

**Effettività dei diritti e dati scientifici:
verso una nuova era dell'*abortion rights adjudication* negli Stati Uniti**

Lucia Busatta*

(3 agosto 2016)

(in corso di pubblicazione su “Quaderni costituzionali”)

A distanza di oltre quarant'anni dalla sentenza *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973)), il dibattito sull'aborto negli Stati Uniti è tutt'altro che sopito. Da ultimo, in particolare, le questioni giuridiche relative alle modalità per garantire alle donne la possibilità di compiere in piena autonomia le scelte sulla propria salute riproduttiva sono divenute ancor più divisive a causa dell'adozione, a livello statale, di discipline legislative che impongono – più o meno direttamente – condizioni e limiti all'accesso ad un trattamento sanitario che, a partire dal 1973, la Corte Suprema Usa (di seguito USSC) ha collegato al diritto all'autodeterminazione (il *right to privacy*, secondo il linguaggio costituzionale statunitense).

Gli interventi legislativi che, soprattutto nell'ultimo quinquennio, stanno attraversando da Est a Ovest gli Stati Uniti mirano a regolare l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza (di seguito IVG) e, in taluni casi, lo limitano sensibilmente. Le tipologie di intervento formulate dai legislatori statali possono essere, tendenzialmente, suddivise in tre categorie: (i) divieto di abortire dopo un certo stadio della gravidanza (*post viability abortion*); (ii) previsione sia per i medici sia per le donne di obblighi aggiuntivi cui adempiere prima dell'IVG, sia essa chirurgica o farmacologia; (iii) imposizione di specifici requisiti organizzativi e strumentali per le cliniche abortive (*Targeted Regulation of Abortion Providers*, cd. TRAP laws). In alcuni Stati, inoltre, sono state introdotte limitazioni all'accesso ai finanziamenti pubblici per le cliniche abortive oppure disposizioni che escludono l'IVG dalla copertura sanitario-assicurativa (per i principali riferimenti normativi e giurisprudenziali v. *Dossier Abortion Rights negli Stati Uniti*, sul sito www.biodiritto.org, cui si rimanda anche per ogni ulteriore riferimento di seguito riportato).

Quanto alla prima tipologia, gli interventi legislativi si distinguono essenzialmente in quelli che vietano specifiche procedure abortive tipicamente utilizzabili nella fase finale della gravidanza (cfr. le controverse leggi denominate “Partial Abortion Ban”, su cui si è intervenuta anche la Corte Suprema nel 2007, con la sentenza *Gonzales v. Carhart* 550 U.S. 124 (2007), su cui S. Mancini, *Le donne vanno protette da loro stesse? L'aborto al vaglio della Supreme Court*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2007, 654-657) e quelle che proibiscono le IVG dopo un certo stadio della gestazione. In quest'ultimo caso, gli atti normativi si suddividono tra quelli che, in aderenza ai principi stabiliti dalla USSC nel caso *Planned Parenthood v. Casey* (505 U.S. 833 (1992)), prevedono la capacità di vita autonoma del feto fuori dall'utero materno quale limite massimo per interrompere la gravidanza e quelli che, invece, individuano soglie temporali inferiori, vietando – con pochissime eccezioni – gli aborti dopo la ventesima settimana. In alcuni casi (es. Arizona e Idaho), talune di queste soluzioni legislative sono state giudicate illegittime da Corti federali distrettuali e d'appello, poiché la *viability* non corrisponde ad una netta soglia

temporale, dal momento che la possibilità di sopravvivenza del feto può sensibilmente variare (con un margine che spazia dalla XXIII alla XXVIII settimana) in relazione ad una pluralità di parametri clinici (ad esempio, il livello di sviluppo degli organi del feto).

Rientra nella seconda categoria una variegata serie di atti normativi che introducono alcuni obblighi, incidenti soprattutto sul rapporto tra medico e paziente e che mirano (più o meno dichiaratamente) a far desistere la donna dalla propria decisione. Si tratta di leggi che prevedono, ad esempio, un periodo di attesa minimo di durata variabile (tra le 24 e le 72 ore) tra la richiesta della donna e l'intervento chirurgico o la somministrazione del farmaco abortivo, che richiedono un'ecografia obbligatoria o il monitoraggio cardiaco del feto prima dell'intervento, o che impongono un incontro di *counselling* con un medico (le soluzioni adottate a livello statale sono fra le più varie; per maggiori riferimenti cfr. *Dossier Abortion Rights negli Stati Uniti*, cit.).

Sono ascrivibili, infine, alla terza categoria quelle leggi che impongono alle cliniche abortive e ai medici il rispetto di specifici requisiti, talora tanto stringenti da costringere la struttura sanitaria alla chiusura a causa dell'impossibilità di soddisfare le previsioni di legge. Molti sono gli Stati che, nel disciplinare l'accesso ai servizi abortivi hanno introdotto le cd. leggi TRAP, facendo principalmente ricorso allo strumento degli *admitting privileges* oppure imponendo alle cliniche di soddisfare i medesimi requisiti sanitari previsti per gli ambulatori chirurgici (cd. *surgical center requirement*).

In particolare, la previsione degli *admitting privileges* consiste nell'imporre alle cliniche ove si effettuano le IVG che tutti i medici che operano in esse risultino afferenti ad una struttura ospedaliera distante non più di 30 miglia dalla clinica stessa. In virtù di tale afferenza, i medici hanno la possibilità di inviare presso la medesima i propri pazienti per trattamenti diagnostici o specialistici.

Nonostante l'intento dichiarato di tali previsioni sia quello di tutelare la salute delle donne e la loro sicurezza, soprattutto nel caso di complicazioni insorte in seguito all'intervento, traspare la volontà legislativa di limitare il diritto ad accedere all'IVG, tanto che negli ultimi anni la maggior parte di queste leggi sono state impugnate dinanzi ad autorità giurisdizionali statali o federali da parte delle associazioni *pro choice*, che ne lamentavano l'incostituzionalità.

Ancora una volta dopo la sentenza *Roe v. Wade*, è la legislazione texana dichiaratamente *pro life* (la legge HB 2 approvata nel 2013) a fornire alla Corte Suprema federale il pretesto per pronunciarsi sulla legittimità di interventi normativi che regolano le IVG in modo non sempre aderente ai principi stabiliti nei precedenti di riferimento, a partire dal caso *Casey*. Con la sentenza *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* del 27 giugno 2016, la USSC ha finalmente preso posizione all'interno di un dibattito sociale e giuridico che oggi negli Stati Uniti è particolarmente vivace. La decisione, redatta dal giudice Breyer con una maggioranza 5 a 3 e completata da un'opinione concorrente e due dissenzienti, può essere considerata quale punto di avvio di una nuova fase di quella che potremmo definire *abortion rights adjudication* negli Stati Uniti e, in prospettiva comparata, può essere ascritta ad un modello di decisioni che, soprattutto con riferimento alla tematica *de*

qua, pongono al centro del sindacato la verifica dell'effettività in concreto dei diritti da tutelare.

Oggetto della sentenza *Hellerstedt* sono le disposizioni della legge HB 2 che, nel regolare l'accesso all'IVG, impongono alle cliniche abortive sia il requisito degli *admitting privileges* sia il *surgical center requirement*. Sull'incostituzionalità di tali norme erano già intervenute la Corte distrettuale, che aveva rilevato la violazione dei principi stabiliti dalla USSC nel caso *Casey*, e la Corte d'Appello, che aveva però confermato la legittimità di tali previsioni, annullando il provvedimento con il quale il giudice di prima istanza aveva sospeso l'efficacia della legge.

In tale contesto si innesta la pronuncia della Corte Suprema che, fondando il proprio ragionamento anche sugli elementi di prova del giudizio di primo grado, offre una nuova interpretazione del concetto di *undue burden* elaborato a partire dal precedente *Casey*. Nella sentenza del 1992, infatti, la USSC aveva già affermato che, qualora la finalità o l'effetto di una norma statale che regola l'aborto sia quello di frapporre un ostacolo sproporzionato nell'accesso all'IVG per le donne, tale disciplina deve essere dichiarata incostituzionale poiché impone un "onere irragionevole" (*undue burden*, appunto) alla realizzazione di un diritto della persona.

Mentre la Corte d'Appello aveva ritenuto che la legge perseguisse la legittima finalità di tutelare la salute delle donne, la Corte Suprema si limita ad osservare che, per effetto dell'entrata in vigore delle nuove norme, il numero delle cliniche abortive in Texas si è più che dimezzato, con una particolare incidenza del fenomeno nelle aree rurali e periferiche. Di conseguenza – ed è questo il passaggio della sentenza maggiormente innovativo – imporre alle strutture e al loro personale il rispetto di standard molto elevati non può essere considerato uno strumento per la tutela della salute delle donne ma, al contrario, un artificio mirato a rendere più difficoltoso l'accesso ad un servizio strumentale alla realizzazione di un diritto di rango costituzionale. Grazie all'ausilio della *clinical evidence* depositata in giudizio, la USSC sottolinea la relazione causale tra l'imposizione di un obbligo in capo alle strutture e l'accertamento della violazione dei diritti della donna: sebbene l'intento dichiarato dal legislatore fosse quello di garantire una maggiore sicurezza per le pazienti, i dati medici e scientifici portati all'attenzione dei giudici dimostrano che l'incidenza di complicazioni nelle IVG è inferiore allo 0,5 % (par. IV della decisione). Ne segue che la soluzione normativa adottata non trova alcuna ragione giustificatrice nel fattore scientifico che dovrebbe, invece, costituire la primigenia base di supporto di tali decisioni (*inter multis* cfr. S. Penasa, *La legge della scienza*, Napoli, 2015, *passim*; C. Casonato, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal*, 2014, 1, 179-208).

Significativa, anche nell'ottica di future decisioni giurisdizionali su altre leggi statali, è la concisa *concurring opinion* della giudice Ginsburg, la quale sottolinea la potenziale illegittimità di tutte le leggi TRAP, che non recano alcun beneficio per la salute, ma che limitano piuttosto la libertà delle donne di autodeterminarsi sulle proprie scelte riproduttive.

In una prospettiva di più ampio raggio, la sentenza *Hellerstedt* contribuisce a delineare una nuova fase nella tutela del diritto ad accedere all'interruzione volontaria di gravidanza. Dopo la stagione che, a partire dagli anni Settanta, ha riconosciuto che l'accesso all'IVG costituisce una parte integrante di garanzie di rango costituzionale come il diritto alla salute (C. cost., sent. n. 27/1975) e il principio di autodeterminazione (USSC, *Roe v. Wade*), ci si sta ora spostando verso un diverso tipo di sindacato, maggiormente centrato sulla valutazione di effettività delle scelte normative, anche in rapporto alla finalità in concreto perseguita dalle stesse e al peso dei dati scientifici. Sulla medesima linea direttrice si colloca il parere recentemente espresso dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali (*CGIL v. Italy*, ric. n. 91/2013, 11 aprile 2016, su cui B. Liberali, *Le problematiche applicative della legge n. 194 del 1978 relative al diritto di obiezione di coscienza ancora a giudizio*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 417; nonché il parere precedente, *IPPF EN v. Italy*, ric. n. 87/2012, 10 marzo 2014), che ha rilevato come l'inadeguata applicazione delle norme sull'obiezione di coscienza contenute nella legge n. 194/1978 abbiano l'effetto di incidere negativamente sul diritto alla salute delle donne. In particolare, così come nella sentenza *Hellerstedt*, il Comitato ha evidenziato come le norme che più o meno direttamente limitano l'accesso all'IVG abbiano l'effetto di colpire soprattutto le donne che si trovano in maggiori condizioni di fragilità per motivi economici o sociali e per le quali sarebbe, invece, ragionevole aspettarsi uno sforzo verso una maggiore tutela da parte dell'ordinamento.

Questo genere di decisioni, in definitiva, vale a dimostrare quanto la realizzazione del dettato costituzionale passi necessariamente attraverso la misurazione dell'impatto concreto delle scelte legislative sui diritti individuali, alla luce del fondamento scientifico delle stesse e dell'effettiva tutela delle posizioni giuridiche che vengono in rilievo.

* Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di diritto pubblico, internazionale e comunitario dell'Università degli Studi di Padova.