamento del sistema di *checks and balances* in Polonia. La paralisi e il successivo annichilimento del controllo di costituzionalità sulle leggi sono stati, infatti, necessari per evitare che il partito di maggioranza incontrasse "ostacoli legali" al suo piano di riforme¹¹⁰. Il 20 dicembre 2017, all'esito di un infruttuoso dialogo con le autorità polacche protrattosi per circa un anno e mezzo, la Commissione europea già rilevava che gli eventi susseguitesisi rapidamente dalla fine del 2015 «[avevano], di fatto, portato a una completa ricomposizione del Tribunale costituzionale al di fuori del normale processo costituzionale di nomina dei giudici»¹¹¹. In più, come sottolineato in dottrina, la combinazione tra misure di *c.d. court packing*, una serie di riforme legislative e il rifiuto di disporre la pubblicazione di alcune sentenze con le quali il Tribunale ha cercato invano di resistere alla "cattura"¹¹² ha permesso al partito di maggioranza di assumere il controllo del Tribunale costituzionale, passato rapidamente da supremo

¹⁰³ E. Łętowska, A. Wiewiórowska Domagalska, *A "good" Change in the Polish Constitutional Tribunal?*, in *Osteuropa Recht*, 2016, pp. 79 ss.; T. T. Koncewicz, *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux*, in *Review of Central and East European Law*, 2018, pp. 116 ss.; W. Sadurski, *Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, pp. 63 ss.; Id., *Poland's Constitutional Breakdown*, cit., pp. 58-95; P. Castillo-Ortiz, *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, pp. 48 ss.; M. Wiącek, *Constitutional Crisis in Poland 2015-2016 in the Light of the Rule of Law Principle*, in A. von Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Canor, C. Grabenwarter, M. Taborowski, M. Schmidt (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer, 2021, pp. 15 ss.

¹⁰⁴ Relatore speciale dell'ONU sull'indipendenza dei giudici e degli avvocati, *Report on his mission to Poland*, A/HRC/38/38/Add.1, 5 aprile 2018, §§20-45.

¹⁰⁵ Commissione di Venezia, Parere n. 833/2015 dell'11 marzo 2016, CDL-AD(2016)001; Parere n. 860/2016 del 14 ottobre 2016, CDL-AD(2016)026.

¹⁰⁶ Commissaria per i diritti umani, *Report following her visit to Poland from 11 to 15 March 2019*, CommDH(2019)17, 28 giugno 2019, §§6-10.

¹⁰⁷ Assemblea Parlamentare, Risoluzione n. 2188 (2017) dell'11 ottobre 2017, *New threats to the rule of law in Council of Europe member States: selected examples*, §9.3; Risoluzione n. 2316 (2020) del 28 gennaio 2020, *The functioning of democratic institutions in Poland*, §6.

¹⁰⁸ Parlamento europeo, Risoluzione del 15 novembre 2017 sulla situazione dello Stato di diritto e della democrazia in Polonia, P8_TA(2017)0442, §3; Risoluzione P9_TA(2020)0225, cit., §§8-9 e 15.

¹⁰⁹ Cfr. in particolare Comunicazione COM(2017) 835, cit., §§91-113; nonché, più di recente, il c.d. *Country Chapter* sulla Polonia preparato nell'ambito della Relazione sullo Stato di diritto 2020, SWD(2020) 320, 30 settembre 2020, pp. 3-4.

¹¹⁰ Come ammesso dallo stesso Jarosław Kaczyński, leader di PiS, in un'intervista rilasciata a *Reuters*: cfr. P. Sobczak, J. Pawlak, *Poland's Kaczynski Calls EU Democracy Inquiry an "absolute comedy"*, in *Reuters*, 22 dicembre 2016, disponibile al seguente indirizzo internet: <https://www.reuters.com/article/us-poland-politics-kaczynski-democracy-idUSKBN14B1U5>.

¹¹¹ Comunicazione COM(2017) 835, cit., §106.

¹¹² T. T. Koncewicz, *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond*, cit.

organo di garanzia costituzionale a sostanziale braccio dell'esecutivo¹¹³.

Non solo il Tribunale non assicura più un effettivo controllo di costituzionalità, ma – come notato anche da Adam Bodnar, attuale Commissario per i diritti umani in Polonia, nonché una delle poche istituzioni indipendenti ancora operanti nel Paese – «*[it] might be used to pursue political purposes of the ruling party, as a method to achieve certain political gains without engaging Parliament*», suggerendo tra l'altro come esempio di questa tendenza proprio la questione di legittimità costituzionale relativa alla legge sull'aborto¹¹⁴.

In effetti, appare condivisibile l'idea che il partito di maggioranza, dopo aver tentato invano di riformare in senso ancora più restrittivo la legislazione in materia di aborto, abbia provato a perseguire lo stesso obiettivo investendo della questione il Tribunale costituzionale, chiamato a pronunciarsi proprio su domanda proposta da un gruppo di parlamentari dell'ala conservatrice del *Sejm*. Come notato anche dai primi commentatori della sentenza, sembra che «*the Sejm [...] simply hid behind the Court's back*»¹¹⁵ e uno sguardo alle opinioni dissenzienti dei giudici Leon Kieres e Piotr Pszczółkowski rivela come il tema sia stato anche sollevato in sede di deliberazione della sentenza del 22 ottobre 2020¹¹⁶. In particolare, il giudice Leon Kieres – unico giudice costituzionale ad essere stato nominato prima dell'era PiS – sottolinea come sia plausibile supporre che il gruppo di deputati mirasse a un inasprimento della legge impugnata «aggirando i rigori del processo legislativo e senza sopportarne le relative conseguenze politiche»¹¹⁷.

La domanda, volta a far dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'ipotesi di aborto per malformazioni fetali, era stata inizialmente proposta nel 2017 e registrata con il numero K 13/17. In seguito alla fine del mandato del *Sejm* si è chiuso il procedimento avviato nel 2017¹¹⁸, non senza polemiche anche interne al Tribunale¹¹⁹, e si è proposta una nuova domanda sostanzialmente identica nel 2019, poi decisa dalla sentenza del 22 ottobre 2020.

Oltre alle critiche sostanziali già espresse nel paragrafo precedente (v. *supra* §2.4), la sentenza si

113 W. Sadurski, *Polish Constitutional Tribunal Under PiS*, cit.

114 A. Bodnar, *Protection of Human Rights after the Constitutional Crisis in Poland*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2018, p. 643.

115 E. Łętowska, *A Tragic Constitutional Court Judgment on Abortion*, cit. Argomentazioni simili sono state addotte anche da A. Kustra-Rogatka, *Populist but not Popular: The abortion judgment of the Polish Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, 3 novembre 2020, <https://verfassungsblog.de/populist-but-not-popular/>; K. Nowicka, *Democratic tsunami in Poland*, in *EUI Constitutionalism and Politics WG Blog*, 5 novembre 2020, <https://blogs.eui.eu/constitutionalism-politics-working-group/democratic-tsunami-in-poland/>; A. Krajewska, *The judgment of the Polish Constitutional Tribunal on abortion: a dark day for Poland, for Europe, and for democracy*, in *UK Constitutional Law Blog*, 12 novembre 2020, <https://ukconstitutionallaw.org/2020/11/12/atina-krajewska-the-judgment-of-the-polish-constitutional-tribunal-on-abortion-a-dark-day-for-poland-for-europe-and-for-democracy/>.

116 Opinione dissenziente del giudice Leon Kieres, cit., punto 3.3.2; opinione dissenziente del giudice Piotr Pszczółkowski alla sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020, causa K-1/20.

117 Opinione dissenziente del giudice Leon Kieres, cit., punto 3.3.2 (traduzione italiana dall'originale in lingua polacca).

118 Tribunale costituzionale, ordinanza del 21 luglio 2020, K 13/17.

119 Ivi, opinione dissenziente del giudice Jarosław Wyrembak. Le stesse argomentazioni erano state poste all'attenzione già prima in una lettera aperta dell'11 novembre 2019 alla Presidente Julia Przyłębska, disponibile al seguente indirizzo internet: <http://n-12-2.dcs.redcdn.pl/file/o2/tvn/web-content/m/p1/f/de03beffeed9da5f3639a621bcab5dd4/5f96b135-766a-4664-ab14-6732bc578673.pdf>. Cfr. anche "To jest kwalifikowane bezprawie". Sędzia TK pisze do prezes Przyłębskiej i chce jej dymisji, in *tvn24*, 18 novembre 2019, <https://tvn24.pl/polska/sedzia-tk-jaroslaw-wyrembak-stawia-zarzuty-prezes-julii-przylebskiej-apeluje-o-dymisje-ra986349-2299314>.

espone facilmente a critiche di natura formale legate alla composizione del Tribunale costituzionale¹²⁰.

In primo luogo, nel *panel* che ha deliberato la sentenza del 22 ottobre 2020 erano presenti tre tra c.d. “double judges” e successori dei “double judges”. Sul punto è necessario fare un passo indietro e tornare all’atto che diede il via alla crisi costituzionale in Polonia: ci si riferisce al rifiuto opposto dal Presidente Andrzej Duda di accettare il giuramento di tre giudici nominati dalla settima legislatura del *Sejm* e al successivo ingresso nell’organico del Tribunale di altri tre giudici nominati dall’ottava legislatura del *Sejm* (a maggioranza PiS), in violazione di quanto disposto dal Tribunale costituzionale nelle sentenze del 3 e del 9 dicembre 2015, nelle quali si riconosceva che la nomina dei tre giudici spettava alla precedente legislatura¹²¹. I giudici legittimamente nominati dalla settima legislatura non hanno mai assunto le funzioni in seno al Tribunale costituzionale, al quale hanno invece avuto accesso i tre “double judges” illegittimamente nominati dall’ottava legislatura: Mariusz Muszynski, Lech Morawski ed Henryk Cioch. Il primo è ancora membro, nonché vicepresidente, del Tribunale costituzionale; gli altri due, deceduti nel 2017, sono stati sostituiti rispettivamente dai giudici Justyn Piskorski e Jarosław Wyrembak, le cui nomine possono essere considerate ugualmente illegittime in quanto volte a colmare dei posti non vacanti, ma riservati ai giudici nominati dalla settima legislatura. Tutti e tre erano presenti nel *panel* che ha pronunciato la sentenza del 22 ottobre.

In secondo luogo, alla deliberazione ha partecipato l’attuale Presidente del Tribunale costituzionale, Julia Przyłębska, la cui elezione alla carica presidenziale è avvenuta all’esito di una procedura controversa e giuridicamente discutibile, anche alla luce della sentenza del Tribunale costituzionale del 7 novembre 2016¹²², come denunciato in modo unanime dalle diverse istituzioni internazionali ed europee che si sono occupate della crisi polacca¹²³. Tra l’altro, la questione assume particolare rilevanza se si tiene in considerazione il controverso ruolo giocato dall’attuale Presidente nella composizione dei *panel* chiamati a decidere sui casi sottoposti all’attenzione del Tribunale costituzionale, che è stato fortemente criticato non solo in dottrina¹²⁴, ma anche all’interno del Tribunale¹²⁵.

120 Critiche legate alla composizione del Tribunale costituzionale sono state avanzate dalla gran parte dei commentatori della sentenza: cfr. A. Rakowska-Trela, *A Dubious Judgment by a Dubious Court: The abortion judgment by the Polish Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, 24 ottobre 2020, <https://verfassungsblog.de/a-dubious-judgment-by-a-dubious-court/>; T. T. Koncewicz, *No more “Business as Usual”: Looking Beyond the Constitutional Oppression*, in *Verfassungsblog*, 24 ottobre 2020, <https://verfassungsblog.de/no-more-business-as-usual/>; E. Łętowska, *A Tragic Constitutional Court Judgment on Abortion*, cit.; K. Nowicka, op. cit.; A. Krajewska, op. cit.; M. Ziółkowski, *Constitutionally Shameful Judgement in Bad Faith (Abortion Case Before the Polish Constitutional Tribunal)*, in *EUI Constitutionalism and Politics WG Blog*, 17 novembre 2020, <https://blogs.eui.eu/constitutionalism-politics-working-group/constitutionally-shameful-judgement-in-bad-faith-abortion-case-before-the-polish-constitutional-tribunal/>.

121 Per un’analisi delle sentenze del 3 dicembre (causa K 34/15) e 9 dicembre 2015 (causa K 35/15) del Tribunale costituzionale si veda T. T. Koncewicz, *Of Institutions, Democracy, Constitutional Self-Defence and the Rule of Law: The Judgments of the Polish Constitutional Tribunal in Cases K 34/15, K 35/15 and Beyond*, in *Common Market Law Review*, 2016, pp. 1753 ss. La vicenda è dettagliatamente descritta nelle fonti istituzionali e dottrinali citate *supra* alle note 103-109.

122 Tribunale costituzionale, sentenza del 7 novembre 2016, K 44/16.

123 Commissione di Venezia, Parere n. 860/2016, cit., §§26-31; Commissione europea, Raccomandazione (UE) 2017/146 del 21 dicembre 2016, §§43-60; Relatore speciale dell’ONU sull’indipendenza dei giudici e degli avvocati, *Report*, cit., §§38-45; Commissaria per i diritti umani, *Report*, cit., §7; Assemblea parlamentare, Risoluzione n. 2316 (2020), cit., §41.

124 W. Sadurski, *Poland’s Constitutional Breakdown*, cit., pp. 69-70.

125 Lettera aperta dei giudici Leon Kieres, Piotr Pszczółkowski, Małgorzata Pyziak-Szafnicka, Stanisław Rymar, Piotr Tuleja, Sławomira Wronkowska-Jaskiewicz e Marek Zubik del 28 giugno 2018; Lettera aperta dei giudici Leon Kieres, Piotr Pszczółkowski, Małgorzata Pyziak-Szafnicka, Stanisław Rymar, Piotr Tuleja del 15 novembre 2018. I testi sono disponibili, rispettivamente, in A. [Wójcik](#), „Nie możemy dłużej milczeć”. Siedmiu sędziów TK żąda wyjaśnień od Julii Przyłębskiej, in

Infine, ha sollevato perplessità – ben espresse nelle opinioni dissenzienti dei giudici Kieres¹²⁶ e Pszczołkowski¹²⁷, oltre che in un parere commissionato dal Senato polacco¹²⁸ – la partecipazione della giudice Krystyna Pawłowicz. In particolare, è stato sottolineato come la stessa, ex parlamentare di PiS, fosse stata tra le firmatarie della domanda volta a far dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'ipotesi di aborto per malformazioni fetali proposta al Tribunale costituzionale nel 2017 (K 13/17). Come già anticipato, la domanda è stata poi ripresentata nel 2019, con analoghe doglianze, per ragioni meramente formali legate alla fine della legislatura. Tale elemento, idoneo a mettere in dubbio l'imparzialità della giudice Pawłowicz nel caso in esame, avrebbe dovuto suggerire – o addirittura imporre, secondo gli esperti – l'astensione della stessa dal *panel* che ha deliberato la sentenza del 22 ottobre 2020. La questione era ben nota al Tribunale costituzionale e naturalmente alla stessa giudice, che si era astenuta nella decisione (meramente formale) assunta nel caso K 13/17 salvo poi partecipare e votare a favore nel *panel* che ha deliberato la sentenza del 22 ottobre 2020 nel caso K 1/20.

Queste irregolarità nella composizione del *panel* e, in alcuni casi, nelle procedure di nomina dei giudici costituzionali sono idonee a incidere non solo sull'indipendenza e l'imparzialità del Tribunale costituzionale, ma sulla stessa possibilità di considerare il medesimo un "tribunale preconstituito per legge" ("*tribunal established by law*") sulla scorta degli articoli 6, par. 1, CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In questo senso, bisogna sottolineare come sia la Corte di giustizia¹²⁹ che la Corte europea dei diritti umani¹³⁰ abbiano già avuto modo di affermare, seppure in casi non riguardanti direttamente la Polonia, che un tribunale possa ritenersi non "preconstituito per legge" in caso di irregolarità non solo nella composizione dei *panel*, ma anche più in generale nelle procedure di nomina dei giudici¹³¹.

Nessuna delle due corti ha invece ancora avuto modo di pronunciarsi sulla posizione del Tribunale costituzionale polacco. La Corte di giustizia – che si è già occupata di altri aspetti della crisi polacca¹³² – non è stata ancora chiamata dalla Commissione a esprimersi sul punto, nonostante le solleciti-

Archiwum Osiatyńskiego, 6 luglio 2018, <https://archiwumosiatyńskiego.pl/wpis-w-debacie/nie-mozemy-dluzej-milczec-siedmiu-sedziow-tk-zada-wyjasnien-od-julii-przylebskiej/?preview=true>; List pięciorga sędziów TK w sprawie istotnych problemów wynikających z działalności orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2017 roku, in Archiwum Osiatyńskiego, 19 dicembre 2018, <https://archiwumosiatyńskiego.pl/wpis-w-debacie/list-pieciorga-sedziow-tk-w-sprawie-istotnych-problemow-wynikajacych-z-dzialalnosci-orzecznictwa-trybunalu-konstytucyjnego-w-2017-roku/>.

- 126 Opinione dissenziente del giudice Leon Kieres, cit., punto 2.2.
- 127 Opinione dissenziente del giudice Piotr Pszczołkowski, cit., punto 7.
- 128 *Ekspertyza prawna w przedmiocie oceny prawnej orzeczenia TK z października 2020 r. sygn. K 1/20*, 5 novembre 2020, pp. 12-13: <https://www.senat.gov.pl/aktualnoscilista/art,13159,zespol-ekspertow-przy-marszalku-senatu-o-wyroku-trybunalu-konstytucyjnego.html>.
- 129 Corte di giustizia, sentenza del 26 marzo 2020, *Erik Simpson c. Consiglio dell'Unione europea e HG c. Commissione europea*, cause riunite C-542/18 RX-II & C-543/18 RX-II.
- 130 Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 1 dicembre 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, ricorso n. 26374/18.
- 131 Sul tema cfr. A. Leloup, *The appointment of judges and the right to a tribunal established by law: The ECJ tightens its grip on issues of domestic judicial organization: Review Simpson*, in *Common Market Law Review*, 2020, pp. 1139 ss.; L. Pech, *Dealing with 'fake judges' under EU Law: Poland as a Case Study in light of the Court of Justice's ruling of 26 March 2020*, RECONNECT Working Paper, n. 8, 2020.
- 132 Sulla giurisprudenza recente della Corte di giustizia relativa alla Polonia cfr. A. Torres Pérez, *From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as Watchdog of Judicial Independence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, pp. 105 ss.; G. Caggiano, *La Corte di giustizia sulla tutela dell'indipendenza della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, pp. 249 ss.; L. S. Rossi, *La Valeur Juridique Des Valeurs. L'article 2 TUE: Relations Avec d'autres Dispositions de Droit Primaire de l'Union Européenne et Remèdes Juridictionnels*, in

tazioni provenienti dall'opinione pubblica¹³³ e dal Parlamento europeo¹³⁴, da ultimo proprio nella Risoluzione del 26 novembre 2020 relativa all'aborto in Polonia¹³⁵. La Corte europea dei diritti umani non ha ancora avuto l'opportunità, o meglio la necessità¹³⁶, di pronunciarsi sull'indipendenza del Tribunale costituzionale, ma sarà con tutta probabilità chiamata a farlo nel caso *Xero Flor*, attualmente pendente dinanzi alla Prima Sezione¹³⁷. L'impresa ricorrente, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o.*, lamenta infatti la violazione dell'articolo 6, par. 1, CEDU, sotto il profilo del diritto di accesso a un "tribunal established by law", in ragione della partecipazione di un "double judge" nel panel del Tribunale costituzionale che ha esaminato la sua causa.

3.2. Il ritardo nella pubblicazione della sentenza

Secondo quanto previsto dall'articolo 190 della Costituzione polacca, le sentenze rese dal Tribunale costituzionale devono essere "immediatamente" pubblicate (c. 2) e producono effetti dal momento della pubblicazione (c. 3)¹³⁸. Ciò nonostante, la sentenza del 22 ottobre 2020 è stata pubblicata nel *Dziennik Ustaw* (Giornale delle Leggi) oltre tre mesi dopo la pronuncia, il 27 gennaio 2021¹³⁹.

Non è la prima volta che il governo polacco decide di "ritardare" la pubblicazione di sentenze del Tribunale costituzionale. In particolare, questa controversa prassi emerse proprio agli inizi della crisi costituzionale in Polonia¹⁴⁰ e si manifestò in maniera chiara, anche agli occhi della comunità internazionale, quando l'esecutivo rifiutò di disporre la pubblicazione della sentenza del 9 marzo 2016, con la quale il Tribunale dichiarava l'illegittimità degli emendamenti alla legge sul Tribunale costituzionale approvati dal *Sejm* il 22 dicembre 2015¹⁴¹. Secondo il governo polacco, la sentenza del 9 marzo non poteva essere pubblicata in quanto adottata in violazione delle norme procedurali previste dalla stessa

Revue trimestrielle de droit européen, 2020, pp. 639 ss.; P. Van Elswege, F. Gremmelprez, *Protecting the Rule of Law in the EU Legal Order: A Constitutional Role for the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, 2020, pp. 8 ss.; P. Mori, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi*, n. 8, 2020, pp. 166 ss.; C. Cinnirella, "You cannot beat something with nothing": *ossia la strategia della Corte di giustizia per tutelare l'indipendenza dei giudici nazionali (e lo Stato di diritto) nello spazio giuridico europeo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2020, pp. 361 ss.; U. Villani, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice*, 2020, pp. 10 ss.

133 M. Mycielski, L. Pech, *When Will the EU Commission Act? An Open Letter*, in *Verfassungsblog*, 29 aprile 2020, <https://verfassungsblog.de/when-will-the-eu-commission-act/>.

134 Risoluzione P9_TA(2020)0225, cit., §15.

135 Parlamento europeo, Risoluzione del 26 novembre 2020 sul divieto di fatto del diritto all'aborto in Polonia, P9_TA(2020)0336, §15.

136 Corte Edu, *Solska and Rybicka c. Polonia*, sentenza del 20 settembre 2018, ricorsi nn. 30491/17 e 31083/17, §70.

137 Corte Edu, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia*, ricorso n. 4907/18 (pendente).

138 Il testo della Costituzione polacca può essere consultato, anche in traduzione inglese, sul sito del Tribunale costituzionale: <https://trybunal.gov.pl/en/about-the-tribunal/legal-basis/the-constitution-of-the-republic-of-poland/>.

139 Giornale delle Leggi del 27 gennaio 2021, fascicolo 175.

140 I primi casi di deliberato, seppur limitato, ritardo nella pubblicazione sono legati alle sentenze del 3 e 9 dicembre 2015 nelle cause K 34/15 e K 35/15, successivamente pubblicate, ma rimaste ancora prive di attuazione. Sul punto v. T. T. Konciewicz, *Of Institutions, Democracy, Constitutional Self-Defence and the Rule of Law: The Judgments of the Polish Constitutional Tribunal in Cases K 34/15, K 35/15 and Beyond*, in *Common Market Law Review*, 2016, pp. 1771-1772 e 1783-1787; E. Łętowska, A. Wiewiórowska Domagalska, cit., p. 84.

141 Tribunale costituzionale, sentenza del 9 marzo 2016, causa K 47/15.

legge del 2015 oggetto della pronuncia di incostituzionalità. Le stesse ragioni sono state addotte per ritardare la pubblicazione di più di venti sentenze rese dal Tribunale dopo la pronuncia del 9 marzo 2016, con una *querelle* che si è chiusa soltanto nel giugno del 2018¹⁴². La dottrina più attenta non ha mancato di rilevare il carattere “grottesco” della vicenda: «*the government refused to publish the judgments handed down allegedly in violation of a statute, which was itself invalidated in the very judgment which the government refused to publish*»¹⁴³.

Come sottolineato anche dal Tribunale costituzionale nella sentenza dell'11 agosto 2016¹⁴⁴ (pubblicata solo il 5 giugno del 2018¹⁴⁵), tale prassi è contraria alle previsioni della Costituzione polacca, la quale richiede che le sentenze del Tribunale costituzionale vengano pubblicate “immediatamente” (articolo 190, c. 2) e non assegna al governo alcun margine di discrezionalità in materia. Inoltre, il rifiuto opposto dal governo polacco alla pubblicazione di sentenze del Tribunale costituzionale si pone in aperto contrasto con gli standard internazionali ed europei, come evidenziato, tra gli altri, dalla Commissione di Venezia¹⁴⁶, dalla Commissione europea¹⁴⁷ e dal Relatore Speciale dell'ONU sull'indipendenza dei giudici e degli avvocati¹⁴⁸. La Commissione di Venezia è stata molto chiara sul punto nel suo parere del 14 ottobre 2016:

«*The legal force of a judgment cannot be dependent on whether or not that decision is published by some actor other than the Court. Such control over the legal force of a judgment would egregiously violate the independence of the court and the rule of law. When this concerns the Constitutional Tribunal this is a challenge to its authority as the final arbiter on constitutional issues*»¹⁴⁹.

La tensione sul tema della pubblicazione delle sentenze si è, per certi versi, allentata negli ultimi anni. I ritardi disposti dall'esecutivo sono stati essenziali soprattutto nelle fasi iniziali della crisi costituzionale in Polonia, quando il Tribunale costituzionale – non ancora sotto il controllo del partito di maggioranza – continuava a esercitare le proprie funzioni di garanzia, invalidando anche le riforme volte a paralizzarne l'attività e a minacciarne l'indipendenza¹⁵⁰. Come è stato sottolineato in dottrina, una volta che le misure di *court packing* hanno permesso al partito di maggioranza di controllare il Tribunale, i ritardi nella pubblicazione delle sentenze e le altre misure volte a svilirne le prerogative non risultavano più necessarie¹⁵¹.

Da questa prospettiva, la recente scelta di ritardare la pubblicazione della sentenza del 22 ottobre 2020, pur non nuova nel *modus operandi* di PiS, segna una parziale inversione di tendenza. A ben vedere, infatti, non si tratta più di una misura adottata dal governo per privare di effetti giuridici una

142 W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, cit., pp. 75-79.

143 Ivi, p. 76.

144 Tribunale costituzionale, sentenza dell'11 agosto 2016, causa K 39/16. Cfr. anche T. T. Koncewicz, *Polish Constitutional Tribunal goes down with dignity*, in *Verfassungsblog*, 25 agosto 2016, <https://verfassungsblog.de/polish-constitutional-tribunal-goes-down-with-dignity/>.

145 Giornale delle leggi del 5 giugno 2018, fascicolo 1078: <https://dziennikustaw.gov.pl/D2018000107801.pdf>.

146 Commissione di Venezia, Parere n. 833/2016, cit., §§ 142-143; più diffusamente nel Parere n. 860/2016, cit., §§74-101.

147 Commissione europea, Raccomandazione (UE) 2016/1374, cit., §§18-24; Comunicazione COM(2017) 835, cit., §§97-101.

148 *Report of the Special Rapporteur*, cit., §§30-37.

149 Commissione di Venezia, Parere n. 860/2016, cit., §82.

150 Cfr. in particolare le sentenze del 9 marzo 2016 (K 47/15), 11 agosto 2016 (K 39/16) e 7 novembre 2016 (K 44/16), tutte pubblicate nel Giornale delle Leggi solo il 5 giugno 2018 (fascicoli 1077, 1078 e 1079).

151 W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, cit., p. 79.

decisione “indesiderata” del Tribunale costituzionale. D'altronde, come già anticipato, la sentenza del Tribunale accoglie la domanda proposta da un gruppo di parlamentari perlopiù appartenenti al partito di maggioranza. Piuttosto, la scelta sembra essere stata dettata dalla forte reazione popolare seguita alla pronuncia¹⁵², come ammesso anche dal primo ministro Mateusz Morawiecki in un comunicato del 1 dicembre 2020¹⁵³.

Nello stesso, dopo aver stigmatizzato ancora una volta le manifestazioni di protesta, definite come «illegali» e «pericolose per la salute e la vita delle persone», il Primo ministro ha espresso l'intenzione del governo di disporre la pubblicazione della sentenza, ammettendo tra l'altro che non pubblicare una sentenza del Tribunale costituzionale non rientra tra le prerogative del Primo ministro. Allo stesso tempo, si legge nel comunicato, «la situazione di grave tensione sociale richiede di valutare la data appropriata per la pubblicazione», individuata nel giorno in cui saranno rese note le motivazioni della sentenza, in modo da «ridurre al minimo i dubbi dei cittadini sui motivi e le conseguenze giuridiche» della stessa e valutare possibili modifiche legislative¹⁵⁴.

La vicenda mostra però, ancora una volta, il grado di controllo esercitato dal governo polacco sulle attività del (fu) Tribunale costituzionale, prima sollecitato a restringere in via pretoria le maglie della normativa in materia di aborto, poi messo in *stand-by* una volta realizzato l'effetto *boomerang* della pronuncia del 22 ottobre, sfociata in forme di protesta proseguite nei mesi successivi andando anche oltre il già controverso contenuto della sentenza¹⁵⁵.

Inoltre, il ritardo nella pubblicazione della sentenza ha fatto sorgere dubbi sullo *status* giuridico della declaratoria di illegittimità costituzionale per un periodo di oltre tre mesi. Sulla scorta di quanto previsto dall'articolo 190, c. 3, della Costituzione polacca, la mancata pubblicazione impediva alla sentenza di produrre effetti giuridici, con la conseguenza che l'ipotesi di aborto per malformazioni fetali oggetto della pronuncia di incostituzionalità rimaneva formalmente in vigore. Ciò nonostante, come anticipato, la pronuncia ha prodotto un effetto deterrente sugli operatori sanitari, i quali hanno in più casi dato seguito alla sentenza già prima della pubblicazione, anche per scongiurare il rischio di essere perseguiti penalmente¹⁵⁶.

Intanto, ancora prima del comunicato di dicembre, si era generato un dibattito sulla natura della sentenza e sull'obbligo o meno della sua pubblicazione anche tra gli accademici più critici della pronuncia del 22 ottobre 2020. In particolare, alcuni sostenevano che, a causa dei vizi procedurali attinenti alla composizione del Tribunale costituzionale, la sentenza fosse “invalida” o “non esistente”¹⁵⁷, e che per tali ragioni non dovesse essere pubblicata¹⁵⁸. Altri, pur condividendo le critiche formali e sostan-

152 S. Walker, *Poland delays abortion ban as nationwide protests continue*, in *The Guardian*, 3 novembre 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/nov/03/poland-stalls-abortion-ban-amid-nationwide-protests>.

153 *Stanowisko w przedmiocie terminu publikacji wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt K 1/20*, pubblicato nel Giornale delle Leggi del 1 dicembre 2020, fascicolo 1104: <https://dziennikustaw.gov.pl/M2020000110401.pdf>.

154 *Ibidem*, traduzione italiana dall'originale in lingua polacca.

155 A. Taub, *In Poland, Protests Over Abortion Ban Could Revolutionize Politics*, in *New York Times*, 7 dicembre 2020, <https://www.nytimes.com/2020/12/07/world/europe/poland-abortion-protests.html>.

156 H. Summers, *Polish hospitals begin turning away women seeking abortions*, in *The Guardian*, 30 ottobre 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/oct/30/polish-hospitals-begin-turning-away-women-seeking-abortions>.

157 A. Rakowska-Trela, *A Dubious Judgment by a Dubious Court: The abortion judgment by the Polish Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, 24 ottobre 2020, <https://verfassungsblog.de/a-dubious-judgment-by-a-dubious-court/>.

158 Si veda il parere legale reso da alcuni esperti commissionati dal Senato polacco: *Ekspertyza prawna w przedmiocie oceny prawnej orzeczenia TK z 22 października 2020 r. sygn. K 1/20*, 5 novembre 2020, <https://www.senat.gov.pl/aktualnoscilista/art,13159,zespol-ekspertow-przy-marszalku-senatu-o-wyroku-trybunalu-konstytucyjnego.html>.

ziali alla pronuncia, ritenevano che in ogni caso non si potesse decidere di non pubblicare una sentenza definitiva emessa dal Tribunale costituzionale: la Costituzione polacca, infatti, non assegna ad organi diversi dal Tribunale il potere di valutare la validità delle sentenze pronunciate dallo stesso; in caso contrario, pur con le migliori intenzioni, ci si incamminerebbe sullo stesso sentiero illegittimamente tracciato in passato da PiS¹⁵⁹.

La disputa ha perso rilevanza già in seguito al comunicato di dicembre – in cui il Primo ministro confermava, per quanto ce ne fosse bisogno, la volontà dell'esecutivo di pubblicare la sentenza – e poi definitivamente con la pubblicazione intervenuta il 27 gennaio 2021. Tra l'altro, al di là delle questioni più strettamente giuridiche riguardanti l'obbligo di pubblicare la sentenza previsto a livello costituzionale e internazionale, proprio il quadro di enorme incertezza sopra descritto, che aveva già condotto a un divieto *de facto* dell'accesso all'aborto in Polonia, sembrava deporre a favore della pubblicazione, sia in termini di prevedibilità della normativa che in una prospettiva di contestazione e riforma del quadro vigente.

4. Conclusioni

In questo commento si sono offerte due possibili chiavi di lettura per interpretare la sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020 e gli sviluppi successivi.

La prima chiave di lettura riguarda il significato che il tema dell'aborto ha assunto e tutt'ora ricopre negli equilibri istituzionali della Polonia post-1989 e nell'espansione della sfera di influenza della Chiesa cattolica nello scacchiere politico del Paese. In questa prospettiva, la sentenza del 22 ottobre 2020 è in linea di continuità con le politiche messe in atto nel Paese dopo la caduta del Muro di Berlino in materia di aborto, soprattutto a partire dalla riforma della legge del 1993. In tal senso è anche significativo ricordare che tra le forme di protesta attuate dalle manifestanti contro la decisione del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020 vi è stata l'irruzione nelle chiese durante la celebrazione della messa domenicale¹⁶⁰. Questo episodio suggerisce che, anche per una parte della popolazione, la Chiesa cattolica sia percepita in qualche misura "responsabile" delle politiche messe in atto in materia di aborto nel Paese.

Le proteste che sono seguite alla decisione del 22 ottobre 2020 offrono la sponda per introdurre la seconda chiave di lettura che abbiamo proposto in questo commento, ovvero come la sentenza del Tribunale costituzionale e il successivo ritardo nella sua pubblicazione trovino una coerenza nell'attuale quadro istituzionale polacco "dominato" dall'attuale partito di governo. Si è mostrato come la sentenza sia stata sollecitata da PiS forse nel tentativo di aggirare lo scoglio del dibattito parlamentare, che aveva già fatto tramontare le diverse proposte di riforma succedutesi a partire dal 2016, e nella speranza che il velo di imparzialità tradizionalmente associato all'esercizio di funzioni giurisdizionali potesse ammortizzare i costi politici di un quasi totale divieto di accesso all'aborto in Polonia. Ciò non è avvenuto, il che non sorprende alla luce dell'influenza esercitata dal partito di maggioranza sul Tribunale costituzionale: come spiegato da Sadurski, *«the plausibility of that effect is contingent upon the general belief that a court is relatively independent of the government; if it is not, the blame game does not work because everyone knows that whatever the court decides is a reflection of politi-*

159 E. Łętowska, *A Tragic Constitutional Court Judgment on Abortion*, cit.; M. Ziółkowski, op. cit.

160 *Poland abortion ruling: Protesters disrupt church services*, in BBC, 25 ottobre 2020, <https://www.bbc.com/news/world-europe-54683735>.

*cal decisions by the rulers»*¹⁶¹. Sembra paradigmatico, in questo senso, il fatto che uno dei primi *target* della protesta sia stata proprio l'abitazione privata del *leader* di PiS Jarosław Kaczyński¹⁶².

Su entrambi i fronti la situazione è in divenire. Queste due chiavi di lettura mostrano, però, come la sentenza del 22 ottobre 2020 e gli sviluppi successivi, più che eventi eccezionali, assumano una coerenza sia alla luce della storia recente della legislazione sull'aborto in Polonia che nel (distorto) quadro istituzionale consegnatoci dalla crisi costituzionale polacca.

161 W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, cit., p. 85.

162 *Poland abortion ruling: Police use pepper spray against protesters*, in *BBC*, 23 ottobre 2020; *Poland: Protesters march to PiS leader's home after abortion ruling*, in *Deutsche Welle*, 13 dicembre 2020.