

La U.S. Supreme Court respinge per la terza volta l'attacco all'Obamacare*

Enzo Balboni**

1. La *U.S. Supreme Court* ha neutralizzato nel giugno scorso, per la terza volta in nove anni, un assalto contro il pezzo più pregiato della legislazione domestica d'impronta democratica: l'*Obamacare Act* approvato per la prima volta dal Congresso nel marzo 2010 che, più sobriamente e realisticamente il Presidente e il Congresso a maggioranza progressista, avevano battezzato *Patient Protection and Affordable Care Act* (in sigla *ACA*).¹ Già nel titolo Obama e i democratici avevano inteso mettere in risalto la "sostenibilità" del progetto, ancora alla ricerca di un consenso trasversale ampio e tuttora ben lontano dai modelli adottati negli Stati occidentali d'Europa e in Canada, dove la tutela della salute è un diritto della persona, non una semplice libertà lasciata all'iniziativa individuale dei singoli. Questa volta, la decisione *California v. Texas No. 19-840* ha coinvolto in modo paradigmatico sui lati opposti dello schieramento politico, la California che difendeva la legge contro il Texas. Ai due Stati si erano aggiunti come *plaintiffs* due privati cittadini. Va subito chiarito che non è stata una decisione presa sul merito della riforma, ma preliminare e procedurale. In effetti, la questione è stata risolta fin da subito quando sei giudici hanno aderito alla proposta del relatore Stephen Breyer di ritenere che coloro che avevano proposto il caso non avessero un sufficiente *locus standi* (legittimazione a ricorrere) perché non avevano saputo dimostrare alla Corte di essere stati colpiti e danneggiati in modo diretto dalle disposizioni impugnate. In buona sostanza, non potevano lamentare una *direct injury* su un loro bene giuridicamente tutelato.

* Contributo referato dalla Direzione della rivista.

** Professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Cattolica del Sacro Cuore.

¹ Per un'ampia ed eccellente ricostruzione dei precedenti dell'ACA e dei suoi contenuti, alla luce della prima delle tre sentenze della Corte Suprema che risale al 2012, si può vedere il saggio di C. BOLOGNA, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (15 ottobre 2012), pp. 28.

Tuttavia, anche se la questione si è risolta sul piano della ammissibilità del ricorso (come, del resto, avviene in modo analogo davanti a tutte le Corti costituzionali del mondo) e in grazia di ciò la legge è sopravvissuta, le implicazioni d'ordine politico dell'accaduto si sono fatte subito sentire, da una parte e dall'altra degli schieramenti che continuano ad essere particolarmente ostili su questa materia.

Chi ha difeso la legittimità della legge attuale – ad es. Xavier Becerra, il californiano ministro della salute e dei servizi umani del Governo federale – ha subito dichiarato che gli americani avrebbero così potuto continuare a godere del diritto di accedere a cure sostenibili, senza discriminazioni. Invece i *top level republicans* nella Camera dei Rappresentanti rilasciavano un'aspra dichiarazione secondo la quale, preso atto delle ragioni processuali ostative, “la sentenza non modificava il fatto che l'Obamacare avesse fallito ad adempiere le sue promesse, mentre continuava a far del male alle famiglie dei lavoratori d'America”. Il tono, come si avverte subito, è risentito e non per caso la questione sanitaria è stata al centro del divisivo scontro per la presidenza nel novembre dello scorso anno. Uguale animosità ed aspri contrasti si sono visti nel corso delle audizioni dei tre candidati a giudici supremi, proposti da Trump ed approvati dalla (allora!) maggioranza repubblicana del Senato, particolarmente nel caso della giudice Amy Conney Barrett. Quest'ultima posizione è interessante perché Barrett, nel caso in esame, ha unito il suo voto a supporto delle argomentazioni di Breyer, insieme a quella di un altro giudice “trumpiano”: Brett Kavanaugh, a Clarence Thomas più il *Chief Justice* John Roberts. A loro si sono aggiunte, ovviamente, le due giudici di provenienza democratica: Sonia Sotomayor ed Elena Kagan, come era da aspettarsi.

E così si raggiunge la larga maggioranza di 7 a 2, con la quale il caso è stato deciso, essendo rimasti dall'altra parte solo Samuel Alito – che ha espresso un'aspra *dissenting opinion* confermando il suo ruolo di falco all'interno dell'attuale maggioranza della Corte – e uno dei giudici conservatori da poco nominati, Neil Gorsuch.

2. Mi sono soffermato a lungo sulle accennate posizioni di schieramento politico perché da ciò viene, in prevalenza, l'interesse per la decisione, soprattutto se vista da uno straniero, e da questo lato dell'Atlantico.

Ho già avuto occasione in passato di occuparmi della materia con un mio commento² alla prima sentenza della SCOTUS che risale al 2012, essendo affiancato da un insigne cattedratico della Columbia University, Mark Barenberg³.

² E. BALBONI, *La sentenza Obamacare vista dalla sponda europea: il brigantino di Tocqueville ha iniziato il lungo viaggio di ritorno verso il vecchio continente dei diritti*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, n. 2, pp. 241-253.

³ M. BARENBERG, *L'Obamacare nel prisma delle dottrine costituzionali della Corte Suprema: una lettura critica*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, n. 2, pp. 227-240.

Entrambi, in quella occasione, sottolineammo l'importanza della decisione che avallava, dichiarandola costituzionalmente conforme alla Costituzione, una legislazione federale in tema di cure mediche rivolte a larghe categorie di cittadini che ne erano, di fatto, prive o molto carenti, muovendosi in tal modo in senso contrario al *main stream* che percepisce la tutela della salute come una libertà dell'individuo (e della sua famiglia) ed una responsabilità primaria del singolo che deve farvi fronte attraverso una assicurazione privata, acquistata sul libero mercato concorrenziale, a meno che non si trovi nella fascia più povera della nazione e salvo il fatto della copertura assicurativa da parte del datore di lavoro. Sono però sempre decine di milioni gli americani senza tutela.

Una specie di compromesso tra democratici e repubblicani si era resa necessaria per ottenere da parte dei secondi almeno una non belligeranza attiva, dopo che la scelta più dura e dirimente, la c.d. *Public Option* - che avrebbe potuto essere varata sotto la spinta dell'Amministrazione federale, facendo di questa, di fatto, una temibile concorrente delle compagnie private -, era stata lasciata cadere dall'influente senatore Joe Lieberman.

Si era in effetti subitoalzata nel Paese un'accusa di "*socialism*", che nel linguaggio politico nordamericano è sinonimo di comunismo. Così la maggioranza aveva ripiegato sull'*individual public mandate*, che imponeva a tutti i residenti negli USA di avere una copertura minima per le prestazioni essenziali e, per ottenere ciò, incorporava una sanzione per coloro che non si fossero assicurati stipulando una polizza sul libero mercato, per la tutela della loro salute e di quella dei loro familiari.

L'esclusione delle *preexisting conditions*, cioè l'impossibilità delle compagnie di assicurazione di discriminare negativamente (anche solo trascinando nel tempo l'apertura della polizza in ragione di patologie pregresse), e l'allargamento della tutela in ambito familiare ai figli fino al compimento del ventiseiesimo anno d'età furono davvero rilevanti risultati intervenuti con l'approvazione dell'ACA fin dal 2010.

Va sempre ricordato, a sigillare la decisiva politicità della materia nella temperie dei tempi che si stavano vivendo, che il *Chief Justice* Roberts, nel momento in cui diede nel giugno del 2012, anno di elezioni, il suo voto determinante per la valutazione di costituzionalità dell'ACA, apertamente dichiarò che considerava come scelta migliore quella di lasciar decidere la questione all'intero popolo americano, che si sarebbe recato alle urne per le *general elections* pochi mesi dopo. La rielezione di Obama nel novembre 2012 valse come postuma conferma di tutto un percorso, sul piano giuridico, ma soprattutto politico.

3. Nel corso del secondo mandato di Obama (2013-2016) l'Amministrazione democratica si sforzò di allargare l'accesso a *Medicaid* per milioni di americani che erano ancora privi di assicurazione e di ampliare talune clausole restrittive. Ma per far ciò aveva bisogno di un non ostruzionismo in Congresso e della collaborazione degli Stati. È ovvio che, data l'estrema politicità della materia, i repubblicani di Washington mantennero la loro ostilità, mentre quelli che le vennero incontro furono in grandissima prevalenza gli Stati a conduzione democratica. Gli altri rimasero contrari e l'animosità andò crescendo con l'avvicinarsi della conclusione degli otto anni obamiani, anzi si acutizzò nel corso dell'aspra contesa elettorale tra Hillary Clinton (la quale a suo tempo aveva tentato invano, col marito Bill, di

“sfondare” il muro del diniego di una qualche forma di servizio sanitario para-nazionale) e Donald Trump, il quale fin da allora era ostile, promettendo soltanto, ma in modo assolutamente generico, che avrebbe aggiustato i danni e i difetti dell’ACA. Ma, in quattro anni di dominio repubblicano alla Presidenza e nel Congresso (quanto meno al Senato) tra il 2017 e il 2020, i detentori del potere non hanno fatto niente su questo fronte, temendo evidentemente una “frustata di ritorno” che sarebbe probabilmente intervenuta se l’ACA fosse stato abolito.

Va segnalato, peraltro, che nel 2017 il Congresso era intervenuto su una clausola decisiva della legge – quella che stabiliva una penalità (consistente in una multa di entità variabile) per coloro che non avessero acquistato una assicurazione sanitaria – portando addirittura tale penalità a zero. In tal modo, si argomentava, veniva meno il principio legale che aveva sostenuto l’argomento principale del *Chief Justice* Roberts, che, proprio sul fatto di una sostanziale equivalenza al *power to tax*, aveva poggiato il suo voto, decisivo, a favore di una competenza federale (e non statale) nella materia.

Dopo la modifica del 2017, due privati cittadini iniziarono un percorso giudiziario nello Stato del Texas, sostenendo che l’*individual mandate*, non essendo più munito di salvaguardia sanzionatoria, era diventato incostituzionale trascinandolo con sé il resto della legge. Dopo aver ottenuto vittoria nelle Corti inferiori e nella *United States Court of Appeals* per il Quinto Circuito, la questione era approdata alla Corte Suprema.

4. Come si è detto all’inizio il caso è stato deciso in via preliminare (rispetto al merito) dichiarando che sia i due privati cittadini, sia gli Stati del Texas e della California che si erano inseriti nel processo – evidentemente con posizioni contrapposte – non erano riusciti a dimostrare a SCOTUS di esser stati colpiti da quel tipo di *direct injury* che è indispensabile in *common law* per avere accesso alle Corti di giustizia.

Il tessuto dell’argomentazione legale della *opinion* di *Justice* Breyer – divenuta, alla fine, largamente prevalente, come si è visto – ripercorre ed intreccia diversi precedenti a sostegno del suo ragionamento. Ma essendo codesti meramente processuali, molto tecnici ed ovviamente legati alla giurisprudenza nordamericana, non paiono interessanti per il lettore italiano, anzi europeo.

Più calzante sarebbe stato l’argomento della eventuale resezione di una clausola della legge, sempre attinente al punto cruciale dello *individual mandate*, da vedere nel prisma del possibile travolgimento dell’ACA nel suo insieme. Probabilmente, sarà questo il percorso di eventuali ulteriori attacchi ad una normativa che, pur con le sue mancanze e difetti, comincia ad essere percepita, dopo undici anni, come una che è qui per restarvi.

Questo sarà un possibile futuro scenario, connotato peraltro di grande incertezza, dal momento che una eventuale maggioranza repubblicana (senza Trump?) si troverebbe in difficoltà a sottrarre, nuovamente, posizioni giuridiche di protezione che ormai cominciano ad essere percepite come *granted*, perché incamminate sulla via di un diritto da riconoscere ai cittadini, e basta.

Del resto, molti cittadini di media cultura, che si pongano a riflettere sulla materia *sine ira ac studio* e soprattutto coloro che risiedono su quel confine, fanno fatica a darsi ragione

del fatto che nel vicino Canada un servizio sanitario federal-nazionale funziona bene e a costi decisamente inferiori.

Pioniera, su questa strada, era stata la *Great Society* di Lyndon Johnson negli anni '60, che almeno aveva introdotto i programmi federali *Medicare* e *Medicaid*. Proprio questa è, in conclusione, l'ultima riflessione da fare. *Usque tandem* il primo Paese del mondo libero-occidentale potrà continuare a respingere l'idea che il *general welfare* dei suoi cittadini *non* include la tutela della salute come diritto della persona?

Come scrivevo, ottimisticamente, otto anni fa, il Brigantino *Le Havre* che nel 1830 aveva portato Alexis de Tocqueville nel Nuovo Mondo, dove aveva trovato libertà e democrazia, riportandone la buona novella in Europa, con l'*ACA* aveva cominciato finalmente il suo viaggio di ritorno, dopo aver importato il nucleo generativo dell'idea, fatta propria dall'intero Vecchio Continente, che il *general welfare* è monco, misero e non giustificabile senza il diritto alla tutela della salute riconosciuto in via universale, completa e tendenzialmente gratuita.