

**La riforma sanitaria di Obama e la sentenza *Burwell* contro *Hobby Lobby*.
Basta un nesso molto indiretto con la libertà religiosa a limitare il diritto alla salute?***

di Valentina Fiorillo**
(20 luglio 2014)

Nel dibattito costituzionalistico statunitense erano stati in molti a prevedere che il *Religious Freedom Restoration Act* (Rfra), prima ed unica legge generale sulla libertà religiosa, avrebbe generato più problemi di quanti non si proponesse di risolvere. Tuttavia forse nessuno in questo ultimo ventennio avrebbe potuto immaginare che sarebbe stato proprio il Rfra lo “scoglio” su cui sarebbe andata ad infrangersi la principale riforma sociale del Paese dai tempi della *Great society* di Lyndon Johnson.

Nel 1993 il Rfra – legge invero insolita, che parla più il linguaggio delle Corti che quello del Congresso – aveva espressamente reintrodotta a livello legislativo l'interpretazione della *free exercise clause* (I Emendamento, Cost. Usa) così come deducibile da una serie di sentenze antecedenti all'*overruling* del caso *Employment division v. Smith* (1990). Secondo il Rfra, il legislatore federale nel legiferare deve non solo evitare leggi deliberatamente persecutorie nei confronti della religione ma anche premurarsi di verificare che il suo intervento non rappresenti un onere sostanziale per l'esercizio di quella libertà ("*substantially burdes the exercise of religion*") e sia giustificato da un interesse pubblico essenziale e prevalente (cd. *compelling interest test*). Un interesse che deve essere tanto rilevante da giustificare una lesione, seppure indiretta, della sfera individuale della libertà religiosa. Ove questa lesione sia comunque necessaria, il legislatore deve operare con i mezzi meno invasivi possibili per la sfera della libertà religiosa ("*the least restrictive means*").

L'intervento del legislatore federale da valutare in questo caso è proprio la riforma sanitaria *Obamacare*, la quale prevede, tra le altre novità, l'obbligo per i datori di lavoro di pagare le spese per l'assicurazione sanitaria dei propri dipendenti.

Le linee guida del Dipartimento della salute, emanate in via definitiva nel giugno 2013, chiariscono che nella copertura assicurativa obbligatoria ricadono anche i più comuni contraccettivi, i cosiddetti contraccettivi di emergenza (da alcuni considerati veri e propri abortivi, la “pillola del giorno dopo”), gli interventi di sterilizzazione e i programmi di assistenza per la salute riproduttiva delle donne. Quelle stesse linee guida – a seguito di un duro confronto con un movimento d'opinione sostenuto in particolare dalla Conferenza dei vescovi cattolici statunitensi – stabiliscono una serie di esenzioni per gli istituti di istruzione, le *charities* e gli ospedali sotto l'egida di chiese e organizzazioni religiose, purché siano enti no-profit. Se il regime delle esenzioni fosse rimasto quello previsto dal legislatore (altre esenzioni minime per gruppi minoritari erano già nel testo di legge) e dal Governo ci si sarebbe trovati dinanzi ad un bilanciamento tra diritti in grado forse di tenere assieme le differenti sfere giuridiche a cui essi sono riconducibili. Ma gli oppositori della riforma non hanno ritenuto soddisfacente la mediazione ottenuta nelle Linee guida e così

* Scritto sottoposto a *referee*.

la partita contro l'*Obamacare*, tanto in Congresso quanto nelle corti federali, si è incentrata tutta sulla questione dell'illegittimità della copertura per farmaci anti-concezionali e abortivi (cd. *contraceptive mandate*) rispetto alla clausola del libero culto (*free exercise clause*) così come riletta dalla menzionata legge generale sulla libertà religiosa del 1993.

Così lo scorso 30 giugno nella decisione *Burwell v. Hobby Lobby* (573 U.S._2014) la Corte Suprema federale ha dunque posto quella che pare essere una pesante ipoteca sulla riforma sanitaria, ampliando significativamente il novero di soggetti esentati per motivi religiosi dal pagamento delle spese assicurative. La Corte, applicando proprio il Rfra, ha riconosciuto la legittimità di un'esenzione a una categoria potenzialmente molto ampia di datori di lavoro (nello specifico *Hobby Lobby* è una catena di megastore di bricolage), i quali per motivi religiosi potranno rifiutarsi di finanziare i piani assicurativi delle proprie dipendenti donne per la parte relativa a metodi anti-concezionali e farmaci abortivi. *Hobby Lobby* si presenta dunque come una importante sentenza, la seconda sulla *Obamacare* dopo la decisione del giugno 2012 *NFIB v. Sebelius*, dove diritti civili e diritti sociali entrano in conflitto, con esiti che appaiono purtroppo sfavorevoli per la salute delle donne.

La sentenza, molto ampia e articolata, comprende, oltre all'opinione di maggioranza redatta da Samuel Alito (sottoscritta dagli altri 4 giudici di nomina repubblica: il *chief justice* Roberts, Kennedy, Thomas e Scalia), anche un'opinione concorrente di Kennedy e due opinioni dissenzienti tra i giudici *liberal*, una redatta da Ruth Ginsburg e l'altra, molto specifica e breve, predisposta da Breyer e Kagan.

I profili giuridici principali sono due, uno di carattere soggettivo e l'altro di carattere oggettivo: a) una società a scopo di lucro diviene titolare di diritti fondamentali quale quello di esercitare liberamente una fede religiosa; b) l'obbligo di fornire una copertura assicurativa, che comprenda anche le spese per metodi e farmaci contraccettivi e abortivi, rappresenta una violazione della libertà religiosa di quei datori di lavoro che li ritengono contrario ai propri precetti religiosi.

L'elemento soggettivo assume un ruolo centrale ed è il primo principale tratto innovativo della decisione. Questo poiché, come condivisibilmente ricorda il giudice Ginsburg, mai finora la Corte suprema ha qualificato un ente a scopo di lucro (*for-profit corporation*) come titolare di un diritto di libero culto, tale da giustificare per esso un'esenzione da leggi di generale applicabilità, dal momento che l'esercizio della religione è intrinsecamente connesso all'individuo e non a entità giuridiche astratte ("*artificial legal entities*", *Ginsburg J. dissenting* p. 14).

L'opinione di maggioranza utilizza due argomenti per giustificare ciò. In primo luogo, essa spiega come, dal punto di vista meramente letterale, nella legislazione e nei codici la parola "persona" ricomprenda anche le persone giuridiche. Di conseguenza se il Rfra si applica all'esercizio della libertà religiosa di una persona ("*to a person's exercise of religion*"), allora, data l'ampia definizione giuridica di "persona", esso si estenderà anche alle società a scopo di lucro, siano esse definibili come aziende, compagnie, *corporations*, società di capitali, a seconda del diritto societario in vigore nei vari stati (*opinion of the Court, p. 19*). Il solo argomento letterale appare già di per sé pericoloso, nella misura in cui apre *ad libitum* e acriticamente alla richiesta di ulteriori esenzioni da parte di qualsiasi esercente di attività commerciale nel Paese.

In secondo luogo, la Corte sostiene che, anche nell'esercizio di un'attività economica, il titolare deve godere del più ampio diritto di libertà religiosa, posto che persino in quel caso le sue azioni, traslate attraverso l'attività dell'azienda, se guidate da precetti religiosi, possono mirare a scopi più alti della mera realizzazione del profitto e, dunque, la distinzione tra "a scopo di lucro" e "non a scopo di lucro" assume contorni più sfumati alla luce delle intenzioni dichiarate dei titolari (*opinion of the Court*, pp. 20-25). In altre parole è come se la Corte avesse deliberatamente ignorato una distinzione, ormai pacifica in dottrina, tra enti esponenziali e di culto, enti strumentali e organizzazioni di tendenza, da un lato, e attività di carattere lucrativo, non connesse nelle loro finalità statutarie all'esercizio collettivo di un diritto religioso né all'intento di servire la sola comunità di fedeli, dall'altro. In termini giuridici la debolezza di questo argomento è evidente (*Ginsburg J. dissenting*, pp. 14-16) ma se anche solo ci si volesse fermare a valutazioni di carattere pratico, si fa fatica comunque ad accettare l'argomento per cui, trattandosi di imprese a conduzione familiare esclusivamente controllate da un ristretto nucleo di persone ("*closely held corporations*"), si rimarrebbe comunque in un ambito di esercizio di diritti individuali, quando ci si trova dinanzi a una società che occupa oltre 13 mila dipendenti in più di 500 megastore dislocati nell'intera nazione.

Si diventa ancor più critici con l'opinione della Corte quando si passa a valutarne la parte dedicata espressamente al Rfra, di cui i giudici di maggioranza forniscono per la prima volta una sorta di interpretazione autentica, sostenendo che questa legge impone uno standard di costituzionalità ben più elevato di quello della giurisprudenza in materia di *free exercise* antecedente al citato caso *Smith*.

La Corte afferma che un individuo non può essere posto nella condizione di violare i propri precetti religiosi, cosa che accadrebbe, anche se solo indirettamente, quando una sua azione (il pagamento di una polizza completa) può condurre ad un'azione (la scelta *eventuale* dell'aborto da parte di una donna) contraria al precetto religioso per cui la vita comincia al momento del concepimento (*opinion of the Court*, pp. 31-38). Ma se il "*compelling interest test*" può considerarsi soddisfatto poiché l'interesse pubblico consistente nella salute della donna è meritevole di attuazione, lo stesso non può dirsi delle modalità di attuazione di tale interesse. Difatti – e qui sta l'elemento davvero innovativo, secondo la maggioranza, rispetto alla tradizionale giurisprudenza in materia di *free exercise* – la scelta di inserire i contraccettivi e gli abortivi nella copertura sanitaria ponendone i costi a carico dei datori di lavoro non è compatibile con il principio della essenzialità e non eccedenza dell'intervento pubblico a danno della libertà religiosa ("*the least restrictive means standard*"). Il Governo aveva il dovere di individuare una strada alternativa a quella del *contraceptive mandate* per tutelare la salute delle donne, fornendo egli stesso direttamente questo tipo di assistenza (*opinion of the Court*, pp. 40-45).

In questo ragionamento sta, ad avviso di chi scrive, il vero *vulnus* apportato allo stato di diritto da un'interpretazione radicale del Rfra, quale quella proposta dalla Corte in questa sentenza. La legittimazione di un'esenzione dai confini così labili e ampi farebbe sì che il Governo dovrebbe sostenere dei costi aggiuntivi (la cui portata peraltro non è quantificabile) per l'attuazione di qualsiasi programma pubblico, in tutti i casi in cui vi sia la possibilità di ledere, anche in maniera del tutto indiretta, una sensibilità religiosa.

A poco valgono le parole di rassicurazione della Corte quando questa sostiene che la decisione è relativa solo alla copertura assicurativa per contraccettivi e abortivi (*opinion of the Court*, p. 46): è lecito chiedersi con quali argomenti la Corte, dopo una lettura così ampia del Rfra, potrà respingere le istanze che proverranno da datori di lavori nell'ambito di qualsivoglia attività commerciale ove questi obietteranno "alle trasfusioni (Testimoni di Geova), agli anti-depressivi (Scientology), a farmaci e sostanze contenenti siero animale quali quelle impiegate per l'anestesia (alcuni Musulmani, Ebrei e Induisti) nonché alle vaccinazioni di minori (Christian scientists)" (Ginsburg, J. *dissenting*, p. 33)?

Una lettura così radicale del Rfra quale quella contenuta nell'opinione di Alito non consente un bilanciamento e comporta un sacrificio troppo elevato per l'interesse pubblico volto ad assicurare parità d'accesso all'assistenza sanitaria e soprattutto risulta troppo svantaggioso per le donne, soggetti terzi coinvolti. Un sacrificio che mai nella precedente giurisprudenza in materia di *free exercise* la Corte aveva riconosciuto come legittimo, anche nei casi in cui erano stati concessi accomodamenti per motivi religiosi e obiezioni di coscienza.

Ed è proprio la mancata tutela dei soggetti terzi a preoccupare i giudici dissenzienti, posti dinanzi ad un'interpretazione così radicale del Rfra: questa legge non può giustificare il mancato rispetto della libertà altrui, nello specifico la sfera individuale delle donne, le quali verrebbero limitate, secondo il giudice Ginsburg, nell'esercizio della propria libertà religiosa e di coscienza da un'autorità pubblica che, nel concedere così ampie esenzioni nell'ambito dell'*Obamacare*, dimostrerebbe di preferire a priori le inclinazioni morali e religiose dei datori di lavoro a quelle delle dipendenti donne.

Avendo escluso la creazione di un sistema sanitario nazionale pubblico, *Obamacare* si basa sulla distribuzione dei costi per la copertura sanitaria tra soggetti privati, i quali, una volta attratti nel meccanismo di tipo pubblicistico sono tenuti a sottostare a delle regole e non agiscono più da individui singoli. Il caso presenta alcune similitudini con quanto accaduto in Germania, dove i consultori cattolici, su sollecitazione della Santa Sede (all'epoca del Pontificato di Giovanni Paolo II), si opponevano al rilascio del certificato dell'avvenuto colloquio dissuasivo con il medico, certificato necessario ad accedere all'interruzione volontaria di gravidanza depenalizzata. Non venne trovato un compromesso e i consultori cattolici uscirono dalla rete di assistenza pubblica, anche se poi anche se poi un'analoga rete di consultori organizzata da laici cattolici in disaccordo con il Vaticano subentrò alla precedente. Se si viene attratti nell'ottica pubblicistica in quanto si svolge una funzione pubblica stabilita dalla legge, la regola non può che essere la tutela dei soggetti terzi beneficiari (le donne), mentre le esenzioni per motivi religiosi rappresentano eccezioni limitate a casi in cui, come per le comunità religiose o le Chiese e le organizzazioni di tendenza, vi è un vincolo molto forte e quasi "volontaristico" o comunque "motivazionale" tra datori di lavoro e dipendenti.

La sentenza va dunque letta come la soluzione (insoddisfacente) di un conflitto tra diritti di libertà negativa, anche se, agli occhi di un osservatore europeo, in realtà il contrasto che appare evidente è quello tra libertà religiosa e diritto alla salute. Né nella opinione di maggioranza né nella principale opinione dissenziente si giunge mai a riconoscere apertamente questo contrasto tra una libertà *dallo* Stato e una libertà *attraverso* lo Stato,

dal momento che nell'ordinamento costituzionale americano i diritti sociali non sono costituzionalmente garantiti, essendosi affermati per via legislativa ed essendo tuttora riconosciuti dalla giurisprudenza solo come *entitlements*, piuttosto che come veri e propri diritti di rango costituzionale. Tuttavia, anche se non è pensabile leggere nella sentenza, anche *a contrario*, l'affermazione esplicita di un diritto costituzionale alla salute, si scorge una costante attenzione per la "sfera sociale" nelle parole dei giudici, soprattutto dei dissenzienti, i quali dimostrano a più riprese di tenere in grande considerazione l'interesse del Governo a garantire la salute riproduttiva di tutte le donne. Un interesse che, al contrario, i giudici di maggioranza hanno ritenuto recessivo.

Gli effetti negativi dell'interpretazione estensiva del Rfra non hanno tardato a manifestarsi. Pochi giorni dopo la sentenza *Hobby Lobby*, la Corte ha accolto una richiesta di ingiunzione a favore di un ente di istruzione no-profit di ispirazione cristiana, il Wheaton College (*Wheaton college v. Burwell*, 573 U.S._2014). L'istituto, che in quanto ente no-profit già ricadeva nell'esenzione ai sensi delle citate Linee guida, contestava l'obbligo di compilare un modulo predefinito dal Dipartimento della salute per qualificarsi come ente esentato. La compilazione del modulo predefinito avrebbe comportato, secondo il College, una lesione della libertà religiosa come tutelata dal Rfra, poichè rappresentava comunque un coinvolgimento in un'attività che avrebbe potuto comportare l'impiego di farmaci abortivi. Come fa notare il giudice Sotomayor che si è opposta alla decisione, una così ampia interpretazione del Rfra tale da ricomprendervi azioni che del tutto indirettamente colpiscono sentimenti religiosi, rischia di condurre alla sistematica contestazione di ciascun aspetto, anche solo procedurale, dell'intervento pubblico, limitando sistematicamente la capacità del Governo di attuare qualsiasi tipo di riforma. Un onere che, volendo parafrasare il linguaggio del Rfra, diviene sostanziale e potenzialmente insostenibile per l'esercizio dei pubblici poteri.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate, Università di Roma "la Sapienza". Le opinioni espresse in questo contributo sono del tutto personali e non impegnano in alcun modo l'Amministrazione presso la quale l'Autrice presta attualmente servizio.