

La sfida di *Dobbs* al *mainstream constitutionalism* e il ruolo negli stati membri: prove di resilienza di una poliarchia

Roberto Toniatti*

DOBBS'S CHALLENGE TO MAINSTREAM CONSTITUTIONALISM AND THE ROLE IN THE MEMBER STATES:
RESILIENCE ATTEMPTS OF A POLYARCHY

ABSTRACT: Polyarchy, as a distinct category in the theory of forms of government, is inclusive of the role plaid by acts, facts and actors other the ones considered in established categories of forms of government. The hypothesis appears to be confirmed and verified through an analysis of some factors of resilience to the case law in *Dobbs*. Such factors are referenda that have been voted in some states (California, Kansas, Kentucky, Michigan, Vermont and, indirectly, Montana) and have achieved giving constitutional status to reproductive rights; as well as some post *Dobbs* case law by some state Supreme Courts (Indiana and South Carolina, not in Idaho).

KEYWORDS: Polyarchy; Reproductive rights; *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*; Abortion; Federalism

ABSTRACT: La poliarchia, quale distinta categoria delle forme di governo, ricomprende nella propria definizione il ruolo di atti, fatti ed attori distinti ed ulteriori rispetto a quelli consolidati nelle forme di governo consolidate in dottrina. L'ipotesi sembra verificata all'esame dei fattori di resilienza che, in seguito a *Dobbs*, si sono manifestati, con esito favorevole, in alcuni stati membri dove si sono svolti referendum che hanno costituzionalizzato i diritti riproduttivi negli stati membri (California, Kansas, Kentucky, Michigan, Vermont nonché, indirettamente, Montana); nella medesima prospettiva può richiamarsi la recente (2023) giurisprudenza di alcune Corti statali (Indiana, South Carolina e, ma in senso contrario, Idaho).

PAROLE CHIAVE: Poliarchia; diritti riproduttivi; *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*; interruzione volontaria della gravidanza; federalismo

SOMMARIO: 1. Introduzione: la forma di governo della poliarchia – 2. La portata di *Dobbs* e la resilienza negli stati membri – 3. Il post-*Dobbs* in alcune iniziative di democrazia diretta negli stati membri – 4. Gli spazi di intervento della giurisprudenza degli stati membri – 5. Osservazioni finali.

* Professore emerito di diritto costituzionale, Università di Trento. Mail: roberto.toniatti@unitn.it. Contributo su invito.

1. Introduzione: la forma di governo della poliarchia

Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely: il celebre monito di Lord Acton merita di essere sempre ricordato ogniqualvolta, in un contesto democratico di matrice liberale, un organo pretende di esercitare un potere esclusivo e finale – e, dunque, assoluto – di definizione dei contorni della tavola dei valori dell’ordinamento. E ancor più merita di essere ricordato in un contesto di cultura costituzionale di *common law*, come quello degli Stati Uniti d’America che, anche in virtù della sua natura federale di formazione di tipo centripeto, nasce originariamente come *limited government*.

L’asserzione e l’esercizio di un potere quale sopra indicato inevitabilmente provoca un effetto – e addirittura una pluralità di effetti – la cui combinazione verrà a costituire o un atto di reazione e ristabilimento dell’ordine pregresso violato ovvero, in alternativa, un processo di consolidamento del nuovo ordine. In entrambi i casi, in una prospettiva rilevante per un’impostazione giuridica costituzionale, occorre certamente fare riferimento ad atti ed effetti formali, ma anche a sintomi, tendenze, comportamenti, convenzioni tacite che si prestino ad essere valutati alla stregua di fattori che rivestono un’attitudine ad acquisire comunque un rilievo formale.

Il diritto costituzionale rappresenta una realtà normativa dotata di un potenziale troppo ricco ed “effervescente” per poter essere identificato esclusivamente con fonti di diritto positivo ed essere privato del contributo offerto da dinamiche evolutive che è compito del giurista saper cogliere ed elaborare con il rigore del metodo giuridico. Al di là di puntuali iniziative formali delle istituzioni che configurano un indirizzo di politica costituzionale, esiste anche – alla luce delle osservazioni precedenti – un indirizzo di politica costituzionale materiale e diffuso che è privo di una propria legittimazione formale (ad esempio, di tipo elettorale) ma che, nondimeno, è legittimato da una sua intrinseca forza effettiva e qualificato dalla capacità di cogliere l’occasione per assumere una consistenza formale. Il dato formale, in altre parole, non viene evidentemente omissso da tale impostazione metodologica, ma viene ricercato e identificato in un ambito di formanti più ampio ed articolato rispetto al testo scritto. In base a tali premesse, è evidente che circoscrivere l’indagine giuridica ai soli materiali offerti da dati normativi e – al massimo – giurisprudenziali non sembra adeguato neppure per valorizzare quegli stessi materiali.

Ad esempio, il principio di separazione dei poteri e la conseguente tradizionale tripartizione dei poteri stessi conservano tutta la loro forza esplicativa del contesto storico del costituzionalismo originario ma, a nostro avviso, sono palesemente inappropriati per la rappresentazione di un ordinamento costituzionale contemporaneo, sia quanto alle fonti del diritto sia quanto alla rilevazione degli organi determinanti: si pensi solo al ruolo determinante del principio di *checks and balances*, alla rilevanza del potere costituente e di revisione costituzionale, allo sviluppo dei poteri normativi dell’esecutivo (delegati o meno), alle esperienze di pluralismo normativo risultante dai fenomeni di cooperazione internazionale e sovranazionale ovvero di decentramento federale o regionale, nonché agli spazi riconosciuti alla democrazia diretta e partecipativa.

Si può osservare che circoscrivere il quadro della separazione dei tre poteri e delle rispettive funzioni sovrane si rivela fortemente radicato nel principio di rappresentanza politica quale storicamente configurata nella fase formativa del costituzionalismo liberale ma tendenzialmente indifferente alle dinamiche di arricchimento ed integrazione di quest’ultima.

Lo stesso diritto positivo – soprattutto nei testi costituzionali della più recente generazione, a cavallo dei secoli 20° e 21°¹ –, del resto, riconosce l'articolazione dell'esercizio della sovranità popolare in modi che vanno al di là del momento elettorale costitutivo della rappresentanza politica. Le Costituzioni degli Stati membri dell'Unione Europea di cui si tratta², ad esempio, riconoscono o la mera pluralità dei modi di esercizio³, ovvero fanno espresso riferimento al principio di *checks and balances*⁴ e interdipendenza dei poteri, ovvero ancora accostano espressamente gli strumenti di democrazia diretta accanto a quelli elettorali⁵. Altrettanto può agevolmente rilevarsi a proposito delle recenti costituzioni balcaniche⁶.

¹ Giova precisare che le recenti costituzioni dell'Europa centrale, orientale e sud-orientale hanno per più versi incorporato gli sviluppi sostanziali del diritto costituzionale degli stati dell'Europa occidentale, anche in virtù dell'assistenza ricevuta nella scrittura dei testi da organizzazioni quali l'OSCE e la Commissione per la Democrazia attraverso il diritto (la Commissione di Venezia), su cui cfr. S. BARTOLE, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, London, 2020. Per le costituzioni balcaniche, in particolare, cfr. R. TONIATTI, *La transizione nei Balcani occidentali e il paradigma costituzionale europeo: il pluralismo delle fonti e delle identità*, in L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (a cura di), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Trento, 2010, 337 ss.

² Ricordiamo che anche nel progetto di una Costituzione per l'Europa (2003) si prevedeva una duplicità di canali disponibili per i cittadini, ossia il principio della democrazia rappresentativa (art. 45) e quello della democrazia partecipativa (art. 46). Quest'ultimo era espresso come segue: «1. Le istituzioni dell'Unione danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative attraverso gli opportuni canali la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione. 2. Le istituzioni dell'Unione mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. 3. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione procede ad ampie consultazioni delle parti interessate. 4. Su iniziativa di almeno un milione di cittadini dell'Unione appartenenti ad un numero rilevante di Stati membri, la Commissione può essere invitata a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione della Costituzione [...]».

³ Cfr. l'art. 1 cpv della Costituzione italiana («La sovranità appartiene al popolo, che la esercita *nelle forme* e nei limiti della Costituzione»), l'art. 3 della Costituzione portoghese («1. Sovereignty shall be single and indivisible and shall lie with the people, who shall exercise it *in the forms* provided for in this Constitution»), (i corsivi sono aggiunti).

⁴ Cfr. La Costituzione dell'Estonia (art. 4: «The activities of the Riigikogu (Parliament), the President of the Republic, the Government of the Republic, and the courts shall be organized on the principle of separation and *balance of powers*»), (i corsivi sono aggiunti).

⁵ Cfr. la Costituzione della Germania (art. 20: «2. All state authority is derived from the people. It shall be exercised by the people through elections and *other votes* and through specific legislative, executive and judicial bodies»); della Francia (art. 3: «La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et *par la voie du referendum*»); Bulgaria (art. 1: «The people shall exercise this power *directly* and through the bodies established by this Constitution»); della Croazia (art. 1: The people shall exercise this power through the election of representatives and *through direct decision-making*); della Repubblica ceca (art. 2: «1. All state authority emanates from the people; they exercise it through legislative, executive, and judicial bodies. 2. A constitutional act may designate the conditions under which the people may *exercise state authority directly*»); della Lituania (art. 4: «The Nation shall execute its supreme sovereign power either *directly* or through its democratically elected representatives»); della Polonia («The Nation shall exercise such power *directly* or through their representatives»); della Romania («4. The State shall be organized based on the principle of the separation and *balance of powers* – legislative, executive and judicial – within the framework of constitutional democracy»); della Slovacchia (art. 2: «1. State power originates from citizens, who exercise it through their elected representatives, or *directly*»); della Slovenia (art. 3 «[...] In Slovenia il potere appartiene al popolo.

In base a tali considerazioni, occorre ammettere che le consolidate categorie dottrinarie risultanti dalla classificazione delle forme di governo (parlamentare, presidenziale, semi-presidenziale, semi-parlamentare o neo-parlamentare, direttoriale), per quanto ben fondate sotto il profilo dei rapporti fra esecutivo e legislativo, risultano però amputate rispetto a tutti gli altri organi che pure incidono sui modi di esercizio delle funzioni sovrane – sia sufficiente fare riferimento alla giurisprudenza ordinaria, amministrativa e soprattutto costituzionale o agli strumenti di democrazia diretta –, ovvero sulla configurazione del sistema dei partiti, sulle dinamiche delle relazioni industriali. Rispetto agli effetti prodotti da tali realtà sul sistema istituzionale formale, le classificazioni tradizionali sopra richiamate sono mute e cieche e anche solo sotto il profilo descrittivo sostanziale risultano insufficienti. Si pensi anche all'apporto delle *conventions of the constitution*, senza il contributo delle quali la comprensione della forma di governo vigente nel Regno Unito sarebbe del tutto impossibile e quella di altri ordinamenti rimarrebbe priva di elementi esplicativi rilevanti (si pensi al ruolo delle convenzioni costituzionali nella nomina del capo dell'esecutivo nelle forme di governo parlamentare).

Queste riflessioni sono volte ad essere sviluppate sotto il profilo teorico della teoria delle forme di governo ma anche nella prospettiva dell'inquadramento di un fenomeno storico nel contesto del suo ordinamento; da quest'ultimo punto di vista, si tratta della decisione nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022) della Corte Suprema degli Stati Uniti e della pluralità di atti e fatti che essa ha generato volti alla riaffermazione dello specifico *mainstream constitutionalism*, fondato sul principio di *free choice* piuttosto che sul contrapposto paradigma *pro life*.

Per quanto riguarda il primo profilo, il quadro delle dinamiche in grado di incidere sugli sviluppi successivi alla pronuncia *de qua* è quello che, a nostro avviso, può ricevere un'appropriata sistemazione nel contesto della forma di governo degli Stati Uniti qualificabile come forma di governo della poliarchia (o della democrazia poliarchica).

La nozione di «poliarchia» che ispira la categoria descrittiva qui da ultimo indicata è stata elaborata da autorevole dottrina della scienza della politica statunitense – segnatamente Robert Alan Dahl⁷ – e viene utilizzata e adattata, in questa sede, ad un contesto giuridico costituzionale: nel pensiero originale di Dahl, la nozione esprime una specifica condizione del potere politico «inteso come capacità di ottenere acquiescenza, non in quanto possesso di risorse, ma in quanto relazione fra attori» e come un modo di essere ed operare di un sistema caratterizzato dalla «esistenza di una competizione fra più gruppi, ciascuno dei quali capace d'influenzare alcune decisioni, ma nessuno mai in grado d'influenzarle tutte»⁸. Osserva Dahl che la poliarchia è «una specifica forma di governo; si tratta però an-

Tutti i cittadini lo esercitano *direttamente* e mediante elezioni, in base al principio della separazione dei poteri in legislativo, esecutivo e giudiziario»), (i corsivi sono aggiunti).

⁶ In proposito si vedano le costituzioni dell'Albania (art. 2: «The people exercise sovereignty through their representatives or *directly*»); del Kosovo (art. 2: «The sovereignty of the Republic of Kosovo stems from the people, belongs to the people and is exercised in compliance with the Constitution through elected representatives, *referendum and other forms* in compliance with the provisions of this Constitution»); del Montenegro (art. 2: «The citizen shall exercise power *directly* and through the freely elected representatives»); della Serbia (art. 2: «Sovereignty is vested in citizens who exercise it through *referendums, people's initiative* and freely elected representatives»).

⁷ Nella sua vasta produzione, rinviamo a R. A. DAHL, *Polyarchy: participation and opposition*, 5° ed., New Haven e London, 1975 (trad.it., *Poliarchia: partecipazione e opposizione nei sistemi politici*, 3° ed., Milano, 1986).

⁸ La citazione è da G. PASQUINO, voce *Dahl, Robert Alan*, in *Enciclopedia Italiana*, V Appendice, Roma, 1991.

che di una forma di democrazia, probabilmente la forma più importante e certamente più diffusa che la democrazia ha assunto nel corso della sua lunga e discontinua storia nell'ambito delle idee e delle prassi politiche. In ogni caso, la poliarchia è la forma caratteristica che la democrazia ha assunto nel XX secolo»⁹.

Il significato semantico della nozione di poliarchia si presta a connotare una forma di governo considerata al di là della sua composizione statica tradizionale e dunque ricostruita secondo criteri dinamici e variabili, inclusivi di una pluralità di soggetti ed istituzioni il cui impatto sull'esercizio delle funzioni pubbliche rimarrebbe altrimenti inesistente. In tale prospettiva, accanto agli effetti riconducibili ad atti delle istituzioni di governo, altri attori e processi politici – secondo le dinamiche delle istituzioni politiche della poliarchia - manifestano non solo la propria visibilità ma anche l'attitudine ad incidere sul funzionamento della forma di governo intesa in senso ristretto, come nella vicenda connessa a *Dobbs*.

2. La portata di *Dobbs* e la resilienza degli stati membri.

La citata sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, adottata dalla Corte Suprema nel giugno 2022 con una maggioranza di 6 a 3, si presta ad essere letta secondo una pluralità di chiavi di lettura¹⁰. Dal punto di vista giuridico, l'effetto più rilevante è che essa ha determinato l'*overruling* di *Roe v. Wade* (1973) e di *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992)¹¹ e ha stabilito che – a differenza di quanto sostenuto dalle due ultime decisioni citate e da molte altre – la Costituzione federale non è fonte di legittimazione dell'interruzione volontaria della gravidanza. Il venir meno del fondamento costituzionale federale non impedisce quest'ultima prassi ma ne trasferisce il titolo per l'adozione di una disciplina alla competenza degli stati membri.

Il fatto in sé dell'inapplicabilità del principio di *stare decisis* e del mancato rispetto del precedente vincolante rappresenta la chiave di lettura che in questa sede giova porre in evidenza, giacché è un segnale della polarizzazione ideologica delle Corti supreme, soprattutto in seguito alle nomine del Presidente D. Trump, sostenute dalla maggioranza repubblicana in Senato e dalla rispettiva *constituency* elettorale nel cui ambito la componente *no choice* del fondamentalismo religioso occupa una posizione rilevante. La maggioranza della Corte, in altre parole, ha corrisposto alle aspettative legate alla nomina dei giudici di matrice conservatrice, recenti e meno recenti ed è intervenuta incidendo in modo e in misura considerevole su *Roe v. Wade* (essa stessa, peraltro, adottata a maggioranza), una

⁹ Così R. A. DAHL, voce *Poliarchia*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1996.

¹⁰ La decisione della maggioranza conservatrice è stata scritta dal giudice Alito. I giudici Thomas and Kavanaugh hanno scritto opinioni concorrenti. Il *Chief Justice* Roberts ha elaborato una propria opinione concorrente quanto al giudizio. I tre giudici progressisti Breyer, Sotomayor, and Kagan hanno scritto una propria *dissenting opinion* condivisa.

¹¹ https://casetext.com/case/planned-parenthood-of-southeastern-pennsylvania-v-casey-casey-v-planned-parenthood-of-southeastern-pennsylvania?_cf_chl_tk=uAYdldW8Ok3NIK3IXtr7.SGhdyVhA7BKzYNweBceGZA-1677599026-0-gaNycGzNCvs.

norma di *case law* propria di quello che era da considerare quale contenuto del *mainstream constitutional law*¹².

Al di là dello scenario contingente, nondimeno, giova osservare che, in questo ordinamento, il rapporto fra tutela dei diritti fondamentali e assetto federale ha conosciuto una propria dinamica evolutiva sin dalle origini dell'Unione: l'assenza di limiti ai poteri dei nuovi organi federali a tutela dei diritti dei cittadini impiegata come un forte argomento degli *Anti-Federalists* nel dibattito sull'adozione della Costituzione è stata superata con la tempestiva approvazione ed entrata in vigore dei primi dieci Emendamenti (il *Bill of Rights*), il penultimo dei quali, significativamente, contiene una clausola di chiusura a vantaggio degli stati membri e, soprattutto, dei diritti individuali fondati sul *common law* e le sue garanzie giurisdizionali¹³.

In una seconda fase, tuttavia, la Corte Suprema ha elaborato la *incorporation theory*, in virtù della quale i limiti costituzionali che il *Bill of Rights* aveva espressamente previsto in capo al legislatore federale sarebbero da intendere come idonei a circoscrivere anche la discrezionalità del legislatore statale. Ne consegue che, nella giurisprudenza della Corte suprema, le questioni concernenti i diritti fondamentali degli individui si intrecciano spesso con le questioni di costituzionalità connesse con la natura federale dell'ordinamento¹⁴.

È interessante limitarsi a notare come, in una prospettiva comparata, altri ordinamenti composti abbiano elaborato soluzioni diverse per inquadrare tali rapporti, con una soluzione intermedia – che manca, invece, negli Stati Uniti – fra la prevalenza dell'ordinamento federale e la garanzia della diversità degli stati membri: ad esempio l'ordinamento canadese, nella *Charter of Fundamental Rights and Freedoms* (sec. 33), consente ad una Provincia di sospendere l'efficacia di una disposizione (sez. 2 e da 7 a 15) per un periodo di cinque anni, rinnovabile una seconda volta ed escludere pertanto dal *judicial review* una norma provinciale in contrasto con la *Charter* federale. Nell'Unione Europea, l'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali, limita la supremazia della Carta ai casi nei quali gli Stati membri applichino il diritto dell'Unione.

¹² La decisione rappresenta una manifestazione della «Trump legacy [che], pertanto, già dal prossimo mandato presidenziale rappresenta una componente cruciale non solo per il sistema istituzionale degli Stati Uniti ma anche per la società civile e la sfera dei diritti fondamentali, anche in ragione della prossimità e degli ammiccamenti di Trump al mondo dell'estremismo di destra e della *white supremacy*», così in R. TONIATTI, Editoriale: *L'elezione presidenziale negli Stati Uniti d'America (2020): la quiete dopo la tempesta*, in *DPCE online*, 4, 2020. Cfr. anche R. TONIATTI, *Non-Deferential Judicial Checks and Balances and Presidential Policies*, in *DPCE Online*, 1, 2021. In realtà è soprattutto la polarizzazione ideologica del sistema – di cui si parla addirittura come di *culture war* – ad essere responsabile dello stravolgimento del sistema: che la proposta e la nomina presidenziale dei giudici della Corte Suprema fosse e sia un atto di indirizzo politico era stato segnalato in R. TONIATTI, *Appointing power e indirizzo politico: le nomine del Presidente Reagan alla Corte Suprema*, in *Quaderni Costituzionali*, 1987.

¹³ Si consideri il testo del IX Emendamento: «The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people».

¹⁴ Di recente, il caso più rilevante sotto questo profilo è stato *Obergefell v. Hodges* (2015), il quale ha riconosciuto (con una maggioranza progressista di 5 a 4) che la *equal protection of the law* del XIV Emendamento tutela il diritto di sposarsi delle coppie dello stesso sesso, prevalendo pertanto sugli stati membri che nella propria costituzione avessero statuito in senso contrario. Si rinvia alle *dissenting opinions* (soprattutto del giudice Scalia) per l'esposizione di argomenti del tutto favorevoli alla legittimità dell'autonoma discrezionalità costituzionale degli stati membri.

E dunque, restituendo il *focus* del ragionamento su *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, occorre porre evidenza come la garanzia del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza – quale specifico contenuto del *mainstream constitutional law* fortemente radicato nella coscienza collettiva (non solo delle donne)¹⁵ oltre che nella giurisprudenza federale – rimanga affidato alla sfera dell'autonomia politica (legislativa e costituzionale) degli stati membri.

L'assetto che ne consegue è, pertanto, destinato ad essere caratterizzato, *in primis*, dalla pluralità delle soluzioni, sia quanto all'*an*, sia quanto al *quomodo* e al *quando*.

In proposito, occorre precisare che, in assenza di legislazione federale *ad hoc*, la garanzia costituzionale era circoscritta all'*an* mentre la determinazione del contenuto era comunque materia riservata agli stati membri. In alcuni stati, l'aborto era classificato come illegale prima di *Roe* e, in conseguenza di *Dobbs*, la qualificazione penale ora ha di nuovo modo di esprimere l'efficacia che la garanzia federale aveva sospeso. In altri stati, tale effetto si manifesta con riguardo ad una disciplina più o meno restrittiva della prassi introdotta da leggi statali – definite *trigger laws* – che erano rimaste inefficaci vigente la disciplina federale condizionata da *Roe*. In altri ordinamenti, può farsi riferimento a norme costituzionali, legislazione e giurisprudenza statale di portata permissiva¹⁶.

Il regime normativo conseguente a *Dobbs*, pertanto, si risolve nell'assenza di parametri di legittimità costituzionale che non siano riconducibili a fonti costituzionali e/o legislative – ovvero giurisprudenziali – dell'ordinamento di ciascuno degli stati membri. La materia rientra pertanto a pieno titolo e a titolo esclusivo nel contesto del diritto costituzionale statale e, in quanto tale, rimesso alla pluralità dei rispettivi orientamenti. Ecco, dunque, che il baricentro della resilienza politica dell'intero sistema nella fase successiva a *Dobbs* risulta affidato a ciascuno degli stati. In proposito, si può osservare che se, da un lato, si garantisce l'autonomia degli stati membri e si conferma la diversità della disciplina nel rispettivo ordinamento, dall'altro si incide ulteriormente sulla condizione di uguaglianza del godimento delle specifiche prestazioni da parte delle cittadine.

3. Il post-*Dobbs* in alcune iniziative di democrazia diretta negli stati membri

Nel giro di pochi mesi dalla pubblicazione della sentenza (giugno 2022) si sono concretizzate alcune esperienze di democrazia diretta in tema di interruzione volontaria della gravidanza in coincidenza

¹⁵ È senz'altro sintomatico che siano stati presentati alla Corte oltre 150 *amicus curiae briefs* in rappresentanza di un numero altissimo di individui, associazioni di ogni tipo, organizzazioni religiose e laiche, gruppi di accademici e studi professionali, tutti rinvenibili e consultabili su <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/dobbs-v-jackson-womens-health-organization/>.

¹⁶ Senza pretesa di esaustività o di aggiornamento, ricordiamo che in alcuni stati l'aborto è del tutto illegale (ad esempio in Alabama, Arkansas, Idaho, Louisiana, Missouri, Oklahoma, South Dakota, Texas) ovvero è legale per un periodo di 15, o 18, o 20, o 22, o 24 settimane dall'ultimo ciclo mestruale, ovvero prima della capacità del feto di vivere al di fuori dell'utero materno, ovvero è legale senza alcun limite di tempo (ad esempio, in Alaska, Colorado, New Jersey, New Mexico, Vermont). In alcuni stati la disciplina restrittiva è non applicabile per intervento della giurisprudenza statale pregressa. In materia rinviamo al sito <https://reproductiverights.org/maps/abortion-laws-by-state/> che precisa con ogni dettaglio il regime vigente in ciascuno stato membro.

con le *midterm elections* (novembre 2022), in occasione delle quali ha normalmente luogo una varietà di votazioni negli stati membri¹⁷.

Nello specifico, sono stati proposti e votati cinque referendum in tema di *reproductive rights*, finalizzati ad adeguare la disciplina statale all'assenza di un fondamento federale risultante dalla sentenza in *Dobbs*, nel senso sia di confermare e rafforzare con l'efficacia della fonte costituzionale statale l'accesso alla pratica abortiva, sia di riflettere la portata di *Dobbs* e riformare la costituzione dello stato ovvero legiferare in senso restrittivo e/o repressivo. Giova precisare sin d'ora che l'esito di ciascuno di tali voti referendari è stato decisamente in favore della libertà di scelta (*pro choice*) e, pertanto, della formalizzazione di un vincolo ai margini di discrezionalità politica del legislatore, qualora ostile alla pratica abortiva¹⁸.

Questo è il caso, ad esempio, della California, dove la giurisprudenza aveva già riconosciuto la legittimità dell'aborto in base alla costituzione dello Stato nel 1969 (quattro anni prima, pertanto, di *Roe v. Wade*). Il voto referendario del novembre 2022 – promosso dal legislatore statale – ha costituzionalizzato la libertà individuale di autodeterminazione in ordine a «*an individual's reproductive freedom in their most intimate decisions*»¹⁹.

Nella medesima direzione ha operato il referendum svoltosi nello stato del Vermont (*Proposal no. 5*), nel quale la legittimità dell'aborto risaliva già alla legislazione *ad hoc* entrata in vigore nel 2019²⁰. Il referendum del 2022 – indetto dall'assemblea legislative – ha costituzionalizzato il diritto individuale con un apposito emendamento che ha introdotto un nuovo art. 22: «[Personal reproductive liberty] That an individual's right to personal reproductive autonomy is central to the liberty and dignity to

¹⁷ Il tema dell'aborto è stato l'oggetto di frequenti consultazioni referendarie: infatti, «before *Roe v. Wade* in 1973, three abortion-related measures were on the ballot in Michigan, North Dakota, and Washington, and each was designed to allow abortion in its respective state». Inoltre, «from 1970 to November 2022, there were 53 abortion-related ballot measures, and 43 (81%) of these had the support of organizations that described themselves as pro-life. Voters approved 11 (26%) and rejected 32 (74%) of these 43 ballot measures. The other 10 abortion-related ballot measures had the support of organizations that described themselves as pro-choice or pro-reproductive rights. Voters approved seven (70%) and rejected three (30%)», come indicato, insieme ad una moltitudine di altri dati del tutto significativi in argomento, in https://ballotpedia.org/History_of_abortion_ballot_measures.

¹⁸ Giova menzionare – benché incidente solo indirettamente sul tema della libertà di aborto sul quale è intervenuta la sentenza *Dobbs* – anche il voto referendario (Montana LR-131, Medical Care Requirements for Born-Alive Infants Measure) sollecitato dal legislatore del Montana per introdurre «an act adopting the born-alive infant protection act; providing that infants born alive, including infants born alive after an abortion, are legal persons; requiring health care providers to take necessary actions to preserve the life of a born-alive infant; providing a penalty; providing that the proposed act be submitted to the qualified electors of Montana; and providing an effective date». Il voto popolare ha respinto la proposta con una maggioranza del 52,55% contro il 47,45%.

¹⁹ Il testo referendario (introduttivo di un nuovo comma nel vigente art. 1 Cost.) prevedeva che «the state shall not deny or interfere with an individual's reproductive freedom in their most intimate decisions, which includes their fundamental right to choose to have an abortion and their fundamental right to choose or refuse contraceptives. This section is intended to further the constitutional right to privacy guaranteed by Section 1, and the constitutional right to not be denied equal protection guaranteed by Section 7. Nothing herein narrows or limits the right to privacy or equal protection». L'esito del voto si è espresso con il 66,88 % in favore e il 33,12 contrario.

²⁰ In realtà, nel periodo precedente a *Roe*, lo stato prevedeva il reato di aborto e di assistenza allo stesso, che fu però invalidato dalla Corte Suprema nel 1972 e poi espressamente abrogato dal legislatore.

determine one's own life course and shall not be denied or infringed unless justified by a compelling State interest achieved by the least restrictive means»²¹.

Di particolare interesse il referendum tenutosi nello stato del Michigan, sia perché si tratta – a differenza dei due precedenti – di una iniziativa popolare, sia perché esso ha modificato radicalmente, in senso permissivo, il previgente regime normativo repressivo (inapplicato in quanto sospeso da *Roe*), sia, infine, perché ha introdotto in costituzione una disciplina estremamente dettagliata.

Nello stato era vigente una legislazione repressiva risalente al 1931²². In seguito a *Dobbs*, la giurisprudenza dello stato – in *Planned Parenthood of Mich. et. al. v. Att'y Gen. of Michigan* del settembre 2022 – aveva riconosciuto che la rinnovata efficacia della proibizione statale dell'aborto fosse illegittima con riguardo alla costituzione statale, in quanto in violazione dei diritti di autonomia personale e corporale protetti dalla sua *Due Process Clause* e dalla *Equal Protection Clause*.

L'iniziativa della *Proposition 3* è stata assunta dal Comitato intitolato "*The Reproductive Freedom For All*" che è stato in grado di raccogliere oltre 735.000 sottoscrizioni, la cui raccolta è sensibilmente aumentata dopo la sentenza *Dobbs* che, con l'*overruling* del precedente in *Roe*, aveva fatto venir meno la garanzia federale per l'accesso all'aborto che era durata per 49 anni. Il voto ha prodotto un esito favorevole per l'emendamento pari al 56,7% contro il 43,3%²³.

L'ampio ed articolato obiettivo della petizione per la revisione costituzionale era il seguente: «establish new individual right to reproductive freedom, including right to make and carry out all decisions about pregnancy, such as prenatal care, childbirth, postpartum care, contraception, sterilization, abortion, miscarriage management, and infertility; allow state to prohibit abortion after fetal viability unless needed to protect a patient's life or physical or mental health; forbid state discrimination in enforcement of this right; prohibit prosecution of an individual, or a person helping a pregnant individual, for exercising rights established by this amendment; and invalidate all state laws that conflict with this amendment»²⁴.

²¹ Il voto popolare si è espresso a favore dell'emendamento con una maggioranza del 77% contro il 23%.

²² Nel 1997, la Court of Appeals – in *Mahaffey v. Attorney General* – aveva dichiarato che «the state constitution adopted in 1963 does not "establish a constitutional right to abortion"».

²³ Merita una menzione il seguito ricevuto dal voto referendario: «The Governor of Michigan has issued executive orders that prohibit executive branch departments and agencies with enforcement responsibilities from providing assistance or cooperating with out-of-state investigations, as well as a prohibition on the Office of the Governor from enforcing extraditions that arise from the provision of reproductive health care that is provided legally», da <https://reproductiverights.org/maps/state/michigan/>.

²⁴ Il nuovo testo integrale dell'art. 1, sez. 28 della Costituzione dello stato del Michigan, intitolato "*Right to Reproductive Freedom*" stabilisce che: «(1) Every individual has a fundamental right to reproductive freedom, which entails the right to make and effectuate decisions about all matters relating to pregnancy, including but not limited to prenatal care, childbirth, postpartum care, contraception, sterilization, abortion care, miscarriage management, and infertility care. An individual's right to reproductive freedom shall not be denied, burdened, nor infringed upon unless justified by a compelling state interest achieved by the least restrictive means. Notwithstanding the above, the state may regulate the provision of abortion care after fetal viability, provided that in no circumstance shall the state prohibit an abortion that, in the professional judgment of an attending health care professional, is medically indicated to protect the life or physical or mental health of the pregnant individual. (2) The state shall not discriminate in the protection or enforcement of this fundamental right. (3) The state shall not penalize, prosecute, or otherwise take adverse action against an individual based on their actual, potential, perceived, or alleged pregnancy outcomes, including but not limited to miscarriage, stillbirth, or abortion. Nor shall the state penalize, prosecute, or otherwise take adverse action against someone for aiding

Merita la dovuta attenzione anche l'esperienza della *Proposition no. 2* del Kentucky: lo stato ha un orientamento fortemente restrittivo in tema di pratiche abortive e nel 2019 aveva adottato una propria *trigger law* anticipando l'*overruling* di *Roe*. L'applicazione di tale legge in seguito a *Dobbs* è stata contestata in sede giurisdizionale e attualmente l'orientamento ad essa favorevole della Corte d'Appello è a sua volta oggetto di appello.

In questo contesto, il referendum, promosso dal legislatore statale, aveva come obiettivo la costituzionalizzazione del divieto di pratiche abortive e l'introduzione nel testo costituzionale di una nuova disposizione (la *Section 26A*), configurata come norma sull'interpretazione destinata a vincolare non solo la legislazione ma anche la giurisdizione²⁵. L'esito del referendum (con un voto negativo del 52,35% ed uno favorevole del 47,65%) rimette pertanto la determinazione del regime normativo sull'aborto in capo alla maggioranza e al suo indirizzo politico, suscettibile, peraltro, di intervento giurisprudenziale.

Nello stato del Kansas l'interruzione volontaria della gravidanza è garantita dalla costituzione, in base all'interpretazione resa nel 2019 dalla Corte Suprema, secondo la quale «the Kansas Constitution Bill of Rights protects all Kansans' natural right of personal autonomy» e quest'ultima «includes the right to control one's own body, to assert bodily integrity, and to exercise self-determination, and allows each individual to make their own decision regarding "whether to continue a pregnancy"».

Nel gennaio 2021, con l'intento di opporsi alla citata giurisprudenza, le assemblee legislative hanno promosso un emendamento costituzionale volto ad affermare che «*there is no Kansas constitutional right to abortion*»²⁶. L'esito del voto è risultato contrario alla proposta di revisione costituzionale con una maggioranza del 59,16% contro il 40,84%.

or assisting a pregnant individual in exercising their right to reproductive freedom with their voluntary consent. (4) For the purposes of this section: A state interest is "compelling" only if it is for the limited purpose of protecting the health of an individual seeking care, consistent with accepted clinical standards of practice and evidence-based medicine, and does not infringe on that individual's autonomous decision-making. "Fetal viability" means: the point in pregnancy when, in the professional judgment of an attending health care professional and based on the particular facts of the case, there is a significant likelihood of the fetus's sustained survival outside the uterus without the application of extraordinary medical measures. (5) This section shall be self-executing. Any provision of this section held invalid shall be severable from the remaining portions of this section».

²⁵ Il testo del referendum concerneva la seguente formulazione: «To protect human life, nothing in this Constitution shall be construed to secure or protect a right to abortion or require the funding of abortion».

²⁶ Il testo della nuova disposizione costituzionale ("§ 22. *Regulation of abortion*") prevedeva che «Because Kansans value both women and children, the constitution of the state of Kansas does not require government funding of abortion and does not create or secure a right to abortion. To the extent permitted by the constitution of the United States, the people, through their elected state representatives and state senators, may pass laws regarding abortion, including, but not limited to, laws that account for circumstances of pregnancy resulting from rape or incest, or circumstances of necessity to save the life of the mother». Le prime parole del testo spiegano perché l'emendamento sia stato denominato "*Value Them Both Amendment*", mentre tecnicamente si trattava dell'"*Amendment 2*".

4. Gli spazi di intervento della giurisprudenza degli stati membri

I referendum statali che abbiamo qui sopra ricostruito, attraverso la formalizzazione dei *reproductive rights* nel testo della rispettiva costituzione, hanno garantito ad alcuni stati significativi margini di autonomia rispetto agli effetti della decisione federale in *Dobbs*.

In seguito ai referendum stessi, pertanto, è stata contrapposta una autonoma sfera statale di filtro rispetto agli effetti della giurisprudenza federale *de qua* e si è aperta la strada per una tutela giurisdizionale statale contro una eventuale legislazione degli stati di portata restrittiva al punto da non riconoscere il *Wesengehalt* della libertà riproduttiva, ossia il contenuto essenziale del diritto fondamentale.

Gli spazi di intervento nei quali il contributo “dichiarativo” del giudice statale circa l’esistenza di un diritto può rivelarsi determinante – come, del resto, è stato prima di *Roe v. Wade* (1973) – sono molto ampi e in questa sede si può solo dare atto della loro esistenza. In questa fase, possiamo solo richiamare la dinamica *de qua* e fare riferimento a tre recenti decisioni – di orientamento differenziato – le quali confermano come le strade della poliarchia statunitense in materia siano aperte e suscettibili di interessanti sviluppi²⁷.

La prima decisione è della Corte Suprema dello stato dell’Indiana e ha disposto l’inapplicabilità della legislazione restrittiva nei confronti delle parti della controversia (un ebreo, un musulmano e un terzo senza alcuna confessione determinata) «whose religious beliefs permit or require abortions in situations not allowed under Indiana law»²⁸.

La Corte Suprema dello stato del *South Carolina* ha riconosciuto nella propria pronuncia²⁹ che la legge (*Fetal Heartbeat and Protection from Abortion Act*) viola il diritto costituzionale alla *privacy* delle donne³⁰ ed altri parametri costituzionali³¹.

²⁷ Si tratta di *Anonymous Plaintiff 1 v. Individual Members of the Medical Licensing Board of Indiana*, (IN Super. Ct., Dec. 2, 2022), <https://www.documentcloud.org/documents/23329379-order-on-preliminary-injunction-anonymous?responsive=1&title=1&lctg=27783730>.

²⁸ Nella motivazione si legge che «26. This Court finds that the Plaintiffs practices regarding abortion are religious in nature: they have established that, under circumstances that would be prohibited [...], their religious beliefs would compel them to have abortions [...] 43. The undisputed evidence establishes that the Plaintiffs do not share the State’s belief that life begins at fertilization or that abortion constitutes the intentional taking of a human life. To the contrary, they have different religious beliefs about when life begins, and they believe that under certain circumstances not permitted by [the law], they would be required to receive abortions. Under the law, the Court finds these are sincere religious beliefs [...] 44. The State has not asserted a compelling interest in refusing to provide an exception to the Plaintiffs if the law were otherwise enforceable. Indiana has no interest in violating the sincere religious beliefs and exercise of the Plaintiffs [...] 49. The Plaintiffs argue that [the law] is not narrowly tailored and is underinclusive, in that it provides exceptions for some abortions—though not religious exceptions—in circumstances that directly contravene the State’s purported interest. 50. The State argues that abortion, regardless of gestational age of the zygote, embryo, or fetus, is the killing of an innocent human being, and its interest is in preventing that killing [...] 51. However, the statute explicitly allows abortions in circumstances that the State acknowledges constitute the “killing” of an “innocent human being”: for example, where the pregnancy is the result of rape or incest and where the fetus is viable but will not live beyond three months after birth».

²⁹ Si tratta di *Planned Parenthood South Atlantic v. State of South Carolina*, (SC Sup. Ct., Jan. 5, 2023), <https://www.sccourts.org/opinions/HTMLFiles/SC/28127.pdf?lctg=27783730>. La decisione è stata assunta con una stretta maggioranza di 3-2. Ciascun giudice ha scritto una propria opinione.

In controtendenza, invece, si registra la pronuncia della Corte Suprema dello stato dell'Idaho³², la quale non ravvisa nel testo della costituzione dello stato un esplicito diritto di interruzione volontaria della gravidanza e, nella motivazione, fa riferimento soprattutto a un orientamento interpretativo conforme alla dottrina dell'*originalism*³³.

³⁰ Nell'opinione del giudice Hearn si legge che «We hold that the decision to terminate a pregnancy rests upon the utmost personal and private considerations imaginable, and implicates a woman's right to privacy. While this right is not absolute, and must be balanced against the State's interest in protecting unborn life, this Act, which severely limits—and in many instances completely forecloses—abortion, is an unreasonable restriction upon a woman's right to privacy and is therefore unconstitutional [...] The State unquestionably has the authority to limit the right of privacy that protects women from state interference with her decision, but any such limitation must be reasonable and it must be meaningful in that the time frames imposed must afford a woman sufficient time to determine she is pregnant and to take reasonable steps to terminate that pregnancy. Six weeks is, quite simply, not a reasonable period of time for these two things to occur, and therefore the Act violates our state Constitution's prohibition against unreasonable invasions of privacy».

³¹ Il Chief Justice Beatty ha precisato che «although our determination turns on the right to privacy, I believe the Act is also void ab initio and denies state constitutional rights to equal protection, procedural due process, and substantive due process. Therefore, the Act violates our state constitution beyond a reasonable doubt. For the foregoing reasons, I concur with Justice Hearn's lead opinion regarding the right to privacy, and I write separately to address all of Petitioners' issues because our decision today will likely not be the final resolution of the quandary [...] When life begins is a theoretical and religious question upon which there is no universal agreement among various religious faiths. In fact, because there are differing views on abortion and when life begins among religious faiths, challenges are already being made to some abortion laws on the basis they violate religious freedom by elevating one faith's views over the views of others. The question of when life begins is distinguishable from the constitutional questions raised here regarding whether a woman has the right to make her own medical decisions regarding her reproductive health (in consultation with her medical provider and based on scientific evidence). At its core, the question the Court faces today is can the government—by force of law—force a woman to give birth without her consent? As will be discussed, for a reasonable period of time, a woman, rather than the government, retains this important right to choose whether to become a mother».

³² Si tratta di *Planned Parenthood Great Northwest, Hawaii, Alaska, Indiana, Kentucky v. State of Idaho*, (ID Sup. Ct., Jan. 5, 2023), <https://isc.idaho.gov/opinions/49615xxx.pdf?lctg=27783730>. La decisione è stata adottata con una stretta maggioranza di 3-2.

³³ Queste le argomentazioni offerte nella motivazione: «The Inalienable Rights Clause in Article I, section 1 of the Idaho Constitution, which lists the rights to life, liberty, and property, provides the textual basis for the recognition of implicit fundamental rights. Indeed, Article I, section 21, while not purporting to be a repository of implicit rights, provides that the listing of rights in the Idaho Constitution “shall not be construed to impair or deny other rights retained by the people”. The Inalienable Rights Clause was framed at Idaho's constitutional convention in 1889 and ratified by the people of Idaho later that same year. Thus, for us to read a fundamental right into the Idaho Constitution, we must examine whether the alleged right is so “deeply rooted” in the traditions and history of Idaho at the time of statehood that we can fairly conclude that the framers and adopters of the Inalienable Rights Clause intended to implicitly protect that right. When we apply that test to this dispute, there simply is no support for a conclusion that a right to abortion was “deeply rooted” at the time the Inalienable Rights Clause was adopted [...]. Importantly, nothing about this decision prevents the voters of Idaho from answering the deeply moral and political question of abortion at the polls [...] Additionally, as explained below, we conclude that the Total Abortion Ban, 6-Week Ban, and Civil Liability Law each pass the familiar test for determining the constitutionality of most legislation: “rational-basis” review. Under that form of review, each of these laws is constitutional because it is rationally related to the government's legitimate interest in protecting prenatal fetal life at all stages of development, and in protecting the health and safety of the mother».

5. Osservazioni finali

Nelle pagine precedenti abbiamo proposto, nella prima parte, un'ipotesi di ricostruzione astratta di una forma di governo della poliarchia nella quale – superando i limiti del *focus* tradizionale concentrato sul rapporto fra organo legislativo ed esecutivo – si tenta di incorporare tendenzialmente tutti i soggetti che sono in grado di determinare ovvero di incidere sull'indirizzo politico, con particolare riguardo all'indirizzo politico costituzionale nel quale si confrontano visioni distinte dei valori fondamentali dell'ordinamento. E, nella seconda parte, abbiamo sottoposto l'ipotesi astratta alla verifica storica, richiamando l'esperienza che, negli Stati Uniti, si è concretizzata in conseguenza dell'impatto della decisione della Corte Suprema nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022). La sentenza in parola ha revocato l'effetto principale della precedente pronuncia nel caso *Roe v. Wade* del 1973 – ossia la garanzia federale del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza – che, benché in un contesto politico altamente contrapposto (e, in parte, forse proprio per questo), per quasi cinquant'anni ha rappresentato il diritto costituzionale vivente, sia federale che statale. Il diritto *de quo* – enunciato dalla Corte Suprema federale fornendo al legislatore un'alternativa ad una deliberazione legislativa del Congresso, politicamente impraticabile, ha costituito una soluzione quanto mai necessaria a fronte di una richiesta sociale diffusa e pressante (come, del resto, si manifesta in tutte le società occidentali “aperte”).

Il fenomeno della reazione alla sentenza in *Dobbs* fornisce un indicatore molto attendibile, a nostro avviso, circa l'idoneità della garanzia federale dei *reproductive rights* – *in primis* delle donne ma, in realtà, dell'intera società – a rappresentare il diritto costituzionale materiale diffuso, nonostante la recente pronuncia in *Dobbs*. Ed è sulla base di tale premessa che si manifesta, nella concretezza della realtà politica, il modo di essere della forma di governo della poliarchia, coinvolgendo, in particolare, i cittadini elettori e le formazioni sociali, le assemblee legislative degli stati membri – volte a confermare ovvero a contrastare gli effetti della recente giurisprudenza federale –, i giudici statali.

Gli strumenti della democrazia diretta si sono rivelati idonei a fungere da fattori catalizzatori dei processi di resilienza del sistema agli effetti innovativi della sentenza in *Dobbs*. E l'attitudine del sistema a funzionare secondo i criteri della poliarchia investe dialetticamente tanto l'ordinamento federale quanto – e soprattutto – quello degli stati membri.

La forma di governo della poliarchia corrisponde essenzialmente ad una condizione solo virtuale dei sistemi liberali e democratici pluralisti ma, in determinate circostanze – quali si sono presentate nello scenario storico statunitense – essa può configurarsi secondo modalità attuali, visibili e concrete. In questa circostanza, l'ipotesi può dirsi verificata ed è verosimilmente suscettibile di ulteriori verifiche.