

## Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'*Obamacare*\*

di Chiara Bologna \*\*  
(15 ottobre 2012)

Sommario: 1. Riformare la sanità negli Stati Uniti d'America. – 2. Il sistema prima della riforma del 2010. – 3. Da Mitt Romney un laboratorio per Obama? Il caso del Massachusetts. – 4. Uno spaccato del funzionamento delle istituzioni americane: l'iter di approvazione della riforma. – 5. Il contenuto della riforma. – 5.1. Il mandato individuale. – 5.2. I vincoli alle compagnie assicurative. – 5.3. *Health insurance exchanges*. – 5.4. Il *play or pay* per le aziende di maggiori dimensioni. – 5.5. L'estensione del *Medicaid*. – 6. Riforma sanitaria e assetto federale: i dubbi di incostituzionalità. – 7. La decisione della Corte suprema: legittimità del mandato individuale e incostituzionalità dell'estensione del *Medicaid* – 8. Segue: sovranità degli stati federati e limitazione dei poteri federali. – 9. La parabola inconclusa dell'*Obamacare*.

1. – Il 28 giugno 2012 la Corte suprema degli Stati Uniti d'America ha emesso una sentenza storica, relativa al caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius*<sup>1</sup>, con la quale si è pronunciata sulla legittimità costituzionale della riforma sanitaria, approvata dal Congresso nel marzo 2010<sup>2</sup> e considerata la principale eredità dell'amministrazione Obama. La decisione, che come vedremo considera compatibile con la Costituzione gran parte del provvedimento, ha attenuato ma non risolto la lunga serie di conflitti sociali e politici sollevati dalla proposta di riforma, avanzata dal candidato democratico sin dalla campagna elettorale per le presidenziali del 2008 e divenuta nota, infatti, come *Obamacare*. La fisionomia del sistema sanitario fu anzi, come si ricorderà, uno dei temi centrali del confronto tra John McCain e Barack Obama, il primo sostenitore di un modello di sanità vicino a quello esistente e dunque ispirato ai principi del libero mercato, il secondo (accusato per tali proposte di essere un *socialist*) sostenitore della necessità di un' incisiva regolamentazione federale volta a garantire l'universalità dell'accesso alle prestazioni sanitarie<sup>3</sup>.

La presenza di aspri contrasti dinanzi a una proposta di riforma della sanità non costituisce un elemento di novità nello scenario statunitense: la stessa presidenza «imperiale»<sup>4</sup> di Franklin Delano Roosevelt vide naufragare la propria proposta di istituire un'assicurazione nazionale contro le malattie, e successivi analoghi fallimenti furono vissuti, ad esempio, dalle amministrazioni Truman e Clinton<sup>5</sup>.

\* Scritto sottoposto a *referee*.

<sup>1</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services* (2012) il cui testo è disponibile sul sito della Corte suprema (*slip opinion*: [www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-393c3a2.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-393c3a2.pdf)).

<sup>2</sup> La riforma del marzo 2010, come vedremo, è costituita in realtà da due provvedimenti: il *Patient Protection and Affordable Care Act*, Pub.L. 111-148, March 23, 2010, 124 Stat. 119 e l'*Healthcare and Education Reconciliation Act*, Pub.L. 111-152, March 30, 2010, 124 Stat. 1029.

<sup>3</sup> Sulle proposte dei due candidati cfr. il *report* del Commonwealth Fund: S.R. Collins, J.L. Nicholson, S.D. Rustgi, K. Davis, *The 2008 Presidential Candidates' Health Reform Proposals: Choices for America*, The Commonwealth Fund, October 2008 ([www.commonwealthfund.org/](http://www.commonwealthfund.org/)).

<sup>4</sup> A.M. Schlesinger, *La Presidenza imperiale*, Milano, Comunità, 1980. L'analisi di Schlesinger si focalizza in realtà, come noto, sul crescente ruolo dell'esecutivo nella gestione della politica estera, analizzando il periodo tra gli anni Quaranta e Settanta del XX secolo. Condivisa è tuttavia la ricostruzione della lunga Presidenza di Franklin Delano Roosevelt come quella che ha trasformato la forma di governo statunitense in forma compiutamente presidenziale: in tema cfr. S. Fabbrini, *Il presidenzialismo degli Stati Uniti*, Roma, Laterza, 1993, 59 ss.

<sup>5</sup> Per un rapido *excursus* cfr. F. Toth, «Yes, we did?», *Luci ed ombre della riforma sanitaria di Obama*, in *Riv. it. sc. pol.*, 2011, 110 ss.-

Le proposte di riformare il sistema sanitario incontrano negli Stati Uniti d'America ostacoli singolari, alimentando anche in questo contesto l'idea della peculiarità, dell'«eccezionalismo americano»<sup>6</sup>: se in ogni ordinamento, infatti, le leggi che incidono sullo stato sociale costituiscono «una codificazione formale delle relazioni sociali»<sup>7</sup>, facendo emergere inevitabilmente i conflitti presenti nell'elettorato, nella società e nella politica statunitensi tali leggi si scontrano con le radici culturali più profonde del Paese, radici legate innegabilmente all'«individualismo competitivo»<sup>8</sup>. Le origini ideologiche della nazione americana<sup>9</sup>, infatti, sono strettamente legate al *laissez-faire* e al liberalismo antistatalista dei coloni che si opposero alla soffocante madrepatria inglese, nonché all'individualismo e all'*egalitarianism* delle religioni metodista e battista, per le quali eguaglianza significa pari opportunità e meritocrazia competitiva<sup>10</sup>. Ogni proposta di riforma del sistema sanitario che preveda dunque un ruolo regolatore per i poteri pubblici e ambisca a garantire l'universalità dell'assistenza sanitaria in deroga al principio della responsabilità individuale, si scontra, inevitabilmente, con queste radici culturali, dalle quali emerge invece la convinzione che le azioni governative volte a correggere gli effetti negativi dei mercati possono implicare un'accettazione delle cattive scelte individuali: «la carità – secondo molti statunitensi – produce pigrizia, i programmi sociali conducono all'inefficienza»<sup>11</sup>.

Fa eco a questa impostazione ideologica la mancanza di garanzie costituzionali per i diritti sociali, i c.d. *positive rights*. Se tale lacuna non sorprende in una costituzione liberale settecentesca, proprio la citata cultura dell'individualismo competitivo, tuttora prevalente, è forse alla base anche dell'attuale mancato accoglimento, da parte della giurisprudenza, delle suggestioni dottrinali<sup>12</sup> che pur hanno caldeggiato interpretazioni evolutive del testo costituzionale, che includessero la tutela delle libertà *mediante* lo stato.

La difficoltà di riformare il sistema sanitario statunitense non ha tuttavia solo ragioni culturali, ma anche precise motivazioni istituzionali. Il circuito decisionale americano ha, come molti ordinamenti, diversi protagonisti che tuttavia acquistano, nel contesto statunitense, un peculiare potere di veto o comunque di forte influenza sul risultato finale. Ciò è dovuto ad una serie di circostanze<sup>13</sup>: la netta separazione dei poteri (e la conseguente debolezza della Presidenza nei casi di *divided government*), il forte ruolo delle Commissioni congressuali in grado di far arenare qualunque progetto di legge, la scarsa disciplina di partito e il ruolo - determinante - dei gruppi di pressione. Furono ad esempio le ostilità dell'AMA, l'*American Medical Association*, il principale ostacolo

<sup>6</sup> L'espressione, utilizzata per la prima volta da Alexis de Tocqueville nel 1831 (A. de Tocqueville, *Democracy in America*, New York, Knopf, 1948, 36-37), è ancora oggi utilizzata per indicare la dottrina che sostiene il carattere peculiare, eccezionale appunto, dell'esperienza statunitense rispetto agli altri Paesi sviluppati nei quali è possibile rinvenire regolarità in essa non rintracciabili. Sull'eccezionalismo americano cfr. in generale B.E. Shafer, *Is America Different? A New Look at American Exceptionalism*, Oxford (UK), Clarendon Press, 1991, e sull'applicazione di questa categoria al tema della sanità cfr. G. Freddi, *La sanità statunitense: il problema centrale del sistema politico e della società civile*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2009, n. 2, 43 ss.

<sup>7</sup> S. Rosenbaum, *Realigning the Social Order: The Patient Protection and Affordable Care Act and the U.S. Health Insurance System*, 7 *Health & Biomed. L.* (2011), 4.

<sup>8</sup> G. Freddi, *La sanità statunitense*, cit., 46.

<sup>9</sup> Sulle radici culturali dell'eccezionalismo statunitense cfr. S.M. Lipset, *American Exceptionalism: a Double-edged Sword*, Norton, New York-London, 1996, 31 ss.

<sup>10</sup> Su questa peculiare nozione di "egalitarismo" cfr. G. Freddi, *L'anomalia americana. Perché è tanto difficile, se non impossibile, riformare la sanità statunitense*, Milano, Vita e Pensiero, 2012, 33.

<sup>11</sup> J. Morone, *Hellfire Nation: The Politics of Sin in American History*, New Haven-London, Yale University Press, 2003, 451.

<sup>12</sup> F.I. Michelman, *On protecting the poor through the fourteenth amendment*, 83 *Harv. L. Rev.* (1968), 78 ss.; L.H. Tribe, *Unraveling National League of Cities: the New Federalism and Affirmative Rights to Essential Government Service*, 90 *Harv. L. Rev.* (1977), 1065 ss.

<sup>13</sup> G. Freddi, *L'anomalia americana*, cit., 136.

incontrato dal presidente Roosevelt e poi, cinquant'anni dopo, fu proprio il *lobbying* delle compagnie assicurative, organizzate nell'*Health Insurance Association of America*, il maggior nemico del progetto di riforma della sanità sostenuto da Bill Clinton<sup>14</sup>.

L'insieme dei fattori analizzati ha impedito dunque che fosse varata negli Stati Uniti una disciplina organica del sistema sanitario, ma ha fatto sì che si creasse invece un «non sistema»<sup>15</sup>, frutto della stratificazione di discipline settoriali e parziali, caratterizzato comunque dalla centralità del settore privato sia nell'erogazione delle prestazioni sia nel finanziamento delle stesse, tramite sistemi di assicurazioni volontarie.

Il ruolo dei poteri pubblici, federali e statali, piuttosto circoscritto sino agli anni sessanta<sup>16</sup>, cresce invece durante l'amministrazione di Lyndon Johnson che, nell'ambito del progetto della *Great Society*<sup>17</sup>, raccogliendo il testimone del Presidente Kennedy, guidò l'approvazione da parte del Congresso, nel 1965, del *Medicare*<sup>18</sup> e del *Medicaid*<sup>19</sup>, i programmi nazionali di assistenza sanitaria ad anziani e indigenti.

2. – La sanità statunitense con la quale si confronta l'amministrazione Obama è composta dunque da un insieme di sistemi applicati a diverse categorie di cittadini: gli anziani e gli indigenti, assistiti come si è detto da due differenti programmi pubblici, e la popolazione rimanente, che deve affidare invece la propria copertura sanitaria alla stipula volontaria di polizze assicurative<sup>20</sup>.

In quest'ultimo caso prevale la formula dell'*employer-based insurance*, cioè la polizza ottenuta dai lavoratori come parte della retribuzione, polizza idonea a garantire la copertura delle spese sanitarie sia ai lavoratori sia alle loro famiglie. Tale meccanismo non esclude tuttavia un aggravio per il bilancio pubblico: al fine di favorire gli *employer sponsored programs*, infatti, tutta la parte della retribuzione investita in questi programmi è deducibile dalla base imponibile della tassazione sul reddito del lavoratore, facendo sì, peraltro, che a seguito del mancato gettito, siano indirettamente proprio i cittadini con redditi più alti (e quindi con polizze assicurative più costose) a ricevere il maggior sostegno pubblico<sup>21</sup>. I datori di lavoro, tuttavia, a parte il caso del Massachusetts e delle Hawaii dove una disciplina statale lo impone<sup>22</sup>, non sono tenuti a fornire obbligatoriamente tale polizza ai dipendenti: nel corso degli ultimi anni quindi, caratterizzati dal crescere del costo dei premi assicurativi e dalla crisi economica, si è assistito inevitabilmente ad una riduzione del numero delle imprese in grado di assicurare tale copertura<sup>23</sup>. In alternativa

<sup>14</sup> V. G. Maciocco, P. Salvadori, P. Tedeschi, *Le sfide della sanità americana*, Roma, Il Pensiero scientifico Editore, 2010, 6 ss.

<sup>15</sup> R. Casella, *La riforma sanitaria di Barack Obama*, in *Studi parl.*, n. 165-166, 2009, 29, nota 1.

<sup>16</sup> I governi statali intervenivano, oltre che fissando standard sanitari cui dovevano rispondere le strutture ospedaliere e disciplinando in misura minima il mercato assicurativo, coprendo una parte dei costi di ricovero e assistenza degli indigenti; il governo federale erogava principalmente contributi per la costruzione di ospedali e per finanziare la ricerca, oltre che fondi vincolati agli stati per la cura di malattie specifiche, quali la tubercolosi: sul welfare precedente l'adozione di *Medicare* e *Medicaid* cfr. G. Amato, *Democrazia e redistribuzione. Un sondaggio nel welfare statunitense*, Bologna, Il Mulino, 1983, 11 ss.

<sup>17</sup> Cfr. in tema S.M. Milkis, J.M. Mileur, *The Great Society and the High Tide of Liberalism*, Amherst-Boston, University of Massachusetts, 2005.

<sup>18</sup> *Health Insurance for the Aged Act*, 79 Stat. 286.

<sup>19</sup> *Grants to States for Medical Assistance Programs Act*, 79 Stat. 343. Il *Medicare* e il *Medicaid* sono in realtà, rispettivamente, i titoli XVIII e XIX della legge sulla Sicurezza Sociale, così come risulta emendata dalla legge del 30 luglio 1965 (Pub.L. 89-97). In tema cfr. G. Amato, *op. cit.*, 40 ss.

<sup>20</sup> Affianco a tali macrosistemi vi sono anche alcuni programmi pubblici riservati a categorie specifiche quali i veterani o i malati di Hiv/Aids: A. Leibowitz, M.A. Peterson, *Perspectives on the U.S. Health Care System*, in *Riv. it. pol. pub.*, 2009, n.2, 21-22.

<sup>21</sup> B.W. Joondeph, *Tax Policy and Health Care Reform: Rethinking the Tax Treatment of Employer-Sponsored Health Insurance*, in 1995 B.Y.U. L. Rev., 1229 ss.

<sup>22</sup> A. Leibowitz, M.A. Peterson, *op. cit.*, 19.

<sup>23</sup> Cfr., per i dati relativi al 2008, Kaiser Family Foundation and Health Research and Educational Trust, *Employer Health Benefits: 2008 Annual Survey*, Menlo Park-Chicago, 2008, 36, disponibile all'indirizzo



all'interruzione del *benefit*, le aziende hanno offerto ai loro dipendenti piani assicurativi con alti livelli di franchigia, meno costosi per i datori di lavoro, ma che ovviamente richiedono notevoli sforzi economici ai lavoratori, chiamati a pagare personalmente le prestazioni fino all'ammontare della franchigia stessa<sup>24</sup>.

Decisamente esiguo è il numero di coloro che acquistano una polizza assicurativa singolarmente: essa è infatti più costosa (poiché il singolo non ha il potere contrattuale di un'impresa che acquista centinaia o migliaia di polizze), nonché subordinata ad una serie di limitazioni fissate dalle compagnie assicurative. Queste ultime infatti sono libere di non garantire la copertura sanitaria per malattie preesistenti alla stipula della polizza, nonché di rifiutare *tout court* la copertura assicurativa in caso di malattie croniche<sup>25</sup>.

Per quanto concerne invece le modalità di rimborso del costo delle prestazioni, il sistema assicurativo sanitario è stato, fino agli anni Ottanta, riconducibile prevalentemente al modello tradizionale dell'*indemnity insurance*<sup>26</sup>, in base al quale l'assicurazione si impegnava a rimborsare la totalità o una cospicua percentuale delle spese sostenute dall'assicurato, lasciandogli libertà di scelta circa le strutture delle quali servirsi. Questo meccanismo tuttavia non prevedeva seri deterrenti contro la crescita dei costi: le strutture sanitarie erano incentivate a far svolgere anche trattamenti non strettamente necessari, le compagnie assicurative aumentavano conseguentemente i premi, ma le imprese vedevano crescere la difficoltà di far fronte ai costi degli *employer sponsored programs*.

Le assicurazioni si trasformano quindi negli anni più recenti in *managed care organizations* (MCOs)<sup>27</sup>, poiché cessano di rimborsare semplicemente i costi delle prestazioni sanitarie dei loro assicurati e si trasformano in sistemi di gestione integrata del servizio assicurativo e sanitario; diventano cioè organizzazioni che finanziano ed erogano le prestazioni sanitarie integrando l'attività di assicuratori, medici e strutture ospedaliere<sup>28</sup>. Se tale sistema permette una razionalizzazione dei costi, attraverso l'utilizzo di strutture sanitarie gestite direttamente dalla MCO o comunque con essa convenzionate, non mancano, secondo alcuni, elementi problematici derivanti sia dalla scarsa libertà di scelta del paziente, che deve rivolgersi a determinati operatori sanitari, sia dalla ridotta autonomia clinica dei medici, impegnati a non superare i costi delle cure sanitarie contrattati con la MCO<sup>29</sup>. Si pensi ad esempio alle *Independent Practice Association*, uno dei modelli di *managed care*: in questo caso l'assicurazione non fornisce i servizi sanitari ma si rivolge a strutture o professionisti che ricevono in alcuni casi una quota annuale per ciascun assicurato<sup>30</sup>. Il rischio economico della malattia è condiviso così da assicurazione e professionista sanitario, poiché a carico di quest'ultimo saranno le prestazioni eccedenti il *forfait* ricevuto dall'assicurazione. Se tale meccanismo incentiva, come è stato notato<sup>31</sup>, la medicina preventiva che risulta economicamente vantaggiosa per le strutture sanitarie (che evitano di dover sopportare i costi più gravosi di una malattia in stato avanzato), non

---

[www.kff.org/insurance/ehbs-archives.cfm](http://www.kff.org/insurance/ehbs-archives.cfm), dove sono pubblicati tutti i dossier annuali.

<sup>24</sup> Cfr. G. Maciocco, P. Salvadori, P. Tedeschi, *op. cit.*, 38 ss.

<sup>25</sup> A. Leibowitz, M.A. Peterson, *op. cit.*, 21.

<sup>26</sup> Cfr. A. Leibowitz, M.A. Peterson, *op. cit.*, 23 ss.

<sup>27</sup> La nascita della *managed care* fu incentivata quale strumento di razionalizzazione dei costi dall'amministrazione Nixon che disciplinò il primo modello, le *Health Maintenance Organizations*, nel 1973 (cfr. *Health Maintenance Organization Act*, Pub.L. 93-222, December 29, 1973, 87 Stat. 914). In tema cfr. G. Amato, *op. cit.*, 80 ss. Sulle precedenti esperienze di *health maintenance organizations*, nate spontaneamente fin dal secondo dopoguerra come strutture sanitarie composte da personale medico reclutato *ad hoc* da grandi imprese cfr. G. Freddi, *La sanità statunitense*, cit., 58

<sup>28</sup> C. Bassu, *La riforma sanitaria negli Stati Uniti d'America: un modello federale di tutela della salute?*, in G.G. Carboni (cur.), *La salute negli Stati composti. Tutela del diritto e livelli di governo*, Torino, Giappichelli, 2012, 37.

<sup>29</sup> R. Casella, *op. cit.*, 38.

<sup>30</sup> R. Casella, *op. cit.*, 35.

<sup>31</sup> E. Mostacci, *La quadratura del cerchio: il sistema sanitario statunitense alla ricerca di inclusione*, in DPCE, 2010, 1547.

mancono tuttavia le perplessità derivanti da un sistema che ha inevitabilmente una finalità precipuamente economica e che prevede, in alcuni casi, la riduzione dei salari dei medici che erogano prestazioni troppo costose o il mancato pagamento della retribuzione al personale medico fino al momento in cui non sia definito il costo dei loro pazienti<sup>32</sup>.

Parte della popolazione, come si diceva, è tutelata da programmi pubblici: il *Medicare* e il *Medicaid*. Il primo è un sistema di assicurazione nazionale, rivolto agli ultrasessantacinquenni<sup>33</sup>, attraverso il quale il governo federale rimborsa le spese sanitarie sostenute dai beneficiari o sostiene i costi della loro iscrizione ad un sistema di *managed care*. Il programma, oltre che con fondi pubblici, è cofinanziato dai datori di lavoro e dai lavoratori che a tal fine versano un apposito tributo durante il periodo di attività lavorativa, per poi maturare, al compimento del sessantacinquesimo anno di età, il diritto ad essere iscritti nel programma. La copertura assicurativa copre obbligatoriamente alcune prestazioni come i ricoveri ospedalieri, mentre l'assistenza medica, l'attività di *screening* e il costo dei medicinali richiedono apposite assicurazioni volontarie (fornite o comunque approvate da *Medicare*) con il relativo pagamento di ulteriori premi assicurativi da parte degli iscritti<sup>34</sup>.

Mentre il *Medicare*, costituito sostanzialmente da un piano pubblico di intervento finanziario, è un programma di gestione interamente federale (attraverso l'*Health Care Financing Administration*), molto più marcato è il ruolo degli stati nel *Medicaid*, che rappresenta invece un tipico caso di cooperazione tra federazione e stati<sup>35</sup>. La legge istitutiva del programma consiste, infatti, come ricorda esplicitamente il titolo del provvedimento (*Grants to States for Medical Assistance Programs Act*), nell'erogazione di *grants*, trasferimenti vincolati agli stati, destinati a cofinanziare programmi di assistenza medica agli indigenti, che vengono poi gestiti direttamente dagli stati stessi con ampia discrezionalità organizzativa<sup>36</sup>. Il *Medicaid* costituisce in particolare un caso di *open-ended matching grant*, in quanto la federazione si impegna con un fondo *open-ended*<sup>37</sup>, "a stanziamento aperto", a coprire una percentuale dei costi del programma, qualunque essi siano; contemporaneamente, però, gli enti percipienti, cioè gli stati, si impegnano a partecipare finanziariamente al programma attraverso la "sovrapposizione", il *matching*<sup>38</sup> appunto, di fondi propri a quelli nazionali. Il provvedimento federale indica alcune *categorie di indigenti* necessariamente destinatarie della copertura sanitaria, quali le famiglie con minori a carico e i non vedenti, lasciando tuttavia agli stati la discrezionalità circa l'estensione del programma ad altre categorie considerate «medicalmente bisognose», per le quali il contributo federale tuttavia si riduce notevolmente<sup>39</sup>.

Cospicuo infine è il numero di cittadini non coperti da alcuna forma di assicurazione pubblica o privata: molti indigenti sono esclusi infatti dal *Medicaid*, che insieme al requisito del reddito richiede, come si è visto, la presenza di altre caratteristiche indicative di una situazione di particolare bisogno; parecchi cittadini aventi un reddito medio, d'altro canto,

<sup>32</sup> J.P. Kassirer, *Managed Care and the Morality of the Marketplace*, in 333 *N. Engl. J. Med.*, (1995), 50 ss.

<sup>33</sup> La copertura assicurativa del *Medicare* è stata estesa nel 1972 ai portatori di handicap: cfr. *Social Security Amendments*, Pub. L. 92-603, October 30, 1972, 86 Stat. 1329.

<sup>34</sup> Sulle varie parti del *Medicare* e sul diverso impegno finanziario che esse implicano per gli iscritti al programma cfr. A. Leibowitz, M.A. Peterson, *op. cit.*, 15.

<sup>35</sup> Sulla struttura e il contenuto del programma cfr. A. Pierini, *Federalismo e welfare state nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 2003, 250 ss.

<sup>36</sup> I modelli organizzativi includono la gestione tramite strutture sanitarie convenzionate, il semplice rimborso del costo delle prestazioni o sempre più frequentemente, per limitare i costi, l'erogazione di prestazioni tramite MCOs: E. Mostacci, *op. cit.*, 1550.

<sup>37</sup> Sulla distinzione tra *open-ended* e *close-ended grants* cfr. S. Gamkhar, *Federal intergovernmental grants and the states*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2002, 7.

<sup>38</sup> Sui *matching grants* cfr. J.R. Aronson, J.L. Hilley, *Financing state and local governments*, Washington, Brookings, 1986, 59 ss.

<sup>39</sup> G. Amato, *op. cit.*, 44

non possono comunque permettersi l'acquisto delle polizze, sempre più onerose e sempre meno concesse dai datori di lavoro quale *benefit* per i loro dipendenti. I non assicurati devono dunque avvalersi di strutture sanitarie dove sono tenuti a pagare l'intero prezzo della prestazione o rivolgersi alle diverse cliniche gratuite legate a organizzazioni caritatevoli. Non manca tuttavia il contributo pubblico anche per sostenere tale categoria di cittadini<sup>40</sup>: a coprire i costi delle prestazioni che essi ricevono intervengono spesso i governi delle contee, degli stati e, con un preciso programma, il governo federale che, tramite il *Disproportionate Share Hospital*<sup>41</sup>, concede finanziamenti alle strutture ospedaliere che forniscono prestazioni ai non assicurati.

Il sistema sanitario che l'amministrazione Obama ha di fronte è in definitiva caratterizzato da elementi paradossali: la spesa statunitense per la sanità, tra fondi pubblici e privati, è tra le più alte dei Paesi occidentali rispetto al PIL ma, ciò nonostante, la vita media di uno statunitense è inferiore, e maggiore è la mortalità infantile<sup>42</sup>. Circa 46 milioni di americani sono privi di assicurazione sanitaria e questo si traduce inevitabilmente in un deficit di cure; contemporaneamente però, proprio nel 2009, mentre la recessione e l'aumento del costo delle polizze costringono molti americani a rinunciare alla copertura sanitaria, le cinque maggiori compagnie assicurative che operano negli Stati Uniti confermano una tendenza consolidata e fatturano 12,2 miliardi di dollari, con uno straordinario incremento, rispetto all'anno precedente, del 56 per cento<sup>43</sup>.

3. – La proposta di riforma del sistema sanitario avanzata dalla nuova amministrazione democratica a Washington beneficia in realtà di una serie di precedenti esperimenti compiuti dalle amministrazioni statali, che in diversi casi avevano già tentato di affrontare le criticità della sanità statunitense. La possibilità di intervento degli stati è d'altro canto in questa materia indubbia. Le assemblee legislative statali, cui spettano in base alla Costituzione federale le competenze residuali rispetto ai poteri enumerati della federazione, sono infatti considerate tradizionalmente titolari del *police power*, la potestà generale di governo, il potere «di regolare i diritti personali e proprietari per proteggere e promuovere la salute, la moralità ed il benessere generali»<sup>44</sup>. Non mancano in questo senso anche decisioni della Corte suprema federale che riconducono esplicitamente la competenza su salute e sicurezza pubblica al *police power* degli enti federati<sup>45</sup>.

Fra le discipline adottate a livello statale vi sono ad esempio quelle approvate nel corso degli anni novanta in diversi stati, come il New Jersey, New York, New Hampshire e Vermont, discipline che tentavano di correggere gli aspetti più critici del sistema, vietando alle assicurazioni sia di rifiutare la copertura sanitaria sulla base delle condizioni di salute del paziente sia di richiedere agli assicurati con malattie croniche premi eccessivamente elevati. Questo genere di disposizioni tuttavia ha creato degli effetti distorsivi, poiché il

<sup>40</sup> A. Leibowitz, M.A. Peterson, *op. cit.*, 22.

<sup>41</sup> Il programma è stato creato dall'*Omnibus Budget Reconciliation Act* (Pub. L. 97-35; August 13, 1981, 95 Stat. 357); si tratta anche in questo caso di fondi vincolati erogati agli stati. In tema cfr. il *report* del *Department of Health and Human Service: Office of Inspector General, Review of Medicaid Disproportionate Share Hospital Payment Distribution*, June 2010, A-07-09-04150, disponibile all'indirizzo <http://oig.hhs>.

<sup>42</sup> Per i dati cfr. G. Freddi, *La sanità statunitense*, cit., 47.

<sup>43</sup> Le cinque compagnie sono la Wellpoint, Unitedhealth Group, Cigna, Aetna e Humana. In tema cfr. il contributo *Insurance Companies Prosper, Families Suffer: Our Broken Health Insurance system*, disponibile tra i *reports* pubblicati sul sito predisposto dalla Casa Bianca durante il dibattito sulla riforma sanitaria del 2010 ([www.healthreform.gov/index.html](http://www.healthreform.gov/index.html)).

<sup>44</sup> Cfr. J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism- The growth of national power*, New York-Westport, Praeger, 1992, 35.

<sup>45</sup> Per una definizione completa della nozione di *police power* (inclusiva anche della competenza sulla salute dei cittadini) cfr. *Butchers' Benevolent Association of New Orleans v. Crescent City Livestock Landing and Slaughter House Company*, 83 U.S. 36 (1873), 62. Per alcune decisioni che riconoscono agli stati la competenza legislativa su salute e sicurezza pubblica cfr. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905), 25 e *Medtronic v. Lohr*, 518 U.S. 470 (1996), 474.



singolo, non spaventato da potenziali rifiuti di copertura da parte delle compagnie assicurative, posticipava la stipula della polizza al momento della malattia, implicando per l'assicurazione uno sforzo economico nettamente superiore ai premi che quest'ultima aveva percepito. Alle compagnie restavano dunque due alternative: aumentare notevolmente i premi di tutti gli assicurati (anche quelli in buona salute) per recuperare tali costi o abbandonare del tutto il mercato assicurativo dello stato, divenuto ormai poco remunerativo. Entrambe queste circostanze si sono verificate in diversi degli stati citati: una crescita esponenziale dei costi delle polizze, affiancata da un fortissimo decremento sia del numero di prodotti assicurativi disponibili sia del numero di compagnie attive su quei mercati<sup>46</sup>.

Non mancano anche esempi più felici di discipline statali<sup>47</sup>, come quella delle Hawaii, dove fin dal 1976 le imprese sono tenute a fornire l'assicurazione sanitaria ai dipendenti, contribuendo a garantire, anche grazie al bassissimo tasso di disoccupazione delle isole, un'alta percentuale di assicurati.

L'esperienza più significativa per l'amministrazione Obama è tuttavia quella del Massachusetts, dove il governatore repubblicano Mitt Romney, affiancato da una assemblea legislativa a maggioranza democratica, ha firmato nel 2006 l'*Act Providing Access to Affordable, Quality, Accountable Health Care*<sup>48</sup>. Il provvedimento, che costituisce una riforma organica mirata a garantire l'universalità della copertura sanitaria, è in realtà l'ultimo capitolo di una serie di tentativi di intervento legislativo in materia posti in essere in quello stato, interventi concretizzati sino a quel momento solo in parte<sup>49</sup>.

Punto centrale del nuovo sistema<sup>50</sup> è l'*individual mandate*, l'obbligo individuale di acquistare un'assicurazione sanitaria: se un cittadino può permettersi una polizza ma non la stipula riceverà una sanzione pecuniaria annuale, che crescerà gradualmente fino ad essere pari al 50 per cento del costo di una polizza. Questo strumento ha la chiara funzione di produrre una condivisione solidale dei costi delle prestazioni sanitarie, evitando peraltro che i singoli rinviino la stipula dell'assicurazione al momento della malattia, sfruttando le norme vigenti anche in Massachusetts che vietano alle compagnie di negare la copertura assicurativa sulla base delle pregresse condizioni di salute del richiedente.

La copertura sanitaria universale delle classi meno abbienti è perseguita invece sfruttando i margini di discrezionalità che il *Medicaid*, come abbiamo visto, riconosce agli stati, e dunque ampliando il novero delle categorie tutelate dal *MassHealth*, il programma statale di attuazione del *Medicaid*.

Per i soggetti a basso reddito, che comunque non facciano parte delle categorie tutelate dal novellato *MassHealth*, l'adempimento dell'obbligo di acquistare una polizza è facilitato dal *Commonwealth Care Health Insurance Program*, un programma che prevede l'erogazione di sussidi per l'acquisto della polizza, dedicato appunto alle classi meno abbienti.

---

<sup>46</sup> Un'interessante analisi delle esperienze statali è svolta dal giudice Ginsburg nella sua opinione concorrente nel citato caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius* del giugno 2012: cfr. *Opinion of Ginsburg, J.*, 12 ss. (*slip opinion*). In tema cfr. il numero monografico del *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 2000, n.1 e in particolare M. A. Hall, *An Evaluation of New York's Reform Law*, 25 J. Health Pol. Pol'y & L. (2000), 71 ss.; K. Swartz, D. W. Garnick, *Lessons from New Jersey*, 25 J. Health Pol. Pol'y & L. (2000), 45 ss.; M. A. Hall, *An Evaluation of Vermont's Reform Law*, 25 J. Health Pol. Pol'y & L. (2000), 101 ss.

<sup>47</sup> Per una carrellata delle proposte e legislazioni statali che hanno preceduto e influenzato la riforma del Massachusetts cfr. P.D. Jacobson, R.L. Braun, *Let 1000 Flowers Wilt: The Futility of State-Level Health Care Reform*, 55 Kan. L. Rev. (2007), 1173 ss.

<sup>48</sup> 2006 Mass. Acts Chapter 58, *An Act Providing Access to Affordable, Quality, Accountable Health Care*.

<sup>49</sup> Sui vari tentativi di riforma in Massachusetts cfr. P.D. Jacobson, R.L. Braun, *op.cit.*

<sup>50</sup> Su cui cfr. E.A. Weeks, *Failure to Connect: The Massachusetts Plan for Individual Health Insurance*, 55 Kan. L. Rev. (2007), 1283 ss.

Altro punto cruciale della disciplina del Massachusetts è poi l'*employer mandate*, che ha la struttura del "play or pay" (o partecipi o paghi), in quanto tutte le aziende che abbiano undici o più dipendenti sono tenute a fornire ai loro dipendenti un *employer sponsored program* o in alternativa versare un contributo annuale per ciascuno di essi<sup>51</sup>.

La nuova disciplina istituisce anche il *Commonwealth Health Insurance Connector*, una sorta di "borsa" delle polizze assicurative sanitarie, gestita da un'autorità indipendente, dove vengono vendute polizze che rispettano i requisiti fissati dalla riforma circa le prestazioni sanitarie da garantire. La funzione principale del *Connector* è quella di unificare in un unico mercato la compravendita delle assicurazioni individuali e di quelle acquistate da piccoli gruppi (ad esempio le imprese minori che acquistano le polizze per i dipendenti), al fine di ottenere anche per questi soggetti le economie di scala di cui godono le grandi imprese che acquistano migliaia di polizze; economie di scala che derivano tanto dalla riduzione dei costi amministrativi, quanto soprattutto dalla ripartizione fra tutti gli assicurati del rischio finanziario legato alla malattia di uno di essi<sup>52</sup>.

Le varie esperienze statali e in particolare il modello Massachusetts fungono da "laboratori" e ispirano la proposta del Presidente Obama che, forse non a caso, nel suo primo discorso dinanzi all'Associazione nazionale dei Governatori, nel dicembre 2008, richiama la nota metafora del giudice Brandeis<sup>53</sup>, sottolineando l'utilità di un sistema federale dove ogni stato può fungere da «laboratorio che sperimenta soluzioni innovative ai problemi economici del paese»<sup>54</sup>. La proposta con la quale il Presidente si era presentato agli elettori per ridurre i costi della sanità e contemporaneamente aspirare all'universalità della copertura sanitaria prevedeva infatti: l'obbligo per i datori di lavoro di fornire polizze ai dipendenti sulla base dello schema *play or pay*; il vincolo per i singoli di acquistare una polizza; l'estensione del *Medicaid* ad ulteriori categorie di indigenti; l'istituzione di un *New National Insurance Exchange*, un organismo per la regolamentazione del mercato delle assicurazioni sanitarie volto a garantire standard di qualità ed equità, nonché, un *New National Health Plan*, un programma pubblico di assicurazione, accessibile a coloro che non abbiano diritto alla copertura del *Medicaid* e che non la ricevano come parte della retribuzione<sup>55</sup>.

4. – Il tormentato iter di approvazione del *Patient Protection and Affordable Care Act* ci fornisce un significativo spaccato del funzionamento delle istituzioni americane, evidenziando –come si ricordava all'inizio– la presenza di molteplici attori nel processo decisionale, ed in particolare l'indipendenza del potere legislativo da quello esecutivo anche nei casi in cui il primo sia guidato dal partito che ha espresso la Presidenza<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> L'espressione *employer mandate*, anche se ampiamente utilizzata, in realtà impropria perché formalmente la legge non prevede l'obbligo di fornire l'assicurazione ai dipendenti ma solo un contributo (295 dollari annuali per ciascun lavoratore) nel caso in cui ciò non avvenga: la dottrina più attenta si riferisce infatti all'istituto come *employer requirement*. In tema cfr. E.A. Weeks, *op.cit.*, 1286 ss.

<sup>52</sup> L.M. Nichols, *Health Reform Massachusetts Style: Ink Blot Test and Example for Us All*, May 15 2006, 1, disponibile sul sito della *New America Foundation*, sezione *Policy Papers* ([www.newamerica.net/publications/policy\\_papers](http://www.newamerica.net/publications/policy_papers)).

<sup>53</sup> La metafora degli stati come "laboratori", ormai di uso comune in dottrina, è riconducibile al giudice Brandeis che la propose, difendendo l'autodeterminazione statale, nella sua opinione dissenziente nel caso *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932): «Sperimentare nelle questioni sociali ed economiche è una grave responsabilità. Negare il diritto di sperimentare può comportare serie conseguenze per la Nazione. Una delle implicazioni positive di un sistema federale è che un singolo stato coraggioso può, se i suoi cittadini lo scelgono, fungere da laboratorio e sperimentare modelli sociali ed economici senza rischi per il resto del paese» (p. 311).

<sup>54</sup> *Remarks at the National Governors Association Meeting in Philadelphia*, December 2, 2008: il testo del discorso è disponibile sul sito *The American Presidency project*, curato dall'Università della California, all'indirizzo [www.presidency.ucsb.edu/transition2009.php](http://www.presidency.ucsb.edu/transition2009.php)

<sup>55</sup> R. Casella, *op. cit.*, 42.

<sup>56</sup> V. R.S. Katz, *Political institutions in the United States*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 141 ss.



L'approvazione della riforma mostra in effetti, ancora una volta, come la forma di governo americana imponga agli organi costituzionali reciproche interferenze e necessarie cooperazioni che si traducono, come spiegava già Madison<sup>57</sup>, in reciproci controlli: il processo legislativo, in particolare, riconosce al Presidente un potere negativo di veto ed uno, positivo, «di persuasione»<sup>58</sup> da esercitare sia verso i parlamentari sia verso l'opinione pubblica; un ruolo centrale spetta poi alle Camere nella loro totalità, alle Commissioni congressuali e ai singoli parlamentari.

Fin dal suo insediamento il Presidente Obama pone la riforma sanitaria al centro della sua agenda politica, esercitando il potere di impulso, nei confronti del potere legislativo, che la stessa Costituzione gli riconosce<sup>59</sup>: nel suo primo discorso sullo stato dell'Unione, pronunciato davanti alle Camere riunite il 24 febbraio 2009, mentre espone le sue linee programmatiche, riconosce l'importanza della riforma sanitaria i cui obiettivi principali devono essere l'aumento dell'accesso alle prestazioni e il controllo dei costi del sistema<sup>60</sup>. A differenza del Presidente Clinton, però, che aveva prodotto, tramite un gruppo di lavoro guidato dalla moglie Hillary, un dettagliato disegno di legge<sup>61</sup>, l'amministrazione Obama individua i principi che devono guidare la riforma (universalità, continuità e qualità delle prestazioni sanitarie, libertà di scelta del paziente, contenimento dei costi per le famiglie, sostenibilità finanziaria<sup>62</sup>), affidando invece alle Aule parlamentari l'elaborazione dell'articolato. L'esecutivo non manca tuttavia di avviare la discussione con un forum, svoltosi alla Casa Bianca il 5 marzo, strutturato in diverse sessioni, nelle quali si confrontano non solo diversi esponenti del Congresso, ma anche rappresentanti degli interessi potenzialmente coinvolti dalla riforma: associazioni mediche, compagnie assicurative, strutture ospedaliere, associazioni a tutela dei cittadini con particolari patologie, confessioni religiose<sup>63</sup>. Il forum non rappresenta un semplice esercizio di democrazia partecipativa<sup>64</sup>, ma l'avvio di una necessaria trattativa con i vari gruppi di interesse da svolgere parallelamente ai lavori del Congresso, trattativa che il Presidente affida ai suoi collaboratori<sup>65</sup> e che sfocerà in accordi formali con le singole *lobbies*<sup>66</sup>.

Nell'arco di pochi mesi le varie Commissioni congressuali licenziano quattro differenti disegni di legge, tre alla Camera e uno al Senato<sup>67</sup>, ma diversi sono i punti di

<sup>57</sup> V. A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'addio, G. Negri, il Mulino, Bologna, 1997, saggio n. 47, 436.

<sup>58</sup> Cfr. R.E. Neustadt, *Presidential Power and the Modern Presidents*, New York, Macmillan, 1990, 29 ss.

<sup>59</sup> «Il Presidente informerà di tanto in tanto i membri del Congresso sullo stato dell'Unione e raccomanderà alla loro attenzione quelle misure che egli riterrà necessarie e opportune»: art. II, sez. III. Sulla funzione di «promotore della legislazione» assunta dall'esecutivo statunitense fin dalla Presidenza Washington v. G. Negri, *Il sistema politico degli Stati Uniti d'America*, Pisa, Nistri-Lischi, 1969, 64, nota 81.

<sup>60</sup> Tutti gli *speeches* and *remarks* del Presidente Obama sono disponibili nel sito della Casa Bianca ([www.whitehouse.gov/briefing-room](http://www.whitehouse.gov/briefing-room)).

<sup>61</sup> Sul progetto Clinton v. R. Casella, *op. cit.*, 41, nota 33.

<sup>62</sup> I principi che dovrebbero guidare la riforma sono contenuti nel documento di presentazione del budget 2010 redatto dall'*Office of Management and Budget* della Casa Bianca: vedi *Office of Management and Budget, A New Era of Responsibility. Renewing America's Promise*, February 26, 2009, 27 (disponibile all'indirizzo [www.whitehouse.gov/omb](http://www.whitehouse.gov/omb), nella documentazione relativa al budget 2010).

<sup>63</sup> Per il resoconto delle attività del forum e l'indicazione dei partecipanti alle varie sessioni cfr. *White House forum on Health Reform* (March 5, 2009), March 30, 2009 (reperibile in [www.whitehouse.gov](http://www.whitehouse.gov))

<sup>64</sup> U. Allegretti, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, Giuffrè, 2011, 295 ss.

<sup>65</sup> V. L.R. Jacobs, T. Skocpol, *Health Care Reform and American Politics*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010, 52-53

<sup>66</sup> Su tali accordi vedi F. Toth, *op. cit.*, 122. Sul ruolo dei gruppi di pressione nel sistema costituzionale statunitense, con particolare riferimento alla procedura di approvazione della riforma sanitaria, cfr. P.L. Petrillo, *Due facce di una stessa medaglia: il ruolo dei gruppi di pressione e del Presidente federale nella riforma sanitaria statunitense*, in G.G. Carboni (cur.), *op. cit.*, 141 ss.

<sup>67</sup> Alla Camera dei Rappresentanti erano stati approvati disegni di legge nelle Commissioni responsabili per Finanze, Energia e Commercio, Istruzione e Lavoro; al Senato una proposta era stata presentata in Commissione Sanità: G. Freddi, *L'anomalia americana*, cit., 142.

conflitto nelle Aule. I repubblicani sono categoricamente contrari alla riforma “socialista” e, in linea con la polarizzazione del confronto politico tipica degli ultimi anni<sup>68</sup>, sembra preclusa ogni possibilità di accordo *bipartisan*. Ad incendiare il dibattito è prima di tutto la *public option*, la predisposizione di un piano assicurativo pubblico: il «valore simbolico»<sup>69</sup> di un programma pubblico e i timori concreti delle compagnie assicurative dinanzi ad un sistema che non mirerebbe al profitto ma solo al pareggio di bilancio, infiammano i repubblicani e la parte moderata degli stessi democratici. Anche questi ultimi, infatti, sono divisi al loro interno<sup>70</sup>, soprattutto alla Camera dei rappresentanti che, con maggior immediatezza, fotografa le diverse anime dell’elettorato: affianco al gruppo *liberal*, più numeroso, vi sono infatti i *Blue Dogs*, moderati e fortemente interessati al controllo del debito pubblico, nonché un cospicuo numero di rappresentanti antiabortisti contrari a qualunque provvedimento che garantisca copertura assicurativa all’interruzione di gravidanza. Nella *House of Representatives* non manca, poi, un numero nutrito di deputati che, pur non avendo preclusioni ideologiche verso la riforma sanitaria, sono eletti in collegi “a rischio” e dunque interessati ad assumere posizioni moderate in vista delle elezioni che, come noto, sono per la Camera bassa a cadenza biennale. Non meno accidentato si presenta il percorso al Senato: il regolamento interno dell’Aula riconosce infatti enorme potere ai singoli senatori, sia per il loro potere di proporre emendamenti, che a differenza di quanto avvenga nella Camera dei Rappresentanti<sup>71</sup> non può essere limitato, sia soprattutto per la possibilità che ognuno di essi ha di ricorrere al *filibustering*, attraverso il quale è possibile procrastinare indefinitamente il dibattito su un provvedimento, a meno che sessanta senatori non votino a favore della *cloture*<sup>72</sup>, l’interruzione del dibattito stesso<sup>73</sup>.

Alla riapertura dei lavori parlamentari dopo la pausa estiva, il Presidente, per superare la situazione di *impasse*, assume un ruolo più attivo e pronuncia il 9 settembre 2009, in diretta televisiva, un discorso dinanzi alle Camere in *joint session*<sup>74</sup>. Le finalità dell’intervento sono chiare: ricordare la centralità della riforma nel suo mandato, ricompattare il partito, richiamare l’attenzione dell’opinione pubblica sul tema e tentare così di promuovere anche un difficile accordo *bipartisan*. Nel merito il Presidente ribadisce la sua preferenza per la *public option*, ma si dichiara disponibile a mediare sulla scelta degli strumenti, purché questi possano realizzare le finalità di giustizia sociale e contenimento dei costi cui la sua proposta aspira.

L’esito parlamentare del discorso di Obama è la presentazione in Commissione Finanze del Senato, da parte del presidente Max Baucus, di un nuovo disegno di legge condiviso dall’Esecutivo e parzialmente concertato con i repubblicani<sup>75</sup>. A fornire nuova linfa all’iter legislativo è poi il parere favorevole reso su tale proposta dal *Congressional Budget Office*, secondo il quale l’insieme delle misure proposte implicherà, rispetto al

<sup>68</sup> La polarizzazione sarebbe dovuta secondo gli osservatori principalmente al crescente astensionismo degli elettori statunitensi. A causa di quest’ultimo infatti i candidati, sia nella fase delle primarie sia nella fase del confronto elettorale, si devono rivolgere all’elettorato politicamente più attivo che è normalmente anche quello più “schierato”: v. M. Tushnet, *The New Constitutional Order and the Chastening of Constitutional Aspiration*, in 113 Harv. L. Rev. (1999), 43-44.

<sup>69</sup> G. Freddi, *L’anomalia americana*, cit., 155.

<sup>70</sup> G. Freddi, *L’anomalia americana*, cit., 132.

<sup>71</sup> In tema vedi il dossier elaborato dal *Congressional Research Service*: C.M. Davis, *The Amending Process in the House of Representatives*, May 31, 2011, disponibile nel sito web del Senato ([www.senate.gov/](http://www.senate.gov/))

<sup>72</sup> V. *Senate Rule XXII*.

<sup>73</sup> Su questi profili problematici del regolamento del Senato vedi ampiamente M.B. Gold, D. Gupta, *The Constitutional Option to Change Senate Rules and Procedures: a Majoritarian Means to Over Come the Filibuster*, 28 Harv. J.L. & Pub. Pol’y (2004), 205 ss.

<sup>74</sup> Sul discorso del 9 settembre cfr. L.R. Jacobs, T. Skocpol, *op. cit.*, 54-55.

<sup>75</sup> In tema vedi E. Jorio, *Il percorso legislativo della riforma sanitaria di Barck H. Obama, prima che venga approvata dal Congresso Usa*, in *Astrid Rassegna*, 10 marzo 2010, n. 110 (5/2010), 14 ss. ([www.astrid-online.it/rassegna/](http://www.astrid-online.it/rassegna/)).

sistema vigente, una riduzione del deficit federale di ottantuno miliardi di dollari nel decennio successivo<sup>76</sup>. Il ruolo centrale di questo organo tecnico congressuale, competente a valutare l'impatto economico delle proposte legislative, era ben chiaro fin dall'inizio del mandato al Presidente Obama, che aveva infatti nominato quale direttore del *Office of Management and Budget* (il gruppo di esperti finanziari che lavora per la Presidenza) l'ex direttore del *Congressional Budget Office*<sup>77</sup>. Il citato parere favorevole è dunque il volano per l'approvazione del progetto in Commissione Finanze il 13 ottobre, approvazione che tuttavia passa attraverso la rinuncia al piano di assicurazione pubblica per ottenere il sostegno dei *Blue Dogs* ed arrivare ad un voto compatto dei democratici; all'appoggio di questi ultimi si aggiunge quello di un solo rappresentante repubblicano, la moderata Olympia Snowe.

Il passo successivo è dunque quello di riunificare in un unico testo i vari progetti approvati nelle Commissioni congressuali: tre alla Camera e due al Senato<sup>78</sup>. Alla Camera dei Rappresentanti, dove l'attività di convergenza è già avviata, le due questioni più controverse sono l'assicurazione pubblica e la copertura assicurativa per l'interruzione di gravidanza: la *public option* non viene espunta e molti dei *Blue Dogs* conseguentemente non partecipano alla votazione finale; viene invece approvato, anche con i voti dei repubblicani, l'emendamento presentato dal democratico Bart Stupak, in base al quale nessun finanziamento pubblico può essere utilizzato per sostenere le spese sanitarie dell'interruzione volontaria di gravidanza. La *Speaker* Nancy Pelosi convince la maggioranza *liberal* dei democratici, contraria all'emendamento, a sostenere comunque il disegno di legge e il 7 novembre 2009 il *plenum* vota il testo definitivo della riforma. Al Senato, la necessità di ottenere sessanta voti per superare il *filibustering* conduce a trattative serrate: la *public option* (riproposta dal leader dei senatori democratici subito dopo l'esclusione dal progetto Baucus<sup>79</sup>) non viene inclusa nel progetto e alcuni senatori accettano di votare la riforma solo in cambio dell'erogazione di ulteriori fondi per la spesa sanitaria a favore del loro stato di provenienza. Il 24 dicembre 2009 il Senato approva il *Patient Protection and Affordable Care Act*.

Si apre dunque l'ultima fase, quella di conciliazione dei testi approvati nei due rami del Congresso, procedura normalmente svolta tramite una *conference committee*, composta di rappresentanti delle due Camere che producono un testo condiviso e poi riapprovato da entrambe le Aule<sup>80</sup>.

Al di là delle difficoltà di merito, dovute alle differenze presenti tra i due testi<sup>81</sup>, lo svolgimento della procedura ricordata appare estremamente accidentato: il clima politico, già conflittuale, viene ulteriormente deteriorato dall'emergere del *Tea Party*<sup>82</sup>, un movimento politico ultraconservatore che contesta nella riforma l'emergere di uno stato iper-interventista e assistenziale, in contrasto con le radici culturali e costituzionali degli Stati Uniti d'America. L'elemento di maggior difficoltà è costituito tuttavia dalle elezioni suppletive che si svolgono nello stato del Massachusetts il 19 gennaio 2010 per assegnare il seggio dello scomparso Ted Kennedy: inaspettatamente nel collegio

<sup>76</sup> Vedi Congressional Budget Office, *Preliminary Analysis of the Chairman's Mark for the America's Healthy Future Act, as Amended* (Letter to the Honorable Max Baucus), October 7, 2009, disponibile nel sito del CBO ([www.cbo.gov/](http://www.cbo.gov/)).

<sup>77</sup> Si tratta di Peter Orszag, nominato direttore del CBO nel 2006, quando i democratici riconquistarono la maggioranza nelle due Camere: sulla vicenda vedi L.R. Jacobs, T. Skocpol, *op. cit.*, 64-66.

<sup>78</sup> Sull'ultima parte dell'iter vedi F. Toth, *op. cit.*, 118 ss..

<sup>79</sup> E. Jorio, *La Commissione Finanze del Senato americano approva il progetto di riforma di Barack H. Obama. Risputa la public option*, in *federalismi.it*, n. 21/2009

<sup>80</sup> V. G. Negri, *op. cit.*, 56 ss.

<sup>81</sup> Al di là della *public option* i due testi differiscono ad esempio per l'opzione concessa agli immigrati illegali di acquistare polizze a costo contenuto: su questo v. R. Casella, *op. cit.*, 48, nota 54.

<sup>82</sup> In tema vedi il recente lavoro di T. Skocpol, V. Williamson, *The Tea Party and remaking of Republican conservatism*, Oxford, Oxford University Press, 2012.



tradizionalmente democratico prevale il repubblicano Scott Brown. Il risultato elettorale ha un doppio effetto negativo sull'iter di approvazione della legge: la sconfitta in uno stato fortemente democratico indebolisce politicamente la Presidenza e il suo progetto, rendendo sempre più cauti i parlamentari vicini alle *mid-term elections*, ma soprattutto, con l'elezione al Senato di Scott Brown, viene meno per i democratici la maggioranza dei tre quinti necessaria a superare il *filibustering*.

I democratici optano allora per una strada ardua: la Camera dei Rappresentanti dovrà votare il medesimo testo approvato al Senato senza proporre emendamenti; lo stesso giorno (con una procedura efficacemente definita dai commentatori *sidecar*<sup>83</sup>) la Camera bassa voterà alcune modifiche al provvedimento inserendole in un *reconciliation bill*, una particolare tipologia di atto legislativo esente da pratiche ostruzionistiche. Si tratta infatti di un atto di natura finanziaria destinato a contenere misure (nuove imposte o riduzioni di spese) necessarie a rispettare i parametri precedentemente fissati nella *budget resolution*, il provvedimento bicamerale con cui vengono adottate le principali decisioni di bilancio: la discussione, in questi casi, deve essere limitata entro le venti ore<sup>84</sup>. L'espedito, contestato dai repubblicani poiché il testo non conterrebbe solo disposizioni di natura finanziaria, incontra un ultimo ostacolo: la riforma approvata al Senato non contiene limitazioni all'uso dei fondi federali per l'interruzione volontaria di gravidanza e gli antiabortisti alla Camera dei Rappresentanti minacciano di non votare i provvedimenti. L'ultimo *impasse* è superato dalla Presidenza che si impegna a firmare, il medesimo giorno in cui la votazione avrà luogo nella Camera bassa, un *executive order* avente lo stesso contenuto dell'emendamento Stupak. Tutto si svolge come programmato: la Camera vota il progetto approvato dal Senato e il *reconciliation bill*, il Presidente adotta l'*executive order* n. 13535<sup>85</sup> e nella Camera alta bastano i voti di cinquantasei senatori per concludere finalmente l'iter. Il 23 marzo 2010 il Presidente Obama firma il *Patient Protection and Affordable Care Act*.

5. – La riforma del 2010 costituisce un provvedimento estremamente articolato, composto in buona parte da emendamenti a provvedimenti già vigenti e formato a sua volta, come si è visto, da due atti legislativi: il *Patient Protection and Affordable Care Act* (PPACA) e l'*Health Care and Education Reconciliation Act* (HCERA), contenente gli emendamenti di natura prevalentemente finanziaria approvati dalle Camere con la procedura di *budget reconciliation*.

Tale riforma non rappresenta in realtà il primo intervento in materia sanitaria firmato dal Presidente Obama; già nel 2009 il Congresso aveva infatti approvato alcune misure a favore di minori e disoccupati. Nel primo caso era stata estesa<sup>86</sup> notevolmente l'applicazione dello *State Children's Health Insurance Program*, un piano di finanziamenti agli stati<sup>87</sup> istituito nel 1997 (durante la presidenza Clinton) a favore dei minori non assicurati appartenenti a famiglie che, pur con difficoltà economiche, non rientrassero negli stretti parametri del *Medicaid*. Per i neo-disoccupati sono stati invece previsti,

<sup>83</sup> L.R. Jacobs, T. Skocpol, *op. cit.*, 116.

<sup>84</sup> Sull'intera procedura di bilancio v. l'efficace scheda dell'Ufficio Studi del Congresso: J.V. Saturno, *The Congressional Budget Process: A Brief Overview*, Order Code RS 20095, January 28, 2004, consultabile nel sito della Commissione Bilancio della Camera dei Rappresentanti (<http://budget.house.gov/crs-reports/RS20095.pdf>).

<sup>85</sup> Executive order 13535, *Patient Protection and Affordable Care Act's Consistency with Longstanding Restrictions on the Use of Federal Funds for Abortion* (March 24, 2010). Il provvedimento è stato annunciato dalla Presidenza il 21 marzo e adottato, ovviamente, dopo la firma della legge cui si riferisce, il 24 marzo (i testi degli *executive orders* presidenziali sono disponibili nel sito della Casa Bianca, nella sezione *briefing room*: [www.whitehouse.gov/briefing-room](http://www.whitehouse.gov/briefing-room)).

<sup>86</sup> Vedi *Children's Health Insurance Program Reauthorization Act*, Pub. L. 111-3, February 4, 2009, 123 Stat. 8.

<sup>87</sup> Cfr. C.A. Sawyer, *Healthcare for Children: Provide for a Health Insurance Program for Children Who Are Not Eligible for Medicaid Coverage*, 15 Ga. St. U.L. Rev. (1998), 122 ss.

all'interno del pacchetto di misure adottate per contrastare la crisi economica, crediti di imposta per il mantenimento dell'assicurazione sanitaria dopo la perdita del posto di lavoro<sup>88</sup>.

L'intervento organico sul sistema arriva tuttavia solo con la riforma del 2010 che, come noto, non mira a creare un sistema sanitario pubblico ma, comunque, ad un risultato storico: estendere in modo generalizzato la copertura assicurativa sanitaria, superando la cultura statunitense dei diritti sociali che come abbiamo visto, in assenza di una protezione costituzionale dei medesimi, si è sempre basata sul principio della responsabilità individuale e dunque sulla libera scelta circa la stipula o meno di un'assicurazione sanitaria<sup>89</sup>. Tale risultato viene realizzato attraverso cinque pilastri normativi: il mandato individuale, una disciplina federale del mercato assicurativo sanitario, l'istituzione a livello statale di *health insurance exchanges*, il *play or pay* per i datori di lavoro, l'estensione del *Medicaid*.

5.1. – Il cuore della riforma è costituito dall'*individual mandate*, ossia dalla disposizione che impone a partire dal 2014 a tutti i residenti negli Stati Uniti d'America di avere un «minimum essential health coverage»<sup>90</sup>, una copertura sanitaria che garantisca le prestazioni essenziali. Tale copertura può essere ottenuta tramite i programmi pubblici come il *Medicaid* qualora se ne abbia titolo, tramite un *employer sponsored program*, ma, in assenza di tali vie, il singolo è comunque tenuto ad acquistare privatamente una polizza o, in alternativa, affrontare una sanzione pecuniaria<sup>91</sup>. Alcune esenzioni a tale obbligo sono previste per motivi religiosi e per determinate categorie di individui quali i detenuti, i nativi americani, i meno abbienti<sup>92</sup>, e coloro che risiedono illegalmente sul territorio statunitense. Questi ultimi, cui vengono concessi solo i trattamenti sanitari urgenti, non hanno tuttavia diritto di chiedere l'iscrizione nel programma *Medicaid* né di ricevere le agevolazioni economiche previste per l'acquisto delle polizze<sup>93</sup>. Per chi risiede legalmente sul territorio statunitense sono infatti previsti sussidi e crediti di imposta, a favore dei soggetti il cui reddito sia non superiore al quadruplo del livello federale di povertà<sup>94</sup>.

La *ratio* del mandato individuale è esplicitata dalla locuzione con cui la normativa indica la sanzione dovuta in caso di inadempimento: *shared responsibility payment*, pagamento destinato alla "condivisione della responsabilità".

La generalizzazione della copertura assicurativa ha infatti almeno due finalità: la prima, evidente, è quella di creare un meccanismo di condivisione solidale dei costi delle prestazioni sanitarie, in base al quale, tramite i premi di chi non necessita cure (per lo più giovani), si contribuisce al pagamento delle prestazioni erogate a chi ne ha bisogno. Vi è tuttavia una seconda finalità: evitare i costi che i non assicurati, con la loro scelta, producono indirettamente a carico del sistema. Anche chi non sia titolare di alcuna

<sup>88</sup> Cfr. *American Recovery and Reinvestment Act*, Pub. L. 111-5, February 17, 2009, 123 Stat. 115, Titolo III.

<sup>89</sup> Sul valore storico della riforma vedi le osservazioni di E. Balboni, *La fine della grande anomalia: la riforma sanitaria di Obama guarda all'Europa*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 386 ss.

<sup>90</sup> Sec. 1501, Subsec. b), PPACA.

<sup>91</sup> La sanzione sarà pari all'1 per cento dell'imponibile nel 2014, 2 per cento nel 2015 e 2,5 per cento nel 2016.

<sup>92</sup> Sono esentati dall'*individual mandate* i soggetti che non superino la soglia di povertà federale e coloro per i quali si accerti che mensilmente il premio della polizza supera l'otto per cento del loro reddito: Sec. 1501, Subsec. b), PPACA.

<sup>93</sup> In tema cfr. S. Wolbert, *Universal Healthcare and Access for Undocumented Immigrants*, 5 *Pitt. J. Envtl. Pub. Health L.* (2011), 61 ss.

<sup>94</sup> Tali forme di sostegno economico decrescono ovviamente al crescere del reddito: Sec. 1401, Subsec. a), PPACA. Il livello di povertà federale per un singolo individuo per l'anno 2012 è ad esempio fissato a 11.170 dollari; quello per un nucleo familiare composto da quattro persone è invece di 23.050 dollari: le c.d. *poverty guidelines* sono reperibili nel sito web del *Secretary of Health and Human Services* ([www.hhs.gov/secretary/index.html](http://www.hhs.gov/secretary/index.html)).

copertura assicurativa, infatti, ha comunque diritto a non vedersi negate le prestazioni urgenti<sup>95</sup> e in questi casi le strutture sanitarie che erogano tali prestazioni riescono difficilmente ad ottenerne poi il pagamento: l'esito, inevitabile, è che gli ospedali recuperano i mancati introiti attraverso un incremento delle tariffe applicate ai pazienti paganti, incremento che a sua volta si traduce in un aumento dei premi assicurativi<sup>96</sup>.

Il mandato individuale peraltro, come abbiamo visto nell'analisi delle esperienze statali, è *condicio sine qua non* per l'applicazione di limiti alla discrezionalità delle compagnie assicurative: anche il *Patient Protection and Affordable Care Act*, come vedremo, pone dei limiti alle compagnie che non possono, per esempio, rifiutare la stipula di una polizza sulla base delle condizioni di salute del richiedente. La presenza di questa norma in assenza di un *individual mandate* produrrebbe inesorabilmente gli stessi effetti che abbiamo visto essersi prodotti a livello statale: i singoli rinvierebbero la stipula dell'assicurazione al momento della malattia, costando alle assicurazioni cifre nettamente superiori ai premi versati e creando un sistema economicamente insostenibile.

L'*individual mandate*, tuttavia, non è solo il cuore della riforma, ma anche la sua misura più contestata, in quanto, costringendo all'acquisto di una polizza, viene percepito dai conservatori come una violazione della libertà individuale e del principio di autodeterminazione. A questi argomenti, come vedremo, se ne aggiunge uno giuridicamente più pregnante: il governo federale che la Costituzione disegna come un governo a *poteri enumerati* adotta una misura senza precedenti, obbligando di fatto i cittadini all'acquisto di un bene. Sino ad ora solo gli stati avevano adottato una misura simile, imponendo agli automobilisti l'acquisto dell'assicurazione per la responsabilità civile; lo avevano fatto, tuttavia, in quanto titolari del *police power* che, come già ricordato, è appunto il potere di regolare i diritti personali e proprietari per promuovere la salute, la moralità ed il benessere generali.

5.2. – Altra parte essenziale della riforma è costituita, come si diceva, da un'organica disciplina federale del mercato assicurativo sanitario. Tale normativa costituisce una novità nei rapporti tra federazione e stati poiché, per prassi consolidata<sup>97</sup>, veniva lasciata a questi ultimi la competenza principale in materia di assicurazioni, nonostante la Corte suprema abbia sin dal 1944, nel caso *United States v. Southeastern Underwriters Association*<sup>98</sup>, riconosciuto l'applicabilità della disciplina federale antitrust all'industria assicurativa, come legittimo esercizio della competenza federale sul commercio interstatale. L'anno successivo, però, il Congresso, nel provvedimento noto come *McCarran Ferguson Act*<sup>99</sup>, aveva esplicitamente circoscritto l'applicazione del diritto antitrust, chiarendo che la disciplina dei mercati assicurativi restava una materia di competenza sostanzialmente statale. Nel preambolo del provvedimento si legge esplicitamente che: «Il Congresso dichiara che la prosecuzione della disciplina e della tassazione da parte dei diversi stati dell'industria assicurativa è nell'interesse generale e il silenzio da parte del Congresso [su questa materia] non deve essere ricostruito come idoneo a imporre alcuna limitazione alla disciplina e alla tassazione di questa industria da parte dei vari stati». Si tratta di un'applicazione del c.d. *Congressional approval*, la dottrina

<sup>95</sup> Cfr. *Emergency Medical Treatment and Active Labor Act*, approvato come parte del *Consolidated Omnibus Budget Reconciliation Act 1985*, Pub. L. 99-272, April 7, 1986, 100 Stat. 82, di cui v. Sec. 9121, Subsec. b).

<sup>96</sup> Queste dinamiche sono spiegate chiaramente dal giudice Ginsburg nell'opinione concorrente redatta per il caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, cit.: cfr. *Opinion of Ginsburg J.*, 5 ss. (*slip opinion*).

<sup>97</sup> Su questo profilo della riforma vedi S. Rosenbaum, *op. cit.*, 27 ss.

<sup>98</sup> 322 U.S. 533 (1944).

<sup>99</sup> Il titolo – significativo – del provvedimento è: *An Act to express the intent of Congress with reference to the regulation of the business of insurance*, Pub. L. 79-15, March 9, 1945, 59 Stat. 33.



accolta dalla Corte suprema secondo la quale il Congresso, nell'esercizio del suo potere sul commercio, può anche stabilire che su tale materia più opportunamente intervengano con discipline autonome i singoli stati, di fatto spogliandosi parzialmente della sua competenza<sup>100</sup>.

Attenuano successivamente questo monopolio legislativo statale l'*Employee Retirement Income Security Act*<sup>101</sup> e l'*Health Insurance Portability and Accountability Act*<sup>102</sup>. Il primo è un provvedimento del 1974 che ha imposto alle compagnie assicurative alcuni standard qualitativi sia per i piani pensionistici sia per le polizze sanitarie; il secondo (che tecnicamente è un emendamento del primo) è intervenuto nel 1996 in riferimento ai piani sanitari collettivi (ad es. quelli forniti ai lavoratori da una azienda), vietando alle assicurazioni discriminazioni o addirittura esclusioni a scapito di singoli a causa del loro stato di salute, e prevedendo il diritto di acquistare una polizza individuale per chi, per esempio a causa della perdita del lavoro, non avesse più accesso ad un piano collettivo. Nonostante questi due provvedimenti, gli stati hanno mantenuto una forte discrezionalità normativa sulla disciplina dei prodotti assicurativi sanitari sia di tipo collettivo sia di tipo individuale, come dimostrano le già ricordate discipline adottate in vari stati, quale quella approvata in Massachusetts.

La nuova disciplina federale del 2010, invece, interviene organicamente a regolamentare le prassi seguite dalle compagnie assicurative. Ciò che in primo luogo viene vietata è ogni forma di esclusione, tanto per i piani collettivi quanto per i piani assicurativi individuali, sulla base delle c.d. *pre-existing conditions*. Nei casi, cioè, in cui la copertura sanitaria venga richiesta da soggetti aventi patologie già in corso, alle assicurazioni è precluso sia il diniego della polizza sia l'applicazione di tempi di attesa eccessivi prima che la copertura assicurativa diventi efficace<sup>103</sup>.

Il divieto di discriminazioni si applica anche all'ammontare del premio, prima estremamente variabile sulla base di fattori quali appunto le condizioni di salute del paziente o la razza del paziente stesso: i premi potranno variare invece solo sulla base della zona di residenza, dell'età, del consumo o meno di tabacco e della composizione della famiglia<sup>104</sup>. Quest'ultimo criterio si lega alla tradizionale natura "familiare" delle polizze, che generalmente garantiscono copertura sanitaria anche al coniuge e ai figli. Anche su questo è stata prevista tuttavia una novità mirata al perseguimento di una copertura generalizzata: i figli acquistano infatti il diritto ad essere garantiti dalla polizza del genitore fino all'età di ventisei anni<sup>105</sup>.

Altra novità estremamente rilevante è quella che mira a correggere una delle prassi più discutibili delle compagnie assicurative, quella di porre massimali alle spese rimborsabili agli assicurati: la riforma prevede invece il divieto per le compagnie di fissare massimali alle prestazioni complessivamente rimborsabili ad un cliente, il c.d. *lifetime limit*<sup>106</sup>.

IL PPACA non prevede tuttavia solo misure volte ad un aumento quantitativo del numero degli assicurati: vi sono anche disposizioni mirate ad incrementare la qualità dei servizi sanitari forniti o semplicemente rimborsati dalle compagnie. La legge sancisce infatti che tutte le forme di assicurazione sanitaria, siano esse erogate nell'ambito dei

<sup>100</sup> Proprio la disciplina dell'industria assicurativa è una delle materie nelle quali la Corte suprema ha più spesso rievocato tale dottrina: in tema vedi E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, New York, Aspen Law & Business, 2001, 359-361 e sulla connessa vicenda del *McCarran-Ferguson Act* cfr. L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, New York, Foundation Press, 2000, 1242.

<sup>101</sup> Pub.L. 93-406, September 2, 1974, 88 Stat. 829.

<sup>102</sup> Pub.L. 104-191, August 21, 1996, 110 Stat. 1936.

<sup>103</sup> Sec. 1201, PPACA.

<sup>104</sup> Sec. 1201, PPACA.

<sup>105</sup> Sec. 10101, PPACA.

<sup>106</sup> Sec. 10101, PPACA.

programmi pubblici o dal mercato privato all'interno delle *health insurance exchanges*, debbano fornire gli *essential health benefits*, le prestazioni sanitarie essenziali. Tali "livelli essenziali delle prestazioni" sono in parte definiti nella stessa legge che elenca alcuni servizi sanitari irrinunciabili (ad es. i ricoveri ospedalieri, i servizi prestati in caso di maternità o di patologie psichiatriche), in parte fissati dal *Secretary of Health and Human Services*, sulla base di molteplici criteri indicati nella riforma e con una debita attività informativa da svolgere a favore delle Commissioni congressuali competenti<sup>107</sup>.

Altrettanto significativa è poi la disposizione che impone alle compagnie assicurative di impegnare almeno l'ottantacinque per cento dei premi riscossi nel pagamento di prestazioni sanitarie o comunque di servizi per la salute degli assicurati, stabilendo che, nel caso tale percentuale non fosse rispettata, gli assicurati medesimi ricevano *pro quota* un parziale rimborso di quanto versato<sup>108</sup>.

5.3. – Il terzo "pilastro" della riforma sanitaria è costituito dall'*health insurance exchange*, una sorta di mercato specializzato per la compravendita di polizze sanitarie, disciplinato dal *Patient Protection and Affordable Care Act*, ma affidato all'attuazione dei singoli stati che, entro il 2014, dovranno istituire nel loro territorio queste "borse delle polizze", avendo anche la possibilità di incidere parzialmente sulla loro regolamentazione. Tale normativa si ispira al modello della *managed competition*, della «competizione governata», proposto per il mercato sanitario dall'economista Alain Enthoven<sup>109</sup> e al centro delle proposte di riforma del sistema sanitario statunitense sin dagli anni ottanta.

L'*health insurance exchange*, che era parte anche della proposta Clinton, costituisce un mercato regolamentato per le polizze sanitarie finalizzato principalmente ad aggregare coloro che acquistano polizze individuali o polizze facenti parte di piccoli piani collettivi, in modo da garantire a tali soggetti la stessa forza contrattuale e le stesse economie di scala di cui beneficiano normalmente solo coloro che acquistano sul mercato assicurativo grandi piani collettivi. Tale struttura avrebbe inoltre la finalità di permettere forme di comparazione delle polizze disponibili sul mercato e più in generale l'acquisizione di informazioni cui il singolo utente non è normalmente in grado di accedere. Teoricamente tale istituzione potrebbe avere anche un ruolo attivo nella negoziazione e ricerca di piani assicurativi convenienti per i consumatori, ma la riforma federale non ha scelto questo modello, ispirandosi invece all'esperienza del *Connector* disciplinato in Massachusetts. L'*exchange* previsto nel PPACA fornisce sostanzialmente informazioni sulle polizze sanitarie e attrae in un unico mercato fornitori e acquirenti<sup>110</sup>.

Ogni stato, in base alla normativa federale, dovrà entro il 2014 istituire un unico *health insurance exchange* (nella legge denominato *health benefit exchange*) o, se ritiene, più strutture analoghe nelle singole regioni dello stato<sup>111</sup>. Le borse delle polizze devono essere gestite da una agenzia statale o in alternativa da un'organizzazione no-profit<sup>112</sup>. Tale organo ha diversi compiti: informare i cittadini sull'eventuale diritto ad essere iscritti in

<sup>107</sup> Sec. 1302, PPACA.

<sup>108</sup> La percentuale scende all'ottanta per cento per le compagnie che non operino nel mercato dei grandi piani assicurativi collettivi, ma in quello delle polizze individuali. La percentuale può essere anche ridotta dal *Secretary of Health and Human Services* negli stati dove si ritenga che tale percentuale destabilizzerebbe il mercato assicurativo: v. Sec. 10101, *Subsec. f*), PPACA.

<sup>109</sup> V. l'articolo in due parti di A.C. Enthoven, *Consumer Choice Health Plan: A National Health Insurance Proposal Based on Regulated Competition in the Private Sector*, 298 *New Eng. J. Med.* (March 23 and 30, 1978), 650 ss. e 709 ss.; A.C. Enthoven, *The History and Principles of Managed Competition*, 12 *Health Aff.*, supplement 1 (1993), 24 ss.

<sup>110</sup> Sulle funzioni e sui vari modelli di *health insurance exchange* vedi K. Thomson, *State-Run Insurance Exchanges in Federal Healthcare Reform: A Case Study in Disfunctional Federalism*, 38 *Am. J. L. and Med.* (2012), 551 ss.

<sup>111</sup> Sec. 1311, *Subsec. f*), PPACA.

<sup>112</sup> Sec. 1311, *Subsec. d*), PPACA.

un programma pubblico o a ricevere i sussidi che la legge stanza per l'acquisto delle assicurazioni sanitarie; curare il sito web che costituisce di fatto una borsa online delle polizze, poiché tramite esso vengono fornite informazioni comparative sulle varie assicurazioni disponibili nel mercato regolamentato; certificare le polizze vendute all'interno dell'*exchange*, approvando solo quelle che rispettino i parametri fissati dal *Secretary of Health*, tra cui l'erogazione dei citati *essential health benefits*, i servizi sanitari essenziali<sup>113</sup>.

A favorire l'incontro tra domanda e offerta in questo mercato specializzato è la disciplina dei sussidi, che sono erogati in gran parte proprio attraverso l'*exchange*: solo acquistando una polizza da questo mercato i cittadini (e i residenti regolari<sup>114</sup>) possono infatti ottenere tali sussidi. Questo determina ovviamente l'affluenza nel mercato regolamentato degli utenti, che possono sia svolgere un'accurata valutazione comparativa dell'offerta sia beneficiare dei sussidi se ne hanno titolo, ma anche un'affluenza delle compagnie assicurative, che possono in questo modo accedere ad un cospicuo numero di clienti. Far confluire in un unico mercato, trasparente, l'offerta delle polizze sanitarie consente come evidente anche al singolo, prima privo di qualunque potere contrattuale, di accedere a polizze vantaggiose, offerte direttamente nel mercato online e la cui attendibilità è stata previamente certificata dall'agenzia statale che gestisce l'*exchange*. A ciò si aggiunga che il PPACA, per favorire una competizione virtuosa all'interno dell'*exchange*, prevede un programma di finanziamenti che favoriscano la nascita di compagnie assicurative no-profit<sup>115</sup>.

La finalità del mercato regolamentato, volto a garantire coloro che nel sistema precedente erano contraenti deboli, è esplicitata dal fatto che l'accesso all'*exchange* è garantito agli individui e alle imprese che acquistano piccoli piani sanitari collettivi: gli stati possono decidere di aprire il mercato regolamentato anche chi acquisti piani di ampie dimensioni, ma solo a partire dal 2017<sup>116</sup>.

5.4. – L'istituto appena analizzato, l'*health insurance exchange*, non ha la sola finalità di rendere economicamente più sostenibile l'obbligo individuale di acquistare una polizza sanitaria: come abbiamo visto, di questa struttura beneficiano anche le imprese di dimensioni non elevate, incentivate così a fornire un'adeguata copertura sanitaria ai propri dipendenti. Peraltro anche le imprese di maggiori dimensioni, come si è detto, possono avere accesso all'*insurance exchange*, se è così stabilito a livello statale. Un punto essenziale della riforma è infatti il coinvolgimento dei datori di lavoro nel perseguimento della copertura assicurativa generalizzata.

Una parte del *Patient Protection and Affordable Care Act* è significativamente dedicata alle *Employers Responsibilities*<sup>117</sup>, le «responsabilità del datore di lavoro». L'insieme di queste disposizioni mira a diffondere ulteriormente quella che abbiamo visto essere già una caratteristica peculiare del sistema sanitario statunitense: i datori di lavoro quali principali fornitori di polizze sanitarie. Già quando la riforma del 2010 entrava in vigore, in effetti, circa il sessanta per cento degli statunitensi di età inferiore ai sessantacinque anni<sup>118</sup> era titolare di una copertura assicurativa grazie a un *employer sponsored program*<sup>119</sup>. La nuova disciplina non contiene formalmente, come avviene per i singoli individui, un *employer mandate*, ossia un obbligo esplicito per il datore di lavoro di fornire ai propri lavoratori una adeguata copertura sanitaria, ma contiene delle disposizioni

<sup>113</sup> Sec. 1311, Subsec. d), PPACA.

<sup>114</sup> Sec. 1312, Subsec. f), PPACA.

<sup>115</sup> Sec. 1322, PPACA.

<sup>116</sup> Sec. 1312, Subsec. f), PPACA.

<sup>117</sup> Vedi Title I, Subtitle f), part II, PPACA.

<sup>118</sup> Come abbiamo visto nel par. 2, gli ultrasessantacinquenni sono coperti dal programma *Medicare*.

<sup>119</sup> G. Freddi, *La sanità statunitense*, cit., 48.



che incentivano le aziende con un numero elevato di dipendenti (i *larger employers*) a fornire tale copertura. Alle imprese che abbiano almeno cinquanta lavoratori si applica infatti lo schema del *play or pay*, “assicurare o pagare”: nel caso in cui esse non forniscano una adeguata polizza sanitaria ai dipendenti o nel caso in cui il lavoratore, pur in presenza di un piano assicurativo aziendale, preferisca non aderirvi e richiedere i crediti di imposta per acquistare individualmente una polizza, l’impresa sarà tenuta a pagare una sanzione pecuniaria annuale per ogni dipendente cui non fornisca l’assicurazione<sup>120</sup>.

Lo schema del *play or pay* non è particolarmente coercitivo per le aziende, che hanno infatti una reale possibilità di scelta, in quanto la sanzione eventualmente comminata è nettamente inferiore al costo della polizza. Ciò nonostante, tale istituto dovrebbe comunque favorire la nascita di *employer sponsored programs*, poiché il costo delle polizze è per l’impresa, al contrario della sanzione, un costo deducibile; a ciò si aggiunga che il *benefit* dell’assicurazione sanitaria è tradizionalmente uno strumento per attrarre i lavoratori più qualificati, così che le aziende saranno ragionevolmente incentivate a destinare fondi all’assicurazione, che costituisce parte integrante della retribuzione dei dipendenti, piuttosto che al pagamento di una somma a fondo perduto<sup>121</sup>.

Nessun vincolo grava sulle imprese che abbiano meno di cinquanta dipendenti, ma a favore delle aziende più piccole, quelle con un numero di lavoratori non superiore a venticinque, sono previsti incentivi sotto forma di crediti di imposta per l’acquisto delle polizze ai dipendenti<sup>122</sup>.

Le aziende che infine abbiano almeno duecento lavoratori sono destinatarie di un obbligo ulteriore: devono iscrivere automaticamente i propri dipendenti nel piano assicurativo che esse eventualmente offrano, informando contemporaneamente i lavoratori della facoltà che essi hanno di non usufruirne, scegliendo la via dell’acquisto individuale<sup>123</sup>.

5.5. – L’ultimo “pilastro” della riforma sanitaria approvata nel 2010 è sicuramente costituito dall’estensione dell’accesso al programma *Medicaid*<sup>124</sup> che, come abbiamo visto, costituisce un programma di sostegno per specifiche categorie di indigenti. Il *Patient Protection and Affordable Care Act* prevede invece che a partire dal 2014 il programma *Medicaid* garantisca copertura sanitaria a tutti gli indigenti, indipendentemente dalla presenza di altri fattori indicativi di difficoltà, quali la disabilità o la presenza nel nucleo familiare di minori a carico. La riforma prevede infatti che il *Medicaid* garantisca una copertura comprensiva degli *essential health benefits*<sup>125</sup> a tutti coloro che, non tutelati da esistenti programmi pubblici, abbiano un reddito pari o inferiore al 133 per cento del livello di povertà federale<sup>126</sup>.

L’estensione del *Medicaid* disciplinata dal PPACA mantiene la struttura originaria del programma che, come si è già ricordato, è sostanzialmente un sistema di finanziamenti agli stati che a loro volta garantiscono, con varie modalità organizzative e tramite cofinanziamenti, copertura sanitaria agli aventi diritto. Il programma costituisce in particolare un caso di finanziamenti non solo vincolati, ma anche condizionati (*conditional grants in aid*) poiché il governo di Washington si impegna ad erogare fondi agli stati purché questi rispettino determinate condizioni. Nel caso di specie le condizioni poste sono costituite dai criteri in base ai quali gli stati devono concedere o meno l’iscrizione nel

<sup>120</sup> Sec. 1513, Subsec. a), PPACA.

<sup>121</sup> Su questi profili del *play or pay* vedi K.L. Moore, *The Future of Employment-Based Health Insurance After the Patient Protection and Affordable Care Act*, 89 *Neb. L. Rev.* (2011), 906 ss.

<sup>122</sup> Sec. 1421, Subsec. a), PPACA.

<sup>123</sup> Sec. 1511, PPACA.

<sup>124</sup> Vedi *Title II, Subtitle A*, PPACA.

<sup>125</sup> Sec. 2001, Subsec. c), PPACA.

<sup>126</sup> Sec. 2001, Subsec. a), PPACA.

programma ai richiedenti, pur avendo poi gli stati medesimi, come abbiamo già ricordato, la facoltà di ampliare questi criteri e dunque le categorie tutelate.

Il meccanismo dei *conditional grants in aid* costituisce nel federalismo cooperativo statunitense una prassi consolidata poiché idonea a perseguire almeno due obiettivi. Il primo è quello di permettere alla federazione di «regolare senza normare»<sup>127</sup>, ossia di porre dei vincoli agli stati in materie nelle quali il Congresso federale è privo della potestà legislativa: il governo di Washington, in effetti, in questi casi, non disciplina direttamente il sostegno agli indigenti, pacificamente escluso dalle materie enumerate federali, ma eroga finanziamenti affinché ogni stato lo faccia. Il secondo obiettivo perseguito con il meccanismo dei *conditional grants* è quello di non esautorare gli stati, ma coinvolgerli invece nell'attuazione e implementazione di programmi che possono essere più efficienti se «costruiti» e gestiti dal governo più vicino al territorio.

Il PPACA, come si diceva, mantiene questa modalità operativa e stanziamenti a favore degli stati affinché questi estendano il *Medicaid* a tutti gli individui indigenti di età inferiore ai sessantacinque anni. In particolare gli stati riceveranno nel 2014 la totalità dei fondi necessari al finanziamento del programma; questo finanziamento del cento per cento decrescerà gradualmente fino al 2020, quando il cofinanziamento federale sarà definitivamente fissato alla notevole cifra del novanta per cento<sup>128</sup>.

L'estensione del *Medicaid*, come sottolineano i critici<sup>129</sup>, non fa venir meno tuttavia il principale limite del piano di sostegno agli indigenti e cioè la scarsa qualità dei servizi sanitari forniti: le tariffe rimborsabili attraverso il programma pubblico non sono infatti elevate e, conseguentemente, le migliori strutture sanitarie accettano di rado pazienti iscritti nel *Medicaid*.

Questo, tuttavia, è solo uno dei nodi non sciolti dalla riforma sanitaria che, pur contenendo altre novità<sup>130</sup>, non riesce ad incidere su molti dei limiti del sistema statunitense<sup>131</sup>: i grandi costi amministrativi derivanti dal modello assicurativo, il grande tasso di litigiosità che si lega a quest'ultimo, la scarsa qualità dei servizi sanitari forniti a chi non possiede le polizze più costose, i costi elevati delle prestazioni, che continuano ad essere dettati dalla volontà e dagli interessi di strutture sanitarie private. Lo stesso Presidente Obama, d'altro canto, quando l'iter di approvazione della riforma si stava ormai concludendo, ha ammesso che «la riforma non risolverà tutti i problemi del sistema», ma che, ciò nonostante, «in campo sanitario, essa è il più importante passo in avanti dai tempi dell'introduzione del *Medicare*»<sup>132</sup>.

6. – Dopo l'approvazione del *Patient Protection and Affordable Care Act* i conflitti politici attorno alla riforma non si attenuano: il provvedimento anzi è al centro della campagna elettorale delle *mid-term elections*, che i repubblicani vincono nel novembre

<sup>127</sup> Per queste osservazioni sia consentito rinviare a C. Bologna, *Stato federale e "National interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna, Bononia University Press, 2010, 287 ss.

<sup>128</sup> Section 1201, HCERA.

<sup>129</sup> D. Orentlicher, *Rights to Healthcare in the United States: Inherently Unstable*, 38 *Am. J. L. and Med.* (2012), 326 ss.

<sup>130</sup> Si pensi ad esempio alle parziali modifiche apportate al *Medicare* esteso anche a chi sviluppi patologie a causa di calamità naturali, o all'istituzione del *National Prevention, Health Promotion and Public Health Council* che riunisce i Segretari a capo di tutti i dipartimenti che possano avere competenze rilevanti per definire strategie di prevenzione dei rischi per la salute della popolazione: su questi profili vedi E. Mostacci, *op. cit.*, 1552-1553 e 1558-1559. Per una carrellata sui vari contenuti della riforma vedi anche S. Somers, *The Affordable Care Act: A Giant Step Toward Insurance Coverage for All Americans*, 44 *Clearinghouse Rev.* (2010), 330 ss.

<sup>131</sup> F. Toth, *op. cit.*, 116.

<sup>132</sup> Vedi il discorso tenuto da Barck Obama ai componenti democratici della *House of Representatives* il 20 marzo: *Remarks by the President to the House Democratic Congress*, Capitol Visitor Center Auditorium, Washington, D.C., March 20, 2010, disponibile come tutti gli interventi del Presidente, nel sito della Casa Bianca ([www.whitehouse.gov/briefing-room](http://www.whitehouse.gov/briefing-room)).

2010 trainati dal movimento *Tea Party*; subito dopo, la sola Camera dei Rappresentanti, tornata a maggioranza repubblicana<sup>133</sup>, approva in via dimostrativa un disegno di legge contenente l'abrogazione della riforma sanitaria<sup>134</sup>.

Il fronte di maggior contestazione sembra però aprirsi a livello statale, dove la legge viene in molti casi considerata un'invasione delle competenze degli stati senza precedenti, in contrasto con l'assetto federale e con il principio di autodeterminazione di ogni cittadino. Facendo leva proprio sul perseguimento delle libertà individuali, molte assemblee legislative compiono atti dimostrativi adottando risoluzioni secondo le quali ai residenti di quei determinati stati non sarà chiesto di adempiere l'*individual mandate*; in alcuni casi si celebrano a livello statale referendum aventi per oggetto analoghe norme legislative, che sanciscono cioè il diritto individuale a non acquistare alcuna polizza sanitaria. In Idaho, invece, entrambe le Camere approvano una risoluzione per chiedere che tale diritto sia contenuto in un nuovo emendamento alla Costituzione federale<sup>135</sup>.

Gli argomenti giuridicamente più stringenti appaiono tuttavia quelli legati al riparto di competenze tra federazione e stati e, sulla base di questi, viene infatti sostenuta l'illegittimità costituzionale del provvedimento in vari ricorsi che si svolgono dinanzi ai giudici federali<sup>136</sup> e che arriveranno con il caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius* fino alla Corte suprema.

La riforma sanitaria, in effetti, contiene diverse misure che toccano materie prima affidate agli stati e si avvale di molti degli strumenti costituzionali tramite i quali, tradizionalmente, il Congresso ha "eroso" i poteri degli stati. La misura che suscita maggiori dubbi di legittimità costituzionale è tuttavia l'*individual mandate* che, come ricordato esplicitamente dal Congresso nel testo del PPACA<sup>137</sup>, viene adottato quale esercizio del potere federale sul commercio interstatale.

Il Legislativo federale, in particolare, richiama la lettura *teleologica* del *commerce power*, in virtù della quale il commercio, sulla base di una consolidata giurisprudenza della Corte suprema<sup>138</sup>, non viene considerato mero oggetto della potestà legislativa federale ma – appunto – *télos* da perseguire: la federazione cioè è legittimata a disciplinare anche ambiti materiali differenti dal commercio interstatale, purché questi abbiano effetti su di esso. Nel caso di specie – si legge nel provvedimento<sup>139</sup> – l'*individual mandate* avrebbe effetti non solo direttamente sul mercato assicurativo ma più in generale sull'economia nazionale, come evidente se solo si pensa ai costi della sanità o al fatto che il dover

<sup>133</sup> La consultazione ha determinato un mutamento di maggioranza alla Camera bassa, con la netta prevalenza dei repubblicani, che si sono aggiudicati 242 seggi guadagnandone ben 63 rispetto alle elezioni del 2008. Al Senato, invece, il rinnovo solo parziale ha permesso ai democratici di conservare la maggioranza, seppur esigua, con 53 seggi: v. lo Speciale Elezioni sul sito del *New York Times* (<http://elections.nytimes.com/2010/results/senate>).

<sup>134</sup> Vedi D.M. Herszenhorn, R. Pear, *House Votes for Repeal of Health Law in Symbolic Act*, in *New York Times*, January 20, 2011, A1.

<sup>135</sup> Sulle varie misure adottate a livello statale per contestare la riforma vedi E. Weeks Leonard, *Rhetorical Federalism: The Value of State-Based Dissent to Federal Health Reform*, in 39 *Hofstra L. Rev.* (2010), 113 ss.

<sup>136</sup> Sui vari ricorsi che hanno condotto ben 26 stati a contestare la legittimità costituzionale della riforma sanitaria cfr. E. Weeks Leonard, *op. cit.*, 115-116.

<sup>137</sup> *Section 1501, Subsec. a)*, PPACA.

<sup>138</sup> La lettura teleologica compare già nelle prime decisioni della Corte suprema relative all'interpretazione del potere sul commercio interstatale, ma riceve un'ampia applicazione a partire dal *New Deal* (vedi ad esempio il caso *Wickard, Secretary of Agriculture v. Filburn*, 317 U.S. 111, 1942) e poi durante gli anni Sessanta, per sostenere la legittimità costituzionale della legislazione federale contro la segregazione razziale: a parere della Corte suprema, infatti, in virtù degli effetti negativi che la segregazione produceva sulla circolazione di persone e cose, il Congresso aveva la competenza per regolarla nell'ambito del *commerce power*: cfr. *Heart of Atlanta Motel v. United States* (379 U.S. 241) e *Katzenbach v. McClung* (379 U.S. 294), entrambe del 1964. Sulla lettura teleologica sia consentito rinviare a C. Bologna, *op. cit.*, 156 ss.

<sup>139</sup> E' il testo legislativo ad elencare esplicitamente gli «effetti sull'economia nazionale e sul commercio interstatale»: vedi ancora *Section 1501, Subsec. a)*, PPACA.



sostenere improvvise spese sanitarie sia la prima causa dei fallimenti individuali negli Stati Uniti d'America.

L'interpretazione teleologica, che ha già ricevuto in passato applicazioni molto estensive<sup>140</sup>, nel caso dell'*individual mandate* riceverebbe però, secondo i critici, un'applicazione senza precedenti: ad essere disciplinata non sarebbe infatti una attività che produce effetti sul commercio interstatale, ma una mancata attività (*inactivity*), cioè il mancato acquisto di una polizza. La federazione avrebbe in questo modo «il potere di forzare un soggetto ad essere parte del commercio, così da poterne successivamente regolare l'attività sulla base dell'*interstate commerce power*»<sup>141</sup>. Sulla base di questa competenza il Congresso si ritaglierebbe dunque il potere di regolare i comportamenti di soggetti che del mercato non sono neanche parte, avvicinandosi definitivamente, secondo la dottrina conservatrice, ad un modello incostituzionale di *National Government* non più a poteri enumerati, ma con potestà generale di governo<sup>142</sup>.

Rappresenta una limitazione all'autodeterminazione statale anche la disciplina adottata per estendere il *Medicaid* a tutti gli adulti indigenti: come si è già ricordato, infatti, i programmi di *conditional grants in aid* costituiscono uno strumento attraverso il quale la federazione regola di fatto materie appartenenti alle competenze degli stati, poiché questi ultimi sono posti dinanzi all'alternativa di rifiutare cospicui finanziamenti o percepirla accettando contestualmente una limitazione della propria autonomia decisionale. Il sistema dei trasferimenti intergovernativi condizionati ha costituito probabilmente il principale strumento tramite cui il governo centrale ha regolato materie escluse dai poteri enumerati, al punto che la dottrina<sup>143</sup> si è icasticamente riferita a questo fenomeno come al «cavallo di Troia del federalismo americano».

I profili che suscitano dubbi di costituzionalità in questa prassi appaiono però quantomeno due: da un lato l'erogazione di finanziamenti federali in materie di competenza statale; dall'altro l'apposizione a tali finanziamenti di condizioni che limitano l'autonomia decisionale degli stati in materie di cui sono titolari. Entrambi questi profili, però, sono stati considerati compatibili con la Costituzione dalla Corte suprema. La prima questione è stata affrontata nel caso *Butler*<sup>144</sup> dove i giudici costituzionali hanno riconosciuto l'autonomia del potere di tassare e spendere (previsto e disciplinato in una specifica norma della Costituzione<sup>145</sup>) dal potere legislativo: la federazione, cioè, secondo la Corte, non è vincolata nell'esercizio del *taxing and spending power* dalle materie che la vincolano nell'esercizio del potere legislativo. Il Congresso può, al contrario, concedere sussidi e imporre tributi anche in materie appartenenti alla potestà legislativa degli stati, purché nel perseguimento di finalità generali<sup>146</sup>.

<sup>140</sup> Vedi *supra* nota 143.

<sup>141</sup> Così Roger Pilon nel dibattito svolto con Laurence Tribe presso l'Università di Berkeley: L.H. Tribe, L. Pilon, *Is the Patient Protection and Affordable Care Act Constitutional?*, 3 *Cal. J. Pol. & Pol'y* (2011), 9.

<sup>142</sup> Sui presunti profili di incostituzionalità dell'*individual mandate* vedi P. Urbanowicz, D.G. Smith, *Constitutional Implications of an "Individual Mandate" in Health Care Reform*, July 10, 2009, disponibile nella sezione Pubblicazioni del sito della Federalist Society for Law and Public Policy Studies ([www.fed-soc.org/publications/](http://www.fed-soc.org/publications/)).

<sup>143</sup> Vedi T.R. McCoy, B. Friedman, *Conditional federal spending: federalism's Trojan horse*, in *Sup. Ct. Rev.* (1989), 85 ss.

<sup>144</sup> 297 U.S. 1 (1936).

<sup>145</sup> Vedi art. I, sez. VIII, claus. 1.

<sup>146</sup> Questo requisito discenderebbe secondo la Corte direttamente dalla disposizione costituzionale che riconosce al Congresso il potere «*to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States*». Il *general welfare*, ossia il benessere generale sarebbe il limite principale per l'esercizio del potere tributario e di spesa. Scrive chiaramente la Corte che le finalità per cui il governo federale può imporre tributi o erogare finanziamenti «devono essere generali e non locali», devono concernere «questioni di benessere nazionale, distinguibili da quelle legate al benessere locale»: v. *United States v. Butler*, cit., 67 e in tema J.C. Eastman, *Restoring the "general" to the general welfare clause*, in 4 *Chap. L. Rev.* (2001), 66 ss..

La seconda questione relativa alla legittimità dei finanziamenti condizionati è stata risolta dalla Corte suprema nel caso *Mellon*<sup>147</sup> del 1923, dove i giudici hanno sostenuto che l'erogazione di finanziamenti previo rispetto di determinate condizioni non è incostituzionale poiché gli stati non sono obbligati ad accettare tali condizioni, ma possono invece evitarle rinunciando ai finanziamenti stessi: gli stati che non condividano nel merito le condizioni della federazione sono liberi di non accettarle e quindi di non subire invasioni di competenza. Come spiegherà esplicitamente la Corte suprema in una successiva decisione, lo schema è sostanzialmente quello di «un *contratto*: in cambio di fondi federali gli stati accettano di adempiere le condizioni imposte dalla federazione»<sup>148</sup>. Negli anni che seguono il caso *Mellon*, tuttavia, la crescente dipendenza economica degli stati dai trasferimenti federali ha fatto sì che non si spegnesse il dibattito sulla legittimità dei finanziamenti condizionati: sempre più irrealistica, infatti, appariva la possibilità che gli stati potessero rinunciare ai finanziamenti.

Tale possibilità si attenuava ulteriormente con una particolare specie di finanziamento condizionato: la *cross-over sanction*, la “sanzione incrociata”. In questi casi la federazione non pone condizioni in vista dell'erogazione di nuovi fondi, ma impone un obbligo agli stati minacciandoli contestualmente di sospendere, in caso di inadempimento, l'erogazione di fondi concessi in precedenza: «una *cross-over sanction* minaccia uno stato, che dovesse mancare di adempiere ad una legge del Congresso, con la perdita di finanziamenti federali previsti da una precedente legge federale»<sup>149</sup>. La legittimità costituzionale di tale strumento è stata sostenuta dalla Corte suprema nella decisione *South Dakota vs. Dole*<sup>150</sup> del 1987: oggetto di giudizio era una norma federale che prevedeva la riduzione dei fondi per la manutenzione delle autostrade agli stati che non avessero alzato a ventuno anni l'età minima per l'acquisto di alcolici. In tale decisione la Corte sostiene la validità della sanzione incrociata, ricostruendola come una «condizione retroattiva»<sup>151</sup>, apposta ai finanziamenti precedentemente erogati per la grande viabilità: le *cross-over sanctions* non rappresenterebbero una figura autonoma, ma come si è detto una categoria particolare di condizioni apposte a trasferimenti intergovernativi, caratterizzate solo dall'essere cronologicamente successive allo stanziamento dei fondi stessi. Così, mentre nella generalità dei *conditional grants* le condizioni vengono fissate nella stessa legge federale che prevede l'erogazione dei fondi, nel caso delle *crossover sanctions*, secondo la Corte, queste condizioni sarebbero fissate, anche a distanza di tempo, da un secondo provvedimento federale, agendo appunto come condizioni retroattive.

Nonostante l'equiparazione formale ai semplici finanziamenti condizionati il carattere maggiormente “invasivo” di questo strumento è evidente. Nel caso delle *crossover sanctions*, infatti, trattandosi di finanziamenti già in corso di erogazione, gli stati hanno sostenuto costi di attivazione del programma, interrotto precedenti programmi statali a favore di quello federale o semplicemente organizzato il proprio piano di spesa, anche di fronte agli elettori, contando sui quei finanziamenti: diventa così molto più difficile sottrarsi alle condizioni imposte dalla federazione, poiché questo implicherebbe interrompere programmi già in corso<sup>152</sup>.

<sup>147</sup> 262 U.S. 447 (1923).

<sup>148</sup> Vedi *Pennhurst State School and Hospital et al. vs. Halderman et al.*, 451 U.S. 1 (1981), p. 17 e sulla *contract thesis* D.E. Engdahl, *The contract thesis of the federal spending power*, in 52 S. D.L. Rev. (2007), 496 ss.

<sup>149</sup> Così J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism- The growth of national power*, New York-Westport, Praeger, 1992, 132.

<sup>150</sup> 483 U.S. 203 (1987).

<sup>151</sup> Così M. Comba, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia, Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Napoli, Jovene, 1996, 192.

L'estensione del *Medicaid* disciplinata nel *Patient Protection and Affordable Care Act* segue esattamente questo schema, poiché stabilisce che gli stati che non accettino di estendere l'applicazione del programma a tutti gli adulti indigenti perdano non solo i fondi destinati a questa misura, ma anche tutti i fondi che gli stati stessi ricevono, sin dal 1965, per il finanziamento dell'intero *Medicaid*.

Nonostante la riforma sanitaria contenga altre misure che limitano l'autonomia degli stati<sup>153</sup>, l'*individual mandate* e l'estensione del *Medicaid* tramite una "sanzione incrociata" costituiscono sicuramente le disposizioni più problematiche e, per questo motivo, sono anche l'oggetto principale della sentenza adottata in materia dalla Corte suprema il 28 giugno 2012.

7. – Il testo della decisione *National Federation of Independent Business v. Sebelius* appare decisamente articolato: scrive l'*opinion of the Court* il Chief Justice Roberts (nominato dal Presidente Bush nel 2005), il quale, costituendo una sorprendente maggioranza con i quattro giudici *liberal* Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan, sostiene la legittimità costituzionale dell'*individual mandate*. Il giudice Ginsburg scrive a sua volta un'*opinion* concorrente<sup>154</sup>, mentre il giudice Scalia è autore di una *dissenting opinion* cui aderiscono Kennedy, Thomas e Alito<sup>155</sup>.

Una maggioranza differente, costituita stavolta dai cinque giudici di nomina repubblicana e, inaspettatamente, dai giudici Breyer e Kagan, ritiene invece non compatibile con la Costituzione la disciplina dell'estensione del *Medicaid*.

La prima parte dell'*opinion* redatta da Roberts è dedicata all'analisi della legittimità costituzionale dell'*individual mandate* che, come si ricordava poc'anzi, è stato adottato quale esercizio della competenza legislativa federale sul commercio interstatale. Il Chief Justice invece non segue questa strada e ritiene l'*individual mandate* esercizio legittimo del *taxing power*, il potere di imposizione fiscale federale. Il *Patient Protection and Affordable Care Act* stabilisce infatti, come si è visto, che ai singoli che non adempiano l'obbligo di acquistare una polizza sanitaria sia comminata una sanzione proporzionale al reddito individuale: a parere della maggioranza dei giudici la sanzione costituirebbe in realtà un *tributo* imposto a coloro che decidano di non assicurarsi. I giudici costituzionali, ancorando la disposizione al *taxing power* e non al potere legislativo, superano così i limiti imposti a quest'ultimo dalla Costituzione: come si è visto infatti, a partire dal caso *Butler*, la Corte ha riconosciuto l'autonomia del potere tributario e di spesa della federazione dal potere legislativo, così che, nelle materie in cui il governo centrale non può normare, esso può comunque tassare e spendere.

La natura tributaria dell'*individual mandate* non è pregiudicata, secondo il Chief Justice, neanche dal fatto che esplicitamente il PPACA definisca come *penalty*<sup>156</sup>, ossia come «sanzione», il pagamento dovuto in caso di inadempimento<sup>157</sup>: il compito dei giudici costituzionali, ricorda il Presidente della Corte, è quello di rintracciare «ogni ragionevole ricostruzione ... idonea a salvare una legge dall'incostituzionalità»<sup>158</sup>; la ricostruzione della misura come tributo è proposta dallo stesso Governo federale alla Corte quale fondamento costituzionale in alternativa al *commerce power* e i giudici costituzionali

<sup>152</sup> Cfr. Advisory Commission on Intergovernmental Relations (Acir), *Federally induced costs affecting state and local governments*, M-193, 1994, 20.

<sup>153</sup> Per un'analisi puntuale del ruolo degli stati nelle varie parti del PPACA vedi E. Weeks Leonard, *op. cit.*, 132 ss.

<sup>154</sup> Cui aderiscono *in toto* Sotomayor e in parte Breyer e Kagan.

<sup>155</sup> Il giudice Thomas, in realtà, aggiunge una brevissima *dissenting opinion* autonoma, nonostante aderisca completamente a quella di Scalia.

<sup>156</sup> Sec. 1501, Subsec. b), PPACA.

<sup>157</sup> *Opinion of Roberts C.J.*, 33 (slip opinion).

<sup>158</sup> *Opinion of Roberts C.J.*, 32.



devono dunque, per quanto possibile, assecondarla. L'uso "regolatore" del potere di imposizione fiscale in materie escluse dal catalogo dei poteri enumerati non costituisce d'altro canto una novità nella giurisprudenza della Corte suprema<sup>159</sup> che, a partire dagli anni del *New Deal*, ha avallato l'uso del potere tributario federale in materie appartenenti alla potestà legislativa degli stati, anche quando l'imposizione del tributo avesse evidenti finalità regolatrici. L'avvio di questa giurisprudenza è rintracciabile in particolare nel caso *Sonzinsky vs. United States*<sup>160</sup> del 1937, in cui la Corte sostiene la legittimità di una tassa imposta ai commercianti di particolari armi da fuoco, delle quali il Congresso vuole scoraggiare la circolazione. Nelle loro argomentazioni i supremi giudici abbandonano ogni distinzione tra la tassazione nelle materie di competenza federale e quella nelle materie di competenza statale<sup>161</sup>, per affermare semplicemente che la ricerca dei motivi reconditi che possono muovere il Congresso ad esercitare il suo potere di tassare «è al di là delle competenze delle corti». «Queste ultime- prosegue la Corte suprema- non cercheranno, attraverso un'indagine collaterale degli effetti regolatori di una tassa, di assegnare al Congresso il tentativo di esercitare, sotto forma di tassazione, un potere negatogli dalla Costituzione federale»<sup>162</sup>.

Se nella prima parte della sua *opinion* il giudice Roberts conferma l'interpretazione estensiva del *taxing power* già rintracciabile nella precedente giurisprudenza della Corte suprema, nella seconda parte, dedicata alla legittimità dell'estensione del *Medicaid*<sup>163</sup>, il potere di spesa viene invece fortemente limitato e, per la prima volta dopo quasi ottant'anni, viene dichiarato incostituzionale un programma federale di finanziamenti condizionati.

Il giudice Roberts recupera nelle sue argomentazioni alcuni parametri interpretativi meramente enunciati e finora mai applicati dalla Corte suprema, parametri in base ai quali la disciplina che regola l'estensione del *Medicaid* costituirebbe un'illegittima *condizione coercitiva*. Il riferimento è in particolare al caso *South Dakota vs. Dole*<sup>164</sup> del 1987, nel quale la Corte richiama in generale i limiti del potere di spesa e in particolare quelli dei finanziamenti condizionati. In tale sentenza la Corte, piuttosto cripticamente, afferma che «in alcune circostanze lo stimolo finanziario offerto dal Congresso può essere così coercitivo da superare il livello della pressione e diventare costrizione»<sup>165</sup>: la possibilità per gli stati di rifiutare gli incentivi federali e con essi le condizioni, sembra diventare, come ha chiarito la dottrina<sup>166</sup>, un presupposto di legittimità dei trasferimenti condizionati<sup>167</sup>. Quando dunque l'induzione (*inducement*) da parte della federazione ad accettare fondi e condizioni

<sup>159</sup> In tema vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., 844 ss.

<sup>160</sup> 300 U.S. 506.

<sup>161</sup> Distinzione prima operata dalla Corte suprema. Si pensi al noto *Child Labor Tax Case (Bayley vs. Drexel Furniture Co.)*, 259 U.S. 20, 1922) nel quale fu dichiarata incostituzionale una legge che applicava un aggravio del dieci per cento all'imposta sul reddito degli imprenditori che utilizzavano il lavoro dei minorenni. In quest'occasione la Corte affermò chiaramente l'incostituzionalità della misura poiché «la cosiddetta tassa è una penalità per costringere la popolazione dei vari stati ad agire come il Congresso vuole che agisca, in riferimento ad una materia che è completamente affare dei governi statali in base alla costituzione federale»: *Child Labor Tax Case*, cit., 39.

<sup>162</sup> *Sonzinsky vs. United States*, cit., 514.

<sup>163</sup> *Opinion of Roberts C.J.*, 45 ss.

<sup>164</sup> 483 U.S. 203 (1987).

<sup>165</sup> *South Dakota vs. Dole*, cit., 211.

<sup>166</sup> Sul c.d. *coercion test* cfr. K. Sayers-Fay, *Conditional federal spending: a back door to enhanced free exercise protection*, in 88 *Cal. L. Rev.* (2000), 1281 ss.; D.J. Mizerk, *The Coercion Test and Conditional Federal Grants to the States*, in 40 *Vand. L. Rev.* (1987), 1159 ss.

<sup>167</sup> Il caso *Dole* è noto in realtà per il c.d. «test in quattro parti» (K. Sayers-Fay, *op. cit.*, 1296 ss), in base al quale i finanziamenti condizionati sono validi purché: il programma di spesa sia nell'interesse generale, non vengano violate altre norme costituzionali, sia esplicita la natura condizionata dei finanziamenti e le condizioni da adempiere siano coerenti con la finalità del programma di spesa stesso. Il *coercion test* è nella sentenza poco più di un *obiter dictum*, straordinariamente valorizzato invece dal giudice Roberts nel caso *Sebelius*.

si trasforma in un obbligo inderogabile, in una coercizione (*coercion*), il provvedimento non potrà essere inteso come esercizio del potere di spesa, ma dovrà essere giustificato in quanto esercizio di uno dei poteri legislativi enumerati.

L'estensione del *Medicaid*, secondo un'ampia maggioranza della Corte, rappresenta appunto un caso di *coercizione* in quanto prevede che gli stati che non vogliono estenderlo a nuove fasce della popolazione perdano non solo i fondi destinati all'ampliamento del programma, ma anche quelli già in corso di erogazione da decenni nell'ambito dello stesso. L'entità dei fondi che gli stati si vedrebbero negati è tale da minare il modello contrattuale, che presuppone il libero incontro della volontà delle parti; gli stati nel caso analizzato perderebbero fondi che costituiscono ormai parte essenziale dei loro bilanci. «In questo caso – scrive Roberts – lo stimolo finanziario che il Congresso ha scelto è molto più di un lieve incoraggiamento: è una pistola alla tempia»<sup>168</sup>.

L'importanza del libero consenso statale all'estensione del *Medicaid* è incrementata dal carattere fortemente innovativo della disciplina che muta la «natura» del programma, il quale cessa di essere «un provvedimento per i più poveri e si trasforma in un organico piano nazionale per la fornitura di una copertura sanitaria universale»<sup>169</sup>. Impedire agli stati un'autentica scelta su questo tema significherebbe compromettere, secondo la maggioranza della Corte, la loro stessa «sovranità»<sup>170</sup>.

Il *Chief Justice*, tuttavia, sceglie di non dichiarare incostituzionale l'intera disciplina dell'estensione del *Medicaid* ma, con una sentenza considerata da molti eccessivamente manipolativa<sup>171</sup>, solo la condizione coercitiva che preclude la reale possibilità di scelta in capo agli stati. L'esito concreto della pronuncia di incostituzionalità è dunque che, nel caso in cui uno stato desideri non realizzare l'estensione del *Medicaid* a nuove fasce della popolazione, compiendo il c.d. *opting out*, esso perderà solo i fondi destinati a finanziare l'ampliamento del programma e non quelli che già riceve nell'ambito del medesimo.

8. – La *ratio* della pronuncia di incostituzionalità della condizione coercitiva ci fornisce in realtà la chiave di lettura dell'intera *opinion* del giudice Roberts che, mentre «salva» il più imponente intervento legislativo federale degli ultimi anni, riesce a porre contemporaneamente le basi per assecondare, durante la sua presidenza, la dottrina repubblicana dell'autodeterminazione statale.

Scegliendo di non dichiarare incostituzionale l'*individual mandate* il *Chief Justice* ha voluto prima di tutto allontanare dalla sua Corte l'accusa di un eccessivo attivismo politico, che sarebbe stata difficilmente evitata qualora cinque giudici repubblicani avessero dichiarato *in toto* incostituzionale la principale misura di un'amministrazione democratica. Una decisione di incostituzionalità avrebbe rappresentato il primo caso dal 1937<sup>172</sup> di dichiarazione di illegittimità di una riforma federale del welfare e alimentato i dubbi di una Corte «militante», già creati da decisioni come *Bush v. Gore* o la più recente *Citizens*

<sup>168</sup> *Opinion of Roberts C.J.*, 51.

<sup>169</sup> *Opinion of Roberts C.J.*, 53.

<sup>170</sup> *Opinion of Roberts C.J.*, 49. Che sia l'autonomia politica statale il cuore della *ratio decidendi* è evidente se si pensa che l'estensione del *Medicaid*, diversamente da quanto succede normalmente per i programmi cofinanziati da federazione e stati, è pagata quasi integralmente da Washington: l'aggravio sui bilanci statali cagionato da programmi federali, che pur è stato indicato in passato dalla dottrina come uno degli elementi problematici del federalismo statunitense, non è evidentemente, in quest'occasione, alla base della decisione della Corte.

<sup>171</sup> Nella sua opinione dissenziente il giudice Scalia accusa la maggioranza di «riscrivere l'espansione del *Medicaid*»: vedi *Scalia J., dissenting*, 48. In senso analogo vedi N.K. Katyal, *A Pyrrhic Victory*, in *The New York Times*, June 29 2012, A25.

<sup>172</sup> La svolta giurisprudenziale della Corte suprema che, dopo il braccio di ferro con il presidente Roosevelt, cessò di dichiarare incostituzionali le misure sociali ed economiche approvate dal Congresso durante il *New Deal* risale appunto al 1937 e in particolare al caso *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin* (301 U.S. 1): in tema vedi D.J. Merrit, *Textualism and federalism. The third translation of the commerce clause: Congressional power to regulate social problems*, in 66 *Geo. Wash. L. Rev.* (1998), 1206 ss.

*United v. FEC*<sup>173</sup>, nella quale la Corte suprema ha riconosciuto alle *corporations* il diritto di finanziare illimitatamente messaggi elettorali. Salvando il *Patient Protection and Affordable Care Act*, come è stato scritto, Roberts «ha compiuto un passo audace e ha salvato qualcosa in più della legge – ha salvato un’istituzione»<sup>174</sup>. Non estraneo alla tradizione costituzionale statunitense è d’altro canto il *self restraint* giudiziario dinanzi a grandi decisioni politiche dei rappresentanti eletti dal popolo: la *countermajoritarian difficulty*<sup>175</sup>, la problematicità di decisioni che correggano la volontà della maggioranza popolare è in effetti un *leit motiv* del dibattito dottrinale americano contemporaneo.

Un’eco di questo *self restraint* è chiaramente individuabile nelle parole del *Chief Justice*, secondo il quale una lettura «permissiva» dei poteri della federazione «si spiega, in parte, per la generale cautela a invalidare gli atti di rappresentanti eletti dalla Nazione». Il dovuto rispetto agli altri organi costituzionali impone infatti alla Corte suprema di «censurare una legge del Congresso solo se la mancanza di un fondamento costituzionale per la sua adozione sia dimostrata chiaramente». I giudici infatti hanno «il compito di interpretare la legge», mentre non possiedono «né le competenze né il diritto di formulare giudizi politici». I rappresentanti, diversamente, non solo hanno una legittimazione che proviene loro dal voto popolare, ma vengono successivamente chiamati a rispondere politicamente delle loro decisioni: «gli eletti possono essere allontanati dal loro ufficio se il popolo è in disaccordo con loro». Non è invece compito della Corte suprema, conclude il *Chief Justice*, «proteggere gli elettori dalle conseguenze delle loro scelte politiche»<sup>176</sup>.

L’*opinion* redatta dal giudice Roberts, tuttavia, analizza molte altre questioni e come si diceva, a una lettura più attenta, si mostra molto meno generosa con il governo federale di quanto possa sembrare in prima battuta<sup>177</sup>. La sua decisione, da leggere insieme all’*opinion* dissenziente dei giudici Scalia, Kennedy, Thomas e Alito, sembra invece prefigurare per il futuro una solida maggioranza filo-statale.

Rilevante sotto questo profilo è in primo luogo la scelta di fondare nel *taxing power* e non nel potere sul commercio interstatale la legittimità dell’*individual mandate*. Nella decisione viene infatti circoscritta la lettura teleologica del *commerce power*, il principale strumento della potestà legislativa federale. Come osservato dal giudice Ginsburg nella sua *opinion* concorrente<sup>178</sup>, la specificità del campo sanitario avrebbe probabilmente legittimato l’applicazione del potere sul commercio, poiché quello sanitario è un “mercato” del quale tutti, prima o poi, inclusi i non assicurati, sono parte; questi ultimi anzi, come abbiamo visto, con l’accesso gratuito a prestazioni urgenti, producono effetti immediati sui costi delle polizze e dunque, come richiede la lettura teleologica, effetti sul commercio. L’uso del *commerce power*, secondo il giudice Ginsburg, si giustificherebbe a maggior ragione nei casi, come quello del mercato sanitario, in cui è necessario «risolvere problemi di carattere nazionale»<sup>179</sup>. Ma è proprio questa lettura, nota Ronald Dworkin<sup>180</sup>, che

<sup>173</sup> Su cui cfr. C. Caruso, *Il caso Citizens United v. Federal Election Commission: money must talk*, in *Quad. Cost.*, 2010, 389 ss.; S. Issacharoff, *Il caso Citizens United v. Federal Election Commission: il finanziamento dei partiti nel diritto Americano*, in *Quad. Cost.*, 2010, 392 ss.

<sup>174</sup> L. H. Tribe, *Chief Justice Roberts comes into his own and saves the Court while preventing a constitutional debacle*, June 28, 2012, in *Supreme Court of the United States blog* ([www.scotusblog.com/category/special-features/post-decision-health-care-symposium/](http://www.scotusblog.com/category/special-features/post-decision-health-care-symposium/)).

<sup>175</sup> L’espressione è attribuita ad Alexander Bickel che per primo sottolineò con nettezza tale aspetto del *judicial review*: cfr. A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, 1962, 16.

<sup>176</sup> Per i vari stralci citati vedi *Opinion of Roberts C.J.*, 6.

<sup>177</sup> Vedi fra gli altri: D. Kopel, *Major Limits on the Congress’s Powers, in an Opinion Worthy of John Marshall*, June 28, 2012, in *Supreme Court of the United States blog* ([www.scotusblog.com/category/special-features/post-decision-health-care-symposium/](http://www.scotusblog.com/category/special-features/post-decision-health-care-symposium/)).

<sup>178</sup> *Opinion of Ginsburg J.*, 21 (slip opinion).

<sup>179</sup> *Opinion of Ginsburg J.*, 15.

<sup>180</sup> R. Dworkin, *A Bigger Victory than We knew*, in *The New York Review of Books*, LIX, n. 13, August 16, 2012 ([www.nybooks.com/issues/2012/aug/16/](http://www.nybooks.com/issues/2012/aug/16/)).



Roberts (con i quattro giudici dissenzienti) rifiuta: il *commerce power* al contrario, secondo il *Chief Justice*, non può snaturare i poteri della federazione – che sono enumerati – e trasformarsi «nel potere generale di regolare la vita di un individuo dalla culla alla tomba»<sup>181</sup>.

Nel corso della sua *opinion*, il *Chief Justice* fornisce anche un'interpretazione restrittiva della clausola dei poteri impliciti, recentemente valorizzata dalla Corte suprema in alcune decisioni<sup>182</sup> e proposta dal Governo di Washington quale potenziale fondamento dell'*individual mandate*: quest'ultimo sarebbe infatti *necessary and proper*, necessario e appropriato, alla regolamentazione del mercato sanitario<sup>183</sup>. La clausola dei poteri impliciti invece, scrive il *Chief Justice*, può giustificare solo misure meramente «accessorie» rispetto all'esercizio degli *enumerated powers* e «non autorizza invece l'esercizio di competenze sostanziali e autonome al di là di quelle specificamente enumerate»<sup>184</sup>.

Nella sentenza, infine, come abbiamo visto, viene dichiarato incostituzionale (per la prima volta dopo decenni) un programma di finanziamenti condizionati, indebolendo uno dei principali strumenti tramite i quali la federazione è riuscita a regolare fattispecie non incluse nei poteri enumerati. La perdita dei soli finanziamenti destinati all'estensione del *Medicaid* rende materialmente possibile agli stati il rifiuto delle condizioni poste da Washington, riconoscendo agli stati stessi una forte autodeterminazione rispetto al governo federale ed una reale possibilità di trattativa con quest'ultimo. La perdita di tutti i finanziamenti erogati nell'ambito del *Medicaid* era oggettivamente una condizione insostenibile per gli stati, ma proprio questo meccanismo (utilizzato già in precedenza dalla federazione) garantiva la certezza della loro adesione e la creazione di un sistema *universale* di copertura sanitaria.

La concezione che i cinque giudici di nomina repubblicana rifiutano esplicitamente nel caso *Sebelius* è dunque l'idea di un Congresso federale titolare di una potestà generale di governo analoga al *police power* degli stati<sup>185</sup>: di questi ultimi viene ribadita ripetutamente la *sovranità*<sup>186</sup> cui deve corrispondere un governo centrale a *poteri enumerati*<sup>187</sup> tenuto, quando interviene su materie di competenza statale, a cercare il consenso degli stati federati.

9. – La sentenza della Corte suprema non rappresenta, per il *Patient Protection and Affordable Care Act*, il capitolo conclusivo. Molti sono ancora i nodi da sciogliere e tra questi, in primo luogo, quelli legati alle difficoltà di attuazione derivanti dalla sentenza della Corte.

L'esito concreto della decisione, come abbiamo visto, è che gli stati che non vorranno aderire all'estensione del *Medicaid* perderanno solo i nuovi fondi destinati a finanziare tale estensione e non, retroattivamente, quelli che già ricevono nell'ambito del medesimo programma: l'*opting out*, il rifiuto di adesione, è dunque per gli stati una strada concretamente percorribile.

All'indomani della sentenza, infatti, i governatori di Florida, Iowa, Louisiana and South Carolina dichiarano di essere orientati verso l'*opting out*<sup>188</sup>: nulla, in realtà, dovrà essere deciso a tal proposito dagli stati fino al 2014 e molti analisti ritengono che alla fine i

<sup>181</sup> *Opinion of Roberts C.J.*, 26.

<sup>182</sup> Cfr. *United States v. Comstock* (130 S. Ct. 1949; 2010), su cui vedi I. Somin, *Taking Stock of Comstock: The Necessary and Proper Clause and the Limits of Federal Power*, in *Cato Sup. Ct. Rev.*, 2009-2010, 239 ss.

<sup>183</sup> L'art. I, sez. VIII, clausola 18 prevede, come noto, che il Congresso abbia il potere di porre in essere tutte le leggi necessarie e opportune (*necessary and proper*) per l'esercizio dei poteri enumerati.

<sup>184</sup> *Opinion of Roberts C.J.*, 28.

<sup>185</sup> Per la negazione esplicita del *police power* al governo federale vedi *Opinion of Roberts C.J.*, 4, 26.

<sup>186</sup> Per alcuni riferimenti espliciti alla sovranità statale cfr. *Opinion of Roberts C.J.*, 4, 49; *Scalia J., dissenting*, 2. Si sofferma sulla sovranità degli stati anche il giudice Ginsburg: *Opinion of Ginsburg J.*, 35-36.

<sup>187</sup> Cfr. *Opinion of Roberts C.J.*, 2; *Scalia J., dissenting*, 2.

governi statali opereranno per l'estensione del *Medicaid* al fine di non perdere i corposi finanziamenti che essa implica. Lo scenario che la Corte suprema ha creato non è tuttavia così piano: tra i ricorrenti alla Corte c'erano ben ventisei stati e, come evidente, non sarà semplice per i governatori repubblicani che hanno osteggiato la riforma non cogliere l'opportunità dell'*opting out* e assecondare così l'elettorato più conservatore, che vede nell'estensione del *Medicaid* la crescita del contestato stato assistenziale. L'esito potrebbe essere, anche solo per una fase transitoria, un welfare "a geometria variabile" nel quale i meno abbienti godono o meno della copertura sanitaria gratuita a seconda dello stato di residenza. Il caso *Sebelius* ha avviato realisticamente una nuova fase di trattative tra il governo federale e i singoli stati che potranno chiedere, ad esempio, quale condizione per l'estensione del *Medicaid*, di ricevere i finanziamenti federali con vincoli di destinazione meno stringenti oppure, per assecondare l'elettorato ostile alla riforma, che sia possibile ridurre nel loro territorio la soglia di reddito che garantisce l'ammissione al programma<sup>189</sup>.

L'estensione della copertura sanitaria gratuita a tutti gli adulti indigenti non è il solo aspetto della riforma che sta incontrando difficoltà di attuazione: il *Patient Protection and Affordable Care Act* prevede, come si è detto, che gli stati istituiscano mercati specializzati per l'acquisto di polizze sanitarie. Le scadenze intermedie per l'attuazione di questa parte della riforma sono fissate per la fine del 2012<sup>190</sup>, ma alcuni stati (a guida repubblicana) hanno già dichiarato che non istituiranno gli *insurance exchanges*<sup>191</sup>. In mancanza di un intervento statale il PPACA prevede che sia la federazione a subentrare e istituire nei singoli stati un *exchange* che operi indipendentemente dall'apparato statale<sup>192</sup>: viene vanificata però in questo modo la *ratio* della norma<sup>193</sup>, che era quella di garantire invece flessibilità ed efficienza alle esperienze statali di *managed competition*, proprio affidando al governo più vicino al territorio (e non al lontano governo federale) la disciplina puntuale della materia e la sua gestione amministrativa.

L'*Obamacare*, tuttavia, non ha dinanzi a sé solo difficoltà attuative: la sentenza della Corte suprema, infatti, ha spento l'argomento della presunta incostituzionalità della legge, ma non ha chiuso il dibattito politico sulla riforma. Al contrario. La decisione della Corte, come è stato notato, non ha affermato che la riforma sanitaria sia un provvedimento costituzionalmente necessitato in quanto attuazione di un principio della carta fondamentale: il *Patient Protection and Affordable Care Act* è semplicemente, per i supremi giudici, *permissible*<sup>194</sup>, lecito. Il popolo invece, come ricorda esplicitamente il *Chief Justice*<sup>195</sup>, può allontanare – se ritiene – i rappresentanti che hanno adottato quel provvedimento: un Congresso e un Presidente repubblicani possono modificare o abrogare la riforma. L'esito delle presidenziali del novembre 2012 e del contestuale rinnovo parziale delle Camere può dunque rappresentare, per l'*Obamacare*, un nuovo punto di svolta.

\*\* Ricercatore di Diritto pubblico comparato, Università di Bologna.

<sup>188</sup> N.C. Aizenman, S. Somashekhar, *More state leaders considering opting out of Medicaid expansion*, in *The Washington Post*, 4 July, 2012.

<sup>189</sup> N.C. Aizenman, S. Somashekhar, *op. cit.*

<sup>190</sup> Entro il 1 gennaio 2013 il *Secretary of Health and Human Service* dovrà infatti verificare se tutti gli stati siano in condizioni di rendere operativo l'*exchange* per il 1 gennaio 2014: *Section 1321, Subsec. c)*, PPACA.

<sup>191</sup> Si tratta di Alaska, Florida, Louisiana, Maine, South Carolina and Texas: vedi il *report* pubblicato sul sito del New York Times nella sezione *Times Topics: Health Care Reform*, 24 September, 2012 ([www.nytimes.com/pages/topics/](http://www.nytimes.com/pages/topics/)).

<sup>192</sup> *Section 1321, Subsec. c)*, PPACA. In tema cfr. K. Thomson, *op. cit.*, 562

<sup>193</sup> J. Kingsdale, *Health Insurance Exchanges — Key Link in a Better-Value Chain*, in 362 *N. Engl. J. Med.* (2010); 2147.

<sup>194</sup> B. Joondeph, *A Marbury for our time*, June 29, 2012, in *Supreme Court of the United States blog* ([www.scotusblog.com/category/special-features/post-decision-health-care-symposium/](http://www.scotusblog.com/category/special-features/post-decision-health-care-symposium/)).

<sup>195</sup> Cfr. il passo, già citato, in *Opinion of Roberts C.J.*, 6.