

Costituzionalmente non illegittimo, ma ormai privo di nerbo: l'Obamacare dopo la presidenza Trump

Note a margine di SCOTUS, *Texas v. California**

[Supreme Court of the United States, *California et al. v. Texas et al.*, no. 19-840, 593 US_(2021), June 17, 2021]

Edmondo Mostacci**

SOMMARIO: 1. *Texas v. California*: una decisione *narrowly tailored*. – 2. La travagliata storia dell'*Obamacare*. – 3. L'ACA, quando l'*individual mandate* diventa *unenforceable*. – 4. Il nodo dello *standing to sue* e la decisione della Corte suprema. – 5. Osservazioni conclusive.

ABSTRACT:

Il testo analizza la recente decisione della Corte suprema degli Stati Uniti in *Texas v. California*. La sentenza definisce sulla base della carenza di legittimazione ad agire la nuova vertenza che ha riguardato l'*Affordable Care Act* (ACA) e in particolare il cd. *individual mandate*, a suo tempo assistito da una sanzione pecuniaria e oggi privato di qualsivoglia forma di *enforcement*. Tale innovazione aveva portato una corte distrettuale a pronunciarsi per la sua illegittimità costituzionale; al contrario, la Corte suprema, pur non affrontando il merito, risolve la questione escludendo che l'attore – il Texas, a cui si sono aggiunti numerosi Stati a guida repubblicana e due privati cittadini – fosse legittimato a proporre la questione al giudiziario federale: deprivato della sanzione, l'*individual mandate* è infatti incapace di provocare una lesione tale da richiedere l'intervento rimediabile del giudice.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Ricercatore T.D.B in Diritto pubblico comparato nell'Università di Genova, edmondo.mostacci@unige.it.

The paper analyzes the recent decision of the Supreme Court of the United States in Texas v. California. The judgment sets out, since the lack of legal standing, the new dispute concerning the Affordable Care Act (ACA) and, in particular, the so-called individual mandate, which at the beginning was supported by a pecuniary sanction and is now deprived of any form of enforcement. This innovation had led a district court to rule on its constitutional illegitimacy; on the contrary, the Supreme Court, while not addressing the merits, resolved the issue by excluding that the plaintiff – Texas, joined by several Republican-led states and two private citizens – had the standing to bring the matter before the federal judiciary: deprived of the sanction, the individual mandate is in fact in no way able to cause an injury such as to require the remedial intervention of the judge.

1. Texas v. California: una decisione narrowly tailored

Nel lettore europeo continentale – magari poco avvezzo ad alcune regolarità tipiche del diritto statunitense e, in particolare, del *modus operandi* della US Supreme Court – l'ultimo atto della «*epic Affordable Care Act trilogy*»¹ potrebbe apparire del tutto inappagante. Di fronte a due questioni di particolare rilievo per la sopravvivenza della riforma sanitaria fortemente voluta, ormai un decennio fa, dall'allora presidente Obama, nella sua attuale conformazione, i *Supreme Justices* decidono di risolvere il caso sulla base di una delle più basilari questioni procedurali: lo *standing to sue* della parte attrice. Stabilita la carenza di legittimazione ad agire delle parti attrici, l'analisi del merito della questione non è più rilevante e può essere accantonata senza particolari problemi.

A dispetto di un tale possibile disagio, la scelta per una soluzione il meno divisiva possibile, *narrowly tailored* sul caso in decisione, riflette l'attitudine propria della Corte suprema degli Stati Uniti ad evitare decisioni ricche di implicazioni di carattere generale e, in particolare, ad eludere – naturalmente nei limiti del possibile – questioni attinenti alla legittimità costituzionale di un atto del Congresso². Si tratta di un *self-restraint* che ha un profondo radicamento nella cultura costituzionale nordamericana e che è (anche³) legato a doppio

¹ Sono le parole usate da Justice Alito in apertura della sua *dissenting opinion* al caso in esame. Qui l'*incipit* completo: «*Today's decision is the third installment in our epic Affordable Care Act trilogy, and it follows the same pattern as installments one and two*» (cfr. *Texas v. California*, 593 U.S. ____ (2021), Alito J., Dissent).

² V. G. ROMEO, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2011/2012 e 2012/2013*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 4223 ss.

³ Rimane sullo sfondo la questione – parzialmente ultronea rispetto agli scopi di questo commento – del valore da attribuire al *reasoning* di una sentenza e, soprattutto, del carattere giuridicamente necessitato (o meno) della decisione giudiziale. Infatti, le teorie scettiche dell'interpretazione giuridica attribuiscono al momento attuativo una funzione spiccatamente creatrice, per arrivare a sostenere – presso alcuni autorevoli Autori – che la decisione giudiziale sia presentata «*come se*» fosse determinata da premesse giuridiche, per giungere ad argomentare – in modo peraltro suadente, peraltro proprio con riferimento alla U.S. Supreme Court – che il riferimento a norme e precedenti altro non sia se non un'*affibulazione calmante* finalizzata a promuovere l'accettazione sociale di scelte potenzialmente divisive (v. P.G. MONATERI, *Correct our watches by the public clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in J. DERRIDA, G. VATTIMO, *Diritto giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. 190 e ss.). Si tratta di riflessioni che ben potrebbero applicarsi anche al caso in esame, in cui la scelta per una decisione di rito, invece che necessaria in punta di diritto,

filo con il principio della separazione dei poteri e con la natura di Corte suprema – e non già di Corte costituzionale – del collegio⁴. Non vi è dunque né da manifestare stupore, né da provare delusione eccessiva se le questioni più scottanti sottese a quest'ultimo assalto per via giudiziaria al *Patient Protection and Affordable Care Act* ⁵(di seguito ACA) sono destinate a rimanere prive di una soluzione diretta.

Nonostante il carattere *narrowly tailored* della decisione, la saga sottesa alla decisione resa dalla Corte suprema lo scorso 17 giugno appare non priva di interesse, tanto per l'occhio del giuscomparatista quanto per quello del cultore del diritto sanitario, per una pluralità di ragioni. Alcune, di carattere più specificamente tecnico, offrono l'occasione per esaminare i nuovi punti di equilibrio sottesi all'ACA all'indomani della presidenza di Donald Trump (un Presidente che non soltanto era espressione del partito che aveva sin da principio contestato l'*Obamacare*, ma che aveva anche posto il superamento dell'ACA al centro della sua piattaforma elettorale); altre, di carattere più generale, portano a riflettere sull'attitudine dei sistemi politici contemporanei – a partire ovviamente da quello che è unanimemente considerato il *campione* della liberal-democrazia – ad intraprendere percorsi riformatori nel modo che, almeno dal punto di vista della partecipazione politica dei cittadini, dovrebbe essere preferibile: redigere un manifesto politico incentrato su un ambizioso progetto di riforma, sottoporlo al dibattito pubblico e darvi seguito una volta che i cittadini – chiamati a scegliere *men and means* nel momento elettorale – lo abbiano validato esprimendo in suo favore il proprio suffragio.

Al fine di sviluppare i due tipi di riflessioni a cui si è accennato, il presente commento a *Texas v. California* si articola nei seguenti passaggi fondamentali. In primo luogo, verrà sinteticamente ripresa la storia giudiziaria dell'*Obamacare*, al fine di definire il quadro fondamentale entro il quale sono state avanzate le nuove censure nel caso appena deciso della Supreme Court (par. 2). Successivamente ci si focalizzerà sull'innovazione introdotta nel testo dell'ACA sotto l'egida dell'amministrazione Trump e sulle conseguenze che essa avrebbe dispiegato sulla legittimità costituzionale dell'intera disciplina; in tale contesto si metterà altresì in luce il *reasoning* del giudizio emesso sul punto dalla Corte distrettuale

è una delle molte che possono convincentemente argomentarsi sulla base di regole e precedenti e consente di evitare una decisione di merito, potenzialmente assai più divisiva. D'altra parte, anche senza voler aderire a tesi radicalmente scettiche in materia di interpretazione, è luogo comune della dottrina statunitense l'idea che la Corte suprema – specie quando si tratta di risolvere questioni che attengono alla compatibilità costituzionale di una certa disposizione – sia pragmaticamente volta a soppesare le conseguenze, anche politiche, della propria decisione (cfr. ad es. R.A. POSNER, *How Judges Think*, Cambridge (MA)-London, Harvard U.P., 2008, in particolare p. 269 ss.). Al contempo, il vertice del giudiziario federale è solito utilizzare questioni di rito – e, in particolare, proprio lo *standing to sue* – anche la fine di evitare decisioni in qualche modo *difficili* (v. V. BARSOTTI, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1999),

⁴ Sul tema, con la necessaria collocazione del modello statunitense nel panorama comparato, v. L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 80 e ss. Sull'emersione e sullo sviluppo della *judicial review of legislation* negli Stati Uniti – con tutti gli opportuni riferimenti storici e giuridici – v. A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven (CT), Yale U.P., 1986.

⁵ 124 Stat. 119-1025. P.L. 111-148.

e, poi, dalla Corte d'appello (par. 3). Definito il quadro sul quale la Corte Suprema ha dovuto decidere, si proporrà un'analisi dell'*opinion* di maggioranza redatta da *Justice* Breyer, corredata da un rapido cenno alla *dissenting opinion* di *Justice* Alito (para 4). Infine, nel corso del quinto paragrafo si trarranno alcune sintetiche conclusioni, con riferimento ai due punti problematici che si sono evidenziati nel capoverso precedente.

2. La travagliata storia dell'*Obamacare*

Sin da principio, la storia dell'*Obamacare* è stata piuttosto travagliata. Basti pensare alle difficoltà dell'*iter* di approvazione, che ha comportato un deciso depotenziamento del carattere innovativo dell'originario progetto riformatore⁶. Ancora, una volta approvato, non solo l'ACA è stato oggetto di una polemica politica che non ha conosciuto significativi momenti di requie, ma la conflittualità si è spostata dall'agone politico al terreno giudiziario, con i tentativi – fino ad ora infruttuosi – di ottenere per via pretoria quella rivincita che non è stato possibile ottenere, se non nella misura in cui si dirà nel prossimo paragrafo, nella sede parlamentare. Così, *Texas v. California* è solo una tappa di un *iter* giudiziario iniziato all'indomani dell'approvazione della legge ed approdato per ben tre volte di fronte al vertice del giudiziario federale.

Dal punto di vista della struttura, l'ACA è un atto assai complesso, destinato a svilupparsi lungo oltre 900 pagine del *Federal Register*, difficile quindi da ricondurre a semplici schematizzazioni. Volendo però operare una sintesi – di necessità parziale, ma sufficiente al fine di illustrare quanto destinato ad accadere nei circuiti di giustizia federale nel decennio successivo – si possono evidenziare tre finalità fondamentali perseguite dal disegno riformatore del 2010: la riforma del mercato assicurativo privato, con l'introduzione di specifici obblighi sia per i cittadini che per le compagnie assicurative; il potenziamento dei programmi di assistenza sanitaria pubblica e, in particolare, di Medicaid, al fine di proteggere in misura adeguata i cittadini a basso reddito; l'istituzione di nuovi soggetti pubblici, in grado di meglio sovrintendere alle dinamiche di mercato e alla corretta attuazione delle innovazioni recate per ciò che concerne i programmi di assistenza pubblica⁷.

Com'è noto, all'interno di questo schema più generale, un ruolo decisivo è assunto dalla previsione dell'*individual mandate*, vale a dire l'obbligo generale – valido per tutti i residenti che non godano di esenzione – di stipulare un'assicurazione sanitaria comprensiva

⁶ V.lo in J. HOLAHAN, L.J. BLUMBERG, *An Analysis of the Obama Health Care Proposal*, The Urban Institute Health Policy Center, 2008 www.urban.org/sites/default/files/publication/32006/411754-an-analysis-of-the-obama-health-care-proposal.pdf.

⁷ Per maggiori dettagli v. CCH, *Law Explanation and Analysis of the Patient Protection and Affordable Care Act*, Chicago, Wolters Kluwer, 2010, e se vuoi il mio *La quadratura del cerchio: il sistema sanitario statunitense alla ricerca di inclusione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, 1552 ss.

di talune garanzie minime; al contempo, tale obbligo era assistito da una sanzione pecuniaria, proporzionata al reddito.

La centralità dell'*individual mandate* è facilmente comprensibile, laddove si ponga mente al duplice scopo che esso perseguiva: da un lato garantiva che tutti i cittadini statunitensi potessero godere di una copertura sanitaria in caso di necessità (obiettivo perseguito anche tramite: alcune agevolazioni fiscali per rendere *affordable* le polizze, la prevenzione di comportamenti *discriminatori* da parte delle compagnie assicuratrici – specie laddove fondati sulla valutazione di *preexisting conditions* – e il potenziamento di Medicaid per proteggere con una provvidenza pubblica i cittadini che, per motivi di reddito, erano esentati dall'obbligo assicurativo); dall'altro lato, riportare all'interno del mercato assicurativo i soggetti che, per ragioni diverse, ne erano fuoriusciti. Questo secondo obiettivo era invero di particolare rilievo. Una quota significativa dei non assicurati era costituita infatti da soggetti giovani e in salute, che reputavano non conveniente stipulare un'assicurazione sanitaria; la loro fuoriuscita dal mercato finiva però per contraddire la funzione di miglior allocazione del rischio sanitario che, in un mercato ben funzionante, le imprese assicurative dovrebbero invece perseguire. Ancora, una profilazione del rischio sanitario "eccessivamente accurata" finiva per rendere proibitivo il costo delle polizze per soggetti ad alto rischio e, in ultima analisi, finiva per contraddire quella condivisione del rischio sanitario che invece dovrebbe essere la stessa ragion d'essere dei meccanismi assicurativi. La centralità dell'*individual mandate* era stata a più riprese asserita dagli estensori dell'ACA e, soprattutto, aveva ricoperto una posizione centrale nella difesa del provvedimento, svolta di fronte al giudiziario dal Governo federale, al tempo del primo atto della saga giudiziaria relativa all'*Obamacare*. Infatti, si diceva al tempo, senza l'obbligo assicurativo individuale la gran parte delle disposizioni dell'ACA avrebbero perso di senso e, più in generale, lo stesso atto avrebbe smarrito il suo razionale giuridico-politico.

Quando la conflittualità politica sulla riforma si era trasformata in una serie di ricorsi giurisdizionali, per lo più presentati da Stati a guida Repubblicana di fronte alle corti distrettuali federali, la centralità dell'*individual mandate* aveva trovato immediata espressione nelle censure avanzate al testo dell'ACA e quindi nelle soluzioni escogitate dalle diverse corti⁸. In particolare, risultava controversa la riconducibilità della previsione istitutiva ai titoli competenziali assegnati dalla Costituzione di Philadelphia alla Federazione e, in particolare, alla materia della *commerce clause*. Questa infatti era la principale candidata a sostenere una norma quale quella in esame, posto il carattere genuinamente federale del mercato assicurativo sanitario e vista la grande disponibilità mostrata dalla Corte Supre-

⁸ V. Ilya SOMIN, *A Mandate for Mandates: Is the Individual Health Insurance Case a Slippery Slope*, 75 *Law & Contemp. Probs.* 75 (2012).

ma, almeno a far data dalla svolta del 1937⁹, a ricondurre normative federali le più varie a questo titolo di legittimazione.

Vista la pluralità di decisioni contrastanti, il caso non poteva che giungere alla Corte Suprema, la quale ha adottato una pronuncia che si potrebbe definire di mediazione. Per un verso, *NFIB*¹⁰ non smentisce le sentenze delle corti inferiori che non avevano ritenuto riconducibile l'*individual mandate* alla *commerce clause*; per altro *salva* il cuore pulsante dell'*Obamacare*, enfatizzando il ruolo della sanzione pecuniaria: l'argomento centrale a tal fine sostenuto dal *Chief Justice* e dalla corrente *liberal* della Corte sostiene che tale sanzione sia inquadrabile come legittimo esercizio del *taxing power* federale¹¹. In altri termini, secondo l'*opinion* di maggioranza¹², l'*individual mandate* non è visto come un obbligo assistito da sanzione, ma come un'imposta destinata a colpire, con finalità disincentivanti, una condotta socialmente non desiderabile e considerata quale presupposto dell'imposizione¹³.

3. L'ACA, quando l'*individual mandate* diventa *unenforceable*

La rapida sintesi relativa all'ACA e alla prima pronuncia in merito da parte della Corte suprema non ha solo valore introduttivo; infatti i due elementi che un osservatore accorto potrebbe trarvi sono il precedente, remoto ma indispensabile, del terzo atto della *Affordable Care Act trilogy*: in assenza della centralità dell'*individual mandate* e della sua riconducibilità al *taxing power*, invece che alla *commerce clause*, *Texas v. California* non avrebbe avuto occasione di esistere.

Al precedente remoto, nel 2017, si aggiunge il precedente immediato del caso oggetto di commento: dopo un primo tentativo di abrogare il complesso delle disposizioni dell'ACA – tentativo naufragato per l'opposizione del senatore McCain, il cui voto contrario ha deter-

⁹ Per un'ampia analisi del titolo competenziale in esame, prima e dopo la svolta del 1937, sia consentito il rinvio a E. MOSTACCI, *Commerce power e federalizing process. Il governo dell'economia nell'evoluzione dei federalismi di common law*, Milano, Egea, 2018.

¹⁰ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).

¹¹ Sulla pronuncia, v. L.B. SOLUM, *How NFIB v. Sebelius affects the constitutional gestalt*, 91 *Wash. U.L. Rev.* 1 (2013) e T. SANDEFUR, *So it's a tax, now what: Some of the problems remaining after NFIB v. Sebelius*, 17(2) *Tex. Rev. L. & Pol.* 203 (2013); nel dibattito italiano, v. invece C. BOLOGNA, *Il caso Sebelius sulla riforma sanitaria: il federalismo alla prova dell'accountability*, in *Quad. cost.*, 2013, pp. 375 s. Con specifico riferimento al *taxing power*, v. anche L.A. BAKER, *The spending power after NFIB v. Sebelius*, 37 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 71 (2014) e B. CUSHMAN, *NfIB v. Sebelius and the transformation of the taxing power*, 89 *Notre Dame L. Rev.* 133 (2013).

¹² Di opposto parere l'*opinion* di minoranza, secondo cui l'*individual mandate* è incostituzionale in quanto è un tentativo del Congresso, che va al di là delle competenze federali, di regolare il mercato assicurativo sulla base della *commerce clause*.

¹³ Con le parole del Chief Justice, «the mandate [could] be regarded as establishing a condition – not owning health insurance – that triggers a tax» (*NFIB*, cit., 563).

minato la sconfitta dell'esile maggioranza repubblicana al Senato –, grazie ad un accordo bipartisan viene approvato un pacchetto di misure di stimolo fiscale all'economia – noto come *Tax Cuts and Jobs Act*¹⁴ – il quale determina tra l'altro l'abbattimento della sanzione prevista per i renitenti all'assicurazione sanitaria ad un importo di 0 USD, a far data dall'anno fiscale 2019. La sanzione, in altri termini, è cancellata.

Naturalmente, l'eliminazione della sanzione comporta un grande depotenziamento dell'*Obamacare*: in sua assenza, l'obbligo assicurativo diviene una mera esortazione – forse autorevole, ma priva di mordente – affinché i destinatari della disposizione stipulino un'assicurazione sanitaria, con evidenti conseguenze quanto all'effettiva capacità del quadro regolatorio di includere nel mercato i soggetti a basso rischio sanitario e di perseguire l'obiettivo fondamentale della riforma di garantire che tutti i cittadini siano coperti dai rischi relativi alla propria salute.

Al di là di questo aspetto, il punto su cui conviene concentrare l'attenzione concerne però l'amalgama tra la decisione della Corte suprema del 2012 e l'abbattimento dell'importo della sanzione. È infatti evidente che divenga problematico giustificare l'*individual mandate* sulla base del *taxing power*, laddove la sanzione-tassa sia ormai inesistente. Inoltre, posta la centralità dell'obbligo di assicurarsi – il solo, ad esempio, a legittimare l'imposizione di specifici obblighi di contrattare in capo alle compagnie assicuratrici – può il resto dell'ACA rimanere in vigore o esso è destinato ad essere colpito da una sorta di illegittimità consequenziale? O, per meglio dire, è giuridicamente separabile l'*individual mandate* dal resto dell'ACA o le interrelazioni tra esso e le altre parti della legge (o, magari, tra esso e significative altre parti della legge) sono tali da rendere impossibile un'operazione di *severability*?¹⁵

Queste domande non hanno una semplice valenza teorica, ma sono il contenuto specifico di un'azione legale intentata dal Texas e da altri 12 Stati a guida repubblicana – a cui si sono aggregati due privati cittadini – di fronte alla Corte federale del distretto del Northern Texas nei confronti del Secretary of Health and Human Services e del Commissioner of Internal Revenue. Il giudice distrettuale, Reed O'Connor, si mostra del tutto simpatetico con le pretese attoree e redige una sentenza che non solo dichiara *ultra vires* l'*individual mandate* ormai privo di sanzione, ma non riconosce nessun tipo di *severability* rispetto

¹⁴ 131 Stat. 2054.

¹⁵ Il tema della *severability* ricorda a tratti quello dell'illegittimità consequenziale conosciuto al nostro ordinamento. Su di esso v. J.C. NAGLE, *Severability*, 72 *N.C. L. Rev.* 203 (1993), D.H. GANS, *Severability as Judicial Lawmaking*, 76 *Geo. Wash. L. Rev.* 639 (2008) e K.A. KLUKOWSKI, *Severability Doctrine: How Much of a Statute Should Federal Courts Invalidate*, 16 *Tex. Rev. L. & Pol.* 1 (2011).

alle restanti parti dell'ACA¹⁶, il quale viene così globalmente travolto dalla pronuncia giurisdizionale¹⁷.

Tale ricostruzione non convince fino in fondo il giudice di appello: se la parte – di certo più approfonditamente argomentata – relativa all'illegittimità dell'*individual mandate* viene considerata positivamente dall'*opinion* di maggioranza redatta dal giudice Elrod, con supporto di J. Engelhard, il mancato riconoscimento di qualsivoglia *severability* viene considerato affrettato e non sufficientemente suffragato dalla parte motiva della sentenza di prime cure: così, il fascicolo viene riconsegnato al giudice distrettuale, affinché proceda a riconsiderare questo secondo aspetto¹⁸.

È in questa fase che interviene la Corte suprema, in *certiorari*, con la sua terza pronuncia in merito all'ACA, con ciò sospendendo sia l'effettività della decisione di prime cure che il procedimento in corso di svolgimento di fronte alla corte distrettuale.

4. Il nodo dello *standing to sue* e la decisione della Corte suprema

Il quadro complesso che si è ricostruito nei paragrafi precedenti costituisce il contesto in cui la Corte suprema è chiamata ad intervenire. Si dica subito qual è la soluzione enucleata dalla Corte, in base alla quale la sentenza della corte distrettuale viene riformata: sia gli Stati che le due parti private non avevano *standing to sue*, pertanto il giudice di prima istanza deve rigettare la richiesta attorea senza scendere nel merito delle due questioni che si sono precedentemente evidenziate circa la legittimità costituzionale di un *individual mandate* privo di sanzione e l'eventuale conseguenza di tale illegittimità sull'ACA globalmente inteso.

¹⁶ Val la pena citare il passaggio più calzante sul punto, nel quale il giudice argomenta che l'ACA, senza l'*individual mandate*, sarebbe una legge diversa da quella voluta dal Congresso e che l'incostituzionalità totale è necessitata dall'esigenza di rispettare – nell'ottica della separazione dei poteri – la volontà congressuale: «*In some ways, the question before the Court involves the intent of both the 2010 and 2017 Congresses. The former enacted the ACA. The latter sawed off the last leg it stood on. But however one slices it, the following is clear: The 2010 Congress memorialized that it knew the Individual Mandate was the ACA keystone, see 42 U.S.C. § 18091; the Supreme Court stated repeatedly that it knew Congress knew that, see, e.g., NFIB, 567 U.S. at 547, 132 S.Ct. 2566 (Roberts, C.J.) (citing 42 U.S.C. § 18091(2)(F)); King, 135 S.Ct. at 2487 (citing 42 U.S.C. § 18091(2)(I)); and knowing the Supreme Court knew what the 2010 Congress had known, the 2017 Congress did not repeal the Individual Mandate and did not repeal § 18091 ... The Court respects Congress's plain language. And here, "[t]he language is plain. There is no room for construction, unless it be as to the effect of the Constitution". In re Trade-Mark Cases, 100 U.S. 82, 99, 25 L.Ed. 550 (1879). "To limit this statute in the manner now asked for, "therefore" would be to make a new law, not to enforce an old one. This is no part of [the Court's] duty"» (Texas v. United States, 340 F. Supp. 3d 579, 618 (N.D. Tex. 2018)).*

¹⁷ Texas v. US, cit., 619.

¹⁸ Cfr. Texas v. United States, 945 F. 3d 355 (CA5 2019).

Nel diritto statunitense, la dottrina dello *standing* to sue prende le mosse dall'art. III, sect. 2, della Costituzione federale¹⁹, la quale stabilisce che le corti federali abbiano giurisdizione in materia di *cases and controversies*²⁰. Da questo sintetico riferimento testuale, la Corte suprema ha quindi dedotto una serie di requisiti affinché una parte possa essere considerata legittimata ad agire in giudizio di fronte ad una qualunque corte federale, i quali attengono in sostanza alla concretezza e all'attualità dell'interesse individuale di cui l'attore chieda protezione. La finalità perseguita, peraltro comune alla gran parte degli ordinamenti della *western legal tradition*, è quella di mantenere l'equilibrio costituzionalmente sancito tra i poteri²¹ ed evitare che il giudiziario assuma una funzione censoria di carattere generale sull'operato degli altri due poteri federali.

Più nello specifico, i requisiti necessari allo *standing* sono stati definiti a partire da due sentenze, adottate negli anni '20 a breve distanza l'una dall'altra²², in cui il ruolo del giudiziario viene per così dire ribaltato sull'attore e sulla domanda che questi è legittimato a presentare agli organi del giudiziario federale:

«We have no power per se to review and annul acts of Congress on the ground that they are unconstitutional. That question may be considered only when the justification for some direct injury suffered or threatened, presenting a justiciable issue, is made to rest upon such an act. Then the power exercised is that of ascertaining and declaring the law applicable to the controversy. It amounts to little more than the negative power to disregard an unconstitutional enactment, which otherwise would stand in the way of the enforcement of a legal right. The party who invokes the power must be able to show not only that the statute is invalid, but that he has sustained or is immediately in danger of sustaining some direct injury as the result of its enforcement, and not merely that he suffers in some indefinite way in common with people generally».²³

Già in questa breve citazione emergono infatti i requisiti che ancora oggi caratterizzano la dottrina in parola: il danno, il nesso di causalità e il rimedio. In altri termini, affinché la sua domanda possa essere presa in considerazione, l'attore deve mostrare di avere subito – o

¹⁹ Nel prosieguo si farà esclusivo riferimento agli *standing requirements* che la Supreme court ha ricavato dalla *cases and controversies clause* dell'art. III e che sono, di conseguenza, considerati costituzionalmente necessari. La corte ha altresì enucleato delle *prudential limitations*, le quali possono essere (e in taluni ambiti come il diritto ambientale sono) derogate ad opera del legislatore e che non rilevano ai fini della comprensione della sentenza in esame.

²⁰ Questo il testo del primo paragrafo dell'art. III, sect. 2: «The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; – to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; – to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; – to Controversies to which the United States shall be a Party; – to Controversies between two or more States; – between a State and Citizens of another State, – between Citizens of different States, – between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects».

²¹ V. D.A. LOGAN, *Standing to Sue: A Proposed Separation of Powers Analysis*, 1984 *Wis. L. Rev.* 37 (1984).

²² Si tratta di *Fairchild v. Hughes*, 258 U.S. 126 (1922), e di *Massachusetts v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923).

²³ *Massachusetts v. Mellon*, cit., 489.

di essere in procinto di subire – una lesione ad un proprio interesse giuridicamente rilevante; al contempo, la lesione deve essere concreta ed attuale (e quindi non meramente ipotetica o potenziale); inoltre, l'attore deve dimostrare che vi sia una connessione causale tra la lesione patita e la condotta (eventualmente anche di carattere omissivo) del soggetto convenuto (pubblico o privato che sia); infine, l'azione è procedibile nella misura in cui alla corte sia richiesto un rimedio (giuridicamente ammissibile e plausibile) alla lesione²⁴. Poste queste regole fondamentali, stabilire se gli attori avessero o meno *standing to sue* sembrerebbe essere tutto sommato semplice. Infatti, non si vede come un *individual mandate* ridotto a mera esortazione – privo cioè di sanzione per il caso di sua violazione – possa determinare una lesione della sfera giuridica degli Stati federati²⁵. Un discorso non dissimile può essere articolato anche per i due privati cittadini, la cui sfera giuridica non è intaccata in nessun modo dall'assenza di una sanzione o da un'esortazione contenuta in un atto normativo, alla quale non segue nessun tipo di *enforcement* da parte del potere pubblico. Da altra prospettiva, mancherebbe anche la richiesta di un rimedio: le parti private chiedono ciò che sono già libere di ottenere con il proprio autonomo agire.

Quella che si è appena esposta è, almeno in termini generali, la soluzione corretta, su cui converge anche l'*opinion* redatta per una maggioranza di 7 da Justice Breyer²⁶. Infatti, quanto alla legittimazione delle parti private, l'*opinion* è decisa nell'escluderla:

«Their problem lies in the fact that the statutory provision, while it tells them to obtain that coverage, has no means of enforcement. With the penalty zeroed out, the IRS can no longer seek a penalty from those who fail to comply ... Because of this, there is no possible Government action that is causally connected to the plaintiffs' injury – the costs of purchasing health insurance. Or to put the matter conversely, that injury is not “fairly traceable” to any “allegedly unlawful conduct” of which the plaintiffs complain ... In a word, they have not shown that any kind of Government action or conduct has caused or will cause the injury they attribute to §5000A(a)»²⁷.

L'*opinion* pone peraltro particolare enfasi sulla necessità di una *Government action*, a fondamento della legittimazione ad agire contro le amministrazioni convenute, nell'ottica di ottenere la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'*individual mandate* e se del

²⁴ V. nella giurisprudenza più recente, *DaimlerChrysler Corp. v. Cuno*, 547 US 332 (2006), secondo cui l'attore ha standing solo laddove egli possa «*allege personal injury fairly traceable to the defendant's allegedly unlawful conduct and likely to be redressed by the requested relief*» (p. 342). Per un'analisi del requisito, con particolare riferimento alle cause intentate contro il potere pubblico, v. R. BERGER, *Standing to Sue in Public Actions: Is It a Constitutional Requirement*, 78 *Yale L.J.* 816 (1969).

²⁵ Circostanza affermata da numerosi autori prima del pronunciamento della Supreme Court. V. ad es. B. Clark, *Enough is enough: The coverage provision is still constitutional and the court should reject this latest pretext for attacking the ACA*, in *SCOTUSblog* (Nov. 6, 2020), www.scotusblog.com/2020/11/symposium-enough-is-enough-the-coverage-provision-is-still-constitutional-and-the-court-should-reject-this-latest-pretext-for-attacking-the-aca/.

²⁶ Per un primo commento da parte della dottrina statunitense, v. A. Howe, *Court again leaves Affordable Care Act in place*, in *SCOTUSblog* (Jun. 17, 2021), www.scotusblog.com/2021/06/court-again-leaves-affordable-care-act-in-place/.

²⁷ *Texas v. California*, cit., pag. 5 dell'*opinion* di maggioranza.

caso, in via mediata, dell'ACA globalmente inteso. In altri termini, non può considerarsi sufficiente la previsione normativa se ad essa non segue – ne può ragionevolmente seguire – l'adozione di una misura concreta in grado di produrre la lesione dell'interesse attoreo. Tale enfasi è peraltro comprensibile: non rientra infatti tra i compiti della Corte suprema pronunziarsi su astratte questioni di legittimità costituzionale, ma solo di fornire una tutela verso lesioni concrete di interessi giuridicamente meritevoli di tutela.

Sulla base di tali argomenti, diviene quindi piuttosto semplice giungere alla conclusione per cui una disposizione priva di *enforceability* è strutturalmente inidonea ad entrare tra i materiali normativi rilevanti per il giudice, ma deve piuttosto essere qualificata come «*statute's textually unenforceable language*»²⁸.

Più sofisticato, ma non del tutto dissimile, il *reasoning* relativo allo *standing* del Texas e degli altri Stati, i quali provano ad argomentare lungo due diverse direttrici. Da un lato, la previsione dell'*individual mandate* – o per meglio dire, l'obbligo di munirsi di una *minimum essential coverage* – si rifletterebbe in un onere sopportato dagli Stati, chiamati a: erogare direttamente assistenza sanitaria, nell'ambito di programmi come Medicaid; contribuire all'esborso finanziario privato nel caso di contratti assicurativi *State-sponsored*; offrire, in qualità di *employer*, una polizza ai propri dipendenti. In tutti questi casi, però, la Corte ritiene insussistente il nesso di causalità, posta la libera determinazione del singolo, il quale potrebbe ben decidere di non dare seguito all'esortazione di cui ad un *individual mandate* non più assistito da sanzione²⁹.

Dall'altro lato vi sono tutte le spese che derivano non già dall'obbligo di stipulare un'assicurazione, ma da altre parti dell'ACA. Ancora, neppure queste spese possono essere considerate ai fini del riconoscimento dello *standing to sue*, in quanto non derivano dalla disposizione dedotta in giudizio³⁰.

Quanto a queste ultime spese, potrebbe forse argomentarsi diversamente da quanto appena riferito, facendo valere la centralità dell'*individual mandate*, la cui illegittimità per ipotesi farebbe crollare tutto l'impianto normativo dell'ACA. Ecco allora che gli attori avrebbero un interesse giuridicamente qualificato ad ottenere una pronuncia che sancisca l'illegittimità – non già del solo *individual mandate* ma – di tutto l'atto normativo del 2010. Si tratta però di una ricostruzione che appare sotto molteplici profili forzata³¹ e che, soprattutto, non è stata avanzata in questi termini in nessuna delle fasi precedenti del giudizio, né è stata in qualche modo analizzata dalle corti inferiori. Inoltre, come mette in luce J.

²⁸ *Texas v. California*, cit., pag. 7 dell'*opinion* di maggioranza.

²⁹ Cfr. l'*opinion* di maggioranza di *Texas v. California*, la quale argomenta: «*neither logic nor intuition suggests that the presence of the minimum essential coverage requirement would lead an individual to enroll in one of those programs that its absence would lead them to ignore. A penalty might have led some inertia-bound individuals to enroll. But without a penalty, what incentive could the provision provide?*» (p. 12).

³⁰ Queste le apole dell'*opinion* di J. Breyer: «*The problem with these claims, however, is that other provisions of Act, not the minimum essential coverage provision, impose these other requirements*» (p. 14).

³¹ Anche se trova l'adesione di due *Justices* (Alito e Gorsuch). Cfr. *Texas v. California*, cit., J. Alito dissent.

Thomas nella sua *concurring opinion*, «*standing-through-inseverability could only be a valid theory of standing to the extent it treats inseverability as a merits exercise of statutory interpretation*»³², mentre nel corso dell'istruttoria il tema della separabilità dell'*individual mandate* dal resto dell'ACA è sempre stato declinato sul piano, meno impegnativo, di *remedy*³³.

5. Osservazioni conclusive

L'ultimo atto della *epic Affordable Care Act trilogy* mostra in modo chiaro alcune elementi che è utile considerare al fine di una migliore comprensione dell'*Obamacare* e della sua storia travagliata.

Quanto ai fatti di causa, la decisione della Corte suprema di negare lo *standing to sue* potrebbe, come evidenziato in apertura, apparire una scelta in qualche misura deludente. Di fronte a quello che è stato, al di là di ogni valutazione di merito, uno dei più importanti interventi riformatori in ambito sociale approvati dal congresso statunitense dai tempi di Lyndon Johnson e di fronte al dubbio, non manifestamente infondato, circa la sua illegittimità costituzionale, una decisione di rito potrebbe apparire inappagante. Tuttavia, a considerare con attenzione il ragionamento sviluppato da Justice Breyer, emerge in filigrana una risposta assai meno evasiva a tale quesito: lo *standing to sue* è negato in primo e prevalente luogo in quanto una disposizione incapace di *enforcement* – ridotta cioè a sterile *statute's textually unenforceable language* – nel suo essere inidonea a tradursi in un'azione (o in un'omissione) del potere pubblico è anche del tutto inoffensiva. In altri termini, una mera esortazione a dotarsi un'assicurazione sanitaria non merita la patente di incostituzionalità in quanto è di per sé difficilmente riconducibile all'esercizio di quel potere che le norme costituzionali hanno il compito di regolare, ripartire e limitare. Risolto per questa via il problema dell'attuale versione dell'*individual mandate*, diviene altresì mero esercizio di stile interrogarsi sulla *severability*.

Se quanto appena detto è vero, da ciò non segue però che la riforma sia salva. Al contrario, le parole della Corte suonano assai sinistre per l'ACA. Questo è infatti salvato dalle censure di incostituzionalità a prezzo di riconoscere che la sua norma fondamentale, che sin da subito è stata considerata come la chiave di volta dell'intero *Obamacare*, oggi – *rectius*, dal 2017 – è ormai un pallido simulacro della sua versione originaria: una mera esortazione, deprivata di ogni efficacia giuridica. In altri termini, l'abbattimento della sanzione pecuniaria prevista per la mancata assicurazione, recato dal *Tax Cuts and Jobs Act*,

³² *Texas v. California*, cit., J. Thomas *concurring opinion*, p. 6.

³³ «*This Court has been inconsistent in describing whether inseverability is a remedy or merits question. To the extent the parties seek inseverability as a remedy, the Court is powerless to grant that relief*» (cfr. J. Thomas, *concurring opinion*, p. 5).

non avrà avuto l'impatto politico ed emotivo dell'abrogazione dell'ACA, ma determina con l'efficacia che talvolta hanno i rimedi semplici il sostanziale *undoing* dell'*Obamacare*.

Ciò porta a sviluppare una considerazione ulteriore. Nella politica contemporanea, in cui elevati livelli di polarizzazione rendono assai angusti gli spazi per la mediazione e per il riconoscimento del carattere positivo di specifici elementi programmatici avanzati dalle altre parti politiche, le riforme manifesto – quelle cioè che caratterizzano la proposta di un certo soggetto politico in un determinato momento storico – hanno un destino segnato: quello di rimanere perennemente divisive e di subire interventi contro-riformatori una volta che la maggioranza parlamentare sia cambiata. Si badi: non si intendono progressivi affinamenti, che costituirebbero non solo un modo di collaborare ma un implicito riconoscimento di quanto di buono è stato fatto dall'amministrazione precedente; al contrario, si allude a radicali ribaltamenti, a tentativi di cancellazione, a veri e propri sabotaggi. Un *modus operandi* che cancella in radice la possibilità di costruire politiche pubbliche efficaci e capaci di rispondere ai bisogni dei cittadini: certo, l'*obamacare* – pur con tutti i suoi limiti – ha avuto meriti indubbi, che in questa sede non si vogliono affatto disconoscere; tuttavia, il “sabotaggio” sotteso all'azzeramento della sanzione in caso di violazione dell'*individual mandate* rischia di vanificare buona parte di tali risultati e di riportare figurativamente le lancette della storia ad un decennio fa.

L'alternativa a questa dinamica inconcludente è quella di evitare riforme manifesto, di ricercare accordi sufficientemente ampi che siano il massimo comun denominatore delle forze presenti nel sistema politico, di mascherare la scelta politica sotto la maschera della necessità tecnica. Stratagemmi tutt'altro che sconosciuti ai sistemi politici occidentali, ma che tengono la cittadinanza ai margini dei processi decisionali pubblici e ne inibiscono la partecipazione all'organizzazione politica del Paese: un esito inappagante per chi ha creduto – e crede tutt'ora – nelle virtù dello Stato democratico.