

## **Whole Woman's Health v. Hellerstedt: nuove dimensioni del diritto all'aborto negli Stati Uniti\***

di **Antonia Baraggia** – *Assegnista di Ricerca, Università degli Studi di Milano*

**ABSTRACT:** The article analyses the US Supreme Court Case *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, decided on June 27, 2016. It represents a landmark case within the case law of the US Supreme Court on abortion, in which the Court, eventhough it uses the undue burden test, framed by the Court itself in 1992 in *Planned Parenthood v. Casey*, gives a new interpretation to such a test, able to reshape the abortion conflict in the US legal context.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. 2. Il caso: origine e approdo alla Corte Suprema. 3. L'undue burden test tra ratio del legislatore ed evidenze scientifiche. 4. Gli scenari aperti da *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*

### **1. Introduzione**

Il 27 Giugno 2016 la Corte Suprema americana ha deciso l'atteso caso *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*<sup>1</sup>, dichiarando l'incostituzionalità della legge texana HB2<sup>2</sup> che – collocandosi nel filone di quelle che sono state definite TRAPs laws<sup>3</sup> – imponeva, a protezione della salute delle donne, il rispetto di rigorosi requisiti di natura tecnico-sanitaria ai professionisti che offrono servizi abortivi e alle cliniche che li praticano nello Stato del Texas: in particolare la legislazione texana richiedeva ai medici operanti in cliniche ove si effettuano aborti di essere afferenti ad una struttura ospedaliera distante non più di 30 miglia dalla clinica stessa (*admitting privileges*) e imponeva alle cliniche il rispetto dei requisiti sanitari previsti per gli ambulatori chirurgici (*surgical center requirement*). L'effetto di simili previsioni – su cui fa leva la Corte nella sua decisione - era quello di provocare la chiusura di un numero significativo di cliniche abortive presenti in Texas, rendendo

---

\* Contributo sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

<sup>1</sup> *Whole Woman's Health et al. v. Hellerstedt*, 579 U.S. (2016)

<sup>2</sup> House Bill 2 (H. B. 2 or Act), approvato dal legislatore dello Stato del Texas nel 2013.

<sup>3</sup> Targeted Regulation of Abortion Providers sulle quali si veda R. SIEGEL, L. GREENHOUSE, *Casey and the Clinic Closings: When 'Protecting Health' Obstructs Choice*, in *Yale Law Journal*, 2016, vol. 125, 1150.

potenzialmente l'accesso all'aborto per le donne residenti in zone prive di tali cliniche oneroso e difficoltoso<sup>4</sup>.

Numerosi sono i profili di interesse che tale caso solleva: il primo riguarda il tema generale del rapporto tra federalismo e diritti che, sin dal caso *Roe v. Wade*, ha percorso il tema della regolamentazione dell'aborto in America; il secondo riguarda più specificatamente il ruolo che il legislatore ha nel regolamentare l'aborto e nella protezione dei diversi interessi in rilievo (protezione della vita prenatale, protezione della salute della donna, tutela della libertà di scelta della donna) e il ruolo del potere giudiziario di fronte alla discrezionalità del legislatore; il terzo, infine, attiene ad un nuovo approccio al tema dell'aborto, declinato non più solo in termini di "rights talk", essendo il diritto all'aborto - seppur in diverse forme e intensità - ammesso nella quasi totalità degli ordinamenti contemporanei, ma anche e prevalentemente in termini di "rights extension" o "rights effectivity", cioè rispetto alle modalità con cui un ordinamento interviene regolando *concretamente* l'accesso all'aborto.

Si tratta di aspetti già affrontati dalla giurisprudenza americana in materia di aborto ed in particolare nel caso *Planned Parenthood v. Casey*, dove la Corte, come noto, ha introdotto lo standard dell'*undue burden test* al fine di verificare che legittime restrizioni o requisiti posti nella regolamentazione dell'aborto in nome dei "compelling state interest" della tutela della vita potenziale o della salute della donna non sottendessero, invece, il celato fine di ostacolare la donna nell'esprimere liberamente la scelta abortiva. L'*undue burden test*, la sua applicazione e ed estensione rappresentano lo standard utilizzato dalla Corte Suprema (e dalle altre Corti) nel vagliare la costituzionalità di leggi restrittive in tema di aborto e tuttavia sulla sua interpretazione si scontrano diverse posizioni, come testimonia il complesso iter giudiziario che ha portato il caso in esame di fronte alla Corte Suprema. Quest'ultima ha preso posizione nella diatriba circa l'interpretazione dell'*undue burden test*, e lo fatto in un modo tanto netto che la sentenza in commento può essere considerata "quale punto di avvio di una nuova fase di quella che potremmo definire abortion rights adjudication negli Stati Uniti"<sup>5</sup>, in grado addirittura di "reshape the abortion conflict"<sup>6</sup>.

## **2. Il caso: origine e approdo alla Corte Suprema**

Nel 2013 lo Stato del Texas ha approvato una legge (HB2) che imponeva, come sopra accennato i c.d. *admitting privileges* e *surgical center requirements* rispettivamente per i medici che praticano in cliniche abortive e per queste ultime.

I ricorrenti, una serie di "abortion providers" texani, hanno invocato, prima ancora che la legge entrasse in vigore, l'incostituzionalità della stessa - sotto il solo profilo della previsione degli *admitting privileges*, di fronte alla Corte distrettuale federale, la quale ne accordava la sospensione dell'entrata in vigore. Tre giorni dopo, tuttavia il V Circuito si è pronunciato in maniera contraria

---

<sup>4</sup> Sugli effetti quantitativi della legge texana si rimanda a E. CHIEREGATO, *La Corte Suprema condanna la chiusura delle cliniche abortive: un commento a Whole Woman's Health et al. v. Hellerstedt*, in questa Rivista, n.3/2016.

<sup>5</sup> L. BUSATTA, *Effettività dei diritti e dati scientifici: verso una nuova era dell'abortion rights adjudication negli Stati Uniti*, in *Quad. cost.*, n. 4/2016, 808.

<sup>6</sup> L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for the Abortion Rights after Whole Woman's Health*, in *The Yale Law Journal Forum*, 12 ottobre, 2016, 150.

(Planned Parenthood of Greater Tex- Surgical Health Servs. V. Abbott, 2013) permettendo l'entrata in vigore della legge HB2.

Cinque giorni dopo la sentenza del V Circuito, un altro gruppo di abortion service providers – tra le cui fila si annoveravamo anche i ricorrenti nel caso sopra menzionato – ha sollevato un'analogha doglianza di fronte alla Corte Federale Distrettuale, chiedendo che venisse bloccata l'attuazione questa volta di entrambi i requisiti previsti dalla legge HB2, ormai in vigore. La Corte distrettuale ha accolto i ricorsi ritenendo che i requisiti posti dalla legge texana configurassero un *undue burden* rispetto al diritto di abortire delle donne in alcune aree del Texas (Rio Grande Valley, El Paso e West Texas), provocando la chiusura di molte cliniche abortiste che operavano legalmente nel 2013 in Texas. I ricorrenti hanno dunque ottenuto la sospensione delle previsioni di leggi.

Tuttavia, la Corte di Appello, adita dallo Stato del Texas, nel giugno del 2015, ha sovvertito le conclusioni della Corte distrettuale, muovendo da considerazioni tanto procedurali che sostanziali.

Rispetto alle prime la Corte d'Appello, ha ritenuto che avendo parte dei ricorrenti già agito in giudizio nel caso Abbott in riferimento alle medesime doglianze, essa non avrebbe potuto giudicar nel merito tali ricorsi applicandosi il principio della *res giudicata*, rilievo che sarà poi significativamente ripreso dal giudice Alito nella sua *dissenting opinion* nel caso in commento. Rispetto alle seconde, invece, la Corte d'Appello ha affermato che entrambi i requisiti richiesti dalla HB2 erano ragionevolmente correlati ad un legittimo interesse dello stato, aumentando lo standard e la qualità dell'assistenza per le donne in procinto di abortire e proteggendo in tal modo la loro salute<sup>7</sup>.

È dunque al termine di tale iter che il caso è giunto alla Corte Suprema, la quale come anticipato, dichiara non solo i ricorsi ammissibili, ma dichiara altresì l'incostituzionalità della legge texana, sovvertendo le conclusioni della Corte d'appello alla luce di una interpretazione dell'*undue burden* test diametralmente opposta.

In riferimento all'argomento della *res giudicata*, la Corte Suprema ritiene che, pur essendo le doglianze dei ricorrenti nel caso Abbott e nel caso in esame vertenti sullo stesso profilo della legge texana (gli *admitting privileges*), le circostanze fattuali siano mutate nei due casi, nel primo non essendo la legge ancora entrata in vigore – e non avendo dunque dispiegato effetto alcuno – nel secondo, invece, essendo la legge entrata in vigore e avendo concorso a determinare la chiusura di numerose cliniche. In definitiva la Corte afferma che “the challenge brought in this case and the one in Abbott are not the “very same claim”, and the doctrine of claim preclusion consequently does not bar a new challenge to the constitutionality of the admitting-privileges requirement”<sup>8</sup>.

Muovendo invece al merito della questione, il ragionamento della Corte è centrato, ancora una volta, sulla verifica dell'*undue burden standard*, ovvero sulla verifica che una legge, che pure persegua “a legitimate state interest”, non abbia al contempo “the effect of placing a substantial obstacle in the path of a woman’s choice”<sup>9</sup>. Tuttavia a differenza della Corte d'Appello e del V Circuito – che avevano adottato un approccio “*rational basis*” – valutando cioè la ratio sottesa alle restrizioni di legge che afferma un principio vitale dell'autogoverno democratico<sup>10</sup> – la Corte Suprema si muove sul terreno delle evidenze fattuali, che la portano a ponderare – attraverso

---

<sup>7</sup> Whole Woman’s Health v. Hellerstedt, cit., 9.

<sup>8</sup> *Ibidem*, 14.

<sup>9</sup> *Ibidem*, 19.

<sup>10</sup> Planned Parenthood of Greater Tex. Surgical Health Servs. V. Abbott, 2014.

l'analisi di dati concreti, di prove scientifiche, di valutazioni circa l'impatto reale sulla vita delle donne – il rapporto “costi-benefici”<sup>11</sup> delle restrizioni introdotte dal legislatore.

Afferma, infatti, il giudice Breyer che la regola enunciata in Casey, “requires that Courts consider the burdens a law imposes on abortion access together with the benefits those laws confer” e che “the Court, when determining the constitutionality of laws regulating abortion procedures, has placed considerable weight upon evidence and argument presented in judicial proceedings”<sup>12</sup>.

In definitiva la Corte Suprema, introduce una nuova interpretazione dell'*undue burden* test, che potremmo definire “*evidence based*”, in quanto la legittimità della scelta discrezionale del legislatore viene valutata alla luce dei dati scientifici e delle conseguenze fattuali della scelta stessa, diventando dunque la “razionalità scientifica presupposto di legittimazione di una legge”<sup>13</sup>.

### 3. *L'undue burden test tra ratio del legislatore ed evidenze scientifiche*

L'*undue burden* test, come è emerso dalla breve ricostruzione precedente, è il parametro di riferimento utilizzato tanto dei giudici che hanno dichiarato l'incostituzionalità delle restrizioni di legge previste, quanto da quelli che ne hanno dichiarato la conformità a costituzione, a dimostrazione dell'incertezza interpretativa che circonda il concetto e la sua applicazione. Tuttavia, come osserva Reva Siegel, “this is not as surprising as it might at first seem. Casey was crafted by moderates responding to concerns raised both by those who wanted to overturn Roe v. Wade, and those who wanted to preserve constitutional protections for the abortion right”<sup>14</sup>. È proprio in questo carattere ultimamente compromissorio dei Casey, che va dunque rintracciata l'ambiguità sottesa al concetto di *undue burden*. Ambiguità che viene tuttavia sciolta proprio dalla Corte Suprema la quale si discosta nettamente da un'interpretazione dell'*undue burden* volta meramente ad accertare la ratio della scelta legislativa – esercitata nell'ambito della discrezionalità del legislatore – giungendo ad indentificare “real limits on state efforts to restrict women's access to abortion” e ancor di più indicando ai giudici “how to apply the Casey framework in evaluating the benefits and burdens of restrictions on abortion”<sup>15</sup>.

Rispetto al requisito degli *admitting privileges*, in particolare, la Corte Suprema, riportando una serie di “evidences”, giunge a conclusione che la legge in questione non sia giustificata alla luce dei

---

<sup>11</sup> K. C. WALSH, *The constitutional law of abortion after Whole Woman's Health – What comes next?*, Scotusblog.com, 28 giugno 2016. L'Autore afferma, criticamente, che “What may appear on the surface of judicial opinions to be a cost-benefit analysis is likely to reflect either (1) decisions on other grounds (as often happens in dormant Commerce Clause analysis of non-discriminatory state legislation under *Pike v. Bruce Church*), or (2) judicial selectivity about which facts matter and why (as often happens in the effects prong of Establishment Clause analysis under *Lemon v. Kurtzman*)”.

<sup>12</sup> *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 20.

<sup>13</sup> Si veda A. D'ALOIA, *Giudice e Legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016, 113, e A. SPADARO, *Sulle tre forme di legittimazione (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato Costituzionale contemporaneo*, in A. D'ALOIA, (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, 2005, Giappichelli, Torino, 569 ss.

<sup>14</sup> R. SIEGEL, *Casey and the Clinic Closing: When “protecting health” obstructs choice*, cit., 1431.

<sup>15</sup> L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for the Abortion Rights after Whole Woman's Health*, cit., 150.

benefici in favore della salute della donna, ponendo al contrario “a substantial obstacle in the path of a woman’s choice”<sup>16</sup>.

Tra le “evidences” addotte dalla Corte vi sono studi scientifici che mostrerebbero la frequenza del tutto irrisoria di complicanze relative all’aborto nei primi tre e sei mesi di gravidanza (rispettivamente lo 0,15% e lo 0,50% di complicanze) e testimonianze di esperti secondo i quali l’eventualità della necessità di ricorrere a strutture ospedaliere a seguito di un aborto sarebbe remota e quasi mai necessaria per la tutela della salute della donna.

A ciò si aggiunga l’effetto della previsione di legge censurata, ovvero la chiusura di metà delle cliniche praticanti aborti in Texas. Tale riduzione del numero delle strutture, afferma la Corte “meant fewer doctors, longer waiting times and increased crowding”<sup>17</sup>, oltre che un aumento della distanza per molte pazienti dalla clinica ed esse più vicina.

In particolare, sebbene, quest’ultimo aspetto, per esplicita ammissione della Corte, non necessariamente costituisce un undue burden<sup>18</sup>, nel caso in esame, viene ad aggiungersi ad altri ostacoli che, considerati cumulativamente e alla luce dell’assenza di un reale beneficio per la salute delle donne, configurano senza ombra di dubbio un undue burden. Degno di rilievo è che la Corte nel caso in esame non solo valuta la concreta possibilità dell’accesso all’aborto (*an*), ma anche la sua realizzazione qualitativa (*quomodo*), ponendo particolare attenzione alle condizioni in cui le donne possono portare a termine la loro scelta.

Come si può intuire siamo di fronte ad una nuova interpretazione del concetto di *undue burden*, non più incentrato sulla ratio della disposizione di legge, ma sull’analisi costi-benefici della stessa, anche alla luce del dato scientifico. E quest’ultimo, anche quando incerto e dibattuto, sembra avere la meglio anche sulla discrezionalità legislativa: “the statement that legislatures, and not Courts, must resolve questions of medical uncertainty is also inconsistent with this Court’s case law. Instead the Court, when determining the constitutionality of laws regulating abortion procedures, has placed considerable weight upon evidence and argument presented in judicial proceedings”<sup>19</sup>.

Rileva criticamente questa svolta della Corte rispetto al framework elaborato in Casey, il giudice Thomas nella sua dissenting opinion, affermando che “the majority’s undue-burden test looks far less like our post-Casey precedents and far more like the strict-scrutiny standard that Casey rejected, under which only the most compelling rationales justified restrictions on abortion”<sup>20</sup>.

Condivisa o meno la presa di posizione della Corte, essa rappresenta una svolta importante nella giurisprudenza in tema di abortion right della stessa, suscettibile di applicazione non solo rispetto ad altre leggi statali emanate alla luce della tutela della salute della donna, ma anche rispetto a normative restrittive dell’aborto in nome della protezione della vita prenatale.

#### **4. Gli scenari aperti da *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt***

Come già accennato, la decisione in esame non è solo interessante per il caso in sé, ma è destinata più in generale a ridefinire i confini del dibattito costituzionalistico americano in tema di aborto, nel quale si fronteggiano posizioni contrastanti.

---

<sup>16</sup> *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, cit., 24.

<sup>17</sup> *Ibidem*, 26.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*, 20.

<sup>20</sup> *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, Thomas J, Dissenting, 10.

Autorevole dottrina ha rilevato che l’approccio *evidence based* adottato dalla Corte e il contestuale rifiuto del *rational basis scrutiny*, fornisce, in definitiva, ai giudici gli strumenti per applicare l’*undue burden test* – come ridefinito dalla Corte stessa – a tutte le leggi suscettibili di imporre restrizioni alla scelta abortiva, non solo in nome della tutela della salute della donna ma anche della protezione della vita prenatale<sup>21</sup>. Come osserva Reva Siegel, “evidence based balancing of this kind should also guide courts in evaluating fetal-protective abortion restrictions that rest on the contested factual claims – for example, claims that abortion before viability inflicts fetal pain<sup>22</sup>”.

Altra parte della dottrina ha, invece, messo in evidenza le carenze di un simile approccio, “which inescapably – even if only implicitly – requires the valuation and commensuration of incommensurable objects. Take, for example, a law that bans abortions after twenty weeks gestational age. Hard to deny that the twenty-plus-week-old human fetus is a human baby... What does, or will, our law say about the costs and benefits of a law that protects these babies, or of a constitutional regime that disables meaningful legal protection for them?<sup>23</sup>”.

Al di là delle diverse letture dell’approccio *evidence based*, siamo di fronte – come il giudice Thomas rileva nella sua dissenting – ad una “reconfiguration” dello standard di scrutinio applicato alle restrizioni in materia di aborto, attraverso una sorta di “right-specific exception<sup>24</sup>”.

Nonostante *Whole Woman’s Health* rappresenti indubbiamente una sconfitta del movimento pro-life e delle strategie volte a stringere le maglie del diritto all’aborto attraverso l’azione legislativa, simili divergenti letture mostrano come sul piano costituzionale il tema del diritto all’aborto ed in particolare del rapporto tra discrezionalità legislativa e attivismo giudiziario sia quanto mai aperto e suscettibile di mutamento anche alla luce dei possibili nuovi equilibri che la nomina del nuovo giudice Neil Gorsuch determinerà.

---

<sup>21</sup> M. ZIEGLER, *The Court once again makes the “undue-burden” test a referendum on the facts*, in Scotusblog, 27 giugno 2016. L’A. afferma che “this decision is important because of what it says about how the Court should approach any abortion restriction, not just the ones analyzed by the Justices today. Breyer’s opinion offers a few clues about how courts should apply the “undue burden” test going forward. First, courts have to consider not only whether a law eliminates access but also whether a regulation benefits anyone”.

<sup>22</sup> L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for the Abortion Rights after Whole Woman’s Health*, cit., 161.

<sup>23</sup> KEVIN WALSH, *The constitutional law of abortion after Whole Woman’s Health – What comes next?*, cit.

<sup>24</sup> *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, Thomas J, Dissenting, 16. In particolare il giudice Thomas afferma, citando Scalia, che “a jurisprudence of right-specific exceptions and balancing test is a regrettable concession of defeat – an acknowledgement that we have passed the point where ‘law’, properly speaking, has any further application”, Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. Chi. L. Rev. 1175, 1182 (1989).