



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXX

COORDINATORE Prof. Alessandro Simoni

Strategie sanitarie comparate. Inghilterra e Stati Uniti, prove di convergenza
tra modelli antitetici

Settore Scientifico Disciplinare IUS/02

Dottorando
Dott. Matteo Balloni

Tutore
Prof.ssa Vittoria Barsotti

Coordinatore
Prof. Alessandro Simoni

Anni 2014/2017

Strategie sanitarie comparate. Inghilterra e Stati Uniti, prove di convergenza tra modelli antitetici

INDICE

Premessa

Perché indagare la sanità inglese e quella statunitensep. 6

Capitolo I

La tutela pubblica della salute nel modello inglese

1.1 Agli albori del sistema inglese

1.1.1 Le origini del sistema di welfare e le Poor Lawp. 25

1.1.2 I mutamenti del ruolo pubblico in materia sanitaria tra XIX e XX secolop.33

1.2 William Beveridge e le nuove politiche di protezione sociale

1.2.1 Cenni biograficip. 37

1.2.2 Social Insurance and Allied Servicesp. 41

1.3 Il sistema sanitario inglese

1.3.1 Il National Health Service Act. Le principali tappe dal 1946 al 1974 p. 46

1.3.2 Le riforme successive, con uno sguardo agli Stati Uniti. In particolare, Margaret Thatcher p. 51

1.4 L'eredità culturale del Governo Thatcher. Cenni alle politiche inglesi successive

1.4.1 Introduzionep. 62

1.4.2 Blair, tra ripensamento del mercato interno e nuovi strumenti di mercatop. 63

1.4.3 Il nuovo NHS alla luce delle riforme di David Cameronp. 70

Capitolo II

Assistenza sanitaria e diritto dell'Unione Europea. Una difficile coesistenza

2.1 Unione, sanità e mercato

2.1.1	<i>Le contraddizioni di fondo della tutela europea della salute</i>	p. 78
2.1.2	<i>L'integrazione europea</i>	p. 83
2.1.3	<i>Mercato interno e sistemi sanitari: Establishment (cenni)</i>	p. 85
2.1.4	<i>Mercato interno e sistemi sanitari: goods and capital (cenni)</i>	p. 91
2.1.5	<i>Disciplina della concorrenza e sistemi sanitari (cenni)</i>	p. 93
2.2	La libera prestazione dei servizi e l'assistenza medica transfrontaliera	
2.2.1	<i>Le origini</i>	p. 95
2.2.2	<i>I casi Kohll e Decker</i>	p. 97
2.2.3	<i>La giurisprudenza successiva. In particolare Smits e Peerboms</i>	p. 102
2.2.4	<i>Watts: il caso inglese di fronte alla Grande Sezione della Corte di giustizia</i>	p. 107
2.2.5	<i>La Direttiva 2011/24/UE: tra logica economica e diritti dei pazienti</i>	p. 112

Capitolo III

Principi e assetti organizzativi del fenomeno sanitario nelle esperienze statali americane

3.1	Il Sistema privatistico di assistenza sanitaria	
3.1.1	<i>Le origini</i>	p. 123
3.1.2	<i>Principi fondamentali. In particolare, l'assicurazione sanitaria</i>	p. 125
3.1.3	<i>Costi e modelli organizzativi. Fee-for-service e managed care</i>	p. 130
3.2	Il ruolo degli Stati	
3.2.1	<i>Gli Stati e la salute pubblica</i>	p. 136
3.2.2	<i>Le regolamentazioni statali del fenomeno assicurativo</i>	p. 140

Capitolo IV

Assistenza sanitaria e Amministrazione federale. Protezione e squilibri in un modello residuale di tutela

4.1	Come può la Federazione tutelare la salute?	
4.1.1	<i>Note introduttive: l'inesistenza di un diritto costituzionale alla salute</i>	p. 147
4.1.2	<i>La giurisprudenza statunitense a partire dal caso DeShaney</i>	p. 153

4.1.3	<i>Il rapporto tra diritti fondamentali ed equal protection of the laws alla luce delle pronunce della Corte Suprema</i>	p. 162
4.2	Le eccezioni alla mancanza di un generale obbligo di protezione da parte dello Stato alla luce della giurisprudenza federale	
4.2.1	<i>Premessa</i>	p. 165
4.2.2	<i>I diritti dei detenuti e dei malati ricoverati presso istituti di sanità mentale</i>	p. 166
4.2.3	<i>State-created danger doctrine</i>	p. 170
4.3	Le basi costituzionali per la regolazione federale della materia sanitaria	
4.3.1	<i>Alcuni esempi</i>	p. 174
4.4	Gli interventi federali. Le origini	
4.4.1	<i>1900-1920. Note introduttive</i>	p. 183
4.4.2	<i>Il New Deal</i>	p. 186
4.4.3	<i>Il secondo dopoguerra e gli anni Cinquanta, da Truman a Eisenhower. In particolare, la fine della segregazione razziale nell'assistenza medica</i>	p. 190
4.5	La centralizzazione dei poteri federali	
4.5.1	<i>Medicare e Medicaid</i>	p. 196
4.5.2	<i>L'assistenza sanitaria degli anziani</i>	p. 198
4.5.3	<i>L'assistenza sanitaria dei cittadini indigenti</i>	p. 204
4.5.4	<i>Medicare e Medicaid. L'impatto della giurisprudenza federale</i>	p. 207
4.5.5	<i>Il Committee for Economic Development, una voce isolata nel dibattito statunitense?</i>	p. 212
4.6	1970-1980. Verso il contenimento dei costi sanitari federali	
4.6.1	<i>La presidenza Nixon. Health Maintenance Organization e ERISA</i>	p. 214
4.6.2	<i>Emergency Medical Treatment and Active Labor Act</i>	p. 219
4.7	Gli sforzi di riforma della Presidenza Clinton	
4.7.1	<i>Health Security Act e State Children's Health Insurance Program (SCHIP)</i>	p. 221

Capitolo V

Addenda 2009-2017. I (deboli) pilastri dell'assistenza sanitaria statunitense

5.1 La riforma sanitaria nella dialettica tra poteri federali

5.1.1	<i>La presidenza Obama ed il dibattito politico sulla tematica sanitaria</i>	p. 225
5.1.2	<i>Tra profili innovativi e precedenti progetti statali</i>	p. 229
5.2	Obiettivi e innovazioni del Patient Protection and Affordable Care Act	
5.2.1	<i>Una difficile negoziazione. L'iter legislativo della riforma</i>	p. 233
5.2.2	<i>L'accesso alle cure. In particolare, l'individual mandate</i>	p. 240
5.2.3	<i>Gli Health Exchanges e la competizione tra le compagnie assicurative</i>	p. 245
5.2.4	<i>Quale garanzia assistenziale per i soggetti economicamente deboli?</i>	p. 248
5.3	L'eredità politica di Obama	
5.3.1	<i>Uno sguardo conclusivo alla riforma</i>	p. 251
5.3.2	<i>La battaglia politica contro l'Obamacare</i>	p. 254

Capitolo VI

Giudici e politiche sanitarie. Spunti e riflessioni

6.1	Diritti all'assistenza sanitaria nel NHS. Tra enunciazione formale e effettività della tutela giurisdizionale	
6.1.1	<i>Le Corti inglesi: quale dialogo con il legislatore di Westminster?</i>	p. 268
6.2	La riforma statunitense alla luce della interpretazione della Corte Suprema	
6.2.1	<i>L'opposta situazione statunitense</i>	p. 276
6.2.2	<i>National Federation of Independent Business v. Sebelius</i>	p. 278
6.2.3	<i>L'impegno finanziario del Governo federale: King v. Burwell</i>	p. 287
6.3	Sistema sanitario e libertà religiosa	
6.3.1	<i>Burwell v. Hobby Lobby e Zubik v. Burwell</i>	p. 294
	Indice delle opere citate	p. 300

Premessa

Perché indagare la sanità inglese e quella statunitense

Il tema della tutela della salute costituisce nozione controversa e dagli incerti confini. Se infatti in origine l'interesse degli Stati per la materia sanitaria pubblica era limitato a normative emergenziali per proteggere la cittadinanza da eventi eccezionali quali epidemie, calamità e malattie infettive, la tutela della salute è ormai divenuta un interesse generale della collettività e la sua rilevanza giuridica è tale che ogni ordinamento ha da tempo definito proprie politiche sanitarie con cui, pur con strumenti e strategie di tutela eterogenee, ha disciplinato il fenomeno sanitario al fine di assicurare il benessere collettivo dei suoi cittadini¹. Tale profilo è ormai universalmente riconosciuto, tanto che tutte le esperienze moderne si sono trovate a regolamentare molteplici aspetti che incidono sulla salute, dal settore farmaceutico alla sicurezza alimentare, dagli scambi commerciali alla sicurezza sui luoghi di lavoro. Profilo fondamentale e ineludibile per ogni esperienza è però quello dell'accesso alle cure mediche ove le amministrazioni pubbliche hanno l'arduo compito di ridurre i pregiudizi derivanti dalle differenze socioeconomiche. Proprio con riferimento a quest'ultimo obiettivo, che costituirà il centro di questa ricerca, l'eterogeneità delle politiche statali ha portato ad una moltitudine di modelli che si distinguono per i differenti gradi di protezione della popolazione e per le diverse responsabilità attribuite al settore pubblico e a quello privato. A questo scopo si rendono necessari due brevi esempi introduttivi.

Nella sua accezione europea la tutela della salute è pacificamente considerata parte integrante dei diritti sociali, categoria giuridica che rappresenta una delle più rilevanti innovazioni del XX secolo, positivizzata per la prima volta dalla Costituzione di Weimar nel 1919. Essa ricomprende un insieme di pretese,

¹ Pia Acconci, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 2011, pp. 1-3.

spesso formalizzate anche a livello costituzionale², che segnano l'ampliamento delle situazioni soggettive che lo Stato è chiamato a garantire, spostando l'attenzione dalla garanzia dell'uguaglianza formale che aveva caratterizzato lo Stato liberale all'effettiva promozione dell'uguaglianza sostanziale. Ciò al fine precipuo di favorire lo sviluppo della personalità di ogni individuo e la sua partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale della Nazione³. Il processo di affermazione di questi diritti "di seconda generazione" non è stato semplice, anche in virtù del dibattito che li qualificava come mere norme programmatiche piuttosto che pretese individuali dal contenuto prescrittivo⁴, anche alla luce dell'onerosità di tali diritti rispetto alle 'tradizionali' libertà civili e politiche e alla conseguente difficoltà di tutela giurisdizionale. In Europa l'interesse pubblico a proteggere la salute dei propri cittadini si è tradotto innanzitutto con l'istituzione di sistemi sanitari che, pur con organizzazioni e strutture amministrative assai diversificate, rappresentano l'eredità culturale di due modelli che si contraddistinguono essenzialmente per il diverso presupposto su cui è basata la titolarità delle prestazioni, la condizione occupazionale nel modello assicurativo di origine tedesca, la cittadinanza in quello universalistico sviluppato dall'Inghilterra.

Diversi i presupposti teorici che hanno invece contraddistinto la nascita e la successiva espansione della sanità statunitense. Negli Stati Uniti la tutela della salute difficilmente è stata interpretata come un diritto, rappresentando invece un benefit la cui protezione viene in larga parte demandata a compagnie commerciali ed enti senza scopo di lucro. In via preliminare merita osservare l'assetto privatistico su cui è incentrata l'offerta dei servizi sanitari, sviluppatasi attorno alla concezione liberale e prettamente negativa del ruolo imposto ai pubblici poteri. In assenza di sistemi pubblici paragonabili a quelli europei, gli individui accedono alle prestazioni mediche offerte da strutture sanitarie private che "intrattengono rapporti con le assicurazioni (private) con le quali ciascuno, in base al suo reddito personale od alla

² Si pensi, ad esempio, al primo comma dell'articolo 32 della Costituzione italiana, secondo cui: "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti".

³ Erik Longo, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Padova, CEDAM, 2012, p. 65

⁴ Si veda, tra gli altri, Gráinne De Búrca, Bruno De Witte (edited by), *Social Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

posizione lavorativa, ha stipulato un'apposita polizza per sé, la propria famiglia o la propria impresa"⁵. In tale quadro si è però ben presto assistito alla graduale consolidazione del principio di aiuto federale agli Stati per meglio garantire la salute e l'assistenza pubblica. La conseguente tendenza verso l'espansione del ruolo dell'amministrazione federale è stata così rilevante al punto che l'incidenza della spesa sanitaria sul bilancio federale risulta simile, se non addirittura maggiore, rispetto a quella delle Nazioni europee. La diversità principale risiede nella mancanza di protezioni universalistiche, essendo le politiche federali sanitarie intervenute soprattutto a favore delle fasce deboli della popolazione.

I risultati sin qui raggiunti, sia in Europa sia negli Stati Uniti, sono però andati incontro a recenti e profonde trasformazioni che hanno preso atto dei cambiamenti avvenuti all'interno del *welfare state* e del nuovo ruolo demandato alle istituzioni all'interno di un ordine costituzionale ormai mutato rispetto all'inizio del ventesimo secolo. Le nuove tecnologie e i progressi medici, uniti ad un contesto sociale, economico e giuridico notevolmente diverso dal passato, hanno contribuito ad accrescere le difficoltà strutturali di sistemi sorti e progettati all'indomani della seconda guerra mondiale. La difficoltà nel reperimento di risorse finanziarie sufficienti a garantire all'intera cittadinanza servizi sanitari efficienti ha da tempo imposto la predisposizione di una pluralità di strumenti che consentano alla concorrenza di operare "quale meccanismo principale di coordinamento e di allocazione delle risorse"⁶. Proprio tale fenomeno ha dato il via ad una inedita commistione tra diritti e mercato, alimentando una zona dubbia di interferenza tra scelte di competenza politica e attività giurisdizionale. I legislatori non possono più limitarsi ad astenersi da indebite interferenze con i diritti di libertà dei singoli, essendo invece chiamati a svolgere un ruolo sempre più attivo di promozione e tutela dell'individuo, garantendo anche il rispetto di principi enunciati a livello internazionale. Di conseguenza è mutata anche la funzione demandata ai giudici, i quali, in alcune esperienze in modo più evidente, nel risolvere le controversie loro

⁵ Giampiero Cilione, *Diritto sanitario: profili costituzionali e amministrativi, ripartizione delle competenze, organizzazione, prestazioni, presidi sanitari privati, professioni*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2005, pp. 62-63.

⁶ Stefano Neri, *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna. Concorrenza, cooperazione, programmazione*, Milano, F. Angeli, 2006, p. 11.

attribuite non possono più esimersi dal compimento di delicati bilanciamenti tra diritti sociali e logiche economiche di impiego delle risorse pubbliche. Il tema risulta peraltro ancora più incerto alla luce delle difformi valutazioni operate dagli studiosi, divisi tra chi ritiene il *welfare* in uno stato di crisi tale da non essere più un mezzo istituzionale per attuare una riconciliazione tra le classi sociali, e chi, al contrario, lo ritiene ancora mezzo essenziale di promozione della giustizia sociale, senza il quale il normale funzionamento del mercato tollererebbe (o addirittura incoraggerebbe) l'esclusione dei gruppi sociali più svantaggiati dal soddisfacimento dei propri bisogni medico-sanitari⁷.

Il presente lavoro si propone di esaminare tali problematiche mediante l'analisi dell'organizzazione sanitaria sviluppata dall'esperienza inglese e da quella statunitense. Quanto alla scelta di mettere a confronto questi due sistemi, le ragioni sono state molteplici e vanno al di là dell'ovvia considerazione circa la forte affinità linguistica e soprattutto di ragionamento giuridico che lega Inghilterra e Stati Uniti. Iniziando dalle prime e più generali letture in materia, non è insolito imbattersi in dettagliate analisi che, pur trattando le due esperienze congiuntamente, hanno realizzato una comparazione per contrasto, evidenziando le difformità, spesso inconciliabili, alla base dei due sistemi di *common law*, sottolineando le contingenze storiche all'origine di politiche sanitarie così discordanti⁸. Ciò era particolarmente evidente nel secondo dopoguerra, quando l'istituzione del *National Health Service* inglese sembrò sancire una frattura definitiva con il sistema di mercato americano e con i principi di assistenza caritatevole agli indigenti a lungo sperimentati con le *poor law*.

Accertata la netta contrapposizione tra i punti di partenza delle due esperienze, questa ricerca si propone di verificare se tale difformità sia ancora del tutto evidente ed attuale. Anticipando qualche riflessione, tale conclusione sembra

⁷ David Harris, *Justifying State Welfare. The New Right versus The Old Left*, Oxford, New York, Basil Blackwell, 1987, pp. 1-27.

⁸ Si vedano, tra gli altri, John C. Goodman, *National health care in Great Britain. Lessons for the U.S.A.*, Dallas, Fisher Institute, 1980, Rosemary Stevens, *Comparisons in Health Care: Britain as Contrast to the United States*, in David Mechanic (Edited by), *Handbook of Health, Health Care, and the Health Professions*, New York, Free Press, 1983, p. 281 e ss.; Lawrence R. Jacobs, *The Health of Nations. Public Opinion and the Making of American and British Health Policy*, Ithaca, Cornell University Press, 1993.

non più del tutto veritiera a causa dei grandi cambiamenti intervenuti negli ultimi anni, che hanno dato origine ad inaspettate prove di convergenza tra i due ordinamenti. Pur muovendo da principi contrapposti o difficilmente conciliabili (si pensi al mercato sanitario americano e al diritto all'accesso alle prestazioni sanitarie garantito invece dal sistema nazionale inglese), le rispettive esperienze giungono a conclusioni simili, non considerando più intervento pubblico e mercato come poli antitetici. Se già i primi riscontri di tale fenomeno erano rinvenibili negli anni Ottanta grazie alla crescente attenzione dei giuristi statunitensi, in particolare Alain Enthoven, verso i problemi del NHS inglese, ad oggi il confronto è reso ancora ancora più interessante dagli ultimi interventi legislativi. I due apparati si sono infatti vicendevolmente trasformati e le linee di demarcazione tra pubblico e privato non sembrano più chiare e definite come qualche decennio fa. Le ultime innovazioni normative hanno infatti messo in discussione alcuni dei capisaldi del recente passato, dando origine a cambiamenti radicali che sempre più sembrano voler prendere le distanze da uno Stato assistenziale. I recenti accadimenti hanno indubbiamente avvicinato la sanità europea al concetto, più tipicamente statunitense, della competizione tra privati, per incrementare l'efficienza del sistema mediante introiti ulteriori provenienti da fonti privatistiche⁹. La concezione stessa di welfare europeo ha subito crisi d'identità e ripensamenti che hanno definitivamente aperto i sistemi sanitari verso il libero mercato, cercando di ridimensionare l'impegno e l'onerosità degli interventi pubblici. D'altra parte il sistema americano, da *Medicare* e *Medicaid* al più recente *Patient Protection and Affordable Care Act* di Obama, ha sempre più dovuto familiarizzare con crescenti interventi federali e protezioni pubbliche, pur in assenza di espliciti e formali riconoscimenti di veri e propri diritti soggettivi.

Su un piano più generale, la riflessione sul fenomeno sanitario è comunque parte di un campo di indagine più ampio che coinvolge gli stessi principi alla base del costituzionalismo moderno (*rule of law*, diritti e libertà) riconosciuti e tutelati nel mondo di *common law* già sulla base di antichissime consuetudini. Tali principi appaiono indiscutibilmente come patrimonio comune sia alla Gran Bretagna sia agli

⁹ Avi Yacar Ellencweig, *Analysing health systems: a modular approach*, Oxford, New York, Oxford University Press 1991, p. 296.

Stati Uniti e l'indipendenza americana niente toglie alla legittimità di tale tesi. Al contrario, proprio il timore di restare privi di quei diritti, tipicamente inglesi, fu all'origine dei contrasti che portano alla separazione dalla madrepatria¹⁰ e, al riguardo, la Dichiarazione d'Indipendenza non fece che fare propri quei diritti noti e protetti dalla storia costituzionale inglese, riflettendo l'inizio di un percorso che portò all'affermazione definitiva della Costituzione e del *Bill of Rights*.

Cercando di verificare gli effettivi risultati di questa difficile e complicata convergenza tra ordinamenti, il percorso proposto si compone di tre parti fondamentali, aventi rispettivamente ad oggetto lo studio della realtà inglese, di quella statunitense e del rapporto tra giudici e politiche legislative di stanziamento e ripartizione delle risorse finanziarie.

In primo luogo ci si concentrerà sul processo inglese che dalle *Poor Law* medievali ha lentamente plasmato il più antico sistema europeo di *welfare*, le cui più risalenti normative distinguevano tra indigenti “meritevoli”, gli unici cui sarebbero state destinate offerte caritatevoli, e poveri in buona salute dediti al vagabondaggio, da punire con misure sanzionatorie e repressive. Tradizioni e regole antichissime, più volte modificate fino all'avvento delle disposizioni elisabettiane (XVII secolo), che, pur fondando il principio dell'aiuto pubblico contro l'indigenza, ponevano l'accento sull'immoralità e sulle finalità correttive di tale forma di sostegno. L'affermazione dell'assistenza sanitaria quale interesse pubblico fu dunque lenta e graduale ed il suo pieno riconoscimento come diritto avvenne soltanto nel ventesimo secolo. Più precisamente negli anni Quaranta quando William Beveridge, profondo conoscitore delle politiche sociali del tempo (si recò più volte in Germania per studiare il sistema di sicurezza sociale ivi vigente), fu incaricato di redigere un progetto di riforme delle politiche di protezione sociale. In qualità di presidente della commissione governativa *Committee on Social Insurance and Allied Services* egli teorizzò un nuovo e più coerente sistema di protezione sociale basato sul principio dell'interventismo statale e con specifico riferimento alla sanità auspicò l'istituzione di un servizio sanitario pubblico con uguale accesso

¹⁰ John Phillip Reid, *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago, London, University of Chicago Press, 1988, p. 24.

per tutti i cittadini. Seguendo tale impostazione il *National Health Service Act* del 1946 fondava il primo sistema universalistico pubblico finanziato per mezzo della tassazione generale, rendendo le prestazioni mediche accessibili gratuitamente a tutti e sancendo la responsabilità del Ministro della Salute di promuovere l'istituzione di un sistema sanitario onnicomprensivo. Si tratterà di individuare ed esaminare il complesso di istituzioni amministrative deputate a rendere effettivo tale diritto, nonché la conseguente organizzazione giuridico-politica. L'immenso entusiasmo che seguì alla rimozione di ogni ostacolo economico all'accesso alle prestazioni sanitarie lo rese un modello di riferimento per numerosi ordinamenti che realizzarono i propri sistemi sanitari nazionali ispirandosi ai principi inglesi. Ciononostante, a partire dagli anni Settanta, l'organizzazione originaria del NHS fu oggetto di modifiche finalizzate a correggerne le criticità e a garantirne il complessivo equilibrio finanziario, anche alla luce delle più avanzate e costose tecnologie mediche. Se le caratteristiche fondamentali sono ancora oggi rimaste immutate, la legislazione non ha potuto fare a meno di affidarsi anche a principi organizzativi tipici di altre esperienze nazionali. L'esempio più noto sono forse gli strumenti di mercato che seguirono l'ascesa politica di Margaret Thatcher e che dettero vita all'inedita commistione tra sistema universalistico e principi concorrenziali. Non mancano però innovazioni di matrice sovranazionale, conseguenza diretta dell'apporto al dibattito dell'Unione Europea. Per tale ragione, pur potendo apparire una scelta forse inusuale, visto lo sviluppo del presente lavoro, il ruolo di tale istituzione e la conseguente tendenza verso un riavvicinamento tra le diverse legislazioni impongono di spostare l'attenzione dal livello nazionale a quello sovranazionale. Al riguardo, nonostante alcune contraddizioni di fondo, molteplici sono i punti di contatto tra tutela della salute ed il processo di integrazione europea, viste le ampie competenze che gli Stati hanno devoluto all'Unione Europea e grazie alla capacità di quest'ultima di emanare atti normativi vincolanti per gli Stati e, a certe condizioni, direttamente applicabili verso i singoli cittadini europei. Sebbene la logica di intervento europeo sia prevalentemente economica, muovendo dal presupposto che considera le prestazioni sanitarie quali servizi economici, il perseguimento degli obiettivi europei è stato tuttavia capace di originare un modello sociale inedito. Non casualmente numerose modifiche apportate dai singoli Stati

membri ai propri sistemi sanitari sono state suggerite, se non addirittura imposte, dal diritto dell'Unione Europea, rendendo evidente il superamento del principio per cui la materia sanitaria costituiva questione tipicamente nazionale. Al riguardo non fa eccezione il NHS inglese poiché le politiche europee in materia di sanità hanno condizionato e continueranno a vincolare, almeno fino al termine della procedura di recesso attualmente ancora in corso, anche lo stesso Regno Unito. Il rapporto tra diritto europeo e sistemi sanitari nazionali non è stato però semplice, viste le predominanti responsabilità degli Stati membri¹¹ e l'assenza di espliciti riferimenti all'assistenza sanitaria nei Trattati istitutivi. La chiave di volta nella costruzione di una eclettica politica sanitaria europea è stato infatti il diritto giurisprudenziale della Corte di Giustizia, che, fin dalle prime pronunce, è riuscito di volta in volta ad incidere sui singoli sistemi nazionali, inizialmente quelli basati sul modello assicurativo sociale, per poi estendere i propri principi al NHS inglese (2006) e a tutti i sistemi sanitari a carattere universalistico. La Corte in particolare è riuscita a limitare la discrezionalità nazionale tutte le volte in cui i sistemi sanitari si trovavano ad interagire con lo spazio senza frontiere interne e con la libera circolazione di merci, persone e servizi. Questo perché l'operatività di meccanismi concorrenziali comporta inevitabilmente l'applicabilità delle norme europee in tema di mercato comune, in modo da garantire la stabilità dell'area geografica europea e l'assenza di barriere che limitino la circolazione di merci, persone e capitali. Difatti, quando i singoli sistemi sanitari coinvolgono interazioni tra persone (personale sanitario e pazienti), beni (attrezzature mediche e farmaci) e servizi (soggetti finanziatori e provider che forniscono le prestazioni mediche) che varcano i confini nazionali, tali libertà sono in ogni caso protette e garantite dal Trattato dell'Unione Europea. Pur accennando ai principali punti di contatto tra tutela della salute e diritto europeo, la ricerca sarà incentrata sul tema della libera prestazione dei servizi, disciplinata dagli articoli da 56 a 62 del TFUE, e sull'assistenza medica transfrontaliera, da intendersi quale diritto del cittadino europeo di ricevere una prestazione sanitaria (anche ospedaliera) in uno Stato diverso da quello di residenza, in origine disciplinato dal Regolamento n. 1408/1971, emanato per coordinare le legislazioni nazionali in materia di sicurezza sociale e proteggere i diritti di previdenza sociale dei lavoratori

¹¹ Si veda l'articolo 168 (7) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

e dei loro familiari che si spostano all'interno degli Stati membri. In particolare, tutti questi esempi mostreranno i difficili rapporti tra Regno Unito e diritto europeo, evidenziando l'avversione inglese rispetto ad una interpretazione estensiva dei principi della libera prestazione dei servizi¹². La giurisprudenza della Corte di Giustizia appartiene però al recente passato, viste le rinnovate attenzioni del legislatore europeo verso la materia. Il riferimento è in particolare alla Direttiva 2011/24/UE e alle nuove prospettive di sviluppo dell'assistenza sanitaria transfrontaliera alla luce della nuova disciplina con cui l'Unione ha deciso di andare oltre il consolidato impianto giurisprudenziale, configurando il trattamento medico transfrontaliero ed il rimborso dei costi quali veri e propri diritti dei pazienti. Si è pertanto aperta una nuova e più marcata fase europea di tutela del diritto alla salute, per quanto i risultati non siano ancora del tutto definiti, essendo l'Unione Europea chiamata a risolvere problematiche di maggiore delicatezza ed urgenza, come la questione migratoria, che, viste le diversità di posizioni degli Stati, pongono seri ostacoli alla stessa sopravvivenza dell'Unione.

La seconda direttrice del lavoro sarà invece dedicata all'approfondimento della situazione statunitense. Molti gli aspetti che dovranno essere trattati, dalla centralità dello strumento assicurativo all'interno di un sistema sanitario essenzialmente privatistico, ai ruoli, più marginali, dei singoli Stati e dell'amministrazione federale. Al riguardo, la dottrina ha spesso sottolineato la diversità della cultura giuridica americana rispetto ai principi della tradizione europea. Per la quasi totalità dei cittadini statunitensi la sanità continua infatti ancora oggi ad essere un servizio liberamente acquistabile sul mercato¹³. D'altra parte i costi necessari per acquistare ogni singola prestazione medica hanno portato alla diffusione di assicurazioni sanitarie¹⁴, acquistabili individualmente oppure offerte dalle grandi imprese ai propri dipendenti, mediante cui accedere alle prestazioni mediche future ed eventuali. Un richiamo a parte va fatto a proposito del ruolo

¹² Si veda in particolare la decisione della Corte di Giustizia (Grande sezione), 16 maggio 2006, Causa C-372/04, *The Queen*, su richiesta di *Yvonne Watts* contro *Bedford Primary Care Trust* e *Secretary of State for Health*, ECR 2006 I-4325.

¹³ Stefano Civitarese Matteucci, *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, pp. 361-389, in Alessandra Pioggia, Marco Dugato, Gabriella Racca, Stefano Civitarese Matteucci, *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano, F. Angeli, 2008.

¹⁴ Sulle varie tipologie di polizze sanitarie si veda *infra*, Cap. III, par. 3.1.2. e 3.1.3.

pubblico, data la rilevanza delle spese a carico dell'amministrazione federale e di quelle statali. Volendo soltanto accennare a questa complessa interazione tra ordinamenti, non si può negare il ruolo prioritario riconosciuto ai singoli Stati nella promozione della salute e nella prevenzione delle malattie, potendo questi legittimamente limitare i diritti e le libertà economiche dei singoli individui. In tale contesto, importanza fondamentale assume però la regolamentazione del fenomeno assicurativo che, in virtù di una legge del 1945, costituisce materia di prevalente competenza statale. Ne consegue che, tranne possibili ipotesi eccezionali (di cui la riforma Obama costituisce l'esempio più illustre), la disciplina statale si sostituisce a quella federale, contrariamente a quanto previsto dalla *Supremacy Clause* della Costituzione americana. Le amministrazioni statali hanno così potuto autonomamente regolare il mercato assicurativo, disciplinando ad esempio le prassi finanziarie ed amministrative degli operatori economici del settore, stabilendo anche le sanzioni conseguenti a pratiche fraudolente o ingannevoli.

Accanto alle competenze statali, l'amministrazione federale è stata però capace di intervenire nella direzione di una maggiore tutela della salute, ancorché limitatamente agli individui più in difficoltà ad accedere alle prestazioni sanitarie. Tranne rarissime eccezioni¹⁵, le innovazioni federali, non potendo rinvenire la propria base giuridica in specifici diritti di rango costituzionale, hanno di volta in volta dovuto trovare giustificazione sulla base di interpretazioni estensive delle clausole dell'articolo I, tra cui il potere di imposizione fiscale e di spesa e quello di regolare il commercio tra i singoli Stati. Sebbene la nascita del welfare americano venga usualmente ricondotta al *New Deal* del Presidente Franklin Delano Roosevelt, dall'imponente disegno federale di superamento della grave depressione economica rimase esclusa ogni ipotesi di introduzione di un'assicurazione sanitaria obbligatoria. Per il riconoscimento di specifiche protezioni federali in materia sanitaria si dovrà attendere fino agli anni Sessanta. Due le tipologie di intervento degne di nota. Il primo importante risultato fu la fine della segregazione razziale nell'assistenza ospedaliera, risolta definitivamente dal legislatore federale nel 1964

¹⁵ Le ipotesi eccezionali riguardano detenuti, malati degenti in istituti di cura e gli episodi, definiti dalla dottrina *State-Creato Danger*, di eventi dannosi il cui pericolo di verifica sia aumentato in virtù dell'azione di organi statali. A tal fine si rinvia al Cap. IV, par. 4.2.

con il *Civil Rights Act*. La seconda tipologia segna invece l'ingerenza diretta dell'amministrazione federale nel finanziamento dell'assistenza sanitaria mediante la creazione di programmi settoriali di assistenza. Fra i più rilevanti ritroviamo *Medicare* e *Medicaid* che ancora oggi garantiscono assistenza sanitaria gratuita alle persone con più di sessantacinque anni di età e agli indigenti. Mentre il primo è gestito direttamente dall'amministrazione centrale, *Medicaid* istituisce un partenariato facoltativo che prevede l'erogazione di finanziamenti federali agli Stati a parziale copertura dei costi da questi sostenuti per erogare, pur con rilevanti margini di discrezionalità, prestazioni sanitarie alle fasce più deboli della popolazione. Ciò non eliminava però il grave problema del deficit di accesso all'assistenza sanitaria, quantificato, in quegli anni, tra i 20 e 40 milioni di persone prive di polizze sanitarie. A ciò si aggiunge il fatto che nonostante il numero piuttosto limitato di soggetti beneficiari di assistenza gratuita, l'aumento esponenziale dei costi sanitari aveva portato gli Stati Uniti a spendere nell'assistenza sanitaria molto di più degli altri ordinamenti. Ebbene, per tentare di ridurre tali incongruenze, negli anni successivi si susseguirono una serie di provvedimenti, invero non particolarmente innovativi, accomunati dall'intento di riduzione dell'impegno federale. Due le diverse direttive di intervento. Il primo e più ambizioso obiettivo era quello di offrire un livello minimo di tutela a tutti gli individui. Le preoccupazioni di indebite intromissioni federali, l'ostilità verso interventi massivi di solidarietà sociale ed il problema di sostenibilità finanziaria furono però tra i motivi che portarono al fallimento di ogni proposta volta ad istituire protezioni universalistiche, come successe con Edward Kennedy nel 1971 o con Richard Nixon pochi anni più tardi. La proposta di riforma più commentata fu però quella ideata dal Presidente Clinton negli anni Novanta. La soluzione prospettata, senza alterare la natura privatistica del sistema, mirava a ridurre il crescente numero di individui sprovvisti di tutele sanitarie con l'introduzione di una forma assicurativa universalistica ed obbligatoria, immaginata sulla falsariga dell'assicurazione di gruppo a carico dei datori di lavoro, che avrebbe lasciato agli individui la libertà di scelta tra diverse tipologie di polizze, con differenti modalità di condivisione dei costi e di scelta delle strutture mediche cui rivolgersi. L'impossibilità di approvare per legge forme assicurative obbligatorie spostò nuovamente l'attenzione del

legislatore federale verso regolamentazioni settoriali. Il quadro federale si arricchì allora con una serie di modifiche incrementalmente che contribuirono però all'alterazione dell'equilibrio complessivo del sistema e alla ulteriore differenziazione tra categorie di pazienti. Tra le innovazioni di maggior rilievo possiamo citare l'*Health Maintenance Organization Act* (1973), che, sostituendo il più costoso sistema di tariffa a prestazione, introdusse all'interno del mercato sanitario le HMO, organizzazioni complesse responsabili sia degli aspetti finanziari-assicurativi sia della fornitura delle prestazioni sanitarie ai pazienti, iscritti previo versamento anticipato di una quota fissa. Oppure l'*Emergency Medical Treatment and Active Labor Act* (1986), che impose agli ospedali partecipanti a *Medicare* di fornire le cure di primo soccorso a tutti gli individui che fossero sopraggiunti in pericolo di vita presso i propri reparti di emergenza, senza poter addurre rifiuti motivati dal mancato possesso di una assicurazione sanitaria o dall'impossibilità di pagare le cure. Da ultimo possiamo sottolineare anche l'attenzione verso i minori di famiglie a basso reddito, pur non così indigenti da avere diritto alle prestazioni offerte mediante *Medicaid*, per i quali sotto la Presidenza Clinton fu introdotto un apposito programma di protezione sanitaria, lo *State Children's Health Insurance Program*.

Completata la panoramica di carattere storico, è possibile osservare come le asimmetrie derivanti dall'elevata mole di risorse finanziarie impiegate e dalle disuguaglianze derivanti da un simile assetto organizzativo evidenzino il fragilissimo equilibrio della sanità americana, ove il grado di assistenza dipende in modo direttamente proporzionale dalla ricchezza individuale. In un ambito così delicato la crisi economica iniziata nel 2009 ha acuitizzato il problema, facendo sì che gli individui privi di ogni copertura sanitaria arrivassero a 48 milioni (il 15,4% della popolazione degli Stati Uniti) e rendendo pertanto non più rinviabile l'esigenza di riforme sistemiche. Il problema era di non facile soluzione ed è stato al centro delle ultime tre elezioni presidenziali. In un momento storico particolarmente delicato la questione si poneva come una vera e propria battaglia culturale: tentare di convincere i cittadini statunitensi di essere pronti ad un cambiamento radicale del sistema sanitario. Il riferimento è al cambio di prospettiva inaugurato nel 2010. I propositi iniziali di riforma del candidato Obama si scontrarono ben presto con una durissima opposizione che costrinse il nuovo Presidente ad una difficile mediazione

con gli stakeholder più influenti. La difficile negoziazione ed il complicato iter che ne seguì portarono all'approvazione di due testi di legge, il *Patient Protection and Affordable Health Care* e l'*Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*, con un contenuto depotenziato e meno innovativo rispetto agli intenti originari. Al riguardo, l'esempio più citato fu l'abbandono della *public option*, un apposito piano assicurativo pubblico che sarebbe stato gestito non da enti privati bensì direttamente dall'amministrazione federale.

Limitandoci ad un'analisi essenziale delle principali disposizioni, il cuore della riforma è certamente l'*individual mandate*, cioè l'obbligo per chi ne sia sprovvisto di possedere una polizza sanitaria, il cui mancato acquisto comporta il pagamento di un *penalty*. La garanzia semi-universalistica dell'accesso alle cure sanitarie è tuttavia esclusa in casi eccezionali, ad esempio per motivi religiosi o per coloro cui la polizza costerebbe più dell'8% del proprio reddito annuo. Seguono poi l'*employer mandate*, l'obbligo cioè per le imprese con almeno cinquanta lavoratori di offrire ai propri dipendenti una polizza sanitaria, nuove, più restrittive, regolamentazioni per le compagnie assicurative e la creazione di appositi strumenti online (da parte degli Stati e solo in via suppletiva dall'amministrazione federale) con funzione informativa (*Health Benefit Exchanges*) che riuniscono in un'unica piattaforma le compagnie assicurative e i potenziali acquirenti. È infine possibile constatare una complessiva ridefinizione dell'azione federale a sostegno dei soggetti meno abbienti. Tale intervento è stato attuato in primo luogo mediante l'introduzione di sussidi federali per l'acquisto della polizza, suddivisi tra nuove detrazioni fiscali riconosciute agli acquirenti e somme versate invece dall'amministrazione federale alle compagnie assicurative per ridurre le quote di compartecipazione alle spese sanitarie normalmente a carico dei pazienti. In secondo luogo viene sancito l'ampliamento del programma *Medicaid*, destinato a tutelare non più soltanto alcune tra le fasce più bisognose della popolazione ma tutti gli indigenti, individuati in coloro che abbiano un reddito pari o inferiore al 133% del livello di povertà federale. Per garantire un'ampia partecipazione statale, la riforma prevede un'aumento dei sovvenzioni federali (inizialmente pari alla totalità delle spese statali) e una misura dal dubbio effetto coercitivo consistente nella

perdita dei nuovi fondi e di tutti quelli preesistenti (spettanti in virtù di spese già sostenute) per gli Stati che non avrebbero aderito all'ampliamento proposto.

Pur essendo celebrata come un risultato storico, visti i fallimenti di tutti i precedenti tentativi, la riforma del 2010 è stata sin da subito minata da critiche feroci e da contraddizioni interne dovute alla non immediata operatività di molte disposizioni (rinviate al 2014). A ciò si aggiungano i plurimi ricorsi intentati di fronte ai tribunali federali che hanno portato il tema sanitario per quattro volte all'attenzione della Corte Suprema e le cui pronunce, pur salvandone i principali pilastri (*individual mandate* e crediti d'imposta), hanno indubbiamente contribuito ad un imperfetto funzionamento complessivo. La credibilità politica di Obama e la fiducia in un sistema sanitario più equo sembrarono però rimanere intatte con la vittoria delle elezioni presidenziali del novembre 2012. Tuttavia, nell'arco del suo secondo mandato il Presidente, piuttosto che con provvedimenti migliorativi dell'assetto definito pochi anni addietro, dovette invece confrontarsi con le numerose votazioni per abrogare formalmente la riforma sanitaria ed esercitare il suo potere di veto sospensivo per interrompere le iniziative Repubblicane. La speranza di una riforma duratura è stata tuttavia disattesa dal rovesciamento politico conseguente all'elezione di Trump nel 2017. Nonostante la dura lotta ideologica per porre immediatamente fine alla riforma Obama, Trump, similmente a molti suoi predecessori intenzionati a modificare la sanità, si trovò in una situazione di stallo. La scelta del Presidente di agire senza una vasta coalizione non ottenne successo e portò al fallimento di tutti i tentativi di definire un nuovo impianto sanitario che si sarebbe caratterizzato per la cancellazione di tutte le innovazioni della precedente riforma, prime tra tutte l'*individual mandate*. L'impossibilità di raggiungere una maggioranza convinse allora Trump a proporre la sola abrogazione della riforma Obama senza un nuovo corpo normativo in sua sostituzione. Anche tale proposta restò priva di riscontri pratici a causa degli effetti catastrofici che la lacuna normativa avrebbe creato. Quando la questione sanitaria sembrava ormai archiviata per mancanza di consensi all'interno dello stesso partito Repubblicano, la riforma fiscale del dicembre 2017 rappresentò l'occasione per indebolirne l'impianto normativo. Tra le molte disposizioni finanziarie e fiscali fu infatti inserita una norma che azzerava la sanzione che la precedente amministrazione aveva imposto in caso

di mancato acquisto della polizza sanitaria. Inaspettatamente veniva meno il pilastro maggiormente rappresentativo della riforma Obama, permettendo a milioni di cittadini di rinunciare alla propria assicurazione sanitaria. Tale intervento ha messo nuovamente in discussione l'impegno federale nella sanità, segnando inevitabilmente il ritorno ai più consueti principi concorrenziali. In tale ottica, la mossa di Trump, lontana dall'introduzione di regolamentazioni definitive, può essere interpretata quale mezzo di pressione per costringere il Congresso a trovare un accordo su una riforma sanitaria sempre più urgente.

Esaminate le due direttrici appena enunciate dovrebbe essere possibile concludere il lavoro approfondendo il rapporto tra giudici e politiche di stanziamento e ripartizione delle risorse finanziarie. Il riferimento è alla possibilità per il giudice di esprimere una valutazione discrezionale in merito alle scelte politiche di erogazione dei servizi sanitari compiute da organi eletti democraticamente. La questione attiene al ruolo delle Corti nell'ordinamento ed appare estremamente rilevante in tempi di crisi del welfare e di tagli sempre maggiori alle spese pubbliche. Parlare di questa tematica permetterà di chiamare in causa anche i rapporti tra protezione dei diritti fondamentali, attivismo giudiziario ed il principio della separazione dei poteri, evidenziando i mutamenti dei confini tra le diverse funzioni pubbliche.

Se l'idea di un giudice creatore del diritto accomuna la tradizione di *common law*, sul punto ora accennato il giudice americano ed il giudice inglese hanno mantenuto atteggiamenti diversi, in certi casi addirittura diametralmente opposti. Mentre in Inghilterra le Corti hanno infatti dimostrato atteggiamenti piuttosto prudenti, quelle statunitensi hanno manifestato tendenze esplicitamente più creative, avendo da tempo acquisito un ruolo ed una interazione più significativa all'interno del dibattito politico relativo ad alcuni tra i temi più caldi del costituzionalismo. La questione è complessa e interessante e rivela come queste due esperienze, nell'esercizio della funzione giudiziaria, non condividano il medesimo grado di partecipazione alla vita politica.

In Inghilterra il problema di ripartizione dei fondi stanziati per il NHS è stato ad esempio accostato ad una possibile violazione delle situazioni giuridiche

affermate dalla legge di istituzione del NHS ed in particolare al dovere, di diretta responsabilità del Ministro della Salute, di promuovere l'istituzione di un sistema sanitario onnicomprensivo. Tuttavia la giurisprudenza inglese ha sempre mostrato una naturale propensione alla separazione tra diritto e politica. Difatti, a fronte di una controversia che lamentasse la mancata erogazione di una prestazione sanitaria per insufficiente disponibilità finanziaria, la risposta delle Corti è stata tendenzialmente negativa, ritenendo di non potersi sostituire all'organo istituzionalmente deputato all'allocazione delle risorse. È questa la logica sottesa a numerose decisioni, come la sentenza *Regina v Secretary of State for Social Services ex parte Hincks*, ove venne riaffermata la natura essenzialmente politica delle decisioni di ripartizione delle risorse economiche all'interno del NHS. In ragione di tutto ciò, quello attribuito all'esecutivo è un potere particolarmente rilevante poichè difficilmente sindacabile in via giudiziale. Rimane però da chiedersi se esistano casi che impongano invece ai giudici di pronunciarsi. Tali sono quelle ipotesi in cui la violazione del già richiamato dovere di assicurare l'erogazione dei trattamenti sanitari dipenda da una decisione discrezionale manifestamente illogica, “so unreasonable that no reasonable body could have made it”, secondo una celebre definizione risalente al 1947 su cui si è sviluppata la giurisprudenza successiva. D'altra parte, i casi in cui i giudici inglesi abbiano sanzionato l'irragionevole disparità di trattamento dei pazienti sono ben limitati e fanno tutti riferimento a situazioni di estrema ed indifferibile urgenza medica o a divieti assoluti dell'autorità sanitaria che negavano indiscriminatamente l'accesso alle cure a pazienti in condizioni diverse. Con riferimento a quest'ultimo punto, può notarsi come l'intervento del giudice presupponga l'assenza di operazioni di bilanciamento tra interessi contrapposti da parte dell'autorità competente. Diversamente non potrebbe essere oggetto del sindacato della Corte la presunta erroneità di una scelta che, soppesando le differenti situazioni dei pazienti, ammette quelli considerati più deboli ai trattamenti, escludendone altri.

Negli Stati Uniti l'intreccio tra diritto e politica è invece distintamente più marcato e le Corti hanno gradualmente accresciuto il proprio ruolo di *policy making*. L'attivismo giudiziario ha infatti portato ad una profonda compenetrazione tra fenomeno giuridico e fenomeno politico e tale interazione, già rilevabile dalle

celebri parole di De Tocqueville, risulta ormai parte fondamentale dell'approccio giuridico americano. Tanto che già negli anni Settanta la dottrina, studiando tale dialogo, osservava come ormai non fosse più possibile ritenere che il diritto e le sue istituzioni potessero operare disgiuntamente dalla politica.

Tale fenomeno si è affermato anche in relazione alla materia sanitaria, dove il giudiziario ha spesso contribuito alla concreta definizione delle politiche insieme al legislatore e alle agenzie federali. Basti pensare al tema delle discriminazioni razziali ospedaliere o alle pronunce che accertavano la costituzionalità dei requisiti richiesti per *Medicare* o che trattavano il problema dei rimedi esperibili nei confronti dello Stato che, dopo essersi iscritto a *Medicaid*, non avesse rispettato le condizioni federali. Questione sempre attuale è però quella relativa al *Patient Protection and Affordable Care Act* che ha sollevato un contenzioso giudiziario senza precedenti. Tanto che, tralasciando la lunga serie di controversie pendenti presso i tribunali federali inferiori, la Corte Suprema ha potuto pronunciarsi addirittura quattro volte in soli cinque anni su tutti i pilastri della nuova sanità americana. Non vi è infatti disposizione di questa legge che non sia finita al centro di dispute giudiziarie. L'espansione del ruolo giudiziario ha peraltro contribuito ad alimentare il clima di incertezza verso un provvedimento di per sé non chiaro e già privo di un esteso consenso sociale. Lo scontro giudiziario si è sin da subito aperto a considerazioni di carattere politico, che spesso nelle sentenze si mescolano al ragionamento giuridico dando vita ad un approccio interpretativo talvolta oscillante ed imprevedibile.

La Corte Suprema degli Stati Uniti, in un costante confronto tra diritti sociali e considerazioni economiche, in taluni casi ha infatti confermato le scelte del Congresso richiamandosi al doveroso rispetto della volontà legislativa (similmente alla tendenza inglese prima evidenziata), mentre in altre ha optato per sconfessare innovazioni dal grande impatto sociale. Ciò emerge chiaramente dalla prima controversia sulla costituzionalità della riforma in cui la Corte ha salvato l'*individual mandate*, ritenendo tale misura legittima espressione del potere del Congresso di imporre e percepire tasse. Difatti, la natura sostanzialmente tributaria della sanzione faceva sì che essa fosse essenzialmente una tassa posta a carico di chi decideva di non acquistare la polizza sanitaria. Al contrario, l'interruzione retroattiva di tutti i fondi per gli Stati contrari all'espansione di *Medicaid* costituiva

una sanzione troppo severa ed una minaccia al sistema federale creato dalla Costituzione.

Nonostante questa pronuncia avesse allontanato possibili critiche di eccessivo attivismo politico, forse inevitabili qualora una Corte a maggioranza conservatrice avesse sancito l'illegittimità del principale lascito di Obama, in tre successive decisioni ha avuto modo di tornare nuovamente sul tema controverso dei rapporti tra diritti e mercato, ritagliandosi un nuovo e più delicato ruolo. Con *King v. Burwell* (2015) ha infatti chiarito il profilo dell'impegno finanziario dell'amministrazione federale con valutazioni di natura chiaramente politica. Si trattava infatti di decidere se le detrazioni fiscali per l'acquisto della polizza sanitaria fossero disponibili per le sole piattaforme istituite dagli Stati (come si poteva presupporre da una interpretazione letterale) ovvero anche per quello federale. Ebbene tale decisione rappresentava una scelta di enorme significato economico, per i miliardi di dollari che avrebbe veicolato, e politico, per le conseguenze sulla copertura assicurativa sanitaria della popolazione. La Corte, pur scontrandosi con l'accusa di sostituirsi al legislatore per correggere le imprecisioni della legge, ritenne che le detrazioni fiscali si estendessero anche al Mercato federale. L'eccessiva rigidità della limitazione del riconoscimento ai soli Mercati statali non avrebbe offerto risposte adeguate ma anzi avrebbe fatto crollare il mercato assicurativo degli Stati che si servono del Mercato federale, ove sarebbe venuto meno l'obbligo di acquisto dell'assicurazione. Quanto in dettaglio possa spingersi il giudiziario nella correzione degli errori del Congresso è una questione controversa, priva di soluzioni univoche. Se per la maggioranza costituiva "a fair understanding of the legislative plan", per la minoranza avrebbe invece causato una rischiosa confusione tra attività giurisdizionale e scelte di competenza politica, sottraendo al processo democratico la determinazione di alcuni dei punti fondamentali della riforma sanitaria.

Tra il 2014 ed il 2016 il dibattito si incentrò invece sulla presunta violazione della libertà religiosa conseguente alla previsione di vari contraccettivi femminili tra i benefit previsti dalle polizze sanitarie. In *Burwell v. Hobby Lobby* la Corte accertò come ciò ostacolasse la libertà religiosa di alcune microsocietà controllate da persone di fede cristiana. Senza estendere l'indagine anche ai possibili profili di

contrasto con la *Free Exercise Clause*, i giudici evidenziarono il contrasto con il *Religious Freedom Restoration Act*, che proibisce l'imposizione di limitazioni gravi all'esercizio di condotte religiose, non avendo l'amministrazione federale dimostrato né la sussistenza di un interesse pubblico primario né che l'obbligo disposto fosse il mezzo meno restrittivo per il raggiungimento di tale fine. La successiva *Zubik v. Burwell* riguardava invece la presunta violazione della libertà religiosa, lamentata da alcune organizzazioni religiose senza scopo di lucro, in relazione alla procedura amministrativa necessaria per richiedere l'esonero dalla copertura dei contraccettivi nelle polizze offerte ai propri dipendenti. In questo caso tuttavia la Corte Suprema, probabilmente divisa a metà sulla questione, preferì non decidere nel merito e si limitò a rinviare le cause alle Corti di Appello.

Capitolo I

La tutela pubblica della salute nel modello inglese

SOMMARIO: 1.1 Agli albori del sistema inglese 1.1.1 *Le origini del sistema di welfare e le Poor Law* 1.1.2 *I mutamenti del ruolo pubblico in materia sanitaria tra XIX e XX secolo*
1.2 William Beveridge e le nuove politiche di protezione sociale 1.2.1 *Cenni biografici* 1.2.2 *Social Insurance and Allied Services* 1.3 Il sistema sanitario inglese 1.3.1 *Il National Health Service Act. Le principali tappe dal 1946 al 1974* 1.3.2 *Le riforme successive, con uno sguardo agli Stati Uniti. In particolare, Margaret Thatcher* 1.4 L'eredità culturale del Governo Thatcher. Cenni alle politiche inglesi successive 1.4.1 *Introduzione* 1.4.2 *Blair, tra ripensamento del mercato interno e nuovi strumenti di mercato* 1.4.3 *Il nuovo NHS alla luce delle riforme di David Cameron*

1.1 Agli albori del sistema inglese

1.1.1 *Le origini del sistema di welfare e le Poor Law*

Sebbene la nascita del *welfare state* nella sua concezione moderna venga abitualmente ricondotta a Beveridge e alla fine del secondo conflitto mondiale¹⁶, le origini di tali politiche sono tuttavia ben precedenti nella storia inglese¹⁷. L'Inghilterra possedeva infatti il più antico sistema giuridico di *welfare relief* in Europa, riconducibile ad un insieme di norme e principi risalenti alla tradizione di *common law* di oltre quattrocento anni fa¹⁸. Ebbene, è proprio in queste normative contro l'indigenza che è già possibile rinvenire le origini del più moderno sistema inglese di organizzazione sanitaria, tanto che Goodman osservò come il *National Health Service* istituito nel 1948 non rappresentasse una politica sociale del tutto

¹⁶ Si veda *infra*, par. 1.2.

¹⁷ Hugh M. Bochel, *Parliament and Welfare Policy*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1992, p.3.

¹⁸ Lorie Charlesworth, *Welfare's Forgotten Past. A socio-legal History of the Poor Law*, London, Routledge, 2010, p. 1.

nuova ed inedita per l'Inghilterra, rappresentando il risultato di una lunga evoluzione, piuttosto che di una rivoluzione¹⁹. Il primo riconoscimento formale di una separata e distinta classe sociale di bisognosi viene infatti tradizionalmente ricondotto al 1388, anno in cui un provvedimento, noto come *12th Richard II*, distinse per la prima volta tra “able to serve or labour” e “impotent to serve”, senza tuttavia prevedere alcuna tipologia di sostegno o mantenimento per i secondi, dovendosi attendere fino al XVI secolo per l’emanazione delle prime norme relative agli indigenti²⁰. Al riguardo, è possibile osservare una graduale evoluzione che permette di distinguere tra quattro diverse fasi, di cui le prime tre, complessivamente considerate, formano le cosiddette *old Poor Law*. La prima ebbe inizio nel XVI secolo e terminò nel 1601 con l’emanazione del famoso *Act for the Relief of the Poor*, il secondo periodo si colloca tra tale data ed il regno di Re Giorgio III (alcuni autori indicano il 1760) ed infine il terzo, che da tale data proseguì fino al 1834, quando un’ampia riforma legislativa trasformò interamente il sistema di sostentamento degli indigenti, inaugurando l’ultima fase delle *Poor Law* inglesi, che restarono in vigore fino alla successiva abolizione intervenuta nel 1948²¹. Le prime risposte al problema della povertà risalgono al regno di Enrico VIII, quando il Parlamento emanò una serie di atti normativi complessivamente denominati *Tudor Poor Laws* (tra i quali, ad esempio, il *Vagabonds and Beggars Act* del 1494, il *Punishment of Beggars and Vagabonds Statute* del 1531 e, infine, l’*Act for Punishment of Sturdy Vagabonds and Beggars* del 1536, elaborato da Thomas Cromwell). Uno degli obiettivi primari della legislazione era la distinzione tra poveri affetti da malattia o disabilità e dunque impossibilitati a lavorare, cui sarebbero state destinate offerte caritatevoli raccolte dalle parrocchie, e poveri che, godendo di buona salute, avrebbero dovuto svolgere una mansione lavorativa²². Ben

¹⁹ John C. Goodman, *National health care in Great Britain. Lessons for the U.S.A.*, Dallas, Fisher Institute, 1980, p. 5.

²⁰ John J. Clarke, *Social Administration including the Poor Laws*, London, Sir I. Pitman & Sons, 1935, p. 10.

²¹ Thomas Welbank Fowle, *The poor law*, London, Macmillan, 1890, pp. 54, 55.

²² La legge del 1536 distingueva infatti tra i poveri meritevoli di aiuto, cioè “poor impotent, sick, and diseased people, not being able to work, who may be provided for, holpen, and relieved” e i vagabondi “who, having their limbs strong enough to labour, may be daily kept in continual labour, whereby every one of them may get their own living with their own hands”. Si veda Thomas Welbank Fowle, *The poor law*, cit., pp. 56, 57.

lungi dal fondare un sistema indifferenziato di sostegno contro l'indigenza²³, tali atti erano piuttosto misure sanzionatorie volte a punire (anche corporalmente) i vagabondi, respingendoli verso i luoghi da cui provenivano, e a permettere (previa autorizzazione da parte di un giudice o di un altro ufficiale) la questua ai soli indigenti considerati meritevoli (*deserving paupers*) poiché, appunto, incapaci di lavorare²⁴. Possono inoltre ricordarsi anche ulteriori normative risalenti al 1572 che attribuirono per la prima volta ai *parish*²⁵ la responsabilità di provvedere ai propri anziani, invalidi e indigenti malati, nominarono appositi “overseers” per supervisionare l'assistenza resa agli indigenti, stabilirono tasse obbligatorie per il sostentamento degli indigenti e resero offese punibili il rifiuto di svolgere un'attività lavorativa se questa era offerta da tali supervisori o comunque se veniva corrisposto un salario a norma di legge. Con l'*Act for Erecting Hospitals, or Abiding and Working Houses for the Poor* del 1598 venne infine permessa la realizzazione di ospedali da parte di fondazioni istituite con i proventi delle offerte caritatevoli²⁶.

È con le *Poor Laws 1601-1833* che l'Inghilterra si propose definitivamente di contrastare l'indigenza, superando i precedenti antichi atti normativi, ormai desueti. Risale infatti al 1601 l'*Act for the Relief of the Poor*, noto anche come “43rd of Elizabeth”, legge che ampliava le precedenti misure e considerata dai più come la base dell'intero sistema inglese di assistenza agli indigenti²⁷. In base ad essa, ogni *parish* fu obbligato a provvedere al sostentamento dei poveri, con la suddivisione dei relativi oneri tra tutti gli abitanti della zona mediante l'imposizione di una nuova tassa. Per poter ricevere l'aiuto, il singolo individuo doveva dimostrare la propria

²³ Difatti, come osservò Fowle “Down to the reign of Elizabeth it cannot be said that Poor Laws, in our sense of the word (i.e. measure for the relief of destitution), existed at all; they might more fittingly be called law against the poor”. Si veda Thomas Welbank Fowle, *The poor law*, cit., p. 55.

²⁴ Paul Slack, *The English poor law. 1531-1782*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 9.

²⁵ Storicamente il termine *parish* identificava la chiesa parrocchiale, chiamata a svolgere anche funzioni amministrative nella zona rurale in cui era costituita. Nella sua accezione moderna, il termine ha subito una scissione tra significato religioso (parrocchia) e significato amministrativo (la più piccola unità amministrativa esistente in Inghilterra).

²⁶ Nonostante le finalità essenzialmente repressive, tali norme erano anche espressione di principi più generali che vennero mantenuti anche dalle riforme incrementalmente che caratterizzarono lo sviluppo del sistema di *welfare* fino al XIX secolo (attribuzione di incarichi lavorativi ai poveri non disabili, sanzioni per i vagabondi e per i poveri non affetti da disabilità, sussidi in denaro per le persone non in grado di lavorare, divieto di elemosina).

²⁷ In tal senso, secondo Fowle, tale atto costituì “the foundation and text-book of English Poor Law”. Si veda Thomas Welbank Fowle, *The poor law*, cit., p. 58.

indigenza ad un funzionario, al cui discrezionale giudizio era rimessa la possibilità di riconoscere un sostentamento, sebbene tale discrezionalità venisse meno qualora il richiedente fosse residente all'interno della stessa area territoriale. Le nuove disposizioni elisabettiane, pur fondando il principio dell'aiuto statale contro l'indigenza, al tempo stesso facevano sì che tale sostegno apparisse contrario al senso morale, fosse particolarmente duro nei confronti dei soggetti considerati vagabondi o depravati e avesse infine finalità anche correttive. Non a caso, Malthus osservava che²⁸:

“Fortunatamente vi è ancora fra i contadini qualche ripugnanza ad accettare il soccorso. [...] Nei casi speciali è una massima, che infine bisogna che il soccorso non vada esente da vergogna. Così forma uno stimolo al lavoro, indispensabile al bene generale della società. [...] quando si tentano i poveri a prender moglie, contando sul soccorso della parrocchia, non solamente si spingono a gettare se medesimi e i loro figliuoli nella sventura e nello stato di dipendenza, [...] ma si trascinano, senza saperlo, a recare un vero torto a tutti coloro che sono nella medesima condizione”.

L'erogazione di un sussidio economico ai poveri infermi (escluso, sulla scorta della tradizione inaugurata già dagli statuti penali del XVI secolo, per coloro che, in assenza di invalidità, si erano dedicati al vagabondaggio decidendo di non dedicarsi ad una occupazione)²⁹ non era l'unica misura applicata, ricorrendosi spesso anche all'insegnamento di un mestiere ai figli degli indigenti e all'attribuzione di un lavoro ai poveri in salute³⁰. I punti fondamentali delle *Poor Law* rimasero di fatto immutati anche nei secoli successivi, sebbene agli inizi del XVII secolo si registrarono alcuni vani tentativi del Parlamento volti a controllare l'operato delle amministrazioni locali. Tali istanze di centralizzazione non ebbero

²⁸ Thomas Robert Malthus, *Saggio sul principio di popolazione*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1965, p. 346.

²⁹ Tale distinzione tra indigenti meritevoli e vagabondi fu mantenuta anche nei secoli successivi. Ne è un esempio una atto risalente al 1696, secondo cui: “That the money raised only for the relief of such as are as well impotent as poor may not be misapplied and consumed by idle, sturdy and disorderly beggars”. Si veda, a tal fine, Thomas Welbank Fowle, *The poor law*, cit., p. 59.

³⁰ Si confrontino Lorie Charlesworth, *Welfare's Forgotten Past. A socio-legal History of the Poor Law*, cit., p. 50; John J. Clarke, *Social Administration including the Poor Laws*, cit., pp. 19, 20; Michael E. Rose, *The English poor law, 1780-1930*, Newton Abbot, Devon, David & Charles, 1971, pp. 11, 12.

però alcun seguito e i *parish* continuarono a costituire l'unità amministrativa fondamentale per il mantenimento degli indigenti, lasciando inalterati i poteri decisionali dei responsabili locali in merito all'interpretazione delle disposizioni legislative esistenti. Fu proprio tale elevato grado di discrezionalità locale che, secondo Rose, costituì uno dei fattori chiave per l'evoluzione e lo sviluppo delle *Poor Law*³¹. Il sistema, in più occasioni, conobbe tuttavia anche importanti modifiche. Sono sufficienti pochi esempi. Nel 1662 il *Poor Relief Act* (spesso ricordato anche come *Act of Settlement*) accentuò la correlazione tra indigente e luogo di provenienza (*settlement*, appunto), posto che attribuiva espressamente alle autorità cittadine la facoltà di adire le Corti al fine di respingere verso il proprio luogo di origine i forestieri giunti in città (entro quaranta giorni) privi di risorse economiche sufficienti per non divenire un onere per la comunità ospitante o comunque incapaci di fornire adeguate garanzie che lo non sarebbero divenuti in futuro³². Pur prospettando severe sanzioni, la portata pratica di tale disposizione fu piuttosto limitata. Come è facilmente intuibile, una rigida applicazione di tale regola, oltre a cagionare una dubbia violazione dei diritti di libertà (già parte del patrimonio della *common law* inglese dalla *Magna Charta* del 1215), avrebbe infatti causato un completo ed irrealistico immobilismo lavorativo, impensabile in una società che mirava ad espandere la propria economia³³.

Il *Poor Relief Act* del 1691, al fine di ridurre i crescenti costi dell'assistenza (dovuti anche a prassi locali *contra legem*), introdusse un registro annuale dove sarebbero state annotate le generalità degli indigenti e l'esatto ammontare dei sussidi loro conferiti, con la conseguenza che le persone non inserite nel registro, tranne che per eccezionale decisione di un giudice, non avrebbero potuto ricevere alcuna sovvenzione³⁴. Nel contempo il dibattito si incentrò anche sulla possibile instaurazione di istituti da destinare agli indigenti (ad esempio risale al 1696 la proposta di John Locke finalizzata alla realizzazione di "working schools" in ogni

³¹ Michael E. Rose, *The English poor law, 1780-1930*, cit., p. 12.

³² Con un successivo atto del 1685 fu stabilito che i quaranta giorni sarebbero decorsi non dall'arrivo in città ma dal momento in cui il funzionario statale veniva formalmente informato dal forestiero circa il suo insediamento in città.

³³ Michael E. Rose, *The English poor law, 1780-1930*, cit., p. 12.

³⁴ Thomas Welbank Fowle, *The poor law*, cit., pp. 59, 60.

distretto)³⁵. Si giunse così nel 1722 al *Knatchbull's Act*, che segnò la prima affermazione delle *workhouses*, strutture che ospitavano i poveri (non disabili) a condizione che gli stessi vi svolgessero al suo interno anche determinate attività di lavoro. Il rifiuto di alloggiare e lavorare all'interno di tali ricoveri avrebbe pregiudicato la possibilità di ricevere qualsiasi altro tipo di aiuto materiale da parte delle comunità³⁶. Fino alla metà del XVIII secolo (la fine del secondo periodo cui prima si faceva riferimento) tali strutture riuscirono, in parte, a raggiungere gli obiettivi che il legislatore inglese si era prefissato incoraggiando il loro impiego da parte delle comunità locali. Ben presto furono tuttavia messe sempre più in discussione, poiché troppo costose e ritenute superflue, atteso che gli indigenti sani avrebbero anche potuto lavorare all'esterno. L'accoglimento di tali istanze portò all'emanazione del *Gilbert's Act* del 1782³⁷. Tale atto fu uno degli interventi più rilevanti che caratterizzò il terzo periodo (1760-1833), attribuendo ai singoli *parish* la possibilità di aggregarsi in *Unions* o *Incorporations* al fine di costruire nuove *workhouses* destinate ad ospitare soltanto gli indigenti impossibilitati a lavorare (anziani, disabili e malati)³⁸. Successive leggi del 1790 e del 1792 consentirono invece ai giudici di ispezionare tali strutture e di comminare sanzioni ai gestori responsabili per gli eventuali abusi commessi in violazione dei propri doveri. Completamento di tali regole fu l'affermazione esplicita nel 1795 del principio dell'aiuto agli indigenti in salute al di fuori da strutture coercitive, sovvertendo espressamente la precedente regola che precludeva la possibilità di ricevere aiuto in caso di rifiuto a risiedere presso uno di tali ricoveri. Venne anche inaugurato un nuovo strumento di sostentamento, spesso denominato "Speenhamland System", in base al quale, se un lavoratore avesse percepito un salario inferiore ad un certo livello minimo di sussistenza, la relativa differenza sarebbe stata versata dalla comunità locale attingendo alle risorse economiche provenienti dalle tasse per il sostentamento dei poveri³⁹.

³⁵ Paul Slack, *The English poor law. 1531-1782*, cit., p. 33.

³⁶ Secondo tale legge infatti "No poor who refused to be lodged and kept in such houses should be entitled to ask or receive parochial relief". Si confronti a tal fine Thomas Welbank Fowle, *The poor law*, cit., p. 61.

³⁷ "Act for the Amendment of the Laws relating to the Settlement, Employment, and Relief of the Poor".

³⁸ Michael E. Rose, *The English poor law, 1780-1930*, cit., p. 18

³⁹ Michael E. Rose, *The English poor law, 1780-1930*, cit., pp. 33, 34.

Contemporaneamente caddero anche alcune disposizioni dell'*Act of Settlement*, sulla spinta delle posizioni sostenute da influenti personalità dell'epoca quali Adam Smith, contrario a tali norme perché bloccavano il mercato del lavoro impedendo a molti individui di trovare un'occupazione, e Thomas Malthus, i quali posero le basi per una riforma complessiva del sistema. Le prime ad essere abrogate furono quelle che permettevano l'allontanamento forzoso degli indigenti prima che gli stessi fossero effettivamente divenuti un onere per la comunità (in precedenza era invece sufficiente anche il semplice rischio per il futuro) e la possibilità di trasferire tali individui anche se malati o in pericolo di vita⁴⁰. Anche lo stesso sistema *Speenhamland* fu duramente contestato. Malthus, in particolare, nel celebre *Saggio sul principio di popolazione* del 1798, vi si oppose poiché le leggi sui poveri, parametrando il sostentamento economico sulla base del prezzo del grano e del numero dei figli a carico, tendevano “manifestamente ad accrescere la popolazione, senza nulla aggiungere ai mezzi di sussistenza”⁴¹. Di fronte a insoddisfazioni sempre maggiori, il Parlamento di Westminster nel 1834 emanò il *Poor Law Amendment Act*, atto normativo che riformò complessivamente il sistema, accogliendo le sollecitazioni proposte da una apposita commissione nominata due anni prima, la *Royal Commission on the Poor Laws*, che aveva compiuto e poi pubblicato un approfondito studio del sistema di sostentamento degli indigenti. Il documento (*Report from His Majesty's Commissioners for Inquiring into The Administration and Practical Operation of the Poor Laws*), oltre a illustrare i difetti e le mancanze del sistema fino ad allora in vigore, conteneva una serie di principi, che ispirarono il legislatore nella riforma delle *Poor Law*. L'obiettivo prioritario era il raggiungimento dell'uniformità nazionale nel sostentamento degli indigenti, che avrebbe attribuito un importante ruolo direttivo ad un'autorità centrale dotata di ampi poteri (fu istituita a tal fine la *Poor Law Commission*), in chiaro contrasto con le prassi preesistenti che avevano lasciato ai singoli distretti ampie competenze e discrezionalità⁴². Veniva poi ripresa la questione delle *Workhouses*, le note strutture semi-carcerarie ormai da tempo al centro del dibattito politico. Nel riproporre ancora

⁴⁰ Thomas Welbank Fowle, *The poor law*, cit., pp. 69, 70.

⁴¹ Thomas Robert Malthus, *Saggio sul principio di popolazione*, cit., p. 345.

⁴² Sidney Webb, Beatrice Webb, *English poor law policy*, London, Frank Cass, 1963, pp. 1-3, 12-13.

una volta l'utilizzazione di tali ricoveri, il *report* proponeva una rigida suddivisione degli indigenti tra “1. The aged and impotent, 2. The children, 3. The able-bodied females, 4. The able-bodied males”, da ricoverare rispettivamente in edifici del tutto autonomi e separati⁴³. Anzi, i membri della commissione suggerirono altresì l'interruzione di ogni diversa forma di assistenza esterna (*outdoor relief*), con le uniche due eccezioni dell'assistenza medica e degli insegnamenti impartiti ai bambini⁴⁴:

“First, that except as to medical attendance, and subject to the exception respecting apprenticeship herein after stated, all relief whatever to able-bodied persons or to their families, otherwise than in well-regulated workhouses (*i.e.* places where they may be set to work according to the spirit and intention of the 43rd of Elizabeth) shall be declared unlawful, and shall cease, in manner and at periods hereafter specified”.

Non meno importante l'enunciazione del principio di *less eligibility*, in base al quale “[the] situation [of the individual relieved] on the whole shall not be made really or apparently so eligible as the situation of the independent labourer of the lowest class”⁴⁵. Ciò significava che, al fine di limitare le richieste di assistenza, le condizioni di vita assicurate dal sistema di aiuto pubblico ad un indigente (in salute e in grado di lavorare) avrebbero dovuto essere comunque meno confortevoli rispetto a quelle di un lavoratore di più basso livello⁴⁶. L'approccio seguito mirava infatti alla chiara distinzione tra indigenza (definita come “lo status di un individuo impossibilitato a lavorare, o altrimenti non in grado di ottenere, in cambio della propria attività, quanto necessario al proprio sostentamento”) e povertà (“lo status di un individuo, il quale, al fine di ottenere i propri mezzi di sussistenza, sia costretto

⁴³ Sidney Webb, Beatrice Webb, *English poor law policy*, cit., p. 9.

⁴⁴ *Report from His Majesty's commissioners for inquiring into the administration and practical operation of the poor laws*, London, B. Fellowes, 1834, p. 262. Si confronti anche Sidney Webb, Beatrice Webb, *English poor law policy*, cit., pp. 3-6.

⁴⁵ *Report from His Majesty's commissioners for inquiring into the administration and practical operation of the poor laws*, cit., p. 228.

⁴⁶ Sidney Webb, Beatrice Webb, *English poor law policy*, cit., p. 11.

a trovare un impiego”), limitando la possibilità di ricorrere all’aiuto pubblico alle sole ipotesi di vera e propria indigenza⁴⁷.

1.1.2 I mutamenti del ruolo pubblico in materia sanitaria tra XIX e XX secolo

Il sistema delle *poor law* riuscì ad offrire una qualche forma di assistenza medica agli indigenti grazie alle iniziative intraprese dai singoli *parishes*. Tuttavia, l’insufficienza delle prestazioni offerte, la cui effettiva erogazione variava da zona a zona, unita alla rinuncia, sin dal principio, ad ogni istanza di uniformità, fece sì che altri enti, principalmente organizzazioni benefiche, fornissero assistenza medica, spesso tramite ospedali a carattere assistenziale e volontario. Quali curiosità storiche, è possibile ricordare il *St Peter’s York*, primo *general hospital* fondato dal Sovrano Sassone Athelstan nel decimo secolo, mentre il più antico ospedale, ancora esistente, è quello di *St Bartholomew*, istituito dapprima a Rochester nel 1078 e poi a Londra nel 1124. In assenza di attività statali particolarmente significative, lo sviluppo di ulteriori strutture ospedaliere, pur in presenza di molti soggetti che esercitavano la medicina senza alcuna qualificazione⁴⁸, fu reso possibile soprattutto grazie a enti ed istituti religiosi, mentre solo dal XVII secolo la filantropia si affiancò ed in parte si sostituì alla religione nella somministrazione di cure ai malati⁴⁹. Parallelamente, anche le società di mutuo soccorso predisposero le prime protezioni

⁴⁷ *Report from His Majesty’s commissioners for inquiring into the administration and practical operation of the poor laws*, cit., p. 227.

⁴⁸ Dopo il primo vano tentativo esperito nel 1840 con il *Medical Reform Bill*, solo nel 1858 venne finalmente emanato il *Medical Act* con cui venne istituito il *General Council of Medical Education and Registration*, (poi rinominato *General Medical Council* nel 1951), organo con il compito di iscrivere in un apposito albo i professionisti medici considerati sufficientemente preparati e qualificati. Esso era formato da ventiquattro membri: nove rappresentavano i *royal colleges*, sette per le università inglesi e irlandesi e due per quelle scozzesi, sei erano invece nominati dal monarca su consiglio del *Privy Council*. Al riguardo, si vedano Margaret Stacey, *Regulating British Medicine. The General Medical Council*, Chichester, New York, Wiley, 1992, p. 17, David Allen, *Health Services in England*, in Marshall W. Raffle (edited by), *Comparative Health Systems. Descriptive Analyses of Fourteen National Health Systems*, University Park and London, The Pennsylvania State University Press, 1984, p. 200; N.W. Chaplin (Edited by), *Health Care in the United Kingdom. Its organization and management*, London, Kluwer Medical, 1982, p. 1 e ss.

⁴⁹ David Allen, *Health Services in England*, cit., p. 200 e ss.

sociali per gli operai più poveri, preoccupati che l'insorgere di malattie potesse causare il loro ricovero presso una *poorhouse* e, di conseguenza, la perdita di manodopera. Fungendo da precursori delle più moderne protezioni assicurative, ma ancora lontane dai principi universalistici che caratterizzeranno il XX secolo, queste organizzazioni offrivano ai propri membri (esclusivamente uomini e lavoratori, essendo esclusi donne e bambini) assistenza sanitaria ed una retribuzione durante i periodi di malattia, in cambio del versamento di contributi settimanali⁵⁰.

Risale tuttavia alla Rivoluzione Industriale e soprattutto al XX secolo il mutamento del ruolo pubblico in materia economica e sociale. Nel 1911 il Parlamento inglese emanò il *National Insurance Act*, legge che, sulla base dell'esempio tedesco⁵¹, introduceva un sistema assicurativo obbligatorio di tipo contributivo contro alcuni "rischi sociali". Essa, pur prevedendo varie tipologie di benefit erogabili⁵², si basava principalmente sull'introduzione di una prima forma di assicurazione sanitaria per i lavoratori e di un sistema di indennità contro la disoccupazione. L'assicurazione sanitaria tutelava tutti i lavoratori con almeno sedici anni di età, a condizione che questi avessero contribuito al sostentamento

⁵⁰ John C. Goodman, *National health care in Great Britain. Lessons for the U.S.A.*, cit., p. 7.

⁵¹ Il sistema sanitario tedesco è il più antico in Europa. La sua lunga storia risale infatti al 1883, quando, per opera del Cancelliere Bismarck i previgenti fondi assicurativi vennero sostituiti con una nuova assicurazione sanitaria obbligatoria per gli operai, finanziata tramite fondi di malattia regolati dallo Stato. L'assicurazione sanitaria si aggiungeva ad un sistema di protezione sociale più ampio, formato anche dall'assicurazione contro gli infortuni, dalla pensione di vecchiaia e dai sussidi contro la disoccupazione. Tali strumenti, complessivamente considerati, formavano i quattro rami di cui era composto il sistema di sicurezza sociale bismarckiano. La partecipazione ad una cassa malattia si basava sullo svolgimento di una mansione lavorativa ed era obbligatoria soltanto per chi percepiva entrate inferiori rispetto ad una certa soglia reddituale fissata dalla legge (nel 1885 la copertura sanitaria ricomprendeva soltanto il 10% della popolazione). Il finanziamento del sistema era garantito mediante imposte sui salari versate da datori di lavoro e lavoratori. Essa, gradualmente e inaspettatamente rispetto ai modesti numeri iniziali, dette vita ad un sistema complesso giunto a ricomprendere fasce sempre più ampie della popolazione, dagli impiegati nel 1901, ai dipendenti statali nel 1914 e ai pescatori nel 1927, includendo nella protezione anche i soggetti privi di lavoro ed i membri della famiglia. La sanità tedesca moderna, conservando tale origine, si articola su un sistema onnicomprensivo basato su uno schema assicurativo obbligatorio per i cittadini (nel 2012 tutelava circa il 90% della popolazione tedesca). Sul sistema tedesco, si vedano David G. Green, Benedict Irvine, *Health Care In France and Germany. Lessons for the UK*, London, Institute for the Study of Civil Society 2001, p. 54; Ullrich K. Hoffmeyer, *The Health Care System in Germany*, in Ullrich K. Hoffmeyer, Thomas R. McCarthy (eds.), *Financing health care*, Dordrecht, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1994, pp. 419-512; Michael Moran, *Governing the health care state. A comparative study of the United Kingdom, the United States and Germany*, Manchester, Manchester University Press, 1999, p. 33 e ss.; Ines Verspohl, *Health Care Reforms in Europe. Convergence towards a Market Model?*, Baden-Baden, Nomos, 2012, pp. 211, 218.

⁵² David Allen, *Health Services in England*, cit., p. 201.

economico del programma, condiviso anche dai datori di lavoro e dallo Stato⁵³. Essa era rivolta principalmente ai lavoratori manuali, per i quali non erano richiesti particolari requisiti; viceversa, per le attività non considerate di fatica, i lavoratori erano obbligatoriamente inclusi nel sistema soltanto se percettori di redditi inferiori ad una soglia reddituale prestabilita (fissata dapprima in 160 £ ed in seguito elevata a 250 £)⁵⁴. L'assicurazione sanitaria, come disposto dalla sezione 8, garantiva agli iscritti assistenza medica e medicinali gratuiti, nonché l'erogazione di benefit in denaro per malattia (10 scellini settimanali per le prime 26 settimane), invalidità (5 scellini settimanali) e maternità (30 scellini, in contanti o a copertura dei costi per il travaglio), non ricomprendendo tuttavia né le prestazioni ospedaliere (ad eccezione dei trattamenti medici per i malati di tubercolosi) né la copertura dei familiari del lavoratore. I sussidi di malattia terminavano nel momento in cui lavoratore si ritirava dal mercato del lavoro, mentre l'assistenza medica perdurava anche durante la pensione. Il sistema, ancora lontano dal riconoscimento di un diritto alla tutela della salute di tutti i cittadini, era gestito dall'amministrazione statale, la quale si serviva tuttavia anche della collaborazione delle società di mutuo soccorso e delle compagnie assicurative commerciali⁵⁵ che, costituendo centri di interessi molto rilevanti, furono inserite nel sistema in qualità di società riconosciute (*approved societies*). Ogni individuo assicurato doveva infatti essere iscritto ad una di queste

⁵³ I contributi (settimanali) erano così suddivisi: 7 penny per un lavoratore, 6 per una lavoratrice. Il lavoratore ne pagava 4 (3 la lavoratrice), mentre i restanti 3 penny erano a carico del datore di lavoro. Tutti i contributi erano pagati dai datori di lavoro, i quali poi deducevano la cifra a carico del lavoratore direttamente dal salario dello stesso. Lo Stato contribuiva sostenendo una parte dei costi (circa 2 penny a lavoratore) mediante rimborso diretto alle società operanti all'interno della struttura organizzativa. Sul punto, si veda Glyn Carpenter, *National health insurance 1911-1948. A case study in the use of private non-profit making organizations in the provision of welfare benefits*, Public Administration, Vol. 62, 1984, p.76. Si confrontino anche David Benassi, *William Beveridge e il Piano del 1942: alle origini del welfare state*, in Ugo Ascoli, David Benassi, Enzo Mingione, *Alle origini del welfare state. Il Rapporto su Assicurazioni sociali e servizi assistenziali*, Milano, Franco Angeli, 2010, pp. 11, 12; Ronald Hamowy, *The Genesis and Development of Medicare*, in Roger D. Feldman (eds.), *American Health Care. Government, Market Processes and the Public Interest*, New Brunswick, London, Transaction Publishers, 2000, p. 16.

⁵⁴ Chi invece superava la soglia reddituale prevista, pur non essendovi obbligato, poteva volontariamente scegliere di iscriversi all'assicurazione. Si vedano Glyn Carpenter, *National health insurance 1911-1948: a case study in the use of private non-profit making organizations in the provision of welfare benefits*, cit., p.76; Henry J. Harris, *The British National Health Insurance System, 1911-1919*, Monthly Labor Review, 1920, Vol. 10, n. 1, p.45.

⁵⁵ A tal fine si confrontino anche Bentley B. Gilbert, *The British National Insurance Act of 1911 and the Commercial Insurance Lobby*, Journal of British Studies, Vol. 4, n. 2, 1965, pp. 127-148; Joan Sokolovsky, *The Making of National Health Insurance in Britain and Canada: Institutional Analysis and its Limits*, Journal of Historical Sociology, Vol.11, n. 2, 1998, pp.247-280.

società, la quale era chiamata a corrispondere i sussidi finanziari⁵⁶. Tali enti, pur essendo autonomi, erano tuttavia chiamati ad uniformarsi ad alcuni obblighi amministrativi, dettati da una serie di commissioni (*Insurance Committees*) istituite sulla base di quanto disposto dalle sezioni da 57 a 62 della legge, le quali avevano il compito di supervisionare l'amministrazione e l'implementazione del sistema assicurativo.

L'assicurazione malattia, con le modalità contributive già descritte, creò un modello, spesso definito anche "Panel System", che già nel 1913 garantiva assistenza medica gratuita a 15 milioni di persone, arrivando ad assistere fino a 25 milioni di individui negli anni Quaranta. Esso, pur con molte criticità, fu considerato il preludio al successivo sistema sanitario nazionale, stabilendo il principio della responsabilità finanziaria statale in materia sanitaria, pur lasciandone (almeno fino al 1948) l'organizzazione complessiva ad una serie di enti, commerciali e senza scopo di lucro, assai diversificati⁵⁷. Tale sviluppo, tutelando esclusivamente il *breadwinner*, si basava tuttavia sul presupposto che lo Stato non fosse tenuto a garantire trattamenti sanitari a tutta la popolazione, non possedendo, tra l'altro, né le finanze né le risorse amministrative necessarie a tal fine. Com'era evidente, il sistema presupponeva l'operatività di altri strumenti che assicurassero agli altri cittadini l'accesso alle prestazioni mediche⁵⁸. Gli indigenti erano così costretti a fare ancora riferimento al sistema delle *poor law*, mentre chi, invece, voleva assicurarsi la possibilità di usufruire di una futura ed eventuale prestazione ospedaliera (in questo caso anche gli stessi lavoratori dotati di assicurazione malattia), sempre più ricorreva alla stipula di un'apposita assicurazione ospedaliera privata⁵⁹. La necessità di un approccio più organico portò nel 1919 all'emanazione del *Ministry of Health Act*, atto che istituì il Ministero della salute e il *Council on Medical and Allied Services*, comitato che si espresse a sostegno di un sistema onnicomprensivo di tutela della salute. Al riguardo, l'attuazione di una riforma universalistica

⁵⁶ N.W. Chaplin (Edited by), *Health Care in the United Kingdom. Its organization and management*, cit., p. 6.

⁵⁷ Steve Iliffe, *The NHS. A Picture of Health?*, London, Lawrence and Wishart, 1983, p. 17.

⁵⁸ Si confrontino David Allen, *Health Services in England*, cit., p. 201; John C. Goodman, *National health care in Great Britain. Lessons for the U.S.A.*, cit., pp. 10-13.

⁵⁹ Questa situazione non era troppo dissimile da quella americana. A tal fine, si confronti, *infra*, cap. III.

necessitava però di ulteriori riflessioni e dovette attendere il termine della seconda guerra mondiale, quando Beveridge tracciò le linee fondamentali del nuovo sistema sanitario inglese.

1.2 William Beveridge e le nuove politiche di protezione sociale

1.2.1 Cenni biografici

William Beveridge nacque nel 1879 nella colonia britannica dell'India, figlio di un giudice dell'*Indian Civil Service*, Henry Beveridge, e della sua seconda moglie, Annette Ackroyd. Rientrati in Inghilterra, il giovane Beveridge dapprima studiò a *Charterhouse*, quindi seguì corsi di matematica e studi classici presso il *Balliol College* di Oxford, per poi dedicarsi agli studi in legge, decidendo tuttavia di abbandonare la pratica forense⁶⁰. Si interessò ben presto dei problemi sociali, divenendo nel 1903 vicedirettore di *Toynbee Hall*, un “centro formativo” londinese con sede a *Whitechapel*, attivo nei settori dell'educazione, della filantropia e degli studi sociali, e dal 1905 al 1908, giornalista specializzato in riforme sociali presso il *Morning Post*. Tali attività permisero a Beveridge di accrescere le sue competenze amministrative nelle politiche sociali⁶¹. Il suo interesse verso le assicurazioni sociali si deve però soprattutto all'influenza esercitata dai movimenti, attivi già alla fine dell'Ottocento, che si battevano a favore dell'istituzione di una pensione d'anzianità, anche alla luce delle profonde innovazioni tecnologiche intervenute nel mercato lavorativo, che avevano fortemente ridotto le opportunità lavorative per i più anziani. Tali istanze portarono infatti alla elaborazione di vari progetti. I più rilevanti furono essenzialmente tre, il primo, legato alla figura di Joseph Chamberlain, politico inglese già ministro dal 1880, basato su una forma assicurativa contributiva, il secondo, legato invece a Charles Booth, che proponeva

⁶⁰ José Harris, *William Beveridge. A Biography*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp.33, 37.

⁶¹ Si vedano David Benassi, *William Beveridge e il Piano del 1942: alle origini del welfare state*, cit., p. 14; José Harris, *William Beveridge. A Biography*, cit., p. 44-63.

l'istituzione di un sistema pensionistico universalistico finanziato attraverso le tasse ed infine l'ultimo, proposto da un comitato speciale della Camera dei Comuni, che proponeva l'introduzione di un "means test" per verificare i redditi e i patrimoni dei richiedenti ed attribuire una pensione soltanto agli anziani indigenti meritevoli (i c.d. *aged deserving poor*).

Le proposte furono studiate e sintetizzate da Beveridge, il quale, a sua volta, evidenziò come tutti le possibili modalità attraverso cui lo Stato avrebbe potuto garantire un sostegno ai cittadini anziani in difficoltà economiche avrebbero comportato alcuni inconvenienti di carattere pratico. Le forme assicurative volontarie, sebbene avrebbero potuto essere in parte finanziate dall'amministrazione tramite un apposito fondo previdenziale, non sarebbero state risolutive per chi non avesse voluto o non fosse stato economicamente in grado di parteciparvi. D'altra parte, un sistema pensionistico obbligatorio, ispirato al modello tedesco e basato sul prelievo contributivo dai redditi dei lavoratori, appariva estraneo alle tradizioni inglesi, mentre un modello universalistico, seppur più semplice da amministrare, avrebbe comportato costi eccessivi. Riconoscere infine una pensione nei soli casi di accertate ristrettezze economiche e mancanza di redditi, sul modello dei *means test* già sperimentati in Australia e Nuova Zelanda, avrebbe potuto agevolare truffe e frodi, disincentivando altresì una virtuosa gestione economica e finanziaria da parte degli individui⁶². L'impasse fu superata nel 1908 con l'emanazione da parte Parlamento inglese dell'*Old Age Pensions Act*, legge che offriva alcune limitate indennità pensionistiche non contributive agli anziani indigenti. Pur prevedendo requisiti fortemente restrittivi (ad esempio l'età minima, inizialmente fissata a 65 anni di età, fu aumentata a 70 anni) e coperture economiche esigue, la legge rappresentò comunque uno strumento fortemente innovativo per l'epoca. Le sue caratteristiche fondamentali venivano così riassunte: "Gender blind, redistributive, targeting the poor and paid to recipients by virtue of their status as citizens rather than as producers"⁶³. Essa prevedeva infatti sussidi soprattutto per le donne anziane, le quali, abitualmente, erano maggiormente esposte a problemi di povertà rispetto

⁶² José Harris, *William Beveridge. A Biography*, cit., pp. 99, 100.

⁶³ John Macnicol, *Beveridge and Old Age*, in John Hills, John Ditch, Howard Glennerster (eds.), *Beveridge and social security. An international retrospective*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 75.

agli uomini (anche per un'aspettativa di vita maggiore). Il sistema pensionistico introdotto, alimentandosi sugli introiti provenienti dalle tasse, era inoltre altamente redistributivo, essendo diretto verso i cittadini più indigenti. Infine, i sussidi, basandosi sull'esclusivo requisito dell'indigenza, non richiedevano necessariamente l'avvenuto pensionamento del beneficiario, il quale poteva dunque anche continuare a lavorare. Ciononostante, i molti dissensi, anche dello stesso Beveridge, legati alla necessità di adottare un sistema di tipo contributivo, portarono alla successiva emanazione nel 1925 del *Widows, Orphans and Old Age Contributory Pensions Act*, che finalmente istituì un modello pensionistico contributivo che gradualmente si sostituì a quello previgente⁶⁴.

L'interesse per gli interventi di quegli anni e per le possibili riforme future convinse Beveridge a trascorrere periodi di studio in Germania al fine di analizzare il sistema obbligatorio di sicurezza sociale in funzione già da circa venti anni, studiando le eterogenee tipologie assicurative contributive che tutelavano circa dodici milioni di lavoratori contro i rischi connessi a malattie, disabilità ed anzianità, con i relativi costi suddivisi tra lavoratori, datori di lavoro e Stato⁶⁵. La fama raggiunta come esperto di politiche sociali fu tale da indurre Churchill ad affidargli nel 1908 un incarico all'interno del *Board of Trade*, commissione con funzioni amministrative, consultive e di supporto al Governo in materia di commercio, che tuttavia aveva progressivamente esteso le proprie competenze anche ai rapporti di lavoro, alle politiche sociali e alla disoccupazione. In tale veste Beveridge si occupò della elaborazione di importanti progetti di legge in materia sociale, riuscendo con le sue idee a convincere il Governo, dal *Labour Exchanges Act* del 1909, che istituì i primi uffici di collocamento statali, alla progettazione del *National Insurance Act* del 1911, fortemente voluto da David Lloyd George, Cancelliere dello Scacchiere dal 1908 al 1915 sotto il Governo liberale di Herbert Asquith⁶⁶. Quest'ultimo provvedimento fu, non a caso, considerato uno dei più rilevanti risultati raggiunti in quegli anni, istituendo per la prima volta una assicurazione sanitaria, finanziata dallo Stato, per gli operai delle industrie (disciplinata dalla parte I della legge), di chiara

⁶⁴ Si confrontino José Harris, *William Beveridge. A Biography*, cit., pp. 101, 102; John Macnicol, *Beveridge and Old Age*, cit., pp. 77-80.

⁶⁵ José Harris, *William Beveridge. A Biography*, cit., p. 100.

⁶⁶ José Harris, *William Beveridge. A Biography*, cit., pp. 144-167.

ispirazione tedesca, ed un sistema di assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione (parte II)⁶⁷. Dopo essersi dedicato a questioni prettamente militari durante la Grande guerra⁶⁸, dal 1916 al 1919 Beveridge lavorò invece presso il *Ministry of Food*, dove si dedicò principalmente al coordinamento delle attività di razionamento e di controllo dei prezzi, prima di diventare direttore presso la *London School of Economics*, incarico che ricoprì per diciotto anni⁶⁹. Proprio a partire dagli anni Venti Beveridge mutò gradualmente le proprie convinzioni in ordine ai principi fondamentali delle assicurazioni sociali, convincendosi sempre più del fatto che avrebbero dovuto essere universalistiche e a base contributiva⁷⁰. Una sua prima proposta, redatta nel 1919 in qualità di membro di una commissione istituita dal Ministero del Lavoro, applicava tali principi alle indennità contro la disoccupazione, proponendo un sistema tripartito, composto da assicurazioni fornite direttamente dall'amministrazione statale, da misure *ad hoc* previste dalla legge per determinati settori industriali e da ulteriori assicurazioni gestite da enti no profit ma finanziati dallo Stato. Non immediatamente recepito, anche a causa delle pressanti richieste dei sindacati a favore di sistemi non contributivi, il progetto dovette attendere l'anno successivo, quando la crescente disoccupazione impose al Governo di agire. L'*Unemployment Insurance Act* del 1920, pur recependo soltanto parzialmente la proposta avanzata da Beveridge⁷¹, estese l'assicurazione contro la disoccupazione a tutti i lavoratori con reddito annuale inferiore a 250 £, escludendo tuttavia i lavoratori agricoli e quelli domestici, e attribuendo la gestione complessiva del sistema a vari enti volontari, dai sindacati (come era già previsto dalla legge del 1911) ad enti assicurativi denominati "approved societies". Altra testimonianza dei sentimenti universalistici di Beveridge fu la pubblicazione nel 1924 del suo

⁶⁷ Si veda Bentley Gilbert, *The British National Insurance Act of 1911 and the Commercial Insurance Lobby*, cit. Sui contenuti di tale legge si veda anche *supra*, par. 1.1.2.

⁶⁸ Beveridge, ad esempio, curò gli emendamenti al *Defence of the Realm Act* del 1914, in base ai quali il Governo poteva legittimamente requisire le fabbriche non impegnate nella produzione di beni per la guerra e proibire impieghi in settori non ritenuti essenziali a causa delle necessità ed incombenze belliche. Con il *Munitions of War Act* del 1915 venne invece disciplinata la produzione e la fornitura delle munizioni, attribuendo altresì alcuni obblighi alle fabbriche private. Si veda José Harris, *William Beveridge. A Biography*, cit., pp. 202-211.

⁶⁹ José Harris, *William Beveridge. A Biography*, cit., p. 232.

⁷⁰ José Harris, *William Beveridge. A Biography*, cit., p. 346.

⁷¹ Per un'analisi delle differenze tra il progetto di Beveridge del 1919 e la legge emanata l'anno successivo dal Parlamento inglese, si veda José Harris, *William Beveridge. A Biography*, cit., pp. 347, 348.

opuscolo *Insurance for All and Everything*, ove veniva prospettata l'adozione di una copertura assicurativa nazionale (su base contributiva con tariffa forfettaria) particolarmente ampia, che avrebbe tutelato gli individui (con redditi inferiori rispetto ad una certa soglia prestabilita) contro le malattie, la disoccupazione, gli incidenti sul lavoro, l'anzianità, con le medesime garanzie estesa anche ad orfani e vedove. Come osservato da Harris, ciò rappresentava il tentativo di introdurre in Gran Bretagna un sistema di assicurazione sociale sull'esempio del modello bismarckiano, anzi addirittura più ampio, ove l'interruzione del salario avrebbe costituito il denominatore comune fra tutte le varie ipotesi contingenti considerate, che sarebbero state risolte da un unico strumento, quello assicurativo. Pur presentando alcune affinità con il successivo *report* del 1942⁷², lo scritto del 1924 costituiva un mero documento programmatico non supportato da molti dati statistici, concepito più come uno strumento di propaganda politica e di partito⁷³. Lo scoppio della seconda guerra mondiale riavvicinò Beveridge alla scena politica. Nonostante le sue speranze, le ripetute richieste di collaborazione al governo rimasero a lungo disattese, fino a quando, nel 1941, nella fase decisiva del conflitto, il Ministro per la Ricostruzione Arthur Greenwood nominò William Beveridge presidente del *Committee on Social Insurance and Allied Services*, commissione governativa che fu incaricata di redigere un progetto di riforme delle politiche di protezione sociale. Dinanzi a questioni così complesse, il progetto passerà alla storia quale fondamentale presupposto verso la realizzazione di una "giustizia sociale"⁷⁴.

1.2.2 *Social Insurance and Allied Services*

Il progetto, non limitandosi a mere specificazioni burocratiche o amministrative, dette vita ad una proposta di riforme di ampio respiro che riuscì a portare il tema delle protezioni sociali al centro del dibattito inglese ed

⁷² Su cui si veda *infra*, par. 1.2.2.

⁷³ José Harris, *William Beveridge. A Biography*, cit., pp. 349-350. Si veda tuttavia anche Norman Burrell Dearle, *Insurance for All and Everything*, *The Economic Journal*, Vol. 34, n. 135, 1924, pp.441-444.

⁷⁴ L'espressione è ripresa da José Harris, *William Beveridge. A Biography*, cit., p. 1 e ss..

internazionale, influenzando tutta la successiva legislazione in materia⁷⁵. In termini generali, la dottrina ha definito tale progetto “il primo e più sistematico sforzo intellettuale di immaginare le politiche di protezione sociale come un insieme coerente e integrato compatibile con un’economia di mercato”⁷⁶. Basato sul principio dell’interventismo statale, il progetto trattava infatti la questione occupazionale e le relative forme di sostegno del reddito, la previdenza sociale e la sanità⁷⁷. Se la prima preoccupazione di Beveridge era quella di ridurre le persone senza un impiego lavorativo, l’aspetto certamente più originale concerneva la proposta di un sistema sanitario nazionale che garantisse a tutti l’accesso ai trattamenti medici, differenziandosi dal frammentario sistema previgente che assicurava protezione soltanto ai titolari di un reddito, con esclusione degli altri membri della famiglia⁷⁸. Promesse di integrazione così vigorose si basavano sull’assunto che il libero mercato dovesse essere sostenuto dall’intervento pubblico per scongiurare le inevitabili ripercussioni che la guerra avrebbe certamente prodotto su redditi, famiglie e disoccupazione⁷⁹.

La Commissione fu incaricata di redigere “un’estesa investigazione sui vigenti sistemi di assicurazioni sociali e servizi assistenziali affini”⁸⁰, per esaminare le molte anomalie funzionali e le inuguaglianze sorte a causa della crescita esponenziale, quasi incontrollata, di paralleli sistemi di sicurezza sociale che impegnavano non meno di sette diversi dipartimenti governativi ed una vasta rete di autorità locali, eredi del previgente sistema delle *Poor Law*, che per secoli aveva offerto assistenza, anche medica, alle persone indigenti⁸¹. Complessivamente i servizi erano dunque “diretti da un complesso di organi amministrativi, che pur rendendo servizi incalcolabili, sono sconnessi perché agiscono motivati da principi

⁷⁵ Si vedano Michele Colucci (a cura di), *William Beveridge, La libertà solidale. Scritti 1942-1945*, Roma, Donzelli Editore, 2010, pp. VII, VIII; Trevor Lloyd, *Empire, Welfare, State, Europe. History of the United Kingdom 1906-2001*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 226.

⁷⁶ David Benassi, *William Beveridge e il Piano del 1942: alle origini del welfare state*, cit., p. 7.

⁷⁷ Michele Colucci (a cura di), *William Beveridge, La libertà solidale. Scritti 1942-1945*, cit., pp. XXI, XXII.

⁷⁸ Trevor Lloyd, *Empire, Welfare, State, Europe. History of the United Kingdom 1906-2001*, cit., p. 227.

⁷⁹ Luigi Troiani, *Il rapporto Beveridge nel contesto europeo e internazionale*, in Luigi Troiani (a cura di), *Dopo Beveridge. Riflessioni sul welfare*, Roma, Agrilavoro Edizioni, 2005, p. LXXVII.

⁸⁰ *Il Piano Beveridge. Compendio Ufficiale della relazione di Sir William Beveridge al governo britannico*, in Luigi Troiani (a cura di), *Dopo Beveridge. Riflessioni sul welfare*, cit., p. 5.

⁸¹ Jose Harris, *William Beveridge. A biography*, cit., p. 378.

differenti, e trattano gli stessi problemi in modo diverso, raggiungendo lo scopo solo con spreco di denaro e fatica”⁸². La duplicazione dei servizi resi e la conseguente eterogeneità di fonti si rifletteva inevitabilmente sui metodi di finanziamento, con datori di lavoro, contribuenti, lavoratori e amministrazioni pubbliche chiamati a vario titolo a contribuire all’erogazione dei sussidi⁸³. La Commissione produsse un documento estremamente articolato⁸⁴ che prospettava molteplici proposte operative per “abolire il bisogno”, nell’ottica di un rinnovamento unitario e universalistico⁸⁵. La sicurezza sociale non avrebbe dovuto più essere limitata ai singoli lavoratori o comunque a gruppi minoritari stigmatizzati, ricomprendendo invece tutta la cittadinanza. Ciò presupponeva il superamento del sistema assistenziale inaugurato con le *Poor Law*, che, secondo Beveridge, “avevano per secoli degradato e deresponsabilizzato i poveri, perché scindevano il welfare dagli incentivi a lavorare, distruggevano la responsabilità dei genitori, e marchiavano i poveri quale classe a parte”⁸⁶. A tal fine, si auspicava una unificazione amministrativa che garantisse maggiore efficienza ed equità e la creazione di una complessiva “politica di progresso sociale”, che ponesse rimedio alla estrema frammentarietà. Il documento dovette inevitabilmente affrontare anche il problema della sostenibilità finanziaria delle composite misure prospettate. Non presentandosi di facile soluzione, si ipotizzò la previsione di fasi transitorie che avrebbero portato ad un aumento graduale dei benefit previsti, che presumibilmente avrebbero raggiunto i valori massimi previsti non prima di venti anni dalla conclusione della guerra⁸⁷.

La prima parte del Piano si occupava della elaborazione di un “progetto di assicurazione sociale contro l’interruzione o la perdita della capacità di guadagno”⁸⁸,

⁸² *Il Piano Beveridge. Compendio Ufficiale della relazione di Sir William Beveridge al governo britannico*, cit., pp. 10, 11.

⁸³ Jose Harris, *William Beveridge. A biography*, cit., p. 378.

⁸⁴ Il progetto era così strutturato: I. Introduzione e sommario, II. Le principali modifiche che vengono proposte e la loro ragione di essere, III. Tre problemi speciali: Quote di benefici e problema degli affitti, Il problema dell’età, Il problema dei rimedi alternativi, IV. Bilancio preventivo della protezione sociale, V. Piano di protezione sociale, VI. Protezione sociale e politica sociale.

⁸⁵ Michele Colucci (a cura di), *William Beveridge, La libertà solidale. Scritti 1942-1945*, cit., p. XXV.

⁸⁶ Jose Harris, *Beveridge, la sua storia*, cit., p. LIV.

⁸⁷ Trevor Lloyd, *Empire, Welfare, State, Europe. History of the United Kingdom 1906-2001*, cit., p. 227.

⁸⁸ *Il Piano Beveridge. Compendio Ufficiale della relazione di Sir William Beveridge al governo britannico*, cit., p. 16.

prevedendo l'introduzione di un sistema previdenziale unico per tutti i cittadini, ricomprendente sia le pensioni di anzianità sia i sussidi per disoccupazione e invalidità, sotto la responsabilità di un apposito Ministero di Protezione Sociale e previa istituzione di un unico ed apposito fondo di assicurazioni sociali⁸⁹. Tale fondo, similmente a quanto già sperimentato con il *National Insurance Act* del 1911, si sarebbe basato su un sistema tripartito di contributi provenienti dagli assicurati, dai datori di lavoro e dall'Erario nazionale, con il "denaro raccolto mediante la tassazione generale"⁹⁰. La seconda tipologia di intervento, ritenuta assolutamente necessaria per conseguire un sistema di protezione sociale pienamente soddisfacente, prevedeva l'istituzione di un servizio sanitario nazionale, gratuito e per tutti, per la prevenzione, la cura delle malattie e la riabilitazione al lavoro. La tutela della salute sarebbe quindi divenuta un diritto di tutti i cittadini, sebbene il documento non potesse direttamente risolvere la maggior parte delle questioni organizzative e finanziarie. Esso conteneva tuttavia una serie di enunciazioni che costituirono i principi di fondo dell'istituendo sistema sanitario. Si prefigurava così l'istituzione di un esteso servizio sanitario, autonomo rispetto alle assicurazioni sociali, che avrebbe dovuto essere regolato da appositi dicasteri responsabili per la salute, per assicurare ai cittadini l'assistenza medica richiesta mediante la messa a disposizione di tutti i servizi medici necessari. L'effettiva organizzazione del sistema comportava però l'inevitabile scelta tra il mantenimento del sistema finanziario previgente (basato sui contributi obbligatori e sul pagamento delle cure non ricomprese nel sistema assicurativo) e l'eliminazione degli oneri esistenti con la contestuale introduzione di una contribuzione sotto forma di tasse. Pur non potendo formulare proposte finanziarie definitive, la proposta ideale avrebbe dovuto in ogni caso garantire "un sistema di cure e di servizi sanitari completi per tutti i cittadini senza eccezione, senza stabilire limiti di remunerazione o barriere economiche", suggerendo lo stanziamento, entro i contributi della protezione sociale, di una quota ulteriore che sarebbe poi stata attribuita ai dicasteri competenti per i servizi sanitari, al fine di permettere ad ognuno di "ricevere gratuitamente sia

⁸⁹ Si veda anche Trevor Lloyd, *Empire, Welfare, State, Europe. History of the United Kingdom 1906-2001*, cit., p. 226.

⁹⁰ *Il Piano Beveridge. Compendio Ufficiale della relazione di Sir William Beveridge al governo britannico*, cit., p. 54.

a domicilio che in appositi istituti, tutte quelle cure di cui avrà bisogno, mediche, dentarie o ausiliarie”⁹¹. Ultimo obiettivo del documento era la realizzazione della piena occupazione, che si configurava quale presupposto indefettibile per il corretto funzionamento di tutto il sistema di protezione sociale (“la disoccupazione, mentre aumenta le spese dei sussidi, diminuisce le entrate che vi fanno fronte”⁹²), come dimostravano i ripetuti interventi a favore della riqualificazione professionale e dell’avviamento al lavoro; Beveridge era infatti “consapevole che una disoccupazione superiore al 3% avrebbe reso impossibile qualunque riforma”⁹³.

L’immenso entusiasmo che il piano Beveridge suscitò, nonché la sua diffusione negli Stati Uniti (dove furono vendute cinquantamila copie in sei mesi)⁹⁴, tradizionalmente scettici verso forme di intervento pubblico nell’economia, è in parte da ricollegare anche all’ingegnoso riferimento del documento alla Carta Atlantica, sottoscritta appena un anno prima (1941) dal primo ministro britannico Winston Churchill e dal Presidente americano Franklin D. Roosevelt⁹⁵. In particolare, Beveridge considerò il sistema di previdenza sociale delineato quale applicazione della quinta clausola della Carta⁹⁶, che affermava “il desiderio dei Capi delle nazioni americana e britannica di raggiungere una piena collaborazione tra tutte le nazioni nel campo economico, allo scopo di assicurare il più alto livello nelle condizioni del lavoro, del progresso economico e dell’economia sociale”. Secondo Beveridge infatti⁹⁷:

“Le proposte contenute in questa Relazione si intendono come contributo pratico alla protezione sociale menzionata nelle ultime parole della clausola suaccennata, e coprono un terreno che deve necessariamente venire coperto se si vuole che le parole della Carta Atlantica diventino dei fatti reali. Esse non

⁹¹ *Il Piano Beveridge. Compendio Ufficiale della relazione di Sir William Beveridge al governo britannico*, cit., p. 99.

⁹² *Il Piano Beveridge. Compendio Ufficiale della relazione di Sir William Beveridge al governo britannico*, cit., p. 101.

⁹³ Michele Colucci (a cura di), *William Beveridge, La libertà solidale. Scritti 1942-1945*, cit., p. XXIV.

⁹⁴ Michele Colucci (a cura di), *William Beveridge, La libertà solidale. Scritti 1942-1945*, cit., p. XV.

⁹⁵ Jose Harris, *Beveridge, la sua storia*, cit., p. XLVII.

⁹⁶ Si veda anche Luigi Troiani, *Il rapporto Beveridge nel contesto europeo e internazionale*, cit., p. LXXVI.

⁹⁷ *Il Piano Beveridge. Compendio Ufficiale della relazione di Sir William Beveridge al governo britannico*, cit., pp. 113, 114.

rappresentano il tentativo da parte di una singola nazione di ottenere dei vantaggi per i propri sudditi a danno dei loro alleati di guerra, ma un contributo ad una causa comune. Non sono intese ad aumentare la ricchezza del popolo britannico, ma a ridistribuire le risorse disponibili in modo da poter trattare prima di tutto la questione più importante, quella dei bisogni materiali ed essenziali”.

1.3 Il sistema sanitario inglese⁹⁸

1.3.1 Il National Health Service Act. Le principali tappe dal 1946 al 1974

I contributi pratici offerti dal *Beveridge Report* esercitarono una notevole influenza sui dibattiti politici del tempo, da Churchill, che nel 1943 dichiarò pubblicamente di essere un convinto sostenitore di un sistema assicurativo nazionale obbligatorio, “[a] national compulsory insurance for all classes, for all purposes, from cradle to the grave”, al governo di coalizione formato da Conservatori, Liberali e Laburisti (di cui lo stesso Churchill era primo ministro), che nel 1944 pubblicò un Libro Bianco in cui dichiarava che l’assistenza sanitaria avrebbe dovuto essere accessibile gratuitamente a tutti, in quanto bene di interesse pubblico⁹⁹. Sulla stessa linea si collocò il governo laburista che, dopo aver vinto le elezioni del 1945, si avviò verso un’espansione sostanziale del sistema di welfare, per porre fine alle molte inefficienze e carenze esistenti¹⁰⁰. L’obiettivo era quello di introdurre una serie di riforme che consentissero l’erogazione da parte dello Stato di una serie di

⁹⁸ Nelle pagine che seguono si farà riferimento unicamente al sistema sanitario inglese; quelli di Scozia, Irlanda del Nord e Galles, pur condividendo gli stessi principi fondamentali, sono basate su autonome regolamentazioni e organizzazioni territoriali. Se i sistemi sanitari di Scozia e Irlanda del Nord sono sempre rimasti formalmente separati da quello inglese, il sistema gallese lo è divenuto soltanto dal 1999, in conseguenza del processo di *devolution*. Si veda, tra gli altri, Ruth Levitt, Andrew Wall, John Appleby, *The Reorganized National Health Service*, Cheltenham, Stanley Thornes, 1999, p. 74 e ss.

⁹⁹ Si veda John C. Goodman, *National health care in Great Britain. Lessons for the U.S.A.*, cit., pp. 13, 14.

¹⁰⁰ Come ricorda Iliffe, nel 1917 era più sicuro essere un soldato al fronte piuttosto che un neonato in Inghilterra: “per ogni nove soldati uccisi in Francia, morivano contemporaneamente dodici bambini nel loro primo anno di vita in Inghilterra”. Si veda Steve Iliffe, *The NHS. A Picture of Health?*, cit., p. 1.

prestazioni sociali finanziate tramite un sistema progressivo di tassazione. Tali innovazioni facevano parte di un più ampio programma di riforme volte a nazionalizzare tutte quelle attività, come ad esempio i trasporti ferroviari o le miniere di carbone, considerate più rilevanti, “the commanding heights of the economy” che si riteneva non potessero essere lasciate alle imprevedibilità tipiche del libero mercato¹⁰¹. Sulla via di tali riforme, la sfida lanciata dal Ministro della Salute Aneurin Bevan a ciò che Beveridge aveva definito *the Giant of Sickness*, consisteva nella istituzione di un servizio sanitario pubblico, *free at point of service*, con uguale accesso per tutti i cittadini, basato sul principio di responsabilità dello Stato quale garante finanziario¹⁰². Pur basandosi su un ampio consenso nazionale, i provvedimenti legislativi furono accompagnati da forti opposizioni della professione medica (*British Medical Association*) ed anche da aspre diatribe parlamentari che portarono il partito conservatore a contestare duramente la proposta di legge nella *House of Commons*¹⁰³. Divenuta finalmente legge nel 1946, il *National Health Service Act*, sulla base dei principi enunciati da Beveridge, istituì a far data dal 5 luglio 1948 il *National Health Service* mediante la rimozione di ogni ostacolo di carattere economico all’accesso alle prestazioni sanitarie di un sistema che da quel momento sarebbe stato del tutto organizzato e sostenuto dal Governo centrale. È certamente questo il punto di cesura più netto nella tradizione di *common law* in materia sanitaria. Da tale evento “rivoluzionario” (fu, come noto, il primo sistema universalistico pubblico finanziato per mezzo della tassazione), l’Inghilterra e gli Stati Uniti, che per secoli avevano condiviso principi e normative (basti pensare all’assistenza degli indigenti), sperimentarono due sistemi del tutto autonomi, addirittura antitetici¹⁰⁴.

¹⁰¹ Jeff Chandra, Andrew Kakabadse, *Privatisation and the National Health Service. The Scope for Collaboration*, Aldershot, Gower, 1985, p. 3.

¹⁰² Judy Allsop, *Health Policy and the National Health Service*, London, New York, Longman, 1984, p. 13 e ss.

¹⁰³ Si vedano, tra gli altri, Rob Baggott, *Health and health care in Britain*, London, Macmillan 1998, p. 93 e ss.; Nicholas Barr, John Hills, *The State of Welfare: the Welfare State in Britain since 1974*, Oxford, Clarendon, 1990, p. 11 e ss.; Marvin Rintala, *Creating the National Health Service: Aneurin Bevan and the medical lords*, Portland, OR, Frank Cass, 2003, p. 8 e ss.

¹⁰⁴ Tale dicotomia non è però sempre stata assoluta e, come vedremo, la crisi del *welfare state*, unita ai sempre maggiori tagli alle spese pubbliche (Reagan e Thatcher) e alla più recente crisi economica globale, ha rimesso tutto in discussione, portando ad un progressivo riavvicinamento tra il modello inglese e quello statunitense, dando vita ad una inedita commistione tra pubblico e privato all’interno dei sistemi sanitari.

La sanità pubblica inglese, risultato di un lungo processo socio-economico, ricomprese dunque l'intera popolazione¹⁰⁵ e già dopo un anno dalla sua entrata in vigore, costituì un modello di riferimento per numerose esperienze nazionali, tanto da essere definito “one of the greatest ventures in the history of medicine”¹⁰⁶, ovvero “un’istituzione attraverso la quale la società britannica e i suoi membri celebrano e confermano l’attaccamento e la fedeltà ai valori dell’altruismo individuale e della responsabilità collettiva”¹⁰⁷. Tra i principi più innovativi, quello della responsabilità del Ministro della Salute di promuovere l’istituzione di un sistema sanitario onnicomprensivo, sancita dalla sezione 1 (1) della legge, a norma della quale “It shall be the duty of the Minister of Health to promote the establishment in England and Wales of a comprehensive health service”. Un più cogente obbligo “to provide a comprehensive health service” non è invece mai esistito, essendo tale dovere previsto dalla sezione 3 (1) soltanto con riferimento a singole prestazioni sanitarie secondarie, come ad esempio per i posti letto ospedalieri o per l’assistenza infermieristica. Tali sezioni furono peraltro modificate da successive leggi di consolidazione, emanate nel 1977, nel 2006 ed infine nel 2012. Al riguardo, il *National Health Service Act* del 1977 non portò ad innovazioni sostanziali ribadendo da una parte “the duty to continue the promotion [...] of a comprehensive health service” ed il più limitato *duty to provide secondary care services* dall’altra. Anche le modifiche introdotte con il *National Health Service Act* del 2006 confermarono sostanzialmente il testo del 1977, pur con minime variazioni che non alterarono il significato delle disposizioni originarie. La riforma del 2012, pur lasciando intatto il dovere di promozione di cui alla sezione 1 (1) (“The Secretary of State must continue the promotion in England of a comprehensive health service...”), ha invece eliminato la sezione 3 (1), inserendo il dovere da questa precedentemente previsto nella stessa sezione 1, al paragrafo 2. Il precedente “duty to provide” è stato dunque collegato direttamente al più generale dovere di promozione e, nella sua attuale

¹⁰⁵ Le forze armate continuarono tuttavia ad avere un sistema sanitario autonomo e separato, similmente alla realtà statunitense. A tal fine, si confronti *infra*, cap. IV, par. 4.3.1 ed in particolare la nota n. 88.

¹⁰⁶ *The National Health Service Act in Great Britain. A review of the first year's working*, London, The Practitioners, 1949, p. 1 e ss.

¹⁰⁷ Stefano Neri, *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna. Concorrenza, cooperazione, programmazione*, cit., p. 65.

formulazione, appare così formulato: “For that purpose, the Secretary of State must exercise the functions conferred by this Act so as to secure that services are provided in accordance with this Act”.

Il rinnovato sistema inglese, pur non aggiungendo nulla alle strutture già esistenti, come già annunciato, innovò profondamente le relative condizioni di accesso e di finanziamento, rendendo i servizi sanitari, finanziati tramite tassazione generale, accessibili gratuitamente a tutti, sancendo espressamente, alla sezione 1 (2) del testo di legge del 1946, che “The services [...] shall be free of charge, except where any provision of this Act expressly provides for the making and recovery of charges”¹⁰⁸. Nella sua organizzazione originaria, che rimase inalterata fino al 1974, il sistema presentava una struttura tripartita composta da tre diverse entità (*family practitioners, hospitals, local authority health services*), separatamente amministrate, ma tutte gerarchicamente sottoposte al controllo del Ministro della Salute (coadiuvato a tal fine da appositi comitati, il *Central Health Services Council* e da vari *Standing Committees*), direttamente responsabile del funzionamento degli ospedali ed, indirettamente, anche di medici e autorità locali¹⁰⁹. I servizi primari erano infatti erogati da medici di medicina generale, ai quali, per superare l’iniziale riluttanza della *British Medical Association*, il nuovo sistema sanitario assicurò di operare quali professionisti autonomi, retribuiti sulla base di un sistema a quota capitaria¹¹⁰. I servizi ospedalieri non incontrarono invece le stesse difficoltà. Gli ospedali vennero pertanto nazionalizzati e pertanto i medici specialisti divennero dipendenti pubblici sottoposti al controllo diretto del Ministro della Salute e delle autorità regionali (dapprima i *Regional Hospital Boards*, sostituiti nel 1974 dalle *Regional Health Authorities*)¹¹¹. Infine, i servizi di comunità (vaccinazioni,

¹⁰⁸ Si confronti anche David Allen, *Health Services in England*, cit., p. 203.

¹⁰⁹ Si vedano Rob Baggott, *Health and health care in Britain*, cit., p. 94 e ss.; Leslie H. W. Paine, *The reorganized National Health Service: theory and reality*, in Ruth Porter; David William Fitzsimons, *Health care in a changing setting. The U.K. experience*, Amsterdam, Mouton, 1976, p. 21 e ss.; Ruth Levitt, Andrew Wall, John Appleby, *The Reorganized National Health Service*, cit., p. 12.

¹¹⁰ A tal fine si vedano Robin Haynes, *The Geography of Health Services in Britain*, London, Croom Helm, 1987, p. 3; Cecilia Megali, *Modelli e strumenti di governance sanitaria. Elementi di comparabilità tra il Servizio Sanitario Nazionale italiano e il National Health Service inglese*, Roma, Aracne, 2008, p. 71.

¹¹¹ Fu inoltre creata un’articolata struttura organizzativa. Più precisamente, furono istituiti quindici *Hospital Boards*, ognuno dei quali comprendeva almeno una scuola di medicina, e contestualmente furono nominate 377 diverse *Hospital Management Committees* (HMCs). Vennero poi istituite

ostetricia, ambulanze, servizi sociali per l'infanzia) restarono sotto la responsabilità di enti ed autorità locali¹¹².

Dal punto di vista finanziario, il NHS si alimentava quasi esclusivamente sulla base dei fondi pubblici. Gli introiti del sistema dipendevano infatti per circa l'89% dalla tassazione centrale, per il 9% da residuali contributi assicurativi (costituenti di fatto una rimanenza del sistema assicurativo sociale istituito nel 1911) e per il restante 2% dalla compartecipazione dei pazienti alle spese di alcune prestazioni. Inizialmente, alcuni studiosi ritenevano addirittura che i costi di un sistema sanitario gratuito fossero destinati non ad aumentare ma, viceversa, a diminuire, sulla base dell'erronea presupposizione che le persone malate, una volta curate e ristabilite, sarebbero tornare alla loro ordinaria attività lavorativa, contribuendo nuovamente all'incremento dei finanziamenti complessivi del sistema¹¹³. Nonostante la fallacia di tale previsione, il sistema sanitario, seppur con alcuni, minimi, interventi correttivi¹¹⁴, inizialmente riuscì ad operare in modo equo, con costi complessivi inferiori rispetto a tutti gli altri paesi europei¹¹⁵. Ben presto divenne però chiara l'esigenza di un intervento legislativo al fine di definire un nuovo assetto organizzativo. Se l'impianto originale del NHS era incentrato soprattutto sulla sua organizzazione verticale, altrettanta attenzione non era infatti stata impiegata per quel che concerne "the links between each of its many constituent parts"¹¹⁶. Gli sforzi di riforma si concentrarono dunque sullo stanziamento di maggiori fondi per i servizi di comunità e per l'assistenza di lungo termine e su una nuova, più complessa, articolazione territoriale (*regions – areas – districts*), resa necessaria al fine di ottimizzare l'erogazione delle numerose prestazioni sanitarie

trentasei cliniche universitarie, associate alle varie scuole di medicina e amministrare da apposite commissioni (*Boards of Governors*), direttamente responsabili di fronte al Ministro della Salute. Si confronti Ruth Levitt, Andrew Wall, John Appleby, *The Reorganized National Health Service*, cit., p. 12.

¹¹² Robin Haynes, *The Geography of Health Services in Britain*, cit., pp. 3, 4.

¹¹³ David Allen, *Health Services in England*, cit., p. 223.

¹¹⁴ Già dopo pochi anni dalla sua entrata in vigore furono infatti introdotte, a carico di circa il 40% dei pazienti, forme di compartecipazione alle spese, ad esempio, con riferimento a medicinali (furono introdotte nel 1952, successivamente abolite nel 1965 ed infine ristabilite nel 1968), occhiali e protesi dentarie. Al riguardo, si confronti Ruth Levitt, Andrew Wall, John Appleby, *The Reorganized National Health Service*, cit., p. 13 e ss.

¹¹⁵ Cecilia Megali, *Modelli e strumenti di governance sanitaria. Elementi di comparabilità tra il Servizio Sanitario Nazionale italiano e il National Health Service inglese*, cit., p. 71.

¹¹⁶ Philip Strong, Jane Robinson, *The NHS. Under New Management*, Milton Keynes, Open University Press, 1990, p. 13.

rafforzando i compiti e le attribuzioni delle autorità locali¹¹⁷. La complessiva riorganizzazione del 1974 incise significativamente sul sistema esistente, riducendo la struttura tripartita entro un'unica entità (amministrata da apposite *Comprehensive Health Authorities*), al fine di realizzare un servizio più integrato ed efficiente che avrebbe reso un'assistenza con un maggiore grado di continuità¹¹⁸. La riforma perseguiva inoltre ulteriori finalità. Essa attuava innanzitutto un maggior controllo centralizzato attraverso il *Department of Health and Social Security* per ovviare alle disparità regionali, realizzando altresì una struttura manageriale responsabile di fronte al Dipartimento ma con facoltà di delega verso le altre autorità sanitarie. In secondo luogo, mirava all'introduzione di una struttura decisionale più democratica e ad una attenta pianificazione per il raggiungimento degli obiettivi e delle priorità stabilite dal Dipartimento¹¹⁹. A tale logica rispondeva anche l'istituzione delle nuove *Area Health Authorities*, autorità di livello intermedio tra quelle regionale e quella di distretto¹²⁰.

1.3.2 Le riforme successive, con uno sguardo agli Stati Uniti. In particolare, Margaret Thatcher

Dopo circa trent'anni di operatività, il sistema sanitario inglese presentava problemi e inconvenienti non più eludibili, come già dimostrano i primi tentativi di riforma intrapresi negli anni Settanta. Difatti, le stesse peculiarità che lo avevano reso un modello da imitare per molte esperienze straniere, erano anche la causa di

¹¹⁷ Già il *Green Paper* presentato dal Ministro della Salute Kenneth Robinson nel 1968 (*The Administrative structure of the medical and related services in England and Wales*) aveva proposto la creazione di autorità prettamente locali che avrebbero preso il posto dei vari *boards* già esistenti. Sul punto si veda Ruth Levitt, Andrew Wall, John Appleby, *The Reorganized National Health Service*, cit., p. 15. Si confronti anche Philip Strong, Jane Robinson, *The NHS. Under New Management*, cit., p. 13 e ss.

¹¹⁸ Leslie H. W. Paine, *The reorganized National Health Service. Theory and reality*, cit., p. 21.

¹¹⁹ Judy Allsop, *Health Policy and the National Health Service*, cit., pp. 60, 61.

¹²⁰ L'impianto normativo del NHS così risultante era ormai divenuto poco chiaro e intellegibile poiché frammentato tra il *National Health Service Act* del 1946 e le varie leggi ordinarie emanate nel corso degli anni. Fu pertanto operata una prima, opportuna, consolidazione, riducendo l'interna normativa entro un nuovo ed unico corpus normativo, il *National Health Service Act* del 1977.

alcuni interrogativi che il Parlamento inglese era chiamato a risolvere¹²¹. Ciò, tuttavia, più che la conseguenza di scelte politiche sbagliate, rappresentava l'esito inevitabile di una società che, avendo sviluppato nuove forme di tecnologia medica all'avanguardia (neanche immaginabili nel secondo dopoguerra), aveva visto improvvisamente aumentare le possibilità di cura e, dunque, la stessa aspettativa di vita degli individui, con ovvie ripercussioni in ordine all'affluenza alle prestazioni mediche e ai costi complessivi del sistema. Gli anni Ottanta si caratterizzarono per interventi normativi che, pur lasciandone inalterati i già menzionati principi fondamentali (copertura universalistica e finanziamento tramite il sistema di tassazione generale), introdussero importanti modifiche all'organizzazione centralizzata del sistema sanitario. Le iniziative dei governi Conservatori tra il 1979 ed il 1997 miravano innanzitutto a contrastare una problematica comune a molte esperienze nazionali, e cioè l'aumento, difficilmente contenibile, delle spese mediche, molte delle quali gravanti esclusivamente su conti e bilanci pubblici, unito ad una allocazione di risorse non più rispondente agli effettivi bisogni di una società ben diversa da quella esistente al tempo in cui era stato fondato il NHS. Fu un periodo di grandi cambiamenti e l'aspetto economico era uno degli aspetti che non poteva più essere ignorato, come invece era avvenuto, consapevolmente e volutamente, nel 1948, quando l'istituendo servizio sanitario era animato da una volontà politica forte di fornire assistenza sanitaria gratuita "to rich and poor alike in accordance with medical need and by no other criteria"¹²². A fronte di tali incertezze, la politica inglese si accorse che privatizzare parte della sanità avrebbe potuto costituire una risposta alla difficoltà manifestate dall'economia¹²³ e contrastare così l'aumento della spesa pubblica che, se nel 1960 si era assestata sul 32,4%, nel 1981 era giunta al 47,1%¹²⁴.

Una delle figure più rappresentative delle politiche di quegli anni fu certamente Margaret Thatcher, Primo ministro inglese dal 1979 al 1990, convinta

¹²¹ Philip Strong, Jane Robinson, *The NHS. Under New Management*, cit., pp. 13, 14.

¹²² Jennifer Roberts, *The NHS. From myth to markets*, in John Carrier, Ian Kendall (eds.), *Socialism and the NHS*, Aldershot, Avebury, 1990, p. 19.

¹²³ Negli anni Ottanta i trattamenti medici e le prestazioni sanitarie erogate da privati venivano stimate nella percentuale del 2-3 %. Al riguardo, si veda David Allen, *Health Services in England*, cit., p. 197.

¹²⁴ Paul Higgs, *The NHS and Ideological Conflict*, Aldershot, England, Brookfield, Vt., USA, Avebury, 1993, p. 20.

sostenitrice del settore privato come motore della crescita economica e a favore dell'introduzione all'interno del sistema sanitario di strumenti di mercato con il duplice fine di ridurre la spesa medica pubblica e perseguire un rendimento economico¹²⁵. Protagonista indiscussa della scena politica del tempo, i suoi contributi portarono ad una complessiva riconsiderazione del ruolo pubblico e della concezione stessa di *welfare*¹²⁶, tanto che vari autori, non a caso, parlano di "Thatcherization of the NHS"¹²⁷. Venne messa in atto una vera e propria rivoluzione culturale che, basandosi su ideologie monetaristiche e di liberismo politico, si contrapponeva chiaramente alle tradizionali politiche sociali che avevano caratterizzato la nascita del *welfare state* inglese¹²⁸. Fortemente critico verso il sistema organizzativo del NHS (definito addirittura "bureaucratic, inefficient, lacking clear objectives or the knowledge of how to attain them"¹²⁹), il Governo dell'epoca iniziò il suo programma riformatore sforzandosi di perfezionare un sistema centralizzato di pianificazione e gestione del NHS, introducendo con l'*Health Service Act* del 1980 i primi meccanismi di contenimento, imponendo ad esempio alle autorità sanitarie di rispettare determinati limiti di spesa e di conseguire un incremento dei loro introiti pari allo 0,5% con corrispettiva riduzione del budget loro assegnato¹³⁰. Risale invece al 1982 la semplificazione del NHS con l'abolizione delle *Area Health Authorities*, istituite appena otto anni prima, e la conferma delle RHA (*Regional Health Authorities*) e delle DHA (*District Health Authorities*).

Seguì poi il cosiddetto *Griffiths Report*, che rappresentò la prima base dottrinale a sostegno di un nuovo sistema di management per il NHS. Detto *report* ebbe origine per volontà di Norman Fowler, *Secretary of State for Health and Social*

¹²⁵ Peter A. West, *Understanding the National Health Service reforms. The creation of incentives?*, Buckingham, Philadelphia, Open University Press, 1997, p. 2.

¹²⁶ Ruth Levitt, Andrew Wall, John Appleby, *The Reorganized National Health Service*, cit., p. 18 e ss.

¹²⁷ Ad esempio Martin Gorsky e Charles Webster. A tal fine si confrontino Martin Gorsky, *The British National Health Service 1948–2008. A Review of the Historiography*, *Social History of Medicine*, 2008, Vol.21, n. 3, p.445; Charles Webster, *The Politics of General Practice*, in Irvine Loudon, John Horder, Charles Webster (eds.), *General Practice Under the National Health Service 1948–1997*, London, Clarendon Press, 1998, p. 38.

¹²⁸ David Cox, *Crisis and Opportunity in Health Service Management*, in Ray Loveridge, Ken Starkey (eds.), *Continuity and Crisis in the NHS. The politics of Design and Innovation in Health Care*, Buckingham, Philadelphia, Open University Press, 1992, p. 27.

¹²⁹ Paul Higgs, *The NHS and Ideological Conflict*, cit., p. 61.

¹³⁰ Si confrontino Chris Ham, *Management and Competition in the NHS*, Oxford, Radcliffe Medical Press, 1997, p. 2; Paul Higgs, *The NHS and Ideological Conflict*, cit., p. 60.

Services dal 1981 al 1987, il quale, inaspettatamente, incaricò, non un uomo politico o un noto professore universitario, bensì Sir Roy Griffiths, direttore della famosa catena di supermercati *Sainsbury's*, di indagare la gestione delle risorse all'interno del sistema sanitario e di individuare nuove strategie direttive, prospettando l'adozione di una serie di misure da parte delle varie autorità competenti¹³¹. Coadiuvato da altri tre imprenditori¹³², la ricerca, svolta in soli otto mesi e senza consultazioni pubbliche, fu pubblicata nell'ottobre del 1983 sotto forma di lettera indirizzata al Ministro, suggerendo cambiamenti assai rilevanti all'organizzazione del sistema. Ad esempio, si raccomandava al *Department of Health and Social Security* (DHSS) di istituire due nuove entità, l'*Health Services Supervisory Board* ed il *NHS Management Board*. L'*Health Services Supervisory Board*, presieduto dal *Secretary of State for Health*, avrebbe dovuto definire gli obiettivi perseguiti del NHS e compiere le conseguenti decisioni strategiche, supervisionare le politiche intraprese, nonché approvare il budget e l'allocazione delle risorse. Il *NHS Management Board* sarebbe invece stato responsabile dell'implementazione delle politiche approvate dal primo *board*, operando sotto il suo controllo e potere direttivo. Sulla base della constatazione che il NHS non era provvisto di un adeguato sistema di management a livello locale, venivano poi proposte ulteriori modifiche alle autorità sanitarie già esistenti, da quelle regionali e di distretto (che avrebbero potuto nominare un proprio direttore generale che si sarebbe fatto carico della organizzazione dei servizi sanitari a livello locale e delle conseguenti responsabilità), fino agli ospedali e ai medici (che avrebbero dovuto divenire parte attiva nell'utilizzo e nella ripartizione dei fondi e nella definizione delle priorità)¹³³.

¹³¹ Difatti, come è possibile leggere nel *report*: "This letter is not intended to be a major addition to the already considerable library of National Health Service literature. We were asked by you in February to give advice on the effective use and management of manpower and related resources in the National Health Service; to inform you as our inquiries proceeded; and to advise you on progress by the end of June. In particular, it was emphasised that we had not been asked to prepare a report, but that we should go straight for recommendation on management action".

¹³² Sir Brian Bailey, presidente della *Television South West*, Jim Blyth, direttore finanziario della multinazionale *United Biscuits* e Michael Bett, membro del consiglio del personale di *British Telecom*. Si veda Martin Gorsky, *Searching for the People in Charge' Appraising the 1983 Griffiths NHS Management Inquiry*, Medical History, Vol. 57, n. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 89.

¹³³ A tal fine si confrontino Martin Gorsky, *Searching for the People in Charge' Appraising the 1983 Griffiths NHS Management Inquiry*, cit., pp. 90, 91; *NHS Management Inquiry. Griffiths Report*, British Medical Journal, Vol. 287, n. 6402, 1983, pp. 1391-1394

Fu tuttavia la riforma introdotta tra il 1989 ed il 1991 a costituire l'intervento che più di tutti incise sull'organizzazione complessiva del NHS. Gli obiettivi fondamentali della riforma, che tra poco vedremo meglio, erano rappresentati essenzialmente dal contenimento delle spese pubbliche e dall'introduzione della concorrenza tra strutture mediche in ossequio al principio del libero mercato. Ebbene, tali principi, non possono non richiamare alla mente un marcato avvicinamento ad un concetto di gestione sanitaria di chiara matrice statunitense. Trattasi infatti di concetti ben radicati nella cultura americana e che, da sempre, pervadono la logica organizzativa delle varie protezioni sanitarie che si intersecano a livello federale e statale¹³⁴. Le vicende inglesi, dunque, ben lungi dal costituire un fenomeno di rilevanza meramente interna, permettono di collegare il NHS inglese ai principi americani e così smentire l'asserzione, piuttosto diffusa, circa l'assenza di punti in comune tra la tradizione sanitaria inglese e quella, tipicamente più imprenditoriale, degli Stati Uniti. Non a caso, le normative volute dal Governo Thatcher vennero esplicitamente presentate come la concretizzazione di una nuova "idea millenaria", un nuovo sistema di fornitura di servizi sanitari che avrebbe unito i vecchi ideali inglesi in tema di giustizia sociale alle più moderne idee americane relative alla libera competizione¹³⁵. L'imitazione di tali principi in terra inglese non fu però casuale ma ebbe origine proprio nella proposta di un noto economista statunitense, Alain Enthoven, professore presso la *Stanford University Business School* e già vice Segretario della Difesa degli Stati Uniti, ruolo che gli aveva permesso di occuparsi di pianificazione delle spese. Invitato a Londra dal direttore del *Nuffield Provincial Hospitals Trust* al fine di esaminare le criticità del NHS, le sue considerazioni in ordine alle possibili strategie di riforma furono divulgate nel 1985 in una pubblicazione dal titolo *Reflections on the management of the National Health Service. An American looks at incentives to efficiency in health services management in the UK*¹³⁶. Profondo conoscitore dei principi fondamentali di

¹³⁴ Sul punto si veda *infra*, cap. III, par. 3.1.2.

¹³⁵ Si veda Patricia Day, Rudolf Klein, *The Politics of Modernization. Britain's National Health Service in the 1980s*, The Milbank Quarterly, Vol.67, n. 1, 1989, p.1.

¹³⁶ Alain Enthoven, *Reflections on the management of the National Health Service. An American looks at incentives to efficiency in health services management in the UK*, The Nuffield Provincial Hospitals Trust, 1985, <https://www.nuffieldtrust.org.uk/files/2017-01/reflections-on-management-web-final.pdf> (link verificato in data 24.04.2017).

governo dei sistemi sanitari, Enthoven era ben consapevole che “National Health Service” e “market forces” erano termini considerati antitetici, che suscitavano contrasti ideologici tali da far considerare ogni proposta di modifica della struttura organizzativa o amministrativa del sistema “an attempt to destroy the National Health Service”¹³⁷. Il NHS, pur rappresentando la scelta della (quasi) totalità del popolo inglese ed assicurando una moltitudine di prestazioni sanitarie in rapporto alla quantità di denaro speso (all’epoca il 5,5% del prodotto interno lordo inglese, rispetto all’11% di quello statunitense), era inevitabilmente sottoposto a crescenti pressioni economiche, che di fatto precludevano la possibilità di attendibili incrementi delle risorse economiche ad esso destinate¹³⁸. La pubblicazione si soffermava poi sui problemi strutturali del sistema inglese, che l’adozione del mercato interno avrebbe potuto contrastare¹³⁹. Il primo di questi veniva chiamato *gridlock* (letteralmente ingorgo), per indicare la situazione di stallo in cui versava il NHS, avvinto tra le strette di forze contrapposte che rendevano estremamente difficile la possibilità di cambiamenti¹⁴⁰. Venivano poi in rilievo problemi di efficienza e di incentivi distorti, poiché non era prevista né alcuna sanzione per l’amministrazione ospedaliera che fosse incorsa in spese al di sopra della media né alcun riconoscimento per coloro che, invece, avessero sostenuto costi inferiori alla media. Anzi, al contrario, un ospedale, contraddistintosi per particolari meriti medici, avrebbe ragionevolmente avuto più pazienti e dunque maggiori prestazioni da compiere senza tuttavia ricevere alcun incremento delle risorse economiche,

¹³⁷ Alain Enthoven, *Internal market reform of the British National Health Service*, Health Affairs 10, n. 3, 1991, <http://content.healthaffairs.org/content/10/3/60.full.pdf> (link verificato in data 24.04.2017), p. 61.

¹³⁸ Alain Enthoven, *Reflections on the management of the National Health Service. An American looks at incentives to efficiency in health services management in the UK*, cit., pp. 5-7.

¹³⁹ A tal fine si confrontino Alain Enthoven, *Internal market reform of the British National Health Service*, cit., pp. 61-64; Alain Enthoven, *Reflections on the management of the National Health Service. An American looks at incentives to efficiency in health services management in the UK*, cit., pp. 9-37.

¹⁴⁰ Al riguardo, Enthoven distingueva tra il governo (costretto a limitare sempre più la capacità di spesa pubblica), i medici specialisti (i quali, in cambio di contratti a lungo termine e garanzia del posto di lavoro, avevano accettato budget di spesa inferiori), i medici di base (in quali, si ricorda, operavano in qualità di professionisti autonomi ed erano dunque contrari a rinunciare al loro status), il personale infermieristico (che, avendo di fatto negoziato sindacalmente a livello nazionale le condizioni di lavoro, aveva di fatto tolto ai propri superiori la possibilità di apportare modifiche migliorative dell’organizzazione di lavoro) ed infine i dirigenti (i quali non avrebbero goduto di alcun incentivo se avessero migliorato l’efficienza del sistema). Si veda Alain Enthoven, *Reflections on the management of the National Health Service. An American looks at incentives to efficiency in health services management in the UK*, cit., pp. 9, 10.

mentre un ospedale considerato mediocre avrebbe conseguentemente “esportato” pazienti verso altre strutture, trattando meno pazienti ma non ricevendo corrispettivamente meno risorse. L’eccessiva centralizzazione aveva invece portato ad una predeterminazione di tutte le condizioni di lavoro a livello nazionale, dando adito a molti sprechi e inefficienze. Le autorità sanitarie distrettuali operavano poi nella fornitura dei servizi sanitari in un regime di monopolio che faceva sì che il sistema fosse incentrato più sui bisogni degli stessi provider che su quelli dei pazienti¹⁴¹. Non ultimi, esistevano problemi inerenti gli investimenti effettuati e l’assistenza resa ai pazienti, mancando anche un sistema informativo trasparente relativo alle scelte compiute dall’amministrazione ed un chiaro regime di responsabilità. Particolarmente interessanti le riflessioni su quest’ultimo punto. Al riguardo, Enthoven notò infatti la sensibile differenza rispetto con il settore privato, ove i produttori sono normalmente ritenuti responsabili per i costi e la qualità dei beni e dei servizi da loro prodotti. Nel NHS si riteneva invece che i risultati non potessero essere definiti e misurati e dunque gli amministratori avrebbero dovuto andare esenti da responsabilità, con la distorta conseguenza che “the focus of accountability is not ‘Did you produce the greatest output possible with these resources?’ but rather, ‘Did you operate within these budget limits?’ ”¹⁴².

Quanto al “mercato interno”, su cui torneremo a breve, la proposta di Enthoven¹⁴³ suggeriva un’originale commistione tra sistema sanitario universalistico e principi organizzativi tipici del sistema di *health maintenance organizations*¹⁴⁴ (HMO) operante negli Stati Uniti¹⁴⁵. Ogni autorità sanitaria distrettuale (*District Health Authority*) avrebbe infatti dovuto operare similmente ad una HMO, impiegando i fondi pubblici per fornire prestazioni sanitarie a tutti gli

¹⁴¹ Enthoven riportava l’esempio dei medici specialisti, i quali avevano contratti a tempo indeterminato con le autorità sanitarie regionali ed i cui bonus reddituali erano calcolati non sulla base dei servizi effettivamente resi ai pazienti bensì dei riconoscimenti professionali. Si veda Alain Enthoven, *Internal market reform of the British National Health Service*, cit., p. 63.

¹⁴² Alain Enthoven, *Internal market reform of the British National Health Service*, cit., p. 63.

¹⁴³ Alain Enthoven, *Reflections on the management of the National Health Service. An American looks at incentives to efficiency in health services management in the UK*, cit., pp. 38-42.

¹⁴⁴ Sulle HMO, si veda *infra*, cap. III, par. 3.1.3.

¹⁴⁵ In tal senso si confronti, Gerben DeJong, Ian Basnett, *Disability and Health Policy. The Role of Markets in the Delivery of Health Services*, in Gary L. Albrecht, Katherine Delores Seelman, Michael Bury (eds.), *Handbook of Disability Studies*, Thousand Oaks, London, New Delhi, SAGE Publications, 2003, p. 620; David J. Hunter, *The Internal Market. The Shifting Agenda*, in Ian Tilley (eds.), *Managing the Internal Market*, London, P. Chapman Pub., 1993, p. 33.

abitanti del luogo. A loro volta, gli ospedali e le altre strutture mediche (*providers*) avrebbero invece commercializzato i propri servizi vendendoli alle DHA. La competizione, esistendo un'unica autorità sanitaria per distretto (diversamente dal sistema statunitense ove sussistono molte HMO che offrono protezioni eterogenee), non avrebbe dunque riguardato le DHA, bensì le strutture mediche, che si sarebbero scontrate per offrire le proprie prestazioni a prezzi concorrenziali. Per correggere gli squilibri esistenti (prestazioni rese al di fuori del distretto di provenienza del paziente senza maggiori introiti per la struttura accettante e senza contestuale diminuzione delle risorse per la struttura rinviante), le autorità distrettuali avrebbero continuato ad essere responsabili della fornitura gratuita delle prestazioni sanitarie solo verso i propri residenti, usufruendo di appositi finanziamenti pro-capite (calcolati in base alle formule elaborate dal *Resource Allocation Working Party*¹⁴⁶). Viceversa nei confronti dei non residenti, tale responsabilità sarebbe stata subordinata al riconoscimento di una adeguata retribuzione (pari ai costi standard per i servizi di emergenza e a prezzi negoziati per le prestazioni non emergenziali). Ogni autorità locale avrebbe altresì controllato i rinvii a medici specialisti al di fuori del distretto, rimborsando soltanto tariffe previamente pattuite. Secondo tale schema, ogni DHA avrebbe contrattato direttamente con i vari medici, disponendo di un bilancio annuale e di un conto economico, potendo altresì acquistare (o vendere) servizi anche da altri distretti o dal settore privato. Quest'ultima possibilità, correntemente praticata negli Stati Uniti dove è definita "industrial fund", avrebbe permesso all'autorità sanitaria di operare alla stregua di un'azienda nazionalizzata, sebbene tale modifica non avrebbe rappresentato una privatizzazione ma, piuttosto, una sorta di "market socialism"¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Il *Resource Allocation Working Party* (RAWP) fu istituito nel 1975 dal *Secretary of State for Health* al fine di progettare un nuovo sistema di allocazione delle risorse economiche da destinare al NHS (consistente in un sistema di finanziamenti calcolati su base capitaria), tale da rispondere alle effettive necessità sanitarie della popolazione inglese e correggere così le inuguaglianze regionali causate dalla precedente suddivisione dei fondi. Sull'attività del RAWP si veda Trevor Sheldon, Roy Carr-Hill, *Resource Allocation by Regression in the National Health Service. A Critique of the Resource Allocation Working Party's Review*, *Journal of the Royal Statistical Society, Series A, Statistics in Society*, Vol.155, n. 3, 1992, pp.403-420.

¹⁴⁷ Alain Enthoven, *Reflections on the management of the National Health Service. An American looks at incentives to efficiency in health services management in the UK*, cit., p. 40.

Alla pubblicazione del *report* seguì poi il contributo di Alan Maynard, professore presso l'università di York, che arricchì ulteriormente il dibattito politico. In occasione di un incontro dell'*Office of Health Economic* dedicato al tema della medicina generica all'interno del NHS, Maynard espose le proprie idee in ordine all'introduzione di nuovi incentivi nella medicina generale. Egli riteneva infatti che i tentativi di contenimento delle spese complessive del sistema fossero particolarmente deboli perché i medici non erano incoraggiati a controllarne i costi e a servirsi oculatamente dei fondi. Per risolvere tale criticità, Maynard suggeriva l'impiego di nuove soglie minime di rendimento finanziario basate sul rapporto costi-benefici, proponendo anche la creazione di un nuovo sistema di incentivi a disposizione dei medici generici per controllare l'aumento del prezzo dei medicinali. Essi si sarebbero infatti serviti di un apposito budget a loro disposizione per l'acquisto dei farmaci con considerevoli conseguenze dal punto di vista remunerativo. Se infatti le spese fossero state maggiori rispetto al budget stanziato, i redditi dei medici avrebbero potuto essere diminuiti, mentre, al contrario, spese inferiori avrebbero garantito un corrispettivo aumento dei loro introiti¹⁴⁸. Nonostante gli indubbi meriti (la proposta fu poi accolta dal legislatore), essa non era di per sé propriamente innovativa, poiché già in passato, sotto la vigenza del *National Insurance Scheme*, erano già stati introdotti meccanismi simili, volti a limitare le spese sostenute per i medicinali, come il cosiddetto *Floating Sixpence*, sperimentato dal 1913 al 1920. In base a tale sistema, l'esborso annuo pro-capite per i farmaci era stato quantificato nella cifra di uno scellino e sei penny, a cui potevano eventualmente aggiungersi sei ulteriori penny qualora le spese per i medicinali fossero state superiori (dunque fino al raggiungimento della somma massima di due scellini). Se tuttavia in una data zona l'esborso pro-capite si fosse mantenuto al di sotto della prima soglia, i restanti sei penny (da qui l'appellativo *Floating Sixpence*) sarebbero stati aggiunti alla remunerazione dei dottori¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Si confrontino Darrin Baines, *Improvements suggested by Enthoven and Maynard*, *Prescriber*, Vol. 25, n. 12, 2004, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/psb.1224/pdf> (link verificato in data 30.04.2017), pp. 33-34; Darrin Baines, Adrian Kay, *Politiche di riforma nel settore sanitario britannico. Il caso dello schema di dotazione di fondi*, *L'industria*, Vol. 21, n. 3, 2000, pp. 505-506.

¹⁴⁹ Darrin Baines, *From the NIS to the NHS via the Floating Sixpence*, *Prescriber*, Vol. 24, n. 19, 2013, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/psb.1115/pdf> (link verificato in data 1.05.2017), p. 48; Darrin Baines, *Improvements suggested by Enthoven and Maynard*, cit., p. 34; Geoffrey Harding,

Molte delle suggestioni di Enthoven furono recepite dal legislatore e, dal Libro Bianco *Working for Patients and Caring for People* alla successiva emanazione del *National Health Service and Community Care Act* del 1990, fu subito evidente che le modifiche, introdotte nonostante aspre opposizioni, avrebbero rappresentato, senza ombra di dubbio, l'alterazione più significativa del sistema sanitario inglese¹⁵⁰. Non casualmente, Margaret Thatcher iniziava infatti l'introduzione al Libro Bianco con queste celebri parole: "The National Health Service at its best is without equal... (it) will continue to be available to all, regardless of income, and to be financed mainly out of general taxation". Tutto ciò, nonostante il Libro Bianco escludesse cambi radicali nei mezzi di finanziamento del sistema sanitario (pur guardando con favore anche a schemi assicurativi privati) e si proponesse di migliorare le performance di tutti gli ospedali e dei medici generici, con la finalità di offrire a tutti i pazienti un'assistenza sanitaria migliore ed una maggiore scelta di servizi¹⁵¹. Il documento suggeriva quindi alcune misure chiave che includevano una maggiore delega delle funzioni a livello locale, la divisione tra enti acquirenti e soggetti fornitori di servizi sanitari, l'autonomia gestionale degli ospedali, l'istituzione di un apposito budget di cui i medici generici si sarebbero serviti per contrattare prestazioni sanitarie per i propri pazienti, una nuova ripartizione dei fondi ed un maggior controllo della qualità dei servizi resi¹⁵². Le novità, esecutive dal 1991, introdussero grandi cambiamenti nella organizzazione dei servizi ospedalieri, portando alla netta divisione tra acquirenti (le autorità sanitarie) e strutture che forniscono le prestazioni mediche (*providers*)¹⁵³ e alla conseguente creazione di un mercato interno al NHS, in base al quale tutti gli ospedali, divenuti enti dotati di indipendenza gestionale (*NHS Trusts*) e di un proprio consiglio di amministrazione, sono stati chiamati ad operare in regime di

The Historical Context of Pharmacy and Pharmacy Practice, in Geoffrey Harding, Kevin M. G. Taylor (eds.), *Pharmacy Practice*, London, New York, CRC Press, 2015, p. 15.

¹⁵⁰ Cecilia Megali, *Modelli e strumenti di governance sanitaria. Elementi di comparabilità tra il Servizio Sanitario Nazionale italiano e il National Health Service inglese*, cit., p. 72.

¹⁵¹ Sui contenuti del Libro Bianco (che, in larga parte, furono riprodotti anche dal successivo intervento legislativo), si confrontino John Carrier, Ian Kendall (eds.), *Socialism and the NHS*, cit., p. 1; David J. Hunter, *The Internal Market. The Shifting Agenda*, cit., pp. 34-35.

¹⁵² Ken Starkey, Ron Hodges, *Of Trusts and Markets - Accountability and Governance in the New National Health Service*, in Mo Malek, Joe Rasquinha, Paul Vacani, Peter Davey (eds.), *Managerial Issues in the Reformed NHS*, Chichester England, New York, Wiley & Sons, 1993, pp. 4-6.

¹⁵³ Si confronti Paul Anand, Alistair McGuire, *Changes in Health Care. Reflections on the NHS Internal Market*, Basingstoke, Macmillan, 1997.

concorrenza per l'ottenimento dei contratti di servizio¹⁵⁴. Riproponendo la definizione di Megali, il mercato interno consiste in¹⁵⁵:

“un regime di concorrenza amministrata tra i nuovi ospedali autonomi (*Trusts*), in competizione tra loro per ottenere i contratti di fornitura dei servizi richiesti dalle autorità sanitarie locali e dai medici di base; questi ultimi erano dotati di un fondo finanziario (*General Practitioner Fundholders*) ed erano a loro volta in concorrenza interna per accaparrarsi il maggior numero di pazienti”.

Il mercato interno adottato dal legislatore nel 1989¹⁵⁶, come osservato da molti autori e dallo stesso Enthoven, era pressoché identico a quello ipotizzato da quest'ultimo¹⁵⁷. Tuttavia, a differenza della proposta del 1985, che considerava unicamente le autorità sanitarie distrettuali (DHA) quali acquirenti dei servizi sanitari, la riforma vi ricomprese anche i *General Practitioner Fundholder* (GPFH, cioè fondi ben definiti con cui i medici potevano acquistare servizi sanitari per i propri pazienti), accogliendo i suggerimenti di Maynard¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Tim Booer, *The Health Care System in the United Kingdom*, in Ullrich K Hoffmeyer, Thomas R. McCarthy (eds.), *Financing health care*, Vol. II, Dordrecht, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 1080.

¹⁵⁵ Cecilia Megali, *Modelli e strumenti di governance sanitaria. Elementi di comparabilità tra il Servizio Sanitario Nazionale italiano e il National Health Service inglese*, cit., p. 72.

¹⁵⁶ Nella letteratura inglese vi è anche chi, anziché utilizzare il termine *internal market*, preferisce parlare di *managed market*. Ciò essenzialmente per due motivi. Innanzitutto, perché la concorrenza non sarebbe limitata al NHS, coinvolgendo anche provider esterni al sistema sanitario e, in secondo luogo, poiché il Governo non voleva introdurre un libero mercato bensì trapiantare alcuni incentivi che spesso operano nei mercati all'interno della struttura del NHS. In tal senso si veda Christopher Ham, *Management and competition in the NHS*, cit., p. 13 e ss.

¹⁵⁷ Tra gli altri Patricia Day e Rudolf Klein. Si confrontino Alain Enthoven, *Internal market reform of the British National Health Service*, cit., p. 61; Patricia Day, Rudolf Klein, *Britain's health care experiment*, Health affairs, Vol.10, n. 3, 1991, p. 46.

¹⁵⁸ Il mercato interno continuò ad operare nonostante alcuni interventi strutturali modificarono l'architettura complessiva del sistema, come ad esempio l'*Health Authorities Act* del 1995, che portò all'abolizione delle autorità sanitarie regionali e distrettuali e alla loro sostituzione con nuovi uffici regionali del *NHS Executive*, istituito presso il *Department of Health*.

1.4 L'eredità culturale del Governo Thatcher. Cenni alle politiche inglesi successive

1.4.1 Introduzione

Le modifiche introdotte dal Governo Thatcher, di cui il mercato interno rappresentava la misura al tempo stesso più radicale e ambiziosa, costituirono un indubbio punto di svolta per il sistema inglese. In primis poiché segnarono un mutamento fondamentale nella cultura sanitaria inglese, un momento di rottura insanabile con i principi prima teorizzati da Beveridge e poi realizzati con il NHS, nel corso della storia elevato addirittura a monumento nazionale o a vera e propria “chiesa secolare”, secondo la celebre definizione di Nigel Lawson (Cancelliere dello Scacchiere con il governo Thatcher) secondo cui “the NHS is the closest thing the English people have now to a religion”¹⁵⁹. In secondo luogo, poiché, preso atto delle profonde trasformazioni sociali ed economiche intervenute negli ultimi decenni, tentava di rilanciare il NHS guardando anche all’esperienza statunitense, con cui presentava evidenti affinità linguistiche e con cui aveva condiviso secoli di storia e molti principi giuridici. Nel fare ciò, aveva operato un audace trapianto di strumenti concorrenziali al fine di plasmare un sistema sanitario capace di operare come un *marketplace*, riducendo, in un momento di depressione economica, le ingenti spese pubbliche.

Insomma, equilibrio finanziario e redditività del sistema erano ormai divenuti criteri direttivi imperativi, cui non si poteva più rinunciare e, sotto tale punto di vista, non era più possibile tornare indietro. Al riguardo, neppure la conclusione della guida politica del Governo Conservatore e le conseguenti riforme che seguirono riuscirono a segnare il rigetto delle nuove istanze manageriali, confermando di fatto il definitivo allontanamento del NHS da alcuni dei principi ispiratori che avevano

¹⁵⁹ Andrea Elkind, *Using metaphor to read the organisation of the NHS*, Social Science & Medicine, 1998, Vol.47, n. 11, pp.1715-1727.

guidato il Parlamento inglese nell'immediato dopoguerra. Nell'impossibilità pratica di esaminare tutti i successivi interventi legislativi, pare utile concentrarsi su poche riforme, che pur introducendo nuovi centri decisionali ed una significativa redistribuzione di poteri, sembrano confermare appieno l'orientamento cui si accennava. Al riguardo, è bene dedicare attenzione alle riforme introdotte dal Governo Blair, per poi accennare al provvedimento legislativo del Governo di coalizione guidato dal conservatore David Cameron che nel 2012 ha portato ad una complessiva destrutturazione del sistema sanitario inglese.

1.4.2 Blair, tra ripensamento del mercato interno e nuovi strumenti di mercato

Il 1997 segnò la vittoria del Partito Laburista di Tony Blair, che resterà Primo Ministro fino al 2007. La vittoria sembrava lasciar presagire la fine dell'operatività dei vari incentivi di mercato introdotti pochi anni addietro, visto che i *New Labour* si erano fermamente opposti alle politiche del governo Thatcher che avevano dato vita ad una privatizzazione del sistema inglese. Blair proponeva allora una nuova soluzione ("third way") che avrebbe dovuto distanziarsi dal mercato interno senza tuttavia far ritorno al sistema originario, "burocratico e centralistico"¹⁶⁰. Nonostante l'immediata cancellazione dell'*internal market*, tali premesse furono però ben presto disattese poiché le successive modifiche ebbero addirittura l'effetto opposto di proseguire ed anzi rinforzare il processo di privatizzazione e di aziendalizzazione del NHS¹⁶¹. La grande differenza rispetto al passato fu rappresentata dall'adozione frazionata nel tempo di modifiche normative gradualmente, piuttosto che "a one-off overarching 'big bang' set of reforms"¹⁶².

¹⁶⁰ Cecilia Megali, *Modelli e strumenti di governance sanitaria. Elementi di comparabilità tra il Servizio Sanitario Nazionale italiano e il National Health Service inglese*, cit., p. 74.

¹⁶¹ Cecilia Megali, *Modelli e strumenti di governance sanitaria. Elementi di comparabilità tra il Servizio Sanitario Nazionale italiano e il National Health Service inglese*, cit., p. 74.

¹⁶² Nicholas Mays, Anna Dixon, Lorelei Jones, *Return to the market. Objectives and evolution of New Labour's market reforms*, in Nicholas Mays, Anna Dixon, Lorelei Jones (eds.), *Understanding New Labour's market reforms of the English NHS*, The King's Fund, 2011, p. 6.

Da una parte, nonostante la formale abolizione del mercato interno, la separazione tra provider ed acquirenti rimase intatta, con l'unica differenza, alquanto apparente, che il termine “purchasing” fu sostituito con il più neutro “commissioning”: le autorità sanitarie non acquistavano più servizi ma le commissionavano ai vari provider privati. Quest'ultimo vocabolo è stato infatti definito dal *Department of Health* come il processo volto ad assicurare che i servizi sanitari offerti fossero effettivamente in grado di soddisfare i bisogni degli individui, costituendo uno strumento fondamentale anche per il raggiungimento di una più vasta varietà di obiettivi istituzionali¹⁶³. L'utilizzo della nuova terminologia sembrava tuttavia rispondere più che altro a fini ideologici, al fine di evidenziare come lo Stato non fosse un mero acquirente “passivo” di servizi già predisposti dalle varie strutture, bensì lavorasse unitamente a queste per riuscire a soddisfare meglio le necessità mediche dei propri cittadini¹⁶⁴. Intervento decisamente più incisivo riguardò invece i *General Practitioner Fundholder*, che il Governo Blair decise di abolire perché avevano portato ad un servizio frammentato su due diversi livelli (GPFH e DHA), sostituendoli con nuovi organismi per l'assistenza di base, denominati *Primary Care Groups*. Tali organizzazioni riunivano i vari professionisti medici che operavano in un'area territoriale con almeno 100.000 pazienti (originariamente esistevano 481 PCG, ognuno formato da circa 50 medici) ed erano chiamate a sostituire gradualmente le altre autorità sanitarie nell'acquisto dei servizi sanitari dai vari provider. Inizialmente operanti come sotto-commissioni delle autorità sanitarie, una successiva modifica legislativa del 2000 le affrancò da quest'ultime, trasformandoli in veri e propri enti autonomi con generali responsabilità sanitarie a livello locale, noti come *Primary Care Trust*. Esse costituivano “squadre di assistenza primaria responsabili del miglioramento della sanità pubblica”, con “il compito di fornire cure primarie e commissionare servizi di cure secondarie e terziarie”¹⁶⁵. Una delle peculiarità più rilevanti era rappresentata

¹⁶³ Thomas Powell, *The structure of the NHS in England*, House of Commons Library, Briefing Paper, 2016, <http://www.nhshistory.net/Parliament%20NHS%20Structure.pdf> (link verificato in data 17.05.2017).

¹⁶⁴ Nicholas Mays, Anna Dixon, Lorelei Jones, *Return to the market. Objectives and evolution of New Labour's market reforms*, cit., p. 4.

¹⁶⁵ Cecilia Megali, *Modelli e strumenti di governance sanitaria. Elementi di comparabilità tra il Servizio Sanitario Nazionale italiano e il National Health Service inglese*, cit., p. 79.

dal fatto che, per la prima volta nel sistema inglese, un'unica organizzazione dotata di un bilancio unificato si trovava a pianificare e a gestire tutte le varie prestazioni mediche primarie, secondarie ed anche comunitarie, spaziando dunque dalle prestazioni ospedaliere, ai costi correlati alla medicina generale, fino a quelle sociosanitarie (*community health services*)¹⁶⁶.

Furono poi introdotte ulteriori modifiche normative, frutto di una precisa strategia politica che nell'arco di dieci anni avrebbe dovuto rilanciare il sistema sanitario inglese al punto da farlo divenire, ancora una volta, "the healthcare system the world most envies"¹⁶⁷, prevedendo anche un incremento considerevole delle risorse pubbliche al fine di rompere con il passato thatcheriano e ridurre le lunghe liste d'attesa per le prestazioni mediche. Senza pretesa alcuna di esaustività, tra le più importanti si segnala soprattutto l'instaurazione di più stretti rapporti con il settore privato al fine di attribuire più ampie possibilità di scelta ai pazienti del NHS (consentendo di ricorrere anche a provider privati), riducendo così i tempi di attesa. Tale evoluzione ben emerge dai vari documenti governativi succedutesi in quegli anni, dal *NHS Plan. A plan for investment, a plan for reform* del 2000, ai successivi *Delivering the NHS Plan. Next steps on investment, next steps on reform* del 2002 e *The NHS Improvement Plan. Putting People at the Heart of Public Services* del 2004. Nel primo, ad esempio, al fine di rafforzare la capacità di scelta dei pazienti, si auspicava il superamento della situazione di stallo che si era creata tra servizio pubblico e provider privati, che aveva portato a regolamentazioni frammentarie, diversificate e di breve termine. In particolare, posto che una *partnership* ben definita tra NHS e privati avrebbe permesso di trattare adeguatamente un maggior numero di pazienti, non avrebbero più dovuto frapporsi barriere ideologiche o istituzionali alla possibilità di usufruire di migliori prestazioni all'interno del sistema pubblico¹⁶⁸. Il documento si preoccupava di sancire espressamente come lo sviluppo di tali forme di cooperazione tra pubblico e privato non avrebbero

¹⁶⁶ Si confrontino Azeem Majeed, Laurence Malcolm, *Unified budgets for primary care groups*, *British Medical Journal*, Vol. 318, n. 7186, 1999, p. 772; David Wilkin, Steve Gillam, Keri Smith, *Primary care groups. Tackling organisational change in the new NHS*, *British Medical Journal*, Vol. 322, n. 7300, 2001, p. 1464.

¹⁶⁷ Linda Beecham, *Tony Blair launches radical NHS plan for England*, *British Medical Journal*, Vol. 321, n. 7257, 2000, p.317.

¹⁶⁸ *NHS Plan. A plan for investment, a plan for reform*, p. 96.

compromesso il principio fondamentale del sistema sanitario inglese, “that healthcare should be available on the basis of need, not ability to pay”. La volontà politica era quella di far sì che i finanziamenti pubblici garantissero agli individui di essere curati gratuitamente, in qualità di pazienti del NHS, anche in strutture private e non, al contrario, che i pazienti, a causa dei lunghi tempi d’attesa della sanità pubblica, fossero costretti a rivolgersi, a proprie spese, alle strutture mediche private. Ciò detto, “a patient would remain an NHS patient even if they were being treated in the private sector. NHS care will remain free at the point of delivery, whether care is provided by an NHS hospital, a local GP, a private sector hospital or by a voluntary organization”¹⁶⁹.

Passo successivo fu l’espreso riconoscimento ai pazienti, nel caso in cui le strutture pubbliche non fossero state in grado di offrire le prestazioni sanitarie richieste entro sei mesi, di essere curati presso un diverso provider, pubblico o privato¹⁷⁰. Facoltà che fu poi ulteriormente ampliata, dapprima prevedendo la possibilità di scegliere tra cinque diverse strutture, di cui almeno una appartenente al settore privato¹⁷¹, fino a prevedere, a partire dal 2008, una completa “free choice”, cioè la possibilità di rivolgersi indifferentemente a qualsiasi struttura convenzionata. Parallelamente furono stabilite apposite commissioni per assicurare standard qualitativi uniformi su tutto il territorio inglese¹⁷² e, nel 2002, le *Health Authorities*, (già eredi delle RHA), vennero riorganizzate in nuove entità, denominate *Strategic Health Authorities* (SHA). Inizialmente 28, poi ridotte a 10 nel 2006, furono chiamate a svolgere un ruolo di raccordo con l’organizzazione centrale, gestendo il NHS a livello locale per conto del *Department of Health*. Fu infine introdotto un nuovo sistema di remunerazione per gli ospedali, noto come *Payment by Results* (PbR), al fine di “favorire la libertà di scelta dei pazienti e garantire una pluralità di servizi di primo intervento, attraverso l’adozione di un sistema di finanziamento che

¹⁶⁹ *NHS Plan. A plan for investment, a plan for reform*, pp. 96, 97.

¹⁷⁰ *Delivering the NHS Plan. Next steps on investment, next steps on reform*, p. 22.

¹⁷¹ *The NHS Improvement Plan. Putting People at the Heart of Public Services*, p. 9.

¹⁷² Ne sono esempi la *Commission for Health Improvement* istituita nel 2000, rinominata nel 2004 *Healthcare Commission* e dal 2009 operante col nome di *Care Quality Commission* ed anche il *National Institute for Clinical Excellence*, attualmente *National Institute for Health and Clinical Excellence*. Si confronti Nicholas Mays, Anna Dixon, Lorelei Jones, *Return to the market. Objectives and evolution of New Labour’s market reforms*, cit., p.5.

segua il paziente e che remunerari i providers per il servizio reso”¹⁷³. Operativo dal 2003/2004, il PbR si proponeva di sostituire il preesistente sistema dei “block contracts”, basato sull’erogazione di una somma vincolata annuale (in parte legata ai precedenti budget)¹⁷⁴, con un cifra che fosse invece parametrata all’effettiva attività operatoria non urgente svolta dalla struttura medica. La definizione del sistema di *Payment by Results* si rinviene per la prima volta nel già menzionato documento *Delivering the NHS Plan* del 2002, a mente del quale¹⁷⁵:

“In order to get the best from the extra resources we plan major changes to the way money flows around the NHS and differentiation between incentives for routine surgery and those for emergency admissions. Instead of block contracts for hospitals they will be paid for the elective activity they undertake. This is a system of payment by results. The reformed financial system will offer the right incentives to reward good performance, to support sustainable reductions in waiting times for patients and to make the best use of available capacity”.

Il PbR, seppur forse non possa essere considerato uno degli istituti più caratteristici ai fini del nostro studio, come notato da alcuni autori, rappresenta “the UK adaption of the US system of diagnosis-related groups”¹⁷⁶. Esso costituisce dunque un ulteriore esempio di contaminazione tra sistema inglese e principi americani, volto a correggere gli squilibri del NHS mediante l’introduzione di un nuovo sistema di finanziamento che comportasse incentivi e maggior introiti per le strutture mediche in grado di accogliere più pazienti. Guardando al versante americano, DRG o *Diagnosis Related Groups* (in Italia noto anche come Raggruppamenti omogenei di diagnosi o ROD), è infatti uno strumento di classificazione dei pazienti ricoverati in condizioni acute, oggi utilizzato in molti paesi, che nasce da una ricerca, risalente agli anni Sessanta, portata avanti da alcuni

¹⁷³ Cecilia Megali, *Modelli e strumenti di governance sanitaria. Elementi di comparabilità tra il Servizio Sanitario Nazionale italiano e il National Health Service inglese*, cit., p. 91.

¹⁷⁴ Uno dei principali difetti di questo sistema era rappresentato dall’assenza di incentivi e di fondi ulteriori che avrebbero potuto incoraggiare i provider ad aumentare le prestazioni rese per ridurre i tempi di attesa dei pazienti. Inoltre, nel caso in cui gli ospedali non fossero riusciti a compiere tutti gli interventi pianificati, non era prevista alcuna decurtazione dei fondi che, più che per finalità propriamente sanzionatorie, avrebbe permesso di acquistare le prestazioni mediche non effettuate presso altre cliniche. Si veda *A simple guide to Payment by Results*, 2012, pp. 48, 49.

¹⁷⁵ *Delivering the NHS Plan. Next steps on investment, next steps on reform*, p. 20.

¹⁷⁶ Nicholas Mays, Anna Dixon, Lorelei Jones, *Return to the market. Objectives and evolution of New Labour’s market reforms*, cit., p. 7.

professori dell'Università di Yale (in particolare dal Professor Fetter) al fine di controllare l'utilizzo delle risorse ospedaliere e la qualità dell'assistenza resa. A tal fine, essa cercava di definire il prodotto sanitario operando una classificazione casistica incrociando i dati relativi alle varie categorie di pazienti con caratteristiche cliniche similari ed il volume di attività e i servizi utilizzati dall'ospedale. I dati così ottenuti, individuando i consumi di risorse, venivano, e vengono tuttora, utilizzati per quantificare i finanziamenti delle strutture ospedaliere, oltre che per valutare le relative attività dal punto di vista qualitativo e quantitativo¹⁷⁷.

Da ultimo, un interessante contributo, ancorché simbolico, alla sanità inglese, è rappresentato dalla *NHS Constitution*, pubblicata nel 2009. Lord Darzi of Denham è la figura chiave che sviluppò tale documento come parte di una più ampia indagine¹⁷⁸, commissionatagli dal Primo ministro Gordon Brown, nel frattempo succeduto al dimissionario Tony Blair, al fine di rinnovare il sistema sanitario inglese. Essa contiene l'enunciazione di alcuni diritti dei pazienti e del personale sanitario, delineando anche gli obblighi ed i doveri che il sistema pubblico inglese assumeva nei confronti dei pazienti. Doveri, questi ultimi, che avrebbero trovato applicazione anche nei confronti dei provider privati e degli enti di volontariato cui sarebbero state commissionate le varie prestazioni mediche all'interno del NHS. La Costituzione del NHS inglese sancisce sette principi fondamentali, collegati all'idea di fondo che il sistema sanitario non sia soltanto una importante istituzione bensì “a unique and very British expression of an ideal – that healthcare is not a privilege to be purchased but a moral right secured for all”¹⁷⁹. All'enunciazione di tali diritti non è tuttavia seguito il riconoscimento di alcun rimedio giudiziale, rappresentando unicamente una mera dichiarazione di principi non tutelabili davanti alle corti. In

¹⁷⁷ A tal fine si confrontino Direzione generale della programmazione sanitaria, *Principali caratteristiche DRG*, http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?id=1349&area=ricoveriOspedalieri&menu=vuoto (link verificato in data 12.05.2017); Beth Reid, Stephen Sutch, *Comparing diagnosis-related group systems to identify design improvements*, Health policy, Vol. 87, n. 1, 2008, pp.82-91; Carmine Ruta, *Sanità e management. Razionalizzazione strutturale e produttiva, controllo dei costi e del finanziamento, umanizzazione e qualità totale*, Milano, ETAS libri, 1993; Francesco Taroni, Barbara Curcio Rubertini, *I diagnosis related groups (DRGs) per la valutazione dell'attività ospedaliera*, Bologna, CLUEB, 1991.

¹⁷⁸ *High Quality Care For All. NHS Next Stage Review Final Report*, 2007, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228836/7432.pdf (link verificato in data 16.05.2017).

¹⁷⁹ *High Quality Care For All. NHS Next Stage Review Final Report*, cit., p. 2.

base al primo, il NHS è chiamato ad offrire un servizio onnicomprensivo a tutti gli individui, con il divieto di discriminazioni dovute a sesso, razza, disabilità, età, orientamento sessuale, religione, o altri status personali¹⁸⁰. Il secondo principio riafferma come l'accesso alle prestazioni si basi sulle necessità mediche e non sulle possibilità economiche o finanziarie del singolo individuo¹⁸¹. Viene poi enunciata l'aspirazione al raggiungimento dei più elevati standard di eccellenza e professionalità¹⁸², la volontà di porre il paziente al centro del sistema e di ogni attività¹⁸³ e di lavorare di concerto con altri organismi (autorità locali, organizzazioni pubbliche, enti privati o del terzo settore) al fine di migliorare i servizi nell'esclusivo interesse del paziente¹⁸⁴. Ed ancora, le risorse pubbliche saranno utilizzate soltanto per le finalità proprie del NHS¹⁸⁵ ed in presenza di un sistema di responsabilità trasparente e ben definito¹⁸⁶. Le sezioni successive del documento sono invece dedicate ai cosiddetti *NHS values* (*Commitment to quality care, Improving lives, Everyone counts, Respect & dignity, Working together, Compassion*), i valori cioè cui devono ispirarsi le attività del NHS, nonché all'enucleazione di veri e propri diritti dei pazienti e di impegni (*pledges*) che il NHS è chiamato a rispettare ma che tuttavia lo stesso documento chiarisce non essere vincolanti. Tra i diritti vincolanti, tra i più importanti si segnala il diritto di ricevere le prestazioni sanitarie gratuitamente, tranne casi limitati stabiliti dal Parlamento ovvero il diritto, in determinate circostanze, di recarsi in un altro paese europeo per ricevere una prestazione sanitaria¹⁸⁷.

¹⁸⁰ 1. *The NHS provides a comprehensive service, available to all irrespective of gender, race, disability, age, sexual orientation, religion, belief, gender reassignment, pregnancy and maternity or marital or civil partnership status.*

¹⁸¹ 2. *Access to NHS services is based on clinical need, not an individual's ability to pay. NHS services are free of charge, except in limited circumstances sanctioned by Parliament.*

¹⁸² 3. *The NHS aspires to the highest standards of excellence and professionalism.*

¹⁸³ 4. *The patient will be at the heart of everything the NHS does.*

¹⁸⁴ 5. *The NHS works across organisational boundaries and in partnership with other organisations in the interest of patients, local communities and the wider population.*

¹⁸⁵ 6. *The NHS is committed to providing best value for taxpayers' money and the most effective, fair and sustainable use of finite resources.*

¹⁸⁶ 7. *The NHS is accountable to the public, communities and patients that it serves.*

¹⁸⁷ Per i rapporti tra NHS inglese e diritto europeo, si veda *infra*, cap. II.

1.4.3 Il nuovo NHS alla luce delle riforme di David Cameron

“No more top down reorganizations of the NHS”. Fu questo lo slogan più noto di David Cameron, Primo ministro del nuovo governo di colazione, che guidò il regno Unito dal 2010 al 2016. La sua volontà era infatti quella di portare a compimento una delle più rilevanti riorganizzazioni del sistema sanitario inglese e pertanto, dal libro bianco *Equity and Excellence. Liberating the NHS* del 2010 all’*Health and Social Care Act* del 2012¹⁸⁸, gli sforzi politici si rivolsero verso l’affermazione di un modello sanitario *neoliberal*. Due gli obiettivi fondamentali: ridurre l’impegno finanziario pubblico e plasmare un nuovo assetto organizzativo del NHS, ancora una volta sempre più incentrato sulle forze concorrenziali del mercato e sempre più lontano dai principi che avevano guidato il legislatore nel 1946. Nel fare ciò, la riforma si concentrò sul rafforzamento dei meccanismi “quasi-market” di thatcheriana memoria, sulla definizione di una nuova organizzazione locale ed infine sul trasferimento delle competenze generali di gestione del sistema dal *Department of Health* verso un nuovo ente pubblico non ministeriale (NDPB) che avrebbe dovuto prendere il nome *NHS Commissioning Board* ma che, più semplicemente, fu denominato *NHS England*¹⁸⁹.

Un vasto programma di riforma, che il Governo si preoccupò di illustrare meticolosamente, spiegando le criticità da correggere e le opzioni di intervento considerate. A proposito, si sosteneva infatti che “Comparisons with other countries suggest NHS outcomes in some areas of healthcare are not as good as they could be [...] The NHS also scores relatively poorly on being responsive to the patients it

¹⁸⁸ Tale atto sostituì il precedente *National Health Service Act 2006*, che aveva dato luogo ad una consolidazione della legislazione relativa al sistema sanitario inglese intervenuta tra il 1977, anno in cui fu operata la prima consolidazione, e, appunto, il 2006.

¹⁸⁹ Si confrontino Kath Checkland, Pauline Allen, Anna Coleman, Julia Segar, Imelda McDermott, Stephen Harrison, Christina Petsoulas, Stephen Peckham, *Accountable to whom, for what? An exploration of the early development of Clinical Commissioning Groups in the English NHS*, *British Medical Journal Open*, Vol. 3, n. 12, 2013, pp. 1-11; Lynsey Warwick-Giles, Anna Coleman, Katherine Checkland, *Making Sense of Inequalities. How Do Clinical Commissioning Groups in England Understand their New Role?*, *Social Policy and Administration*, 2016, pp. 1, 2.

serves and lacks a genuine patient-centred approach”¹⁹⁰. Ciò posto, veniva suggerita la modifica del sistema di *commissioning* esistente per permettere ai pazienti di scegliere, tra qualsiasi provider qualificato, quello che più preferivano, in modo da creare un meccanismo virtuoso che avrebbe portato le strutture ad innalzare i propri standard qualitativi e a migliorare la propria efficienza. Tale processo, noto come AQP, *Any Qualified Provider*, era animato dalla volontà di porre definitivamente fine al monopolio pubblico in materia sanitaria, sostituendolo con assetti organizzativi maggiormente concorrenziali. Nel far ciò, il Governo si richiamò espressamente alla letteratura accademica, che già da tempo aveva illustrato le relazioni intercorrenti tra strumenti di mercato e produttività. Ancora una volta, l’esperienza americana, espressamente citata, ebbe un ruolo privilegiato e, proprio sulla base di questi studi, si arrivò a concludere che¹⁹¹:

“[...] there is clear evidence that more competition in service provision can lead to more efficient delivery of goods and services in all sectors of the economy. Further, the controlled fixed price competition introduced so far to some areas of the NHS has had positive effects in terms of both efficiency and outcomes for patients. There is every reason to believe that rolling out similar arrangements to other areas of the NHS will have similar effects on them”.

Come già evidenziato, tale strategia rappresentò il definitivo allontanamento dal tradizionale modello inglese che presupponeva che l’assistenza sanitaria fosse fornita esclusivamente da strutture pubbliche¹⁹². Riprendendo principi già affermati per la prima volta negli anni della *Iron Lady* ed in parte sperimentati da Blair, l’*Health and Social Care Act* istituì una struttura di mercato che metteva al centro la libertà di scelta della struttura di cura, agevolando i nuovi provider, privati ed anche enti di volontariato, i quali avrebbero potuto competere a fianco del NHS per l’amministrazione dei servizi sanitari. I pazienti venivano così autorizzati a scegliere la clinica più idonea alle proprie necessità mediche, in modo da attuare appieno l’obiettivo, in parte già perseguito anche dai *New Labour* qualche anno prima, per

¹⁹⁰ Department of Health, *Extension of Any Qualified Provider. Impact Assessment*, 2010, p. 1

¹⁹¹ Department of Health, *Extension of Any Qualified Provider. Impact Assessment*, cit., p. 10.

¹⁹² Holly Pownall, *Neoliberalism, Austerity and the Health and Social Care Act 2012. The Coalition Government’s Programme for the NHS and its Implications for the Public Sector Workforce*, *Industrial Law Journal*, Vol. 42, n. 4, 2013, p. 425.

cui i fondi dovessero seguire i pazienti. In tal modo, la libera competizione avrebbe agito da stimolo al miglioramento delle strutture cliniche, poiché i provider non in linea con tali obiettivi, ricevendo meno finanziamenti, sarebbero stati di fatto costretti ad abbandonare il mercato sanitario¹⁹³. Sulla base di tale progetto, la riforma operò anche una decentralizzazione di poteri e responsabilità, compiendo un ulteriore passo di avvicinamento verso il modello organizzativo tipicamente statunitense¹⁹⁴. Venne infatti del tutto cancellata l'organizzazione locale del sistema sanitario allora esistente mediante abolizione sia delle *Strategic Health Authorities* (in funzione dal 2002), sia dei *Primary Care Trusts*, che avevano da poco iniziato ad operare in piena autonomia in qualità di vere e proprie autorità sanitarie locali¹⁹⁵. Venuta meno tutta l'organizzazione incaricata alla gestione e al governo del NHS a livello locale, la riforma (*Part I, § 10*) istituì nuovi organismi, denominati *Clinical Commissioning Groups*, che avrebbero ricompreso tutti i *General Practitioners* e a cui sarebbe stato affidato il compito di gestire l'offerta sanitaria e di commissionare i servizi per i propri pazienti¹⁹⁶. Non che l'affidamento di un ruolo centrale ai medici nell'acquisto delle prestazioni mediche rappresentasse propriamente una novità (come ben dimostrano i precedenti tentativi esperiti con i *GP Fundholder* e con i *Primary Care Groups*), ciò che più divergeva dal passato era l'assenza di un apparato amministrativo di supporto (autorità sanitarie o, appunto, i *Primary Care Trust*) ed il conferimento di ogni responsabilità diretta ai medici. Operativi dall'aprile del 2013, i CCG (oggi 207 in tutta l'Inghilterra), sono definiti “clinically-led statutory NHS bodies responsible for the planning and commissioning of health

¹⁹³ Si confrontino Nicholas Mays, Anna Dixon, Lorelei Jones, *Return to the market. Objectives and evolution of New Labour's market reforms*, cit., p. 7; Holly Pownall, *Neoliberalism, Austerity and the Health and Social Care Act 2012. The Coalition Government's Programme for the NHS and its Implications for the Public Sector Workforce*, cit., p. 425.

¹⁹⁴ Chris Ham, Paul Zollinger-Read, *What are the lessons from the USA for clinical commissioning groups in the English National Health Service?*, *The Lancet*, Vol. 379, n. 9811, 2012, pp. 189-191.

¹⁹⁵ Si confrontino le sezioni 33 e 34 della Parte I della legge, rispettivamente rubricate *Abolition of Strategic Health Authorities* e *Abolition of Primary Care Trusts*.

¹⁹⁶ *HSCA, 2012, Part I, 10 Clinical commissioning groups. After section 1H of the National Health Service Act 2006 insert—*

“Role of clinical commissioning groups in the health service in England

II Clinical commissioning groups and their general functions

(1) There are to be bodies corporate known as clinical commissioning groups established in accordance with Chapter A2 of Part 2.

(2) Each clinical commissioning group has the function of arranging for the provision of services for the purposes of the health service in England in accordance with this Act.”

care services for their local area”¹⁹⁷. Finalizzati dunque all’attuazione di una sanità territoriale, più vicina ai cittadini, tali entità formano organi indipendenti, responsabili di fronte al *Secretary of State for Health* per il tramite del *NHS England*. Sono composti dai *General Practitioners* e guidati da un organo elettivo di governo, formato da medici generici, altri professionisti medici (tra cui un infermiere ed un medico specialista), nonché da membri laici. Deputati alla gestione di due terzi del budget complessivo di tutto il NHS inglese (circa 73.6 miliardi di £ per il 2017/2018), sono oggi responsabili della programmazione e dell’acquisto della quasi totalità dei servizi sanitari, anche ospedalieri, siano essi urgenti o meno, nonché delle prestazioni a carattere sociale e assistenziale¹⁹⁸. I CCG, nonostante svolgano i propri compiti istituzionali in autonomia, operano comunque in stretto contatto con il *NHS England*. Quest’ultimo ha infatti una generale funzione di garanzia, volta ad assicurare che i CCG siano idonei ed adeguati a svolgere il ruolo loro attribuito dalla riforma, avendo anche il dovere di sostenere il loro sviluppo. Infine, al fine di dotare il sistema di una “valvola di sfogo”, la legge di riforma, alla sezione 15 della Parte I, prevede, tra l’altro, che il *NHS England* possa in certi casi operare anche in qualità di acquirente diretto delle prestazioni sanitarie¹⁹⁹, talvolta condividendo tale responsabilità con gli stessi CCG, i quali si trovano pertanto ad agire come *co-commissioners*²⁰⁰.

¹⁹⁷ Tale definizione è riportata sul sito web istituzionale <https://www.nhscc.org/ccgs/> (link verificato in data 21.05.2017).

¹⁹⁸ Si confrontino, *HSCA 2012, Part I, § 13, Duties of clinical commissioning groups as to commissioning certain health services*, e § 14 *Power of clinical commissioning groups as to commissioning certain health services*.

¹⁹⁹ Ad esempio per i servizi odontoiatrici, le prestazioni sanitarie rivolte agli appartenenti alle forze armate e ai detenuti e, infine, per ogni altra prestazione a condizione che “the Secretary of State considers that it would be appropriate for the Board (rather than clinical commissioning groups) to arrange for its provision as part of the health service”.

²⁰⁰ Oltre al sito web <https://www.nhscc.org/ccgs/>, cui si rinvia, si veda anche Kath Checkland, Pauline Allen, Anna Coleman, Julia Segar, Imelda McDermott, Stephen Harrison, Christina Petsoulas, Stephen Peckham, *Accountable to whom, for what? An exploration of the early development of Clinical Commissioning Groups in the English NHS*, cit., p. 3.

Capitolo II

Assistenza sanitaria e diritto dell'Unione Europea. Una difficile coesistenza

SOMMARIO: 2.1 Unione, sanità e mercato 2.1.1 *Le contraddizioni di fondo della tutela europea della salute* 2.1.2. *L'integrazione europea* 2.1.3 *Mercato interno e sistemi sanitari: Establishment (cenni)* 2.1.4 *Mercato interno e sistemi sanitari: goods and capital (cenni)* 2.1.5. *Disciplina della concorrenza e sistemi sanitari (cenni)* 2.2 La libera prestazione dei servizi e l'assistenza medica transfrontaliera 2.2.1 *Le origini* 2.2.2 *I casi Kohll e Decker* 2.2.3 *La giurisprudenza successiva. In particolare Smits e Peerboms* 2.2.4 *Watts: il caso inglese di fronte alla Grande Sezione della Corte di giustizia* 2.2.5 *La Direttiva 2011/24/UE: tra logica economica e diritti dei pazienti*

Nel capitolo che precede si è tentato di illustrare i principi fondamentali ed il funzionamento del *National Health Service*, non mancando di sottolineare più volte il grande prestigio che il modello inglese ha esercitato sulle altre esperienze nazionali. Se le riorganizzazioni strutturali del NHS non hanno certo rappresentato un evento isolato o raro nel corso della storia inglese, i più recenti mutamenti si contraddistinguono tuttavia per il superamento del principio per cui la materia sanitaria costituisce questione prettamente nazionale. Si tenterà infatti di dar conto delle modifiche imposte ai sistemi sanitari nazionali dal diritto dell'Unione Europea. Le ragioni di tale scelta risiedono principalmente nei molteplici punti di contatto tra tutela della salute ed il processo di integrazione europea, che hanno inevitabilmente dato origine ad un inedito modello sociale. Fenomeno che, ferme restando le prevalenti competenze dei singoli Stati nazionali, è stato in grado di plasmare principi e strategie comuni fra le varie esperienze nazionali. E ciò non si è limitato soltanto ad una mera enunciazione formale ma ha permesso e al tempo stesso facilitato veri e propri fenomeni di mobilità professionale del personale sanitario (grazie al riconoscimento reciproco delle qualifiche professionali), da un lato, e di vero e proprio “turismo a scopo sanitario” dall'altro, con spostamenti di pazienti verso Stati membri con professionalità o cure mediche migliori, anche con

riferimento ad interventi (come l'interruzione volontaria della gravidanza, abbandono delle terapie contro l'accanimento terapeutico, ovvero la procreazione medicalmente assistita) che nel paese di residenza ben potrebbero essere sottoposti a requisiti più stringenti o addirittura vietati¹. Quest'ultimo ambito, pur certamente settoriale, rappresenta in ogni caso uno degli indici maggiormente rivelatori della evidente "fuga dallo Stato sociale" in atto nelle varie realtà europee, impegnate a ridurre i bilanci pubblici ed anche le spese per le forniture e i servizi sanitari. Non a caso, secondo le stime della Commissione europea, tra il 2007 ed il 2008 circa il 4% dei cittadini europei ha ricevuto trattamenti e cure mediche in Stati membri diversi da quello di residenza, con spese complessive prossime alla cifra di dieci miliardi di Euro (circa l'1% della spesa sanitaria pubblica europea)².

Questioni che dovranno essere affrontate tenendo a mente la tradizionale avversione inglese nei confronti del fenomeno comunitario, che portò all'assenza del Regno Unito tra gli Stati firmatari dei Trattati istitutivi delle tre Comunità europee (CECA, CEE ed EURATOM). Neppure la successiva adesione nel 1973 smentì tale "insofferenza", come ben dimostrano anche le resistenze mostrate in passato dai governi inglesi nei confronti delle pronunce della Corte di Giustizia, che vedremo meglio nelle pagine che seguono. In primo luogo, sostenendo addirittura che gli stessi principi europei in materia di assistenza sanitaria non potessero trovare applicazione nei confronti di sistemi sanitari nazionali (questa la linea tenuta dal regno Unito nei casi *Smits* e *Müller-Fauré*). In un secondo tempo (*Watts*), quando ormai tale posizione non poteva più ragionevolmente essere sostenuta, premendo per una applicazione fortemente restrittiva dei principi connessi alla libertà di movimento³.

Tema poi che risulta ancor più attuale alla luce del recentissimo referendum consultivo del 23 giugno 2016, conclusosi con la volontà della maggioranza del popolo del regno Unito di recedere dall'Unione Europea sulla base della procedura

¹ Si veda, tra gli altri, Giacomo Di Federico, *La direttiva 2011/24/UE e l'accesso alle prestazioni mediche nell'Unione europea*, Bologna, Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, Vol. 15, n. 3, 2012, pp. 683-704.

² Wolf Sauter, *The proposed patients' rights directive and the reform of (cross-border) healthcare in the European Union*, Legal Issues of Economic Integration, Vol. 36, n. 2, 2009, p. 114.

³ Si veda Gareth Davies, *The effect of Mrs Watts' trip to France on the national health service*, King's Law Journal, 2007, Vol.18, n. 1, pp.158-167.

prevista dall'articolo 50 TUE, e con il successivo iter che, prima della formale notifica al Consiglio Europeo, ha visto l'approvazione del Parlamento di Westminster ed il consenso reale con cui l'*European Union (Notification Of Withdrawal) Bill 2016-2017* è divenuto formalmente legge, come era stato richiesto dalla pronuncia della Corte Suprema del Regno Unito del 24 gennaio 2017. D'altra parte, è del maggio 2017 la decisione con cui il Consiglio ha autorizzato la Commissione Europea, a tal fine appositamente designata quale negoziatore dell'Unione, ad avviare i negoziati con il Regno Unito e così definire le modalità del recesso dall'Unione, stabilendo altresì delle direttive di negoziato, focalizzate primariamente a tutelare i diritti dei cittadini sia europei che britannici. Ciò perché, ai sensi del comma 3 dell'articolo 50, i Trattati cesseranno di applicarsi al Regno Unito dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso ovvero, in mancanza di tale accordo, decorsi due anni dalla notifica, salvo che non sia stabilito un termine più lungo per volontà unanime del Consiglio Europeo e dello Stato. A ciò si aggiunga l'approvazione, datata 12 settembre 2017, da parte della *House of Commons*, del c.d. *Great Repeal Bill*⁴, atto volto alla abrogazione dell'*European Communities Act* del 1972 dalla (futura e, ad oggi, ancora indeterminata) data di recesso, con conseguente caducazione delle competenze precedentemente attribuite dal Regno Unito all'Unione Europea. Legge che prevede altresì di “riassorbire nella legislazione nazionale l'intera massa delle norme europee per poi decidere quali tenere, quali riformare, quali abrogare”⁵, sia con riferimento alle norme di diritto interno emanate sulla base di norme europee (ad esempio una direttiva) sia con riferimento alle norme di diritto dell'Unione Europea derivato (un regolamento)⁶. Non priva di rilevanza è poi la previsione, di cui alla § 5(4), secondo cui la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (che, tra l'altro, si occupa anche della

⁴ *European Union (Withdrawal) Bill*.

⁵ *Brexit, passa la legge cancella norme europee. May si salva*, La Repubblica, 12 settembre 2017, http://www.repubblica.it/esteri/2017/09/12/news/brexit_passa_la_legge_cancella_norme_europee_may_si_salva-175236990/?ref=RHPPLF-BH-I0-C8-P6-S2.4-T1 (link verificato in data 16/10/2017).

⁶ Al riguardo la legge prevede infatti:

2(1) *EU-derived domestic legislation, as it has effect in domestic law immediately before exit day, continues to have effect in domestic law on and after exit day.*

3(1) *Direct EU legislation, so far as operative immediately before exit day, forms part of domestic law on and after exit day.*

tematica sanitaria) non sarà più parte del diritto interno a seguito dell'uscita dall'Unione Europea.

Non esistendo alcun precedente, l'esito appare del tutto incerto, sebbene principi di rilevanza fondamentale per l'organizzazione del sistema sanitario inglese, affermati dalla Corte di Giustizia prima e dal legislatore europeo poi, ben potrebbero essere presto non più vincolanti per il Regno Unito. A tal fine, solo il raggiungimento di un eventuale negoziato potrebbe permettere la salvaguardia di alcuni tra questi diritti. Non a caso, tra le direttive cui si accennava poc'anzi, il Consiglio, tra i diritti da tutelare puntualmente, ricomprende non solo i diritti di soggiorno e di libera circolazione, ma anche i diritti e gli obblighi stabiliti in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale dal regolamento n. 883/2004, su cui ci soffermeremo tra qualche pagina, che hanno permesso l'affermazione della protezione sociale dei pazienti che circolavano tra i vari Stati membri.

Alla luce dei molti interrogativi, allo stato attuale ancora irrisolti, che giustamente hanno portato alcuni autori ad affermare che l'Unione Europea ed il Regno Unito sono entrati in una "terra incognita"⁷, questa analisi dovrà necessariamente limitarsi ad un tentativo di evidenziare l'importanza che il diritto dell'Unione Europea ha avuto fino ad oggi nei vari Stati membri (e dunque anche nella sanità inglese), soffermandosi sui principali aspetti sanitari che nel corso degli anni sono stati al centro delle normative europee. Uno dei tratti più caratteristici che emergerà attiene al rapporto tra politiche europee economiche e politiche europee sociali. A prima vista, non potrà non riscontrarsi una inequivocabile preminenza del *market citizen*⁸ sul cittadino europeo, come testimonia il ruolo chiave assunto dal mercato interno ai fini dello sviluppo dell'integrazione economica a livello europeo. Regole, come i controlli delle istituzioni europee relativi alle finanze e ai bilanci pubblici degli Stati⁹ o anche le norme in materia di concorrenza, che di fatto hanno impedito un'effettiva promozione sociale, rendendo anzi più difficile l'adozione da

⁷ Carlo Curti Gialdino, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, n.13, 2016, pp. 1-30.

⁸ Si veda Stefano Giubboni, *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ce*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale* Vol. 1, n. 1, 2008, p. 20.

⁹ Si veda ad esempio l'articolo 126 TFUE che impone agli Stati di evitare "disavanzi pubblici eccessivi", attribuendo specifici compiti di sorveglianza alla Commissione.

parte dei singoli Stati di normative che potremmo genericamente ricondurre al concetto di *welfare state*. Una “asimmetria costituzionale”, come ricorda Scharpf¹⁰, nettamente sbilanciata verso le attività economiche dunque, che non ha tuttavia impedito il lento e graduale affermarsi di un corpus di regole che, applicando le libertà garantite dai Trattati, sono indirettamente riuscite ad influenzare anche i sistemi sanitari statali.

2.1 Unione, sanità e mercato

2.1.1 Le contraddizioni di fondo della tutela europea della salute

Se con riferimento ad altre tematiche la rilevanza del diritto dell’Unione Europea sugli ordinamenti nazionali rappresenta ormai un dato incontrovertibile¹¹, con cui gli operatori giuridici sono inevitabilmente chiamati a confrontarsi, la politica sanitaria europea rappresenta invece una questione estremamente dibattuta, conservando nelle sue fondamenta una contraddizione di fondo. I Trattati istitutivi delle Comunità Europee, tranne un generico riferimento alla salute pubblica contenuta nell’art 46 Trattato che istituisce la Comunità economica europea (TCE), non prevedevano infatti alcun esplicito riferimento all’assistenza sanitaria. Parlando di tutela della salute, sarebbe dunque naturale ritenere esistente una competenza, diretta ed esclusiva, dei singoli Stati membri. Rientra infatti nella discrezionalità di ogni singolo legislatore nazionale la facoltà di scegliere tra un sistema sanitario universalistico (modello Beveridge) o assicurativo (modello Bismarck), ovvero tra modelli pubblici, basati sull’iniziativa privata o a composizione mista, che presuppongano parallelamente intervento pubblico e libera concorrenza¹².

Fu per la prima volta nel 1992 il Trattato di Maastricht ad introdurre l’articolo 152, oggi confluito nell’articolo 168 (7) del Trattato sul funzionamento

¹⁰ Fritz W. Scharpf, *The European social model: coping with the challenges of diversity*, Journal of Common Market Studies, Vol. 40, n. 4, 2002, pp. 645-670.

¹¹ Tra le altre, ne è un esempio la Politica Agricola Comune.

¹² Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 7.

dell'Unione Europea (TFUE), che, al riguardo, confermava l'esclusione di ogni armonizzazione. Tale disposizione prevede infatti che:

“7. L'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate. Le misure di cui al paragrafo 4, lettera a) non pregiudicano le disposizioni nazionali sulla donazione e l'impiego medico di organi e sangue”.

Soffermandosi ad una prima lettura di tale norma, che è chiara nell'escludere ogni diretta competenza europea in materia sanitaria, il diritto dell'Unione Europea sembrerebbe privo di basi giuridiche per poter condizionare l'organizzazione ovvero le modalità di erogazione o di finanziamento dell'assistenza sanitaria a livello nazionale, alla luce delle riconosciute prerogative statali al riguardo. A conferma di ciò, lo stesso TFUE non prescrive né la scelta di un particolare modello organizzativo rispetto ad un altro, né favorisce una generale responsabilità sanitaria pubblica rispetto a quella privata. Secondo l'articolo 345 (ex articolo 295 del TCE) infatti “I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri”. D'altra parte, anche la Corte di Giustizia ha avallato tale interpretazione, come ad esempio nelle cause riunite C-171/07 e C-172/07, su cui si ritornerà a breve, ove ha affermato che¹³:

“Nella valutazione del rispetto di tale obbligo, occorre tener conto del fatto che la salute e la vita delle persone occupano una posizione preminente tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato e che spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale essi intendono garantire la protezione della sanità pubblica ed il modo in cui tale livello deve essere raggiunto. Poiché detto livello può variare da uno Stato membro all'altro, occorre riconoscere agli Stati membri un margine discrezionale”.

Esclusa l'esistenza di una politica sanitaria dotata di un'apposita disciplina nei Trattati, esiste però una tutela della salute che presenta un carattere che potrebbe

¹³ Corte di Giustizia, 19 maggio 2009, Grande Sezione, Cause riunite *Apothekerkammer des Saarlandes and Others* (C-171/07) e *Helga Neumann-Seiwert* (C-172/07) contro *Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales* (DocMorris), ECR 2009 I-4171, paragrafo 19.

essere definito trasversale, andando ad intersecarsi con le varie politiche dell'Unione Europea¹⁴. Oltre al già citato articolo 52 TFUE (ex art. 46 TCE), l'articolo 6 (a) TFUE annovera la tutela ed il miglioramento della salute umana tra le azioni in cui l'Unione Europea, pur non potendo procedere ad una armonizzazione delle normative nazionali, è competente a sostenere, coordinare e completare l'azione degli Stati membri. La principale base giuridica cui, ancora una volta, fare riferimento è tuttavia l'articolo 168 TFUE ed in particolare il primo comma che, tra l'altro, prevede che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione sia garantito un livello elevato di protezione della salute umana. Ciò comporta che le varie norme dell'Unione, pur se riferite a settori diversi (ad esempio alla politica ambientale), debbano in ogni caso assicurare un elevato standard di tutela della salute poiché potenzialmente in grado di produrre effetti significativi su quest'ultima. Al riguardo, l'azione dell'Unione, volta a completare le politiche nazionali ed indirizzata “al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale”, è in primo luogo finalizzata a favorire la cooperazione tra gli Stati membri, i paesi terzi e le organizzazioni internazionali (commi 2 e 3). Similmente, il comma 5 prevede il rispetto della procedura legislativa ordinaria (che prevede il necessario consenso sia del Parlamento europeo che del Consiglio) per l'adozione di misure volte a promuovere la salute umana e la sanità pubblica (ad esempio anche con riferimento a tabacco e abuso di alcool), ribadendo, ancora una volta, l'esclusione di “qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”¹⁵. Ne sono esempi le varie direttive intervenute in materia di tabacco (da ultima la direttiva 2014/40/UE, entrata in vigore il 19 maggio 2014 e divenuta applicabile il 20 maggio 2016) che hanno progressivamente

¹⁴ Si confrontino Francesco Martinelli, *Manuale di diritto dell'Unione Europea. Aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*, Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2016, p. 433; Kyriaki-Korina Raptopoulou, *Eu law and healthcare services: normative approaches to public health systems*, Alphen aan den Rijn, Kluwer law international, 2015, pp. 5, 6.

¹⁵ Il comma 4 prevede invece tre ipotesi in cui, in deroga all'art. 6 (a), l'Unione Europea ha competenza legislativa ad adottare specifiche misure. Esse consistono in: “a) misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati; tali misure non ostano a che gli Stati membri mantengano o introducano misure protettive più rigorose; b) misure nei settori veterinario e fitosanitario il cui obiettivo primario sia la protezione della sanità pubblica; c) misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico”.

regolamentato la lavorazione e la messa in commercio dei prodotti del tabacco. Tra tali misure promozionali vi rientrano poi i vari programmi per la salute (attualmente è attivo il terzo programma 2014-2020¹⁶), finanziati con le risorse europee e gestite dalla Commissione e dalle sue agenzie esecutive¹⁷.

Si aggiunga poi la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che enuclea una lunga serie di diritti fondamentali su cui l'Unione si fonda. Come enunciato dal Preambolo, tale documento intende infatti rafforzare la tutela dei diritti civili, politici, economici e sociali, con particolare riferimento a quelli derivanti “dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione europea e dai trattati comunitari”, dalla CEDU, dalle “carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa”, oltre a quelli riconosciuti dalla Corte di Giustizia e dalla Corte EDU¹⁸. Con specifico riferimento alla materia sanitaria, la Carta dei diritti fondamentali dedica l'articolo 35 (contenuto nel capo IV Solidarietà) alla “Protezione della salute”, riconoscendo diritti estremamente rilevanti. Esso prevede infatti:

“Ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana”.

Previsioni che hanno acquisito maggior rilevanza a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, con cui, come noto, la Carta ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati. Nonostante le disposizioni di quest'ultima non comportino in alcun modo un ampliamento delle competenze dell'Unione così come definite dai Trattati¹⁹, l'articolo in questione è norma apparentemente formulata in

¹⁶ Al riguardo si confronti anche il sito web istituzionale https://ec.europa.eu/health/programme/policy_it (link verificato in data 26.05.2017).

¹⁷ Si veda Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., pp. 13-16.

¹⁸ La Carta dei diritti fondamentali non trova tuttavia applicazione nei confronti della Polonia e del Regno Unito in virtù di quanto stabilito dagli articoli 1 e 2 del Protocollo sull'applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea alla Polonia e al Regno Unito. In particolare, l'art. 1, par. 2, prevede che “[...] nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno”.

¹⁹ Si veda al riguardo l'articolo 6 TUE.

termini di diritti soggettivi. Proprio tale formulazione ha spinto anche certa dottrina ad ipotizzare il possibile inquadramento del diritto di accesso alle cure mediche (transfrontaliere) entro il “nucleo essenziale dei diritti di cittadinanza”, con la conseguenza che la tutela, effettiva, della salute prescinderebbe dal necessario riferimento ad altre norme europee, come ad esempio quelle in tema di libertà di circolazione²⁰. Benché fortemente attrattiva, nell’ottica di una nuova politica sociale europea non più circoscritta dalle istanze protezionistiche dei vari Paesi, tale soluzione mal si concilierebbe con il principio delle competenze di attribuzione delle istituzioni europee, sancito dall’articolo 13, paragrafo 2, TUE in base al quale “Ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste”.

Per concludere, tra le fonti di diritto internazionale pattizio, un cenno alla CEDU e alla Carta sociale europea. La prima costituisce una convenzione internazionale sottoscritta dagli Stati contraenti facenti parte del Consiglio d’Europa, organizzazione “a vocazione paneuropeista”²¹ che riunisce, tra gli altri, anche tutti gli Stati che fanno parte dell’Unione Europea. Firmata il 4 novembre 1950 a Roma ed entrata in vigore il 3 settembre 1953, è stata ratificata da tutti i 47 paesi che aderiscono al Consiglio d’Europa. Oggi integrata da vari protocolli addizionali, le libertà ed i diritti civili e politici ivi sanciti, tra cui la tutela della salute può essere considerata implicitamente protetta sulla base degli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (proibizione della tortura) ed 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), presentano forti similitudini con la Dichiarazione Universale dei diritti dell’Uomo del 1948 (espressamente citata nel Preambolo). Pur condividendo gli stessi principi, la Convenzione non si è però limitata alla sola enunciazione di un catalogo di diritti fondamentali, introducendo un innovativo strumento di tutela: un apposito organo giurisdizionale volto a garantire il loro rispetto da parte degli Stati che hanno provveduto a ratificarla²². Così, nel 1959 è stata istituita la Corte EDU,

²⁰ Si confrontino Giacomo Di Federico, *L'accesso alle cure mediche nell'Unione europea tra diritti fondamentali e sovranità nazionali*, Quaderni costituzionali, Vol. n. 3, 2013, pp. 681, 682; Christopher Newdick, *The European Court of Justice transnational health care, and social citizenship - accidental death of a concept?*, Wisconsin International Law Journal, 2008, Vol. 26, n. 3, p.857.

²¹ Pasquale Gianniti (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti. Globalizzazione e promozione delle libertà fondamentali*, Bologna, Zanichelli, 2015, p. 125.

²² L'Italia vi ha provveduto nel 1955 con la legge n. 848.

con sede a Strasburgo, tribunale che può essere adito non soltanto dagli Stati, ma anche dal singolo individuo che lamenti l'asserita violazione di un diritto fondamentale (previo esaurimento delle vie di ricorso interne, come previsto dall'articolo 35). Con riferimento ai rapporti con l'Unione Europea, occorre segnalare l'articolo 6 TUE. In particolare, il secondo paragrafo costituisce la base giuridica per la (possibile) adesione dell'Unione alla Convenzione europea²³, mentre il paragrafo successivo prevede che i diritti fondamentali di cui alla medesima Convenzione, risultanti altresì “dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” facciano “parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

Anche la Carta sociale europea è un documento (*rectius* un trattato internazionale) appositamente volto alla protezione dei diritti economici e sociali, adottato dal Consiglio d'Europa, prima nella versione originale nel 1961 e quindi nella successiva (e più ampia) formulazione nel 1996. Se nella Parte I (n. 11) viene affermato il diritto di ognuno di “usufruire di tutte le misure che le consentano di godere del miglior stato di salute ottenibile”, il diritto alla protezione della salute è più specificamente previsto nella Parte II dall'articolo 11, mediante una articolata serie di obblighi per gli Stati, incentrata sulla garanzia dell'effettività di tale diritto e sulla contemporanea adozione di specifiche misure volte ad eliminare le cause una salute deficitaria ovvero a prevenirle²⁴.

2.1.2 L'integrazione europea

Esaurita questa breve panoramica introduttiva, non resta che esaminare le diverse modalità con cui l'Unione Europea è riuscita comunque a vincolare gli Stati

²³ A tal fine si veda tuttavia il parere n. 2/13 della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, con cui la Corte ha ritenuto il progetto di accordo per l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti umani incompatibile con l'articolo 6, par. 2, TUE.

²⁴ L'articolo 11 prevede infatti: “Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto alla protezione della salute, le Parti s'impegnano ad adottare sia direttamente sia in cooperazione con le organizzazioni pubbliche e private, adeguate misure volte in particolare:

- 1 ad eliminare per, quanto possibile le cause di una salute deficitaria;
- 2 a prevedere consultori e servizi d'istruzione riguardo al miglioramento della salute ed allo sviluppo del senso di responsabilità individuale in materia di salute;
- 3 a prevenire, per quanto possibile, le malattie epidemiche, endemiche e di altra natura, nonché gli infortuni”.

membri nella regolamentazione del fenomeno sanitario. Pur in assenza di specifiche competenze sanitarie, la normativa europea è infatti riuscita sempre più a trovare applicazione, non soltanto mediante le attività promozionali cui prima si faceva riferimento, ma, soprattutto, quando venivano in rilievo libertà fondamentali (si pensi anche all'articolo 2 TUE) o quando i singoli sistemi nazionali hanno dato vita a riforme che introducevano o regolamentavano strumenti di mercato all'interno del settore sanitario. Questo perché maggiore è l'operatività di meccanismi concorrenziali, maggiore è l'applicabilità delle norme europee in tema di mercato comune, in ossequio alla cosiddetta *negative integration*, che, già obiettivo fondamentale della prima Comunità Economica Europea, era finalizzata alla realizzazione di un'area geografica priva di barriere per la libera circolazione di merci, persone e capitali. Difatti, quando i singoli sistemi sanitari coinvolgono interazioni tra persone (personale sanitario e pazienti), beni (strumentazioni mediche e farmaci) e servizi (soggetti che finanziano il sistema sanitario e provider che forniscono le prestazioni mediche) che varcano i confini nazionali, tali libertà sono in ogni caso protette e garantite dal Trattato dell'Unione Europea²⁵. Proprio a causa di tale evoluzione, molte sono ormai le fonti, sia primarie (i Trattati istitutivi) sia secondarie (le norme emanate dalle istituzioni dell'Unione), che riguardano da vicino i sistemi sanitari nazionali²⁶. Più nel dettaglio, facendo riferimento al diritto primario dell'Unione, le disposizioni che più hanno potuto influenzare i sistemi sanitari nazionali sono quelle che concernono la creazione di un mercato interno, oggi disciplinato dall'articolo 3, comma III, del TUE²⁷. Esso ha infatti costituito il fulcro dell'integrazione europea, permettendo di giungere alla realizzazione di un'area, ricomprendente tutti gli Stati membri, priva di ostacoli alla libera

²⁵ Si confrontino Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., p. 5; Elias Mossialos, Martin McKee, *EU law and the social character of health care*, Brussels, P.I.E. Peter Lang, 2002, p. 27. Sui rispettivi poteri e competenze di Stati e UE in tema sanitario, si veda anche André Pieter den Exter, *Health Care Law-making in Central and Eastern Europe. Review of a Legal-Theoretical Model*, Antwerp, Oxford, New York, Intersentia, 2002, p. 255 e ss.

²⁶ Si veda Elias Mossialos, Martin McKee, *EU law and the social character of health care*, cit., p. 59.

²⁷ L'articolo 3, comma III, TUE, tra l'altro, prevede che: "L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico".

circolazione. Ovviamente il conseguimento di tale obiettivo presupponeva necessariamente l'effettiva garanzia delle quattro libertà fondamentali della libera circolazione delle persone, delle merci, del movimento dei capitali ed infine della libera prestazione dei servizi²⁸. Le prime tre declinazioni, tranne alcune precisazioni, non sembrano offrire spunti particolarmente originali per ciò che concerne lo specifico settore sanitario. A tal fine, saranno pertanto sufficienti alcune indicazioni di carattere generale, prima di esaminare più nel dettaglio la libera circolazione dei servizi e l'assistenza medica transfrontaliera, che, soprattutto grazie alla attività interpretativa della Corte di Giustizia, ha invece innovato il diritto all'assistenza sanitaria ampliando l'accesso dei cittadini europei alle prestazioni sanitarie attraverso i vari paesi membri.

2.1.3 Mercato interno e sistemi sanitari: Establishment (cenni)

La libera circolazione delle persone ricomprende sia la libera circolazione dei lavoratori subordinati che la libertà di stabilimento per i lavoratori autonomi. Nella sua prima accezione, disciplinata dall'articolo 45 TFUE, essa attribuisce ai lavoratori il diritto di spostarsi liberamente all'interno del territorio dell'Unione per rispondere ad offerte di lavoro effettive, di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività lavorativa e di rimanervi, dopo aver trovato un impiego. La libertà di stabilimento (articolo 49 TFUE e seguenti) conferisce invece "l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società", permettendo dunque il diritto di fissare la propria sede lavorativa in un altro Stato membro ed ivi svolgere un'attività non salariata. Sebbene la disciplina originaria facesse dunque esclusivamente riferimento ai "soli spostamenti economicamente rilevanti"²⁹, la libera circolazione è stata poi progressivamente estesa al punto da far divenire la cittadinanza europea il principale (se non addirittura l'unico) requisito richiesto, lasciando sullo sfondo

²⁸ Sulla libera prestazione di servizi si veda *infra*, par. 2.2.

²⁹ Francesco Martinelli, *Manuale di diritto dell'Unione Europea. Aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*, cit., p. 261.

ogni attributo di tipo lavorativo. Ciò è il risultato di una lenta e graduale evoluzione che, frutto delle pronunce della Corte di Giustizia prima e di alcune direttive poi, ha permesso, a poco a poco, a nuovi soggetti, prima esclusi (ad esempio ai familiari dei lavoratori o agli studenti), di beneficiare di tale diritto. In particolare, la direttiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 ha espressamente sancito il diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (senza alcuna formalità per periodi inferiori a tre mesi). Tale direttiva, provvedendo a riordinare la disciplina complessiva della libera circolazione, ha così provveduto a dettare “un corpo di regole a valenza generale e di impronta almeno tendenzialmente unitaria”, facendo “del diritto alla libera circolazione nell’Unione un diritto fondamentale e personale, tendenzialmente affrancato da una stretta funzionalizzazione a una logica di mercato”³⁰. Da ultimo si segnala anche l’articolo 21 TFUE in base a cui “Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”. Tali principi fanno sì che l’accesso al mercato debba essere assicurato ad ogni forma di attività transnazionale, inclusa anche l’assistenza sanitaria, che viene considerata alla stregua di ogni altro settore meramente economico. D’altra parte, se uno Stato membro non è certamente obbligato a porre fine al proprio monopolio pubblico in materia sanitaria, è altrettanto vero che, una volta liberalizzata l’erogazione delle prestazioni o delle forniture sanitarie, difficilmente potrà tornare indietro e, dunque, in quest’ultimo caso, la normativa europea dovrà necessariamente trovare applicazione, permettendo ai vari provider (stranieri) di offrire i propri prodotti in competizione con quelli forniti nello Stato membro di residenza del paziente³¹. Tale principio, che gli stessi autori cui si fa riferimento illustrano anche come “liberalization breeds liberalization’ thesis”³² è stato avallato anche dalla Corte di Giustizia del 2009, in un caso riguardante una legge tedesca (*Apothekengesetz*) che, di fatto, precludeva alle farmacie degli altri

³⁰ Stefano Giubboni, Giovanni Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea Principi e tendenze*, Bologna, Società Editrice Il Mulino, 2009, p. 7

³¹ Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., pp. 86-87.

³² Si confrontino Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., p. 87; Leigh Hancher, Wolf Sauter, *One Step Beyond? From Sodemare to Docmorris: The EU's Freedom of Establishment Case Law Concerning Healthcare*, *Common Market Law Review*, Vol. 47, n. 1, 2010, p. 118.

Stati membri di concludere contratti di approvvigionamento di medicinali con gli ospedali tedeschi. Ebbene secondo la Corte³³:

“[...] sebbene le norme comunitarie relative alla libera circolazione delle merci non impongano che gli ospedali situati negli Stati membri debbano avere la possibilità di farsi rifornire di medicinali da farmacie esterne, nel momento in cui uno Stato membro prevede siffatta possibilità, esso apre tale attività al mercato ed è di conseguenza tenuto a rispettare le suddette norme”.

La manualistica, tra le decisioni più importanti in materia richiamano anche la decisione *Hartlauer*³⁴, oltre alla già richiamata *DocMorris*³⁵. La prima concerneva alcune restrizioni imposte dal diritto austriaco all’apertura di ambulatori dentistici autonomi. Il governo del Land di Vienna e quello dell’Austria superiore avevano infatti negato ad una società con sede in Germania, la *Hartlauer*, le autorizzazioni richieste dalla legge austriaca per poter aprire un ambulatorio dentistico privato. Tale rifiuto si basava sul presupposto della mancanza di necessità di aprire nuovi studi dentistici, atteso che “l’assistenza odontoiatrica, a Vienna, era sufficientemente garantita dagli istituti di cura pubblici, privati di utilità pubblica e dagli altri medici convenzionati che offrivano prestazioni analoghe”. Ciò posto, “l’istituto di cura di cui si chiedeva l’apertura non avrebbe avuto l’effetto di accelerare, intensificare o migliorare sostanzialmente l’assistenza medica fornita nel settore dentistico ai pazienti domiciliati a Vienna”³⁶. La Corte tuttavia, pur ricordando ancora una volta la discrezionalità attribuita a ciascuno Stato nel decidere il livello di protezione della sanità pubblica e la possibilità che tale livello possa conseguentemente variare da un paese all’altro³⁷, notò come il necessario rilascio di

³³ Corte di Giustizia, 11 settembre 2008, Causa C-141/07, *Commissione contro Repubblica Federale di Germania*, ECR 2008 I-6935, paragrafo 41.

³⁴ Corte di Giustizia, 10 marzo 2009, Grande Sezione, Causa C-169/07, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH contro Wiener Landesregierung e Oberösterreichische Landesregierung (Hartlauer)*, ECR 2009 I-1721. Si veda anche Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., pp. 98-101.

³⁵ Corte di Giustizia, 19 maggio 2009, Grande Sezione, Cause riunite *Apothekerkammer des Saarlandes and Others (C-171/07)* e *Helga Neumann-Seiwert (C-172/0/07)* contro *Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (DocMorris)*, ECR 2009 I-4171.

³⁶ Corte di Giustizia, 10 marzo 2009, Grande Sezione, Causa C-169/07, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH contro Wiener Landesregierung e Oberösterreichische Landesregierung (Hartlauer)*, ECR 2009 I-1721, paragrafo 18.

³⁷ *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH contro Wiener Landesregierung e Oberösterreichische Landesregierung (Hartlauer)*, cit., paragrafo 30.

un'autorizzazione preventiva ostacolasse l'esercizio della libertà di stabilimento³⁸. A tal fine essa era chiamata a verificare se sussistesse una giustificazione obiettiva per tale limitazione, individuata dal governo austriaco nella tutela della salute pubblica e nella garanzia dell'equilibrio finanziario del sistema austriaco, che, lo si ricorda ancora una volta, si basa sulle assicurazioni sociali³⁹. D'altra parte, la giurisprudenza della stessa Corte aveva già individuato parametri di applicazione ben più rigidi, potendo uno Stato derogare, in modo obiettivo e non discriminatorio, alla libertà di stabilimento soltanto al fine di "mantenere un servizio medico-ospedaliero di qualità, equilibrato e accessibile a tutti" ovvero per "prevenire un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale"⁴⁰. Nel caso di specie la normativa austriaca costituiva però una chiara forma di discriminazione e non perseguiva "in modo coerente e sistematico" nessuno dei due suesposti motivi, visto che l'autorizzazione preventiva veniva richiesta soltanto per alcune strutture (ambulatori dentistici privati) e non per altre (come ad esempio per gli studi medici associati). A ciò si aggiunga che un'eventuale deroga alla libertà di stabilimento avrebbe dovuto in ogni caso essere fondata su criteri noti in anticipo, al fine di poter limitare la discrezionalità dell'autorità nazionale. Nel caso in esame, invece, la condizione cui era subordinato il rilascio dell'autorizzazione, veniva individuata unicamente nella "esistenza della necessità delle prestazioni offerte da questo nuovo istituto"⁴¹ ed accertata sulla base di criteri che variavano da Land a Land e che, dunque, non potevano essere noti in anticipo, pregiudicando l'obiettività e l'imparzialità della richiesta autorizzatoria^{42 43}. Di conseguenza, la Corte ritenne

³⁸ *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH contro Wiener Landesregierung e Oberösterreichische Landesregierung (Hartlauer)*, cit., paragrafi 31-39.

³⁹ Come riportato nel paragrafo 41 "Questo regime garantirebbe un servizio medico di qualità, equilibrato e accessibile a tutti e assicurerebbe l'equilibrio finanziario del sistema previdenziale in quanto consentirebbe agli enti di previdenza sociale di controllare le spese adeguandole ai bisogni pianificati".

⁴⁰ Si confrontino, nello stesso caso, i paragrafi da 47 a 63.

⁴¹ Si confronti il paragrafo 65.

⁴² Si confronti il paragrafo 70.

⁴³ Ad esempio, come si evince dai paragrafi da 66 a 69, il Land di Vienna valutava la ricorrenza di tale necessità "sulla base del numero di pazienti per ogni odontoiatra entro il bacino di utenza", con l'ovvia conseguenza che tale dato non poteva essere "né stabilito né portato in alcun modo anticipatamente a conoscenza degli interessati", mentre il Land dell'Austria superiore si basava "sulla durata del tempo di attesa ai fini di un consulto presso un tale odontoiatra", sebbene tali dati dovessero essere ricavati sulla base di indicazioni fornite dagli odontoiatri/potenziati concorrenti, che esercitavano nell'area in cui il nuovo istituto aveva richiesto di poter operare.

l'autorizzazione preventiva contraria alle disposizioni del TFUE che istituivano il diritto di stabilimento (in particolare gli articoli 49 e 54). Veniva così attribuito all'ordinamento europeo la possibilità di indagare le ragioni addotte da un sistema nazionale per chiudere le porte del mercato (in questo caso sanitario) alle imprese straniere e di correggerlo, ristabilendo la libertà di stabilimento, nel caso di mancato rispetto delle necessarie garanzie procedurali e sostanziali (coerenza e proporzionalità).

Di segno opposto la decisione della Corte di Giustizia nel già richiamato caso *DocMorris*⁴⁴, ove, al contrario, venne accertata la sussistenza di motivi di interesse generale effettivamente volti alla protezione della sanità pubblica in relazione ad una misura nazionale che, di fatto, ostacolava la libertà di stabilimento. Questi brevemente i fatti. La *DocMorris* era una società con sede nei Paesi Bassi che era stata autorizzata a gestire come succursale una farmacia in Germania, a condizione che assumesse un farmacista che potesse dirigere personalmente e sotto la sua diretta responsabilità la farmacia. La questione controversa era rappresentata dal presunto contrasto di tale decisione con la legge tedesca sulle farmacie, in base alla quale soltanto i soggetti in possesso del titolo di farmacista possono essere proprietari e gestire una farmacia (è la “regola di esclusione dei non farmacisti”). Ebbene, la Corte di Giustizia fu chiamata a valutare se tale regola fosse o meno contraria al diritto di stabilimento sancito dal TFUE. Al riguardo, il governo federale tedesco sosteneva che la legge interna fosse giustificata dalla tutela della sanità pubblica, mentre il governo regionale del Saarland, la società *DocMorris* e la Commissione ritenevano invece detta restrizione né opportuna né necessaria per il raggiungimento di tale obiettivo. La Corte preliminarmente notò come gli Stati membri siano tenuti a rispettare il diritto dei Trattati, e dunque anche il diritto di

Come previsto dal paragrafo 74 “Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano a disposizioni nazionali, come quelle oggetto della causa principale, ai sensi delle quali, per l’apertura di un istituto di cura privato nella forma di un ambulatorio dentistico autonomo, è necessaria un’autorizzazione e tale autorizzazione viene negata qualora non sussista, alla luce dell’assistenza già offerta dai medici convenzionati, alcuna necessità che giustifichi l’apertura di un istituto siffatto, allorché queste disposizioni non subordinano ad un regime simile anche gli studi associati e non sono fondate su una condizione che sia idonea a circoscrivere sufficientemente l’esercizio, da parte delle autorità nazionali, del loro potere discrezionale”.

⁴⁴ Corte di Giustizia, 19 maggio 2009, Grande Sezione, Cause riunite *Apothekerkammer des Saarlandes and Others (C-171/07)* e *Helga Neumann-Seiwert (C-172/07)* contro *Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (DocMorris)*, ECR 2009 I-4171.

stabilimento, anche con riferimento al settore sanitario. D'altra parte, gli stessi Stati detengono però la competenza a regolare il sistema di previdenza sociale e i servizi sanitari (fra cui anche le farmacie), godendo, al riguardo, di un certo potere discrezionale, che rende ammissibili protezioni della sanità pubblica differenziate da Stato a Stato⁴⁵. Non esistendo alcuna norma europea che precisasse quali soggetti potessero possedere una farmacia (tanto che alcuni Stati – come la Germania – prevedono che possano essere soltanto farmacisti, mentre altri lo consentono anche ad operatori privi di tale titolo), la Corte si limitò a fare riferimento alle sole disposizioni del Trattato e ad esaminare gli effetti della regola prevista dal diritto tedesco. Essa astrattamente configurava una restrizione al diritto di stabilimento poiché, sebbene applicabile senza discriminazioni in base alla cittadinanza, aveva l'effetto di ostacolare o scoraggiare l'esercizio di detta libertà da parte dei cittadini europei, riservandola soltanto a taluni soggetti e subordinandola al rilascio di una autorizzazione⁴⁶. Tuttavia misure come quella prevista dall'ordinamento tedesco possono essere giustificate poiché certamente la sanità pubblica “rientra fra i motivi imperativi di interesse generale che possono giustificare restrizioni alle libertà di circolazione”⁴⁷. Di conseguenza la Corte, diversamente dal caso *Hartlauer*, riconobbe che tale misura era effettivamente finalizzata a salvaguardare la messa in commercio dei medicinali, ben potendo gli Stati prevedere requisiti restrittivi che riservano detta attività vendita ai soli farmacisti “in considerazione delle garanzie che questi ultimi devono presentare e delle informazioni che devono essere in grado di fornire al consumatore”⁴⁸, escludendo chi, privo di tale titolo, non appare avere le stesse garanzie di esperienza e conoscenza. Risultando altresì “atta a garantire la realizzazione dell'obiettivo inteso ad assicurare una fornitura sicura e di qualità di medicinali alla popolazione”⁴⁹, la Corte concluse affermando come le disposizioni del Trattato, per i motivi suesposti, non ostassero alla normativa tedesca che precludeva ai soggetti privi del titolo di farmacista di possedere e gestire farmacie.

⁴⁵ Al riguardo, si confrontino i paragrafi 18 e 19.

⁴⁶ Si confrontino i paragrafi da 20 a 24. In particolare, si veda anche il paragrafo 23 che cita espressamente la sentenza *Hartlauer*.

⁴⁷ Si veda il paragrafo 27.

⁴⁸ Si veda il paragrafo 34.

⁴⁹ Si veda il paragrafo 51.

2.1.4 Mercato interno e sistemi sanitari: goods and capital (cenni)

La “chiave di volta della costruzione europea”⁵⁰, fu certamente la creazione di un’unione doganale che garantisse il libero transito delle merci tra i vari Stati. La libera circolazione delle merci fu realizzata mediante la progressiva eliminazione dei dazi doganali, di ogni tassa di effetto equivalente e con l’adozione di una tariffa doganale comune per gli scambi con i paesi terzi. Rinviando a testi ben più autorevoli la descrizione delle varie fasi che hanno caratterizzato lo sviluppo dell’unione doganale⁵¹, basti in questa sede segnalare che tra tali merci rientrano indubbiamente anche i medicinali e i dispositivi medici. D’altra parte, il loro utilizzo comporta inevitabilmente la sussistenza di rischi sanitari che non possono essere ignorati dai legislatori, oltre che rappresentare un considerevole costo per le finanze dei vari Stati e, al tempo stesso, ingente fonte di profitto per l’industria farmaceutica. Aspetti che, in considerazione dei potenziali conflitti che ne possono derivare, non possono essere ignorati dal diritto europeo⁵². Se, dunque, i Trattati garantiscono la libera circolazione dei prodotti farmaceutici, la loro effettiva movimentazione tra gli Stati è stata tuttavia oggetto di numerose regolamentazioni, sia nazionali che europee (in particolare direttive). Tralasciando tale tema, basti qui citare le norme in tema di proprietà intellettuale⁵³ (cui ad esempio fa riferimento l’articolo 207 TFUE) ovvero la Direttiva sulla Trasparenza⁵⁴, “adottata per consentire agli operatori del mercato di verificare che le misure nazionali non creino ostacoli agli scambi incompatibili con le disposizioni del trattato che disciplinano la libera

⁵⁰ Francesco Martinelli, *Manuale di diritto dell’Unione Europea. Aspetti istituzionali e politiche dell’Unione*, cit., p. 243.

⁵¹ Si veda, ad esempio, Giorgio Gaja, Adelina Adinolfi, *Introduzione al diritto dell’Unione europea*, Roma, Bari, GLF editori Laterza, 2014.

⁵² Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., p. 167.

⁵³ Al riguardo, si veda Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., p. 168.

⁵⁴ Direttiva 89/105/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1988 riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità medicinali per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia.

circolazione delle merci”, fissando “requisiti minimi di tipo procedurale per garantire la trasparenza delle misure nazionali in materia di fissazione dei prezzi e di rimborso”^{55 56}.

Quanto, infine, alla libera circolazione dei capitali, tale libertà è stata in primo luogo attuata mediante l’emanazione di quattro direttive (da ultimo la direttiva 88/361/CEE del 1988) che hanno introdotto un “regime di completa liberalizzazione, con la soppressione di tutti i controlli e le restrizioni in materia di cambi”⁵⁷. Ad oggi, la materia è disciplinata anche dal TFUE, agli articoli 63 e seguenti. In particolare, l’articolo 63 proibisce tutte le restrizioni ai movimenti di capitali e ai pagamenti non solo tra Stati membri ma anche tra questi e paesi terzi. Le uniche deroghe a tale libertà sono previste dagli articoli 64 e 65 che, per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, devono essere interpretate restrittivamente e non possono essere invocate soltanto per motivazioni di carattere meramente economico⁵⁸. Tali disposizioni trovano dunque applicazione anche con riferimento ad eventuali misure nazionali che si frappongano ad investimenti nel settore sanitario anche se, come notato da autorevoli studiosi⁵⁹, tali restrizioni rappresentano spesso una violazione già direttamente ricollegabile alla (più generale) libertà di stabilimento, su cui si è già ampiamente discusso e a cui si rinvia. A tal fine, si segnala soltanto un’ulteriore pronuncia della Corte di Giustizia che ha esplicitamente affrontato la presunta violazione sia della libertà di stabilimento che di quella alla circolazione dei capitali. È il caso *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana* del 2009⁶⁰, che aveva ad oggetto una normativa italiana che riservava il diritto di gestire una farmacia ai soli farmacisti (anche riuniti

⁵⁵ Si confronti il Documento di Lavoro dei Servizi della Commissione, Sintesi della Valutazione d’impatto, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012SC0029&from=IT> (link verificato in data 1.06.2017).

⁵⁶ In tema di dispositivi medici, si rinvia invece alla consultazione del Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio.

⁵⁷ Francesco Martinelli, *Manuale di diritto dell’Unione Europea. Aspetti istituzionali e politiche dell’Unione*, cit., p. 277.

⁵⁸ Leigh Hancker, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., pp. 118-120.

⁵⁹ Leigh Hancker, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., p. 119.

⁶⁰ Corte di Giustizia, 19 maggio 2009, Causa C-531/06, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana (Italian pharmacists)*, ECR 2009 I-4103.

in società), negando tale possibilità alle imprese di distribuzione di prodotti farmaceutici. Al di là dell'espresso riferimento anche all'articolo 56 TCE (adesso art. 63 TFUE), il caso non presenta differenze sostanziali dal caso *DocMorris*, avendo ancora una volta la Corte ritenuto tali misure giustificate dall'interesse generale di tutela della sanità pubblica.

2.1.5 *Disciplina della concorrenza e sistemi sanitari (cenni)*

Il rapporto tra disciplina europea della concorrenza e assistenza sanitaria rappresenta un tema ancora non sufficientemente considerato da parte della letteratura⁶¹, nonostante la crescente rilevanza degli articoli 101 e seguenti del TFUE che, come noto, tendono ad evitare che il mercato interno (e la liberalizzazione che ne consegue) possa essere vanificato “da comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e degli Stati tendenti ad isolare i mercati nazionali”⁶² ⁶³. Limiti di spazio non consentono di affrontare la copiosa giurisprudenza che ha precisato i requisiti delle varie pratiche vietate (intese recanti pregiudizio alla concorrenza, divieto di abuso di posizione dominante, fusioni tra imprese, aiuti di Stato) e pertanto l'indagine si limiterà a chiarire se i provider e le compagnie assicurative sanitarie possano o meno essere qualificate come imprese ai fini dell'applicazione delle norme europee in tema di concorrenza. A tal fine, la

⁶¹ Così Leigh Hancker, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., p. 223. Si confronti anche Johan Van de Gronden, Wolf Sauter, *Taking the temperature: EU competition law and health care*, Legal Issues of Economic Integration, Vol. 38, n. 3, 2011, pp.213-241.

⁶² Francesco Martinelli, *Manuale di diritto dell'Unione Europea. Aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*, cit., p. 329.

⁶³ Oltre alle fonti di diritto primario, la materia della concorrenza è disciplinata altresì da norme di diritto derivato. Ne sono esempio le norme in tema di appalti pubblici (*Public Procurement*), come ad esempio la Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la precedente direttiva 2004/18/CE, finalizzate al rispetto dei principi di libera circolazione di merci, persone e servizi. Queste regole richiedono pertanto che l'aggiudicazione degli appalti pubblici (anche se banditi da autorità sanitarie) rispetti una serie di principi quali la parità di trattamento, la non discriminazione, la pubblicità e la trasparenza, al fine di garantire un'ampia concorrenza europea, tale da garantire a tutti i fornitori dei vari Stati le stesse possibilità di presentare le proprie offerte e di vincere un appalto, e di evitare possibili favoritismi a vantaggio di imprese locali.

Corte di Giustizia ha avuto modo di precisare⁶⁴ che non rileva la definizione giuridica formalmente attribuita dal diritto nazionale, bensì, piuttosto, l'effettivo coinvolgimento dell'entità in una attività economica, volta all'offerta di beni o servizi in un determinato mercato⁶⁵. È ad esempio nel celebre caso *Pavlov*⁶⁶ che la Corte ha affermato che i medici specialisti autonomi, svolgendo un'attività economica (per la quale ricevono una remunerazione), costituiscono imprese ai sensi degli articoli del Trattato, “senza che la natura complessa e tecnica dei servizi da loro forniti e la circostanza che l'esercizio della loro professione è regolamentato siano tali da modificare questa conclusione”⁶⁷. Oppure il caso *Glöckner*⁶⁸, ove similmente è stato accertato che i servizi di trasporto di malati in ambulanza costituiscono a tutti gli effetti un'attività economica. Diverso è invece l'approccio interpretativo seguito con riferimento agli organi pubblici operanti nel settore sanitario e deputati ad acquistare servizi dai provider sanitari privati. Ebbene, generalmente la disciplina sulla concorrenza non trova applicazione per gli enti pubblici che operano, non per profitto, ma per garantire servizi di interesse sociale in ossequio al principio di solidarietà. Questi, in breve, i casi prevalentemente citati⁶⁹. Nel primo (AOK)⁷⁰ veniva in rilievo il possibile contrasto tra le norme in tema di concorrenza e la fissazione di massimali per il contributo delle casse malattie ai costi dei medicinali e dei prodotti sanitari, stabilita da varie “federazioni di casse” sulla base della disciplina introdotta dal legislatore tedesco. Confermando la legittimità di tali massimali, la Corte ha avuto modo di precisare che le casse malattie non potevano essere considerate imprese, posto che la loro attività non era economica bensì di carattere esclusivamente sociale, fondata sul principio di

⁶⁴ Si confrontino le decisioni della causa C-118/85, 16 giugno 1987, *Commissione contro Italia*, ECR 1987 I-2599 e della causa C-41/90, 23 aprile 1991, *Klaus Hoefner e Fritz Elser contro Macrotron GmbH*, ECR 1991 I-1979.

⁶⁵ Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., p. 225.

⁶⁶ Corte di Giustizia, 12 settembre 2000, Cause riunite C-180/98 e C-184/98, *Pavel Pavlov e altri contro Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, ECR 2000 I-6451.

⁶⁷ Si confronti il paragrafo 77 della sentenza.

⁶⁸ Corte di Giustizia, 25 ottobre 2001, Causa C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner contro Landkreis Südwestpfalz*, ECR 2001 I-8089, paragrafi 19, 20.

⁶⁹ Si veda Julia Lear, Elias Mossialos, Beatrix Karl, *EU competition law and health policy*, in Elias Mossialos, Govin Permanand, Rita Baeten, Tamara K. Hervey (eds.), *Health systems governance in Europe. The role of European Union law and policy*, New York, Cambridge University Press, 2010, pp. 342, 343.

⁷⁰ Corte di Giustizia, 16 marzo 2004, Cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband contro Ichthyol-Gesellschaft Cordes*, ECR 2004 I-2493.

solidarietà. La seconda pronuncia⁷¹ cui si fa riferimento concerneva invece il presunto abuso di posizione dominante (102 TFUE) da parte degli enti di gestione del servizio sanitario spagnolo per sistematici ritardi nel pagamento del materiale sanitario acquistato da un'associazione formata da varie imprese, la *FENIN*. Anche in questo caso non è stata ravvisata alcuna violazione del Trattato poiché l'attività di acquisto da parte degli enti pubblici non poteva costituire attività economica in considerazione dell'utilizzo cui i beni acquistati erano destinati. Si trattava infatti di beni non destinati ad essere rivenduti sul mercato ma strumentali all'erogazione di prestazioni sanitarie offerte dal servizio pubblico. Al riguardo, infatti, “non si deve separare l'attività di acquisto del prodotto dall'utilizzo successivo che ne è fatto [...] il carattere economico o non economico dell'utilizzo successivo del prodotto acquistato determina necessariamente il carattere dell'attività di acquisto”⁷². Proprio in virtù di tale considerazione, la Corte ha invece ritenuto impresa svolgente un'attività economica (con conseguente applicabilità delle norme in tema di concorrenza) un ente di assicurazione sociale (*Fédération française des sociétés d'assurance*) che, al di là delle attività “istituzionali” attinenti i regimi previdenziali obbligatori, offriva anche attività assicurative ulteriori, di carattere economico e in regime di concorrenza con le altre compagnie assicurative private⁷³.

2.2 La libera prestazione dei servizi e l'assistenza medica transfrontaliera

2.2.1 Le origini

Disciplinata dagli articoli da 56 a 62 del TFUE, la libera prestazione dei servizi riafferma il principio del divieto di discriminazioni dovute alla nazionalità,

⁷¹ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 11 luglio 2006, Causa C-205/03, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria* (FENIN) contro *Commission of the European Communities*, ECR 2006 I-6295.

⁷² Si confronti il paragrafo 26. Si veda anche Kyriaki-Korina Raptopoulou, *Eu law and healthcare services: normative approaches to public health systems*, cit., pp. 192, 193.

⁷³ Si veda la sentenza della Corte di Giustizia del 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance* e altri contro *Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, ECR 1995 I-4013

attribuendo ai cittadini europei la possibilità di prestare la propria opera, temporanea e occasionale, in uno Stato membro diverso da quello in cui il lavoratore si è stabilito, senza tuttavia creare una sede stabile. Ai sensi dell'articolo 57, per servizi si intendono le “prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone”. Innanzitutto, occorre precisare che all'interno della libera prestazione dei servizi rientra anche l'assistenza sanitaria. Essa tuttavia ricomprende non soltanto il diritto di offrire la propria prestazione professionale in un altro Stato membro ma anche quello del paziente di riceverla in uno Stato diverso da quello di residenza. Questo fondamentale principio è stato affermato per la prima volta in due sentenze della Corte di Giustizia risalenti al 1984 e al 1991. Nella prima, *Luisi e Carbone contro Ministero del tesoro*, veniva in rilievo una legge italiana che limitava i trasferimenti di valuta, sulla cui base erano state inflitte sanzioni pecuniarie ai ricorrenti, i quali avevano acquistato divise estere da utilizzare all'estero per un controvalore superiore al limite fissato dal legislatore italiano per scopi di turismo, affari, studio e cura. La decisione chiarì come la libera prestazione dei servizi ricomprendesse anche la libertà dei destinatari degli stessi di recarsi in un altro Stato membro per fruire di un servizio, “senza essere impediti da restrizioni, anche in materia di pagamenti”. Al riguardo, infatti, “i turisti, i fruitori di cure mediche e coloro che effettuano viaggi di studi o d'affari devono essere considerati destinatari di servizi”⁷⁴. Principio ulteriormente ribadito in *SPUC contro Grogan*⁷⁵ ove venne confermata la natura di servizio all'interruzione della gravidanza per intervento medico⁷⁶. Se inizialmente l'impatto pratico di tali decisioni sui sistemi sanitari nazionali fu alquanto limitato, la situazione mutò rapidamente dalla fine

⁷⁴ Corte di Giustizia, 31 gennaio 1984, cause riunite 286/82 e 26/83, *Graziana Luisi e Giuseppe Carbone contro Ministero del tesoro*, ECR 1984 -377, paragrafo 16.

⁷⁵ Corte di Giustizia, 4 ottobre 1991, causa C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contro Stephen Grogan e altri*, ECR 1991 I-4685.

⁷⁶ Come disposto dal paragrafo 18 della sentenza infatti: “occorre rilevare che l'interruzione della gravidanza, così come lecitamente praticata in diversi Stati membri, è un'attività medica normalmente fornita dietro retribuzione e che può essere praticata nell'ambito di una libera professione. In ogni caso, la Corte ha già dichiarato nella sentenza 31 gennaio 1984, *Luisi e Carbone*, punto 16 della motivazione che le attività mediche rientrano nel campo di applicazione dell'art. 60 del Trattato”.

degli anni Novanta con quella giurisprudenza della Corte di Giustizia, su cui ora ci soffermeremo, spesso definita *the Patient Mobility Case Law*.

2.2.2 I casi Kohll e Decker

*Kohll*⁷⁷ e *Decker*⁷⁸ furono i primi fondamentali casi decisi parallelamente dalla Corte di Giustizia il 28 aprile 1998 e da cui è opportuno iniziare l'analisi. Tali controversie, riguardanti rispettivamente la libera prestazione dei servizi e la libera circolazione dei beni, si incentravano sul regolamento n. 1408/1971, allora in vigore al fine di coordinare le varie legislazioni nazionali in materia di sicurezza sociale e proteggere i diritti di previdenza sociale dei lavoratori e dei loro familiari che si spostano all'interno degli Stati membri⁷⁹. La Corte di Giustizia riuscì a sovvertire con la propria interpretazione il dato letterale dell'articolo 22 del regolamento che, tra l'altro, attribuiva al lavoratore e ai suoi familiari, previa autorizzazione dell'ente competente, il diritto di recarsi in un altro Stato membro per ricevere cure adeguate, secondo la normativa dello Stato in cui le prestazioni sono fornite.

Il primo caso concerneva il diniego della richiesta di rimborso avanzata dal signor *Kohll*, cittadino lussemburghese, per i costi relativi ad un trattamento medico ricevuto dalla figlia presso un ortodontista in Germania, senza aver ottenuto dall'*Union des caisses de maladie*, cui era iscritto, la preventiva autorizzazione prevista⁸⁰. La Corte di Giustizia fu investita dalla *Cour de Cassation*

⁷⁷ Corte di Giustizia, 28 aprile 1998, Causa C-158/96, *Raymond Kohll* contro *Union des caisses de maladie*, ECR 1998 I-1931.

⁷⁸ Corte di Giustizia, 28 aprile 1998, Causa C-120/95, *Nicolas Decker* contro *Caisse de maladie des employés privés*, ECR 1998 I-1831.

⁷⁹ Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori dipendenti e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità. Tale regolamento è stato abrogato dal regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e dal successivo regolamento (CE) n. 987/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio. Attualmente, quest'ultimi due regolamenti risultano modificati dal Regolamento (UE) N. 1372/2013 della Commissione del 19 dicembre 2013.

⁸⁰ La normativa lussemburghese ricalcava infatti la disciplina prevista dall'articolo 22 del regolamento n. 1408/71, prevedendo che, tranne i casi eccezionali di cure urgenti dovuti a malattia o incidente avvenuti all'estero, gli assicurati potessero ricevere cure in altri Paesi membri soltanto se previamente autorizzati dall'ente previdenziale. Si confrontino anche i paragrafi 6 e 7 della sentenza *Kohll*.

lussemburghese della soluzione di due questioni pregiudiziali. In primo luogo, la Corte si chiedeva se le norme del Trattato concernenti la libera prestazione dei servizi ostassero ad una normativa nazionale che, in caso di trattamenti medici forniti in uno Stato diverso da quello di residenza del paziente, subordinava il rimborso degli stessi ad un'autorizzazione preventiva dell'ente previdenziale dell'assicurato. In secondo luogo se la risoluzione del primo quesito subisse modifiche se la normativa fosse finalizzata a “mantenere un servizio medico-ospedaliero equilibrato e accessibile a tutti in una determinata regione”⁸¹. Se è certamente vero che, in assenza di un'armonizzazione a livello europeo, spetta agli Stati membri organizzare i propri sistemi previdenziali (ad esempio stabilendo il regime facoltativo ovvero obbligatorio di iscrizione ad un determinato regime di previdenza sociale)⁸², essi sono tuttavia chiamati a rispettare il diritto comunitario, atteso che “la natura particolare di talune prestazioni di servizi non può sottrarre tali attività al principio fondamentale della libera circolazione”⁸³. La Corte passò dunque ad esaminare la normativa lussemburghese che prevedeva la necessità di detta autorizzazione. La questione verteva sul rimborso richiesto dal signor *Kohll* per la prestazione medica ricevuta all'estero. Non avendo ricevuto la preventiva autorizzazione (necessaria al fine di ottenere il rimborso secondo le tariffe in vigore nello Stato in cui la prestazione è eseguita), la richiesta era stata parametrata sull'importo “al quale avrebbe avuto diritto se la cura fosse stata prestata dall'unico specialista stabilito, all'epoca dei fatti, in Lussemburgo”⁸⁴. A detta dell'ente previdenziale, la richiesta avrebbe dovuto essere rigettata poiché ritenuta in contrasto con il regolamento n. 1408/71, che costringerebbe ad un rimborso che non poteva essere parametrato alla tariffa lussemburghese ma soltanto (previa autorizzazione, mancante nel caso di specie) a quella dello Stato in cui la prestazione è stata eseguita. Sul punto però la Corte fu di diverso avviso. Difatti, la circostanza che la norma interna potesse essere “eventualmente conforme” a quanto previsto da una norma di diritto derivato (l'articolo 22 del già citato regolamento 1408/71), non escludeva in alcun caso l'applicazione del Trattato e dei diritti ivi sanciti. Vi era di

⁸¹ Causa C-158/96, *Kohll*, *supra* nota n. 77, paragrafo 10.

⁸² Causa C-158/96, *Kohll*, *supra* nota n. 77, paragrafi 17-19.

⁸³ Causa C-158/96, *Kohll*, *supra* nota n. 77, paragrafo 20.

⁸⁴ Causa C-158/96, *Kohll*, *supra* nota n. 77, paragrafo 23.

più. La Corte, accogliendo le conclusioni dell'avvocato generale Tesaurò, notò infatti come l'articolo 22 e il caso in esame riguardassero fattispecie diverse e ben distinte. Da una parte infatti l'articolo 22⁸⁵:

“[...] mira a permettere all'assicurato, autorizzato dall'ente competente a recarsi in un altro Stato membro per ricevere ivi cure adeguate alle sue condizioni, di fruire di prestazioni mediche in natura per conto dell'ente competente, ma secondo la normativa dello Stato in cui le prestazioni sono fornite, segnatamente nel caso in cui il trasferimento diventi necessario in considerazione dello stato di salute dell'interessato, e ciò senza andare incontro a spese supplementari”.

Dall'altra, il caso in esame, che riguardava una prestazione medica ricevuta all'estero, da rimborsare sulla base della tariffa dello Stato di provenienza, in cui il paziente è assicurato, anche senza autorizzazione preventiva. Al riguardo, l'articolo 22, non regolamentando anche tale fattispecie, non poteva certamente impedire tale tipo di rimborso. La Corte tornò così ad esaminare la compatibilità della normativa lussemburghese con il diritto alla libera prestazione dei servizi, osservando quanto segue. Posto che la prestazione in esame doveva essere considerata un servizio, si trattava di stabilire se le regole dettate dal legislatore del Lussemburgo costituissero una restrizione alla libera prestazione dei servizi e se, in caso di risposta affermativa, essa potesse essere obiettivamente giustificata. Richiamandosi alla giurisprudenza in materia, la Corte ribadì come articolo 56 TFUE vietasse qualsiasi norma nazionale che avesse “l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna a uno Stato membro”. Contrariamente a tale principio, la normativa lussemburghese, pur non impedendo ai pazienti di rivolgersi a professionisti medici di altri Stati, subordinava la possibilità di ottenere il rimborso delle spese sostenute ad una autorizzazione preventiva, autorizzazione che invece non era richiesta per i rimborsi delle prestazioni mediche da svolgersi all'interno del Lussemburgo. Risolto il primo quesito affermando che la normativa in questione, scoraggiando gli assicurati dal rivolgersi ai prestatori di servizi medici stabiliti in un altro Stato, costituiva un ostacolo alla libera prestazione dei servizi (citando espressamente anche la sentenza

⁸⁵ Causa C-158/96, *Kohll*, *supra* nota n. 77, paragrafo 26.

Luisi e Carbone), restava da verificare se tale limitazione potesse essere obiettivamente giustificata da ragioni imperative di interesse generale individuate innanzitutto nella necessità di controllare le spese sanitarie ed il bilancio del sistema previdenziale. Tali presunte motivazioni finanziarie venivano però smentite dal fatto che il signor *Kohll* aveva richiesto il rimborso sulla base delle tariffe applicate nel Lussemburgo e non sulla spesa effettivamente sostenuta in Germania. Pertanto l'onere “gravante sul bilancio dell'ente previdenziale lussemburghese”⁸⁶ prescindeva dalla circostanza che l'assicurato si fosse rivolto ad un professionista medico del Lussemburgo o invece di un altro Stato. Peraltro, se è certamente vero che la libera prestazione dei servizi possa subire limitazioni per motivi di sanità pubblica, questa facoltà ha però carattere eccezionale, non consentendo agli Stati di “sottrarre il settore della sanità pubblica, in quanto settore economico e dal punto di vista della libera prestazione dei servizi, all'applicazione del principio fondamentale della libera circolazione”⁸⁷. Posto che varie direttive avevano ormai provveduto ad armonizzare i requisiti per l'accesso alle attività mediche, i medici dei vari Stati presentano ormai garanzie di professionalità pressoché identiche, con la conseguenza che una disciplina limitativa come quella del caso in esame non poteva essere giustificata dalla necessità di proteggere la qualità delle prestazioni offerte. Gli unici, residuali, motivi di tutela della sanità pubblica potevano dunque riguardare o l'obiettivo di conservare un servizio sanitario equilibrato e accessibile a tutti ovvero il mantenimento del sistema o di una data competenza medica nel territorio nazionale per finalità di protezione della sanità pubblica o della stessa sopravvivenza della popolazione. Esclusi entrambi i motivi, perché non dimostrati dallo Stato⁸⁸, la Corte statuì che la normativa non poteva essere giustificata da motivi di sanità pubblica, affermando, di conseguenza, come il regolamento n. 1408/71 non vietasse il rimborso della prestazione medica ricevuta all'estero senza autorizzazione ma quantificata sulla base dei criteri propri del sistema di previdenza sociale del paese di cui il soggetto è residente. Una normativa che preveda tale limitazione, per i motivi suesposti, è dunque contraria alla libera circolazione dei servizi. Del tutto sovrapponibile il caso *Decker*, su cui è dunque possibile limitarsi

⁸⁶ Causa C-158/96, *Kohll*, *supra* nota n. 77, paragrafo 40.

⁸⁷ Causa C-158/96, *Kohll*, *supra* nota n. 77, paragrafi 45, 46.

⁸⁸ Causa C-158/96, *Kohll*, *supra* nota n. 77, paragrafi 47-52.

soltanto ad alcune brevi precisazioni. Ancora una volta la questione controversa concerneva un cittadino lussemburghese che, senza l'autorizzazione del proprio ente previdenziale, aveva acquistato un paio di occhiali da vista da un ottico sito in Belgio (ma prescritti da un medico del Lussemburgo), di cui aveva richiesto, senza ottenerlo, un rimborso forfettario. Veniva pertanto in rilievo la libera circolazione delle merci ed in particolare il divieto di restrizioni quantitative all'importazione tra gli Stati membri e di qualsiasi misura di effetto equivalente (attualmente disciplinata dall'articolo 34 TFUE)⁸⁹ nonché le ipotesi in cui possono eccezionalmente essere imposti divieti o restrizioni all'importazione anche per motivi di tutela della salute (articolo 36 TFUE). Con un ragionamento del tutto identico a quello seguito nel caso *Kohll*, la Corte affermò l'applicazione del principio della libera circolazione anche con riferimento all'ambito previdenziale, dichiarando poi ancora una volta come l'articolo 22 del regolamento n. 1408/71 non ponesse il principio della necessità di un'autorizzazione preventiva per ogni tipo di cura da ricevere in un altro Stato membro. Ciò alla luce della già ricordata diversità tra la fattispecie regolata dall'articolo 22 e il caso di specie, attinente ad un "rimborso da parte degli Stati membri, in base alle tariffe in vigore nello Stato competente, dei prodotti medici acquistati in un altro Stato membro, anche in mancanza di un'autorizzazione previa"⁹⁰. Quanto, infine, al rapporto tra la normativa nazionale e le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione delle merci, la prima aveva l'effetto di incoraggiare le persone assicurate presso il regime previdenziale lussemburghese ad acquistare gli occhiali da soggetti stabiliti nello stesso Stato (per cui non era richiesta alcuna autorizzazione) piuttosto che all'estero⁹¹. Ciò dunque costituiva un ostacolo alla libera circolazione delle merci che non poteva essere giustificato, come invece asserito dal governo lussemburghese, né dall'obiettivo di controllare l'equilibrio finanziario del sistema previdenziale, stante l'esiguità dell'importo forfettario che sarebbe stata chiamato a restituire, né da quello di tutela della sanità pubblica, posto che, anche alla luce delle direttive in tema di riconoscimento delle professioni

⁸⁹ Sul significato di tali divieti e sulla loro portata applicativa, si veda Francesco Martinelli, *Manuale di diritto dell'Unione Europea. Aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*, cit., pp. 245-246.

⁹⁰ Causa C-120/95, *Decker*, supra nota 78, paragrafo 29.

⁹¹ Causa C-120/95, *Decker*, supra nota 78, paragrafi 34, 35.

regolamentate, l'acquisto di un occhiale presso un ottico presenta le stesse garanzie in qualsiasi Stato membro.

Prima di concludere, possono intravedersi i principali meriti della soluzione proposta dalla Corte di Giustizia nella decisione di questi due casi, che sembrano essere il proseguimento logico di quanto affermato per la prima volta nei casi *Luisi e Carbone* e *Grogan*. Sancendo infatti la contrarietà dell'autorizzazione preventiva ai diritti di libera prestazione dei servizi e di circolazione delle merci, la Corte rimosse una condizione che fino a quel momento aveva dissuaso i pazienti dalla fruizione di prestazioni mediche e prodotti sanitari in un altro Stato membro. Ciò ha permesso l'estensione dei principi del mercato interno anche ai servizi sanitari, sebbene questi siano forniti mediante schemi di assicurazione sociale, condizionando, di fatto, le politiche interne in materia di previdenza sociale e sanità. Oltre all'effettiva promozione dell'assistenza medica transfrontaliera, le pronunce ebbero anche l'effetto, non secondario, di ridurre fortemente la centralità e la rilevanza del regolamento n. 1408/71, il cui rispetto aveva rappresentato l'unica condizione per il rimborso delle spese mediche sostenute all'estero. Da allora tale facoltà è stata direttamente ricollegata alle disposizioni del Trattato, con la conseguenza che la mobilità dei pazienti non rappresentava più un privilegio subordinato alla concessione di una autorizzazione discrezionale ma stava divenendo espressione di un vero e proprio diritto.

2.2.3 La giurisprudenza successiva. In particolare Smits e Peerboms

La giurisprudenza che seguì, pur consolidando i principi enunciati nelle più risalenti pronunce, segnò un'evidente svolta. Da singoli pronunciamenti sul diritto al rimborso di prestazioni transfrontaliere, la Corte sembrò adottare una più ampia funzione di *policy-making*, non rinunciando a considerazioni che apertamente ricercavano un bilanciamento tra gli interessi degli Stati a mantenere un ruolo cruciale nell'organizzazione, anche finanziaria, dei propri apparati medici e le opposte posizioni dei pazienti in cerca di cure transfrontaliere. L'esempio più

rilevante è il caso *Smits e Peerboms*⁹², concernente l'applicabilità della libera prestazione dei servizi alle strutture ospedaliere e, ancora una volta, la legittimità dell'autorizzazione preventiva per i trattamenti sanitari all'estero. I pazienti, due cittadini olandesi, avevano infatti richiesto alla propria cassa malattia il rimborso delle spese di ospedalizzazione sostenute rispettivamente in Germania ed in Austria, sebbene il sistema olandese fosse prevalentemente basato su uno schema secondo cui gli assicurati hanno il diritto di ricevere gratuitamente le prestazioni sanitarie dalle strutture cliniche convenzionate con la cassa malattia ("benefits in kind"), mentre generalmente non hanno il diritto al rimborso delle spese sostenute per le cure mediche. Al riguardo, al fine di poter rivolgersi ad un istituto di un altro Stato membro, la normativa olandese richiedeva la previa autorizzazione della cassa malattia cui il soggetto era iscritto, che sarebbe stata concessa se la prestazione fosse stata considerata "usuale negli ambiti professionali interessati" e necessaria, sul presupposto che cure adeguate non avrebbero potuto essere tempestivamente ottenute in Olanda. Dopo aver ripetuto la posizione sostenuta in *Kohll* circa l'obbligo di rispettare il diritto comunitario e le disposizioni del Trattato nonostante le competenze che gli Stati detengono in ordine alla regolazione dei propri schemi di sicurezza sociale⁹³, la Corte affrontò le contestazioni opposte da vari Governi, secondo cui i servizi ospedalieri non potevano costituire un'attività economica ai sensi dell'articolo 50 TCE (attualmente art. 57 TFUE). Ciò "in particolare allorché sono prestati gratuitamente in natura in forza del regime di assistenza sanitaria vigente". Difatti, non potrebbe sussistere alcuna retribuzione (richiesta invece dal Trattato affinché la prestazione fornita possa essere considerata come servizio) poiché il paziente "beneficia di trattamenti prestati in una struttura ospedaliera senza dover pagare egli stesso il corrispettivo o allorché gli viene rimborsato l'intero importo speso, o una quota dello stesso"⁹⁴. Tutti gli argomenti proposti vennero tuttavia rigettati: le attività mediche rientravano nell'ambito applicativo dell'articolo 57 TFUE, "senza che in proposito si dovesse distinguere a seconda che le cure

⁹² Corte di Giustizia, 12 luglio 2001, Causa C-157/99, *B.S.M. Geraets-Smits contro Stichting Ziekenfonds VGZ e H.T.M. Peerbooms contro Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, ECR 2001 I-5473.

⁹³ Causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, *supra* nota 92, paragrafi 44-46.

⁹⁴ Causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, *supra* nota 92, paragrafi 48 e 49.

fossero dispensate in ambito ospedaliero o fuori dallo stesso”⁹⁵. A maggior ragione perché nel caso in esame venivano comunque in rilievo trattamenti medici eseguiti in Stati diversi da quello di iscrizione dell’assicurato e che, ben lungi dal rientrare nel regime di interventi in natura previsti dal sistema olandese, “hanno certamente dato luogo ad una diretta remunerazione degli istituti che hanno effettuato la prestazione da parte del paziente”⁹⁶. In ogni caso, anche se la controversia avesse riguardato interventi in natura (finanziati direttamente dall’ente assicurativo) non sarebbe comunque venuta meno l’applicabilità dell’articolo 57 TFUE, che non prescrive affatto che la prestazione sia pagata dal paziente medesimo. La stessa specificità della retribuzione andrebbe poi individuata⁹⁷:

“[...] nella circostanza che essa costituisce il corrispettivo economico della prestazione considerata. Nella fattispecie, i pagamenti effettuati dalle casse malattia [...], ancorché forfettari, costituiscono sicuramente il corrispettivo delle prestazioni ospedaliere e presentano indubbiamente un carattere retributivo per l’istituto ospedaliero che ne beneficia e che svolge un’attività di tipo economico”.

Ciò detto, la Corte passò a considerare gli effetti restrittivi della normativa olandese, che richiedeva appunto l’autorizzazione preventiva al fine di poter usufruire di un trattamento medico all’estero. In particolare i due requisiti, che imponevano che il trattamento fosse “usuale” (la prestazione avrebbe dovuto essere esplicitamente prevista dalla legge sulla cassa malattia) e necessario (per mancanza di cure adeguate e tempestive in Olanda), erano tali da ridurre notevolmente le ipotesi di rilascio dell’autorizzazione, anche considerando il fatto che le prestazioni ottenute in Olanda non erano invece sottoposte ad alcun provvedimento autorizzatorio⁹⁸. Di conseguenza, restava da valutare se tale disciplina, pur costituendo un ostacolo alla libera prestazione dei servizi, potesse essere oggettivamente giustificata. Ancora una volta, con riferimento alle possibili eccezioni alla libera prestazione dei servizi, vennero riproposti i motivi imperativi di interesse generale già citati in *Kohll* (rischio di grave alterazione dell’equilibrio

⁹⁵ 53. La giurisprudenza costante cui fa riferimento la Corte è, ancora una volta, *Kohll*, oltre a *Luisi e Carbone* e *Grogan*.

⁹⁶ Causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, *supra* nota 92, paragrafo 55.

⁹⁷ Causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, *supra* nota 92, paragrafo 58.

⁹⁸ Causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, *supra* nota 92, paragrafi 63 e 64.

finanziario del sistema previdenziale, obiettivo di mantenere un servizio medico-ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti, conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica nel territorio nazionale se essenziale per la sanità pubblica o per la sopravvivenza della popolazione)⁹⁹. Diversamente da tale precedente, ove le eccezioni non erano state sufficientemente dimostrate, l'analisi si concentrò questa volta sulla prima delle tre, e cioè l'equilibrio finanziario del sistema olandese. Al riguardo, infatti, le prestazioni ospedaliere, in virtù della molteplicità delle infrastrutture, dei soggetti e delle attrezzature coinvolte, si contraddistinguono da quelle offerte negli studi medici o direttamente al domicilio del paziente per una maggiore necessità di programmazione e di controllo finanziario, attese le peculiarità che contraddistinguono il settore ospedaliero, volto a rispondere a bisogni sanitari sempre crescenti pur in presenza di costi, anche organizzativi, notevoli e di risorse invece limitate¹⁰⁰. La Corte confermò allora che il diritto comunitario non ostava “per principio” ad un sistema di autorizzazione preventiva per i trattamenti ospedalieri forniti in altri Stati membri¹⁰¹. Le condizioni previste dalla legislazione olandese per la concessione dell'autorizzazione (la prestazione avrebbe dovuto essere usuale e necessaria) avrebbero dovuto tuttavia essere proporzionate e giustificate dalle esigenze imperative precedentemente illustrate. Quanto al primo requisito, una certa cura non può essere legittimamente considerata usuale soltanto in considerazione “dei soli trattamenti usualmente praticati nel territorio nazionale e delle sole concezioni scientifiche dell'ambito medico nazionale”, poiché tale approccio privilegierebbe inevitabilmente le strutture mediche olandesi¹⁰². Viceversa non viola la libera prestazione dei servizi se interpretato in senso oggettivo e dunque un trattamento può essere considerato usuale quando risulta “sufficientemente comprovato e convalidato dalla scienza medica internazionale”. Solo in quest'ultimo caso infatti sarebbe giustificato dalla

⁹⁹ Causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, *supra* nota 92, paragrafi 72-74.

¹⁰⁰ Causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, *supra* nota 92, paragrafi 76-81. In particolare, ai sensi del paragrafo 81: “[...] se gli assicurati potessero liberamente ed in ogni circostanza fare ricorso ad istituti ospedalieri con i quali la loro cassa malattia non ha concluso alcuna convenzione, che si tratti di istituti situati nei Paesi Bassi o in un altro Stato membro, tutti gli sforzi di programmazione effettuati tramite il sistema di convenzioni al fine di contribuire ad assicurare un'offerta di cure ospedaliere che sia razionale, stabile, equilibrata ed accessibile, sarebbero nel momento stesso compromessi”.

¹⁰¹ Causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, *supra* nota 92, paragrafo 82.

¹⁰² Causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, *supra* nota 92, paragrafo 96.

“necessità di conservare sul territorio nazionale un'offerta sufficiente, equilibrata e permanente di cure ospedaliere e di assicurare la stabilità finanziaria del sistema dell'assicurazione malattia”¹⁰³. Il secondo requisito impone invece che la cura sia necessaria e pertanto che un trattamento identico o con lo stesso grado di efficacia non possa essere ottenuto tempestivamente (“without undue delay”)¹⁰⁴. Dunque, per stabilire la tempestività della prestazione, si dovrà valutare “l'insieme delle circostanze che caratterizzano ogni caso concreto, tenendo nel dovuto conto non solamente il quadro clinico del paziente nel momento in cui è richiesta l'autorizzazione, ma anche i suoi antecedenti”¹⁰⁵.

Così interpretata, la normativa olandese che subordinava il rimborso delle spese ospedaliere sostenute all'estero ad una preventiva autorizzazione non fu considerata contraria al Trattato. Così decidendo, la Corte di Giustizia chiarificò i propri precedenti in materia, sancendo ancora una volta l'applicabilità delle disposizioni relative alla libera prestazione dei servizi ai sistemi sanitari (anche quelli, come il sistema olandese, che prevedono l'erogazione di prestazioni in natura) e alle prestazioni ospedaliere. Su quest'ultimo aspetto mostrò tuttavia di non dare priorità esclusiva alle libertà del mercato, riconoscendo anche le necessità dei singoli Stati nell'organizzazione dei sistemi sanitari e previdenziali, stabilendo appunto che un'autorizzazione preventiva per i trattamenti ospedalieri può essere giustificata se necessaria e ragionevole¹⁰⁶. Tale evoluzione giurisprudenziale ha trovato peraltro conferma anche nella successiva decisione *Müller-Fauré*¹⁰⁷, avente ad oggetto ancora una volta il sistema olandese, l'autorizzazione preventiva e la distinzione tra cure ospedaliere ed ambulatoriali¹⁰⁸. Questo caso segnala ancora una

¹⁰³ Causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, *supra* nota 92, paragrafo 97.

¹⁰⁴ *Without undue delay* richiama alla mente l'articolo 22 del regolamento n. 1408/71 che al n. 2, secondo comma, prevede un requisito simile. Al riguardo, si veda *infra* nota n. 113.

¹⁰⁵ Causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, *supra* nota 92, paragrafi 103 e 104.

¹⁰⁶ Si confronti anche Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., pp. 64-68.

¹⁰⁷ Corte di Giustizia, 13 maggio 2003, Causa C-385/99, *V.G. Müller-Fauré contro Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA e E.E.M. van Riet contro Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*, ECR 2003 I-4509. Proprio per la sostanziale uniformità con i precedenti casi già ampiamente trattati nelle pagine che precedono, si preferisce evitare una pedissequa esposizione dei fatti, rinviando al testo della decisione medesima e alle osservazioni operate dalla dottrina.

¹⁰⁸ Con riferimento a quest'ultima distinzione si rinvia al paragrafo al 75 della sentenza, che illustra come alcune prestazioni ospedaliere (quelle che, pur effettivamente svolte in ospedale, potrebbero essere effettuate anche in uno studio medico) possano essere equiparate a quelle non ospedaliere.

volta l'atteggiamento, più permissivo, nei confronti delle legislazioni nazionali che, riferite ai servizi ospedalieri e per le motivazioni illustrate in *Smits and Peerbooms*, ben possono prevedere un'autorizzazione preventiva¹⁰⁹ ed uno invece più stringente per i servizi medici non ospedalieri ove, alla luce del limitato impatto finanziario sul sistema complessivo, trova conferma l'abolizione giudiziale della previa autorizzazione¹¹⁰.

2.2.4 *Watts: il caso inglese di fronte alla Grande Sezione della Corte di Giustizia*

Se i casi precedentemente discussi trattavano tutti l'applicazione delle norme del Trattato con riferimento a sistemi che avevano adottato il modello assicurativo sociale, soltanto nel 2006 i giudici europei ebbero modo per la prima volta di pronunciarsi su un sistema sanitario universalistico ed in particolare sul *National Health Service* inglese, scontrandosi così con le resistenze inglesi avverso una interpretazione estensiva dei principi della libera prestazione dei servizi. Fu infatti con la decisione *Watts*¹¹¹ che la Corte di Giustizia estese in modo indifferenziato l'ambito applicativo della giurisprudenza sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti a tutti i sistemi sanitari europei. La controversia sorgeva tra la signora *Watts*, residente in gran Bretagna, e il *Bedford Primary Care Trust*, ente pubblico deputato a garantire le prestazioni sanitarie a livello locale¹¹², che si era rifiutato di rimborsare un trattamento ospedaliero ricevuto dalla signora in Francia, dopo che le era stata ripetutamente negata l'autorizzazione richiesta dall'articolo 22 del regolamento n. 1408/71 sulla base del fatto che la lista d'attesa prevista per la sottoposizione all'intervento chirurgico richiesto non rappresentasse una forma di *undue delay*¹¹³,

¹⁰⁹ Causa C-385/99, *V.G. Müller-Fauré*, *supra* nota 107, paragrafi 76-92.

¹¹⁰ Causa C-385/99, *V.G. Müller-Fauré*, *supra* nota 107, paragrafi 96 e 97.

¹¹¹ Corte di Giustizia (Grande sezione), 16 maggio 2006, Causa C-372/04, *The Queen, su richiesta di Yvonne Watts contro Bedford Primary Care Trust e Secretary of State for Health*, ECR 2006 I-4325.

¹¹² Sui *Primary Care Trust* si veda *supra*, capitolo II, paragrafo 1.4.2.

¹¹³ Secondo l'articolo 22, n. 2, qualora sussistano le due condizioni individuate dalla stessa disposizione, l'autorizzazione preventiva al trattamento in un altro Stato membro non può essere negata. La prima prevede che la cura estera per cui il soggetto richiede l'autorizzazione sia prevista anche dalla legislazione dello Stato di residenza dello stesso, mentre la seconda richiede che "le cure che il paziente ha intenzione di ricevere in uno Stato membro diverso rispetto a quello sul cui

nonostante il problema fisico causasse alla paziente dolori costanti, una situazione di ridotta mobilità ed avesse già causato un peggioramento delle condizioni di salute (come accertato da un medico specialista inglese). Accennando alla situazione normativa inglese in materia sanitaria, la Corte notò come le liste d'attesa fossero finalizzate ad assicurare la fruizione delle cure ospedaliere nel rispetto delle priorità fissate dagli enti dirigenziali del NHS e del diverso grado d'urgenza dei pazienti. Ciò perché i finanziamenti pubblici (alimentati sulla base del gettito fiscale) “non sono sufficienti per permettere a tutti i pazienti, [...] di ottenere rapidamente assistenza”; a tal fine “gli enti dell’NHS decidono, nei limiti della copertura finanziaria che è stata loro attribuita, la ponderazione delle priorità cliniche nel rispetto di direttive nazionali”. Seguiva poi l’osservazione che, proprio perché il NHS garantisce a tutti i propri pazienti cure gratuite (diversamente dai sistemi articolati sui rimborsi erogati dalle casse malattia) “la questione del loro rimborso al paziente non si pone e non è disciplinata. Non esistono, di conseguenza, tariffe di rimborso nella legislazione britannica”¹¹⁴. La Corte di Giustizia era così chiamata a valutare un lungo elenco di domande pregiudiziali proposto dal giudice del rinvio, la *Court of Appeal, Civil Division*, che ruotavano tutte attorno alla possibilità di distinguere il NHS inglese dai sistemi che invece si fondavano sui fondi assicurativi e dalla necessità di controllare le risorse economiche destinate all’organizzazione del sistema sanitario¹¹⁵. Questi, sinteticamente, i punti essenziali della decisione. In primo luogo occorre iniziare dalle considerazioni iniziali sulla possibile applicazione contemporanea dell’articolo 22 del regolamento n. 1408/71 e dell’articolo 49 CE (oggi art. 56 TFUE)¹¹⁶. A tal fine, secondo la Corte, l’interpretazione dell’espressione “entro il lasso di tempo normalmente necessario per ottenere il trattamento in questione” (prevista dall’articolo 22, n. 2, secondo comma con riferimento ai casi in cui l’autorizzazione non può essere rifiutata)¹¹⁷

territorio egli risiede, tenuto conto del suo attuale stato di salute e del probabile decorso della sua malattia”, non possano “essergli fornite entro il lasso di tempo normalmente necessario per ottenere il trattamento in questione nello Stato membro di residenza”.

¹¹⁴ Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafi 12-16.

¹¹⁵ Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafo 42.

¹¹⁶ Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafi 46-47.

¹¹⁷ Al riguardo, la Corte notò altresì che l’articolo 20 del regolamento n. 883/2004 era destinato a modificare l’articolo 22 del regolamento 1408/71, sostituendo la formulazione di cui si discute (“entro il lasso di tempo normalmente necessario per ottenere il trattamento in questione nello Stato membro di residenza”) con la nuova “entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico,

coincideva con la nozione di “undue delay” rilevante ai sensi dell’articolo 56 TFUE, come già suggerito nelle sentenze *Smits e Peerbooms* e *Müller-Fauré* e, ancora più esplicitamente, in *Inizan* contro *Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine*¹¹⁸. Dopo aver espressamente riproposto i criteri (indicati in *Smits and Peerbooms*)¹¹⁹ su cui deve fondarsi l’operazione interpretativa volta a stabilire se un determinato trattamento possa o meno essere tempestivamente ottenuto, la Corte notò che l’esistenza di liste d’attesa non può, di per sé sola, essere decisiva al fine di ritenere la cura non tempestivamente disponibile sul territorio nazionale, dovendo farsi riferimento anche a circostanze ulteriori, cioè quelle inerenti la situazione medica del paziente coinvolto¹²⁰. Ciò perché, a fronte di sempre maggiori trattamenti ospedalieri richiesti, data la ristrettezza dei fondi a disposizione¹²¹:

“[...] non si può negare che le autorità nazionali incaricate della gestione della prestazione di tali cure abbiano il diritto di stabilire, se lo ritengono necessario, un sistema di liste d’attesa che mirino a pianificare l’erogazione di tali cure e a stabilire priorità in funzione delle risorse e delle capacità disponibili”.

Pertanto, la cura deve ritenersi non tempestivamente disponibile sul territorio nazionale (e dunque non può essere negata l’autorizzazione a ricevere la stessa in un altro Stato) qualora il tempo di attesa per ottenere la prestazione presso un istituto del sistema nazionale ecceda un termine ritenuto accettabile sulla base di una “valutazione medica obiettiva dei bisogni clinici dell’interessato alla luce della sua situazione clinica, della sua anamnesi, del probabile decorso della sua malattia, dell’intensità del suo dolore e/o della natura della sua infermità al momento in cui l’autorizzazione è sollecitata”¹²². In caso contrario, l’ente competente può legittimamente rifiutare l’autorizzazione poiché l’assistenza medica transfrontaliera renderebbe vana la pianificazione e la razionalizzazione delle risorse del settore ospedaliero nazionale. La Corte passò poi ad esaminare il rapporto tra il caso di

tenuto conto dell’attuale stato di salute dello stesso e della probabile evoluzione della sua malattia”. Si veda Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafo 65.

¹¹⁸ Corte di Giustizia, 23 ottobre 2003, Causa C-56/01, *Patricia Inizan* contro *Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine*, ECR 2003 I-12403.

¹¹⁹ Al riguardo si veda *supra*, paragrafo 3.2.3.

¹²⁰ Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafo 63.

¹²¹ Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafo 67.

¹²² Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafo 68.

specie e l'articolo 49 CE (56 TFUE) per confermare che tale disposizione del Trattato trova applicazione per i trattamenti ospedalieri ricevuti dietro corrispettivo in Stati membri diversi da quello di residenza del paziente ed indipendentemente dal modello organizzativo adottato dal proprio sistema nazionale (si ricorda ancora che i precedenti casi non avevano mai riguardato un sistema sanitario universalistico)¹²³. Trovò poi non necessario stabilire se le prestazioni mediche fornite dal NHS costituissero servizi ai sensi del Trattato poiché nella fattispecie in esame veniva comunque in rilievo una prestazione diversa (quella ricevuta in un altro Stato membro dalla paziente), certamente rientrante nel campo di applicazione della libera prestazione dei servizi¹²⁴. La Corte, accertato poi che la previa autorizzazione rappresentava un ostacolo alla libera prestazione dei servizi in quanto imponeva un prerequisito (non richiesto per i trattamenti forniti dal NHS inglese) per poter usufruire di cure in altri paesi, passò a valutare l'esistenza di possibili giustificazioni oggettive, riproponendo le stesse ragioni già evidenziate nella giurisprudenza precedente (cui si rinvia) e soffermandosi in particolare sui già menzionati obiettivi di pianificazione del sistema ospedaliero, di garanzia di accessibilità alle cure e di controllo dei costi. A prima vista, alla luce di tali finalità, l'autorizzazione sembrava poter rappresentare (come effettivamente fu deciso sia in *Smits e Peerbooms* che in *Müller-Fauré*) una misura sia necessaria che ragionevole¹²⁵. Era tuttavia necessario, puntualizzò la Corte, che le condizioni (che limitavano la concessione dell'autorizzazione) fossero giustificate alla luce di dette esigenze imperative ed altresì proporzionate. Ciò imponeva in primo luogo che l'autorizzazione preventiva fosse fondata su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, che garantissero l'esperibilità di un rimedio giurisdizionale¹²⁶. La normativa inglese non precisava invece il ragionamento giuridico che avrebbe dovuto essere seguito dalle autorità, mancando di predeterminare "i criteri di concessione o di rifiuto dell'autorizzazione preliminare necessaria per l'assunzione degli oneri delle cure dispensate in un ambito ospedaliero situato in altro Stato membro"¹²⁷. Quanto al secondo requisito, la Corte riaffermò la tesi già prospettata (nei paragrafi da 63 a 68

¹²³ Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafo 90.

¹²⁴ Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafi 82, 91.

¹²⁵ Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafo 110.

¹²⁶ Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafo 116.

¹²⁷ Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafo 118.

della decisione) riguardo alle liste d'attesa e all'articolo 22 del regolamento n. 1408/71. La mancata concessione dell'autorizzazione non poteva dunque essere fondata esclusivamente sull'esistenza di una lista d'attesa, dovendosi altresì procedere ad una valutazione medica oggettiva dello stato di salute del paziente¹²⁸. Ebbene, quando il lasso di tempo necessario per la sottoposizione all'intervento eccede il tempo ritenuto accettabile sulla base di tale valutazione, l'ente sanitario non può negare l'autorizzazione adducendo motivi a tal fine del tutto irrilevanti, quali la necessità del rispetto della lista d'attesa, il pregiudizio alla gratuità delle cure erogate dal NHS o, ancora, l'obbligo di determinare apposite modalità finanziarie per sostenere i costi del trattamento estero. Fu questa la soluzione adottata nel caso in esame: la signora *Watts* aveva dovuto tollerare un indebito ritardo per l'ottenimento della prestazione ospedaliera nel proprio Stato di residenza ed il conseguente rifiuto dell'autorizzazione preventiva per il rimborso delle spese sostenute per ricevere il trattamento in un altro Stato contravveniva sia al regolamento n. 1408/71 che all'articolo 56 TFUE. Restava da esaminare la questione relativa alla precisazione delle modalità con cui calcolare i costi legati al rimborso del trattamento ricevuto, che avrebbero potuto essere calcolati secondo la legislazione dello Stato in cui la prestazione è stata resa (conformemente all'articolo 22 del regolamento n. 1408/71) ovvero, sulla base dell'articolo 56 TFUE, in virtù dello Stato membro di residenza del paziente, nonostante l'insussistenza di tariffe cui poter fare riferimento all'interno del sistema inglese, poiché, come noto, il NHS non prevede alcun costo a carico dei pazienti per le prestazioni ospedaliere¹²⁹. Con spirito di sintesi, la soluzione scelta dalla Corte imponeva che il rimborso da riconoscere alla paziente dovesse essere parametrato al costo che un trattamento equivalente avrebbe nel NHS inglese, in misura comunque non eccedente l'importo globale fatturato nello Stato membro ove la prestazione è stata eseguita. Con la conseguenza che, (a meno che non trovi applicazione il regolamento n. 1408/71 e lo Stato membro ove si è svolta la cura riconosca il rimborso di tutte le spese) i pazienti potrebbero incorrere in spese non rimborsabili qualora il trattamento equivalente del

¹²⁸ Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafo 123.

¹²⁹ Si veda anche Kyriaki-Korina Raptopoulou, *Eu law and healthcare services: normative approaches to public health systems*, cit., pp. 58-59.

NHS venisse quantificato con un cifra inferiore rispetto a quella dell'altro Stato¹³⁰. Da ultimo, venne affrontata la questione che provocatoriamente chiedeva alla Corte se alla luce dell'articolo 168 (7) TFUE, che dichiarava il rispetto da parte dell'Unione delle responsabilità degli Stati in ordine alla definizione della loro politica sanitaria e all'organizzazione dei relativi servizi¹³¹, l'articolo 56 TFUE e l'articolo 22 del regolamento n. 1408/71 potessero legittimamente obbligare gli Stati a finanziare prestazioni ospedaliere erogate in altri Stati senza tener conto delle proprie esigenze finanziarie e di bilancio. La Corte negò che tali articoli imponessero agli Stati di farsi carico di prestazioni rese in altri Stati senza aver riguardo di alcuna considerazione di carattere finanziario. Gli articoli 56 TFUE e 22 del regolamento, al contrario, si fondavano proprio “sulla ricerca di un equilibrio tra l'obiettivo di libera circolazione dei pazienti” e “le esigenze imperative nazionali di programmazione delle capacità ospedaliere disponibili, di controllo delle spese sanitarie e di equilibrio finanziario dei sistemi di previdenza sociale”¹³².

2.2.5 La Direttiva 2011/24/UE: tra logica economica e diritti dei pazienti

L'affermazione dei diritti, basati sulle libertà sancite dai Trattati, dei cittadini europei all'assistenza transfrontaliera deriva, come visto, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che è riuscita ad attrarre sempre più soggetti all'interno di una normativa originariamente destinata ai soli lavoratori. La forza attrattiva di tale diritto giurisprudenziale è stata tale che tutti i sistemi sanitari europei, a prescindere dal modello astratto cui fanno riferimento, ne risultano vincolati, pur permanendo, come ben dimostra il caso *Smits e Peerbooms*, una residuale possibilità per gli Stati di emanare disposizioni nazionali che, entro limiti di interesse generale prestabiliti dalla Corte di Giustizia, di fatto limitano la libertà di prestazione dei servizi¹³³. Con

¹³⁰ Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafo 143. Si confronti anche Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., pp. 76, 77.

¹³¹ Su cui si veda *supra*, par. 2.1.1.

¹³² Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafo 145.

¹³³ Ne è un esempio la già citata necessità di autorizzazione preventiva al fine di ottenere il rimborso di una prestazione medica ricevuta in un altro Stato membro.

la pronuncia *Watts* il percorso sembrava compiuto e la materia, definita in tutti i suoi caratteri essenziali, sembrava destinata ad aver raggiunto un equilibrio complessivo, residuando soltanto uno spazio per ulteriori pronunce volte a chiarificare questioni particolari o tutto sommato secondarie, lasciate in sospeso o non adeguatamente trattate dai casi più celebri. L'assistenza sanitaria transfrontaliera è tornata però al centro dell'attenzione del legislatore europeo grazie agli sforzi della Commissione che, quale titolare del potere di iniziativa legislativa, ha più volte presentato le proprie proposte al Parlamento europeo e al Consiglio¹³⁴. La prima, risalente al 2004, mirava ad includere la materia sanitaria nella disciplina generale della libera prestazione di servizi all'interno del mercato interno¹³⁵. Forse proprio a causa del suo carattere fortemente innovativo, la proposta dovette presto essere abbandonata per garantire comunque l'instaurazione di uno spazio senza frontiere interne, tanto che la successiva Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno (la c.d. Direttiva *Bolkestein*), tra le altre numerose esclusioni¹³⁶, all'articolo 2, comma II, lettera f) ha avuto cura di precisare espressamente che la stessa non si applica ai “servizi sanitari, indipendentemente dal fatto che vengano prestati o meno nel quadro di una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione e di finanziamento sul piano nazionale e dalla loro natura pubblica o privata”. Ciò senza tuttavia incidere sulle competenze della Corte di Giustizia che, come notato da attenta dottrina, rimangono inalterate con riferimento ai pazienti comunitari. Essi infatti¹³⁷:

“[...] avvalendosi della libertà fondamentale iscritta all'articolo 49 del Trattato di Roma nella loro qualità di destinatari di servizi, qualora dovessero necessitare o volessero ricevere delle cure in uno Stato membro diverso da quello della loro mutua, mantengono ad ogni buon conto il diritto a ottenere tali cure

¹³⁴ Wolf Sauter, *The proposed patients' rights directive and the reform of (cross-border) healthcare in the European Union*, cit., p. 109.

¹³⁵ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno - 2004/0001(COD).

¹³⁶ Tali esclusioni riguardano i servizi non economici d'interesse generale, i servizi finanziari, le comunicazioni elettroniche, i servizi di trasporto, i servizi delle agenzie di lavoro interinale, i servizi audiovisivi, i giochi d'azzardo, le attività connesse all'esercizio di pubblici poteri, i servizi sociali, le attività professionali di notai e ufficiali giudiziari ed il settore fiscale. Sul punto si veda Salvatore D'Acunto, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 27-36.

¹³⁷ Salvatore D'Acunto, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, cit., p. 31.

transfrontaliere, con annesso rimborso (previa autorizzazione, per le cure ospedaliere e, senza nemmeno doverla richiedere, per le cure non ospedaliere)”.

Proposta del 2004 che, ancorché rigettata, non fu del tutto priva di effetti, alla luce delle (simboliche) Conclusioni sui valori e principi comuni dei sistemi sanitari dell'Unione europea del giugno 2006¹³⁸. Con tale dichiarazione, il Consiglio, nella formazione composta dai ministri della salute degli Stati membri, prendendo espressamente atto dell'esclusione ora citata, si preoccupava di affermare i principi comuni ai vari sistemi sanitari europei, individuando un “pacchetto di valori condivisi” formato dai principi generali dell'universalità, dell'accesso a cure di buona qualità, nonché da quelli di equità e solidarietà¹³⁹. In primis, riconosceva però ancora una volta le “sensibili differenze” tra i sistemi dei vari Stati, con la garanzia del loro mantenimento, dovendo certe decisioni in ogni caso rimanere di competenza nazionale. Ad esempio con particolare riferimento alle “decisioni sull'offerta di assistenza sanitaria cui i cittadini hanno diritto e i meccanismi tramite i quali essa è finanziata e prestata” ovvero quelle risoluzioni volte a “stabilire in che misura sia opportuno lasciare la gestione dei sistemi sanitari esposta ai meccanismi di mercato e alle pressioni concorrenziali”. Sorte decisamente migliore ebbe invece la proposta di direttiva sui diritti dei pazienti nell'assistenza sanitaria transfrontaliera del 2 luglio 2008, parte di un ampio progetto di rinnovazione dell'agenda sociale europea, indirizzato a risolvere le più rilevanti criticità sociali ed economiche dei vari Stati membri. Rinunciando sin dall'inizio ad una regolamentazione destinata a confluire nel corpus normativo relativo alla libertà di prestazione di servizi, il progetto si concentrò sulla elaborazione di una specifica disciplina della sola mobilità per fini sanitari, che non potesse in alcun caso prescindere da quanto sancito dalle pronunce della Corte di Giustizia in materia. Sul presupposto che non dovessero essere frapposti precondizioni all'esercizio dei diritti dei pazienti, le

¹³⁸ 2006/C 146/01.

¹³⁹ Il documento testualmente riporta: “Universalità significa che a nessuno è precluso l'accesso all'assistenza sanitaria; la solidarietà è intimamente connessa al regime finanziario applicato al sistema sanitario nazionale e alla necessità di garantirne l'accessibilità per tutti; l'equità implica la parità di accesso in funzione del bisogno, senza distinzioni in base all'appartenenza etnica, al genere, all'età, al ceto o al censo. I sistemi sanitari dell'UE mirano inoltre a colmare il divario che produce quelle ineguaglianze nella salute che costituiscono una preoccupazione per gli Stati membri dell'UE e che sono intimamente connesse all'opera di prevenzione delle malattie che i sistemi degli Stati membri portano avanti, tra l'altro promuovendo stili di vita sani”.

ragioni di maggiore discussione concernevano la definizione di modalità pratiche e procedure volte ad individuare autorità competenti e rispettive responsabilità, oltre che un sistema di retribuzione e di tutela per lo Stato membro in cui avrebbe avuto luogo il trattamento medico¹⁴⁰. Il 9 marzo 2011 il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria¹⁴¹, hanno così provveduto a recepire l'impianto giurisprudenziale definito negli anni addietro (non rinunciando tuttavia all'introduzione di elementi di novità ispirati da obiettivi di armonizzazione e liberalizzazione) all'interno della Direttiva 2011/24/UE, adottata il 9 marzo 2011 e a cui gli Stati dovevano conformarsi entro il 25 ottobre 2013¹⁴². La Direttiva presenta tuttavia un valore aggiunto, anche simbolico, visto l'inserimento nel titolo dell'espressione "diritti dei pazienti", che evidenzia la volontà delle istituzioni europee di riconoscere situazioni soggettive ben più ampie rispetto alle sole statuizioni relative a rimborsi per cure ricevute in altri Stati. Come è infatti possibile leggere tra i "considerando" introduttivi all'atto, la direttiva:

“[...] mira a istituire norme volte ad agevolare l'accesso a un'assistenza sanitaria transfrontaliera sicura e di qualità nell'Unione e a garantire la mobilità dei pazienti conformemente ai principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e a promuovere la cooperazione tra gli Stati membri in materia di assistenza sanitaria, nel pieno rispetto delle competenze degli Stati membri riguardanti la definizione delle prestazioni sociali di carattere sanitario, l'organizzazione e la prestazione di cure sanitarie, dell'assistenza medica e delle prestazioni di sicurezza sociale, in particolare di quelle per malattia”.

Ciò trova peraltro conferma nell'articolo 4 che enuclea, tra le responsabilità dello Stato di cura, quella di prestare l'assistenza medica transfrontaliera nel rispetto dei principi di universalità, accesso a cure di elevata qualità, equità e solidarietà. Fermo restando il principio di sussidiarietà, sia nella formulazione generale di cui

¹⁴⁰ Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., p. 197.

¹⁴¹ La procedura legislativa ordinaria rinvia la sua disciplina nell'articolo 289 TFUE e "consiste nell'adozione congiunta di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio su proposta della Commissione".

¹⁴² Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

all'articolo 5.3 TUE¹⁴³ che nella specifica previsione di cui all'art. 168.7 TFUE¹⁴⁴, la direttiva è stata adottata sulla base di una doppia base giuridica e cioè l'articolo 168, paragrafo 1, TFUE, a mente del quale l'Unione, nella definizione e attuazione di tutte le sue politiche, è chiamata a garantire un elevato livello di protezione della salute umana, e l'articolo 114 TFUE che, contenuto nel capo dedicato al ravvicinamento delle legislazioni, prevede che il Parlamento europeo e il Consiglio adottino “misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno”. L'articolo 114 in particolare rappresenta la base giuridica più appropriata, visto che numerose disposizioni della direttiva, cui accenneremo, sono finalizzate a migliorare il funzionamento del mercato interno e la libera circolazione di beni, persone e servizi¹⁴⁵. Occorre anche segnalare che la Direttiva, all'articolo 3 lett. a), ha opportunamente provveduto ad esplicitare la definizione di assistenza sanitaria, con cui devono intendersi “i servizi prestati da professionisti sanitari a pazienti, al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, ivi compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici”. Essa, come osservato dalla dottrina¹⁴⁶, mostra un ambito di applicazione particolarmente vasto e non limitato dal concetto di assistenza sanitario previsto e dall'articolo 168.7, mirando a ricomprendere indifferentemente tutti i sistemi di assistenza sanitaria, senza aver riguardo né dei loro regimi di finanziamento né se si tratti di assistenza pubblica ovvero privata.

¹⁴³ In base a tale norma: “In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione”.

¹⁴⁴ Secondo tale disposizione: “L'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate. Le misure di cui al paragrafo 4, lettera a) non pregiudicano le disposizioni nazionali sulla donazione e l'impiego medico di organi e sangue”.

¹⁴⁵ Si confronti il considerando n. 2 della Direttiva.

¹⁴⁶ Il riferimento è, ancora una volta, a Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., p. 201.

Se certamente la Direttiva si sostituisce al precedente sistema giurisprudenziale basato sull'articolo 56 TFUE e sulla libertà di offrire e di ricevere servizi, predisponendo un nuovo regime per il rimborso dei costi dell'assistenza medica transfrontaliera, in ogni caso l'Unione Europea continuerà ad avere due regimi paralleli relativi all'autorizzazione e al successivo rimborso dei costi delle cure sostenute in un altro Stato membro. Accanto alla nuova disciplina, rimane infatti in vigore il previgente regime per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale basato sulla libera circolazione dei lavoratori di cui all'articolo 48 TFUE e sul regolamento n. 883/2004 che integra e sostituisce il precedente 1408/1971. Due regimi paralleli dunque, ma fortemente correlati. Tale commistione non era del resto una novità essendo già stata inaugurata dalla Corte di Giustizia nel caso *Inizan*¹⁴⁷ e, soprattutto, in *Watts*¹⁴⁸, dove esplicitamente veniva affermata l'inesistenza di ragioni che potessero giustificare interpretazioni difformi tra il regime di cui all'articolo 22 del regolamento n. 1408 e quello di cui all'articolo 49 CE (56 TFUE). Su tali rapporti è intervenuta anche la Direttiva (articolo 8.3), chiarificando i dubbi applicativi e stabilendo una chiara regola di priorità. In presenza di una richiesta di autorizzazione preventiva, spetta allo Stato membro di affiliazione determinare se sussistono le condizioni per applicare il regolamento 883/2004. In caso di esito positivo, la concessione dell'autorizzazione potrà avvenire sulla base di tale regolamento, a meno che non sia il paziente a richiederne la concessione sulla base di quanto disposto dalla direttiva¹⁴⁹.

Quanto alle altre disposizioni, enunciazioni di importanza fondamentale sono il diritto al trattamento medico entro un termine ragionevole (è il cosiddetto "without undue delay criterion" su cui già si era pronunciata la giurisprudenza) ed il diritto al rimborso, che dunque non devono più essere ricostruiti giudizialmente ma si configurano, in tutto e per tutto, quali veri e propri diritti dei pazienti. Quanto

¹⁴⁷ Causa C-56/01, *Patricia Inizan*, *supra* nota 118.

¹⁴⁸ Causa C-372/04, *Watts*, *supra* nota 111, paragrafo 60.

¹⁴⁹ L'articolo 8, paragrafo 3, prevede infatti che: "Quanto alle richieste di autorizzazione preventiva presentate da un assicurato al fine di ricevere assistenza sanitaria transfrontaliera, lo Stato membro di affiliazione accerta se sono state soddisfatte le condizioni di cui al regolamento (CE) n. 883/2004. Ove tali condizioni siano soddisfatte, l'autorizzazione preventiva è concessa conformemente al regolamento a meno che il paziente non chieda diversamente". Al riguardo, si veda anche Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., pp. 202, 203.

al diritto a ricevere il trattamento presso gli Stati membri diversi dal proprio Stato di affiliazione, esso trova conferma negli articoli 8, paragrafo 5 e 9, paragrafo 3. Prima di proseguire, è tuttavia necessario scindere l'assistenza medica transfrontaliera tra le prestazioni che possono essere sottoposte ad un regime di previa autorizzazione e quelle che, viceversa, non possono essere subordinate ad alcun provvedimento autorizzatorio. Delle prime, che costituiscono eccezioni¹⁵⁰, si occupa l'articolo 8 in questione, evidenziando una chiara linea di continuità con i principi elaborati dalla Corte di Giustizia. In primo luogo, un sistema di autorizzazione preventiva non deve costituire un mezzo di "discriminazione arbitraria" o un "ostacolo ingiustificato alla libera circolazione dei pazienti", dovendo al contrario essere "necessario e proporzionato". Ciò posto, la norma enuclea le varie ipotesi in cui può essere imposta un'autorizzazione; tra queste le più caratteristiche sono le prestazioni sanitarie che comportano particolari rischi per i pazienti o per la popolazione, ovvero le cure che necessitano un'attenta pianificazione e programmazione sanitaria al fine di garantire l'accesso dei pazienti a cure di elevata qualità, controllandone costi e possibili sprechi. Quest'ultime sono essenzialmente le prestazioni che richiedono almeno una notte di ricovero o l'utilizzo di apparecchiature e strumenti medici specializzati e particolarmente costosi¹⁵¹. In relazione ai trattamenti sanitari che possono essere subordinati ad autorizzazione preventiva, la disposizione prevede poi che tale autorizzazione non possa essere rifiutata quando la prestazione richiesta rientri tra i servizi garantiti al

¹⁵⁰ In tal senso si esprime infatti l'articolo 7, paragrafo 8, a mente del quale "Lo Stato membro di affiliazione non subordina il rimborso dei costi dell'assistenza transfrontaliera ad autorizzazione preventiva, ad eccezione dei casi di cui all'articolo 8".

¹⁵¹ A norma del paragrafo 2 dell'articolo 8 infatti:

"L'assistenza sanitaria che può essere soggetta ad autorizzazione preventiva è limitata all'assistenza sanitaria che:

a) è soggetta a esigenze di pianificazione riguardanti l'obiettivo di assicurare, nel territorio dello Stato membro interessato, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o alla volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane e:

i) comporta il ricovero del paziente in questione per almeno una notte, o

ii) richiede l'utilizzo di un'infrastruttura sanitaria o di apparecchiature mediche altamente specializzate e costose;

b) richiede cure che comportano un rischio particolare per il paziente o la popolazione; o

c) è prestata da un prestatore di assistenza sanitaria che, all'occorrenza, potrebbe suscitare gravi e specifiche preoccupazioni quanto alla qualità o alla sicurezza dell'assistenza, ad eccezione dell'assistenza sanitaria soggetta alla normativa dell'Unione che garantisce livelli minimi di sicurezza e di qualità in tutta l'Unione".

paziente dal proprio Stato di residenza, nonché quando detta prestazione non possa essere erogata dallo stesso Stato “entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico, sulla base di una valutazione medica oggettiva dello stato di salute del paziente, dell’anamnesi e del probabile decorso della sua malattia, dell’intensità del dolore e/o della natura della sua disabilità al momento in cui la richiesta di autorizzazione è stata fatta o rinnovata”. Per ciò che concerne le procedure amministrative richieste, l’articolo 9, paragrafo 3, prevede che gli Stati membri fissino periodi di tempo ragionevoli (da rendere pubblici anticipatamente) entro cui gli stessi debbano pronunciarsi sulla richiesta di autorizzazione, dovendo tenere in considerazione sia lo “stato di salute specifico” del paziente sia “l’urgenza del caso e delle singole circostanze”. Inoltre, il paragrafo successivo attribuisce rilevanza generale a quei principi procedurali che impongono che le relative decisioni siano “debitamente motivate e soggette, all’occorrenza, a revisione”, con la facoltà di “essere impugnate con ricorso giurisdizionale, che preveda anche provvedimenti provvisori”. Se dunque il regime autorizzatorio riguarda principalmente le cure ospedaliere, le prestazioni mediche non ospedaliere, regolate per omissione dalla direttiva, presuppongono invece una completa liberalizzazione. I cittadini dell’Unione possono infatti ricevere tali prestazioni anche negli altri Stati senza la necessità di alcuna autorizzazione, a condizione che esse siano garantite anche dal sistema sanitario dello Stato di affiliazione del paziente. Parimenti, i cittadini europei hanno anche il diritto ad ottenere il rimborso cui avrebbero avuto diritto se la prestazione fosse stata resa nello Stato di residenza¹⁵².

Veniamo adesso ad esaminare il profilo del diritto al rimborso, enunciato dall’articolo 7 e che, lo si ricorda ancora una volta, si affianca al regime previsto dal regolamento n. 883/2004. Al riguardo, è bene però ricordare che i due regimi continuano a presentare sensibili differenze, posto che, in linea di principio, la direttiva, come vedremo subito, usualmente presuppone il pagamento della prestazione ed il successivo rimborso, mentre il regolamento n. 883/04 stabilisce che i pazienti non debbano pagare direttamente i costi medici legati al trattamento. L’articolo 7 della direttiva, in chiara contrapposizione agli obblighi che l’articolo 4

¹⁵² Leigh Hancher, Wolf Sauter, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, cit., pp. 205, 206.

pone a carico degli Stati di cura, delinea una serie di vincoli per gli Stati di affiliazione in relazione ai propri pazienti/assicurati che si siano recati all'estero per ricevere una prestazione cui avrebbero diritto anche nel paese di residenza. Se, ai sensi del paragrafo 3, gli Stati di affiliazione sono chiamati a rimborsare i costi cui le persone assicurate vanno incontro per ricevere un trattamento medico transfrontaliero, la stessa norma, al paragrafo 9, legittima possibili limitazioni per motivi di interesse generale, al fine di garantire nel territorio dello Stato “la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità” ed evitare “ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane”. I costi dell'assistenza medica resa negli altri Stati, prosegue il paragrafo 4, sono rimborsati “in misura corrispondente ai costi che il sistema avrebbe coperto se tale assistenza sanitaria fosse stata prestata nello Stato membro di affiliazione, senza che tale copertura superi il costo effettivo dell'assistenza sanitaria ricevuta”. Ciò non toglie che lo Stato di affiliazione possa liberamente decidere di riconoscere rimborsi ulteriori, come ad esempio nel caso in cui il costo del trattamento transfrontaliero superi il livello dei costi che sarebbero stati sostenuti nel paese di residenza del paziente, ovvero riconoscendo le spese di alloggio, di viaggio o di costi supplementari sostenuti da persone con disabilità¹⁵³. Il paragrafo 6 prevede invece una regola particolarmente importante per i sistemi universalistici (NHS inglese) e per quelli che erogano prestazioni in natura (come quello olandese), che, in virtù delle loro peculiarità organizzative, ben potrebbero essere sprovvisti di modelli che predeterminino i costi delle prestazioni su cui basare i rimborsi¹⁵⁴. Ebbene, in tali casi gli Stati sono obbligati a dotarsi di un meccanismo trasparente, “fondato su criteri obiettivi, non discriminatori e preventivamente conosciuti”, che possa “verificare i costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera da rimborsare alla persona assicurata”.

Esaminati gli aspetti più generali, comuni a tutti gli Stati membri, è possibile ora concludere accennando alle sue prime applicazioni pratiche in terra inglese. Al

¹⁵³ D'altra parte, il paragrafo 7, al contrario, prevede invece la possibilità che gli Stati di affiliazione applichino condizioni ulteriori per permettere ai pazienti di ottenere il rimborso, subordinandolo alle “stesse condizioni, criteri di ammissibilità e formalità di natura normativa ed amministrativa, stabiliti a livello locale, regionale o nazionale”, non potendo questi ultimi essere in alcun caso discriminatori o costituire un ostacolo alla libera circolazione a meno che non siano giustificati da particolari esigenze di pianificazione del sistema sanitario.

¹⁵⁴ Chiaro il parallelismo con quanto enunciato dalla Corte di Giustizia nel caso *Watts*.

riguardo, riconosciuta ormai l'esistenza del diritto dei cittadini europei a ricevere trattamenti sanitari in altri Stati, il *Department of Health*, sulla base del contenuto precettivo della Direttiva, ha sviluppato vari protocolli e linee guida destinate ai pazienti che intendono sottoporsi ad un trattamento sanitario in un altro paese europeo. Tre le possibilità principali¹⁵⁵. In primo luogo, i residenti nel Regno Unito possono, previa approvazione di apposita richiesta scritta da parte del competente organo di gestione del NHS (*Clinical Commissioning Groups*)¹⁵⁶, ricevere cure (anche se non previste dal sistema inglese) in altri Stati dello Spazio economico europeo, alle stesse condizioni previste per i pazienti residenti di tale paese¹⁵⁷. Così, se previste per i residenti, anche il cittadino inglese sarà chiamato a corrispondere le stesse forme di partecipazione ai costi della prestazione o al necessario rispetto della lista d'attesa. D'altra parte, il NHS inglese sarà chiamato a sostenere quei costi che nello Stato di trattamento sono versati direttamente al provider sanitario, non dal paziente, bensì da soggetti terzi (ad es. un'assicurazione sanitaria) per la prestazione svolta. La seconda modalità si basa sul già enunciato diritto fondamentale a ricevere le cure mediche in altri Stati membri (se il trattamento richiesto è necessario dal punto di vista sanitario e se previsto anche dal sistema inglese). Rinviando a quanto già ampiamente esposto, il paziente, cui potrà in certi casi essere richiesta un'autorizzazione preventiva, dovrà sostenere le relative spese e successivamente richiederne il rimborso da parte del NHS. In ogni caso, il rimborso sarà pari al costo che quel trattamento medico avrebbe avuto se effettuato tramite il sistema sanitario inglese, con eventuali differenze a carico del paziente. L'ultima possibilità, del tutto eccezionale, è nota come "Individual Funding Request". In questo caso, su specifica richiesta di un medico, il sistema sanitario inglese può autorizzare il rimborso delle spese sostenute per una cura particolare all'estero che, ancorché non erogata dal NHS, appare essere il miglior trattamento a

¹⁵⁵ Mark Dusheiko, *Patient Choice and Mobility in the UK Health System: Internal and External Markets*, in Rosella Levaggi, Marcello Montefiori (eds.), *Health Care Provision and Patient Mobility. Health Integration in the European Union*, Milano, Springer, 2014, pp. 115-116.

¹⁵⁶ L'approvazione della richiesta è subordinata in primo luogo ad una certificazione medica che attesti la necessità del trattamento per un paziente che ha il diritto all'ottenimento di prestazioni mediche nell'ambito del sistema sanitario inglese. I costi per sostenere la cura all'estero sono autorizzati se essa risulta vantaggiosa per il paziente, nonché rispettosa della dignità dello stesso. Infine, la cura richiesta deve ovviamente essere disponibile in un altro Stato membro. Sui *Clinical Commissioning Groups* si veda *supra*, cap. I, par. 1.4.3.

¹⁵⁷ È il c.d. S2, ex modulo E112.

fronte della peculiare situazione clinica del paziente (non a caso definite con il termine *clinical exceptionality*)¹⁵⁸ ovvero in casi di particolare urgenza (*critical clinical urgency*)¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Ne sono un esempio le protesi dentarie, che normalmente non sono fornite dal sistema sanitario inglese. Ebbene potrebbe essere considerato un caso eccezionale quello di un paziente che, a causa di una disabilità fisica, non può utilizzare le braccia e necessita di un particolare impianto dentario al fine di adoperare una penna e quindi scrivere.

¹⁵⁹ *NHS England, Individual funding requests - A guide for patients and service users*, <https://www.england.nhs.uk/commissioning/wp-content/uploads/sites/12/2015/06/individl-fund-reqts-info-pats.pdf> (link verificato in data 15.10.2017).

Capitolo III

Principi e assetti organizzativi del fenomeno sanitario nelle esperienze statali americane

SOMMARIO: 3.1 Il Sistema privatistico di assistenza sanitaria 3.1.1 *Le origini* 3.1.2 *Principi fondamentali. In particolare, l'assicurazione sanitaria* 3.1.3 *Costi e modelli organizzativi. Fee-for-service e managed care.* 3.2 Il ruolo degli Stati 3.2.1 *Gli Stati e la salute pubblica* 3.2.2 *Le regolamentazioni statali del fenomeno assicurativo*

3.1 Il Sistema privatistico di assistenza sanitaria

3.1.1 *Le origini*

Le origini del moderno sistema sanitario americano risalgono al XIX secolo, quando, anche per imitazione delle varie esperienze europee, iniziarono a diffondersi le prime forme di assicurazione malattia su iniziativa di datori di lavoro, confraternite, sindacati e compagnie assicurative commerciali. Soprattutto le grandi compagnie, prevalentemente ferroviarie e di estrazione di carbone, che sempre più regolarmente offrivano servizi medici ai propri lavoratori previo trattenimento dal salario di una quota a parziale pagamento del servizio offerto. Le origini di tale sistema possono infatti essere rintracciate nel 1847 quando, per la prima volta, una compagnia assicurativa privata, la *Massachussets Health Insurance Co. of Boston*, offrì la stipula di una polizza malattia, e nel 1853 quando una società di mutuo soccorso istituì in California un piano prepagato di assistenza ospedaliera, definendo alcuni principi organizzativi che saranno alla base anche del futuro sistema di *Health Maintenance Organization*¹. Questo complesso apparato andò lentamente a consolidarsi anche per la mancanza di validi modelli alternativi, visto che durante

¹ Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, Burlington, Massachusetts, Jones & Bartlett Learning, 2015, pp. 9, 10.

la grande depressione del 1929 o anche nel corso della seconda guerra mondiale gli Stati Uniti non possedevano disponibilità finanziarie sufficienti per immaginare e sviluppare un programma di assistenza sanitaria universale. Inizialmente limitate ai soli lavoratori, esse costituivano essenzialmente uno strumento per limitare le perdite economiche in caso impossibilità di lavorare dovuta a malattia, infortunio o disabilità. *Trait d'union* tra queste prime assicurazioni sociali e le più moderne forme assicurative possono essere considerate la *Blue Cross* e la *Blue Shield*, due organizzazioni senza scopo di lucro (poi riunitesi nel 1982 in un'unica entità giuridica, la *Blue Cross and Blue Shield Association*) che iniziarono ad offrire piani innovativi, trasformando gradualmente l'assicurazione sanitaria da meccanismo finalizzato al rimborso di introiti non percepiti a causa di malattia a strumento con cui remunerare le strutture mediche per le prestazioni mediche offerte. La nascita della *Blue Cross* risale al 1929, quando in Texas un gruppo di docenti della *Baylor University* concordò con il *Baylor Hospital* di Dallas una copertura assicurativa relativa alle spese ospedaliere. Definita come “an unusual amalgam of civic and business principles”², la *Blue Cross*, grazie anche al sostegno della *American Hospital Association*, sviluppò vari piani sanitari, sebbene la copertura offerta fosse limitata alla sola assistenza ospedaliere per minimizzare opposizioni e dissensi delle compagnie commerciali. Gli stessi principi caratterizzarono anche il successo della *Blue Shield*, che, sorta nel 1940 per garantire assistenza medica soprattutto a categorie di lavoratori con mansioni particolarmente usuranti come minatori e taglialegna, predispose piani sanitari per le prestazioni mediche diverse da quelle ospedaliere. Nate in un periodo di grave depressione economica come prime proposte di mutualità sanitaria, tali organizzazioni riuscirono a far fronte ai crescenti problemi finanziari degli ospedali assicurando ai pazienti, a fronte di un prepagamento, l'accesso alle cure mediche. Importante innovazione fu l'adozione di polizze il cui costo era determinato non sulla base delle condizioni mediche personali del richiedente (*experience rating*, tipicamente adottato dalle compagnie assicurative commerciali) bensì “sulla rischiosità attesa per l'intera popolazione dei

² L'espressione è di Jacob S. Hacker, *The divided welfare state. The battle over public and private social benefits in the United States*, Cambridge, Cambridge University, 2002, p. 203.

sottoscrittori”³. Le *Blues* divennero ben presto una valida alternativa alle compagnie assicurative commerciali per l’acquisto dell’assicurazione sanitaria, agevolate dai consolidati legami con le strutture ospedaliere ed anche dal fatto che, in quanto enti no profit, usufruivano di norme statali speciali in base alle quali i propri piani sanitari venivano esentati da tassazione⁴. Tali regole erano infatti considerate un semplice ampliamento del trattamento fiscale di favore che gli ospedali già ricevevano da tempo in quanto istituzioni senza scopo di lucro e riflettevano la generale percezione dei prodotti offerti da tali enti non come veri e propri strumenti assicurativi, bensì come meccanismi di carattere sociale per stanziare fondi per i costi dei ricoveri ospedalieri. Il successo fu tale che, a partire dagli anni Sessanta, tali enti furono anche incaricati di gestire e coordinare, insieme all’amministrazione federale, i programmi pubblici federali *Medicare* e *Medicaid*.

3.1.2 *Principi fondamentali. In particolare, l’assicurazione sanitaria*

Mentre in Inghilterra l’assistenza sanitaria privata è storicamente residuale e relativamente modesta, l’assetto statunitense è invece progettato sull’egemonia del settore privato che regola l’offerta e la produzione dei servizi sanitari in virtù della logica del libero mercato. L’organizzazione sanitaria americana, più volte lo si è già ricordato, ha infatti mantenuto intatti i suoi principi di fondo, alla luce delle responsabilità dirette dei vari Stati e delle non molte competenze federali in materia. I conflitti che ne sono derivati in tempi più recenti traggono dunque origine dalla peculiare evoluzione sociale statunitense, storicamente debitrice nei confronti di una concezione liberale e prettamente negativa del ruolo imposto all’amministrazione federale, pur condizionati anche dai mutevoli rapporti tra forze economiche e politiche.

³ Rino Casella, *La riforma sanitaria di Barack Obama*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, n. 165-166, 2009, p. 33; Paul Starr, *The social transformation of American medicine*, cit., p. 295.

⁴ Le compagnie commerciali, d’altra parte, possedevano maggiori risorse finanziarie e più stabili e duraturi rapporti con i datori di lavoro, che garantivano loro un ruolo di prim’ordine nell’offerta di polizze *employer-sponsored*.

I costi elevatissimi necessari per “acquistare” un singolo trattamento medico (considerato alla stregua di un qualsiasi bene privato), hanno portato alla diffusione e allo sviluppo di assicurazioni sanitarie con cui i singoli individui, a causa della impossibilità di conoscere la futura evoluzione del proprio stato di salute, decidono di pagare in anticipo una somma nota e predeterminata che garantirà, in caso di necessità, l’accesso alle prestazioni assistenziali senza ulteriori spese. Tale impostazione fa sì che i trattamenti medici divengano al tempo stesso una scelta e una responsabilità rimessa al singolo⁵. Nonostante tale impostazione, che fa dell’assistenza americana un sistema prevalentemente “market-based”, ingenti restano le spese a carico dell’amministrazione federale, chiamata a garantire il mantenimento di settoriali programmi pubblici e il sostentamento finanziario di particolari dipartimenti, quali ad esempio il *Center for Disease Control and Prevention* o il *Drug and Food Administration* per il controllo dei prodotti farmaceutici⁶. Ciò ha reso gli Stati Uniti uno dei paesi occidentali con la più alta spesa sanitaria e con i peggiori risultati quanto ad accesso ed efficienza del sistema sanitario. Nel 2010, infatti, gli Stati Uniti hanno speso 2.600 miliardi di dollari, pari al 17.6% del prodotto interno lordo, per l’assistenza sanitaria⁷. Il sistema che ne deriva è essenzialmente privatistico, frammentario, caratterizzato dalla pluralità di fonti normative e dall’ampia libertà concessa ai privati, mitigata solo in parte da programmi pubblici settoriali (principalmente *Medicare* e *Medicaid*) che garantiscono assistenza sanitaria alle classi della popolazione storicamente più in difficoltà ad accedere alle prestazioni sanitarie erogate dal mercato assicurativo⁸.

Non essendo mai esistito un sistema pubblico che garantisse eguale accesso ai servizi medici a tutti i cittadini, la realtà americana si è dunque sviluppata attorno alla nozione di copertura assicurativa sanitaria, strumento privatistico che, a fronte

⁵ Jannie Jacobs Kronenfeld, Marcia Lynn Whicker, *U.S. National Health Policy. An analysis of the Federal Role*, New York, Praeger Publishers, 1984, p. 53 e ss.

⁶ Lok Sang Ho, *Health Policy and the Public Interest*, London, New York, Routledge, 2013, p. 129 e ss.

⁷ Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., p. 2.

⁸ Andrea Pierini, *Federalismo e welfare state nell’esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzione e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, Torino, G. Giappichelli, 2003, p. 245. Si veda anche Thomas McCarthy, *The Health Care System in the United States*, in Ullrich K. Hoffmeyer, Thomas R. McCarthy (Edited by), *Financing health care*, Volume II, Dordrecht, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 1149.

del pagamento del relativo premio, tutela l'acquirente/paziente contro l'eventualità di spese sanitarie in caso di necessità mediche e assistenziali⁹. Nella sua accezione più semplice, l'assicurazione sanitaria comporta un trasferimento redistributivo del rischio dal singolo al gruppo che, tramite il pagamento dei relativi premi, sostiene il costo delle prestazioni sanitarie richieste dal singolo. Varie sono tuttavia le tipologie previste. Attualmente, le polizze possono essere corrisposte ai lavoratori dipendenti dai propri datori di lavoro a titolo di retribuzione complementare oppure possono essere acquistate individualmente dal singolo cittadino (generalmente chi non può usufruire di una polizza offerta dal datore di lavoro, come ad esempio i lavoratori autonomi).

La prima, storicamente più diffusa, è nota oggi col nome di *employer-sponsored program*. Essa si configura come assicurazione di gruppo (*group insurance*) e prevede che i lavoratori acquistino una polizza, che possa garantire anche eventuali familiari a carico, attraverso il proprio datore di lavoro. Così facendo, i premi da versare sono inferiori poiché i relativi rischi sono condivisi e ripartiti tra i molti acquirenti. Tale tipologia assicurativa appare particolarmente vantaggiosa sia per i lavoratori che per i datori di lavoro. Secondo le stime ufficiali, i premi medi annuali per il 2016 ammontavano a 6,435 dollari per la copertura del dipendente e a 18,142 dollari per quella familiare, che tutela l'intero nucleo familiare del lavoratore¹⁰. Di questi costi, la maggior parte è sostenuta dai datori di lavoro, i quali, per il 2016, hanno contribuito nella misura dell'82% per la copertura del solo lavoratore e del 70% per la polizza familiare¹¹. In ogni caso, le spese sostenute da entrambi i soggetti non sono considerate redditi tassabili e non esiste neppure un limite massimo a tale esenzione. La conseguenza illogica, come notato da alcuni studiosi¹², è che il sistema statunitense riconosce detrazioni fiscali che, a

⁹ Si vedano Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., p. 101 e ss.; Janet B. Prince, *Health Care Crisis in America*, New York, Novinka Books, 2006, p. 79 e ss.

¹⁰ The Kaiser Family Foundation and Health Research & Educational Trust, *Employer Health Benefits, 2016 Annual Survey*, Menlo Park, CA, Chicago, IL, <http://files.kff.org/attachment/Report-Employer-Health-Benefits-2016-Annual-Survey> (link verificato in data 17.2.2017), p. 1.

¹¹ The Kaiser Family Foundation and Health Research & Educational Trust, *Employer Health Benefits, 2016 Annual Survey*, cit., p. 87.

¹² Arleen Leibowitz, Mark A. Peterson, *Perspectives on the U.S. Health Care System*, in Rivista Italiana di Politiche Pubbliche, n. 2, 2009, p. 20; Adam Wagstaff et al., *Equity in the finance of health care: some further international comparisons*, Journal of Health Economics, 1999, Vol.18, n. 3, p. 263-291.

causa della struttura progressiva dell'aliquota dell'imposta sul reddito, risultano maggiori per coloro che hanno redditi più elevati rispetto agli individui con redditi inferiori. Offerta da tutte le grandi imprese, essa costituisce la polizza più diffusa tra i lavoratori e le loro famiglie (nel 2007 il 61% della popolazione di età inferiore a sessantacinque anni, pari a 158 milioni di cittadini, possedeva tale forma assicurativa)¹³. Pur rappresentando ancora oggi un importantissimo strumento per la tutela della salute, a partire dagli anni Duemila la crisi economica ha di fatto estromesso sempre più le piccole e medie imprese dalla possibilità di offrire tale benefit, a causa degli alti costi amministrativi¹⁴.

Le polizze individuali, che la dottrina talvolta indica con la locuzione *self-insurance*, sono invece implementate e vendute al singolo cittadino dalle singole compagnie commerciali private o da organizzazioni no profit. Numericamente inferiori (nel 2007 solo il 6% della popolazione di età inferiore a sessantacinque anni possedeva tale forma assicurativa), presentano premi e condizioni più gravose per i singoli acquirenti poiché il relativo rischio è ovviamente determinato dallo stato di salute del singolo individuo acquirente. Il maggior costo è poi dovuto anche al fenomeno di selezione avversa che spesso caratterizza tali piani assicurativi. Tale problema nasce dalla asimmetria informativa che può sussistere tra assicuratori e assicurati poiché i primi, che mirano a ricavare un profitto dalla vendita delle polizze, possono ignorare certe prestazioni sanitarie che a breve saranno richieste dai pazienti e che questi ultimi, invece, ben conoscono ma che potrebbero nascondere per non incorrere in polizze più costose. In presenza di un sistema assicurativo obbligatorio (ma non è questo il caso statunitense, almeno prima della riforma sanitaria del 2010), tale criticità è spesso risolta stabilendo un premio, identico per tutti e non parametrato ai singoli profili medici dei pazienti (è il c.d. *community rating*), sufficiente alla copertura dei costi complessivi, che attua, di fatto, una politica redistributiva dai gruppi a basso rischio verso quelli ad alto rischio. Se, invece, l'acquisto della polizza all'interno del libero mercato è volontario, tale fenomeno viene spesso eluso dalle compagnie assicurative¹⁵. Esse,

¹³ Arleen Leibowitz, Mark A. Peterson, *Perspectives on the U.S. Health Care System*, cit., p. 19.

¹⁴ Arleen Leibowitz, Mark A. Peterson, *Perspectives on the U.S. Health Care System*, cit., p. 20.

¹⁵ Il riferimento è al sistema americano ante riforma Obama. Sulle novità introdotte nel 2010 si veda *infra*, cap. V, par. 5.2.

operando pratiche spesso definite di *patient-skimming*, raccolgono quanti più dati sensibili possibili relativi allo stato di salute dei potenziali pazienti e, in base ad essi, calcolano poi i premi assicurativi, imponendo altresì la sottoscrizione di particolari clausole che limitano la copertura finanziaria garantita dall'assicurazione. Ciò rende evidente quanto sia difficile possedere i requisiti, medici e finanziari, necessari per essere ammessi ad un piano individuale. In presenza di patologie preesistenti rispetto alla stipula del contratto, come ad esempio in caso di malattie croniche, l'assicuratore può infatti rifiutarsi di vendere la polizza, imporre cifre maggiori per la sua conclusione, ovvero, risolvere unilateralmente il contratto, se già concluso, non coprendo il pagamento dei costi sanitari richiesti¹⁶.

Nonostante tali differenziazioni, tutti i piani assicurativi rientrano in tre diverse categorie. L'assicurazione può infatti essere sottoscritta volontariamente dal paziente con compagnie private, con o senza scopo di lucro, ed in questo caso è indicata con l'acronimo VHI (*Voluntary Health Insurance*). In secondo luogo, può viceversa essere fornita dall'amministrazione pubblica, a livello federale, statale o locale e viene pertanto denominata *Social Insurance*. L'esempio più semplice è rappresentato dal programma *Medicare* con cui il Governo federale ha garantito la tutela della salute dei cittadini con più di sessantacinque anni di età. L'ultimo modello, *Public Welfare Insurance*, è rivolto agli indigenti, impossibilitati per mancanza di reddito ad accedere alle prestazioni mediche, tutelati essenzialmente tramite il programma *Medicaid*. In ogni caso, tutte le polizze assicurative comportano la stipulazione di un contratto che, sulla base della tipologia assicurativa prescelta, coinvolge a vario titolo i beneficiari (i pazienti), gli eventuali diversi acquirenti (i datori di lavoro ovvero anche le amministrazioni pubbliche), le compagnie assicurative che curano i vari piani sanitari e i soggetti che infine erogano i servizi richiesti¹⁷.

¹⁶ Jacob S. Hacker, *The divided welfare state. The battle over public and private social benefits in the United States*, cit., p. 182; Arleen Leibowitz, Mark A. Peterson, *Perspectives on the U.S. Health Care System*, cit., p. 21; Roberto Zanola, *Produzione pubblica di beni privati: perché esiste la sanità pubblica*, Stato e mercato, Vol. 55, n. 1, 1999, pp. 153, 154.

¹⁷ Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., pp. 212, 213.

3.1.3 Costi e modelli organizzativi. *Fee-for-service e managed care*

Le varie polizze sanitarie private, di gruppo o individuali, presuppongono tutte il pagamento da parte degli utenti di un premio fisso all'assicurazione. Quanto invece alle forme di rimborso previste, è possibile distinguere due modelli, *fee for service*, o tariffa a prestazione, e *managed care*, basato invece sul pagamento anticipato di una quota fissa predeterminata (*prepayment*).

All'interno del primo modello di *fee for service* è possibile operare una ulteriore suddivisione tra *indemnity plans* e *service benefits*. I primi si sostanziano nel pagamento diretto della prestazione medica da parte del paziente, con il successivo rimborso da parte della compagnia assicurativa, mentre nei *service benefits* la struttura sanitaria è retribuita direttamente dalla compagnia assicurativa¹⁸. Entrambe le modalità tutelano appieno la libertà di scelta del singolo individuo, del tutto privo di vincoli nella scelta della struttura e del professionista cui affidarsi, sacrificando tuttavia le contrastanti esigenze di controllo e contenimento dei costi¹⁹. Essa costituiva il sistema assicurativo tradizionale, rappresentando la polizza più diffusa anche per le assicurazioni offerte dai datori di lavoro (73%), fino agli anni più recenti in cui si è progressivamente ridotta fino al 2% del mercato privato. Al momento della sua entrata in vigore, anche il programma *Medicare* (che tutela i cittadini con almeno sessantacinque anni) seguiva integralmente tale forma di rimborso²⁰.

I piani che rispondono al modello *fee for service* si basano dunque su un rapporto contrattuale tra il beneficiario e la compagnia assicurativa, mancando invece alcun legame diretto tra quest'ultima e le strutture che erogano le prestazioni sanitarie richieste (in caso di *service benefits* tale legame è limitato al pagamento

¹⁸ Paul Starr, *The social transformation of American medicine*, New York, Basic Books, 1982, p. 291 e ss.

¹⁹ Carla Bassu, *La riforma sanitaria negli Stati Uniti d'America: un modello federale di tutela della salute?*, in *federalismi.it*, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, n. 22, 2011, <http://www.federalismi.it/nv14/la-rivista.cfm> (link verificato in data 19.01.2017); Rino Casella, *La riforma sanitaria di Barack Obama*, cit., p. 32.

²⁰ Arleen Leibowitz, Mark A. Peterson, *Perspectives on the U.S. Health Care System*, cit., p. 24.

diretto) e, conseguentemente, l'ente assicuratore non è responsabile della qualità dei servizi medici erogati. Il paziente che usufruisce di una prestazione medica, riceverà pertanto un rimborso da parte della propria compagnia assicurativa, calcolato su cifre prefissate per ogni servizio ed indipendentemente dai costi realmente stabiliti dalle strutture sanitarie, con cui potrà pagare la stessa struttura sanitaria ovvero, se vi avesse provveduto personalmente, vedersi comunque rimborsati i costi già sostenuti. Tali polizze sanitarie richiedono però una forma di contribuzione ulteriore, finalizzata alla condivisione dei costi con gli utenti (che già versano un premio annuale alla compagnia assicurativa), che deve essere versata nel momento in cui gli stessi ricevono i servizi richiesti. Al riguardo si distingue tra coassicurazione e franchigie. La coassicurazione è un contributo che consiste nel pagamento di una percentuale del costo del servizio richiesto (in genere pari al 20%), mentre le franchigie sono invece importi forfettari che il paziente deve versare prima che l'assicurazione paghi la prestazione medica richiesta²¹.

Il secondo modello, detto di *managed care*, attua invece un inedito partenariato tra comparto assicurativo, incaricato di gestire l'iscrizione degli utenti, e strutture mediche. Secondo una nota definizione, indica “any health care arrangement that includes cost containment strategies, risk allocation among insurance entities, providers and employers, and claims administration and reporting”²². Esso configura pertanto un'organizzazione complessa tra assicurazioni e centri medici, finalizzata al contenimento degli elevati costi delle prestazioni sanitarie rese secondo il tradizionale sistema *fee-for-service*. Le organizzazioni che fanno parte di tale modello, pur presentando denominazioni difformi e tipologie organizzative diverse, presentano alcune caratteristiche comuni. In particolare, presuppongono tutte la definizione di rapporti contrattuali tra enti assicurativi e medici al fine di offrire determinate prestazioni terapeutiche ai propri utenti, nonché lo sviluppo di strategie finalizzate al contenimento e al controllo dei costi sanitari.

Le prime reti ad affermarsi, nel corso degli anni Settanta, sono state le *Health Maintenance Organizations* (HMO), sviluppatasi a seguito dell'emanazione da

²¹ Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., p. 213.

²² Earlene P. Weiner, *Managed health care: HMO corporate liability, independent contractors, and the ostensible agency doctrine*, *Journal of Corporation Law*, 1990, Vol.15, n. 3, p.537, nota n. 12.

parte del Presidente Nixon dell'*Health Maintenance Organization Act* nel 1973²³. Trattasi di un sistema complesso in cui enti assicuratori e strutture mediche non operano più disgiuntamente ed autonomamente bensì all'interno di una sola organizzazione complessa, contemporaneamente responsabile degli aspetti finanziari-assicurativi e della fornitura delle prestazioni sanitarie ai pazienti, iscritti previo versamento anticipato di una quota fissa²⁴. Alla luce della definizione legislativa, "the term 'health maintenance organization' means a public or private entity which is organized under the laws of any State and which (1) provides basic and supplemental health services to its members in the manner prescribed by subsection (b), and (2) is organized and operated in the manner prescribed by subsection (c)"²⁵. Le caratteristiche organizzative che meglio qualificano tali organismi sono dunque la prestazione di servizi sanitari entro un sistema chiuso di fornitori, rivolta esclusivamente a determinati utenti (coloro che sono iscritti al piano) e la forma di pagamento anticipato. Insomma, il paziente, pagando una quota predeterminata, ha diritto di ricevere prestazioni mediche ma soltanto tramite le strutture convenzionate che fanno parte della rete istituita con il piano assicurativo²⁶. La stretta relazione intercorrente tra assicuratore e centri medici si coglie anche nell'esistenza di due autonomi e distinti contratti; il primo tra il paziente e l'organizzazione nella sua qualità di ente assicurativo ed il secondo tra

²³ Per un'analisi di tale atto normativo si veda *infra*, cap. IV, par. 4.6.1.

²⁴ Tale definizione è condivisa da numerosi autori. A tal fine, si confrontino Philip Kissam, Ronald Johnson, *State HMO Laws And The Theory Of Limited Reformmongering*, University of Kansas Law Review, 1976, Vol. 25, n. 1, p.21; Susan Schmidt, *Health Maintenance Organizations and the McCarran-Ferguson Act*, American Journal of Law & Medicine, 1982, Vol.7, n. 4, p.437; Harry A. Sultz, Kristina M. Young, *Health Care USA. Understanding its organization and delivery*, Sudbury, MA, Jones and Bartlett, 2011, p. 41.

²⁵ Si veda 42 U.S. Code § 300e - *Requirements of health maintenance organizations*.

²⁶ A fronte di tale caratteristiche, Ettore Jorio, in un recente articolo, paragonava il modello di *managed care* all'organizzazione mutualistica, differenziata per categorie di lavoratori, operante in Italia prima dell'approvazione della legge n. 833/1978 ed in particolare all'INAM (Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro le Malattie), che assisteva i lavoratori privati e le loro famiglie in caso di malattia, e all'ENPAS (Ente Nazionale Previdenza e Assistenza ai dipendenti Statali), operante per i dipendenti statali. Tali enti infatti "erogavano, a fronte di un prelievo di tipo contributivo, direttamente connesso e rapportato all'attività esercitata dagli assicurati, prestazioni di assistenza, differenziate per tipologia di categoria dei lavoratori iscritti, per il tramite di professionisti e/o strutture private fiduciarie ovvero proprie". Si veda Ettore Jorio, *La riforma sanitaria di Barack H. Obama*, in *federalismi.it*, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, n. 17, 2009. Per una descrizione di tutti gli enti mutualistici esistenti in Italia si veda Flavia Franzoni, *Trent'anni di servizi alla persona: il punto di vista del Vademecum*, Autonomie locali e servizi sociali n. 1, 2007, p. 122.

la stessa compagnia e i vari centri medici, che ricevono una quota per ogni membro iscritto su base mensile²⁷. Quanto al pagamento richiesto agli utenti, come già ricordato, anche tale modello prevede un premio fisso prepagato. Sebbene tale forma di contribuzione non costituisca di per sé una innovazione, poiché prevista anche per la tradizionale forma assicurativa *fee-for-service*, ciò che maggiormente distingue i due modelli è dato dalle diverse modalità con cui le strutture mediche sono remunerate. Nel modello *fee-for-service*, infatti, l'iscritto versa il premio alla compagnia assicurativa, la quale è obbligata a retribuire le strutture mediche cui il paziente decide di rivolgersi sulla base del sistema di tariffa a prestazione (con l'ovvia conseguenza che normalmente i premi richiesti agli utenti sono molto elevati poiché l'assicurazione trarrà un profitto soltanto se sarà chiamata a rimborsare cifre inferiori rispetto al premio riscosso). Poiché i rimborsi erogati dalle compagnie assicurative sono calcolati in base a tariffe prestabilite, essi non tengono conto degli effettivi costi addebitati dal centro medico che potranno pertanto essere anche superiori ed in quest'ultimo caso la quota eccedente rimane a carico dell'assicurato²⁸. Il modello delle HMO opera invece un trasferimento del rischio economico verso la struttura medica. Essa riceve infatti dall'ente assicurativo una somma fissa per ogni iscritto, indipendentemente dal fatto che il paziente abbia o meno usufruito dei servizi, obbligandosi a fornire tutte le prestazioni mediche eventualmente richieste. Ciò significa che il suo profitto, contrariamente al tradizionale sistema *fee-for-service* ove il guadagno è direttamente proporzionale al numero delle prestazioni offerte, dipenderà da un'attenta gestione dei servizi e dall'effettiva promozione di maggiori servizi ambulatoriali, con conseguente limitazione di ricoveri ospedalieri ed attività da parte di medici specialisti²⁹.

Altra disposizione della legge che ha contribuito all'affermazione delle HMO è quella relativa ai piani sanitari dei lavoratori dipendenti³⁰. Infatti, con quella che la dottrina statunitense definisce *mandatory dual choice requirement*³¹ il

²⁷ Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., p. 214.

²⁸ Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., p. 213.

²⁹ Bernard T. Ferrari, Thomas H. Sponsler, *Health maintenance organizations and the specter of antitrust law*, *Loyola Law Review*, 1986, Vol. 31, n. 4, pp. 799, 800.

³⁰ 42 U.S. Code § 300e-9 - *Employees' health benefits plans*.

³¹ Earlene P. Weiner, *Managed health care: HMO corporate liability, independent contractors, and the ostensible agency doctrine*, cit., p. 542.

Congresso impose ai datori di lavoro con più di venticinque lavoratori dipendenti di offrire ai propri dipendenti la possibilità di iscriversi ad una HMO (se esistente all'interno dello Stato ed in possesso di tutti i requisiti prescritti dalla normativa federale). L'effettivo risparmio conseguito dai datori di lavoro nell'offerta di un piano sanitario di tale tipo rispetto alla tradizionale e più costosa copertura *fee-for-service*, unito altresì alla previsione (poi abrogata negli anni Ottanta) di fondi per le HMO che si dotassero dei requisiti federali, portarono ad una grande diffusione di tali organismi³².

Questi dunque gli aspetti che più caratterizzano questa particolare aggregazione tra strutture ospedaliere ed assicuratrici. Più nel dettaglio, la dottrina statunitense, sulla base delle indicazioni legislative federali, suddivide però le HMO in quattro categorie: *staff*, *group*, *IPA* e *network*³³. La prima costituisce la forma aggregativa tradizionale, in cui l'assistenza medica ed ospedaliera è offerta tramite centri medici impiegati e retribuiti dalla HMO, mentre nella seconda un gruppo di professionisti, generalmente medici generici, che condividono strutture e relative strumentazioni, contrattano la prestazione dei propri servizi con una HMO. Nella *Individual Practice Association* (IPA) medici e professionisti sanitari, pur prestando la propria attività ai pazienti iscritti alla HMO, conservano invece la propria indipendenza, potendo esercitare la professione presso i propri studi privati, ovvero in altre strutture mediche, non essendo vincolati ad una attività esclusiva per l'organizzazione. L'ultima forma organizzativa, il *network*, ricorre quando una HMO negozia l'erogazione di servizi con una serie di gruppi medici indipendenti. Essi possono contemporaneamente concludere simili accordi con diverse HMO ed assistere, secondo il tradizionale modello *fee-for-service*, anche pazienti non iscritti ad alcuna HMO.

³² Le HMO, soltanto 13 negli anni Cinquanta e 26 negli anni Settanta, crebbero considerevolmente fino a 178 negli anni immediatamente successivi all'emanazione dell'*Health Maintenance Organization Act*. Si veda Earlene P. Weiner, *Managed health care: HMO corporate liability, independent contractors, and the ostensible agency doctrine*, cit., p. 541 e ss.

³³ In tal senso, si vedano Bernard T. Ferrari, Thomas H. Sponsler, *Health maintenance organizations and the specter of antitrust law*, cit., p. 800; Arleen Leibowitz, Mark A. Peterson, *Perspectives on the U.S. Health Care System*, cit., p. 27; Earlene P. Weiner, *Managed health care: HMO corporate liability, independent contractors, and the ostensible agency doctrine*, cit., p. 540 e ss.

Successivamente iniziarono a diffondersi forme organizzative ulteriori che, pur mutuando le principali caratteristiche organizzative dalle HMO, presentano proprie peculiarità. La consolidazione di ulteriori piani assicurativi profondamente eterogenei, quanto ai costi e ai servizi offerti, ha reso ancora più evidente quanto la garanzia assistenziale sia divenuta direttamente proporzionale alla ricchezza del singolo cittadino, o meglio, alla parte di ricchezza che questi ha deciso di investire in una polizza sanitaria. Le *Preferred Provider Organizations* (PPO), diffuse a partire dagli anni 2000, si caratterizzano per la contrattazione di piani sanitari con i datori di lavoro, sia direttamente sia indirettamente (tramite le varie compagnie assicuratrici). Tali polizze prevedono che le prestazioni sanitarie siano erogate soltanto attraverso un gruppo di strutture mediche predeterminate. Tale rete, essendo generalmente di piccole dimensioni, fa sì che le tariffe economiche a carico dei pazienti siano piuttosto contenute, nonostante siano generalmente previste franchigie. Ulteriore differenza rispetto alle HMO è rappresentata dalla possibilità per gli utenti di rivolgersi direttamente a medici specialisti senza la necessità di esservi rinvio da un proprio medico generico di riferimento³⁴. Le organizzazioni denominate *Point-of-service* (POS) integrano invece le caratteristiche delle HMO e delle PPO, con la particolarità che i pazienti non sono obbligati a fare riferimento a medici e strutture interne alla rete per accedere alle prestazioni sanitarie. La scelta non è tuttavia del tutto priva di conseguenze economiche; solo nel primo caso sono previsti per gli utenti costi inferiori, mentre spese più elevate sono invece richieste per rivolgersi a medici esterni³⁵. Per completare l'esposizione di tutte le organizzazioni esistenti, è opportuno citare anche le *Exclusive Provider Organizations* (EPO), le *Physician Hospital Organizations* (PHO) e le *Provider-Sponsored Organizations* (PSO). Le prime, prevedendo una serie limitata di strutture cui i pazienti possono rivolgersi, sono organismi del tutto simili alle PPO. Le PHO sono formate da strutture mediche, ospedali e centri di chirurgia che congiuntamente forniscono servizi medici ai pazienti iscritti ad un piano sanitario.

³⁴ Per una accurata descrizione delle PPO si vedano Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., p. 239; Vernellia R. Randall, *Managed Care, Utilization Review, and Financial Risk Shifting: Compensating Patients for Health Care Cost Containment Injuries*, *Puget Sound Law Rev.*, 1993, Vol. 17, n. 1, pp. 22, 23.

³⁵ Si vedano Rino Casella, *La riforma sanitaria di Barack Obama*, cit., p. 36; Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., p. 240.

Le PSO, infine, sono enti appartenenti o controllati da centri medici che contrattano direttamente con i pazienti la fornitura dei servizi, senza l'intermediazione di soggetti propriamente assicuratori.

3.2 Il ruolo degli Stati

3.2.1 Gli Stati e la salute pubblica

Nonostante il potere di regolare la materia sanitaria sia condiviso dalla Federazione e dai singoli Stati, i governi statali possiedono un ruolo indubbiamente prioritario e predominante ed esercitano le proprie competenze in materia attraverso vari enti, responsabili per specifici servizi sanitari. I vari organi statali sono infatti chiamati a risolvere singole problematiche sanitarie, anche di rilevanza meramente locale, a far rispettare leggi e regolamentazioni a tutela della sicurezza e della salute, essendo inoltre responsabili dell'applicazione e dell'esecuzione di programmi federali, ricevendo fondi federali e gestendo direttamente il programma *Medicaid*³⁶.

La più tipica espressione del potere statale è tuttavia il *police power*, potere di origini antichissime, ereditato dai principi della *common law* inglese (riassunti dal brocardo latino “Sic utere tuo ut alienum non laedas”) che già legittimava una limitazione dei diritti dei privati se finalizzata alla salvaguardia del bene comune. Adottato negli Stati Uniti, anche con la Costituzione federale esso rimase una prerogativa dei singoli Stati, seppur limitato dalla *Supremacy Clause* dell'art. VI³⁷ che, come noto, nelle materie delegate al Congresso comporta la preminenza del diritto federale su quello statale, e dagli emendamenti che proteggono i diritti individuali. Gostin lo ha definito come il potere caratteristico dello Stato (in parte delegabile anche ai governi locali) di emanare leggi al fine di proteggere e

³⁶ Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., p. 106.

³⁷ “This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land”. Sui rapporti tra tale clausola e le norme degli Stati, si veda Erwin Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, New York, Wolters Kluwer, 2015, p. 410 e ss.

promuovere la salute, la sicurezza ed il benessere generale degli individui. Per realizzare tali obiettivi, lo Stato può dunque limitare, entro certi limiti definiti dalla Costituzione federale e da quella del singolo Stato, gli interessi dei privati e le libertà economiche, come ad esempio la libertà contrattuale ed il diritto di godere e di disporre pienamente della proprietà³⁸. Al riguardo, molte anche le pronunce della Corte Suprema. Già con la decisione *Gibbons v. Ogden*³⁹ del 1824 la Corte Suprema ebbe modo di affermare che tale potere è particolarmente pervasivo, costituendo:

“[...] a portion of that immense mass of legislation which embraces everything within the territory of a State not surrendered to the General Government; all which can be most advantageously exercised by the States themselves. Inspection laws, quarantine laws, health laws of every description, as well as laws for regulating the internal commerce of a State, and those which respect turnpike roads, ferries, &c., are component parts of this mass. No direct general power over these objects is granted to Congress, and, consequently, they remain subject to State legislation”.

Similmente, in *Manigault v. Springs* il potere di polizia fu definito “an exercise of the sovereign right of the government to protect the lives, health, morals, comfort and general welfare of the people”⁴⁰. Il caso in esame riguardava una legge statale che disponeva la costruzione di una diga su un torrente in violazione di un contratto tra i proprietari terrieri secondo cui nel luogo non avrebbe potuto essere installato alcun argine artificiale. Ebbene, la Corte Suprema, sancendo la legittimità della legge statale, stabilì che la libertà contrattuale dei privati cittadini non può impedire allo Stato di legiferare a tutela di un bene pubblico. Stabilendo che le amministrazioni statali possono legittimamente interferire sulle attività dei privati, la Corte pose così le premesse per il riconoscimento di numerose regolamentazioni pubbliche contrastanti con i diritti dei singoli.

Più specificamente, con riferimento alla tematica sanitaria, tale potere ha permesso la promozione della salute pubblica e la prevenzione delle malattie,

³⁸ Lawrence O. Gostin, *Public health law. Power, duty, restraint*, Berkeley, New York, University of California Press, Milbank Memorial Fund, 2008, p. 92. Si confronti anche Jorge E. Galva, Christopher Atchison, Samuel Levey, *Public health strategy and the police powers of the state*, Public Health Reports, 2005, Vol. 120, Suppl. 1, pp. 20-27.

³⁹ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 203 (1824).

⁴⁰ *Manigault v. Springs*, 199 U.S. 473, 480 (1905).

essendo altresì stato impiegato anche per regolare lo smaltimento dei rifiuti, le ispezioni dei luoghi di esercizio delle attività commerciali, la sicurezza degli alimenti e l'abilitazione professionale dei professionisti medici.

Caso tipico è quello delle vaccinazioni, la cui obbligatorietà, disposta dalle amministrazioni statali, è stata in numerose occasioni confermata dalla giurisprudenza. In *Jacobson v. Massachusetts* è stata infatti ritenuta espressione del *police power* degli Stati, potere cui gli Stati non hanno rinunciato con l'istituzione del Governo federale e che si estende naturalmente a tutte le situazioni interamente interne ad uno Stato e che non coinvolgono cittadini di altri Stati⁴¹. Del tutto similmente, in *Zucht v. King* la Corte Suprema ritenne legittima un'ordinanza della Città di San Antonio (Texas) che non permetteva ai minori di frequentare gli istituti scolastici della città in assenza di un certificato che comprovasse l'effettuazione di alcuni vaccini. Le autorità dello Stato godono infatti di un'ampia discrezionalità nell'esercizio del proprio potere di polizia, finalizzato a proteggere il benessere e la salute pubblica, e ciò non contrasta con il XIV emendamento⁴².

L'uso del *police power* è stato inoltre impiegato per legittimare normative statali che, in certi casi, imponevano la quarantena, misura di sicurezza pubblica finalizzata a fermare la diffusione di una malattia infettiva. Essa comportava generalmente la limitazione della libertà di circolazione di persone sane (ovvero anche di animali o imbarcazioni) che tuttavia erano state esposte a malattie trasmissibili. Sebbene lo stato federale sia competente, in base alla sezione 42 U.S.C. 264(c)⁴³, in ordine alla quarantena dei cittadini di altri Stati dell'Unione o da

⁴¹ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905). Nel caso in esame, la Corte Suprema negò che l'atto legislativo dello Stato del Massachusetts (che imponeva talune vaccinazioni al fine di tutelare la salute e la sicurezza pubblica) fosse contrario alla Costituzione. Infatti, le libertà da questa garantita non possono assurgere ad un diritto assoluto ad essere, sempre ed in ogni circostanza, completamente privo da limitazioni e vincoli, talvolta rese necessarie per il bene comune. Una minoranza di cittadini di un'area dove si registrano molti casi di vaiolo non può opporsi alle regolamentazioni adottate dalle autorità competenti. Al riguardo, a differenza della vita, libertà e proprietà garantite dalla Costituzione, la sicurezza e la salute dei cittadini del Massachusetts rappresenta una competenza propria delle autorità locali e non del governo federale.

⁴² *Zucht v. King*, 260 U.S. 174 (1922).

⁴³ Lo *United States Code* raccoglie e codifica tutti i provvedimenti legislativi federali, ordinati in titoli sulla base delle diverse materie regolamentate. Attualmente il codice consta di 54 titoli; la sua versione ufficiale è curata dall'OLRC (*Office of the Law Revision Counsel*), ufficio della Camera dei Rappresentanti degli Stati Uniti e può essere consultata on-line. Si veda: <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title42/chapter7&edition=prelim> (link verificato in data 6.1.2017).

Stati esteri, gli Stati hanno sempre avuto un ruolo fondamentale per la protezione della salute pubblica dei propri cittadini, come dimostra il già citato brano tratto dal caso *Gibbons v. Ogden* ovvero la decisione *Morgan's Steamship Co. v. Louisiana Board of Health*⁴⁴ ove la Corte Suprema affermò che il sistema di leggi dello Stato della Louisiana relativo alla quarantena, pur avendo innegabili effetti sul commercio, costituiva un legittimo esercizio del potere di polizia per la salute della salute, non proibito dalla Costituzione americana⁴⁵.

Devono infine essere ricordati anche i c.d. *Parens Patriae Powers*, che fanno riferimento agli obblighi delle amministrazioni statali di tutelare e proteggere i minori e gli individui incapaci. Di derivazione inglese (già esistenti sotto il regno di Edoardo I), tali prerogative impongono ai singoli Stati di rappresentare e assistere le persone incapaci (ad esempio per il compimento di atti giuridici, quali un'accettazione di eredità ovvero la stipula di un contratto) e di garantire loro salute e benessere, con inevitabile compressione dei loro diritti di libertà, di proprietà e alla privacy. Tratto caratteristico di quest'ultimo punto è il potere/dovere di proteggere il benessere di tali individui, impossibilitati a comprendere la natura e le conseguenze giuridiche delle proprie azioni, con riferimento, ad esempio, all'affidamento dei minori, alla custodia legale dei beni dell'incapace, alle decisioni relative alle terapie mediche o alla loro interruzione⁴⁶, fino al ricovero delle persone con disabilità mentali⁴⁷.

⁴⁴ *Morgan's Steamship Co. v. Louisiana Board of Health*, 118 U.S. 455 (1886).

⁴⁵ Si confrontino Edward A. Fallone, *Preserving the public health: a proposal to quarantine recalcitrant AIDS carriers*, Boston University Law Review, 1988, Vol.68, n. 2, p.441-505; William J. Novak, *The people's welfare. Law and regulation in nineteenth-century America*, Chapel Hill, London, University of North Carolina Press, 1996, p. 204 e ss.; Angie A. Welborn, *Federal and State Isolation and Quarantine Authority*, CRS Report for Congress, 2005, <http://famguardian1.org/PublishedAuthors/Govt/CRS/RL31333.pdf> (link verificato in data 7.03.2017).

⁴⁶ Sul punto si veda *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, *infra*, cap. IV, nota n. 17.

⁴⁷ Lawrence O. Gostin, *Public health law. Power, duty, restraint*, cit., pp. 95-98.

3.2.2 Le regolamentazioni statali del fenomeno assicurativo

Gli Stati tradizionalmente detengono ampie competenze per quanto concerne le politiche sanitarie. Rappresentando infatti i maggiori acquirenti e fornitori di servizi medici, gli Stati sono anche i primi a regolamentare l'industria sanitaria⁴⁸. Si è detto sin da subito che quello americano è un sistema sanitario incentrato sullo strumento assicurativo. Ebbene, la regolamentazione delle assicurazioni, anche sanitarie, è tradizionalmente materia di competenza statale⁴⁹. La prima conferma di ciò risale al 1869 quando la Corte Suprema decise il caso *Paul v. Virginia*, impendendo al diritto federale di disciplinare le assicurazioni⁵⁰. Oggetto della controversia erano talune regolamentazioni dello Stato della Virginia che ponevano limiti alle compagnie assicurative (in particolare alle sole compagnie di altri Stati veniva imposta la sottoscrizione di determinate obbligazioni con la tesoreria di Stato), al cui rispetto era subordinata la concessione di una licenza per poter esercitare la propria attività commerciale. Il ricorrente, condannato per aver operato in qualità di agente per una compagnia di altro Stato, sprovvisto di licenza (che gli era stata precedentemente negata), lamentò la violazione dell'articolo IV, sezione 2 della Costituzione (“The citizens of each state shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several states”: è la c.d. *Privileges and Immunities Clause*) e del potere del Congresso di regolare il commercio interstatale e con l'estero, previsto dall'articolo I, sezione 8. La Corte rigettò innanzitutto la prima argomentazione sul presupposto che gli enti giuridici (come le compagnie assicurative) non possono essere equiparati ai cittadini, termine invece previsto dall'articolo della Costituzione. Il termine “citizens”, prosegue la decisione, trova applicazione soltanto per le persone fisiche, non anche per le entità fittizie, create

⁴⁸ Howard M. Leichter, *The States and Health Care Policy. Taking the Lead*, in Howard M. Leichter, *Health Policy Reform in America. Innovations from the States*, Armonk, N.Y., M.E. Sharpe, 1992, p. 13.

⁴⁹ B.L. Kirkman-Liff, S. Lewis, *Inter-State Variation in Medical and Health Insurance Regulation: Implications of American Experiences for Health Insurance in the European Community*, in A. F. Casparie, H. E. G. M. Hermans, Jean H. P. Paelinck, *Health care in Europe after 1992*, Aldershot, Dartmouth Pub. Co., 1992, pp. 264-277.

⁵⁰ *Paul v. Virginia*, 75 US 168 (1869).

per legge, che necessariamente devono essere in possesso dei requisiti previsti dal legislatore. In secondo luogo, la Corte esclude anche la violazione del potere di regolare il commercio, sulla base del presupposto secondo cui “issuing a policy of insurance is not a transaction of commerce”⁵¹. Infatti, pur essendo certamente vero che il potere di regolare il commercio garantito al Congresso include sia i commerci operati da persone giuridiche che quelli effettuati da singoli individui, le polizze rappresentano semplici contratti che prevedono un risarcimento in caso di verificazione di un determinato evento, stipulati tra l’ente e l’assicurato soltanto in base ad una precisa scelta di quest’ultimo. Tali contratti non possono essere considerati *interstate transactions*, non essendo, tra l’altro, beni destinati ad essere spediti da uno Stato verso un altro per essere poi messi in vendita. Trattasi invece di atti giuridici che non possono avere un’esistenza ed un valore indipendenti rispetto alle parti che decidono di stipularli, dotati di rilevanza meramente locale e governati dunque soltanto dalla legge locale.

Nel 1944, le numerose regolamentazioni statali del fenomeno assicurativo, ritenute sempre più inadeguate rispetto ai tempi, ed il crescente numero di monopoli e cartelli, portarono però la Corte Suprema al superamento del proprio precedente con la decisione *United States v. South-Eastern Underwriters Association*⁵². Il Giudice Black iniziò la redazione della sua opinione accennando alle precedenti decisioni della Corte Suprema, in cui era stato costantemente riconosciuto che la *Commerce clause* non privava gli Stati del potere di regolare e tassare le attività delle compagnie assicurative che vendevano polizze all’interno di un determinato Stato (nonostante tali contratti potessero dar luogo alla movimentazione di persone, denaro o documenti da uno Stato all’altro). Nessuno dei casi decisi aveva tuttavia riguardato un atto del Congresso, come invece nel caso in esame, ove veniva invece richiesto ai giudici di decidere se il potere costituzionale di regolare il commercio attribuisse al Congresso il potere di disciplinare le transazioni assicurative che interessavano vari Stati. Il provvedimento in questione era lo *Sherman Anti-Trust Act*, nota legge antitrust emanata nel 1890 e poi più volte modificata dal legislatore e dalle Corti federali (attualmente disciplinata nel titolo 15 dello U.S. Code, *Chapter*

⁵¹ *Paul v. Virginia*, 75 US 168, 183 (1869).

⁵² *United States v. South-Eastern Underwriters Association*, 322 U.S. 533 (1944).

1 - Monopolies and Combinations in Restraint of Trade). Essa perseguiva la finalità di interrompere l'evoluzione delle moderne pratiche commerciali monopolistiche prevedendo alcuni divieti. In particolare, le prime due sezioni vietano ogni contratto o accordo volto a limitare il commercio tra gli Stati o con l'estero⁵³ e puniscono ogni persona che monopolizzi o tenti di monopolizzare qualsiasi attività facente parte del commercio tra gli Stati o con le altre Nazioni⁵⁴.

I ricorrenti (compagnie che fornivano polizze contro gli incendi conducendo le proprie operazioni in più Stati) erano stati condannati per la violazione di entrambe le norme, atteso che si erano accordati per ostacolare i liberi scambi commerciali interstatali (fissando e mantenendo premi non concorrenziali in vari Stati), nonché per monopolizzare il relativo commercio assicurativo (arrivando a detenere il 90% di tutte le assicurazioni contro gli incendi vendute negli Stati dell'Alabama, Florida, Georgia, North Carolina, South Carolina e Virginia). A loro difesa sostenevano invece che non fossero obbligati ad uniformarsi alle regole previste dalla legge federale posto che, sulla base della precedente giurisprudenza della Corte, la vendita di assicurazioni non potesse essere considerata commercio. La Corte Suprema si trovò a risolvere due questioni, se lo *Sherman Act* intendesse proibire le condotte delle compagnie assicurative atte a ridurre o monopolizzare il commercio interstatale delle assicurazioni contro gli incendi e, in secondo luogo, se le transazioni assicurative coinvolgenti più Stati potessero costituire ipotesi di "commerce among the several States" e così essere assoggettate alle regole emanate dal Congresso sulla base del potere di regolare il commercio. I giudici si concentrarono innanzitutto su quest'ultimo interrogativo, ribadendo che le Corti non possono interpretare i termini utilizzati dalla Costituzione in un modo più restrittivo rispetto al significato ordinario che gli stessi avevano al momento in cui la Costituzione fu scritta. A tal fine, la parola "commerce", come prevista dalla clausola costituzionale, non poteva che ricomprendere anche un'attività, come quella assicurativa, che non si svolge separatamente in ogni Stato ma che, al

⁵³ "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal [...]"

⁵⁴ "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations[...]"

contrario, postula la sussistenza di strette interrelazioni che varcano i confini statali. Il business assicurativo è infatti gestito da poche grandi compagnie che operano prevalentemente nei centri finanziari della costa Est, le cui decisioni si ripercuotono poi sugli individui, non soltanto di quello Stato, ma di tutta l'Unione. La Corte Suprema invalidò così la decisione della Corte distrettuale che, sentendosi vincolata al caso *Paul v. Virginia* del 1869, aveva concluso ribadendo che l'assicurazione non poteva essere considerata commercio. Le precedenti decisioni avevano infatti riguardato singole leggi statali, la cui dichiarazione di invalidità avrebbe privato gli Stati della possibilità di regolamentare l'attività assicurativa, permettendo alle compagnie, impegnate nel commercio interstatale, di agire senza alcun limite legale. Nel caso in esame, veniva invece richiesto l'annullamento, non di un atto statale, bensì di una legge del Congresso che non mirava a controllare il business assicurativo ma a regolare alcuni aspetti dei metodi con cui le compagnie assicurative, operanti tra più Stati, esercitavano la propria attività. Invalidare la legge federale avrebbe comportato una illegittima interpretazione restrittiva dello scopo del potere del Congresso di regolare le attività commerciali che varcano più Stati. Meno problematica, infine, la prima questione relativa all'applicabilità dello *Sherman Act* al mercato assicurativo. Al riguardo, la Corte si limitò infatti a riaffermare che non vi erano basi per tale disputa, poiché il linguaggio legislativo chiaramente ricomprendeva ogni persona impegnata in affari le cui attività potevano avere per effetto la riduzione o la monopolizzazione del commercio interstatale.

La pressione dell'industria sanitaria e dei legislatori nazionali portarono tuttavia l'anno successivo il Congresso ad emanare il *McCarran-Ferguson Act*, che restituì la responsabilità generale relativa alla regolamentazione delle assicurazioni ai singoli Stati. Al riguardo, come ricordato in un recente articolo⁵⁵, è proprio nel preambolo di tale legge che è contenuta l'affermazione secondo cui:

“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

⁵⁵ Chiara Bologna, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, Forum di Quaderni Costituzionali, Rassegna, 2012, n. 11, p. 14.

idoneo a imporre alcuna limitazione alla disciplina e alla tassazione di questa industria da parte dei vari stati”.

Pertanto, proprio in virtù del contenuto precettivo di tale legge federale, è ben possibile che un provvedimento statale che disciplini il settore assicurativo, legittimamente limiti il commercio tra gli Stati mediante l'imposizione di tasse che discriminano gli enti assicurativi di altri Stati rispetto a quelli interni, non essendo configurabile in tal caso alcuna violazione della *Commerce Clause*⁵⁶. Ciò costituisce applicazione della dottrina del *Congressional approval*, secondo cui “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”⁵⁷. Copiosa potrebbe essere la giurisprudenza cui fare riferimento per dimostrare come la Suprema Corte avesse avallato tale tesi, come ad esempio in *Prudential Ins. Co. v. Benjamin*⁵⁸, ove ebbe modo di affermare che il *McCarran-Ferguson Act*⁵⁹:

“was a determination by Congress that state taxes, which in its silence might be held invalid as discriminatory, do not place on interstate insurance business a burden which it is unable generally to bear or should not bear in the competition with local business”.

Quanto ai rapporti tra leggi statali e federali, attenta dottrina ha evidenziato come il *McCarran-Ferguson Act* abbia introdotto un meccanismo del tutto opposto rispetto alla *Supremacy Clause* (che, come noto, comporta la preminenza della legge

⁵⁶ Si veda, più in generale, Erwin Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, cit., p. 443 e ss., secondo cui per *dormant commerce clause* si intende appunto il principio in base al quale le leggi statali che pongono limiti eccessivi (*undue burden*) al commercio interstatale sono contrarie alla Costituzione federale. Tuttavia, tale principio non può certamente trovare applicazione nel caso in cui il Congresso abbia legiferato consentendone possibili limitazioni. Difatti, “Congress’s plenary power to regulate commerce among the states means that it can approve regulations or taxes that would be invalidated in the absence of congressional action. Simply put, if Congress has acted, its commerce power is no longer dormant and thus there is not a basis for a dormant commerce clause challenge”. Il riferimento è ancora a Erwin Chemerinsky, op. cit., p. 487.

⁵⁷ Chiara Bologna, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, cit., pp. 14-15.

⁵⁸ *Prudential Ins. Co. v. Benjamin*, 328 U.S. 408 (1946). Si confrontino anche i casi *Western & Southern Life Insurance Co. v. State Board of Equalization of California*, 451 U.S. 648 (1981) e *Northeast Bancorp, Inc. v. Board of Governors of the Federal Reserve System*, 472 US 159 (1985).

⁵⁹ *Prudential Ins. Co. v. Benjamin*, 328 U.S. 408 (1946), 431. Si confronti anche Erwin Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, cit., pp. 474-475.

federale sulla contrastante norma statale). In materia di assicurazione le regolamentazioni degli Stati normalmente si sostituiscono a quelle federali (si parla, infatti, di *reverse-preemption provision*)⁶⁰. In particolare, la legge (15 U.S.C. § 1011-1015) attribuisce agli Stati il potere di regolamentare “the business of insurance” senza interferenze federali, a meno che una legge federale non disciplini specificamente la materia (viceversa un atto federale che non regoli direttamente l’attività di assicurazione non prevarrà sulle leggi statali a ciò preposte)⁶¹. La stessa norma prevede poi che le leggi antitrust federali (*Clayton Act e Federal Trade Commission Act*, oltre al già citato *Sherman Anti-Trust Act*) trovino applicazione soltanto se lo Stato abbia ommesso di regolamentare l’attività assicurativa e, ai sensi della sezione § 1013, nei casi tassativi di accordo o atto di boicottaggio, costrizione o intimidazione. I singoli Stati hanno così potuto fissare proprie regolamentazioni finalizzate a controllare il mercato assicurativo, disciplinando gli aspetti maggiormente rilevanti dell’attività, quali, ad esempio, le prassi finanziarie, amministrative e gestionali. Sebbene alle discipline statali si sovrappongano anche numerosi interventi federali, in ogni Stato sono state emanate leggi che regolano la solvibilità degli assicuratori e la tassazione dei relativi premi imposti (alcuni Stati non prevedono alcuna tassazione, mentre altri la destinano invece alla copertura dei residenti sprovvisti di assicurazione sanitaria), il funzionamento delle HMO e le sanzioni pecuniarie conseguenti a pratiche fraudolente o ingannevoli. Molti Stati richiedono infine il rilascio di una autorizzazione statale affinché gli assicuratori possano offrire le proprie coperture sanitarie ed impongono altresì l’offerta di

⁶⁰ Si veda Mary Pennisi, *Enforcing International Insurers' Expectations: Can States Unilaterally Quash Commercial Arbitration Agreements under the Mccarran-Ferguson Act?*, Fordham Journal of Corporate & Financial Law, 2011, Vol. 16, n. 3, p.603, nota 8.

⁶¹ “15 U.S. Code § 1012 - Regulation by State law; Federal law relating specifically to insurance

(a) State regulation

The business of insurance, and every person engaged therein, shall be subject to the laws of the several States which relate to the regulation or taxation of such business.

(b) Federal regulation

No Act of Congress shall be construed to invalidate, impair, or supersede any law enacted by any State for the purpose of regulating the business of insurance, or which imposes a fee or tax upon such business, unless such Act specifically relates to the business of insurance: Provided That after June 30, 1948, the Act of July 2, 1890, as amended, known as the Sherman Act, and the Act of October 15, 1914, as amended, known as the Clayton Act, and the Act of September 26, 1914, known as the Federal Trade Commission Act, as amended [15 U.S.C. 41 et seq.], shall be applicable to the business of insurance to the extent that such business is not regulated by State Law”.

specifici servizi sanitari, come ad esempio l'effettuazione di screening e test per la promozione della salute e la prevenzione delle malattie⁶².

Ferma restando tale regola generale, esistono però anche casi piuttosto eccezionali in cui il legislatore federale è comunque riuscito ad attenuare, seppur in minima parte, l'ampio potere statale correlato alla materia sanitaria. Pur rinviando alle successive pagine ogni più dettagliata analisi, in questa sede gli interventi cui si fa riferimento sono essenzialmente tre. Innanzitutto l'*Employee Retirement Income Security Act* del 1974 (ERISA)⁶³, che “ha imposto alle compagnie assicurative alcuni standard qualitativi sia per i piani pensionistici sia per le polizze sanitarie”⁶⁴ e l'*Health Insurance Portability and Accountability Act*⁶⁵ del 1996, che ha tentato di circoscrivere i poteri delle compagnie assicurative con riferimento ai soli piani collettivi (come quelli forniti dalle imprese ai dipendenti). A tal fine, le compagnie non avrebbero più potuto negare la stipula della polizza al singolo dipendente a causa di malattie preesistenti ed avrebbero dovuto garantire l'acquisto di una polizza individuale a chi non avrebbe avuto più diritto ad una polizza di gruppo (ad esempio a causa di licenziamento). Da ultimo è stata invece la riforma del Presidente Obama (2010) ad intervenire nuovamente in materia di assicurazioni sanitarie, ponendo dei nuovi, più stringenti, limiti a tutela dell'accesso dei pazienti alle cure mediche.

⁶² Si confrontino B.L. Kirkman-Liff, S. Lewis, *Inter-State Variation in Medical and Health Insurance Regulation: Implications of American Experiences for Health Insurance in the European Community*, cit., pp. 269-270; Janet B. Prince, *Health Care Crisis in America*, cit., p. 85.

⁶³ Su cui si veda anche *infra* cap. IV, par. 4.6.1.

⁶⁴ Chiara Bologna, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, cit., p. 15.

⁶⁵ Si veda *infra*, cap. VI, par. 4.7.1.

Capitolo IV

Assistenza sanitaria e Amministrazione federale. Protezione e squilibri in un modello residuale di tutela

SOMMARIO: 4.1 Come può la Federazione tutelare la salute? 4.1.1 *Note introduttive: l'inesistenza di un diritto costituzionale alla salute* 4.1.2 *La giurisprudenza statunitense a partire dal caso DeShaney* 4.1.3 *Il rapporto tra diritti fondamentali ed equal protection of the laws alla luce delle pronunce della Corte Suprema* 4.2 Le eccezioni alla mancanza di un generale obbligo di protezione da parte dello Stato alla luce della giurisprudenza federale 4.2.1 *Premessa* 4.2.2 *I diritti dei detenuti e dei malati ricoverati presso istituti di sanità mentale* 4.2.3 *State-created danger doctrine* 4.3 Le basi costituzionali per la regolazione federale della materia sanitaria. 4.3.1 *Alcuni esempi* 4.4 Gli interventi federali. Le origini 4.4.1 *1900-1920. Note introduttive* 4.4.2 *Il New Deal* 4.4.3 *Il secondo dopoguerra e gli anni Cinquanta, da Truman a Eisenhower. In particolare, la fine della segregazione razziale nell'assistenza medica* 4.5 La centralizzazione dei poteri federali 4.5.1 *Medicare e Medicaid* 4.5.2 *L'assistenza sanitaria degli anziani* 4.5.3 *L'assistenza sanitaria dei cittadini indigenti* 4.5.4 *Medicare e Medicaid. L'impatto della giurisprudenza federale* 4.5.5 *Il Committee for Economic Development, una voce isolata nel dibattito statunitense?* 4.6 1970-1980. Verso il contenimento dei costi sanitari federali 4.6.1 *La presidenza Nixon. Health Maintenance Organization e ERISA* 4.6.2 *Emergency Medical Treatment and Active Labor Act* 4.7 Gli sforzi di riforma della Presidenza Clinton 4.7.1 *Health Security Act e State Children's Health Insurance Program (SCHIP)*

4.1 Come può la Federazione tutelare la salute?

4.1.1 Note introduttive: l'inesistenza di un diritto costituzionale alla salute

La regolamentazione federale della materia sanitaria, aumentata considerabilmente negli ultimi anni, costituisce la risposta più immediata del Congresso a nuovi problemi e criticità sanitarie. Tutti questi interventi succedutesi nel tempo hanno profondamente modificato e alterato l'equilibrio dell'intervento federale, dando vita alla coesistenza di svariati programmi pubblici, in certi casi

amministrati dai singoli Stati, talvolta invece gestiti direttamente dall'amministrazione nazionale¹. Il susseguirsi di politiche federali con differenti storie, obiettivi e risultati non parrebbe però riconducibile ad una univoca e ponderata politica federale quanto piuttosto a soluzioni estemporanee alle questioni di volta in volta non più differibili². A ciò si aggiunga la constatazione dell'assenza nella Costituzione americana di espliciti riferimenti alla tutela della salute, non comparando mai termini come *health* o *medical care*³. D'altra parte, sono note le contrapposizioni tra federalisti e antifederalisti e gli sforzi che diressero i Padri fondatori a tutelare prevalentemente le prerogative dei singoli Stati dall'ingerenza federale, piuttosto che sancire specifici diritti a ricevere determinati servizi da parte delle amministrazioni federali. Se tuttavia gli articoli originari della Costituzione costituiscono "a framework for government, not a charter of personal rights"⁴, è pur vero che i diritti fondamentali avevano già trovato la loro proclamazione nella Dichiarazione di Indipendenza⁵, che espressamente qualifica i diritti alla vita, alla libertà e alla ricerca della felicità come diritti inalienabili, e in molte Costituzioni statali⁶. Per contro, vi sono anche autori che suggeriscono come alcune disposizioni

¹ Gerald Rosenthal, *The Federal Health Structure*, in David Mechanic (Edited by), *Handbook of Health, Health Care, and the Health Professions*, New York, Free Press, 1983 p. 379 e ss.

² T. R. Marmor, A. Dunham, *The Politics of Health*, in David Mechanic (Edited by), *Handbook of Health, Health Care, and the Health Professions*, cit., p. 68.

³ Al riguardo, come noto, la causa principale è ovviamente storica, posto che i diritti sociali ed economici sono emersi quale categoria concettualmente autonoma solo a seguito della seconda guerra mondiale. Si vedano, tra gli altri, Audrey R. Chapman (Edited by), *Health Care Reform: A Human Rights Approach*, Washington, D.C., Georgetown University Press, 1994, p. 18 e ss; Kathleen S. Swendiman, *Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers*, CRS Report for Congress, 2012, <http://thehill.com/images/stories/blogs/hcpowers.pdf> (link verificato in data 10.1.2017), p. 1 e ss.

⁴ Hans A. Linde, *Citizenship and State Constitution*, in A. E. Dick Howard (Edited by), *The United States Constitution. Roots, Rights, and Responsibilities*, Washington; London, Smithsonian Institution Press, 1992, p. 384.

⁵ La Dichiarazione si pone infatti quale "gesto creatore che colloca il nuovo popolo e il suo strumento politico, gli Stati Uniti d'America, non nell'ambito ristretto di una ribellione, ma in quello della lotta degli uomini per la difesa della libertà". In tal senso, Tiziano Bonazzi (a cura di), *La Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America*, Venezia, Marsilio, 1999, p. 22. Per un'analisi delle Dichiarazione si veda anche Garry Wills, *Inventing America. Jefferson's declaration of independence*, Garden City, Doubleday, 1978.

⁶ Numerose Costituzioni statali, pur configurando spesso diritti non tutelabili di fronte ai tribunali, prevedono espressamente alcuni obblighi dello Stato diretti a tutelare la salute dei propri cittadini o di particolari gruppi. Se la maggioranza delle previsioni concerne la generica promozione della salute pubblica, altre prevedono invece la responsabilità dell'amministrazione statale di finanziare l'assistenza finanziaria destinata ai cittadini più svantaggiati. Ne sono esempi la Costituzione dell'Arkansas che, all'art. XIX, § 19 impone "the treatment of the insane" e la Costituzione del Mississippi (art. IV, § 86) che espressamente prevede il dovere dello Stato di garantire le cure

costituzionali possano comunque essere interpretate come fonte indiretta di taluni diritti individuali, in modo da rafforzare la tutela già offerta a livello dei singoli Stati⁷. In particolare verrebbero in rilievo il potere di fissare norme generali per la naturalizzazione (Articolo I, sezione 8), la previsione della giurisdizione federale per le controversie tra cittadini di Stati diversi (Articolo III, sezione 2) ed il diritto dei cittadini, in ogni altro Stato, a tutti i privilegi e a tutte le immunità inerenti alla condizione di cittadini (Articolo IV, sezione 2)⁸. Neppure la successiva adozione nel 1791 della carta dei diritti fondamentali dei cittadini americani risultò decisiva per il rafforzamento della materia sanitaria. È infatti comprensibile come il *Bill of Rights* non si facesse promotore di istanze solidaristiche, intendendo tutelare i diritti civili e politici per mitigare le preoccupazioni di chi si opponeva ad uno stato federale forte e con poteri particolarmente incisivi sulla sfera dei singoli cittadini.

Soltanto in tempi ben più recenti, alcune iniziative, rimaste inattuato, si proponevano di inserire uno specifico emendamento dedicato alla tutela della salute⁹. La prima risale al 1944, quando il Presidente Franklin Delano Roosevelt,

necessarie ai soggetti con disturbi mentali e a tutelare altresì la salute dei cittadini indigenti malati, mediante il ricorso agli ospedali dello Stato. L'articolo XVII, § 3, della Costituzione dello Stato di New York prevede invece: "The protection and promotion of the health of the inhabitants of the state are matters of public concern and provision therefor shall be made by the state and by such of its subdivisions and in such manner, and by such means as the legislature shall from time to time determine". Tale disposizione, pur richiamandosi ad un dovere pubblico di tutela della salute, conferisce al legislatore piena discrezionalità circa i mezzi e i modi con cui far fronte a tale compito, autorizzando dunque, ma non imponendo, l'organizzazione o il finanziamento di un sistema sanitario. Può infine ricordarsi l'art. 11, § 4, della Costituzione del North Carolina ("Beneficent provision for the poor, the unfortunate, and the orphan is one of the first duties of a civilized and a Christian state"). La *Supreme Court of North Carolina* nel caso *Graham v. Reserve Life Insurance Company*, 161 S.E.2d 485 (1968), ha infatti ritenuto che tale norma imponesse allo Stato l'obbligo di fornire trattamenti sanitari gratuiti agli individui, malati di tubercolosi, privi di risorse economiche. Difatti: "Tuberculosis, a highly infectious disease, is a major public health problem which the State has attempted to solve by the establishment of four sanatoria. Since the disease most often attacks the indigent, any control of the disease would be impossible if isolation and treatment were available only to those who could pay for it. To protect the citizenry, the State must furnish treatment for those who cannot provide it for themselves". Al riguardo si confrontino Elizabeth Weeks Leonard, *State Constitutionalism and the Right to Health Care*, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, 2010, Vol. 12, n. 5, pp. 1325-1406; Kathleen S. Swendiman, *Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers*, cit., pp. 16, 17.

⁷ Si vedano Kent Davis, *Answering Justice Ginsburg's charge that the Constitution is 'skimpy' in comparison to our international neighbors: a comparison of fundamental rights in American and foreign law*, *South Texas Law Review*, 1998, Vol. 39, n. 4, p. 958, Hans A. Linde, *Citizenship and State Constitution*, cit., p. 384.

⁸ Si confronti Vincenzo Varano, Vittoria Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 418 e ss.

⁹ Sul punto si vedano Kathleen S. Swendiman, *Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers*, cit., p. 2; Elizabeth Weeks Leonard, *New Deal Lessons for the Affordable Care Act: The*

nel corso del suo discorso sullo Stato dell'Unione, per la prima volta propose l'adozione di un secondo *Bill of Rights* come fondamento e garanzia di sicurezza e prosperità per tutti gli americani, senza distinzione di classe sociale, razza o credo religioso, con l'esplicito riconoscimento di un diritto alla salute inteso come “The right to adequate medical care and the opportunity to achieve and enjoy good health”¹⁰. Tale dichiarazione fu fedelmente riproposta dal suo successore, il Presidente Harry Truman, nel suo messaggio al Congresso del 6 settembre 1945, dove ribadì “All of these rights spell security. And after this war is won we must be prepared to move forward, in the implementation of these rights, to new goals of human happiness and well-being”¹¹. Da ultimo, tre risoluzioni congiunte alla Camera dei Rappresentanti prospettavano in modo non troppo dissimile l'adozione di un emendamento riguardante il diritto di ricevere assistenza medica. Il testo proposto dalla prima, presentata nel 1991, attribuiva tale diritto esclusivamente ai cittadini statunitensi¹². La seconda, risalente al 2001, aggiungeva soltanto la precisazione che l'assistenza medica avrebbe dovuto essere “uguale per tutti e di alta qualità”¹³. Infine, la risoluzione presentata nel 2011 che intendeva attribuire a

General Welfare Clause, JCL Online, 2012, Vol. 15, n. 1, http://scholarship.law.upenn.edu/jcl_online/vol15/iss1/1 (link verificato in data 11.01.2017), p. 8.

¹⁰ Si vedano, Franklin D. Roosevelt, *State of the Union Message to Congress, January 11, 1944*. Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, The American Presidency Project. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=16518> (link verificato in data 10.01.2017); *President Roosevelt's Message to Congress on the State of the Union*, Bulletin of International News, Vol. 21, n. 2, 1944, pp. 67-69.

¹¹ Harry S. Truman, *Special Message to the Congress Presenting a 21-Point Program for the Reconversion Period, September 6, 1945*. Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, The American Presidency Project. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=12359> (link verificato in data 24.02.2017).

¹² 102nd Congress (1991-1992), H.J.Res.366 - *Proposing an amendment to the Constitution of the United States guaranteeing access to medical care to all citizens of the United States*. L'emendamento proposto era così formulato: *The right of citizens of the United States to medical care shall be guaranteed. The Congress shall have the power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article. This amendment shall take effect five years after the date of ratification.*

¹³ 107th Congress (2001-2002), H.J.Res.29 - *Proposing an amendment to the Constitution of the United States regarding the right of citizens of the United States to health care of equal high quality*. L'emendamento proposto era così formulato: *All citizens of the United States shall enjoy the right to health care of equal high quality. The Congress shall have power to implement this article by appropriate legislation.*

tutti gli individui il diritto di ricevere assistenza medica uguale per tutti e di alta qualità¹⁴.

Sembra dunque potersi affermare che non esista alcuna tutela costituzionale della salute. Se ciò è certamente corretto, Swendiman in un noto articolo osservava tuttavia come alcune sentenze della Corte Suprema, seppur indirettamente, offrirono spunti per affermare che la Costituzione implicitamente conferiva agli individui il diritto ad accedere, seppur a proprie spese, ai servizi sanitari¹⁵. Il riferimento è soprattutto a *Roe v. Wade*¹⁶ e a *Cruzan v. Missouri Department of Health*¹⁷, i cui principi di diritto (diritto all'aborto e diritto a rifiutare trattamenti sanitari salvavita, entrambi tutelati dalla Costituzione), astrattamente riconducibili

¹⁴ 112th Congress (2011-2012), H.J.Res.30 - *Proposing an amendment to the Constitution of the United States regarding the right of citizens of the United States to health care of equal high quality*. L'emendamento proposto era così formulato: *All persons shall enjoy the right to health care of equal high quality. The Congress shall have power to enforce and implement this article by appropriate legislation*.

¹⁵ Così Kathleen S. Swendiman, *Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers*, cit., p. 2.

¹⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Con tale decisione la Corte Suprema sancì la contrarietà alla Costituzione di una legge dello Stato del Texas che, con la sola esclusione dei casi di pericolo per la vita della donna, sanzionava penalmente gli aborti. La Corte riconobbe infatti la violazione della *due process clause* tutelata dal XIV emendamento, che, tutelando la libertà personale, ricomprende anche il diritto alla privacy degli individui da indebite intromissioni ed ingerenze statali. Il diritto alla privacy, non esplicitamente previsto dalla Costituzione ma elaborato dalla giurisprudenza della Corte, secondo l'opinione sottoscritta dal giudice Blackmun, include anche lo specifico diritto della gestante di interrompere la gravidanza, sebbene tale diritto non possa qualificarsi come assoluto. Tale diritto deve infatti essere bilanciato con altri interessi rilevanti, come quello dello Stato a proteggere la vita prenatale. A tal fine, la Corte suddivise lo stato di gravidanza in tre trimestri: durante i primi due lo Stato non può proibire l'aborto, mentre tale limitazione è possibile nel terzo semestre a meno che l'aborto non sia necessario per tutelare la vita o la salute della madre. Per un'analisi di tale sentenza si veda Erwin Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, cit., p. 854 e ss.

¹⁷ *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990). Con tale fondamentale decisione la Corte Suprema ribadì la sussistenza, sulla base della *due process clause*, del diritto di rifiutare trattamenti sanitari ed è stata peraltro citata dalla corte di Cassazione italiana nel caso Englaro (Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748). Il caso concerneva la richiesta di due genitori di interruzione dell'idratazione ed alimentazione artificiali nei confronti della figlia che, a seguito di incidente stradale, versava in stato vegetativo permanente. La Corte Suprema riconobbe, in base al principio di *common law* del consenso informato, agli adulti, capaci di intendere e di volere, il diritto costituzionale di rifiutare le cure, tutelabile sulla base del XIV emendamento. Tuttavia lo stesso diritto non sussisteva nei confronti delle persone incapaci, poiché ovviamente impossibilitate ad effettuare una scelta consapevole ed effettiva. A tal proposito, la Corte ritenne legittima la facoltà per lo Stato di richiedere ai tutori prove chiare e convincenti ("clear and convincing evidence") che la paziente, se cosciente, avrebbe scelto di interrompere l'alimentazione. È difatti la *due process clause* a imporre allo Stato di non accogliere il giudizio sostitutivo dei membri più stretti della famiglia in assenza di prova certa che esso rispecchi quello del paziente in stato di incapacità. Prova che, nel caso di specie, la Corte ritenne non sufficiente. Per un'analisi di tale sentenza si vedano Erwin Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, cit., p. 884-887; Andrea Simoncini, Orlando Carter Snead, *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, Quaderni costituzionali, Fascicolo 1, 2010, p. 20 e ss.

all'esistenza di un diritto all'integrità fisica, possono ragionevolmente essere estesi ad ogni paziente che richiede una prestazione sanitaria e che sia in grado di sostenerne economicamente i costi. A ben guardare le ipotesi più problematiche non riguardano tuttavia chi è in grado di sostenere i costi delle prestazioni mediche, bensì gli individui che non possono accedere ai servizi sanitari poiché impossibilitati a pagarli. Rimane quindi da vedere se, in tali casi, possa o meno configurarsi un obbligo giuridico per lo Stato di provvedere, fornendo l'assistenza richiesta. Al riguardo è noto come la giurisprudenza della Corte Suprema abbia costantemente affermato l'inesistenza di diritti positivi e di ogni conseguente obbligo dell'amministrazione pubblica a provvedere in tal senso. La Corte è infatti rimasta ancorata ad una concezione prevalentemente negativa della Costituzione, anche nelle ipotesi in cui da tale interpretazione possano derivare gravi lesioni personali agli individui. I casi che saranno a breve esaminati analizzano la garanzia del *due process*, una delle più importanti del diritto costituzionale moderno. Tale clausola è prevista dal V e dal XIV emendamento e vieta allo Stato federale e ai singoli Stati di privare "alcuna persona della vita, della libertà, o della proprietà se non in seguito a regolare procedimento legale". La moderna idea di *due process* fa sì che tale clausola assuma due diverse accezioni, una procedurale, che, secondo una nota definizione, postula "un giudizio *fair* sotto il profilo tecnico-processuale" (ricomprensivo una serie di garanzie formali quali il *trial by jury*, il principio del contraddittorio e quello del *ne bis in idem*)¹⁸, ed una sostanziale. Secondo quest'ultima, il *due process* costituisce il fondamento dei diritti di libertà e proprietà. La "libertà" che tale formula mira a proteggere è più ampia rispetto alla mera assenza di restrizioni fisiche e ricomprende anche la protezione da interferenze dei poteri pubblici con i diritti e le libertà fondamentali¹⁹. Tra tali libertà vi rientrano infatti non soltanto quelle previste dal *Bill of Rights*, ma anche il diritto di sposarsi, di avere figli, alla privacy familiare, ad usare contraccettivi, all'integrità fisica, all'aborto e il diritto di rifiutare trattamenti sanitari salvavita²⁰.

¹⁸ Vincenzo Varano, Vittoria Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., p. 344.

¹⁹ Si veda Peter J. Rubin, *Square pegs and round holes. Substantive due process, procedural due process, and the Bill of Rights*, Columbia Law Review, Vol. 103, n. 4, 2003, p.833-892.

²⁰ Si veda il caso *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), in cui, nella *opinion of the Court* il Chief Justice Rehnquist affermò infatti che: "The Due Process Clause guarantees more than fair

4.1.2 La giurisprudenza statunitense a partire dal caso *DeShaney*

A questo punto è possibile esporre sinteticamente i casi che meglio illustrano quanto appena osservato, precisando in via preliminare che tali decisioni (con la sola eccezione del caso *Webster v. Reproductive Health Services* che concerne il controllo di costituzionalità di una legge del Missouri che regolava l'interruzione della gravidanza) furono originate da azioni civili proposte dai ricorrenti sulla base di una disposizione di legge (42 U.S.C. § 1983) che consente di citare in giudizio la parte che ha privato l'attore di un qualsiasi diritto garantito dalla Costituzione americana²¹. Tale norma, emanata a seguito della guerra di secessione come sezione del *Civil Rights Act* del 1871, è indice di un mutamento del ruolo riconosciuto allo Stato federale. Se infatti il *Bill of Rights* rifletteva i timori degli antifederalisti verso uno stato centrale che con troppi poteri avrebbe potuto ledere i diritti degli Stati, la Sezione 1983, al contrario, configura l'amministrazione federale quale "protector of individual rights from state infringement and abuse"²². L'obiettivo principale era infatti quello di attribuire ai cittadini americani un rimedio esperibile presso le Corti federali contro l'eventualità della violazione di diritti riconosciuti dalla Costituzione

process, and the 'liberty' it protects includes more than the absence of physical restraint. The Clause also provides heightened protection against government interference with certain fundamental rights and liberty interests. In a long line of cases, we have held that, in addition to the specific freedoms protected by the Bill of Rights, the 'liberty' specially protected by the Due Process Clause includes the rights to marry, to have children, to direct the education and upbringing of one's children, to marital privacy, to use contraception, to bodily integrity, and to abortion. We have also assumed, and strongly suggested, that the Due Process Clause protects the traditional right to refuse unwanted lifesaving medical treatment". *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 719-720 (1997).

²¹ "42 U.S. Code § 1983 - Civil action for deprivation of rights. Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia".

²² Lisa E. Key, *Private enforcement of federal funding conditions under s. 1983: the Supreme Court's failure to adhere to the doctrine of separation of powers*, U.C. Davis Law Review, 1996, Vol. 29, n. 2, p. 303.

americana conseguente alla mancata applicazione di leggi statali²³. La vicenda più nota, *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*²⁴, risale al 1989 e ben riflette l'idea tradizionale della mancanza di diritti positivi dei cittadini a ricevere prestazioni da parte dello Stato. Tale controversia riguardava la vicenda del piccolo Joshua DeShaney, il quale, in seguito al divorzio dei genitori, era stato affidato al padre, dal quale iniziò ad essere maltrattato e percosso. Il dipartimento dei servizi sociali, nonostante fosse venuto a conoscenza della situazione, constatando direttamente le ferite riportate dal minore, non intraprese alcuna azione volta a tutelarlo, fintanto che le violenze del padre cagionarono al figlio danni cerebrali permanenti. Il desiderio di salvaguardare le libertà negative proclamate dagli emendamenti alla Costituzione spinse tuttavia la Corte a rigettare la domanda, negando la violazione del *substantive due process*. Nel sottolineare i dubbi che tale decisione ha suscitato tra la dottrina statunitense²⁵, pare allora estremamente indicativo iniziare l'illustrazione di tale caso riportando un celebre estratto della opinione dissenziente redatta dal giudice Blackmun:

“Poor Joshua! Victim of repeated attacks by an irresponsible, bullying, cowardly, and intemperate father, and abandoned by respondents, who placed him in a dangerous predicament and who knew or learned what was going on, and yet did essentially nothing except, as the Court revealingly observes, "dutifully recorded these incidents in [their] files." It is a sad commentary upon American life, and constitutional principles -- so full of late of patriotic fervor and proud proclamations about "liberty and justice for all," that this child, Joshua DeShaney, now is assigned to live out the remainder of his life profoundly retarded”.

²³La stessa Corte Suprema precisò che “[...] is abundantly clear that one reason the legislation was passed was to afford a federal right in federal courts because, by reason of prejudice, passion, neglect, intolerance or otherwise, state laws might not be enforced and the claims of citizens to the enjoyment of rights, privileges, and immunities guaranteed by the Fourteenth Amendment might be denied by the state agencies”. *Monroe v. Pape*, 365 U.S. 167, 180 (1961). Sulla sezione § 1983 si veda anche Andrew R. Gardella, *The Equal Access Illusion: A Growing Majority of Federal Courts Erroneously Foreclose Private Enforcement of § 1396a(a)(30) of the Medicaid Act Using 42 U.S.C. § 1983*, *The University of Memphis Law Review*, 2008, Vol. 38, n. 3, p. 713 e ss.

²⁴ *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989).

²⁵ Si veda Claire Marie Hagan, *Sheltering psychiatric patients from the DeShaney storm: a proposed analysis for determining affirmative duties to voluntary patients*, *Washington and Lee Law Review*, 2013, Vol. 70, n. 1, p.725-792. Nell'articolo l'autrice sostiene che la linea tracciata dalla Corte in *DeShaney* abbia causato interpretazioni imprevedibili da parte delle Corti inferiori nei casi riguardanti pazienti ricoverati.

È appunto inconsueto che un giudice della Corte Suprema rivolga un accorato appello ad una maggioranza che, da freddo oracolo della legge, si è rifugiata in un asettico formalismo, non tenendo debitamente in considerazione come le decisioni giudiziarie possano incidere su persone in carne ed ossa. Analizziamo ora la sentenza per confermare quanto appena asserito. Alla base del giudizio, introdotto dalla madre nella sua qualità di tutore legale, la prospettazione che il mancato intervento dei servizi sociali per scongiurare la violenza compiuta dal padre violasse il XIV emendamento, avendo privato il piccolo Joshua della sua libertà contro ingiustificate intrusioni nella propria sicurezza personale. Ebbene, sia la Corte d'Appello per il Settimo Circuito prima, sia la Corte Suprema poi, esclusero la violazione di tale clausola, negando la sussistenza di un obbligo dello Stato di proteggere i minori da lesioni di cui sia a conoscenza. Secondo il *Chief Justice* Rehnquist la mancata protezione di un minore da parte di un'amministrazione pubblica non può generalmente costituire una violazione del principio del regolare procedimento legale poiché il *Bill of Rights* non conferisce un diritto a ricevere aiuto ed assistenza da parte dello Stato²⁶. La clausola mira a proteggere le persone dall'ingerenza statale, comportando per lo Stato una limitazione al suo potere di agire (vietandogli appunto di privare gli individui della loro vita, libertà e proprietà *without due process of law*) e non, al contrario, una garanzia di un livello minimo di sicurezza contro violenze perpetrate da parte di privati cittadini. Insomma, la portata precettiva del XIV emendamento non poteva, secondo la Corte, essere ragionevolmente estesa sino ad imporre un obbligo positivo in capo allo Stato allo scopo di proteggere i soggetti gli uni dagli altri, anche qualora, come nel caso di specie, un intervento di tal tipo sarebbe stato necessario per garantire la vita e la libertà di un individuo²⁷.

Ciononostante, la ricorrente asseriva che, anche qualora la *due process clause* non imponesse allo Stato l'obbligo di garantire assistenza a tutti i cittadini, un tale dovere sarebbe potuto derivare dalla speciale relazione che si sarebbe instaurata tra gli agenti dei servizi sociali ed il bambino, atteso che questi erano a conoscenza del pericolo cui era sottoposto Joshua a causa della convivenza con il

²⁶ Lawrence O. Gostin, *Public health law. Power, duty, restraint*, Berkeley; cit., p. 87.

²⁷ *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 195 (1989).

padre violento. L'impegno dei servizi sociali volto a difendere il minore da una fonte di pericolo, che pacificamente lo Stato non aveva né procurato né causato, avrebbe comunque imposto all'amministrazione un dovere positivo di agire, tutelabile sulla base del XIV emendamento. Il mancato assolvimento di tale onere costituirebbe infatti un abuso del potere statale particolarmente riprovevole ("shocks the conscience" è l'espressione utilizzata dalla giurisprudenza) tale da configurare una violazione della *substantive due process clause*²⁸. La Corte rigettò tuttavia anche tale argomentazione, ritenendo che il rapporto instaurato tra i servizi sociali ed il bambino non potesse configurare quella *special relationship* imprescindibile per imporre allo Stato un dovere di protezione. Nel caso in esame, infatti, lo Stato non aveva avuto alcun ruolo nella creazione del pericolo ed i gravi danni erano accaduti mentre Joshua era affidato, non alla sorveglianza statale, bensì a quella del padre. La sentenza si sofferma poi a ripercorrere quei precedenti che postulando viceversa l'esistenza di una specifica relazione tra individuo e Stato, impongono a quest'ultimo, in via del tutto eccezionale, particolari doveri di assistenza e protezione²⁹. La Corte Suprema, ad esempio, in *Estelle v. Gamble*³⁰ riconobbe che il divieto di pene crudeli e inusitate (VIII emendamento) impone agli Stati di fornire

²⁸ Al fine di poter ritenere violato il precetto costituzionale è necessario che l'inosservanza dello Stato sia particolarmente insidiosa, al punto da offendere la coscienza comune, come precisato dalla Corte Suprema nel caso *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952). Questi, in breve, i fatti. Alcuni funzionari statali, essendo a conoscenza dell'attività illecita di vendita di narcotici intrapresa da un individuo, irrupero con forza nella sua abitazione, trovandolo nella camera da letto con la moglie. L'uomo inghiottì repentinamente due pasticche, rinvenute su un tavolino, dopo che gli agenti avevano chiesto informazioni al riguardo. Dopo un infruttuoso tentativo di estrarre le pasticche con la forza, l'uomo fu portato in ospedale, dove fu costretto ad ingerire contro la sua volontà un farmaco emetico con cui rigettò le due pillole, contenenti, come successivamente accertato, morfina. L'uomo venne dunque condannato sulla base di una legge statale che vietava il possesso di morfina. La Corte Suprema riconobbe tuttavia che il metodo intrapreso dagli agenti statali era contrario alla *due process clause*, poiché tali condotte, concretandosi in una illecita introduzione nella privacy familiare, nel tentativo di aprire la bocca dell'uomo ed estrarre a forza le pasticche e nella successiva estrazione forzata dallo stomaco, offendevano la comune sensibilità. Nella *Opinion of the Court* la Corte affermò infatti che: "What the majority hold is that the Due Process Clause empowers this Court to nullify any state law if its application 'shocks the conscience,' offends 'a sense of justice,' or runs counter to the 'decencies of civilized conduct.' The majority emphasize that these statements do not refer to their own consciences, or to their senses of justice and decency. For we are told that 'we may not draw on our merely personal and private notions'; our judgment must be grounded on 'considerations deeply rooted in reason and in the compelling traditions of the legal profession.' We are further admonished to measure the validity of state practices not by our reason or by the traditions of the legal profession, but by 'the community's sense of fair play and decency'; by the 'traditions and conscience of our people'; or by 'those canons of decency and fairness which express the notions of justice of English-speaking peoples'. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 342 (1952).

²⁹ Per un'analisi dettagliata di tali casi, si veda *infra*, par. 4.2.

³⁰ *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97 (1976).

adeguata assistenza sanitaria ai prigionieri. Con *Youngberg v. Romeo*³¹ il principio fu esteso anche ai pazienti con problemi mentali, cui lo Stato deve garantire un soddisfacente stato di salute (*reasonable safety*), essendo obbligato a fornire loro idonei luoghi di cura, cibo, vestiario ed anche assistenza medica. Se infatti è contrario alla Costituzione detenere soggetti, che intenzionalmente e coscientemente hanno violato la legge, in condizioni pericolose o non sicure, è altresì contrario al XIV emendamento che soggetti ricoverati per vizi di mente, che non potranno essere sottoposti a sanzione penale, siano costretti a vivere in condizioni simili³². Soltanto quando una persona è detenuta, o trattenuta contro la sua volontà dallo Stato, la Costituzione impone su quest'ultimo un corrispondente dovere di responsabilità per la sicurezza ed il benessere dell'individuo ristretto nella sua libertà personale poiché egli non potrebbe infatti autonomamente soddisfare i propri bisogni fondamentali³³.

Nello stesso anno la Corte Suprema seguì la stessa linea interpretativa anche in *Webster v. Reproductive Health Services*³⁴, controversia relativa ad una legge del Missouri con cui tale Stato, individuando l'inizio della vita nel concepimento, proibiva l'utilizzo di fondi o strutture statali per consigliare, promuovere o portare a termine procedure di interruzione della gravidanza in assenza di problemi di salute

³¹ *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307 (1982).

³² *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 199 (1979).

³³ Tale conclusione affermò nuovamente la Corte “[...] non trova semplicemente applicazione nel presente caso. I ricorrenti riconoscono che i traumi patiti da Joshua non si sono verificati mentre era sotto la sorveglianza dello Stato, bensì sotto quella del suo padre naturale, il quale non può essere considerato, a nessun titolo, un soggetto pubblico. Sebbene lo Stato potesse essere a conoscenza dei pericoli con cui Joshua avrebbe potuto imbattersi nella vita quotidiana, esso non ha contribuito in alcun modo alla loro realizzazione, non facendo neppure niente che potesse rendere il minore più vulnerabile rispetto ad essi. Il fatto che lo Stato avesse temporaneamente protetto Joshua non altera la presente analisi, poiché, nel momento in cui lo stesso ha fatto ritorno dal padre, non è stato posto in una posizione peggiore rispetto a quella che avrebbe avuto se lo Stato non fosse minimamente intervenuto: lo Stato non diviene il garante perenne della sicurezza di un individuo, avendogli offerto protezione in modo episodico. Sulla base di tali circostanze, lo Stato non ha un obbligo, imposto dalla Costituzione, di proteggere Joshua”. *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 201 (1979).

³⁴ *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989). La sentenza è altresì ricordata per aver fortemente criticato la decisione *Roe v. Wade*, senza tuttavia costituire un formale *overruling* di tale precedente. La sentenza contestava infatti la divisione in trimestri utilizzata in *Roe* per operare un bilanciamento tra i diritti della madre e l'interesse dello Stato alla protezione del feto. Infatti: “In the first place, the rigid *Roe* framework is hardly consistent with the notion of a Constitution cast in general terms, as ours is, and usually speaking in general principles, as ours does. The key elements of the *Roe* framework -- trimesters and viability -- are not found in the text of the Constitution, or in any place else one would expect to find a constitutional principle”. *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, 517 (1989). Sul punto si veda anche Erwin Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, cit., p. 859-860.

della gestante. Rehnquist, in una *plurality opinion* sostenuta da White e Kennedy, ritenne insussistente alcun obbligo per gli organi statali di offrire servizi medici agli indigenti, in presenza della già citata legge che impediva ai lavoratori pubblici, esercenti la professione sanitaria, di praticare aborti, vietando altresì l'utilizzo di strutture pubbliche per effettuare tali interventi. Tali limitazioni non avrebbero contravvenuto i precedenti della Corte Suprema in tema di aborto perché, richiamando espressamente *DeShaney*, "The Due Process Clauses generally confer no affirmative right to governmental aid, even where such aid may be necessary to secure life, liberty, or property interests of which the government may not deprive the individual"³⁵. D'altra parte, il ragionamento della Corte (secondo cui i divieti posti dalla legge del Missouri né comprimerebbero né ostacolerebbero le scelte personali della donna) sembra non tenere conto che, realisticamente, una donna indigente, se impedita nell'utilizzo dell'assistenza pubblica, difficilmente riuscirà a sopportare i costi per praticare un'interruzione della gravidanza presso una struttura privata³⁶.

Un'altra vicenda complessa decisa dalla Corte Suprema, del tutto simile a *DeShaney*, è *Town of Castle Rock v. Gonzales*³⁷. Una donna aveva ottenuto una ingiunzione restrittiva nei confronti del marito separato poiché aveva provato che vi era sufficiente motivo di ritenere che lo stesso potesse divenire violento anche nei confronti delle tre figlie della coppia. Una notte la donna scoprì l'assenza delle figlie e, temendo che il padre le avesse prelevate in violazione delle prescrizioni impostegli dal tribunale, chiese ripetutamente alla polizia di intervenire. Nonostante una legge statale del Colorado imponesse alla polizia di far rispettare le condizioni delle ingiunzioni restrittive nelle ipotesi di violenza domestica, gli agenti non intervennero e la stessa notte il padre uccise le figlie. Anche in questo caso si lamentava la violazione da parte degli agenti di polizia della *due process clause* del XIV emendamento per non aver fatto rispettare l'ingiunzione restrittiva. Sebbene la Corte d'Appello per il Decimo Circuito, in riforma della sentenza del giudice

³⁵ *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, 507 (1989).

³⁶ Lawrence O. Gostin, *Public health law. Power, duty, restraint*, cit., p. 88.

³⁷ *Town of Castle Rock v. Gonzales*, 545 U.S. 748 (2005).

distrettuale, si fosse pronunciata a favore della signora Gonzales³⁸, la Corte Suprema, con una decisione molto autorevole (sette giudici contro due) redatta dal giudice Scalia, precisò che nessuna legge, neppure se redatta in termini obbligatori, potesse creare un diritto perché l'applicazione delle norme di leggi è sempre rimessa alla discrezionalità degli agenti a ciò preposti. In questo caso, dunque, la mancanza di un *entitlement* implicava l'inesistenza di un *property right*, che, a sua volta, faceva sì che non potesse configurarsi alcuna violazione della *due process clause*. Per usare le parole di Chemerinsky, non rileva se la pretesa si basi sulla accezione sostanziale o procedurale del *due process*, o se la legge sia redatta in termini obbligatori ovvero discrezionali. Lo Stato generalmente non ha un dovere di fornire protezione verso danni causati da privati. Le amministrazioni statali e locali possono stabilire obblighi e rimedi mediante proprie leggi, ma tali diritti non esistono in base alla Costituzione statunitense³⁹.

La stessa chiave interpretativa è peraltro riscontrabile anche in alcune decisioni delle corti federali inferiori. Il riferimento è qui a *Jones v. Reynolds*⁴⁰ e a *Willhauck v. Town of Mansfield*⁴¹. Il primo caso concerneva la presunta violazione della garanzia del giusto processo nella sua accezione sostanziale, a causa dell'uccisione di una persona tra le strade della città di Detroit per mezzo di un'autovettura che aveva perso il controllo nel corso di una gara illegale, non interrotta dagli agenti di polizia, i quali, al contrario, avevano espressamente permesso ai partecipanti di gareggiare. In seguito al giudizio di primo grado presso la *District Court*, la Corte d'Appello per il Sesto Circuito fu chiamata a decidere se gli agenti avessero violato la garanzia sostanziale del *due process* non avendo protetto l'individuo, poi deceduto, dai pericoli derivanti dallo svolgimento della gara clandestina. I giudici si uniformarono alla decisione della Corte Suprema nel caso

³⁸ Sebbene entrambe le controversie concernessero l'applicazione della *due process clause*, la Corte d'Appello espressamente distinse Gonzales da *DeShaney* poiché, mentre quest'ultimo considerava la sua accezione sostanziale, il primo poneva una pretesa riguardante la sua accezione procedurale. Poiché l'ingiunzione restrittiva e la norma statale (che vincolava la polizia) avrebbero creato, secondo la Corte d'Appello, "a property interest" nell'applicazione di detto provvedimento, la ricorrente sarebbe stata privata della sua "proprietà" senza le garanzie formali del giusto procedimento regolato dalla legge.

³⁹ Erwin Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, cit., p. 578; Erwin Chemerinsky, *The State-Created Danger Doctrine*, *Touro Law Review*, 2007, Vol. 23, n. 1, p. 4-7.

⁴⁰ *Jones v. Reynolds*, 438 F.3d 685 (United States Court of Appeals, Sixth Circuit, 2006).

⁴¹ *Willhauck v. Town of Mansfield*, 164 F. Supp. 2d 127 (D. Mass. 2001).

DeShaney, che appare citato nel testo della sentenza per ben trentanove volte. Essendo dunque sufficiente rinviare a tale precedente, basti qui ribadire come la Corte d'Appello si sia limitata a stabilire che il caso in esame non rappresentava una eccezione al principio già stabilito dalla Corte Suprema, poiché la cittadina deceduta non era stata preventivamente affidata agli agenti, né era stata esposta ad un pericolo maggiore rispetto a quello cui, da sola, involontariamente, si era posta, similmente a tutti gli altri individui presenti sul posto della gara. *Willhauck v. Town of Mansfield* è invece un caso deciso dalla *District Court* del Massachusetts nel 2001, avente ad oggetto la responsabilità di taluni soggetti che avevano negligenzemente mancato ai propri doveri di sorveglianza. La vicenda riguardava infatti una brutale aggressione commessa da uno studente con seri problemi comportamentali (che richiedevano una supervisione continua sebbene tale forma di controllo non fosse espressamente prevista per le attività extracurricolari), nei confronti di un altro alunno, avvenuta nelle immediate vicinanze della scuola, essendosi l'autore della violenza allontanato dal luogo in cui avrebbe dovuto aspettare uno scuolabus che lo avrebbe portato ad una partita di hockey. Innanzitutto, è possibile rinvenire nella decisione del giudice federale, numerosi riferimenti a *DeShaney*, caso che, come visto, limita fortemente la possibilità di ottenere in giudizio il riconoscimento della responsabilità degli organi pubblici (in questo caso i membri del comitato scolastico, lo psichiatra ed il direttore scolastico) per condotte illecite di terzi soggetti. Difatti, "As the Court in *DeShaney* stated, 'the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment... does not transform every tort committed by a state actor into a constitutional violation' "42. Ancora una volta, l'uso dell'interpretazione del XIV emendamento come mezzo per proteggere le libertà degli individui dallo Stato faceva sì che a carico di quest'ultimo non potesse configurarsi un generale obbligo costituzionale di proteggere i cittadini dalle condotte pericolose poste in essere da terzi. Inoltre, anche qualora sussistesse un dovere di protezione⁴³ questo terminerebbe in ogni caso nel momento di cessazione della relazione di sorveglianza, coincidente con la fine delle ordinarie attività curriculari (precedente all'avvenimento dell'episodio violento). Non essendo il personale scolastico specificatamente tenuto a sorvegliare lo studente al

⁴² *Willhauck v. Town of Mansfield*, 164 F. Supp. 2d 127 (D. Mass. 2001), B. 42 U.S.C. § 1983.

⁴³ Si confrontino anche *Leffall v. Dallas Ind. Sch. Dist.*, 28 F.3d 521, 529 (5th Cir.1994); *Brum v. Town of Dartmouth*, 428 Mass. 684, 702, 704 N.E.2d 1147 (1999).

di fuori delle attività scolastiche, la condotta di questi, pur se negligente, non poteva dar luogo a violazioni di rilievo costituzionale e, come enunciato nella decisione *Hasenfus v. LaJeunesse*, "Substantive due process is not a license for judges to supersede the decisions of local officials and elected legislators on such matters"⁴⁴. Il giudice federale vanificò infine anche la possibilità di ritenere violata la *due process clause* sulla base della cosiddetta "state-created danger doctrine", eccezionalmente configurabile allorché l'organo statale abbia posto in essere una condotta che abbia incrementato il rischio della causazione di danni^{45 46} ovvero impedito all'individuo di ricevere assistenza⁴⁷. Il mero aumento del rischio della verificazione di un evento dannoso non è però di per sé sufficiente, richiedendosi, come già visto per *DeShaney*, la sussistenza di un *quid pluris* che qualifichi la condotta degli agenti statali come particolarmente insidiosa. Il tema è stato affrontato dalle Corti federali in molti casi⁴⁸ e, alla luce dei principi elaborati, nel caso in esame difetterebbe proprio quest'ultimo requisito, poiché l'omissione dei dipendenti scolastici, pur avendo aumentato il rischio dell'evento lesivo, costituirebbe una mera negligenza, non sufficiente a configurare quel comportamento particolarmente oltraggioso, o moralmente scandaloso, necessario al fine di poter ritenere violato il dettato costituzionale.

⁴⁴ *Hasenfus v. LaJeunesse*, 175 F.3d 68, 72 (1st Cir.1999), 175 F.3d 74.

⁴⁵ L'aumento del rischio della causazione di danni a seguito di una condotta attiva da parte dello Stato costituisce la seconda eccezione alla regola generale di non responsabilità dello Stato (si veda *infra*, par. 4.2.3), affermata a partire dal caso *DeShaney*. La prima, già ricordata nelle pagine che precedono (su cui anche *infra*, par. 4.2.2), attiene invece agli individui detenuti o ricoverati.

⁴⁶ Tale ipotesi era stata esclusa anche nel caso *Jones v. Reynolds* sulla base dell'assunto che la vittima non era stata sottoposta ad un rischio maggiore rispetto a quello, comune agli altri passanti, di trovarsi casualmente sul luogo ove era avvenuto l'incidente.

⁴⁷ *Frances-Colon v. Ramirez*, 107 F.3d 62, 64 (1st Cir. 1997).

⁴⁸ La Corte distrettuale del Massachusetts richiama i seguenti casi: *Hasenfus v. LaJeunesse*, 175 F.3d, 1999 (secondo cui rimproverare uno studente e mandarlo da solo in uno spogliatoio dove aveva poi tentato il suicidio non violava la *due process clause*, neppure secondo la già citata dottrina relativa al pericolo creato dallo Stato), *Graham v. Independent Sch. Dist. No. 1-89*, 22 F.3d 991, 1994 (secondo cui la scuola che aveva posto l'aggressore e la vittima nello stesso luogo non aveva creato una situazione pericolosa contraria alla Costituzione), *Canty v. Old Rochester Regional School Dist.*, 54 F. Supp. 2d 66, 1999 (con cui invece la Corte Distrettuale del Massachusetts aveva riconosciuto la pretesa risarcitoria di una studentessa nei confronti dei responsabili scolastici, i quali, consapevoli di un precedente abuso subito da parte di un insegnante, avevano nuovamente affidato la stessa al controllo e alla supervisione del medesimo docente), *Dorothy J. v. Little Rock Sch. Dist.*, 7 F.3d, 1993 (in cui la Corte d'Appello per l'Ottavo Circuito affermò che "In most every circuit court decision imposing § 1983 liability because the State affirmatively created or enhanced a danger, 'the immediate threat of harm has a limited range and duration,' unlike the indefinite risk created by enrolling [a student] in public school").

4.1.3 Il rapporto tra diritti fondamentali ed *equal protection of the laws* alla luce delle pronunce della Corte Suprema

La garanzia della eguale protezione delle leggi, prevista dal XIV emendamento, è stata impiegata sia per valutare i provvedimenti federali che tracciano distinzioni sulla base di specifiche caratteristiche (come, ad esempio, razza, sesso, età o disabilità) sia per gli atti che discriminano gli individui nel godimento dei propri diritti fondamentali. In particolare, come sottolineato da alcuni autori⁴⁹, la tutela dei diritti fondamentali ha permesso l'effettiva protezione di molte libertà come il diritto di voto, di spostarsi tra i singoli Stati, ovvero, per quanto più interessa in questa sede, il diritto alla privacy, interpretato in modo da ricomprendere anche i diritti alla procreazione⁵⁰, di usare contraccettivi⁵¹ e di aborto⁵². Il controllo delle Corti si svolge secondo tre diverse modalità. In presenza di classificazioni sospette che incidono su un diritto fondamentale, il ricorrente è chiamato a dimostrare che l'azione dell'amministrazione pone un onere eccessivo (*undue burden*) all'esercizio di tale diritto, mentre la Corte è chiamata ad adottare un penetrante sindacato, definito "strict scrutiny". In tal caso, l'atto normativo, della cui costituzionalità si discute, è sottoposto ad una "forte presunzione sfavorevole" e l'amministrazione pubblica che ne afferma la validità deve dimostrare che lo stesso era strettamente funzionale alla realizzazione di un interesse pubblico prevalente (*compelling governmental interest*) e che sussiste "un nesso di assoluta necessità tra mezzi impiegati e fine perseguito" poiché l'obiettivo perseguito non poteva essere

⁴⁹ Erwin Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, cit., p. 703 e ss.; Kathleen S. Swendiman, *Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers*, cit., p. 2 e ss.

⁵⁰ Ne è un esempio *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), ove la Corte Suprema ritenne contraria alla *equal protection clause* una legge dello Stato dell'Oklahoma che puniva con la sterilizzazione gli individui condannati almeno tre volte per taluni reati (relativi a condotte immorali), escludendone invece altri (come ad esempio l'appropriazione indebita).

⁵¹ In *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) la Corte Suprema stabilì che una legge dello Stato del Connecticut che vietava l'uso di contraccettivi violava il diritto alla privacy matrimoniale che trova fondamento nei "penumbra rights" garantiti dal *Bill of Rights*, mentre con *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), la Corte considerò contraria all'eguale protezione delle leggi una legge dello Stato del Massachusetts che proibiva la distribuzione di contraccettivi a persone non sposate.

⁵² Tra le sentenze più note in tema di aborto, *Roe v. Wade*. Si veda *supra*, nota n. 16.

raggiunto con altri mezzi meno restrittivi⁵³. In assenza di criteri giurisprudenziali univoci, l'organo pubblico ha comunque un onere assai elevato da assolvere, essendo chiamato a convincere la Corte che la sua legge risponda ad un interesse davvero fondamentale per lo Stato⁵⁴; ad esempio, in *Korematsu v. United States*⁵⁵ la Corte Suprema confermò la validità di un ordine esecutivo che limitava fortemente le libertà dei cittadini americani di origine giapponese, poiché considerato essenziale per l'interesse degli Stati Uniti alla vittoria della guerra contro il Giappone. Quando, invece, il giudizio della Corte ha ad oggetto diritti non ritenuti fondamentali trova applicazione o un sindacato intermedio (*intermediate/heightened scrutiny* per le classificazioni ritenute "quasi sospette" come quelle fondate sul sesso o riguardanti figli naturali di genitori non coniugati, che postula la prova di un interesse pubblico importante e della strumentalità della norma al perseguimento di tale obiettivo) oppure un sindacato di "mera ragionevolezza" (*rational basis*), applicato in via residuale, che richiede soltanto la dimostrazione di un legame razionale tra la norma ed un fine pubblico (né prevalente né importante ma soltanto) legittimo⁵⁶.

Ebbene, nonostante l'assenza di un diritto costituzionale alla tutela della salute si sono susseguiti alcuni tentativi volti a ricostruire l'assistenza sanitaria come diritto fondamentale al fine di permettere l'applicazione del più rigido standard qualitativo posto dallo *strict scrutiny*. Secondo tale approccio la mancata garanzia da parte dell'amministrazione federale di un livello minimo di assistenza sanitaria alle persone indigenti potrebbe configurare una violazione della eguale protezione delle leggi. La Corte Suprema ha tuttavia sempre negato lo status di diritto fondamentale all'assistenza sanitaria, precludendo l'applicazione dello *strict scrutiny* a favore del meno rigoroso standard di *rational basis*, certamente più favorevole per lo Stato. In base a quest'ultimo parametro la norma che limita un diritto potrà infatti essere confermata se l'amministrazione prova che essa costituisce un mezzo ragionevole per conseguire un interesse pubblico legittimo, non dovendo dimostrare che essa fosse l'unico e necessario mezzo per raggiungere

⁵³ Morris Montalti, "Same-sex marriage" tra protezione statale e principio federale, in *Politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004, n. 4, p. 41.

⁵⁴ Erwin Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, cit., p. 831.

⁵⁵ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

⁵⁶ Si veda Matteo Winkler, *Same-sex marriage negli Stati Uniti: le nuove frontiere del principio di uguaglianza*, *Politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2011, n. 1, p. 97.

la finalità pubblica. Riferito al tema dell'aborto, tale impostazione ha fatto sì che la Corte Suprema in *Harris v. McRae*⁵⁷ considerasse legittima la previsione (nota come *Hyde Amendment*) parte del programma pubblico destinato a coprire le spese sanitarie per le persone indigenti (*Medicaid*), volta a negare l'erogazione di fondi federali per le procedure di interruzione della gravidanza, previsti invece per le donne che decidono di portare a compimento la maternità. Secondo la Corte, la mancata erogazione di fondi federali non violava il diritto fondamentale della donna di scegliere se interrompere la gravidanza. Se infatti l'aborto costituisce un diritto fondamentale, lo stesso non può dirsi per l'interesse a ricevere quei sussidi che concretamente permetterebbero di realizzare tale scelta alle persone indigenti. Se la libertà di scelta protetta dalla Costituzione (che consente appunto di abortire), garantisca anche il diritto a ricevere sussidi federali è una questione che, secondo i giudici, deve essere risolta non dagli organi giudiziari ma soltanto dal potere legislativo⁵⁸. In tale caso la Corte ha applicato il "rational basis standard of review" ritenendo che la norma in questione non violasse l'eguale protezione delle leggi poiché finalizzata alla tutela di un legittimo fine pubblico, individuato nella protezione della vita potenziale del feto. A simili conclusioni la Corte Suprema era pervenuta anche nella decisione *Maher v. Roe*⁵⁹, dove aveva stabilito la legittimità della scelta dello Stato del Connecticut di negare fondi a sostegno dell'aborto entro un programma che erogava invece fondi per tutte le spese mediche correlate alla gravidanza e al parto⁶⁰. Non essendo in questione un diritto fondamentale, ma soltanto una politica statale di favore per la maternità, l'amministrazione non doveva dimostrare l'esistenza di un *compelling interest*⁶¹.

⁵⁷ *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

⁵⁸ *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 318 (1980).

⁵⁹ *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977).

⁶⁰ Le ricorrenti sostenevano invece che l'eguale protezione delle leggi imponesse allo Stato una eguale disciplina dell'aborto e della maternità, non potendo l'amministrazione statale sovvenzionare soltanto le spese mediche relative a quest'ultima. Cfr. *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464, 470 (1977).

⁶¹ Secondo la Corte infatti "The Connecticut regulation places no obstacles - absolute or otherwise - in the pregnant woman's path to an abortion. An indigent woman who desires an abortion suffers no disadvantage as a consequence of Connecticut's decision to fund childbirth; she continues as before to be dependent on private sources for the service she desires. The State may have made childbirth a more attractive alternative, thereby influencing the woman's decision, but it has imposed no restriction on access to abortions that was not already there. The indigency that may make it difficult - and in some cases, perhaps, impossible - for some women to have abortions is neither created nor in any way affected by the Connecticut regulation. We conclude that the Connecticut regulation does not impinge upon the fundamental right recognized in *Roe*". *Maher v. Roe*, 432 U.S. 474 (1977).

4.2 Le eccezioni alla mancanza di un generale obbligo di protezione da parte dello Stato alla luce della giurisprudenza federale

4.2.1 Premessa

Se, dunque, normalmente la *due process clause* non configura un obbligo per lo Stato di provvedere a determinati servizi⁶², esistono tuttavia delle eccezioni in cui sussiste un obbligo “positivo” di protezione. Tali casi, peraltro strettamente correlati al caso *Deshaney*, presuppongono tuttavia una particolare relazione tra lo Stato e il singolo individuo e riguardano principalmente la tutela dei soggetti detenuti presso istituti carcerari, i malati degenti in istituti di cura, nonché gli episodi definiti dalla dottrina statunitense come “State-Created Danger”, indicandosi con tale espressione gli eventi dannosi, non direttamente causati da organi statali, la cui azione ne abbia tuttavia aumentato il pericolo di verifica. A ben guardare si impongono tuttavia due considerazioni preliminari.

In primo luogo, è possibile constatare due difformi orientamenti giurisprudenziali in materia, atteso che le due serie di ipotesi (persone sottoposte alla custodia dello Stato da un lato e pericolo creato dallo Stato dall’altro) sono state diversamente interpretate dalle Corti federali⁶³. Alcune, come quelle appartenenti al Secondo Circuito, le hanno considerate come eccezioni separate (e dunque rispettivamente indipendenti)⁶⁴, mentre altre (Quarto e Quinto Circuito) tendono a riunirle, richiedendo la sussistenza di una *special relationship* tra individuo e Stato e la contemporanea produzione del pericolo da parte di quest’ultimo⁶⁵. Sul punto infatti la Corte d’Appello del Secondo Circuito, nel caso *Pena v. Deprisco*, riconobbe esplicitamente che “some courts have, indeed, incorporated the ‘special

⁶² La dottrina parla in tali casi di “no duty to protect” rule. Si veda Lawrence O. Gostin, *Public health law. Power, duty, restraint*, cit., p. 87.

⁶³ Erwin Chemerinsky, *The State-Created Danger Doctrine*, cit., pp. 3, 4.

⁶⁴ In tal senso, *Pena v. Deprisco*, 432 F.3d 98 (United States Court of Appeals, Second Circuit, 2005).

⁶⁵ Ne sono esempi *Pinder v. Johnson*, 54 F.3d 1169 (United States Court of Appeals, Fourth Circuit, 1995); *Beltran v. The City of El Paso*, 367 F.3d 299 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 2004).

relationship' criterion as a prerequisite to liability", citando in nota la decisione *Beltran v. City of El Paso*⁶⁶. La stessa Corte, invece, "by contrast, treat special relationships and state created dangers as separate and distinct theories of liability"⁶⁷. In secondo luogo, nonostante l'apparente uniformità dell'enunciazione del tutto eccezionale del diritto a ricevere assistenza sanitaria, la Corte si è sempre astenuta dall'affermarne l'esistenza quale diritto fondamentale. Con riferimento ai detenuti, infatti, il diritto a ricevere prestazioni sanitarie (così come cibo o vestiario) è stato affermato, non sulla base di un diritto alla tutela della salute, bensì dell'VIII emendamento che, come noto, vieta l'inflizione di pene crudeli e inusitate, mentre i pazienti con disabilità mentali trovano invece nel XIV emendamento la fonte del diritto a ricevere le prestazioni, anche sanitarie, che possano garantire la loro incolumità.

4.2.2 I diritti dei detenuti e dei malati ricoverati presso istituti di sanità mentale

In *Estelle v. Gamble*⁶⁸ un individuo detenuto presso un istituto penitenziario dello Stato del Texas rimase ferito nello svolgimento di attività di lavoro carcerario. Nella controversia, instaurata sulla base della sezione 1983, l'istante lamentava l'inadeguatezza dei trattamenti sanitari ricevuti, asserendo la violazione dell'VIII emendamento, che vieta torture e altri metodi punitivi contrari al comune senso civile. Seguendo la giurisprudenza richiamata dal giudice Marshall, è possibile rilevare come tale proibizione, inizialmente riferita alle sole torture fisiche, sia stata progressivamente interpretata in modo da ricomprendere anche violenze

⁶⁶ "Footnote 12: For example, the Fifth Circuit has confined liability to situations involving 'special relationships described by the Supreme Court [in *DeShaney*], which are limited to cases concerning 'incarceration, institutionalization, or other similar restraint of personal liberty.'" *Beltran v. City of El Paso*, 367 F.3d 299, 307 (5th Cir.2004) (citing *DeShaney*, 489 U.S. at 200, 109 S.Ct. 998). The First Circuit has interpreted this view as a 'flat[] reject[ion of] the 'state-created danger' theory of liability'. The Sixth Circuit has indicated that a special relationship is necessary to distinguish risks of harm to a specific victim from risks of harm to the public at large. The Third Circuit has at times required a special relationship, but may now interpret the requirement so narrowly as to render it toothless". *Pena v. Deprisco*, 432 F.3d 98 (United States Court of Appeals, Second Circuit, 2005).

⁶⁷ *Pena v. Deprisco*, 432 F.3d 98, 109 (United States Court of Appeals, Second Circuit, 2005).

⁶⁸ *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97 (1976).

psicologiche contrarie alla dignità umana. È proprio tale evoluzione che ha permesso l'affermazione di un obbligo dell'amministrazione penitenziaria di fornire assistenza medica ai detenuti, poiché tale mancanza può certamente essere causa di sofferenze non necessarie e arbitrarie, non rispondenti ad alcuna delle finalità che caratterizzano la sanzione penale. A tal fine è tuttavia richiesto che sussista una volontaria e consapevole indifferenza del personale medico verso le necessità mediche del detenuto ("deliberate indifference to serious medical needs of prisoners") ovvero comportamenti intenzionali degli agenti penitenziari volti a negare, colpevolmente ritardare l'accesso all'assistenza medica o ad interferire su un prescritto trattamento. Conformemente a tale premessa, non ogni reclamo da parte di un prigioniero relativo alla sottoposizione a trattamenti sanitari non adeguati può comportare il riconoscimento di una violazione dell'VIII emendamento⁶⁹. Difatti, la mera negligenza medica nella diagnosi o nel trattamento di una patologia non può mai essere equiparata all'inflizione di pene crudeli contrarie alla Costituzione, potendo eventualmente legittimare soltanto un'azione davanti alle corti statali per il risarcimento del danno subito⁷⁰.

Lo stesso principio (seppur con esito diverso, visto il riconoscimento della violazione dell'VIII emendamento) è stato ribadito in *Farmer v. Brennan*⁷¹. Il ricorrente, un transessuale nel percorso di transizione verso il genere femminile, a seguito dello spostamento, deciso per motivi disciplinari da alcuni ufficiali, da una casa di correzione (con regime di custodia più attenuato) al reparto maschile di un penitenziario (istituto che tipicamente ospita detenuti più problematici e violenti), era stato ripetutamente percosso e violentato da altri detenuti. Richiamando la consolidata giurisprudenza in materia (*in primis DeShaney* ed *Estelle*), la decisione

⁶⁹ La Corte precisò come un incidente, nonostante possa comportare maggiore angoscia, non possa automaticamente configurarsi quale arbitraria inflizione di inutili sofferenze. Ad esempio, non è contrario alla Costituzione sottoporre un condannato a morte ad una seconda esecuzione sulla sedia elettrica dopo che il primo tentativo non era andato a buon fine per un malfunzionamento meccanico. Si veda *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97, 105 (1976).

⁷⁰ Nel caso in esame fu esclusa la violazione dell'VIII emendamento sulla base degli elementi fattuali allegati, da cui emergeva l'assenza di comportamenti tali da evidenziare deliberata noncuranza da parte del personale medico verso i bisogni medici del paziente. Il detenuto, infatti, era stato visitato dal personale medico per diciassette volte in un periodo di tre mesi e la mancata effettuazione di una radiografia, anche se avrebbe permesso un'esatta diagnosi della malattia, non poteva rappresentare una pena inusitata e crudele. *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97, 107 (1976).

⁷¹ *Farmer v. Brennan*, 511 U.S. 825 (1994).

riafferma come il divieto di pene crudeli e inusitate vincoli l'attività degli agenti carcerari, i quali non possono percuotere i detenuti (dovendo viceversa garantire la loro sicurezza), sono tenuti ad assicurare accettabili condizioni di reclusione e l'accesso all'assistenza sanitaria. La Corte ritenne pertanto che gli ufficiali, a conoscenza della storia particolarmente violenta del penitenziario e del rischio di aggressioni sessuali cui avrebbero sottoposto il prigioniero, agirono ignorando (con *deliberate indifference* come già enunciato in *Estelle v. Gamble*) la sicurezza del medesimo, violando i principi dell'VIII emendamento.

Un'interessante decisione relativa all'obbligo di fornire assistenza medica a coloro che, sospettati di un delitto, rimangono feriti nel corso della cattura da parte della polizia è *City of Revere v. Massachusetts General Hospital*⁷². Il tema, ancora una volta, è la *due process clause*⁷³ ed in particolare se tale clausola obblighi l'autorità locale al pagamento delle cure mediche rese necessarie a seguito del ferimento da parte degli agenti della polizia di un individuo in fuga, sospettato di aver commesso un delitto. Per la Corte, il XIV emendamento impone all'amministrazione pubblica di fornire soccorso medico alle persone che sono state ferite nel corso di attività della polizia. I diritti inerenti il regolare procedimento legale impongono infatti che a costoro sia assicurato un trattamento almeno non inferiore rispetto a quello garantito dall'VIII emendamento ai prigionieri, già condannati per la commissione di un reato. Rimane però ancora da stabilire chi sia tenuto a sostenerne i relativi costi. Sul punto, la Corte si astenne dal decidere poiché l'autorità locale aveva già adempiuto al suo dovere costituzionale garantendo all'indagato di essere prontamente ricoverato per l'ottenimento delle cure necessarie. Una volta assicurata tale assistenza, la Costituzione non prescrive come i relativi costi sanitari debbano essere ripartiti tra l'autorità e la struttura ospedaliera. Questo è un compito che spetta al diritto statale: "In short, the injured detainee's

⁷² *City of Revere v. Massachusetts General Hospital*, 463 U.S. 239 (1983).

⁷³ La Corte Suprema, in base agli elementi fattuali, ritenne che, nel caso di specie, non potesse trovare applicazione il divieto di pene crudeli e inusitate (VIII emendamento), bensì il giusto processo regolato dalla legge (XIV emendamento), poiché, nel momento in cui il ferito necessitava le cure mediche non era ancora intervenuta alcuna sentenza che avesse accertato la sua responsabilità penale.

constitutional right is to receive the needed medical treatment; how the city of Revere obtains such treatment is not a federal constitutional question”⁷⁴.

Con *Youngberg v. Romeo*⁷⁵ la Corte Suprema ha invece considerato i diritti dei pazienti con disabilità mentali ricoverati in istituti statali, accertando se il diritto di ricevere assistenza medica costituisca o meno una componente essenziale della libertà garantita dal XIV emendamento. La Corte ritenne che, sebbene non vi fosse un obbligo generale verso l’intera cittadinanza, tale diritto sussistesse nei confronti dei soli individui che, a causa della limitazione delle proprie libertà conseguente al ricovero presso un istituto di cura, divenivano completamente a carico dello Stato⁷⁶. In questi casi, è la tutela della libertà offerta dalla *due process clause* (e non dal divieto di pene crudeli ed inusitate) che configura un obbligo per lo Stato di fornire cibo, ricovero, vestiario e assistenza medica, per permettere ai pazienti di godere degli interessi, protetti dalla Costituzione, ad una assistenza, riabilitazione e sicurezza soddisfacenti e a condizioni di ricovero non oltremodo gravose e restrittive.

⁷⁴ *City of Revere v. Massachusetts General Hospital*, 463 U.S. 239, 245 (1983). Secondo la Corte Suprema, infatti, se l’autorità può ottenere l’assistenza medica soltanto a pagamento, essa sarà certamente obbligata a sostenerne i costi. Esistono tuttavia altri mezzi attraverso cui è possibile soddisfare tale obbligo, ad esempio o tramite le numerosi leggi federali e statali che obbligano gli ospedali a fornire cure mediche agli indigenti, ovvero sulla base dell’obbligo per le stesse strutture di prestare soccorso ai casi di emergenza a prescindere dalle capacità finanziarie del paziente.

⁷⁵ *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307 (1982). Un uomo con gravi patologie mentali (tali da non permettergli di avere cura di sé né di controllare i propri stati d’ira) fu ricoverato in una struttura statale su istanza della madre, la quale, rimasta da poco vedova, non era più in grado di prendersi cura del figlio. L’uomo, durante la sua permanenza presso la struttura di cura riportò gravi ferite, causate dai propri atti autolesivi e dalle reazioni violente di altri malati. La madre agì in giudizio affermando che il figlio era titolare di diritti protetti dalla Costituzione e che i convenuti (i funzionari della struttura) erano al corrente, o quantomeno avrebbero dovuto esserlo, delle ferite riportate dal figlio, mancando di porre in essere procedure mediche preventive, violando così VIII e XIV emendamento. Al riguardo, la corte distrettuale aveva individuato nell’VIII emendamento la fonte della responsabilità della struttura sanitaria, mentre in grado di appello essa era stata rinvenuta solo nel XIV.

⁷⁶ “As a general matter, a State is under no constitutional duty to provide substantive services for those within its border. When a person is institutionalized – and wholly dependent on the State – it is concerned by petitioners that a duty to provide certain services and care exist, although even then a State necessarily has considerable discretion in determining the nature and scope of its responsibilities” *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307, 317 (1982).

4.2.3 State-created danger doctrine

Con tale espressione si fa riferimento a quelle ulteriori ipotesi eccezionali definite dalla giurisprudenza federale in cui lo Stato può essere riconosciuto responsabile per non aver impedito o prevenuto un episodio dannoso nei confronti di un individuo. Tali ipotesi emergono già “sullo sfondo” dei casi precedentemente riportati, da *DeShaney* a *Town of Castle Rock v. Gonzales*, cui integralmente si rinvia. Tuttavia, tutte le decisioni citate, pur precisando i requisiti per l’affermazione della responsabilità statale (condotta particolarmente insidiosa degli agenti statali che abbia incrementato il rischio della causazione di danni), ne hanno fortemente ridimensionato l’ambito di operatività. Al riguardo, si è infatti già osservato come tali pronunce abbiano univocamente ed inequivocabilmente escluso il dovere dello Stato di proteggere gli individui da danni inflitti da altri privati⁷⁷, residuando, se del caso, la possibilità di esperire presso le Corti statali un’azione per il risarcimento del danno derivante da fatto illecito. Le enunciazioni contenute in tali decisioni, pur negando nel caso concreto giustizia ai ricorrenti, furono però interpretate dalle corti federali inferiori come strumenti che lasciavano impregiudicata la possibilità per un futuro riconoscimento della responsabilità statale. Traendo la loro origine da *obiter dicta* della Corte Suprema, le Corti inferiori si sono mosse in assenza di indicazioni certe relative all’applicazione di tali principi, riuscendo tuttavia ad operare un ribaltamento del generale principio di irresponsabilità statale, giungendo a riconoscere la violazione della *due process clause* per danni derivanti da pericoli causati dall’azione statale⁷⁸. È forse paradossale che uno dei casi più citati al riguardo sia *Bowers v. Devito*⁷⁹, deciso dalla Corte d’Appello per il Settimo Circuito nel 1982 con una sentenza che ha invece dato ragione ancora una volta allo Stato.

⁷⁷ Ad esempio in *Town of Castle Rock v. Gonzales* perché il mancato intervento della polizia, nonostante una legge statale si pronunciasse in termini obbligatori, non configurava né un diritto né un *property right*, escludendo la violazione della *due process clause*.

⁷⁸ Si vedano Erwin Chemerinsky, *The State-Created Danger Doctrine*, cit., pp. 7-10; Milena Shtelmakher, *Police misconduct and liability: applying the state-created danger doctrine to hold police officers accountable for responding inadequately to domestic-violence situations*, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2010, Vol. 43, n. 4, pp.1533-1560.

⁷⁹ *Bowers v. Devito*, 686 F.2d 616 (United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 1982).

Tale incongruenza è tuttavia presto risolta osservando come sia stata proprio una delle enunciazioni contenute in *Bowers*, riproposta dalle Corti nei giudizi successivi, a permettere l'affermazione di una responsabilità pubblica per uno "state-created danger". In *Bowers* la questione affrontata concerneva la responsabilità di una struttura di salute mentale per aver un suo paziente, a seguito della dimissione, ucciso una persona. La struttura era infatti a conoscenza della pericolosità del soggetto e avrebbe pertanto agito negligenemente, non prescrivendo alcuna terapia dopo la dimissione dalla struttura. Secondo la Corte, esiste un diritto, tutelato dal XIV emendamento, a non essere uccisi da un agente statale (*rectius*, a non essere da questi privato della propria vita senza *due process of law*), ma non un corrispettivo diritto ad essere protetto dallo Stato contro omicidi cagionati da criminali o da dissennati, posto che, come ormai noto, "The Constitution is a charter of negative liberties; it tells the state to let people alone; it does not require the federal government or the state to provide services, even so elementary a service as maintaining law and order"⁸⁰. La Corte, pur pronunciandosi a favore della struttura pubblica (i convenuti non avrebbero posto il soggetto, poi rimasto ucciso, in "a place or position of danger" avendo soltanto fallito di proteggerlo come generico membro della collettività da un uomo pericoloso), chiarì che l'amministrazione statale avrebbe tuttavia potuto essere ritenuta responsabile qualora fosse risultato provato che essa aveva cagionato il pericolo che aveva originato il danno. Difatti⁸¹:

"We do not want to pretend that the line between action and inaction, between inflicting and failing to prevent the infliction of harm, is clearer than it is. If the state puts a man in a position of danger from private persons and then fails to protect him, it will not be heard to say that its role was merely passive; it is as much an active tortfeasor as if it had thrown him into a snake pit".

Ebbene, se lo Stato pone un individuo in una situazione di (maggior) pericolo rispetto ad altri privati e poi non riesce a proteggerlo, la sua azione non potrà essere considerata meramente passiva, bensì sarà equivalente ad una condotta attiva, "come se avesse gettato l'individuo in una fossa dei serpenti". *Snake pit*, è proprio

⁸⁰ *Bowers v. Devito*, 686 F.2d 616, 618 (United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 1982).

⁸¹ *Bowers v. Devito*, 686 F.2d 616, 618 (United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 1982).

quest'ultima espressione che è stata riproposta ed impiegata da molte Corti federali per verificare la sussistenza della responsabilità statale⁸².

Altri esempi svelano però ulteriori aspetti dello *state-created danger*. La prima serie di ipotesi affronta tematiche omogenee, concernenti individui, fermati dalle forze di polizia, in condizioni di evidente ubriachezza. In *Wood v. Ostrander*⁸³ la polizia prese in custodia un guidatore in stato di alterazione alcolica e sequestrò anche le chiavi del veicolo, rifiutandosi di consegnarle alla signora Wood, presente nell'auto insieme all'uomo. Gli agenti, pur essendo notte e trovandosi in una zona ad alto tasso di criminalità, decisero di condurre il solo conducente alla stazione di polizia, lasciando la donna sul posto, dove poco dopo subì una violenza sessuale. La Corte d'Appello per il Nono Circuito ritenne che gli agenti di polizia avessero privato la ricorrente della sua libertà tutelata dalla Costituzione, esponendola ed abbandonandola ad un pericolo. Diversamente da *DeShaney* (ove, secondo la Corte Suprema lo Stato non aveva né avuto alcun ruolo nella creazione del pericolo cui il bambino era sottoposto né aveva posto in essere alcun comportamento che lo avesse reso più vulnerabile), in questo caso i comportamenti attivi della polizia (arresto del guidatore, sequestro del veicolo e abbandono della ricorrente) avevano determinato l'insorgenza del dovere di garantire la sicurezza della signora⁸⁴.

Anche *Davis v. Brady*⁸⁵ riprese fatti simili per rilevare ancora una volta la violazione da parte della polizia dei diritti di libertà tutelati dal *substantive due process*. Con la presa in custodia dell'individuo gli agenti di polizia avevano infatti

⁸² Ne è un esempio *Ryan v. Burlington County*, 674 F. Supp. 464 (District Court, D. New Jersey 1987). Timothy Ryan era un detenuto in attesa di giudizio presso una prigione della contea di Burlington. Egli divenne tetraplegico a seguito di un violento attacco subito in cella da un altro prigioniero, noto per aver già aggredito altri compagni di cella ed in attesa di essere trasferito in un diverso carcere statale. Ryan citò in giudizio la contea, lo Stato e vari agenti ed ufficiali per aver violato i suoi diritti costituzionali (IV, V e XIV emendamento). In tal caso la Corte riconobbe la responsabilità dei convenuti, i quali, prendendo in carico il detenuto e collocandolo, contro la sua volontà, in un ambiente insicuro insieme a prigionieri pregiudicati e particolarmente inclini a commettere violenze, avevano agevolato la realizzazione di uno "snake pit" e della conseguente aggressione.

⁸³ *Wood v. Ostrander*, 879 F.2d 583 (United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1989).

⁸⁴ Si confronti *Wood v. Ostrander*, 879 F.2d 583, 590 (United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1989).

⁸⁵ *Davis v. Brady*, 143 F.3d 1021 (United States Court of Appeals, Sixth Circuit, 1998). Anche questo caso riguardava un uomo che, di notte, si trovava alla guida di un'autovettura in condizioni di ubriachezza. La polizia si limitò a sequestrare il veicolo, lasciando l'uomo sul ciglio della strada, dove fu investito da un'altra vettura e riportò gravi ferite.

assunto il dovere di non esporre tale soggetto a pericoli. Ciononostante, in violazione di tale obbligo, essi agirono inoltre con “deliberate indifference” verso l’incolumità dello stesso, non tenendo in considerazione i rischi conseguenti al suo abbandono in una strada buia e con molto traffico. Essi infatti erano a conoscenza, o avrebbero ragionevolmente dovuto esserlo, che l’uomo, essendo in stato di alterazione alcolica, non era in grado di badare a sé. L’ultimo caso da citare è *Munger v. City of Glasgow*⁸⁶, ove, ancora una volta, venne affermata la responsabilità degli agenti di polizia per aver posto l’individuo in una posizione più pericolosa rispetto a quella in cui gli stessi lo avevano trovato e per averlo privato della sua vita senza *due process*.

Di particolare interesse è infine *Currier v. Doran*⁸⁷. Al centro della vicenda alcuni assistenti sociali che avevano sottratto i figli minori alla madre per affidarli al padre, il quale li aveva ripetutamente maltrattati e percossi. La Corte, introducendo una regola di giudizio manifestamente favorevole per il ricorrente che lamenta la violazione dei suoi diritti costituzionali, rigettò la tesi secondo cui gli assistenti sociali non avrebbero creato il pericolo limitandosi a mutare l’affidamento da un genitore naturale all’altro, sulla base della considerazione che, mentre in *DeShaney* il figlio era sempre rimasto sotto la custodia dello stesso genitore, nel caso in esame i bambini si trovavano inizialmente affidati ad un genitore e soltanto la decisione dei servizi sociali aveva mutato il genitore affidatario. In altri termini, i bambini non sarebbero stati esposti al pericolo di essere aggrediti dal padre se non a causa degli atti positivi dell’amministrazione.

⁸⁶ *Munger v. City of Glasgow*, 227 F3d 1082 (U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit, 2000). Questi i fatti. Un barista fu costretto a richiedere l’intervento della polizia poiché un suo cliente, Lance Munger, dopo aver ecceduto nel consumo di alcol, aveva iniziato ad essere aggressivo nei confronti degli altri avventori. La polizia espulse Munger dal locale, impedendogli di rientrare ed vietandogli altresì di entrare nella propria autovettura. Il giovane, in abbigliamento non adeguato rispetto alle rigide temperature notturne, ed in stato di ubriachezza, si allontanò dal posto. La polizia, dopo aver rinvenuto il suo cappotto nel locale, preoccupati per il freddo, tentarono, invano, di rintracciare l’uomo, che morì per ipotermia.

⁸⁷ *Currier v. Doran*, 242 F.3d 905, (U.S. Court of Appeals, Tenth Circuit, 2001).

4.3 Le basi costituzionali per la regolazione federale della materia sanitaria

4.3.1 Alcuni esempi

Nonostante quanto detto a proposito della mancanza di diritti sociali all'interno della Costituzione degli Stati Uniti, la tematica sanitaria, pur essendo prevalentemente materia di competenza statale, è stata oggetto di importanti interventi federali. Preliminarmente, è opportuno individuare quali poteri enumerati dalla Costituzione siano stati impiegati dal Congresso per legittimare il proprio intervento. Ciò perché, le rilevanti tematiche sanitarie regolamentate (assistenza sanitaria, ricerca biomedica, profilassi di sanità pubblica, tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro) devono rinvenire il proprio fondamento giuridico in uno dei poteri enumerati garantiti dalla Costituzione. Le disposizioni costituzionali richiamate sono state varie. Ad esempio, le previsioni contenute nel primo articolo relative alle forze armate hanno permesso al Congresso di realizzare strutture sanitarie per militari e veterani⁸⁸, mentre il potere del Presidente di concludere trattati, previo parere e con il consenso del Senato, (art. II, sezione 2, clausola 2) costituisce la fonte dell'intervento federale in materia sanitaria per gli Indiani e per gli Eschimesi⁸⁹, nonché con riferimento alla disciplina di tabacco, malattie infettive e riscaldamento globale. Tuttavia, le clausole più importanti sono ricomprese

⁸⁸ La *Veterans Administration*, nata per erogare prestazioni mediche ai veterani di guerra, negli anni Ottanta rappresentava uno dei più importanti settori con cui l'amministrazione federale, tramite i suoi centri medici, erogava prestazioni sanitarie a milioni di reduci di guerra. Tale sistema garantisce tuttora molteplici servizi sanitari tramite una rete di ospedali federali ed è finanziato da un budget stanziato a livello federale, sebbene anche i singoli Stati contribuiscano alla copertura delle relative spese (per una percentuale pari, nel 2009, al 14%). I veterani che vi ricorrono a causa di ferite o malattie riportate a causa del servizio prestato non sono chiamati a corrispondere nessun contributo economico; diversamente, è richiesto un co-pagamento. Sul punto, si vedano Arleen Leibowitz e Mark A. Peterson, *Perspectives on the U.S. Health Care System*, cit., pp. 21, 22; William Shonick, *Government and Health Services. Government's Role in the Development of U.S. Health Services 1930-1980*, New York, Oxford University Press, 1995, p.133 e ss.; Harry A. Sultz, Kristina M. Young, *Health care USA. Understanding its organization and delivery*, cit., pp. 348-350.

⁸⁹ Nel 1921 è stato istituito l'*Indian Health Service*, al fine di tutelare la salute delle popolazioni indiane d'America. Tale ente, composto da 15.000 dipendenti, attualmente eroga prestazioni sanitarie a circa 1.9 milioni di nativi americani, facenti parti di 566 tribù riconosciute. Si veda Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., pp. 103-104, 218.

nell'articolo I, sezione 8. Tra queste è opportuno notare come il Congresso tragga parte dei suoi ampi poteri dalla *necessary and proper clause*⁹⁰. Tale previsione, incorporando la dottrina dei poteri impliciti, permette infatti al Congresso di adoperare tutti i mezzi ragionevolmente idonei al raggiungimento degli obiettivi dei poteri enumerati garantiti dalla Costituzione. L'importanza di tale clausola è stata sottolineata per la prima volta dalla Corte Suprema nel 1819 con il caso *McCulloch v. Maryland*. Sebbene i poteri della Federazione nascano limitati è infatti la stessa formulazione della Costituzione a suggerire l'esistenza di una discrezionalità dello Stato federale rispetto ai mezzi (non proibiti dalla Costituzione) con cui attuare i poteri espressamente conferiti. Difatti, "Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional"^{91 92}.

Torniamo alle clausole dell'articolo I, sezione 8, utilizzate più di frequente dal legislatore federale per intervenire in materia sanitaria. Innanzitutto, il *taxing and spending power*⁹³. Il potere di imposizione fiscale e quello di spesa, originariamente non previsti negli *Articles of Confederation*, sono strettamente correlati e rappresentano oggi uno dei più importanti poteri del Congresso. Il primo autorizza l'imposizione di tasse per il bene della comunità, mentre il secondo permette l'allocazione di tali risorse per offrire alla comunità quei servizi pubblici ritenuti di prima necessità, come ad esempio l'istruzione scolastica, i trasporti,

⁹⁰ "The Congress shall have Power [...] To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof".

⁹¹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 421 (1819).

⁹² Tale principio costituisce anche uno degli argomenti trattati nella prima sentenza della Corte Suprema relativa alla riforma sanitaria introdotta nel 2010. In tale occasione, il *Chief Justice Roberts* precisò tuttavia che la *necessary and proper clause* non può da sola giustificare un intervento federale, dovendo essere utilizzata unitamente all'esercizio di un altro potere enumerato. In particolare, l'acquisto obbligatorio della assicurazione sanitaria "cannot be sustained under the Necessary and Proper Clause as an essential component of the insurance reforms. Each of our prior cases upholding laws under that Clause involved exercises of authority derivative of, and in service to, a granted power". Sul punto si veda *infra*, cap. VI, par. 6.2.2.

⁹³ "The Congress shall have Power to lay and collect Taxes, [Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts] and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; [but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States]".

l'assistenza medica ai cittadini indigenti⁹⁴. In materia sanitaria, è la *general welfare clause* a costituire la base legale per la tutela della salute pubblica, legittimando la ricerca medica, *Medicare* e soprattutto *Medicaid*, la pianificazione sanitaria e la formazione del personale medico, permettendo la distribuzione di fondi federali agli Stati e alle amministrazioni locali a condizione che questi perseguano determinate politiche che il Congresso non può imporre direttamente⁹⁵. Al riguardo, il dibattito americano si è tuttavia a lungo incentrato sull'esatta estensione di tale potere, per stabilire se esso sia strumentale all'attuazione dei soli poteri enumerati nell'articolo I della Costituzione ovvero se attribuisca una più ampia autorità finalizzata alla realizzazione del benessere generale. La Corte Suprema ha da tempo adottato quest'ultima concezione, considerando il *taxing and spending power* una fonte autonoma per l'esercizio del potere legislativo del Congresso rispetto agli altri poteri enumerati. Tale affermazione si deve soprattutto alla decisione nel 1936 del caso *United States v. Butler*⁹⁶, che compose un antico dibattito che vedeva contrapposte le posizioni di James Madison e Alexander Hamilton. Secondo Madison infatti la facoltà di imposizione fiscale e di spesa non era altro che un riferimento agli altri poteri previsti espressamente dalla stessa ottava sezione. Essendo infatti gli Stati Uniti un governo di poteri limitati ed enumerati "the grant of power to tax and spend for the general national welfare must be confined to the enumerated legislative fields

⁹⁴ Lawrence O. Gostin, *Public health law. Power, duty, restraint*, cit., p. 100 e ss. Con riferimento al potere di tassare, in passato aveva notevole importanza la distinzione tra tasse dirette (che richiedevano una ripartizione tra tutti gli Stati) ed indirette (che invece potevano essere imposte senza particolari limitazioni distributive). Al riguardo, la dottrina americana cita spesso anche il caso *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company*, 157 U.S. 429 (1895), con cui la Corte Suprema preclude al Congresso, ritenendola contraria alla Costituzione, la possibilità di introdurre un'imposta federale, diretta e progressiva, sul reddito. Tale decisione fu tuttavia superata nel 1913 mediante l'adozione del XVI emendamento, secondo cui: "The Congress shall have power to lay and collect taxes on incomes, from whatever source derived, without apportionment among the several States, and without regard to any census or enumeration". In generale, sui rapporti tra sistema tributario e stato sociale, si veda Giovanni Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. II La Costituzione democratica*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 173 e ss.

⁹⁵ Marshall W. Raffel, *Health Services in the United States of America*, in Marshall W. Raffel (edited by), *Comparative Health Systems. Descriptive Analyses of Fourteen National Health Systems*, University Park and London, The Pennsylvania State University Press, 1984, pp. 559, 560

⁹⁶ *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936). In generale, su tale decisione si veda Erwin Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, cit., pp. 282, 283. Su tale potere si veda però anche la recente sentenza *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. ____ (2012), relativa alla riforma sanitaria del Presidente Obama. Sul punto si veda *infra*, cap. VI, par. 6.2.2.

committed to the Congress”⁹⁷. Per Hamilton, invece, tale clausola costituiva un potere separato e diverso da quelli garantiti dalla Costituzione, che attribuiva al Congresso la facoltà di tassare e spendere per ogni finalità ritenuta d’interesse per il benessere generale, fintanto che non venissero violate altre disposizioni costituzionali. La Corte Suprema avallò espressamente quest’ultima tesi⁹⁸, confermandola anche in più recenti controversie, come ad esempio in *South Dakota v. Dole*⁹⁹, dove ribadì che il potere di imposizione fiscale e di spesa non sono vincolati alle altre competenze legislative espressamente previste e permettono al Congresso di promuovere le proprie politiche mediante l’erogazione di fondi federali subordinati al rispetto di principi ed obiettivi fissati da norme federali. Ovviamente tale potere non è illimitato ma, come precisato dalla giurisprudenza della Corte Suprema, sottoposto ad alcuni limiti. In primo luogo, come indicato dalla stessa Costituzione deve essere finalizzato al perseguimento del benessere (non locale bensì) generale. A tal fine, le Corti, per valutare se una particolare spesa risponda o meno a tale obiettivo, dovrebbero limitarsi a fare riferimento alle valutazioni discrezionali operate dal Congresso, che si vede attribuiti ampi poteri ed una notevole discrezionalità in ordine alla concreta determinazione delle politiche che possono contribuire al benessere generale degli Stati Uniti¹⁰⁰. In secondo luogo, se il Congresso intende subordinare l’erogazione di fondi al rispetto di determinate

⁹⁷ *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 65 (1936).

⁹⁸ “Each contention has had the support of those whose views are entitled to weight. This court has noticed the question, but has never found it necessary to decide which is the true construction. Mr. Justice Story, in his Commentaries, espouses the Hamiltonian position. We shall not review the writings of public men and commentators or discuss the legislative practice. Study of all these leads us to conclude that the reading advocated by Mr. Justice Story is the correct one. While, therefore, the power to tax is not unlimited, its confines are set in the clause which confers it, and not in those of § 8 which bestow and define the legislative powers of the Congress. It results that the power of Congress to authorize expenditure of public moneys for public purposes is not limited by the direct grants of legislative power found in the Constitution”. *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 66 (1936).

⁹⁹ *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, 207 (1987). In tale caso la Corte Suprema confermò la costituzionalità di una legge federale che subordinava l’erogazione di sussidi per la costruzione di una strada alla previsione da parte degli Stati di un’età minima di 21 anni per poter bere alcolici.

¹⁰⁰ “Congress may spend money in aid of the ‘general welfare’. There have been great statesmen in our history who have stood for other views. [...] The conception of the spending power advocated by Hamilton and strongly reinforced by Story has prevailed over that of Madison, which has not been lacking in adherents. Yet difficulties are left when the power is conceded. The line must still be drawn between one welfare and another, between particular and general. Where this shall be placed cannot be known through a formula in advance of the event. There is a middle ground, or certainly a penumbra, in which discretion is at large. The discretion, however, is not confided to the courts. The discretion belongs to Congress, unless the choice is clearly wrong, a display of arbitrary power, not an exercise of judgment. This is now familiar law”. *Helvering v. Davis*, 301 U.S. 619, 640 (1937).

condizioni, dovrà farlo in modo inequivoco, permettendo agli Stati di esercitare consapevolmente la loro scelta¹⁰¹. Le eventuali condizioni imposte ai sussidi devono essere inoltre correlate "to the federal interest in particular national projects or programs", sebbene tale ultima condizione, pur se suggerita dalla soluzione di alcuni casi, non sia stata oggetto di significativa elaborazione giurisprudenziale. Le stesse condizioni, infine, non devono essere comunque eccessivamente coercitive (*unduly coercive*)¹⁰².

Anche il potere di regolare il commercio tra i singoli Stati conferisce al Congresso importanti compiti¹⁰³, avendo garantito l'emanazione di importanti atti federali, dalla materia penale a quella dei titoli finanziari, dai diritti civili fino alle normative ambientali. In materia sanitaria ha consentito l'adozione di specifiche norme relative all'assicurazione sanitaria sulla base dell'*Employee Retirement Income Security Act* del 1974 (ERISA)¹⁰⁴, ha permesso al Congresso di imporre particolari discipline relative ai ricoveri in ospedale, ai costi per la ricostruzione del seno a seguito di mastectomia, ai servizi di igiene mentale. Ha infine permesso l'emanazione del *Consolidated Omnibus Budget Reconciliation Act* del 1986 (COBRA), atto normativo che, emendando il precedente ERISA, ha consentito, tra l'altro, l'ultrattività della copertura sanitaria a vantaggio di chi, terminata l'attività lavorativa (anche a causa di licenziamento), avrebbe immediatamente perduto la copertura assicurativa precedentemente offerta dal proprio datore di lavoro¹⁰⁵. La *commerce clause* è stata tuttavia oggetto di interpretazioni difformi da parte della

¹⁰¹ La Corte Suprema si era già soffermata su tale requisito anche nella sentenza *Pennhurst State School and Hospital v. Halderman*, 451 U.S. 1, 17 (1981), precisando che il potere di spesa è simile ad un contratto: "[...] legislation enacted pursuant to the spending power is much in the nature of a contract: in return for federal funds, the States agree to comply with federally imposed conditions. The legitimacy of Congress' power to legislate under the spending power thus rests on whether the State voluntarily and knowingly accepts the terms of the 'contract'".

¹⁰² Tale limite emerge con chiarezza nella sentenza *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. ____ (2012), cui si rinvia. Si veda *infra*, cap. IV, par. 6.2.2.

¹⁰³ "The Congress shall have Power [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes".

¹⁰⁴ L'*Employee Retirement Income Security Act* del 1974 (ERISA) stabilisce degli standard minimi comuni a tutte le pensioni private. La legge trova tuttavia applicazione anche in relazione a molti *welfare benefits*, compresi anche i piani sanitari offerti dai datori di lavoro. A tal fine si veda *infra*, par. 4.6.1.

¹⁰⁵ Kathleen S. Swendiman, *Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers*, cit., p. 9.

Corte Suprema. Al riguardo è possibile individuare tre diverse fasi¹⁰⁶. La prima si sviluppa dalla fine del XIX secolo sino al 1937 e riflette l'adesione della giurisprudenza alla concezione di federalismo duale secondo cui Stati e Federazione sono entità sovrane separate e distinte, con diverse materie su cui esercitare la rispettiva autorità esclusiva. Tale presa di posizione si riflette anche sul ruolo del giudice, chiamato ad ergersi a garante della Costituzione e così a proteggere gli Stati contro possibili intrusioni federali. Tale fase si contraddistingue innanzitutto per una interpretazione restrittiva della nozione di commercio, inteso come una singola frazione dell'attività commerciale, separata e distinta da precedenti fasi quali l'attività estrattiva, manifatturiera e produttiva. Di conseguenza, secondo l'idea tradizionale, la *commerce clause* non può che attribuire al Congresso un limitato ruolo di mero controllo della circolazione di beni e servizi che varcano i confini federali e statali. Emergeva dunque nella giurisprudenza di tale periodo l'esigenza di salvaguardare l'ideologia tipicamente liberale di *laissez-faire*, fortemente contraria ad interventismi federali in campo economico mediante un uso aggressivo del potere di *judicial review*. Dalla fine del XIX secolo la Corte Suprema invalidò infatti varie leggi federali ritenute in contrasto con le finalità proprie del potere di regolare il commercio tra gli Stati. A tal proposito vengono spesso citate due sentenze, *United States v. Dewitt*¹⁰⁷ e *Trademark Cases*¹⁰⁸, dove si riaffermò che il potere attribuito al Congresso è espressamente limitato a quanto previsto dal testo costituzionale e non può essere esteso fino a ricomprendere anche il commercio interno ai singoli Stati. Anzi, la Corte dedicò particolare attenzione all'esegesi della clausola, parafrasandola e precisando che essa necessariamente implica una relazione commerciale tra cittadini statunitensi e di Stati stranieri ovvero tra cittadini statunitensi appartenenti a differenti Stati. Diversamente, la parte, anche più considerevole, inerente tutti i traffici commerciali tra cittadini di uno stesso Stato deve restare fuori da ogni ingerenza dell'amministrazione federale, poiché rappresenta un potere non delegato al Congresso. Negli anni Trenta una crisi economica senza precedenti scosse l'economia americana e, nonostante le prime

¹⁰⁶ Sul punto si confrontino Erwin Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, cit., p. 250 e ss.; Lawrence O. Gostin, *Public health law. Power, duty, restraint*, cit., pp. 104-107.

¹⁰⁷ *United States v. Dewitt*, 76 U.S. 41 (1869).

¹⁰⁸ *Trademark Cases*, 100 U.S. 82 (1879).

legislazioni sociali del Congresso fossero state invalidate perché ritenute contrarie alla libertà di contratto, le politiche liberiste apparvero non più sostenibili. Dinanzi a problemi così complessi, il *commerce power* mutò significato e da mezzo di regolamentazione del commercio tra Stati divenne progressivamente una competenza sempre più ampia, permettendo al Congresso la facoltà di disciplinare quasi tutti gli ambiti, anche situazioni e attività, assai rilevanti per l'amministrazione federale, un tempo considerate meramente locali. Più precisamente, questa seconda fase, storicamente collocabile tra il 1937 ed il 1995, ha inizio con il *New Deal* del Presidente Franklin Delano Roosevelt e si caratterizza per la grande deferenza dei giudici nei confronti delle scelte politiche del legislatore federale, mancando anche una sola pronuncia della Corte Suprema che abbia invalidato norme del Congresso per aver ecceduto i limiti del potere di regolare il commercio. Elemento peculiare di tale fase è la configurazione del potere di regolare il commercio quale potere "plenario", idoneo a ricomprendere non solo le attività che in senso stretto attengono al commercio tra i singoli Stati, bensì anche tutto ciò che è legato a tale forma di commercio da un "substantial effect", che a prima vista avrebbe una rilevanza meramente interna ad uno Stato. In *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*¹⁰⁹ la Corte Suprema, pur ribadendo l'illegittimità di un governo totalmente centralizzato (che eliminerebbe ogni distinzione tra rilevanza nazionale e meramente locale), ritenne di non poter negare al Congresso il potere di regolamentare quelle attività che, pur essendo locali, potrebbero avere un'incidenza sostanziale sul commercio tra gli Stati tale da rendere opportuno un controllo federale. Sono poi ancora più nette le affermazioni della Corte nelle decisioni successive, come in *United States v. Darby Lumber Co.*¹¹⁰, avente ad oggetto la costituzionalità di una legge federale del 1938, *Fair Labor Standards Act*, che proibiva la spedizione tra gli Stati di beni realizzati da lavoratori retribuiti con salari inferiori rispetto a quelli minimi previsti per legge. La Corte Suprema, confermando i principi già affermati nella celebre decisione *West Coast Hotel Co. v. Parrish*,

¹⁰⁹ *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1, 37 (1937). Nella sentenza la Corte affermò che: "The fundamental principle is that the power to regulate commerce is the power to enact 'all appropriate legislation' for 'its protection and advancement'; to adopt measures 'to promote its growth and insure its safety'; 'to foster, protect, control and restrain'. That power is plenary, and may be exerted to protect interstate commerce 'no matter what the source of the dangers which threaten it'."

¹¹⁰ *United States v. Darby Lumber Co.*, 312 U.S. 100 (1941).

sancì la legittimità costituzionale della legge, sovvertendo tutti gli aspetti peculiari della dottrina del potere di regolare il commercio precedenti al 1937. Rigettando infatti la precedente nozione restrittiva di commercio (che avrebbe permesso soltanto agli Stati di regolare la fase di produzione di un bene)¹¹¹, la Corte Suprema confermò che la definizione degli obiettivi di una certa regolazione del commercio tra gli Stati è questione che compete soltanto al legislatore, non ponendo la Costituzione alcuna restrizione e non avendo le Corti alcun ruolo di controllo. Con la conseguenza che, qualunque sia la finalità prescelta, le regolamentazioni che non violano altre previsioni costituzionali rientrerebbero entro “the plenary power conferred on Congress by the Commerce Clause”¹¹². L’interpretazione espansiva della Corte Suprema, pur riuscendo a rispondere ad una situazione emergenziale, ha avuto due conseguenze, più o meno dirette. In primo luogo, autorizzando una vasta autorità federale, essa ha permesso una regolamentazione certa ed uniforme in settori ritenuti di particolare interesse per lo Stato federale, come la disoccupazione e le condizioni dei lavoratori. D’altra parte, tale atteggiamento ha finito per erodere settori tradizionalmente ritenuti di competenza statale, rendendo ad esempio meno definita la distinzione tra *interstate* ed *intrastate commerce* e causando un discutibile aggiramento del X emendamento che, come noto, riserva agli Stati, o al popolo, i poteri non delegati dalla Costituzione agli Stati Uniti. Un atteggiamento ermeneutico più prudente contraddistingue invece l’ultima fase che ha avuto inizio nel 1995 con la sentenza *United States v. Alfonso D. Lopez, Jr*¹¹³, che dopo circa sessant’anni ritenne una legge federale incostituzionale per aver ecceduto gli scopi del *commerce power*. Nel caso di specie il *Gun-Free School Zones Act* del 1990 che vietava il possesso di armi da fuoco nei pressi di istituti scolastici. L’opinione di maggioranza, redatta dal giudice Rehnquist, dopo aver riconsiderato la giurisprudenza che aveva permesso la progressiva espansione della competenza federale in materia commerciale, dichiarò invece che la legge in questione non

¹¹¹ Il definitivo superamento di tale nozione restrittiva di commercio è stato confermato dalla Corte Suprema anche nel caso *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942). Secondo Chemerinsky, tale decisione “left no doubts that the pre-1937 commerce clause doctrines had been completely abandoned. [...] In other words, the distinctions, which were crucial in the earlier era, between commerce and production, and between direct and indirect effects on commerce, no longer were followed”. Si veda Erwin Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, cit., p. 266.

¹¹² *United States v. Darby Lumber Co.*, 312 U.S. 100, 115 (1941).

¹¹³ *United States v. Alfonso D. Lopez, Jr*, 514 U.S. 549 (1995).

regolava alcuna attività commerciale né concerneva attività che in alcun modo potevano incidere sul commercio tra gli Stati. Le vicende non lasciavano dubbi, il possesso da parte di uno studente di un'arma in una zona scolastica locale “is in no sense an economic activity that might, through repetition elsewhere, substantially affect any sort of interstate commerce”¹¹⁴. La Corte Suprema asserì di non poter confermare la legge poiché altrimenti avrebbe trasformato il potere del Congresso di regolare il commercio in un generale potere di polizia, che invece appartiene ai singoli Stati. Di particolare interesse l'opinione del giudice Thomas. Egli, pur concorrendo nel dispositivo, auspicò un ritorno al significato originale della *commerce clause*, da cui le precedenti decisioni della Corte Suprema si erano illegittimamente allontanate. La Costituzione infatti non solo utilizza il termine commercio in un senso più circoscritto rispetto a quello sintetizzato dalla giurisprudenza, ma non supporta neppure l'affermazione secondo cui il Congresso è competente a disciplinare tutte le attività che presentano un'incidenza sostanziale con il commercio tra gli Stati. Lo stesso approccio interpretativo fu seguito, pochi anni più tardi, anche in *United States v. Morrison*¹¹⁵ (con la stessa maggioranza formata da cinque giudici), ritenendo contrario al potere di regolare il commercio un rimedio civile di risarcimento danni previsto dal *Violence Against Women Act* per le vittime di atti di violenza commessi per motivi di genere. Il giudizio espresso dalla Corte si basò sulla considerazione che i crimini di genere non potessero in alcun senso costituire attività economiche (né avere un'incidenza sostanziale sul commercio tra gli Stati) e sul mancato riferimento della legge federale ad elementi giuridicamente rilevanti in base ai quali ritenere che l'azione del Congresso fosse motivata dal fine di regolare il commercio tra gli Stati¹¹⁶. Infine, l'ultima recentissima sentenza che ha limitato l'ampiezza della *commerce clause* è la già

¹¹⁴ *United States v. Alfonso D. Lopez, Jr.*, 514 U.S. 549, 567 (1995). La Corte rifiutò la tesi, prospettata dall'amministrazione federale, secondo cui il possesso di un'arma può causare la commissione di gravi crimini che possono poi ripercuotersi sul funzionamento dell'economia nazionale.

¹¹⁵ *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

¹¹⁶ Bisogna tuttavia evitare di considerare automatico il ridimensionamento per via giudiziaria delle competenze del Congresso. Esistono infatti anche sentenze di segno opposto che, al contrario, hanno riaffermato una più ampia autorità federale sulla base del potere di regolare il commercio. Ne sono esempi *Pierce County, WA v. Guillen*, 537 U.S. 129 (2003), ove la Corte Suprema confermò la possibilità per il Congresso di regolare la sicurezza stradale, e *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005), ove venne stabilito che il legislatore federale può utilizzare il suo potere di regolare il commercio tra gli Stati per proibire la coltivazione ed il possesso di marijuana per finalità mediche. Sul punto si veda Erwin Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, cit., pp. 278-280.

citata *National Federation of Independent Business v. Sebelius*¹¹⁷, che esamina le principali novità introdotte dalla legge di riforma del sistema sanitario del Presidente Obama e la loro conformità ai poteri enumerati garantiti al Congresso dalla Costituzione. Rinviando di qualche pagina una più precisa disamina di tale decisione, ciò che qui più interessa è accennare all'*individual mandate*, l'obbligo cioè per tutti i cittadini di acquistare una assicurazione sanitaria. Tra le motivazioni adottate, la Corte ha escluso che tale obbligo potesse discendere dal potere di regolare il commercio tra gli Stati. Quest'ultimo potere presuppone infatti una attività commerciale che deve essere disciplinata, mentre nel caso in esame sussiste al contrario una "inattività" (il mancato acquisto della polizza sanitaria) che produce effetti sul commercio interstatale. La *commerce clause* non può dunque forzare gli individui ad entrare forzatamente in una attività economica, pena la violazione del principio di un governo federale dotato di poteri limitati ed enumerati dalla Costituzione¹¹⁸.

4.4 Gli interventi federali. Le origini

4.4.1 1900-1920. Note introduttive

Avendo l'organizzazione americana sempre manifestato una notevole resistenza al cambiamento, il lento processo di trasformazione dell'assistenza medica è stato caratterizzato dal ciclico fallimento di riforme sostanziali e dal susseguirsi di leggi settoriali, entrate in vigore proprio perché rinunciavano fin dal principio a mutare la complessiva organizzazione esistente. Il Congresso, storicamente obbligato ad un ruolo di secondo piano nella regolamentazione

¹¹⁷ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. ____ (2012). Sul punto si veda *infra*, cap. VI, par. 6.2.2.

¹¹⁸ Per ragioni di completezza deve infine ricordarsi anche il potere di promuovere il progresso della scienza e delle arti utili, secondo cui "The Congress shall have Power [...] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries". Tale disposizione, seppur residuale, trova applicazione anche in campo medico, promuovendo l'innovazione scientifica ed assicurando la protezione della proprietà intellettuale relativa a vaccini, farmaci e strumentazioni mediche.

dell'economia e nella promozione del benessere, raramente ha potuto emanare riforme di ampio respiro. Adottando una strategia meramente incrementale è invece riuscito a disciplinare di volta in volta le singole questioni più problematiche su cui si era già formato un sufficiente consenso sociale circa la necessità di intervento federale. Viceversa, le numerose e differenti proposte succedutesi nell'arco di un secolo volte ad istituire una assicurazione sanitaria nazionale hanno sempre fallito di fronte alle pretese, difficilmente conciliabili, a favore del mantenimento dello *status quo*¹¹⁹. Ad esempio, uno dei primi sforzi risale addirittura al 1912. Theodore Roosevelt, scelto come candidato presidenziale del partito dei Progressisti, sostenne fortemente come punto di forza del suo programma politico l'affermazione di un'assicurazione sanitaria obbligatoria. Proprio come Winston Churchill, Roosevelt era a favore di una assicurazione sociale che ricomprendesse anche quella sanitaria, poiché riteneva che una Nazione con cittadini malati e poveri non potesse divenire una potenza mondiale. Nonostante il raggiungimento del miglior risultato mai raggiunto da parte di un terzo partito (27,4%), rispetto a quelli Democratico e Repubblicano, la vittoria del candidato Democratico Woodrow Wilson fece uscire dalla ribalta nazionale il partito di Roosevelt ed anche le sue istanze di riforma. A livello statale, le campagne a favore di una assicurazione sanitaria furono portate avanti dall'*American Association for Labor Legislation*, gruppo prevalentemente accademico operante dal 1906, che tuttavia ebbe la sfortuna di formulare i propri progetti solo a seguito della sconfitta di Theodore Roosevelt. In particolare, nel 1916 venne proposta, senza successo, l'introduzione di una assicurazione sviluppata sulla base del modello tedesco che avrebbe tutelato varie classi di lavoratori (principalmente braccianti e manovali, escludendo domestici e lavoratori occasionali) ed i familiari a carico, garantendo assistenza medica, anche ospedaliera, indennità di malattia ed assegni di maternità, con i relativi costi suddivisi tra datori lavoro, dipendenti e amministrazioni statali. L'accoglimento di tale proposta avrebbe permesso, secondo gli autori, la riduzione in capo ai singoli individui delle

¹¹⁹ Al riguardo, si veda, tra gli altri, Roger M. Battistella, *Health Care Turning Point. Why Single Payer Won't Work*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2010, p. 19 e ss.

perdite economiche conseguenti a malattia (mancati redditi e costi medici) e più in generale, la diminuzione per la società dei costi sanitari complessivi¹²⁰.

Sebbene non giunsero mai a compimento, queste due proposte riuscirono quantomeno ad attirare l'attenzione del legislativo federale sui problemi che il tema sanitario necessariamente comportava. In particolare, le problematiche connesse ai costi difficilmente controllabili dell'assistenza medica finiranno per non lasciare mai l'agenda federale. Negli anni Venti tali preoccupazioni portarono alla formazione di una apposita commissione, *Committee on the Costs of Medical Care*, formata da economisti, medici, professori, nonché, in qualità di presidente, dal repubblicano Lyman Wilbur, medico e rettore della *Stanford University*, già presidente della *American Medical Association*. Il comitato intraprese un ambizioso programma di ricerca della durata di cinque anni che permise, per la prima volta, la raccolta di molti dati relativi all'organizzazione sanitaria americana, relativi soprattutto ai suoi costi (stimati in 3,66 miliardi di dollari per il 1929) e alle possibili soluzioni alternative. Il *Report* finale prodotto nel 1932 (seppur non unanime, poiché diviso tra un rapporto di maggioranza ed uno di minoranza)¹²¹, evidenziò come “the heart of the problem is the equalizing of the financial impact of sickness” e rilevò l'impossibilità per una famiglia media di attuare una pianificazione verosimile delle proprie spese sanitarie¹²². L'unico sistema allora vigente, il *fee-for-service*, non permetteva infatti ai pazienti né di preventivare né di accantonare le somme che avrebbero potuto garantire l'accesso a tutte le prestazioni mediche che si fossero rese necessarie. Tale impossibilità iniziò a stimolare gli studiosi e le istituzioni federali verso l'elaborazione di nuovi principi organizzativi e le soluzioni prospettate dal comitato anticiparono alcuni dei principi che è possibile rinvenire ancora oggi nella *managed care*. Da una parte la maggioranza raccomandava l'erogazione delle prestazioni da parte dei vari professionisti medici riuniti in

¹²⁰ Si vedano Jacob S. Hacker, *The divided welfare state. The battle over public and private social benefits in the United States*, cit., p. 195; Paul Starr, *The social transformation of American medicine*, cit., pp. 243-244.

¹²¹ Si confronti, “*Final Report*” of the *Committee on the Costs of Medical Care*, *California and Western Medicine*, Vol. 37, n. 6, 1932, pp. 395-400, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1658442/> (link verificato in data 6.03.2017).

¹²² Edward Alsworth Ross, *Reviewed Work(s): Medical Care for the American People. Final Report of the Committee on the Costs of Medical Care*, *American Journal of Sociology*, 1933, Vol. 39, n. 1, p. 137.

un'unica struttura organizzativa, preferibilmente un ospedale. Pur non inibendo la prosecuzione del tradizionale metodo di tariffa a prestazione (come poi avrebbe fatto anche il Presidente Nixon negli anni Settanta), i costi dell'assistenza sarebbero stati suddivisi tra tutti gli utenti attraverso l'imposizione fiscale e sulla base del metodo assicurativo che, in mancanza di dichiarazioni esplicite, si desume avrebbe dovuto essere volontario. Viceversa, il *Report* della minoranza contestava tale proposta poiché avrebbe sancito l'istituzione di una incomprensibile gerarchia medica in ogni comunità. Inoltre, un'assicurazione volontaria non avrebbe permesso la copertura dei soggetti più bisognosi di cure mediche, finendo per essere più complessa da amministrare e meno conveniente rispetto ad una forma obbligatoria, di cui veniva suggerita l'adozione da parte delle amministrazioni statali per taluni mestieri e fasce di reddito. A sostegno di tale tesi venivano citate le varie esperienze europee che, pur partendo da una forma volontaria, erano tutte giunte alla formulazione di una assicurazione obbligatoria¹²³. Nonostante i riconosciuti meriti del lavoro proposto, la mancanza di un consenso sufficientemente ampio ed anche il dissenso interno alla stessa commissione impedirono a tale studio di persuadere la nuova amministrazione federale ad intraprendere una riforma dell'assistenza sanitaria, destinata a rimanere inattuata a *Capitol Hill* ancora per molti anni.

4.4.2 *Il New Deal*

Gli anni Trenta si caratterizzarono per gli sforzi della presidenza di Franklin D. Roosevelt volti all'affermazione di una protezione sociale da parte dell'amministrazione federale a favore degli anziani, anche alla luce della avvenuta industrializzazione di una società fino ad allora prevalentemente agraria¹²⁴. Fu

¹²³ Si vedano Paul Starr, *The social transformation of American medicine*, cit., pp. 261-266; *The Committee on the Costs of Medical Care Presents Its Final Report*, The Milbank Memorial Fund Quarterly Bulletin, Vol. 11, n. 1, 1933, pp. 21-30.

¹²⁴ Andrew J. Rettenmaier, Thomas R. Saving, *The Economics of Medicare Reform*, Michigan, W.E., Upjohn Institute for Employment Research, 2000, p. 20. Come riportato dall'autore, un *report* della *Pennsylvania Commission on Old Age Pensions* del 1919 affermava infatti: "The question of providing for the aged hardly existed before the era of the factory system. The modern problem of old age is a result of the tremendous industrialization of production since the industrial revolution [...] The usefulness of an old man or woman also rarely ceased in an agricultural society".

soprattutto la drammatica crisi economica di quegli anni alla base del *New Deal*, il programma di spese federali ideato da Roosevelt e mirato a risollevarne l'economia e l'occupazione statunitense innovando radicalmente il ruolo dell'amministrazione federale¹²⁵.

La situazione politica e l'avvenuto mutamento interpretativo della Corte Suprema, che cessò di falcidiare le politiche di Roosevelt in sede di controllo di costituzionalità¹²⁶, sembrava poter creare i giusti presupposti per l'emanazione di una normativa federale che rendesse obbligatoria l'assicurazione sanitaria. La politica federale si diresse però verso altre direzioni, sovvertendo le priorità delle riforme sociali intraprese nelle altre nazioni occidentali dove l'assicurazione sanitaria, logicamente antecedente rispetto alle pensioni di anzianità e ai sussidi di disoccupazione, rappresentava una naturale estensione delle protezioni già accordate ai lavoratori per malattia e infortuni occorsi nello svolgimento delle proprie mansioni lavorative. In America, invece, la grande depressione finì per far convergere tutti gli sforzi di riforma verso l'istituzione di pensioni e sussidi per contrastare la crescente disoccupazione. Ciò emerse con chiarezza anche da una apposita commissione (*Committee on Economic Security*) nominata dal Presidente Roosevelt nel 1934 per approfondire la questione della sicurezza sociale e presentare al Congresso una proposta concreta di intervento. Pur confrontandosi anche con la tematica sanitaria, la Commissione ritenne che la regolamentazione dell'assicurazione sanitaria avrebbe dovuto essere posticipata di qualche anno, non essendo in grado di proporre un sistema completo e realisticamente realizzabile in breve tempo. Essa si limitò pertanto ad enunciare una serie di obiettivi generali. L'assicurazione sanitaria avrebbe infatti dovuto garantire l'offerta di adeguati servizi medici ai pazienti assicurati e alle loro famiglie, lo sviluppo di un sistema per mezzo del quale pianificare anticipatamente i costi medici, la certezza di una retribuzione soddisfacente per tutti i medici, nonché lo sviluppo di nuovi incentivi

¹²⁵ Debora Spini, Margherita Fontanella (a cura di), *Il sogno e la politica da Roosevelt a Obama: il futuro dell'America nella comunicazione politica dei democrats*, Firenze, Firenze University Press, 2008, p. 45.

¹²⁶ Sul tema ed in particolare sul celebre "Court packing plan" di Roosevelt si veda Vincenzo Varano, Vittoria Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., pp. 322-323.

che avrebbero permesso il miglioramento della qualità dei servizi medici¹²⁷. Il documento si esprimeva poi a favore del proseguimento dell'esercizio privato della professione medica, cui sarebbe stato affidato il controllo dei professionisti esercenti la professione, la piena libertà di aderire all'instaurando sistema assicurativo, di scegliere i propri pazienti ed anche le modalità di pagamento delle prestazioni. Ciò tuttavia non fu sufficiente per eludere la forte opposizione dell'*American Medical Association*, che convinse definitivamente Roosevelt a non includere l'assistenza sanitaria nel suo progetto di legge relativo alla sicurezza sociale, per timore che i profondi contrasti avrebbero potuto compromettere il successo del suo provvedimento di riforma¹²⁸.

Il *Social Security Act*, approvato dalla Camera dei Rappresentanti e dal Senato, divenne legge il 14 agosto del 1935, introducendo una riforma molto ampia (fu definita *an omnibus measure*)¹²⁹ che seguiva due linee direttive complementari, rappresentate dall'assicurazione sociale contributiva e dall'assistenza pubblica, sancendo per la prima volta un nuovo assetto di responsabilità pubbliche in materia di welfare generale. Il *Social Security Act* dette luogo all'inizio di una nuova politica basata sul principio del sostegno federale agli Stati, segnando il definitivo superamento delle *poor law* e della tradizionale responsabilità locale per la cura degli indigenti¹³⁰. Da tale momento il budget federale iniziò infatti a prevedere stabilmente una voce dedicata a finanziare, in tutto o in parte, i bisogni di alcuni

¹²⁷ Si confronti CES Report, *Report of the Committee on Economic Security*, <https://www.ssa.gov/history/reports/ces5.html> (link verificato in data 22.02.2017).

¹²⁸ Richard Kirsch, *Fighting for Our Health. The Epic Battle to Make Health Care a Right in the United States*, Albany New York, The Rockefeller Institute Press, 2011, p. 26 e ss; Paul Starr, *The social transformation of American medicine*, cit., pp. 266-270.

¹²⁹ Walter I. Trattner, *From Poor Law to Welfare State. A History of Social Welfare in America*, New York, Free press, 1999, p. 288.

¹³⁰ Storicamente, la tutela dei bisognosi era considerata prerogativa delle comunità locali, coadiuvate dalle strutture volontarie e religiose. Le *poor law* inglesi divennero parte del patrimonio giuridico dell'America poiché vari statuti o vi rinviavano espressamente ovvero ne riproducevano sostanzialmente i contenuti principali. Elemento comune era l'obbligo per ogni città di mantenere (soltanto) i poveri facenti parte della propria comunità. Considerata un "onere sgradevole", nel XIX secolo gli Stati avevano la facoltà di emanare atti finalizzati a respingere fuori dal proprio territorio gli stranieri privi di mezzi di sussistenza che dunque avrebbero potuto divenire un peso per la comunità. Ciò si desume anche dalla sentenza *New York v. Miln*, 36 U.S. 102 (1837), con cui la Corte Suprema stabilì che tali atti non costituivano una regolamentazione del commercio bensì meri atti di polizia che, in quanto tali, rappresentavano l'esercizio di un potere legittimamente appartenente allo Stato. Al riguardo, si vedano Giovanni Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. II La Costituzione democratica*, cit., p. 169; Lawrence M. Friedman, *Storia del diritto americano*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 89, 90.

gruppi della popolazione. Innanzitutto, la legge introdusse un sistema nazionale di pensioni di anzianità (*Old-Age Insurance*) cui furono obbligati a partecipare i datori di lavoro. I lavoratori sarebbero andati in pensione a sessantacinque anni di età, ricevendo un assegno mensile finanziato tramite i contributi versati stabilmente durante gli anni lavorativi dai datori di lavoro e dagli stessi dipendenti tramite le imposte sul salario. Venne introdotto anche un programma assistenziale (*Old-Age Assistance*) con cui l'amministrazione federale e quelle statali si impegnavano a provvedere economicamente agli anziani non in possesso dei requisiti contributivi richiesti per il ricevimento della pensione. In secondo luogo, vennero istituiti sussidi federali da destinare agli Stati che erogavano contributi economici ai disoccupati, nel rispetto delle condizioni previste dalla Federazione attraverso un suo specifico *Social Security Board*, creato appositamente per l'amministrazione del programma¹³¹. Vennero infine previsti una serie di programmi settoriali che si proponevano di offrire aiuti agli Stati per assistere i cittadini più bisognosi, come le famiglie monogenitoriali con figli a carico, i disabili e i non vedenti. Fu inoltre disciplinato uno specifico programma che introduceva fondi per gli Stati e le singole comunità locali per la tutela della salute pubblica. I benefit introdotti, che si basavano più sul principio assicurativo che su quello di assistenza pubblica, non erano però del tutto inediti. Con l'eccezione dei soli sussidi di disoccupazione, i restanti programmi riprendevano ed integravano precedenti leggi federali, come lo *Sheppard-Towner and Federal Emergency Relief Acts*, ovvero norme statali che già avevano sperimentato i primi sussidi e pensioni per le donne rimaste vedove¹³².

Il *Social Security Act*, pur presentando limiti evidenti (ad esempio taluni benefit erano erogati non sulla base delle necessità impellenti del momento bensì unicamente sul presupposto della costante contribuzione durante la carriera lavorativa mentre i sussidi contro la disoccupazione erano limitati a brevi periodi temporali e ignoravano i casi di disabilità permanente) rappresentò senza dubbio il più significativo intervento federale in ambito sociale. Inoltre esso rappresentò

¹³¹ Walter I. Trattner, *From Poor Law to Welfare State. A History of Social Welfare in America*, cit., pp. 289-290.

¹³² Walter I. Trattner, *From Poor Law to Welfare State. A History of Social Welfare in America*, cit., pp. 290-295.

anche la base giuridica attraverso cui nel corso degli anni sarebbero poi stati emanati, in qualità di emendamenti al testo, i successivi programmi federali.

4.4.3 Il secondo dopoguerra e gli anni Cinquanta, da Truman a Eisenhower. In particolare, la fine della segregazione razziale nell'assistenza medica

La fine della seconda guerra mondiale sancì l'affermazione degli Stati Uniti come guida economica e militare del mondo occidentale, con una potenza rafforzata ed un'economia crescente. In questo periodo crebbe il sostegno pubblico a favore dell'emanazione di una assicurazione sanitaria nazionale e, come dimostrano alcune statistiche raccolte in un bell'articolo¹³³, la maggioranza dei cittadini americani si espresse a favore dell'introduzione di programmi sanitari a favore dei più bisognosi. Dapprima gli sforzi di riforma si diressero verso i singoli Stati, affinché questi istituissero e regolassero l'assicurazione sanitaria, per poi spostarsi verso lo scenario federale, con Franklin Delano Roosevelt prima e Harry Truman poi, i quali si batterono a favore dell'esplicito riconoscimento di un diritto alla tutela della salute all'interno di un nuovo *Economic Bill of Rights*¹³⁴. In particolare, Truman nel novembre del 1945 indirizzò al Congresso un ulteriore messaggio per sostenere l'adozione di un programma sanitario onnicomprensivo capace di proteggere i milioni di cittadini impossibilitati a godere di buona salute poiché sprovvisti di ogni tipo di tutela contro le conseguenze economiche derivanti dalle malattie. Secondo il Presidente, lo Stato federale avrebbe dovuto rimuovere le barriere finanziarie che impedivano l'accesso alle prestazioni mediche vista la rilevanza nazionale del problema sanitario¹³⁵. Ogni proposta si scontrò però ben presto con forti

¹³³ Hazel Erskine, *The Polls: Health Insurance, The Public Opinion Quarterly*, 1975, Vol. 39, n. 1, pp.128-143.

¹³⁴ Al riguardo, si veda *supra*, par. 4.1.1.

¹³⁵ Il messaggio auspicava l'aumento delle strutture ospedaliere e del personale medico, il rafforzamento e la consolidazione di programmi sanitari pubblici ed il sostegno federale alla ricerca medica e alla istruzione del personale medico. Ulteriore problema da risolvere era quello degli elevati costi sanitari. Infatti, "The principal reason why people do not receive the care they need is that they cannot afford to pay for it on an individual basis at the time they need it. This is true not only for needy persons. It is also true for a large proportion of normally self-supporting persons". Al riguardo, veniva suggerita l'adozione di una assicurazione obbligatoria basata sul prepagamento, che avrebbe potuto assicurare il diritto di tutti ad avere accesso ai servizi medici ed ospedalieri. Infine, l'ultima

opposizioni, anche ideologiche, che legarono l'ostilità ad una regolamentazione federale della sanità alla ferma opposizione alle idee comuniste, anche a causa delle crescenti tensioni con l'Unione Sovietica. Degno di nota è soprattutto il progetto di legge *Wagner-Murray-Dingel*, dai nomi dei senatori e rappresentanti che ne proposero l'adozione al Congresso nel 1943 e, con contenuti simili, anche nel 1945. Esso non si limitava soltanto a prevedere una assicurazione sanitaria universale come emendamento al *Social Security Act* ma proponeva protezioni sociali talmente vaste ed eterogenee da essere paragonate al sistema di welfare “from the cradle to the grave” introdotto in Inghilterra a partire dal piano Beveridge¹³⁶. Veniva infatti prospettata la tutela dell'intera popolazione contro la disoccupazione, la malattia e la disabilità, la morte prematura del *breadwinner* e la mancanza di mezzi di sussistenza per i cittadini anziani. Le coperture, in parte già esistenti per gli operai, sarebbero state estese a quindici milioni di nuovi lavoratori, da quelli agricoli ai collaboratori domestici, dai lavoratori autonomi e a quelli di enti e organizzazioni no profit.

Pur rimanendo ancora una volta disattese le speranze volte all'introduzione di un programma universale di assistenza sanitaria, tali progetti non furono del tutto privi di riscontri pratici. Furono infatti emanate nuove norme per la tutela del personale militare e dei reduci di guerra, incrementando le prestazioni rese attraverso la *Veterans Administration*, che già costituiva uno dei più grandi sistemi ospedalieri esistenti con più di novanta ospedali operanti in tutti gli Stati¹³⁷. Il risultato più considerevole fu tuttavia conseguito nel settore ospedaliero. Nel 1946 il Congresso, raccogliendo l'invito del Presidente Truman allo sviluppo degli ospedali, emanò l'*Hospital Survey and Construction Act*, o *Hill-Burton Act*,

questione riguardava la diminuzione dei guadagni conseguente alla malattia (“Sickness not only brings doctor bills; it also cuts off income”), che poteva essere risolta mediante la previsione di indennità che rimediassero ai mancati introiti durante il periodo di malattia. Si confronti Harry S. Truman, *Special Message to the Congress Recommending a Comprehensive Health Program*, November 19, 1945. Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, The American Presidency Project. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=12288> (link verificato in data 24.02.2017).

¹³⁶ Paul Starr, *The social transformation of American medicine*, cit., pp. 280, 281. In generale, sul contenuto del *Wagner-Murray-Dingel Bill* si veda anche James Rorty, *Health under The Social Security Tent*, *The Antioch Review*, 1943, Vol. 3, n. 4, pp.499, 500.

¹³⁷ Dopo la conclusione della seconda guerra mondiale, gli interventi federali permisero la costruzione di nuove strutture e, soprattutto, l'instaurazione di più stretti rapporti con le scuole di medicina al fine di incrementare la ricerca clinica. Paul Starr, *The social transformation of American medicine*, cit., p. 348. Si veda anche *supra*, nota n. 88.

istituendo un programma federale che erogava sussidi per la costruzione di nuove strutture ospedaliere e per il rinnovamento di quelle già esistenti¹³⁸. Rivolto soprattutto agli Stati con minori redditi pro-capite, il provvedimento attribuiva a specifici organismi pubblici di ogni Stato la responsabilità di supervisionare la disponibilità media dei posti letto ospedalieri ed il compito di elaborare un piano generale per la creazione di nuovi nosocomi. Accolta con favore dal personale medico anche per ragioni di convenienza economica (per i primi cinque anni fu stabilita una spesa federale annua pari a 75 milioni di dollari), tale legge, rimasta in vigore fino al 1997, assicurò la creazione di numerose nuove strutture in tutti gli Stati, finanziate congiuntamente sulla base di fondi federali e di somme invece a carico dei governi statali e locali¹³⁹. Gli Stati, in cambio, dovevano rispettare una serie di requisiti imposti dall'amministrazione federale. Ad esempio, erano chiamati a fornire le prestazioni a tutti le persone residenti nello Stato (tale obbligo è stato definito *community service*) e a rendere fruibili taluni servizi ospedalieri anche a coloro che non erano in grado di pagare per le prestazioni ricevute (*uncompensated care*)¹⁴⁰. Tuttavia, la questione più rilevante da risolvere era quella della segregazione razziale nell'assistenza ospedaliera. Da una parte i movimenti attivisti per i diritti dei neri, *in primis* il *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)*, premevano per una affermazione forte del principio di non discriminazione nell'utilizzo dei sussidi federali e nella conseguente mancata attribuzione dei fondi agli ospedali che praticavano la segregazione. Dall'altra, molti rappresentanti politici degli Stati del Sud sostenevano i diritti delle legislazioni statali e delle autorità locali di determinare autonomamente le proprie politiche. L'intesa fu raggiunta nella previsione legislativa volta a garantire quantomeno una distribuzione equa e adeguata dei letti ospedalieri ad ogni gruppo razziale. Infatti, nella sua versione originaria, la sezione 622(f) della legge, pur sancendo in primo luogo il dovere degli ospedali di rendere fruibili le prestazioni ospedaliere a tutti i

¹³⁸ Si confronti 42 U.S. Code § 291 - Congressional declaration of purpose.

¹³⁹ Si confronti Paul A. Brinker, Burley Walker, *The Hill-Burton Act: 1948-1954*, Review of Economics & Statistics, Review of Economics and Statistics, 1962, Vol. 44, pp. 208-213.; Kant Patel, Mark Rushefsky, *Health care politics and policy in America*, Armonk, N.Y., London, M.E. Sharpe, 2006, p. 41.

¹⁴⁰ *The Hill-Burton Act, 1946-1980: Asynchrony in the Delivery of Health Care to the Poor*, Maryland Law Review, 1979, Vol. 39, n. 2, <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol39/iss2/5> (link verificato in data 27.02.2017).

residenti del luogo senza discriminazioni razziali, consentiva tuttavia di derogare a tale regola legittimando la prestazione di assistenza medica separata¹⁴¹. Il principio “separate but equal” veniva dunque applicato dagli ospedali che si trovavano a (dover) ammettere contemporaneamente cittadini bianchi e di colore, pur segregandoli poi internamente per reparto o per piano¹⁴².

La segregazione nell’assistenza ospedaliera perdurò fino al 1963, anno in cui alcuni medici, dentisti e pazienti di colore adirono le corti federali lamentando di essere stati discriminati a ragione della loro razza da parte degli ospedali locali in violazione dell’eguale protezione delle leggi di cui al V e al XIV emendamento. È questo il celebre caso *Simkins v. Moses H. Cone Memorial Hospital*¹⁴³ in cui furono esaminate le prassi di due ospedali locali che avevano ricevuto i fondi previsti dalla legge federale. Il primo, *Cone Hospital*, ammetteva infatti i pazienti di colore con molte limitazioni e a condizioni diverse da quelle previste per i pazienti bianchi, mentre la seconda struttura, *Wesley Long Hospital*, negava del tutto il loro accesso. Inoltre, entrambi gli ospedali, precludendo l’ammissione nello staff ai dottori e ai dentisti di colore, negavano agli stessi pazienti il diritto di essere curati dai propri medici di fiducia. Ebbene, la Corte d’Appello per il Quarto Circuito, rilevando come nel caso in esame fosse in discussione non una mera somma di denaro bensì il tentativo di taluni cittadini di sottrarsi alle conseguenze sfavorevoli della segregazione sulla loro salute, dichiarò contrarie alla Costituzione le norme della

¹⁴¹ “Sec. 622 (f): That the State plan shall provide for adequate hospital facilities for the people residing in a State, without discrimination on account of race, creed, or color, and shall provide for adequate hospital facilities for persons unable to pay therefor. Such regulation may require that before approval of any application for a hospital or addition to a hospital is recommended by a State agency, assurance shall be received by the State from the applicant that (1) such hospital or addition to a hospital will be made available to all persons residing in the territorial area of the applicant, without discrimination on account of race, creed, or color, but an exception shall be made in cases where separate hospital facilities are provided for separate population groups, if the plan makes equitable provision on the basis of need for facilities and services of like quality for each such group; [...]”. Si vedano Karen Kruse Thomas, *The Hill-Burton Act and Civil Rights: Expanding Hospital Care for Black Southerners, 1939-1960*, *Journal of Southern History*, 2006, Vol. 72, n. 4, p.839; *The Hill-Burton Act*, *EIR* Vol. 23, n. 43, 25 ottobre 1996, http://www.larouchepub.com/eiw/public/1996/eirv23n43-19961025/eirv23n43-19961025_031-the_hill_burton_act.pdf (link verificato in data 27.02.2017), p. 32.

¹⁴² Si vedano P. Preston Reynolds, *Professional and Hospital Discrimination and the US Court of Appeals Fourth Circuit 1956–1967*, *American Journal of Public Health*, 2004, Vol. 94, n. 5, pp. 710, 711; Karen Kruse Thomas, *The Hill-Burton Act and Civil Rights: Expanding Hospital Care for Black Southerners, 1939-1960*, cit., p.825.

¹⁴³ *Simkins v. Moses H. Cone Memorial Hospital*, 323 F.2d 959 (1963).

legge che legittimavano la segregazione¹⁴⁴. Esso divenne ben presto il precedente più citato in tema di discriminazioni razziali ospedaliere¹⁴⁵, nonostante il successivo diniego del *certiorari* da parte della Corte Suprema, avesse limitato il suo valore di precedente vincolante soltanto all'interno del Quarto Circuito. La segregazione razziale, già ostacolata dai giudici ed in particolare dalla Corte Suprema con altre decisioni fondamentali (fra tutte la più famosa è senz'altro *Brown v. Board of Education*)¹⁴⁶, fu poi risolta definitivamente dal legislatore federale nel 1964 con l'emanazione del *Civil Rights Act*, vietando espressamente¹⁴⁷ discriminazioni razziali nei programmi che ricevono sussidi da parte dell'amministrazione federale¹⁴⁸.

¹⁴⁴ “These federal provisions undertaking to authorize segregation by state-connected institutions are unconstitutional. The rest of section 291e(f), providing for hospital facilities without discrimination, however, remains in effect. The basic and overriding purpose of the Hill-Burton Act was to permit the states to develop programs of hospital construction that would provide adequate services “to all their people.” 42 U.S.C.A. § 291(a). It serves the dominant congressional purpose best to prune from the statutory provision only that language which adopted what is now known to be an unconstitutional means of accomplishing a constitutional end. The general prohibition against discrimination stands; only the exception tolerating “separate-but-equal” fails. Accordingly, we declare invalid only that portion of 42 U.S.C.A. § 291e(f) which reads: “[...] but an exception shall be made in cases where separate hospital facilities are provided for separate population groups, if the plan makes equitable provision on the basis of need for facilities and services of like quality for each such group; [...]”. Unconstitutional as well under the Due Process Clause of the Fifth Amendment and the Equal Protection Clause of the Fourteenth are the relevant regulations implementing this passage in the statute”. *Simkins v. Moses H. Cone Memorial Hospital*, 323 F.2d 959, 34-36 (1963).

¹⁴⁵ Questo caso, tra il 1963 ed il 2001, è stato citato più di 260 volte. Al riguardo, si veda P. Preston Reynolds, *Professional and Hospital Discrimination and the US Court of Appeals Fourth Circuit 1956–1967*, cit., p. 714.

¹⁴⁶ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Con tale decisione la Corte Suprema invalidò il principio “separate but equal” (già affermatosi a partire dal 1896 con la sentenza *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537) relativamente all’educazione scolastica, poiché contrario all’eguale protezione delle leggi. Sul punto, si veda Erwin Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, cit., pp. 732-738.

¹⁴⁷ “42 U.S. Code § 2000d - *Prohibition against exclusion from participation in, denial of benefits of, and discrimination under federally assisted programs on ground of race, color, or national origin*. No person in the United States shall, on the ground of race, color, or national origin, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance”.

¹⁴⁸ Celebre è il discorso tenuto dal Presidente John F. Kennedy al Congresso: “Simple justice requires that public funds, to which all taxpayers of all races contribute, not be spent in any fashion which encourages, entrenches, subsidizes or results in racial discrimination. Direct discrimination by Federal, State or local governments is prohibited by the Constitution. But indirect discrimination, through the use of Federal funds, is just as invidious; and it should not be necessary to resort to the courts to prevent each individual violation”. Si veda John F. Kennedy, *Special Message to the Congress on Civil Rights and Job Opportunities, June 19, 1963*. Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, The American Presidency Project. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9283> (link verificato in data 27.02.2017).

Un cenno agli interventi successivi alla Presidenza Truman. Nel 1952 il Repubblicano ed eroe di Guerra Dwight Eisenhower divenne il trentaquattresimo Presidente degli Stati Uniti. Inaspettatamente, rispetto a quanto previsto da molti suoi alleati politici, non dette luogo a drastiche riduzioni dei programmi sociali esistenti, provvedendo, al contrario, alla consolidazione ed espansione del *Social Security Act*, che sin dalla sua emanazione poteva vantare un ampio supporto bipartisan. Eisenhower viene inoltre ricordato per tre diverse iniziative. La prima, nota come *Federal Health Reinsurance Proposal*, costituì anche il suo principale insuccesso, venendo respinta dal Congresso ed osteggiata dagli stessi soggetti che avrebbe dovuto agevolare. Essa proponeva l'istituzione di un organismo federale, il *Federal Reinsurance Corporation*, con una dotazione finanziaria di 25 milioni di dollari destinata ad indennizzare gli assicuratori privati, i quali sarebbero stati obbligati ad estendere la copertura sanitaria anche ai gruppi ad alto rischio sanitario. Così facendo, l'amministrazione federale con un programma piuttosto limitato avrebbe potuto migliorare la salute dei suoi cittadini sostenendo una maggiore diffusione di polizze sanitarie volontarie basate sul metodo di prepagamento¹⁴⁹. La cifra piuttosto esigua, poiché stabilita soltanto una tantum (il programma avrebbe poi dovuto autofinanziarsi tramite il pagamento di premi da parte delle stesse compagnie assicuratrici private), la sua inadeguatezza nonché la critica di misura "socialista" (che avrebbe portato l'amministrazione federale a controllare l'assicurazione sanitaria) portarono al fallimento della proposta nella Camera dei Rappresentanti¹⁵⁰. Il secondo intervento fu il *Revenue Act* del 1954. Tale legge emanata dal Congresso su iniziativa del Presidente ebbe invece sorte opposta, riscuotendo grande successo e contribuendo effettivamente ad incrementare il

¹⁴⁹ "Reinsurance - The purpose of the reinsurance proposal is to furnish a system for broad sharing among health insurance organizations of the risks of experimentation. A system of this sort will give an incentive to the improvement of existing health insurance plans. It will encourage private, voluntary health insurance organizations to provide better protection--particularly against expensive illness--for those who now are insured against some of the financial hazards of illness. Reinsurance will also help to stimulate extension of private voluntary health insurance plans to millions of additional people who do not now have, but who could afford to purchase, health insurance". Dwight D. Eisenhower, *Special Message to the Congress Recommending a Health Program, January 31, 1955*. Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, The American Presidency Project. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=10399> (link verificato in data 27.02.2017).

¹⁵⁰ Jacob S. Hacker, *The divided welfare state. The battle over public and private social benefits in the United States*, cit., pp. 237, 238; Health Reinsurance, in *CQ Almanac 1954*, 10th ed., Washington, DC, Congressional Quarterly, 1955, <http://library.cqpress.com/cqalmanac/cqal54-1357935> (link verificato in data 27.02.2017).

numero di iscritti ad assicurazioni sanitarie volontarie. Essa si proponeva infatti di chiarificare il regime fiscale delle assicurazioni sanitarie a carico dei datori di lavoro. Nonostante esistessero già regimi più favorevoli per le assicurazioni sanitarie, con tale atto il Congresso sostituì le precedenti discipline (informali, ambigue e contraddistinte da precedenti discordanti) con una generalizzata esenzione dalle tasse per i programmi sostenuti dai datori di lavoro, alimentando ancora di più l'espansione privatistica del sistema. L'ultima iniziativa sostenuta da Eisenhower fu invece il *Federal Employees Health Benefits Program*. Introdotto dal 1959, esso garantì la copertura sanitaria dei dipendenti federali, finendo per rappresentare il più vasto *employer-sponsored group*. Tale programma riuscì senza troppe difficoltà ad entrare in vigore poiché non veniva percepito come una indebita intromissione del governo federale in materia sanitaria bensì come un legittimo intervento dell'amministrazione federale, che, in qualità di datore di lavoro, acquistava dalle compagnie assicuratrici le polizze sanitarie per i suoi impiegati¹⁵¹.

4.5 La centralizzazione dei poteri federali

4.5.1 Medicare e Medicaid

Una delle priorità di John Fitzgerald Kennedy era quella di ampliare l'accesso dei cittadini all'assistenza sanitaria. Impossibilitato ad imporre un programma universalistico nazionale anche a causa dell'avvenuta espansione delle assicurazioni sanitarie private, i suoi sforzi di riforma si diressero soprattutto a favore degli anziani. Nonostante l'elaborazione di alcune prime proposte, l'assassinio di Kennedy nel novembre del 1963 interruppe ogni progetto, che furono poi ripresi e sviluppati dal suo successore, Lyndon Johnson, nell'ottica di una nuova guerra alla povertà, denominata *Great Society*. La sua presidenza segnò dunque per la prima volta l'ingerenza diretta dello stato federale nel finanziamento

¹⁵¹ Jacob S. Hacker, *The divided welfare state. The battle over public and private social benefits in the United States*, cit., pp. 239-243.

dell'assistenza sanitaria¹⁵², introducendo dei correttivi al sistema assicurativo privato. Dai primi anni Cinquanta sino al 1965 si era infatti registrato un sempre maggiore consenso politico volto a garantire taluni servizi sanitari nei confronti di indigenti ed anziani. Soprattutto i primi erano stati al centro delle previgenti discipline federali sin dal 1935, sebbene queste non avessero mai delineato specifiche ed effettive competenze federali in materia sanitaria. Gli Stati continuavano infatti a detenere ogni responsabilità generale, godendo del potere di iniziativa in ordine alla elaborazione di programmi pubblici che consentissero ai bisognosi di ricevere abiti, piuttosto che cibo o prestazioni sanitarie. Solo a partire dagli anni Sessanta in Congresso venne riconosciuta l'esistenza di una più ampia categoria di bisognosi (soprannominati *medically indigent*) che, pur autosufficienti, non erano in alcun caso in grado di affrontare i costi occasionali dei servizi sanitari¹⁵³.

Anche la tutela della salute degli anziani costituiva questione dibattuta che poneva non pochi problemi a livello politico. Se infatti circa tre quarti della popolazione era provvista di una qualche forma assicurativa sanitaria, tale percentuale era sensibilmente inferiore (circa la metà) tra i cittadini anziani¹⁵⁴, anche perché il pensionamento e il conseguente ritiro dal mercato del lavoro limitava fortemente la loro iscrizione a forme assicurative volontarie. Molti gruppi di interesse, tra cui anche le organizzazioni sindacali, iniziarono pertanto a sostenere la necessità di un programma pubblico per gli anziani, anche al fine di escluderne gli elevati costi dalla contrattazione collettiva dei servizi sanitari. Formatosi un adeguato consenso sociale la riflessione si concentrò non più sul principio bensì sulla sua implementazione, con il legislatore federale impegnato a definire obiettivi e finalità e le relative fonti di finanziamento¹⁵⁵.

¹⁵² Harry A. Sultz, Kristina M. Young, *Health Care USA. Understanding Its Organization and Delivery*, cit., p. 41.

¹⁵³ Odin W. Anderson, *Health Care: Can There Be Equity? The United States, Sweden, and England*, New York, Chichester, Wiley, 1972, pp. 95, 96.

¹⁵⁴ Odin W. Anderson, *Health Care: Can There Be Equity? The United States, Sweden, and England*, cit., p. 96.

¹⁵⁵ Odin W. Anderson, *Health Care: Can There Be Equity? The United States, Sweden, and England*, cit., p. 97.

Nel 1965 furono dunque approvati come emendamenti al *Social Security Act*¹⁵⁶ due nuovi programmi pubblici, che prevedevano (ed ancora oggi prevedono) l'erogazione di sussidi federali¹⁵⁷ destinati a finanziare l'erogazione da parte delle strutture affiliate di cure ospedaliere e prestazioni mediche alle persone con più di sessantacinque anni di età e ai più bisognosi. Gli interventi erano dunque ben lungi dal fondare un sistema sanitario nazionale, essendo finalizzati ad attuare un ben più limitato programma assicurativo rivolto a specifiche categorie di cittadini. La stranezza dell'approccio americano, evidenziata dalla dottrina, risiede soprattutto nelle diversità delle categorie protette, posto che tutti gli altri paesi avevano instaurato un sistema assicurativo a partire dalla protezione dei lavoratori¹⁵⁸.

4.5.2 *L'assistenza sanitaria degli anziani*

Garantire l'accesso degli anziani alle prestazioni sanitarie rappresentava una delle questioni più a lungo irrisolte, posto che nel 1960 circa il 40% degli anziani viveva al di sotto della soglia di povertà ed almeno la metà di loro era del tutto priva di polizze sanitarie¹⁵⁹. Al riguardo, il primo provvedimento a sancire un ingente impegno finanziario dell'amministrazione federale risale al 1960 ed è noto come *Kerr-Mills Act*, così denominato poiché entrato in vigore su iniziativa del Senatore dell'Oklahoma Robert Kerr e del Rappresentante dell'Arkansas Wilbur Mills. Veniva inaugurato un piano sanitario sulla base di un modello di assistenza pubblica che prevedeva l'erogazione di sussidi federali agli Stati per contribuire alle spese

¹⁵⁶ Carl F. Ameringer, *The Health Care Revolution. From Medical Monopoly to Market Competition*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 2008, p. 54.

¹⁵⁷ Tali fondi, parametrati ai costi sostenuti dagli ospedali, sono calcolati sulla base del sistema di pagamento definito *Payment Perspective System* (PPS), che a sua volta si basa sul sistema *Diagnosis Related Groups*. Quest'ultimo essenzialmente classifica i pazienti in varie categorie mediche sulla base delle varie condizioni cliniche, associando a ciascuna classe una determinata somma monetaria (che costituirà la cifra che l'amministrazione federale o statale rimborserà alla struttura medica), ricavata sulla base dei costi medi dei pazienti classificati in quel determinato gruppo. Più in generale, sui DRG, si veda *supra*, cap. I, par. 1.4.2 e nota n. 162.

¹⁵⁸ William A. Glaser, "Socialized Medicine" in Practice, in Ray H. Elling (Edited by), *Health Care. Issues and Problems in Socialized Medicine*, Chicago New York, Aldine Atherton, 1971, p. 43.

¹⁵⁹ Elizabeth C. Hamel, Claudia Deane, Mollyann Brodie, *Medicare and Medicaid*, in Robert J. Blendon, Mollyann Brodie, John M. Benson, Drew E. Altman, *American Public Opinion and Health Care*, Washington D.C., CQ Press, 2011, p. 152.

che quest'ultimi sostenevano per l'erogazione di prestazioni sanitarie nei confronti degli anziani. Ciò seguendo due distinte finalità. In primo luogo, integrava i precedenti interventi destinati esclusivamente agli anziani indigenti e basati sui sussidi di povertà; in secondo luogo contribuiva alle spese per l'assistenza sanitaria degli anziani che, pur con redditi superiori a quelli previsti dalle discipline statali, non potevano affrontare i costi della sanità privata. Il Governo centrale aveva così creato una categoria di soggetti *medicalmente bisognosi*, del tutto sganciata dai sussidi di povertà, aprendo “un grosso varco verso la legittimazione della assistenza sanitaria quale autonoma finalità di intervento federale”¹⁶⁰. Il programma presentava tuttavia anche evidenti lacune, non obbligando gli Stati e non tutelando in alcun caso persone con meno di sessantacinque anni. Potendo liberamente decidere di aderirvi o meno nel 1963 solo trentasei Stati vi avevano preso parte con modalità e prestazioni garantite che variavano da Stato a Stato¹⁶¹.

La strategia incrementale perseguita dalla Federazione, pur riuscendo a tutelare le classi che più erano state escluse dal mercato assicurativo, vanificava ogni aspettativa di universalità, legando inscindibilmente l'intervento federale ai tradizionali criteri categoriali così come definiti e (diversamente) disciplinati dai singoli Stati¹⁶². A fronte di tali incongruenze, il *Kerr-Mills Act* venne sostituito nel 1965 dal programma *Medicare* che ancora oggi rappresenta il più vasto programma sanitario emanato dal Congresso in forza dei suoi poteri di imposizione fiscale e di spesa per il benessere generale¹⁶³. Entrato rapidamente in funzione (assistendo sin da subito circa 18 milioni di cittadini)¹⁶⁴, il programma offre copertura sanitaria a tutti gli individui con più di sessantacinque anni a prescindere dal reddito, e a tutti coloro che sono affetti da disabilità permanenti. Alcuni dati numerici: nel 2010 il programma ricomprendeva 47 milioni di persone, di cui 39 milioni di ultrasessantacinquenni e 8 milioni di adulti con disabilità. Nello stesso anno le spese

¹⁶⁰ Giuliano Amato, *Democrazia e redistribuzione. Un sondaggio nel Welfare statunitense*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 39.

¹⁶¹ Sul punto si veda Walter I. Trattner, *From Poor Law to Welfare State. A History of Social Welfare in America*, cit., p. 326.

¹⁶² Giuliano Amato, *Democrazia e redistribuzione. Un sondaggio nel Welfare statunitense*, cit., p. 39.

¹⁶³ Kathleen S. Swendiman, *Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers*, cit., p. 10.

¹⁶⁴ Si veda Giuliano Amato, *Democrazia e redistribuzione. Un sondaggio nel Welfare statunitense*, cit., p. 42.

per il programma ammontavano a 528 miliardi di dollari, rappresentando il 12% del budget federale ed il 23% di tutte le spese nazionali per la sanità. Solo un anno più tardi, il programma tutelava 48.7 milioni di persone, per una spesa totale pari a 549.1 miliardi di dollari, mentre per il 2020 la spesa prevista ammonta a 1.038 miliardi¹⁶⁵.

Il programma *Medicare* fu introdotto come emendamento al *Social Security Act*¹⁶⁶, aggiungendo alla disciplina già in vigore un nuovo sottocapitolo, il XVIII, composto da due parti, la prima (*Part A, Hospital Insurance Benefits for the Aged and Disabled*) relativa alle prestazioni ospedaliere e la seconda, denominata assicurazione medica integrativa, (*Part B, Supplementary Medical Insurance Benefits for the Aged and Disabled*) dedicata alle prestazioni sanitarie non ospedaliere¹⁶⁷. Sebbene la sostenibilità finanziaria del programma si basasse originariamente sui contributi provenienti dai lavoratori, i quali, una volta giunti al termine della loro carriera lavorativa, avrebbero a loro volta usufruito dei servizi medici coperti dal programma¹⁶⁸, l'effettivo finanziamento del programma si regge prevalentemente sui fondi erogati dall'amministrazione federale e dai versamenti degli stessi beneficiari, chiamati a contribuire alle spese mediche (ad esempio dovendo pagare una quota per l'ospedalizzazione) e a pagare una copertura assicurativa mensile per usufruire di taluni servizi non ricompresi nella c.d. *universal basic coverage*¹⁶⁹. Più in particolare, il 40% deriva dalle entrate generali, il 38% deriva dai contributi sui redditi di lavoro, il 12% dai premi riscossi dai beneficiari ed infine il 9% da altre fonti (come ad esempio gli interessi maturati sui

¹⁶⁵ Elizabeth C. Hamel, Claudia Deane, Mollyann Brodie, *Medicare and Medicaid*, cit., p. 152. Per i dati relativi all'anno 2011 si veda <https://www.medicare.gov/about-us/how-medicare-is-funded/medicare-funding.html> (link verificato in data 2.12.2016).

¹⁶⁶ La sua approvazione non fu però né semplice né immediata, risalendo le prime proposte, costantemente rigettate addirittura al 1934. Si confronti Charlotte Twight, *Medicare's Progeny: The 1996 Health Care Legislation*, in Roger D. Feldman (Edited by), *American Health Care. Government, Market Processes and the Public Interest*, New Brunswick, London, Transaction Publishers, 2000, p. 90.

¹⁶⁷ William Shonick, *Government and Health Services. Government's Role in the Development of U.S. Health Services 1930-1980*, cit., p. 285.

¹⁶⁸ Andrew J. Rettenmaier, Thomas R. Saving, *The Economics of Medicare Reform*, cit., p.4.

¹⁶⁹ Marshall W. Raffel, *Health Services in the United States of America*, in Marshall W. Raffel (Edited by), *Comparative Health Systems. Descriptive Analyses of Fourteen National Health Systems*, cit., 1984, p. 553.

fondi destinati al finanziamento del programma, denominati *Medicare Trust Fund*)¹⁷⁰.

Il programma, oggi confluito all'interno dello *U.S. Code*¹⁷¹, è strutturato in varie parti, le prime due (A e B) sono state introdotte nel 1965, mentre le successive sono state inserite con emendamenti successivi¹⁷². La parte A costituisce di fatto una assicurazione ospedaliera obbligatoria che fornisce a tutti i cittadini con almeno sessantacinque anni e ai cittadini, di qualsiasi età, con disabilità, una protezione di base contro i costi medici e sanitari connessi a ricoveri ospedalieri o a servizi sanitari specializzati. Esso trova le sue principali fonti di finanziamento nelle imposte sui redditi versate dai datori di lavoro e dai lavoratori e nei contributi pensionistici. Gli iscritti al programma non sono chiamati a partecipare alle spese per la parte A se dotati di regolare curriculum contributivo (se cioè hanno regolarmente versato le imposte relative al programma durante la carriera lavorativa). *Medicare* parte A include vari servizi. *Hospital care* è la parte del programma che contribuisce alle spese per la degenza degli utenti presso le varie strutture ospedaliere (per malattie acute, di pronto intervento, riabilitative e per assistenza a lungo termine) e ricomprende tutte le attività mediche ed infermieristiche rese ai ricoverati, compresa anche la somministrazione di farmaci. *Skilled nursing facility care* permette invece la fruizione di servizi di assistenza specializzata o di fisioterapia presso apposite strutture residenziali denominate *Skilled Nursing Facility*. Il programma ricomprende determinate strutture e soltanto per alcune attività, di solito richieste quotidianamente e per brevi periodi di tempo non superiori a 100 giorni. Le stesse attività in taluni casi possono anche essere erogate presso il domicilio del paziente (*Nursing home care*). Sono previste poi degenze presso strutture per malati terminali (*Hospice*) e servizi di assistenza sanitaria offerti direttamente presso l'abitazione del paziente (*Home health services*). L'obiettivo principale di tali cure è il monitoraggio ed il trattamento di malattie o ferite mediante molteplici interventi che

¹⁷⁰ Elizabeth C. Hamel, Claudia Deane, Mollyann Brodie, *Medicare and Medicaid*, cit., p. 152.

¹⁷¹ Titolo 42 (*The Public Health And Welfare*), capitolo 7 (*Social Security*), sottocapitolo XVIII (*Health Insurance For Aged And Disabled*).

¹⁷² Sul punto si vedano, tra gli altri, William Shonick, *Government and Health Services. Government's Role in the Development of U.S. Health Services 1930-1980*, cit., p. 285 e ss., Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., p. 215 e ss. Si confronti anche il sito web del programma *Medicare*, <https://www.medicare.gov/what-medicare-covers/index.html> (link verificato in data 27.02.2017).

ricomprendono, ad esempio, il controllo dei parametri vitali, iniezioni, la cura delle ferite per piaghe da decubito, terapie endovenose o nutrizionali.

La Sezione 1395j rappresenta invece la prima norma dedicata alla parte B di *Medicare*, un programma assicurativo integrativo e volontario per l'assistenza medica, finanziato tramite i sussidi federali (76%) ed i premi pagati dagli utenti (24%)¹⁷³. Essa garantisce due diverse tipologie di prestazioni, quelle necessarie al fine di diagnosticare o trattare determinate patologie (*Medically necessary services*) nonché terapie e profilassi atte a prevenire malattie (*Preventive services*). Il programma comprende poi anche la ricerca clinica, servizi di ambulanza, attrezzature e strumenti medici (*Durable medical equipment*), salute mentale (i farmaci con prescrizione, tranne alcune eccezioni, non sono invece inclusi). Molti di questi servizi, come previsto anche dalla riforma dell'amministrazione Obama¹⁷⁴, non prevedono alcun costo per i pazienti. La parte C (*Medicare Advantage*) è stata introdotta con la legge federale *Tax Equity and Fiscal Responsibility Act* (TEFRA) del 1982 e con una successiva regolamentazione del 1985. Le finalità perseguite dal legislatore federale erano prevalentemente due: garantire agli iscritti la possibilità di scegliere piani assicurativi più completi rispetto a quelli tradizionali e diminuire progressivamente i finanziamenti federali da erogare giovandosi della convenienza economica della "managed care"¹⁷⁵. La normativa federale ha permesso all'apparato amministrativo di *Medicare* di contrattare con gli assicuratori privati polizze sanitarie che forniscono una più ampia tutela agli utenti, i quali, previo pagamento di un premio mensile, sono tenuti indenni da tutti i costi dovuti per spese sanitarie. Si tratta dunque di piani privati e facoltativi, approvati dal programma *Medicare* e che seguono il modello c.d. di *managed care*. Gli individui già iscritti alle parti A e B possono infatti decidere di sottoscrivere un piano che, oltre agli stessi benefit di cui alle prime due parti del programma, assicuri anche servizi ulteriori che altrimenti sarebbero a pagamento (quali visite dentistiche, oculistiche o audiologiche e,

¹⁷³ Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., p. 215.

¹⁷⁴ Su cui si veda *infra*, cap. V, par. 5.2.

¹⁷⁵ Una parte della dottrina individua anche una terza finalità, rappresentata dalla minimizzazione delle inefficienze legate alle parti A e B del programma, permettendo ai fornitori privati di negoziare prezzi diversi e di integrare le funzioni di finanziamento e di fornitura dei servizi sanitari. Sul punto si veda Thomas G. Mcguire, Joseph P. Newhouse, Anna D. Sinaiko, *An Economic History of Medicare Part C*, *The Milbank Quarterly*, 2011, Vol. 89, n. 2, p.290.

talvolta, anche il costo di determinati farmaci) presso una rete di ospedali e professionisti già individuati dal piano assicurativo. Pur condividendo una funzione sostanzialmente analoga (quella di estendere la copertura della polizza sanitaria), tali piani non devono essere confusi con le polizze comunemente soprannominate *Medigap (Medicare Supplement Insurance)*. Quest'ultime sono infatti piani privati gestiti ed amministrati dalle compagnie assicurative cui fanno riferimento e non sono in alcun modo riconducibili al programma *Medicare*. La parte di C di *Medicare* e i suoi equivalenti privati sono alternativi: ogni individuo, già iscritto a *Medicare*, può scegliere tra l'uno o l'altro, non potendo iscriversi ad entrambi.

Il *Medicare Prescription Drug Improvement and Modernization Act* del 2003¹⁷⁶ ha apportato rilevanti modifiche alla struttura originaria del programma mediante l'introduzione della parte D, relativa ai farmaci. L'emendamento al titolo XVIII del *Social Security Act* ha infatti istituito un ulteriore programma facoltativo per accrescere la limitata copertura delle spese per i farmaci con prescrizione e per i vaccini. I costi sono sostenuti sia con le entrate fiscali federali sia mediante i premi versati dagli iscritti. Al riguardo la dottrina osserva tuttavia la sussistenza di un difetto di copertura nota come *donut hole* (letteralmente, buco della ciambella)¹⁷⁷. Un iscritto alla parte D del programma è infatti normalmente chiamato a corrispondere solo il 25% del costo del farmaco; eppure, una volta raggiunta una soglia prestabilita (quantificata in 3,310 dollari per il 2016 e 3,700 dollari per il 2017), l'iscritto è costretto a pagare percentuali ben maggiori¹⁷⁸ fino a che le spese, sia per il piano sia per l'utente, non raggiungono un certo massimale (4,850 dollari per il 2016 e 4,950 dollari per il 2017). Soltanto dopo aver superato tale massimale (noto come *catastrophic threshold*), *Medicare* sostiene il 95% dei costi dei medicinali (ovviamente ogni anno i relativi conteggi vengono azzerati)¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Il testo della legge può essere consultato all'indirizzo <https://www.congress.gov/bill/108th-congress/house-bill/1> (link verificato in data 27.02.2017).

¹⁷⁷ Sul punto si veda Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., p. 216.

¹⁷⁸ Nel 2016 pari al 45% per i farmaci coperti da brevetto (40% nel 2017) e al 58% per i farmaci generici (51% nel 2017). Per tali ultimi medicinali il contributo degli utenti diminuirà progressivamente fino a raggiungere il 25% nel 2020.

¹⁷⁹ Sulla materia è tuttavia intervenuta la riforma sanitaria di Obama. Si veda *infra* cap. V par. 5.2.1 e nota n. 42.

4.5.3 L'assistenza sanitaria dei cittadini indigenti

Con il titolo XIX del *Social Security Act* fu istituito *Medicaid*, programma di welfare sociale che ha istituito un partenariato (facoltativo) tra amministrazioni federale e statali per garantire le principali prestazioni sanitarie alle fasce più deboli della popolazione e cioè a tutti quei cittadini con bassi redditi, considerati indigenti, ovvero agli invalidi, indipendentemente dall'età. Emanato dal Congresso sulla base del suo potere di spesa per il benessere generale (Art. I, sez. 8, clausola 1 della Costituzione), il programma è oggi in funzione in tutti gli Stati ed è al servizio di circa 69 milioni di persone¹⁸⁰ ma, nonostante l'amministrazione federale imponga il rispetto di una serie di requisiti di base in tutti gli Stati, i benefit garantiti dal programma non sono uniformi e variano da Stato a Stato¹⁸¹. Esso, diversamente da *Medicare*, non è infatti gestito a livello federale ma direttamente dai singoli Stati, che, sulla base di linee guida dell'amministrazione centrale, ricevono dei contributi federali a parziale copertura delle spese sostenute per le prestazioni sanitarie erogate a tali soggetti. In particolare, l'amministrazione federale paga una specifica percentuale, indicata come FMAP (*Federal Medical Assistance Percentage*), che varia da Stato a Stato sulla base del reddito pro-capite. Se il valore medio è pari al 57%, tale percentuale diminuisce fino al 50% per gli Stati più ricchi ed aumenta fino al 75% per gli Stati con redditi pro-capite più bassi¹⁸².

Il programma ricomprende tre diverse tipologie di soggetti, di cui solo la prima obbligatoria. Nel primo gruppo, denominato "Categorically Needy", vi rientrano tutte le persone aventi un reddito al di sotto di una certa soglia prestabilita a livello statale, nonché, a certe condizioni, i soggetti con figli a carico e le persone diversamente abili. La protezione di tale gruppo è requisito indispensabile per lo

¹⁸⁰ Dati aggiornati al novembre 2016, consultabili su: <https://www.medicaid.gov/medicaid/program-information/medicaid-and-chip-enrollment-data/report-highlights/index.html> (link verificato in data 28.02.2017).

¹⁸¹ Marshall W. Raffel, *Health Services in the United States of America*, cit., p. 553.

¹⁸² Tali valori sono modificati ogni tre anni affinché tengano conto delle oscillazioni dell'economia. Le FMAP sono consultabili al link: <https://aspe.hhs.gov/federal-medical-assistance-percentages-or-federal-financial-participation-state-assistance-expenditures> (link verificato in data 28.02.2017).

Stato che intenda partecipare al programma e così ricevere un'ampia, seppur non totale, copertura delle spese da parte dell'amministrazione federale. In secondo luogo, lo Stato può tutelare (con identica copertura delle spese) quei soggetti che, pur se indigenti, non soddisfano i limiti reddituali previsti ("Categorically Linked"), paragonabili ai *worthy poor* di elisabettiana memoria. Vi sono, infine, i "Not Categorically linked but Medically Indigent", genericamente intendendosi con tale locuzione gli adulti che, pur non propriamente indigenti, a causa di ristrettezze finanziarie non sono comunque in grado di sostenere i costi per l'assistenza sanitaria, per cui è previsto il rimborso non delle spese mediche bensì soltanto dei costi amministrativi¹⁸³. Al riguardo, non esiste però una disciplina uniforme a livello nazionale che regoli univocamente i criteri di ammissibilità al programma, potendo ogni Stato fissare autonomamente "le linee di povertà e di bisogno che funzionano da soglia per l'ammissione alla fruizione del servizio"¹⁸⁴. Tali difformità sono state anche la causa delle persistenti problematiche applicative del programma (generalmente non riscontrabili in *Medicare*), avendo gli Stati anche piena discrezionalità in ordine alle concrete modalità di adesione al programma, potendo addirittura scegliere di non parteciparvi affatto (tra gli ultimi Stati a partecipare al programma, l'Alaska, che vi ha aderito nel 1973, e l'Arizona, nel 1982) o di tutelare soltanto alcune categorie di soggetti svantaggiati, escludendone altre¹⁸⁵. La previsione di classi di beneficiari che ogni Stato poteva anche legittimamente escludere dal programma, secondo le intenzioni del legislatore federale, avrebbe dovuto costituire una fase transitoria che sarebbe terminata dal 1975. Tale disposizione (nota come *access-gap filler*) avrebbe pertanto eliminato, o quantomeno fortemente ridotto, i soggetti privi di protezione sanitaria. Tuttavia, tale

¹⁸³ William Shonick, *Government and Health Services. Government's Role in the Development of U.S. Health Services 1930-1980*, cit., p. 288.

¹⁸⁴ Giovanni Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. II La Costituzione democratica*, cit., p. 170.

¹⁸⁵ Sul punto, si veda William Shonick, *Government and Health Services. Government's Role in the Development of U.S. Health Services 1930-1980*, cit., p. 288. Le molteplici difficoltà di implementazione rivelano d'altra parte l'insufficiente programmazione del programma, sorto per una iniziativa di alcuni membri del Congresso e non della presidenza Johnson, che si era infatti dedicata esclusivamente alla elaborazione di *Medicare*. In tal senso, si confrontino Giuliano Amato, *Democrazia e redistribuzione: un sondaggio nel Welfare statunitense*, cit., p. 43; Andrea Pierini, *Federalismo e welfare state nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzione e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, cit., pp. 250, 251.

implementazione fu dapprima rinviata al 1977 (con il c.d. *Anderson-Gore Amendment* del 1969) e poi del tutto abrogata nel 1972¹⁸⁶.

Per gli individui che dunque soddisfino tutti i requisiti di ammissibilità stabiliti a livello statale, la sezione 1396(a) (10) (A) della legge istitutiva di *Medicaid* impone allo Stato l'adozione di un piano sanitario che renda effettivamente disponibile l'assistenza medica a tali soggetti. Tra i molteplici servizi previsti dal programma la legge prevede inoltre che alcuni di essi (i primi cinque nella formulazione originaria di *Medicaid*) debbano essere in ogni caso garantiti nei confronti della prima categoria di soggetti. Trattasi di servizi medici di base che ricomprendono prestazioni ospedaliere per ricoverati, servizi ambulatoriali, radiografie ed altre analisi di laboratorio, assistenza infermieristica e prestazioni del medico curante¹⁸⁷. Infine, con riferimento al rapporto con *Medicare*, è ben possibile che alcuni soggetti contemporaneamente risultino possedere i requisiti richiesti da entrambi i programmi, perché cittadini con più di sessantacinque anni di età e con basso reddito. Ebbene, nei confronti di tali cittadini, che la dottrina definisce "crossover population", troverà luogo la simultanea applicazione dei due programmi, posto che i contributi richiesti agli stessi pazienti da *Medicare* per usufruire di taluni servizi medici sono invece corrisposti dallo Stato attraverso *Medicaid*¹⁸⁸.

Le disfunzioni che hanno pregiudicato l'attuazione uniforme di *Medicaid* hanno indotto la presidenza Obama ad intervenire sulla sua disciplina con la riforma del 2010. È sin d'ora possibile anticipare che la riforma sanitaria, al fine di perseguire il suo obiettivo principale (accrescere il numero di cittadini in possesso di una copertura sanitaria), ha provveduto alla estensione dei requisiti di ammissibilità al programma, che, previa volontaria adesione degli Stati, avrebbe dovuto proteggere indifferentemente tutti i soggetti (indigenti) di età inferiore a sessantacinque anni aventi un reddito pari o inferiore al 133% del livello di povertà

¹⁸⁶ William Shonick, *Government and Health Services. Government's Role in the Development of U.S. Health Services 1930-1980*, cit., pp. 290, 291.

¹⁸⁷ William Shonick, *Government and Health Services. Government's Role in the Development of U.S. Health Services 1930-1980*, cit., p. 289.

¹⁸⁸ William Shonick, *Government and Health Services. Government's Role in the Development of U.S. Health Services 1930-1980*, cit., p. 290.

federale (per il 2012 pari a circa 15,000 dollari per un individuo e a 30,000 dollari per una famiglia di quattro persone).

4.5.4 *Medicare e Medicaid. L'impatto della giurisprudenza federale*

Tranne il recente caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (che tuttavia al riguardo ha una rilevanza soltanto indiretta, non avendo sancito l'incostituzionalità dell'estensione di *Medicaid* in quanto tale, ma soltanto della sottrazione retroattiva di tutti i fondi del programma per gli Stati che non avrebbero adempiuto all'estensione dello stesso), è possibile constatare l'assenza di pronunce di incostituzionalità di tali programmi per violazione del *tax and spending power*. Se ciò è corretto, può tuttavia essere interessante citare brevemente alcune decisioni che hanno comunque inciso sulla applicazione pratica degli stessi.

Con riferimento a *Medicare* la Corte Suprema ha ad esempio avuto modo di esprimersi sulla costituzionalità dei requisiti richiesti per l'iscrizione al programma nel caso *Mathews v. Diaz*¹⁸⁹. Secondo la normativa in vigore (42 U.S. Code § 1395o - *Eligible individuals*) gli individui aventi diritto all'ammissione al programma sono, oltre a chi è affetto da disabilità, tutti coloro che abbiano compiuto 65 anni e che siano alternativamente residenti negli Stati Uniti, cittadini statunitensi ovvero stranieri autorizzati a risiedere permanentemente negli Stati Uniti dopo che vi abbiano già soggiornato ininterrottamente almeno nei cinque anni precedenti alla richiesta di iscrizione al programma. In particolare, la vicenda giudiziaria esaminava la legittimità di questi ultimi limiti imposti agli stranieri per l'iscrizione a *Medicare*. Ebbene, la Corte, all'unanimità, ritenne tali condizioni non contrarie alla Costituzione. Se infatti il V ed il XIV emendamento proteggono allo stesso modo i cittadini, i milioni di stranieri legalmente soggiornanti negli Stati Uniti ed anche chi invece vi soggiorna illegalmente, contro la privazione della vita, libertà o proprietà senza *due process of law*, ciò non comporta tuttavia che tutti gli stranieri abbiano il diritto di godere di tutti i vantaggi riconosciuti invece ai cittadini. Il Congresso ha

¹⁸⁹ *Mathews v. Diaz*, 426 US 67 (1976).

un'ampia autorità in materia di naturalizzazione e di immigrazione ed il fatto che un atto del Congresso tratti gli stranieri diversamente dai cittadini non implica di per sé che tale differenza di trattamento sia oltraggiosa. In particolare, la previsione di alcuni *welfare benefits* per i cittadini non impone l'obbligo in capo all'amministrazione federale di garantirli anche a tutti gli stranieri. Più numerosi sono invece i casi relativi a *Medicaid*¹⁹⁰. Tra questi è utile riflettere sulla questione, assai controversa, che attiene alla struttura stessa del programma, amministrato direttamente dagli Stati sulla base di indirizzi generali dell'amministrazione federale. Si è infatti posto il problema dei rimedi eventualmente esperibili nei confronti dello Stato che, dopo essersi iscritto al programma, non rispetti le condizioni federali, ad esempio non prestando determinati servizi sanitari qualificati come obbligatori ovvero riducendo i rimborsi originariamente previsti¹⁹¹. Al riguardo, l'evoluzione giurisprudenziale e normativa sembra lasciare sempre meno spazio al giudice per condannare lo Stato al rispetto dei diritti (apparentemente) conferiti da parte del legislatore federale. Da una parte, l'amministrazione federale ha un rimedio amministrativo, generalmente considerato privo di efficacia da parte della letteratura, consistente nella interruzione dell'erogazione dei fondi federali originariamente destinati allo Stato inadempiente. Ciò ove risulti accertato che il piano per l'assistenza medica elaborato dallo Stato (che rappresenta uno dei requisiti richiesti per accedere al programma) sia stato successivamente modificato e non adempia più alle sue originarie finalità ovvero se nel corso della fase esecutiva venga meno il rispetto di una o più misure previste dallo stesso¹⁹². Secondo una celebre

¹⁹⁰ Ad esempio, una questione dibattuta è stato il diniego, posto da un emendamento al programma *Medicaid*, di finanziamento degli interventi abortivi. Se la *due process clause* tutela talune libertà personali degli individui (nel caso in esame quella di abortire) contro illegittime interferenze statali, ciò non attribuisce tuttavia un diritto a ricevere quei sussidi economici che sarebbero necessari per garantire effettivamente tale libertà. In tal senso la Corte Suprema si è pronunciata con il caso *Harris v. McRae*. Al riguardo si veda *supra*, par. 4.1.3 e nota n. 57.

¹⁹¹ Andrew R. Gardella, *The Equal Access Illusion: A Growing Majority of Federal Courts Erroneously Foreclose Private Enforcement of § 1396a(a)(30) of the Medicaid Act Using 42 U.S.C. § 1983*, cit., p. 700 e ss.

¹⁹² “42 U.S. Code § 1396c - Operation of State plans. If the Secretary, after reasonable notice and opportunity for hearing to the State agency administering or supervising the administration of the State plan approved under this subchapter, finds (1) that the plan has been so changed that it no longer complies with the provisions of section 1396a of this title; or (2) that in the administration of the plan there is a failure to comply substantially with any such provision; the Secretary shall notify such State agency that further payments will not be made to the State (or, in his discretion, that payments will be limited to categories under or parts of the State plan not affected by such failure), until the Secretary is satisfied that there will no longer be any such failure to comply. Until he is so satisfied

definizione “the only remedy for state noncompliance with the terms of Spending Clause statutes would be for the federal government to wield the blunt and seldom-used club of withholding federal funding for the program in question”¹⁹³. Sebbene il Giudice White nella opinione dissenziente da lui redatta nel caso *Pennhurst State School and Hospital v. Halderman*¹⁹⁴ considerasse tale possibilità “a drastic remedy with injurious consequences to the supposed beneficiaries of the Act”, difficilmente tale strumento potrà essere considerato un rimedio soddisfacente per i cittadini che avrebbero avuto diritto a ricevere una determinata prestazione¹⁹⁵. Alternativamente, i singoli individui possono adire le Corti federali per tentare di obbligare lo Stato ad adempiere alle condizioni della legge istitutiva di *Medicaid*. Uno dei principali rimedi invocati a tal fine era rappresentato dalla Sezione 1983¹⁹⁶ che consente di citare in giudizio chiunque privi il ricorrente di un diritto garantito dalla Costituzione o da una legge federale ([...] *any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws* [...]). Al riguardo, solo nel 1980 con il caso *Maine v. Thiboutot* la Corte Suprema per la prima volta applicò tale sezione anche al *Social Security Act*, legge federale emanata come noto sulla base del potere di spesa. In base ad una mera interpretazione letterale, la Corte ritenne che tale atto potesse essere incluso nel termine *laws* previsto dalla norma (“the plain language of the statute undoubtedly embraces respondents' claim that petitioners violated the Social Security Act”)¹⁹⁷. Pochi anni più tardi in *Wilder v. Virginia Hospital Association* riconobbe che una disposizione del *Medicaid Act* (il c.d. *Boren Amendment*, poi abrogato nel 1997, che imponeva il rimborso dei servizi medici prestati secondo tariffe ragionevoli e adeguate per coprire i costi sostenuti dalle strutture mediche) conferiva un diritto tutelabile sulla base della Sezione 1983¹⁹⁸. Con il caso *Blessing v. Freestone* venne invece sancito l’onere del ricorrente di

he shall make no further payments to such State (or shall limit payments to categories under or parts of the State plan not affected by such failure)”.

¹⁹³ Sasha Samberg-Champion, *How to Read Gonzaga: Laying the Seeds of a Coherent Section 1983 Jurisprudence*, Columbia Law Review, 2003, Vol. 103, n. 7, p.1839.

¹⁹⁴ *Pennhurst State Sch. v. Halderman*, 465 U.S. 89 (1984).

¹⁹⁵ Brian J. Dunne, *Enforcement of the Medicaid Act under 42 Usc § 1983 after Gonzaga University v Doe: The ‘Dispassionate Lens’ Examined*, University of Chicago Law Review, 2007, Vol.74, n. 3, p.994.

¹⁹⁶ Sul punto si veda anche *supra*, par. 4.1.2.

¹⁹⁷ *Maine v. Thiboutot*, 448 U.S. 1, 4 (1980).

¹⁹⁸ *Wilder v. Virginia Hospital Association*, 496 U.S. 498 (1990).

dimostrare la violazione non soltanto della legge federale ma anche di un diritto da questa appositamente conferito. A tal fine la Corte elaborò un test articolato in tre diversi fasi che impone ai giudici di esaminare il linguaggio legislativo¹⁹⁹:

“In order to seek redress through § 1983, however, a plaintiff must assert the violation of a federal right, not merely a violation of federal law. We have traditionally looked at three factors when determining whether a particular statutory provision gives rise to a federal right. First, Congress must have intended that the provision in question benefit the plaintiff. Second, the plaintiff must demonstrate that the right assertedly protected by the statute is not so "vague and amorphous" that its enforcement would strain judicial competence. Third, the statute must unambiguously impose a binding obligation on the States”.

È tuttavia a partire dal 2002 con il caso *Gonzaga University v. Doe* che la Corte Suprema, al fine di chiarificare le ambiguità insite nel *Blessing test*, ha delineato requisiti ancora più rigorosi per l’ottenimento dell’adempimento forzoso di leggi federali. Secondo la Corte, la Sezione 1983, riferendosi esplicitamente ai soli diritti, non ricomprende i più vaghi concetti di “benefits” o “interests” e anche qualora la legge federale si esprima in termini di diritti il ricorrente è in ogni caso obbligato a dimostrare l’intento del Congresso di conferire un diritto specificamente tutelabile in sede giudiziale²⁰⁰. Tale pronuncia ha di fatto portato sempre più spesso le Corti federali a considerare non più tutelabili in giudizio alcune importanti disposizioni del programma *Medicaid*, come la Sez. 1396a(a)(30) (*equal access provision*) e la Sez. 1396a(a)(17) (*reasonable standards provision*)²⁰¹. La prima prevede che “A State plan for medical assistance must [...] provide such methods and procedures [...] so that care and services are available under the plan at least to the extent that such care and services are available to the general population in the geographic area”. Come evidenziato da illustri autori, (tranne rare eccezioni)

¹⁹⁹ *Blessing v. Freestone*, 520 U.S. 329, 340-341 (1997). Al riguardo, si veda Andrew R. Gardella, *The Equal Access Illusion: A Growing Majority of Federal Courts Erroneously Foreclose Private Enforcement of § 1396a(a)(30) of the Medicaid Act Using 42 U.S.C. § 1983*, cit., p. 702 e ss.

²⁰⁰ “But even where a statute is phrased in such explicit rights-creating terms, a plaintiff [...] still must show that the statute manifests an intent “to create not just a private right but also a private remedy”. *Gonzaga University v. Doe*, 536 U.S. 273, 284 (2002).

²⁰¹ Devi M. Rao, “*Making Medical Assistance Available*”: *Enforcing the Medicaid Act’s Availability Provision through § 1983 Litigation*, *Columbia Law Review*, 2009, Vol.109, n. 6, p. 1442.

praticamente tutte le Corti d'Appello federali hanno considerato tale disposizione "unenforceable". Ne è un esempio *Long Term Care Pharmacy Care v. Ferguson*, caso relativo alla diminuzione delle tariffe di rimborso alle farmacie operata dallo Stato del Massachusetts, ove la Corte d'Appello per il Primo Circuito ritenne che la terminologia ampia e generica della disposizione in esame (che non menzionava né la categoria né gli individui tutelati dalla stessa) non potesse conferire alcun diritto tutelabile di fronte alle Corti²⁰². Similmente, anche la Sez. 1396a(a)(17), secondo cui "A State plan for medical assistance must [...] include reasonable standards [...] ... for determining eligibility for and the extent of medical assistance under the plan", è stata considerata non tutelabile in giudizio dalla Corte d'Appello per l'Ottavo Circuito nel caso *Lankford v. Sherman*²⁰³ poiché esprimerebbe soltanto obiettivi generali sottoposti all'ampia discrezionalità del legislatore nella individuazione delle concrete modalità di implementazione, non potendo in alcun modo configurare diritti individuali.

Il *restraint* giurisprudenziale è stato poi accompagnato anche da un intervento del legislatore federale che, mirato a ridurre le eccessive spese federali del programma, ha ulteriormente diminuito la possibilità di ottenere in giudizio il riconoscimento delle proprie pretese. Difatti, il Congresso nel 2006 ha emanato il *Deficit Reduction Act* con cui ha provveduto a modificare parte del programma *Medicaid* conferendo agli Stati più flessibilità nelle modalità con cui fornire i servizi medici. Nella sua formulazione originale *Medicaid* obbligava gli Stati a rendere taluni servizi a tutti i beneficiari. I pazienti potevano scegliere liberamente la struttura medica che avrebbe poi ricevuto il rimborso della prestazione effettuata

²⁰² *Long Term Care Pharmacy Care v. Ferguson*, 362 F.3d 50 (United States Court of Appeals, First Circuit, 2004). Sul punto si veda Andrew R. Gardella, *The Equal Access Illusion: A Growing Majority of Federal Courts Erroneously Foreclose Private Enforcement of § 1396a(a)(30) of the Medicaid Act Using 42 U.S.C. § 1983*, cit., pp. 733-738. Lo stesso autore, alle pp. 739-742, sottolinea come la Corte d'Appello per l'Ottavo Circuito abbia invece pronunciato alcune decisioni contrarie alla solida maggioranza condivisa dagli altri Circuiti, come ad esempio nel caso *Pediatric Specialty Care, Inc. v. Arkansas Department of Human Services*, 443 F.3d 1005 (2006).

²⁰³ *Lankford v. Sherman*, 451 F.3d 496 (United States Court of Appeals, Eighth Circuit, 2006). Il caso in esame riguardava lo Stato del Missouri che fino ad un certo periodo di tempo nell'ambito del programma *Medicaid* aveva offerto, oltre ai servizi obbligatori nei confronti dei soggetti considerati indigenti (*categorically needy*, categoria che ricomprende non vedenti, anziani, disabili, donne incinta e minori), anche alcuni benefit non obbligatori (dotazione di particolari attrezzature mediche durevoli) a tutti i beneficiari del programma. Tale servizio, a causa della mancanza di disponibilità finanziarie, era stato tuttavia successivamente ridotto e mantenuto solo per alcuni dei soggetti assistiti.

(sulla base del metodo *fee-for-service*) direttamente dal programma. L'innovazione introdotta nel 2006 permette invece agli Stati di iscrivere particolari gruppi di beneficiari a piani sanitari particolari (denominati *benchmark coverage*) non riconducibili a *Medicaid*, che possono prevedere minori benefit e permettono un maggior controllo sull'utilizzazione e sui costi dei servizi medici richiesti. Contemporaneamente, l'intervento federale attribuisce più discrezionalità agli Stati, consentendo di imporre agli utenti premi e quote (anche differenziate) di compartecipazione alle spese (in passato generalmente mai previste da *Medicaid*) e al cui pagamento può, in certi casi, essere subordinata l'erogazione della prestazione medica richiesta²⁰⁴.

4.5.5 Il Committee for Economic Development, una voce isolata nel dibattito statunitense?

Nonostante la cultura maggioritaria sia sempre stata contraria a ingerenze federali in materia di assistenza sanitaria, deve tuttavia osservarsi anche l'esistenza di una voce piuttosto isolata nel dibattito politico statunitense. L'organizzazione politica pubblica denominata *Committee for Economic Development* in una pubblicazione risalente agli anni Settanta già raccomandava l'emanazione di un programma assicurativo sanitario per tutti i cittadini americani²⁰⁵. Neppure l'introduzione dei programmi federali *Medicare* e *Medicaid* era infatti riuscita ad eliminare le gravi carenze esistenti nel funzionamento del sistema sanitario americano, quantificate, in quegli anni, tra i 20 e 40 milioni di persone prive di alcuna assicurazione sanitaria, la cui maggioranza era costituita da soggetti svantaggiati, quali indigenti, persone di colore e disoccupati ma anche milioni di lavoratori del tutto sprovvisti di copertura sanitaria ovvero anche coloro che erano titolari di polizze non sufficienti a coprire i costi dei trattamenti medici in caso di grave malattia²⁰⁶. Il paradosso evidenziato dalla Commissione era dato dal fatto che,

²⁰⁴ Devi M. Rao, "*Making Medical Assistance Available*": *Enforcing the Medicaid Act's Availability Provision through § 1983 Litigation*, cit., pp. 1455-1460.

²⁰⁵ Committee for Economic Development, *Building a National Health-Care System*, New York, 1973.

²⁰⁶ Committee for Economic Development, *Building a National Health-Care System*, cit., p. 63.

nonostante i molti gruppi di persone privi di assistenza sanitaria, gli Stati Uniti spendessero nell'assistenza sanitaria molto di più delle altre nazioni. I miliardi di dollari utilizzati a tale scopo avrebbero pertanto dovuto offrire un livello minimo di tutela per tutti i cittadini americani indipendentemente dalla loro capacità economica, dall'età o da altre condizioni personali. La prima priorità sarebbe stata quella di rendere l'assicurazione sanitaria disponibile a tutti. Tale copertura, si legge nel documento, dovrebbe essere continuativa, senza interruzioni dovute a periodi di disoccupazione o ad altre cause, i trattamenti sanitari non dovrebbero essere né ritardati per permettere indagini circa la solvibilità del paziente né posticipati a causa della temporanea impossibilità di pagamento della prestazione richiesta. Pur sembrando un obiettivo molto distante dalla realtà sociopolitica dell'epoca, lo stesso Comitato riteneva tuttavia che esso potesse essere raggiunto mediante il miglioramento incrementale del sistema esistente²⁰⁷. La proposta si basava infatti sui seguenti presupposti. In primo luogo l'amministrazione federale avrebbe dovuto sancire l'obbligo giuridico di possedere una polizza sanitaria, similmente a quanto già avvenuto per le persone con più di sessantacinque anni ovvero ai modelli di copertura obbligatoria esistenti in vari settori quali quelli degli infortuni sul lavoro, della responsabilità per danni da circolazione stradale, della disoccupazione, dell'anzianità e delle pensioni di reversibilità. In secondo luogo, il sistema previsto si sarebbe basato sulla responsabilità dei datori di lavoro (obbligati ad assicurare ai propri dipendenti una copertura sanitaria), sul programma *Medicare* (che avrebbe continuato, seppur con alcune modifiche, a tutelare anziani e persone con disabilità) e sull'istituzione di un nuovo programma (*federally-sponsored community trusteeship*) che avrebbe protetto tutti i rimanenti soggetti (bisognosi, dipendenti part-time non beneficiari di polizze sanitarie, lavoratori autonomi) non altrimenti tutelati. Quest'ultimo programma avrebbe così sostituito *Medicaid*, il cui ambito di operatività sarebbe stato ridotto ad un ruolo meramente residuale²⁰⁸.

²⁰⁷ Committee for Economic Development, *Building a National Health-Care System*, cit., p. 64.

²⁰⁸ Committee for Economic Development, *Building a National Health-Care System*, cit., p. 65.

4.6 1970-1980. Verso il contenimento dei costi sanitari federali

4.6.1 La presidenza Nixon. *Health Maintenance Organization e ERISA*

Negli anni Settanta l'aumento esponenziale dei costi sanitari, aggravato dalla recessione e dalla inflazione economica, rese la modifica del sistema una delle priorità del governo federale. Le spese sanitarie, che nel 1960 ammontavano a 27 miliardi di dollari, dieci anni più tardi avevano infatti raggiunto la cifra di 74,3 miliardi. Nello stesso arco temporale le spese federali erano aumentate da 2,9 miliardi fino a 17,8, mentre quelle statali e locali erano passate da 3,7 miliardi a 9,9²⁰⁹. L'impegno innovatore del Presidente Nixon fu apprezzabile e significativo sebbene il suo coinvolgimento nello scandalo *Watergate* abbia fatto passare in secondo piano i suoi tentativi di riforma.

La letteratura spesso ricorda il tentativo del senatore Edward Kennedy di introdurre nel 1971 un progetto di legge (*Health Security Act*) che prospettava l'adozione di un unico programma di assistenza medica gratuita gestito dall'amministrazione federale, destinato a ricomprendere ed integrare tutti i settoriali programmi esistenti senza tuttavia operare una nazionalizzazione delle strutture mediche. Il progetto, pur tacciato di essere una misura socialista e subito bocciato, portò Nixon a rispondere a tale sfida politica proponendo l'adozione del *National Health Insurance Partnership Act*. L'atto si componeva di due parti. Nella prima (*Family Health Insurance Plan*) veniva elaborato un programma federale diretto a fornire un'assicurazione sanitaria a tutte le famiglie con bassi redditi (che avrebbe preso il posto di *Medicaid*), mentre con la seconda (*National Health Insurance Standards Act*) sarebbero stati stabiliti limiti e condizioni ai programmi di assicurazione offerti dai datori di lavoro. Tale progetto, non ottenne il consenso necessario per entrare in vigore²¹⁰ e fu allora riproposto con contenuti simili nel

²⁰⁹ Kant Patel, Mark Rushefsky, *Health care politics and policy in America*, cit., p. 45.

²¹⁰ Kant Patel, Mark Rushefsky, *Health care politics and policy in America*, cit., pp. 47, 48.

1974 con la denominazione *Comprehensive Health Insurance Plan* (CHIP)²¹¹. La riforma, mai divenuta legge, avrebbe garantito a tutti i cittadini la stessa protezione sanitaria attraverso tre differenti programmi, la cui adesione rimaneva tuttavia volontaria: *Employee Health Insurance* (programma sanitario per i lavoratori dipendenti che prevedeva un corrispettivo obbligo per i datori di lavoro e la previsione a favore di questi ultimi di sussidi per la copertura dei maggiori costi), *Assisted Health Insurance* (programma finanziato prevalentemente tramite fondi federali e destinato, ancora una volta, a sostituire *Medicaid*) e “an improved Medicare Plan” (che prevedeva un’estensione del programma *Medicare*)²¹².

Gli sforzi del Congresso portarono invece all’emanazione dell’*Health Maintenance Organization Act* (1973) Tale provvedimento, finalizzato alla diminuzione dei costi sanitari, introduceva una nuova forma organizzativa all’interno del mercato sanitario, alternativa al tradizionale sistema di tariffa a prestazione che, lasciando completa libertà ai cittadini in ordine alla scelta di medici e strutture cui rivolgersi, aveva portato ad un aumento esponenziale dei costi sanitari. Riprendiamo solo per cenni l’argomento, già precedentemente trattato²¹³. Per HMO si intende un ente che gestisce non solo l’aspetto assicurativo della polizza sanitaria ma che, allo stesso tempo, è anche incaricato di offrire (direttamente ovvero tramite strutture mediche convenzionate) determinate prestazioni sanitarie agli individui che si sono volontariamente iscritti al piano previo pagamento di un

²¹¹ Si basava su sette principi, illustrati da Nixon al Congresso il 6 febbraio 1974: “First, it offers every American an opportunity to obtain a balanced, comprehensive range of health insurance benefits; Second, it will cost no American more than he can afford to pay; Third, it builds on the strength and diversity of our existing public and private systems of health financing and harmonizes them into an overall system; Fourth, it uses public funds only where needed and requires no new Federal taxes; Fifth, it would maintain freedom of choice by patients and ensure that doctors work for their patient, not for the Federal Government. Sixth, it encourages more effective use of our health care resources; And finally, it is organized so that all parties would have a direct stake in making the system work--consumer, provider, insurer, State governments and the Federal Government”. Richard Nixon, *Special Message to the Congress Proposing a Comprehensive Health Insurance Plan, February 6, 1974*, Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, The American Presidency Project, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=4337> (link verificato in data 1.03.2017).

²¹² Richard Nixon, *Special Message to the Congress Proposing a Comprehensive Health Insurance Plan, February 6, 1974*, cit. Si veda anche Michael Meyer, *Nixon and the PPACA*, *Annals of Health Law*, Vol. 22, 2012, <http://luc.edu/media/lucedu/law/centers/healthlaw/pdfs/advanceddirective/pdfs/issue9/meyer.pdf> (link verificato in data 1.03.2017), pp. 35, 36.

²¹³ Si veda *supra*, cap. III, par. 3.1.3.

premio predeterminato. Le finalità cui sono finalizzate le HMO emergono con chiarezza dal discorso tenuto dal Presidente Nixon al Congresso il 2 marzo 1972²¹⁴. In primo luogo, esse riuniscono in un'unica organizzazione tutti i soggetti che erogano le prestazioni sanitarie, “so that patients can get the right care at the right moment”. Inoltre, diversamente dal tradizionale modello *fee-for-service*, il metodo di pagamento previsto (una somma annuale fissa e decisa in anticipo) favorisce la prevenzione, promuove un più efficiente uso dell'assistenza medica e stabilizza gli introiti delle strutture mediche, non più basati su quanto il paziente è malato ma, al contrario, su quanto è in salute.

Sebbene in tempi recenti siano divenute il modello prevalente, sin dalle intenzioni originali esse non miravano a soppiantare il sistema di tariffa a prestazione, con cui avrebbero potuto coesistere. Più specificamente, l'adeguamento all'*Health Maintenance Organization Act* da parte delle organizzazioni non era obbligatorio. A tal fine, la legge offriva tuttavia sussidi federali pari a 375 milioni di dollari per incoraggiare le HMO già esistenti a soddisfare i requisiti dettati dalla stessa, fino al 1983, anno in cui sono state abrogate le relative disposizioni (42 U.S. Code §§ 300e-2, 300e-3). Quanto invece ai datori di lavoro, quelli con almeno venticinque dipendenti furono invece chiamati ad offrire ai propri lavoratori anche la possibilità di scegliere un piano sanitario gestito da un'organizzazione avente tutti i requisiti federali, se esistente all'interno dell'area territoriale. Attualmente, tale legge non costituisce più il principale veicolo di diffusione delle HMO, basato piuttosto sugli effettivi risparmi conseguiti dai datori di lavoro e sui migliori risultati sanitari ottenuti da tali organizzazioni²¹⁵.

Il Presidente Ford nel settembre 1974 firmò anche l'*Employee Retirement Income Security Act* (ERISA), un provvedimento articolato che stabilì innanzitutto degli standard qualitativi minimi comuni a tutti i piani pensionistici privati, imponendo alle compagnie assicurative il rispetto di una serie di prescrizioni

²¹⁴ Richard Nixon, *Special Message to the Congress on Health Care, March 2, 1972*. Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, The American Presidency Project, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=3757> (link verificato in data 1.03.2017).

²¹⁵ Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., p. 239; Earlene P. Weiner, *Managed health care: HMO corporate liability, independent contractors, and the ostensible agency doctrine*, cit., p. 542.

concernenti i *welfare benefits*, vari obblighi di trasparenza, il sistema di finanziamento ed anche i possibili rimedi esperibili di fronte alle Corti federali²¹⁶. Inoltre, tale legge si applica anche alle polizze sanitarie offerte dai datori di lavoro. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, il legislatore federale preferì tuttavia mantenere intatta la volontarietà dell'adesione dei datori di lavoro ad un piano sanitario collettivo, non introducendo alcun sistema obbligatorio (come invece era avvenuto in alcuni Stati)²¹⁷. Con riferimento ai rapporti tra tale normativa federale e gli *employer-sponsored programs* la disposizione più nota è forse la c.d. *ERISA Preemption* prevista dalla sez. 514(a) della legge. Essa prevede infatti la disapplicazione delle leggi statali che regolamentano i piani pensionistici e sanitari offerti da datori di lavoro e la contestuale applicazione della disciplina prevista da ERISA²¹⁸. Sul punto ha avuto modo di esprimersi anche la Corte Suprema sottolineando come la sezione 514(a) rivelasse chiaramente l'intento del Congresso "to establish the regulation of employee benefit plans as exclusively a federal concern"²¹⁹. Ciò per assicurare che tali piani sanitari siano soggetti ad un corpo di regole uniformi, evitando le eventuali difficoltà di coordinamento che deriverebbero dall'applicazione di regole diverse tra Stato e Stato ovvero tra uno Stato e l'amministrazione federale²²⁰. La stessa legge prevede però alcune eccezioni a tale regola generale. In primo luogo, sono esentati da tale *preemption* quei piani sanitari che attuano programmi governativi, confessionali (offerti cioè da una Chiesa o da un ente religioso) o che rappresentano benefit correlati ad una assicurazione contro gli infortuni sul lavoro o a sussidi di disoccupazione. La sezione 514(b) esclude invece la prevalenza della medesima legge federale rispetto alle normative statali inerenti alla disciplina assicurativa, bancaria o dei titoli²²¹. L'inclusione della materia assicurativa, nota anche come *insurance saving clause*, risulta di

²¹⁶ Si veda 29 U.S. Code § 1132 - *Civil enforcement*.

²¹⁷ Il più famoso esempio è rappresentato dallo Stato delle Hawaii. In tal senso si veda *infra*, cap. V, par. 5.1.2.

²¹⁸ "The provisions of [ERISA] shall supersede any and all State laws insofar as they may now or hereafter relate to any employee benefit plan [...]". Si confronti Keith A. Rabenberg, *Punitive Damages and ERISA: An Anomalous Effect of ERISA's Preemption of Common Law Actions*, Washington University Law Review, 1987, Vol. 65, n. 3, p. 599.

²¹⁹ *New York State Conf. of Blue Cross & Blue Shield Plans v. Travelers Ins. Co.*, 514 U.S. 645 (1995), 656.

²²⁰ Si confronti *Ingersoll-Rand Co. v. McClendon*, 498 U.S. 133, 142 (1990).

²²¹ "Except as provided in subparagraph (B), nothing in this subchapter shall be construed to exempt or relieve any person from any law of any State which regulates insurance, banking, or securities".

fondamentale importanza perché conferma ed anzi avvalorata le prevalenti responsabilità dei singoli Stati in ordine alla disciplina delle assicurazioni sanitarie, in linea di continuità con quanto già sancito dal più risalente *McCarran–Ferguson Act* nel 1945²²². Si tratta di potestà normative particolarmente ampie che consentono agli Stati di regolamentare non solo le compagnie assicurative, ma anche le HMO, le altre entità giuridiche a vario titolo operanti all'interno del mercato sanitario, fino ai requisiti formali dei contratti stipulati da tali organizzazioni²²³. Un emendamento del 1983 ha aggiunto un'ulteriore eccezione, prevedendo che l'*ERISA Preemption* non trovi applicazione nei confronti dell'*employer mandate* istituito dallo Stato delle Hawaii già dal 1974 con l'*Hawaii Prepaid Health Care Act*²²⁴.

Gli anni successivi non si caratterizzarono invece per discipline particolarmente innovative del fenomeno sanitario ed anzi la recessione economica causò l'interruzione di ogni potenziale progetto volto ad estendere l'assistenza sanitaria a tutti i cittadini. Fu così, ad esempio, per il Presidente Gerald Ford, il quale, dopo aver sostenuto l'emanazione di una assicurazione sanitaria nazionale, nel discorso sullo Stato dell'Unione del 1976 ritirò la sua proposta sostenendo che avrebbe aggravato l'inflazione. Similmente anche il suo successore, Jimmy Carter, a causa delle insufficienti risorse finanziarie, non portò mai a conclusione la sua iniziale volontà di realizzare un programma sanitario onnicomprensivo²²⁵. I vari provvedimenti federali emanati dal Congresso, pur apparentemente privi di un disegno comune, esprimono tutti “una preoccupazione restrittiva ormai prevalente”, volta al contenimento dei costi, non più sostenibili dall'amministrazione federale²²⁶. Anche le politiche intraprese da Ronald Reagan negli anni Ottanta non fanno

²²² Si veda *supra*, cap. III, par. 3.2.2.

²²³ Si veda il caso *Metropolitan Life v. Massachusetts*, 471 U.S. 724 (1985), avente ad oggetto una legge del Massachusetts che imponeva l'erogazione di determinate prestazioni per la tutela della salute mentale per tutti i cittadini assicurati tramite una polizza sanitaria individuale o mediante una copertura per lavoratori dipendenti. Ebbene, tale provvedimento, secondo la Corte, non doveva essere disapplicato a vantaggio della disciplina disposta da ERISA poiché “is a law “which regulates insurance” within the meaning of § 514(b)(2)(A), and therefore is not preempted by § 514(a) as it applies to insurance contracts purchased for plans subject to ERISA”. Si confronti anche Paul J. Ondrasik, Eric G. Serron, *ERISA Preemption and State Health Care Reform* (Part 1), Infrastructure, 2008, Vol. 47, n. 3, p. 11.

²²⁴ 29 U.S.C. § 1144(b)(5)(A).

²²⁵ Si vedano Kant Patel, Mark Rushefsky, *Health care politics and policy in America*, cit., p. 49; Paul Starr, *The social transformation of American medicine*, cit., p. 406.

²²⁶ Giuliano Amato, *Democrazia e redistribuzione. Un sondaggio nel Welfare statunitense*, cit., p. 83.

eccezione a tali principi. Egli propose un riordinamento complessivo del ruolo dell'amministrazione federale, tentando di decentralizzare i poteri ed attribuendo più responsabilità ai singoli Stati. In materia sanitaria furono introdotti ulteriori tagli ai finanziamenti federali, con conseguenti aumenti delle quote a carico dei singoli pazienti, riducendo altresì le categorie di indigenza tutelate attraverso *Medicaid*. Nel 1988 entrò in vigore il *Medicare Catastrophic Coverage Act* per far fronte alle crescenti inefficienze di *Medicare*, provvedendo ad ampliare i benefit da erogare e a modificare il finanziamento stesso del programma, prevedendo maggiori prelievi contributivi. Il tentativo, fortemente osteggiato, fu tuttavia abrogato l'anno successivo dalla Presidenza George H. W. Bush.

4.6.2 *Emergency Medical Treatment and Active Labor Act*

La centralità delle assicurazioni sanitarie dimostra come il mercato privato sia stato a lungo considerato l'unico apparato cui tutti possono autonomamente accedere per l'acquisto di una polizza sanitaria. Le discriminazioni che ne conseguono solo in parte sono state affrontate dal legislatore federale che, attuando una strategia incrementale, è riuscito ad offrire qualche protezione alle classi sociali più in difficoltà per ragioni anagrafiche, di salute o a causa di indigenza. Non sfugge però la criticità, a lungo irrisolta, dei casi di urgenza ed emergenza di coloro che sono sprovvisti di polizza sanitaria, sia questa volontaria ovvero fornita dai programmi pubblici. In tali casi, una totale adesione al principio del libero mercato imporrebbe che il paziente potesse avere accesso alle prime cure solo se in grado di sostenerne economicamente i costi. Il Governo federale intervenne dunque per colmare tale lacuna, regolando con legge la disciplina delle emergenze ospedaliere. Nel 1986 il Presidente Reagan approvò l'*Emergency Medical Treatment and Active Labor Act* (EMTALA), sulla base del *Consolidated Omnibus Budget Reconciliation Act* (COBRA) del 1985. I destinatari degli obblighi sono le strutture ospedaliere dotate di reparti di emergenza che partecipano al programma *Medicare*, che spesso avevano alimentato la prassi di "patient dumping", il rifiuto cioè di curare gli individui indigenti con un'urgenza medica indifferibile e il conseguente

trasferimento di tali soggetti, non stabilizzati, presso strutture pubbliche²²⁷. La legge impone infatti agli ospedali di eseguire le diagnosi mediche opportune, di stabilizzare e fornire le cure di primo soccorso a tutti gli individui che sopraggiungano presso i reparti di emergenza in presenza di una situazione medica di urgenza che pone in pericolo la loro stessa vita, senza poter subordinare tali attività al possesso di una assicurazione sanitaria o alla possibilità di pagare le cure mediche²²⁸. Sono poi previsti obblighi ulteriori che tengono conto delle specifiche capacità delle strutture che ricevono i pazienti, consentendo ad esempio il trasferimento di pazienti verso ospedali maggiormente specializzati se la struttura originaria non possiede la competenza tecnica necessaria per trattare l'emergenza, ovvero il conseguente obbligo delle strutture maggiormente qualificate di accettare tali trasferimenti dagli ospedali non idonei a trattare le situazioni di urgenza medica. La disciplina non si limita tuttavia a mere statuizioni formali ma predispone anche un rimedio esperibile sia dai privati che dall'amministrazione. La normativa prevede infatti l'imposizione, nei confronti dell'ospedale che negligenzemente violi i propri obblighi, di una sanzione pecuniaria fino a 50,000 dollari (o 25,000 per le strutture con meno di 100 posti letto) per ogni singola violazione. Inoltre, l'individuo che subisce una lesione personale a causa della violazione da parte dell'ospedale dei propri obblighi può citare in giudizio tale struttura per ottenere il risarcimento dei danni patiti. Ed ancora, anche la struttura medica che subisce una perdita finanziaria a causa del comportamento negligente di un altro ospedale (ad esempio sostituendosi a quest'ultimo nell'obbligo di stabilizzazione e cura dei pazienti), può citarlo in giudizio al fine di ottenere il risarcimento dovuto. Tale legge è divenuta dunque la fonte del diritto a ricevere determinate prestazioni mediche, ancorché limitate ai soli casi di emergenza e di urgenza, per i cittadini privi di alcuna forma assicurativa. Ciò si desume anche dall'aumento considerevole delle sanzioni imposte agli ospedali, per il solo anno 2000 pari a circa 1,2 milioni di dollari, rispetto

²²⁷ Si veda Sara Rosenbaum, *The Enduring Role Of The Emergency Medical Treatment And Active Labor Act*, Health Affairs, 2013, Vol. 32, n.12, pp. 2075-2081.

²²⁸ 42 U.S.C. § 1395dd - *Examination and treatment for emergency medical conditions and women in labor*.

ai 2 milioni complessivamente riferiti ai precedenti dieci anni di applicazione della legge²²⁹.

4.7 Gli sforzi di riforma della Presidenza Clinton

4.7.1 *Health Security Act e State Children's Health Insurance Program (SCHIP)*

A fronte delle sempre maggiori problematiche del sistema sanitario, il Presidente Clinton inserì la tutela della salute tra le priorità legislative della sua presidenza e, rivolgendosi al Congresso, dichiarò espressamente alla Nazione che non avrebbe firmato un progetto di legge fintanto che lo stesso non avrebbe tutelato tutti i cittadini americani²³⁰. A tal fine istituì una apposita commissione, *Task Force on National Health Reform* (di cui faceva parte anche Hillary Clinton in qualità di presidente), con l'obiettivo di elaborare un piano assicurativo sanitario nazionale che il Presidente Clinton avrebbe poi presentato al Congresso²³¹.

La proposta di riforma presentata al Congresso nel 1993 mirava a ridurre il crescente numero di cittadini sprovvisti di assicurazione sanitaria (all'epoca circa 40 milioni) e a ridurre i costi medici, senza tuttavia alterare la natura intrinsecamente privatistica del sistema. La legge non era infatti finalizzata né all'introduzione di un diritto costituzionale alla tutela della salute né alla configurazione di un corrispondente obbligo, tutelabile in sede giudiziale, in capo all'amministrazione federale²³². Quanto al primo obiettivo, veniva suggerita l'introduzione di una copertura sanitaria universalistica ed obbligatoria da sviluppare sulla base del consolidato modello assicurativo a carico dei datori di lavoro, che già tutelava

²²⁹ Tali dati sono riportati dal sito: <https://www.acep.org/news-media-top-banner/emtala/> (link verificato in data 1.03.2017).

²³⁰ Richard Kirsch, *Fighting for Our Health. The Epic Battle to Make Health Care a Right in the United States*, cit., p. 27.

²³¹ Nicholas Laham, *A Lost Cause. Bill Clinton's Campaign for National Health Insurance*, Westport, Conn., Praeger, 1996, p. 29.

²³² Wendy K. Mariner, *Patients' rights to care under Clinton's Health Security Act: The structure of reform*, *American Journal of Public Health*, 1994, Vol. 84, n. 8, p.1331.

adeguatamente i dipendenti ed i rispettivi nuclei familiari, con i costi suddivisi tra l'80% a carico dei datori di lavoro ed il restante 20% in capo agli stessi lavoratori. Le principali novità sarebbero state la previsione dell'obbligo di acquisto della polizza sanitaria anche per i soggetti privi di occupazione e per i lavoratori autonomi, nonché l'estensione di *Medicare*, che avrebbe previsto l'erogazione di ulteriori servizi medici e la copertura delle spese necessarie per i farmaci con prescrizione medica. Tutti gli individui avrebbero infatti potuto scegliere la propria polizza scegliendo tra tre diverse tipologie, che avrebbero adottato differenti modalità di condivisione dei costi: *low cost-sharing*, *high cost-sharing* e *combination plans*. Il primo avrebbe comportato l'iscrizione ad una HMO ed avrebbe garantito una copertura onnicomprensiva, senza franchigie né addebiti di coassicurazione, prevedendo soltanto un pagamento limitato a dieci dollari per ogni visita medica. Un piano sanitario di *high cost-sharing* avrebbe invece garantito agli iscritti di scegliere i propri medici in piena libertà, essendo tuttavia necessaria una ben maggiore condivisione dei costi a carico degli utenti (franchigia annuale di 400 dollari ed un addebito di coassicurazione pari al 20%). Infine un c.d. *combination plan* avrebbe previsto l'iscrizione ad una PPO ed avrebbe garantito una copertura sanitaria onnicomprensiva agli iscritti tramite le proprie strutture, consentendo tuttavia agli stessi di ricevere le prestazioni anche da medici esterni, con la stessa ripartizione dei costi prevista per i piani di *high cost-sharing*. Il progetto di legge prevedeva poi un limite massimo alle spese a carico degli utenti, fissato in 3,000 dollari annui, che avrebbe trovato applicazione per tutte e tre le diverse tipologie di piani sanitari. Molte le disposizioni dedicate anche ai sussidi federali, che sarebbero stati erogati alle imprese (per contribuire al finanziamento dell'acquisto delle polizze sanitarie per i dipendenti) ed alle famiglie con introiti inferiori ad una certa soglia di indigenza (per sostenere i costi della polizza sanitaria). Gli Stati (seguendo anche quanto già esisteva per i dipendenti federali) avrebbero inoltre dovuto istituire uno o più strutture denominate "regional health alliances", che avrebbero riunito e rappresentato tutti gli individui privi di copertura ed anche le imprese, al fine di negoziare le condizioni contrattuali delle polizze sanitarie direttamente con le compagnie assicuratrici private. È strettissima la correlazione tra tali strumenti e le teorie di *managed competition* teorizzate dalla dottrina americana secondo cui il

rispetto del principio della libera concorrenza in materia sanitaria, stimolato appunto da certe entità a carattere pubblicistico, avrebbe condizionato il mercato, favorendo la disponibilità di polizze a prezzi sempre più competitivi²³³. Gli Stati inoltre, a differenza del programma *Medicaid*, non sarebbero stati liberi di non accettare le prescrizioni federali. Una limitata facoltà di “opt out” dal sistema sarebbe stata riconosciuta soltanto su consenso dell’amministrazione centrale e garantendo in ogni caso l’erogazione degli stessi benefit previsti dalla normativa federale. Per assicurare un’effettiva copertura universale altre norme limitavano la libertà contrattuale delle compagnie assicuratrici che non avrebbero più potuto negare la copertura assicurativa ai pazienti con malattie croniche e sarebbero stati obbligati ad applicare premi identici per tutti gli utenti (*community-rated*), tenendo conto dei costi complessivi dell’assistenza sanitaria e non dei singoli profili medici di ogni paziente. Veniva poi prospettato un drastico contenimento dei costi sanitari sostenuti dall’amministrazione federale per i programmi *Medicare* e *Medicaid*, con quest’ultimo che sarebbe stato amministrato da apposite commissioni denominate *National Health Board*²³⁴.

La proposta di Clinton, regolamentando nel dettaglio la tematica, si presentava alquanto complessa e, pur rappresentando un tentativo ambizioso, non fu ben vista dal Congresso, che di fatto era stato estromesso dalla sua funzione istituzionale. A ciò si aggiungano l’ostilità dell’industria medica (che avrebbe visto ridursi i propri introiti) e del mondo economico, la diminuzione del supporto popolare ed i conflitti interni alla maggioranza democratica, che giocarono un ruolo essenziale nell’impedire al disegno di legge di passare il vaglio del Congresso²³⁵. Il fallimento di una riforma universalistica portò quindi alla riviviscenza di modifiche incrementalistiche, volte a disciplinare aspetti settoriali dell’assistenza o a tutelare categorie settoriali prive di copertura assicurativa. In questo senso, risale al 1996 l’adozione dell’*Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPAA), che,

²³³ Per una ulteriore disamina del tema, si veda *infra*, cap. V, par. 5.2.3.

²³⁴ Si vedano Nicholas Laham, *A Lost Cause. Bill Clinton’s Campaign for National Health Insurance*, cit. pp. 30-32; Wendy K. Mariner, *Patients’ rights to care under Clinton’s Health Security Act: The structure of reform*, cit. p.1332.

²³⁵ Richard Kirsch, *Fighting for Our Health. The Epic Battle to Make Health Care a Right in the United States*, cit., p. 28; Nicholas Laham, *A Lost Cause. Bill Clinton’s Campaign for National Health Insurance*, cit., p. 1 e ss.

relativamente ai piani sanitari collettivi, confermò la conservazione della copertura sanitaria a seguito di conclusione, volontaria o involontaria, del rapporto lavorativo (precedentemente già previste dagli atti federali noti con gli acronimi ERISA e COBRA), limitando inoltre le discriminazioni perpetrate dalle assicurazioni a causa delle condizioni individuali di salute dei pazienti²³⁶. Nel 1997, mediante la previsione di nuovi fondi federali sancita dal *Balanced Budget Act*, venne infine introdotto lo *State Children's Health Insurance Program* (oggi denominato *Children's Health Insurance Program*, CHIP) come parte del titolo XXI al *Social Security Act*, in risposta all'elevato numero di bambini privi di copertura sanitaria e dunque impossibilitati a ricevere cure mediche (all'epoca circa 11 milioni). Il programma fu infatti creato per garantire assistenza sanitaria ai minori di famiglie a basso reddito (fino al 200% della soglia di povertà federale), pur non così indigenti da avere diritto alle prestazioni offerte mediante il programma *Medicaid*. Pur avendo tutti gli Stati implementato la legge entro tre anni dalla sua emanazione, trattandosi di un programma non gestito direttamente dall'amministrazione federale, i governi nazionali hanno adottato soluzioni in parte difformi. Alcuni Stati hanno infatti scelto di offrire la copertura sanitaria non solo ai minori ma anche alle rispettive famiglie, estendendo ad esempio l'applicabilità di *Medicaid*, altri ancora (soprattutto per evitare lo stigma talvolta associato a tale programma) hanno invece provveduto ad istituire un nuovo programma assicurativo appositamente dedicato ai minori (fra gli altri, California, Colorado, Florida Massachusetts, New York)²³⁷.

²³⁶ Kant Patel, Mark Rushefsky, *Health care politics and policy in America*, cit., pp. 55, 56.

²³⁷ Nancy J. Niles, *Basics of the U.S. Health Care System*, cit., p. 217; Kant Patel, Mark Rushefsky, *Health care politics and policy in America*, cit., pp. 110-117.

Capitolo V

Addenda 2009-2017. I (deboli) pilastri dell'assistenza sanitaria statunitense

SOMMARIO: 5.1 La riforma sanitaria nella dialettica tra poteri federali 5.1.1 *La presidenza Obama ed il dibattito politico sulla tematica sanitaria* 5.1.2 *Tra profili innovativi e precedenti progetti statali* 5.2 Obiettivi e innovazioni del *Patient Protection and Affordable Care Act* 5.2.1 *Una difficile negoziazione. L'iter legislativo della riforma* 5.2.2 *L'accesso alle cure. In particolare, l'individual mandate* 5.2.3 *Gli Health Exchanges e la competizione tra le compagnie assicurative* 5.2.4 *Quale garanzia assistenziale per i soggetti economicamente deboli?* 5.3 L'eredità politica di Obama 5.3.1 *Uno sguardo conclusivo alla riforma* 5.3.2 *La battaglia politica contro l'Obamacare*

5.1 La riforma sanitaria nella dialettica tra poteri federali

5.1.1 *La presidenza Obama ed il dibattito politico sulla tematica sanitaria*

Il tradizionale sistema di assistenza basato sui principi del liberalismo ha funzionato, pur non senza contraddizioni, fino a quando gli Stati Uniti hanno attraversato fasi di prosperità economica. In presenza di una situazione di occupazione diffusa, ogni cittadino è infatti libero di autodeterminarsi e di decidere se e quanta parte del proprio reddito impiegare per l'acquisto di una polizza sanitaria. Al contrario, un'elevata disoccupazione avrebbe inevitabilmente rotto, (come infatti è successo) il fragilissimo equilibrio della sanità americana. Sulla scorta di tali premesse, l'assicurazione sanitaria privata ha rappresentato il pilastro su cui sviluppare l'intero sistema di assistenza, garantendo, previo pagamento del relativo premio assicurativo, l'accesso alle cure mediche di volta in volta necessarie. In ossequio al rispetto del principio cardine di uguaglianza formale ed in assenza di

grandi spazi per interventi pubblici redistributivi, l'amministrazione dovrebbe limitarsi ad un ruolo sussidiario, se non addirittura "interstiziale" o di promozione e sostegno¹, volto a permettere alla società civile di auto-organizzarsi secondo le proprie libere scelte, garantendo le libertà fondamentali protette attraverso le ampie clausole della Costituzione². Logica conseguenza di tale visione dovrebbe quindi essere una spesa sanitaria pubblica contenuta. Ed invece gli elevati costi sopportati dalle amministrazioni statali e da quella federale sono, ormai da molti anni, in costante aumento, con una spesa pubblica con percentuali non dissimili da quelle di molti paesi europei, senza tuttavia garantire risultati neppure minimamente paragonabili, stante l'ampia fascia della popolazione lasciata del tutto priva di assistenza sanitaria.

Nel 2009, a fronte della perdurante crisi economica e del temuto collasso del sistema finanziario, milioni di cittadini statunitensi a causa di indigenza, disoccupazione o ragioni anagrafiche (*Medicare*, come noto, non copre gli interi costi) stavano perdendo ogni copertura assicurativa sanitaria³. Un deficit di tutela per nulla marginale, pari nel 2008 al 14,9% di tutta la popolazione degli Stati Uniti (44.8 milioni di pazienti) e che nel 2012, prima dell'effettiva entrata in vigore della riforma Obama, aveva raggiunto il 15,4% (48 milioni di pazienti)⁴. Nonostante gli elevati costi a carico dall'amministrazione federale la garanzia assistenziale era dunque direttamente proporzionale alla ricchezza del paziente. Questa era forse la principale tra le contraddizioni del sistema americano, dove, a fronte di ospedali e centri medici all'avanguardia, le cure sono a disposizione solo di chi può pagare gli ingenti costi della sanità privata, non potendo le residuali coperture offerte da datori di lavoro e da programmi pubblici settoriali colmare le inefficienze strutturali di tale organizzazione⁵. Situazione aggravata dalla posizione egemone delle compagnie

¹ In tal senso, si veda Andrea Pierini, *Federalismo e welfare state nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti: evoluzione e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, cit., p. 242.

² Giovanni Bogneri, *Lo spirito del costituzionalismo americano, La Costituzione liberale*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 128.

³ Rosemary Gibson, Janardan Prasad Singh, *The Battle Over Health Care. What Obama's Reform Means for America's Future*, Washington DC, Rowman & Littlefield Publishers, 2012, p. 7.

⁴ Nancy H. Shanks, *Financing Health Care and Health Insurance*, in Sharon B. Buchbinder, Nancy H. Shanks (edited by), *Introduction to health care management*, Burlington, MA Jones & Bartlett Learning, 2017, p. 234.

⁵ Committee for Economic Development, *Building a National Health-Care System*, cit., p. 11 e ss.

assicurative, capaci di imporre clausole (che nell'ordinamento italiano potremmo definire vessatorie) che discriminano i diritti del contraente debole, imponendo premi particolarmente elevati proprio per i pazienti più a rischio, rifiutando di stipulare la polizza sanitaria in presenza di patologie gravi o croniche del richiedente o, addirittura, lasciando privo di ogni cura chi si ammala⁶. Squilibrio aggravato dalla frammentazione derivante dalle differenze tra Stato e Stato e dal ridotto numero di imprese assicurative operanti in regime di concorrenza. Si pensi infatti che in trentaquattro Stati il 75% del mercato assicurativo era controllato soltanto da cinque compagnie mentre in Alabama una sola compagnia ne deteneva addirittura il 90%⁷.

La tutela della salute veniva dunque a configurarsi non come un diritto di tutti bensì quale privilegio di pochi⁸ ed il legislatore federale non poteva più esimersi dall'intervenire, sulla scorta della tradizione già inaugurata con il Presidente Roosevelt durante il *New Deal*. Le contingenze storiche obbligavano il Presidente Obama a portare avanti la propria battaglia culturale: tentare di convincere i cittadini statunitensi ad essere pronti ad un cambiamento radicale del sistema sanitario. Ed oggi come nel 1935, l'interventismo federale diviene motivo di aspri conflitti, prima politici ed in seguito giudiziari, con l'obiettivo di minarne l'effettiva implementazione. In tale clima di ostilità, molte critiche hanno contrapposto le nuove imposizioni fiscali (immediatamente esigibili) ai benefit promessi ma ancora incerti e soltanto futuri (il sistema di riforma immaginato da Obama sarebbe entrato in vigore nell'arco di quattro anni). In questo bilanciamento dall'esito incerto, come notato da Kathleen Sebelius, *Secretary of Health and Human Services* dal 2009 al 2014, è infatti difficile poter vincere tutte le obiezioni mosse ad un programma

⁶ In quest'ultima ipotesi, le compagnie potevano infatti avvalersi di particolari clausole che consentivano la rescissione unilaterale del contratto già in essere per eccessiva onerosità sopravvenuta a causa dell'insorgenza di malattie gravi preesistenti alla stipula della polizza ma di cui non si aveva conoscenza (le c.d. *preexisting conditions*).

⁷ Carlo Angelico, *Obama e la comunicazione politica*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, 2009, pp. 74-75.

⁸ Di fatto esisteva un "[...] ventaglio/listino potenziale per la tutela della Salute composto pressappoco di 50 tariffe, quanti sono gli Stati in Usa, per 50 gradi di assistenza, capaci di moltiplicarsi in proporzione geometrica in quanto discriminati per grado di probabile ovvero reale patologia, rispettivamente, presunta o vissuta dagli assicurandi. Quindi, una miriade di tariffe, il più delle volte speculative, così come impone ogni prodotto imprenditoriale, per spessori assistenziali così discriminati, principalmente in termini di offerta salutare". Si veda Ettore Jorio, *La riforma sanitaria di Barack H. Obama*, cit., p. 8.

federale in corso di istituzione e prima ancora che questo trovi piena attuazione con l'effettiva fruizione delle prestazioni sociali promesse⁹.

Le direttrici fondamentali della legge, che, come vedremo, hanno avuto alterne fortune, sono essenzialmente tre: garantire l'accesso alle cure (vincolando pazienti, compagnie assicurative e organi pubblici), rimodulare l'impegno pubblico a favore dei cittadini con bassi redditi e creare nuovi strumenti atti ad agevolare una piena e libera scelta della polizza sanitaria. Tutto ciò senza creare un sistema sanitario pubblico, poiché non sembra ancora possibile immaginare negli Stati Uniti politiche sanitarie pubbliche paragonabili a quelle europee, che sono peraltro da tempo ormai in fase di parziale ripensamento. Le modalità con cui tali scelte sono state realizzate possono tuttavia essere oggetto di almeno due chiavi di lettura opposte. Secondo la prima, il Presidente, conscio delle difficoltà che la riforma avrebbe incontrato nel corso del suo iter legislativo, preferì rinunciare a progetti troppo dettagliati (una delle cause del fallimento di Clinton), dettando pochi principi fondamentali (quasi universalità, uniformità, non discriminazione) e rimettendo al Congresso l'elaborazione concreta di un testo che potesse essere approvato sia dalla Camera che dal Senato. Il provvedimento finale rappresenta pertanto un prodotto legislativo mediato, tanto che l'idea originale del "candidato Obama", non corrisponderebbe più, "se, non a grandi linee, al piano predisposto dal Presidente Obama"¹⁰. Tale ridimensionamento non sembrerebbe però aver precluso il raggiungimento degli obiettivi considerati più importanti e non potrebbe, dunque, di per se solo, essere considerato quale fattore negativo. D'altra parte, la logica del compromesso ha precedenti illustri, come testimonia la stessa Costituzione degli Stati Uniti, non a caso considerata un vero e proprio "capolavoro di ingegneria costituzionale"¹¹. A tale visione certamente positiva se ne contrappone invece una più negativa che fa leva sulla lunga serie di regolamentazioni tecniche, solo apparentemente marginali, ma invece fondamentali per il funzionamento

⁹ Kathleen G. Sebelius, *Foreword, U.S. Healthcare Law Enters a New Age*, in I. Glenn Cohen, Allison K. Hoffman, William M. Sage (eds.), *The Oxford handbook of U.S. Health Law*, New York, Oxford University Press, 2017, p. XV.

¹⁰ Carla Bassu, *La riforma sanitaria negli Stati Uniti d'America: un modello federale di tutela della salute?*, cit., p. 12,.

¹¹ Giovanni Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano, La Costituzione liberale*, cit., p. 29.

complessivo del sistema, non disciplinate dal legislatore ma rimesse alla futura determinazione da parte di diversi enti e dipartimenti federali¹². Ebbene, tale tecnica di normazione, se da un lato ha permesso di raggiungere un risultato altrimenti irrealizzabile, dall'altro è causa stessa dell'instabilità e della fragilità della riforma, con troppe decisioni rinviate o rimandate in attesa di maggiori consensi che però non sono mai stati raggiunti¹³. E proprio la difficoltà di cooperazione tra tutti gli organi profondamente eterogenei chiamati a partecipare al processo politico statunitense (dai gruppi di interesse all'industria assicurativa, dalle agenzie federali alla ostinata opposizione repubblicana)¹⁴, non ha certamente agevolato la buona riuscita del piano originale, alimentando crescenti insoddisfazioni e la voglia di *repeal* dell'intera riforma.

5.1.2 Tra profili innovativi e precedenti progetti statali

Prima di tentare di introdurre i pilastri dell'*Obamacare*, un'ultima annotazione concernente i profili di originalità di tale riforma. Pur fortemente innovativa, la sfida lanciata dal Presidente Obama ha infatti tratto ispirazione da previgenti normative statali, cercando tuttavia di rimediare alle inefficienze applicative che più avevano ostato ai precedenti interventi pubblici. Al riguardo, sembrano trovare piena conferma le celebri parole del Giudice Brandeis nella *dissenting opinion* del caso *New State Ice Co. v. Liebmann*¹⁵. Posto che l'adozione di nuove regolamentazioni in materia economica e sociale rappresenta un compito particolarmente gravoso, l'attenzione che l'amministrazione federale rivolge anche alle soluzioni statali costituisce proprio uno degli effetti più positivi di un sistema

¹² Innanzitutto il *Department of Health and Human Services*, il *Department of the Treasury* e il *Department of Labor*. In tal senso, si confronti Kathleen G. Sebelius, *Foreword, U.S. Healthcare Law Enters a New Age*, cit., pp. XIII-XVIII.

¹³ Il riferimento è alle azioni dei Repubblicani e dei movimenti conservatori, quali ad esempio il *Tea Party*, che lamentavano "l'emergere di uno stato iper-interventista e assistenziale, in contrasto con le radici culturali e costituzionali degli Stati Uniti d'America". Si veda Chiara Bologna, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, cit., p. 11.

¹⁴ Jannie Jacobs Kronenfeld, Marcia Lynn Whicker, *U.S. National Health Policy. An analysis of the Federal Role*, cit., pp. 55, 56.

¹⁵ *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932).

federale. Difatti, un singolo Stato coraggioso può, d'accordo con la sua cittadinanza, fungere da laboratorio, sperimentando modelli sociali ed economici senza rischi per il resto della nazione¹⁶. Questo peculiare rapporto pare però biunivoco: gli stessi Stati difficilmente potrebbero porre definitivamente fine al problema sanitario in assenza di una più generale ed uniforme normativa federale che garantisca la corretta operatività dei vari modelli statali. Un sistema universalistico, se adottato da un unico Stato, potrebbe infatti incoraggiare incontrollati fenomeni di turismo sanitario da parte di malati residenti in altri Stati dove sono privi di copertura sanitaria¹⁷.

I primi spunti per l'amministrazione Obama possono essere rinvenuti nei tentativi statali volti ad istituire l'obbligo dei datori di lavoro di offrire piani sanitari ai propri dipendenti (*employer mandate*). Se per l'Oregon tale prescrizione, pur prevista da una legge del 1989, non trovò mai applicazione concreta, nelle Hawaii ottenne invece i risultati attesi anche per il livello minimo di disoccupazione allora esistente, grazie alle molteplici attività di lavorazione e commercializzazione di zucchero e ananas. Nonostante le imprese avessero già da tempo iniziato ad offrire la copertura sanitaria, il relativo obbligo fu introdotto solo nel 1974 con l'*Hawaii Prepaid Health Care Act*. Entrato in vigore l'anno successivo, l'*employer mandate* riuscì a garantire una copertura sanitaria pressoché universale, facendo sì che tutti i dipendenti contrattualizzati per almeno venti ore settimanali avessero diritto a ricevere detta copertura sanitaria da parte del proprio datore di lavoro. Proprio in virtù del buon funzionamento del sistema, nel 1983 le Hawaii furono il primo ed unico Stato cui fu riconosciuta l'esenzione dall'applicazione di ERISA, la legge federale che, secondo le regole generali, avrebbe dovuto prevalere sulle norme statali che disciplinavano i piani sanitari dei lavoratori dipendenti¹⁸.

¹⁶ "To stay experimentation in things social and economic is a grave responsibility. Denial of the right to experiment may be fraught with serious consequences to the nation. It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country".

¹⁷ È questo il pensiero della giudice della Corte suprema Ruth Bader Ginsburg esplicitato nella *concurring opinion* del caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius* del 2012.

¹⁸ Peter D. Jacobson, Rebecca L. Braun, *Let 1000 Flowers Wilt: The Futility of State-Level Health Care Reform*, *Kansas Law Review*, Vol. 55, 2007, pp. 1175-1180. Per un'analisi di ERISA, si confronti anche *supra*, cap. IV, par. 4.6.1.

Altri esempi tenuti in considerazione furono le normative introdotte nel corso degli anni Novanta da varie amministrazioni statali (Washington, New Jersey, New York, New Hampshire, Vermont) per tentare di rendere l'assistenza sanitaria maggiormente accessibile ai pazienti tradizionalmente esclusi dal mercato sanitario. Comunemente note con il nome di *guaranteed-issue and community-rating laws*, tali norme miravano a limitare la discrezionalità delle compagnie assicurative, divenendo però esse stesse causa di gravi fenomeni distorsivi. In particolare, veniva eliminata la facoltà delle assicurazioni di non stipulare polizze o di richiedere premi manifestamente sproporzionati in presenza di gravi patologie del richiedente. La mancata istituzione di un sistema assicurativo obbligatorio consentiva però agli individui di ritardare l'acquisto della polizza sanitaria sino al momento stesso della comparsa della patologia, con conseguenti gravi perdite economiche per le compagnie assicurative¹⁹.

Di particolare rilievo è la disciplina dello Stato del *Massachusetts* e la riforma del 2006 del Governatore Repubblicano Mitt Romney, che tentò di porre fine agli squilibri derivati dalle precedenti normative. Tale legge, nota con il nome di *An Act Providing Access to Affordable, Quality, Accountable Health Care*, fu infatti capace di riformare organicamente il sistema, introducendo una copertura sanitaria per tutti i residenti da almeno tre anni nello Stato, ricomprendendo fino a circa il 97% della popolazione²⁰. La soluzione (che secondo certa dottrina avrebbe dovuto essere seguita anche dall'amministrazione Obama) fu quella di stabilire l'obbligo per tutti i residenti di acquistare una assicurazione sanitaria, pena l'applicazione di una sanzione pecuniaria (*individual mandate*). Solo in tal modo poteva essere risolto il problema di *adverse selection* che in molte altre esperienze aveva portato ad aumenti esorbitanti delle polizze. Veniva poi istituita anche un'apposita agenzia amministrativa semi-governativa, *The Commonwealth Health Insurance Connector Authority*, per agevolare l'acquisto delle polizze individuali

¹⁹ Chiara Bologna, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte Suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, cit., pp. 6-7. Si rinvia poi, ancora una volta, alla *concurring opinion* di Ginsburg nel caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012).

²⁰ Tara Sussman Oakman, Robert J. Blendon, Tami Buhr, *The Massachusetts Health Reform Law: a Case Study* in Robert J. Blendon, Mollyann Brodie, John M. Benson, Drew E. Altman, *American Public Opinion and Health Care*, Washington D.C., CQ Press, 2011, p. 128.

(da sempre più onerose) e garantirne, anche attraverso appositi strumenti informatici (con funzione simile agli *Exchanges* poi introdotti da Obama con la riforma del 2010), la loro diffusione a condizioni simili a quelle offerte dai datori di lavoro²¹. Degno di nota è soprattutto il supporto, politico ed anche sociale, riscosso da tale provvedimento in un momento storico di riduzione delle spese pubbliche e di disincanto verso l'aumento dei poteri degli organi statali. Difatti, nei sondaggi effettuati tra i residenti dello Stato nel 2007, il 92% degli intervistati riconosceva l'esistenza, per tutti, di un diritto alla tutela della salute, promuovendo, di fatto, la legge di riforma introdotta da appena un anno²².

²¹ Amy M. Lischko, Sara S. Bachman, Alyssa Vangeli, *The Massachusetts Commonwealth Health Insurance Connector: structure and functions*, Issue brief, The Commonwealth Fund, 2009, Vol. 55, pp.1-14.

²² Al riguardo, la peculiare storia del Massachusetts ha certamente agevolato il successo politico della riforma. Molte infatti le figure legate a questo Stato che, nel corso della storia, si erano battute a favore dell'istituzione di una copertura sanitaria universalistica. Ne furono esempi i Senatori Ted Kennedy e John Kerry, oppure il Governatore Michael Dukakis, il quale, nel corso della sua campagna elettorale presidenziale del 1988, aveva proposto l'introduzione nello Stato di una copertura sanitaria universale. Progetto che, pur fortemente ambizioso, non è tuttavia stato oggetto di approfondite riflessioni da parte dei giuristi statunitensi, sia perché considerato una mera coincidenza politica, un tentativo mal riuscito del Governatore Dukakis di imporsi sulla scena federale, sia per il c.d. "Massachusetts exceptionalism", la convinzione cioè che le politiche di tale Stato, seppur interessanti, siano comunque troppo distanti dalla cultura politica dominante negli Stati Uniti, non potendo così risultare di grande interesse pratico per gli studiosi della politica sanitaria americana. Si confrontino Susan A. Goldberger, *The Politics of Universal Access: The Massachusetts Health Security Act of 1988*, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 1990, Vol. 15, n. 4, pp. 857-885; Tara Sussman Oakman, Robert J. Blendon, Tami Buhr, *The Massachusetts Health Reform Law: a Case Study* in Robert J. Blendon, et al., *American Public Opinion and Health Care*, cit., p. 129. Si veda anche Suffolk University in Boston, *Poll Reveals Disconnect on Mass. Health Care Law*, 2007, <http://www.suffolk.edu/news/6661.php#.WDyxUZUVDIU> (link verificato in data 21/11/2017).

5.2 Obiettivi e innovazioni del Patient Protection and Affordable Care Act

5.2.1 Una difficile negoziazione. L'iter legislativo della riforma

“Dopo il crollo delle Twin Towers la stagione del sogno politico sembrava finita. Barack Obama ha riportato la dimensione del sogno nel vocabolario della politica. Obama, il primo Presidente afroamericano degli Stati Uniti, già solo col proprio vissuto incarna l'American Dream. Rappresenta l'outsider che ce la fa. È il simbolo della speranza e del cambiamento”²³.

La riforma sanitaria costituiva una delle priorità dell'agenda politica del Senatore federale per lo Stato dell'Illinois Barack Obama, candidato democratico per le elezioni presidenziali del 2008, determinato ad attenuare i più gravi difetti di funzionamento del modello privatistico. La scelta fu quella di portare avanti la strategia incrementale con cui l'amministrazione federale aveva già tentato di correggere (“patch up and hold together”) il non-sistema statunitense di finanziamento della sanità²⁴. I progetti di cambiamento furono illustrati nel *Blueprint for Change*, un libretto contenente una sintesi schematica delle linee programmatiche del disegno politico di Obama e del suo vice Joe Biden. La sezione dedicata alla riforma del sistema sanitario manifestava la ferma volontà di permettere ad ogni cittadino di avere una copertura sanitaria, permettendo a chi ne fosse sprovvisto di scegliere tra polizze assicurative private ed un nuovo piano pubblico²⁵: “Se hai già un'assicurazione sanitaria, l'unica cosa che cambierà sarà il prezzo del premio assicurativo. Sarà più basso. Se invece sei uno dei 45 milioni di

²³ Carlo Angelico, *Obama e la comunicazione politica*, cit., p. 66.

²⁴ In tal senso, Timothy Stoltzfus Jost, *Access to Health Insurance and Health Benefits*, in I. Glenn Cohen, Allison K. Hoffman, William M. Sage (eds.), *The Oxford handbook of U.S. Health Law*, cit., p. 161.

²⁵ Carlo Angelico, *Obama e la comunicazione politica*, cit., p. 61.

americani privi di assicurazione, sarai coperto una volta che il mio programma diventerà legge”²⁶.

Divenuto Presidente, la realtà si dimostrò però molto più complessa rispetto ai propositi iniziali. Per far fronte a tali difficoltà il Presidente assunse sin dal suo insediamento alla Casa Bianca nel gennaio 2009 un ruolo centrale nella discussione della tematica sanitaria alla luce delle prerogative riconosciutegli dalla Costituzione. Come noto, il Presidente gode infatti di un potere di impulso e di persuasione nei confronti del Congresso (l’articolo II, sezione 3, gli attribuisce infatti il potere di informare il Congresso sulle condizioni dell’Unione e di raccomandare all’esame di quest’ultimo “quei provvedimenti che riterrà necessari e convenienti”) e di uno, negativo, di veto sospensivo sulle leggi approvate dal Congresso (articolo I, sezione 7), che può essere superato soltanto se lo stesso progetto di legge è nuovamente approvato da ciascuna Camera con la maggioranza dei due terzi²⁷. La questione sanitaria fu dunque subito portata all’attenzione del Congresso già dal discorso sullo stato dell’Unione del febbraio 2009, nel corso del quale il Presidente puntualizzò come i costi sanitari (aumentati a dismisura rispetto ai redditi), rappresentassero ormai una delle principali cause di dissesto economico per i cittadini americani. Per tale motivo, il Congresso era chiamato al raggiungimento di un risultato storico, “an historic commitment to comprehensive health care reform [...] on the principle that we must have quality, affordable health care for every American”²⁸. Obama proponeva di definire le concrete modalità con cui raggiungere tale obiettivo mediante un lavoro congiunto che avrebbe impegnato insieme imprese e lavoratori, medici e fornitori dei servizi sanitari, Democratici e Repubblicani. Tale sforzo di condivisione proseguì in una serie di incontri presso la Casa Bianca per mediare gli interessi contrari a quelli di riforma dei gruppi ritenuti più influenti come molte associazioni mediche, tra le quali l’*American Medical Association* e l’*American College of Physicians*, le industrie farmaceutiche, le strutture ospedaliere (anche

²⁶ Gavino Maciocco, *La sanità negli Stati Uniti: Le novità di Barack Obama*, Care 3, 2010, cit., p. 29.

²⁷ Vincenzo Varano, Vittoria Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., pp. 338-341, 418-423. Si veda anche Chiara Bologna, *Dall’approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte Suprema: la parabola (inconclusa) dell’Obamacare*, cit., p. 9.

²⁸ *Remarks of President Barack Obama, Address to Joint Session of Congress*, 24 febbraio 2009.

confessionali), i sindacati ed anche molte associazioni, ma anche le stesse compagnie assicurative, che sempre, in passato, si erano fermamente opposte a riforme organiche del sistema. Incontri che sfociarono in vere e proprie trattative formali con cui le parti negoziarono alcune modifiche al progetto di legge (l'esempio più evidente, come vedremo, l'abbandono della *public option*, un apposito piano assicurativo pubblico) in cambio dell'impegno a schierarsi a favore della riforma. Accordi che effettivamente raggiunsero i risultati sperati, riuscendo a formare una coalizione eterogenea ed autorevole senza il cui appoggio sarebbe stato impossibile portare a termine l'iter legislativo²⁹. Per contro, altri soggetti collettivi mantennero invece un atteggiamento ostile per la paventata intromissione federale nel mercato sanitario, tacciando la riforma, ancor prima che questa fosse redatta, di essere una misura socialista. Ne è un esempio l'attività di protesta messa in atto, soprattutto in occasione delle *midterm election* del 2010, dal movimento politico ultra-conservatore del *Tea Party (for Taxed Enough Already)*³⁰, contrario alle ingerenze federali e alle crescenti spese dell'apparato pubblico. Tra i più fermi oppositori della riforma Obama vi erano però anche i rappresentanti del settore imprenditoriale come la *Chamber of Commerce* ("una sorta di Confindustria americana cui fanno capo oltre tre milioni di imprese") e la *National Federation of Independent Business* ("a sua volta rappresentativa di alcune centinaia di migliaia di piccole-medie imprese")³¹, a causa dei maggiori oneri economici e dei nuovi obblighi che la riforma avrebbe posto a carico delle imprese.

In questo clima di forti dissidi ideologici cominciarono le discussioni in seno al Congresso, accompagnate da una "continua negoziazione" tra "la Casa Bianca, i capigruppo del partito di maggioranza e i singoli parlamentari"³². I lavori di varie Commissioni portarono all'elaborazione di cinque diversi progetti di legge (due al Senato e tre alla Camera) che richiedevano un grande sforzo di mediazione per confluire in un unico testo. Le perplessità maggiori derivavano dalla mancanza di coesione all'interno dello stesso gruppo Democratico, con rappresentanti

²⁹ Federico Toth, "Yes, we did"? *Luci ed ombre della riforma sanitaria di Obama*, Rivista italiana di scienza politica, Vol. 1, 2011, pp. 122-124.

³⁰ Per una analisi del movimento si veda anche la voce *Tea Party Movement*, in *Encyclopedia of Social Media and Politics*, 2014.

³¹ Federico Toth, "Yes, we did"? *Luci ed ombre della riforma sanitaria di Obama*, cit., p. 124.

³² Federico Toth, "Yes, we did"? *Luci ed ombre della riforma sanitaria di Obama*, cit., p. 117.

antiabortisti e minoranze di parlamentari più moderati (soprannominati *Blue Dogs*) contrari agli elevati costi delle misure prospettate³³. Proteste che sfociarono nelle note pratiche ostruzionistiche di *filibustering* che consentono ai senatori di disporre di un potere di proporre emendamenti tendenzialmente privo di limiti per impedire di porre fine ad un dibattito a meno che questo non sia interrotto su mozione (*cloture*) di almeno tre quinti dei senatori, pari a sessanta membri su cento³⁴. La situazione di stallo che ne derivò impose al Presidente di fare uso del proprio potere di persuasione e così con il discorso tenuto al Congresso in sessione plenaria il 9 settembre 2009 venne ribadita la necessità oggettiva di una riforma che si prefiggesse il raggiungimento degli obiettivi di universalità, uguaglianza e di razionalizzazione dei costi. Principi che avrebbero dovuto essere raggiunti non con soluzioni unilaterali bensì con uno sforzo congiunto di tutti gli attori interessati, indirizzati da un Presidente che si proponeva quale mediatore *super partes*³⁵. Conseguenza di tale impegno fu l'effettiva ripresa delle trattative interne alla due Camere per unificare i precedenti progetti. Alla Camera, le negoziazioni, proseguite per diverse settimane, sfociarono nell'*Affordable Health Care of American Act*, testo che, oltre a contenuti simili a quelli poi effettivamente divenuti legge (cui si rinvia), vietava espressamente l'utilizzo di finanziamenti pubblici per il compimento di interruzioni volontarie di gravidanza (emendamento Stupak) e prevedeva la *public option*. Quest'ultima, similmente alle intenzioni del Presidente Obama, avrebbe dovuto rappresentare un piano assicurativo gestito non da soggetti privati ma direttamente dall'amministrazione federale, ideato sulla falsariga del programma *Medicare* ed a disposizione dei cittadini sprovvisti di polizza sanitaria, che avrebbero così potuto scegliere tra le tradizionali assicurazioni private e la nuova copertura pubblica. Sebbene i democratici potessero disporre di 258 deputati del proprio partito (a fronte di 218 voti necessari per il raggiungimento della maggioranza semplice), la reintroduzione di uno degli elementi più controversi del progetto di riforma rese l'approvazione del testo alquanto difficoltosa, poiché tale misura era stata subito additata quale indebita presa di potere dell'amministrazione,

³³ Chiara Bologna, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte Suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, cit., p. 10.

³⁴ *Rule XXII of the Standing Rules of the United States Senate*.

³⁵ Carlo Angelico, *Obama e la comunicazione politica*, cit., pp. 78-83.

“a government takeover of health care”³⁶. Approvazione che ebbe finalmente luogo il 7 novembre 2009 solo con una stretta maggioranza, con 220 voti favorevoli e 215 contrari.

Quanto, invece, al Senato, la Commissione Finanze, su iniziativa del suo presidente Max Baucus, presentò un nuovo progetto di legge che mirava ad ampliare la copertura sanitaria e a ridurre gli ingenti costi federali, con un risparmio previsto di 81 miliardi di dollari in dieci anni secondo le stime del *Congressional Budget Office*, organo tecnico competente a valutarne l'impatto economico³⁷. Furono tuttavia le “forme reiterate di ostruzionismo parlamentare (il cosiddetto *filibustering*)”³⁸ a condizionarne i più importanti contenuti³⁹. Per impedire ai senatori di opporre tattiche ostruzionistiche si rendeva infatti necessario il raggiungimento di un accordo su un testo che mettesse d'accordo una maggioranza qualificata di almeno 60 voti, a fronte di 58 senatori democratici, di cui solo 57 potenzialmente a favore del provvedimento di riforma. A tal fine, dopo un aspro confronto, dalla proposta fu espunta la sgradita *public option*⁴⁰, ottenendo così un ulteriore voto a favore (il cinquantottesimo). I due voti ancora mancanti vennero invece ottenuti a seguito di estenuanti trattative con i senatori degli Stati del Nebraska e della Louisiana, i quali, in cambio dell'appoggio alla riforma, ottennero “molti più fondi federali di quanti ne avrebbero ricevuti gli altri stati”⁴¹. Così, il 24 dicembre 2009 il *Patient Protection and Affordable Care Act* fu approvato dal Senato.

A causa della diversità dei testi approvati rispettivamente da Camera e Senato iniziò una difficile conciliazione volta al perfezionamento di un unico testo

³⁶ In tal senso Rosemary Gibson, Janardan Prasad Singh, *The Battle Over Health Care. What Obama's Reform Means for America's Future*, cit., p. 10.

³⁷ Chiara Bologna, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte Suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, cit., pp. 10-11.

³⁸ Federico Toth, “Yes, we did”? *Luci ed ombre della riforma sanitaria di Obama*, cit., p. 119.

³⁹ Sui contenuti del progetto alla discussione del senato si veda più in generale Ettore Jorio, La Camera dei Rappresentanti degli Usa dice sì alla riforma Obama, in *federalismi.it*, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, n. 21, 2009, pp. 1-6.

⁴⁰ *Public option* che il senatore Harry Reid aveva inutilmente tentato di far reintrodurre nel testo, pur con modalità più attenuate. In tal senso, si confronti Ettore Jorio, *Il senato Usa ha approvato la riforma sanitaria. Scompare la formale introduzione della Public Option, ma la si concretizza per via indiretta*, *www.federalismi.it*, n. 25, 2009, p. 2.

⁴¹ Si confronti Federico Toth, “Yes, we did”? *Luci ed ombre della riforma sanitaria di Obama*, cit., p. 119, secondo cui al solo Stato della Louisiana furono attribuiti oltre 300 milioni di dollari.

che avrebbe dovuto essere poi sottoposto al voto di entrambe. Le difficoltose trattative furono tuttavia interrotte da un evento che sembrava potesse porre fine alle volontà di riforma. Visto che nel Senato era rimasto vacante il seggio di Ted Kennedy, senatore del Massachusetts, in tale Stato il 19 gennaio 2010 si svolsero le elezioni suppletive per l'elezione del nuovo rappresentante. Inaspettatamente, la vittoria del candidato repubblicano privò il partito democratico della maggioranza qualificata di sessanta voti, imprescindibile per ottenere in aula secondo le ordinarie procedure l'approvazione di una nuova legge di riforma sanitaria. I democratici, con il consenso del Presidente, decisero allora di superare l'impasse compiendo l'unica scelta che avrebbe permesso alla riforma sanitaria di entrare in vigore. Il 21 marzo 2010 la Camera dei Rappresentanti adottò senza modifiche (che altrimenti avrebbero richiesto una nuova votazione in Senato) il testo di riforma già approvato dal Senato e votò poi l'approvazione di un disegno di legge, l'*Health Care and Education Reconciliation Act of 2010* (HCERA), che conteneva alcune modifiche, di natura prevalentemente finanziaria, da apportare al primo provvedimento legislativo⁴². Il 23 marzo 2010 il Presidente Obama firmò il *Patient Protection and Affordable Health Care*. Seguì poi (24 marzo), quale contropartita per l'approvazione senza emendamenti del PPACA da parte della Camera, la firma dell'ordine esecutivo n. 13535. Esso, riproducendo il contenuto dell'emendamento Stupak (contenuto solo nel precedente disegno presentato alla Camera), vietava l'utilizzazione dei fondi federali per le interruzioni volontarie di gravidanza, confermando e rafforzando quanto già stabilito con legge dal c.d. *Hyde Amendment* in vigore dal 1977, secondo cui per tali pratiche mediche non potevano essere impiegati fondi federali, a meno che l'interruzione della gravidanza venisse richiesta a causa di violenza sessuale, incesto o pericolo di vita per la madre⁴³.

Quanto al Senato, non restava che approvare l'*Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*, atto che recepiva l'accordo di compromesso tra

⁴² Tra le modifiche più rilevanti, l'incremento dei sussidi federali, la riduzione dell'importo del *penalty* da pagare in caso di mancato acquisto della polizza sanitaria, l'eliminazione del c.d. *donut hole*, di cui alla parte D del programma *Medicare*, relativo ai costi dei farmaci (al riguardo si veda *supra*, cap. IV, par. 4.5.2). Su quest'ultimo punto, la legge (*Sec. 1101. Closing the Medicare Prescription Drug "Donut Hole"*) prevedeva una progressiva diminuzione delle spese a carico degli utenti del programma fino alla totale eliminazione prevista per il 2020.

⁴³ Si confronti The staff of the Washington Post, *Landmark: the inside story of America's new health-care law and what it means for us all*, New York, PublicAffairs, 2010, p. 179

esecutivo e legislativo federale e che, emendando il PPACA, forniva la versione ultima e definitiva della riforma sanitaria. La scelta fu quella di superare l'ostacolo repubblicano utilizzando (forse impropriamente) la procedura di *budget reconciliation*, avente carattere eccezionale ed utilizzabile per le sole leggi finanziarie⁴⁴, come appunto era stato qualificato il disegno di legge in questione. Tale procedura, imponendo infatti tempi di discussione limitati (non superiori a venti ore) poneva un argine al *filibustering*⁴⁵ e non richiedendo alcuna maggioranza qualificata rappresentava l'unico strumento che avrebbe permesso alla riforma di divenire legge⁴⁶. Il 25 marzo il Senato votò il *reconciliation bill* (approvato dalla Camera pochi giorni prima), approvandolo con la maggioranza semplice di 56 voti, cui seguì in data 30 marzo 2010 la firma del Presidente⁴⁷.

Si concludeva così un *iter* frammentato e tormentato con cui diveniva ufficialmente legge federale il piano di riforma fortemente voluto da Obama. Diviso tra contrapposte istanze conservative e rinnovatrici, i suoi pilastri sono rappresentati dalla garanzia semi-universalistica dell'accesso alle cure sanitarie (mediante l'introduzione dell'obbligo generalizzato di possedere una copertura sanitaria e da nuove, più restrittive, regolamentazioni per le compagnie assicurative), dalla creazione di appositi strumenti online per agevolare la libera scelta della copertura sanitaria ed infine dalla ridefinizione dell'intervento federale per i soggetti economicamente deboli (introduzione di sussidi federali per l'acquisto della polizza ed estensione di *Medicaid*). Procediamo con ordine nell'analisi di questi principi, che rappresentano gli sforzi intellettuali più notevoli dell'amministrazione Obama.

⁴⁴ Tale procedura fu introdotta con il *Congressional Budget and Impoundment Control Act of 1974*, che istituì anche il *Congressional Budget Office* (CBO), organo tecnico indipendente deputato a rilasciare stime imparziali sui costi e sulle conseguenze delle proposte finanziarie del Congresso.

⁴⁵ In ogni caso, i Senatori, in base alla c.d. *Byrd rule*, sono in grado di bloccare le disposizioni non inerenti ricavi, spese o il budget federale.

⁴⁶ Federico Toth, *"Yes, we did"? Luci ed ombre della riforma sanitaria di Obama*, cit., pp. 119-120.

⁴⁷ Rino Casella, *La riforma sanitaria di Barack Obama*, cit., pp. 48-49.

5.2.2 L'accesso alle cure. In particolare, l'individual mandate

Il cuore del nuovo sistema è rappresentato dall'*individual mandate*, cioè l'obbligo per tutti i cittadini che non siano già tutelati da polizze sanitarie private (ad esempio quelle offerte dai datori di lavoro) o pubbliche (*Medicare*, *Medicaid* o tramite altri programmi federali), di acquistare una assicurazione sanitaria che garantisca le prestazioni sanitarie considerate più importanti (*minimum essential coverage*). Oltre alle cure ospedaliere e alle varie prestazioni sanitarie direttamente previste dal PPACA⁴⁸, la stessa legge delegava il *Department of Health and Human Services* all'effettiva precisazione di tutti i servizi di medicina preventiva che avrebbero dovuto necessariamente essere garantiti dalla polizza sanitaria e che il legislatore non era in grado di predeterminare. L'HHS, accogliendo le raccomandazioni provenienti dall'IOM (*Institute of Medicine*) e dal *Committee on Preventive Services for Women*, stabilì che la polizza dovesse prevedere, tra l'altro, anche la copertura dei vari contraccettivi femminili (*Birth control coverage*)⁴⁹ senza costi ulteriori a carico delle pazienti, ad eccezione dei farmaci abortivi che solo taluni Stati finanziano per gli iscritti a *Medicaid* mediante l'utilizzo di appositi fondi statali⁵⁰. Quanto alla copertura dei contraccettivi un ulteriore aspetto deve essere messo in luce. Quella che, a prima vista, potrebbe sembrare una previsione tutto

⁴⁸ Ogni piano assicurativo deve garantire i servizi di emergenza e quelli ambulatoriali, l'assistenza ospedaliera (comprensiva di interventi chirurgici e ricoveri), l'assistenza prenatale e neonatale, i servizi di igiene mentale, la prescrizione di medicine che necessitano la ricetta medica, i servizi riabilitativi e la fornitura di protesi, le analisi di laboratorio, i servizi pediatrici e le cure preventive. Al riguardo si confronti anche il sito web <https://www.healthcare.gov/coverage/what-marketplace-plans-cover/> (link verificato in data 12/12/2017). A prescindere dalle prestazioni sanitarie essenziali (che ogni assicurazione deve in ogni caso garantire), con riferimento alle varie tipologie di polizze sanitarie, la legge distingue quattro diversi livelli di copertura, *bronze*, *silver*, *gold* e *platinum*, cui corrispondono costi a carico dei pazienti profondamente diversi. I *bronze plans* sono i piani più economici e si caratterizzano per i premi più bassi e per le molte spese *out-of-pocket* a carico dei pazienti, mentre, all'opposto, i *platinum plans* hanno i premi assicurativi più elevati che meglio tutelano la salute del paziente. In particolare, un piano *bronze* garantisce una copertura approssimativa del 60%, *silver* del 70%, *gold* dell'80% e *platinum* del 90%.

⁴⁹ "...the full range of Food and Drug Administration (FDA)-approved contraceptive methods, sterilization procedures, and patient education and counseling for women with reproductive capacity". Si confronti Mary Tschann, Reni Soon, *Contraceptive Coverage and the Affordable Care Act*, *Obstet Gynecol Clin North Am.*, 2015, Vol. 42, n. 4, p. 2.

⁵⁰ The staff of the Washington Post, *Landmark: the inside story of America's new health-care law and what it means for us all*, cit., p. 179.

sommato di secondaria importanza (anche perché molti Stati già lo prevedevano)⁵¹ diverrà invece uno fra i molteplici elementi su cui il giudiziario federale sarà chiamato a pronunciarsi. Nella ricerca di un bilanciamento tra tale previsione e la tutela della libertà religiosa⁵², l'amministrazione federale aveva previsto che i datori di lavoro confessionali (come le chiese o altri luoghi di culto) fossero esenti da tale obbligo, con i conseguenti costi relativi ai servizi contraccettivi integralmente a carico di chi avesse inteso avvalersene. Le organizzazioni religiose senza scopo di lucro (ospedali, enti assistenziali o scuole confessionali) per giovare di tale esenzione avrebbero invece avuto l'onere di comunicare formalmente all'amministrazione federale la loro obiezione religiosa in relazione alla garanzia dei servizi contraccettivi.

L'*individual mandate* ha conferito un'impronta certamente innovativa al sistema sanitario statunitense. In particolare, ha avuto un duplice effetto immediato. In primo luogo, ha realizzato l'apertura del mercato sanitario a tutti i pazienti, dal primo gennaio 2014 obbligati ad avere una copertura sanitaria, con la conseguente condivisione dei costi sanitari fra tutti i cittadini. In secondo luogo, mira ad impedire che gli individui possano rinviare l'acquisto della polizza al momento della malattia, abusando del divieto per le compagnie (già esistente in molti Stati e previsto anche dalla nuova riforma) di non procedere alla stipula della polizza in presenza di patologie da parte del richiedente. In caso di inadempimento all'obbligo assicurativo la stessa legge prevede l'imposizione di un *penalty*, di fatto una tassa⁵³, che viene calcolata con diverse modalità. In presenza di nucleo familiare la sanzione pecuniaria viene calcolata in misura proporzionale al reddito familiare (attualmente è pari al 2,5% del reddito annuale)⁵⁴, altrimenti, se calcolato individualmente, è pari a 695 dollari (in origine 750).

⁵¹ Mary Tschann, Reni Soon, *Contraceptive Coverage and the Affordable Care Act*, cit., p. 3.

⁵² Come noto, secondo il I emendamento "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof".

⁵³ Al riguardo, si veda *infra*, cap. VI, par. 6.2.2.

⁵⁴ Gli importi sono stati aumentati con lo HCERA. Si prevede un *penalty* per il 2014 pari all'1% del reddito (in origine lo 0,5%), 2% per il 2015 (in origine 1%) e 2,5% per gli anni successivi (in origine 2%).

Alla regola generale che impone al privato cittadino di possedere una polizza sanitaria si contrappongono tuttavia alcune deroghe⁵⁵. La più nota è forse quella dedicata agli individui “who cannot afford coverage”. Sono infatti esonerati dall’obbligo legislativo coloro cui l’acquisto della polizza costerebbe più dell’8% del proprio reddito annuo (al netto di detrazioni federali e di eventuali costi parziali sostenuti dai datori di lavoro). La seconda importante eccezione è prevista per motivi religiosi⁵⁶. Non sono infatti soggetti al pagamento del *penalty* le due distinte categorie di soggetti individuate nelle disposizioni rubricate “Religious conscience exemption” e “Health care sharing ministry”. La prima (anche attraverso il rinvio alla § 1402 (g)(1) dell’*Internal Revenue Code*) fa essenzialmente riferimento ai membri delle organizzazioni religiose riconosciute⁵⁷ che per motivi connessi alla propria fede si oppongono all’accettazione di polizze assicurative che permettono il ricevimento di cure sanitarie o che prevedono indennità in caso di morte, malattia e anzianità⁵⁸. Coloro che non rientrano all’interno di questa prima categoria possono comunque esserne esentati se dimostrano l’appartenenza ad una delle organizzazioni religiose⁵⁹ denominate *Health care sharing ministry* all’interno delle quali i membri condividono non soltanto determinati principi etici o religiosi ma anche le spese mediche necessarie per garantire l’assistenza necessaria a tutti i suoi componenti, opponendosi tuttavia all’acquisto obbligatorio di una copertura assicurativa sanitaria (che, come già ricordato, comprenderebbe, tra l’altro, anche i contraccettivi femminili)⁶⁰. Infine, le altre ipotesi, residuali, in cui non sussiste

⁵⁵ Si veda 26 U.S. Code § 5000A - *Requirement to maintain minimum essential coverage*.

⁵⁶ Al riguardo, si confronti Samuel T. Grover, *Religious Exemptions to the PPACA's Health Insurance Mandate*, *American Journal of Law & Medicine*, 2011, Vol. 37, n. 4, pp. 624-651.

⁵⁷ Letteralmente, la disposizione fa riferimento a “[...] member of a recognized religious sect or division thereof which is described in section 1402(g)(1), and an adherent of established tenets or teachings of such sect or division as described in such section”.

⁵⁸ La stessa § 1402 prevede una serie di condizioni per l’operatività dell’esenzione, tra le quali l’esistenza ininterrotta della confessione religiosa a far data dal 31 dicembre 1950, richiedendo altresì che i suoi membri si siano premuniti a tutela degli altri seguaci economicamente deboli in modo ragionevole rispetto al proprio tenore di vita.

⁵⁹ Si veda 26 U.S. Code § 501 (c) (3). Tale norma concorre a chiarire l’esatto significato delle organizzazioni che rilevano nel caso in esame. Difatti, si intende fare riferimento a: “Corporations, and any community chest, fund, or foundation, organized and operated exclusively for religious, [or other purposes], no part of the net earnings of which inures to the benefit of any private shareholder or individual, no substantial part of the activities of which is carrying on propaganda, or otherwise attempting, to influence legislation, and which does not participate in, or intervene in any political campaign on behalf of (or in opposition to) any candidate for public office”.

⁶⁰ Al riguardo la norma prevede ulteriori requisiti, tra cui i più importanti richiedono che l’individuo che necessita le cure conservi liberamente lo status di membro dell’organizzazione anche a seguito

l'obbligo di acquistare una polizza sanitaria concernono gli stranieri che risiedono illegalmente negli Stati Uniti, i detenuti⁶¹ ed i nativi americani⁶². Per questi ultimi, in particolare, opera un apposito programma pubblico che eroga le prestazioni sanitarie tramite l'*Indian Health Service*⁶³.

Non solo gli individui, ma anche le imprese sono destinatarie di precisi obblighi normativi. Esse, come noto, svolgono un ruolo tutt'altro che secondario nel mercato sanitario, assicurando i propri dipendenti con polizze sanitarie erogate come parte della retribuzione. Tali forme assicurative ormai da molti anni costituiscono la forma assicurativa più diffusa, anche per i costi minori a carico del singolo individuo. Basti pensare che nel 2007, il 61% della popolazione statunitense (158 milioni di persone, di cui la metà come lavoratori dipendenti e l'altra metà come familiari a carico del lavoratore) possedeva infatti tali polizze⁶⁴. Offrire tale copertura, tranne che in alcuni Stati come le Hawaii ed il Massachusetts, non rappresentava però un obbligo per i datori di lavoro. Pertanto, negli anni di crisi economica precedenti all'amministrazione Obama, sempre più imprese (soprattutto quelle di piccole e medie dimensioni) erano state costrette ad eliminare suddetto benefit, con conseguente drastica riduzione del numero di lavoratori assicurati (nel 2008 solo il 43% dei dipendenti delle aziende con meno di 25 lavoratori godevano di tale forma assicurativa, rispetto al 67% dei lavoratori di imprese con più di 200 lavoratori)⁶⁵. Ebbene, al fine di recuperare il ruolo centrale dei datori di lavoro, il provvedimento di riforma ha introdotto l'obbligo per le imprese con almeno cinquanta lavoratori a tempo pieno di offrire ai propri dipendenti una polizza sanitaria. L'*employer mandate* non è tuttavia un obbligo assoluto. Infatti, si parla di

dell'insorgenza della patologia, che la stessa organizzazione esista almeno dal 1999 e che da tale anno abbia provveduto in via continuativa alla condivisione delle spese mediche dei suoi membri. L'ente religioso deve inoltre garantire lo svolgimento di una verifica contabile annuale da parte di un organismo pubblico indipendente, da rendere disponibile a chiunque ne faccia richiesta.

⁶¹ Per i detenuti, si ricorda tuttavia come il diritto a ricevere assistenza medica si ricavi dall'VIII emendamento. Si confronti *supra*, cap. IV, par. 4.2.2.

⁶² Come precisato da 26 U.S. Code § 45A(c)(6): "The term "Indian tribe" means any Indian tribe, band, nation, pueblo, or other organized group or community, including any Alaska Native village, or regional or village corporation, as defined in, or established pursuant to, the Alaska Native Claims Settlement Act (43 U.S.C. 1601 et seq.) which is recognized as eligible for the special programs and services provided by the United States to Indians because of their status as Indians."

⁶³ Si veda anche *supra*, cap. IV, nota n. 89.

⁶⁴ Si confronti Arleen Leibowitz, Mark A. Peterson, *Perspectives on the U.S. Health Care System*, cit., p. 19.

⁶⁵ Arleen Leibowitz, Mark A. Peterson, *Perspectives on the U.S. Health Care System*, cit., p. 20.

sistema “play or pay”: o l’impresa offre la copertura sanitaria oppure versa all’amministrazione una certa somma, che oscilla tra i 2,000 ed i 3,000 dollari per ogni dipendente non assicurato⁶⁶. Le imprese con meno di cinquanta dipendenti, pur non avendo alcun obbligo giuridico, se decidono di offrire la polizza sanitaria devono in ogni caso rispettare i requisiti generali fissati dalla legge⁶⁷ in ordine a prestazioni e servizi essenziali e possono servirsi di un apposito programma, denominato *Small Business Health Options* (SHOP), per l’acquisto delle coperture assicurative e per l’ottenimento di crediti d’imposta⁶⁸.

A completamento della garanzia dell’accesso alle cure sanitarie, deve ricordarsi l’estensione delle polizze dei genitori ai figli fino al compimento del ventiseiesimo anno e, soprattutto, la nuova regolamentazione delle prassi tenute dalle compagnie assicurative. Tale scelta conferma il cambiamento di rotta del legislatore federale, già inaugurato a partire dagli anni Settanta, volto a ridimensionare la regola generale in base alla quale la disciplina dei mercati assicurativi restava materia di competenza sostanzialmente statale⁶⁹. L’amministrazione federale intendeva infatti porre fine al fenomeno di *patient skimming* abitualmente praticato dalle compagnie assicurative, le quali, in presenza di patologie gravi o croniche da parte del richiedente, si rifiutavano di stipulare la polizza sanitaria. Prassi che solo in parte era stata contrastata da precedenti normative federali (ERISA nel 1974), seppur limitatamente alle sole polizze collettive. In base alle nuove norme di legge⁷⁰ per qualsiasi tipo di polizza sanitaria richiesta (anche di tipo individuale), è preclusa ogni forma di discriminazione (limitazione o esclusione dai benefit normalmente previsti dalla copertura sanitaria) basata sullo status di salute del richiedente (*pre-existing conditions*) da parte delle compagnie assicurative⁷¹. Come già ricordato, l’espresso divieto di diniego della

⁶⁶ Si confronti 26 U.S. Code § 4980H - *Shared responsibility for employers regarding health coverage*.

⁶⁷ 42 U.S. Code § 18022 - *Essential health benefits requirements*.

⁶⁸ Timothy Stoltzfus Jost, *Access to Health Insurance and Health Benefits*, cit., pp. 161-162.

⁶⁹ Si confronti a tal fine, *supra*, cap. III, par. 3.2.2.

⁷⁰ Il riferimento è, in particolare, alla Sezione 1201 del PPACA, che modifica il *Public Health Service Act* (42 U.S.C. 300gg et seq.).

⁷¹ Si confronti anche 42 U.S. Code § 300gg-3 - *Prohibition of preexisting condition exclusions or other discrimination based on health status*. Due le disposizioni principali. Oltre all’espresso divieto con funzione anti-discriminatoria (“A group health plan and a health insurance issuer offering group or individual health insurance coverage may not impose any preexisting condition exclusion with

polizza a fronte di malattie appare inscindibilmente correlato all'*individual mandate* senza cui non sarebbe possibile evitare fenomeni lucrativi ed attuare una condivisione solidale dei costi sanitari.

Oltre a tale espresso divieto, ulteriori disposizioni completano la nuova disciplina del settore assicurativo a garanzia dei diritti dei (potenziali) pazienti. Al fine di rendere la copertura assicurativa efficace nel minor tempo possibile vengono ad esempio proibiti tempi di attesa superiori a 90 giorni, il cui superamento era in passato necessario per avere diritto a ricevere le prestazioni mediche previste dal piano sanitario⁷². Apprezzabili anche le norme relative ai premi richiesti per le polizze, il cui ammontare prima della riforma era determinato tenendo conto anche delle condizioni di salute del richiedente. Ad oggi, ciò non è più permesso⁷³ e gli unici elementi che potranno far variare il prezzo della polizza sono rappresentati dalla tipologia di copertura richiesta (individuale o familiare), dalla zona di residenza, dall'età e dall'eventuale consumo di tabacco. A ciò si aggiunge infine il divieto di imporre massimali (*lifetime limits*)⁷⁴ alle spese rimborsabili ai pazienti per tutte le prestazioni mediche che rientrano tra i c.d. *essential health benefits*.

5.2.3 Gli Health Exchanges e la competizione tra le compagnie assicurative

Il secondo pilastro della riforma Obama, previsto dalla sezione 1311 del PPACA, è rappresentato dalla creazione degli *Health Benefit Exchanges*, appositi strumenti che, ispirati da finalità antidiscriminatorie, riuniscono in un'unica piattaforma le varie compagnie assicurative ed i singoli utenti con l'ambizioso obiettivo di far acquisire a questi ultimi "la stessa forza contrattuale e le stesse economie di scala di cui beneficiano normalmente solo coloro che acquistano sul

respect to such plan or coverage"), la riforma offre anche la definizione di *pre-existing condition*. In tal senso, infatti: "The term "preexisting condition exclusion" means, with respect to coverage, a limitation or exclusion of benefits relating to a condition based on the fact that the condition was present before the date of enrollment for such coverage, whether or not any medical advice, diagnosis, care, or treatment was recommended or received before such date".

⁷² 42 U.S. Code § 300gg-7 - *Prohibition on excessive waiting periods*.

⁷³ 42 U.S. Code § 300gg - *Fair health insurance premiums*.

⁷⁴ 29 CFR 2590.715-2711 - *No lifetime or annual limits*.

mercato assicurativo grandi piani collettivi”⁷⁵. Per quanto la disciplina del PPACA sia innovativa, la storia americana aveva già conosciuto alcuni esempi di *Health Insurance Exchanges*. I principi che ne stanno alla base possono infatti rinvenire le proprie fondamenta nelle proposte elaborate da Alain Enthoven in tema di *managed competition*, modello organizzativo che lo stesso economista definiva “a purchasing strategy to obtain maximum value for money for employers and consumers”⁷⁶. L’applicazione delle regole sulla concorrenza al mercato sanitario avrebbe infatti consentito la competizione (governata appunto dall’*Exchange*) tra gli enti assicurativi, con il conseguente aumento di contraenti e di introiti per chi, più di tutti, si fosse adoperato per migliorare la qualità dei servizi sanitari ed abbassare i premi richiesti. La forza trainante di questo processo sarebbe spettata non al singolo provider o all’utente finale (troppo il disequilibrio contrattuale con le assicurazioni) ma a un soggetto collettivo con poteri ben più rilevanti (“a sponsor”) che potrebbe alternativamente essere una grande impresa, un ente pubblico o una cooperativa capace di riunire i vari acquirenti. Tale entità, potendo agire nell’interesse di molti, sarebbe in grado di riequilibrare il mercato sanitario delle polizze individuali, sancendo ad esempio regole di equità, selezionando i piani sanitari o gestendo il processo di iscrizione dei richiedenti. Tutto ciò per far sì che i diversi fornitori di ogni comunità siano chiamati ad operare come vere e proprie unità economiche in competizione tra loro⁷⁷. Verrebbero così riprodotte economie di scala simili a quelle esistenti nei gruppi che riuniscono le grandi imprese, da sempre in grado di offrire polizze collettive a costi ridotti. Questa concezione non è rimasta inascoltata e sia le diverse realtà statali⁷⁸ che quella federale a partire dagli anni Ottanta hanno avuto modo di sperimentare vari *Exchanges*. Pur con caratteristiche similari, tali strumenti erano essenzialmente riconducibili a due modelli diversi. Nel primo vi rientrano

⁷⁵ Chiara Bologna, *Dall’approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte Suprema: la parabola (inconclusa) dell’Obamacare*, cit., p. 16.

⁷⁶ Alain Enthoven, *The History And Principles Of Managed Competition*, Health Affairs, 1993, Vol.12, n. 1 suppl., p. 29.

⁷⁷ Alain Enthoven, *The History And Principles Of Managed Competition*, cit., pp. 25-35.

⁷⁸ Un esempio statale può essere il *Council of Smaller Enterprises* (COSE) esistente nello Stato dell’Ohio, che offre polizze sanitarie ai lavoratori delle piccole imprese (ancorché tramite un unico ente assicurativo). Si veda, in generale, Mark Merlis, *A Health Insurance Exchange: Prototypes and Design Issues*, National Health Policy Forum, 2009, Vol. 6, n. 832,, pp. 3, 4, https://www.nhpf.org/library/issue-briefs/IB832_HealthExchange_06-05-09.pdf (link verificato in data 06/01/2018).

quelli che espletavano un ruolo maggiormente attivo nella negoziazione delle polizze al fine di compensare la mancanza di potere contrattuale dei singoli individui e delle piccole imprese di fronte alle grandi aziende assicurative. Proprio con riferimento all'ordinamento federale è possibile individuare almeno due importanti esempi riconducibili a tale modello. Il *Federal Employee Health Benefits Program* (FEHBP) è forse il più noto sistema di *managed competition*, essendo stato infatti definito “the largest single purchaser of health insurance in the United States”⁷⁹. Il FEHBP (che non è né un ente indipendente né uno propriamente governativo) riunisce tra i suoi membri circa otto milioni di dipendenti federali e svolge la funzione di intermediario riuscendo a negoziare vari piani sanitari per i suoi membri, i quali, per il suo tramite, possono aderirvi direttamente. Il secondo esempio risale invece al progetto di riforma del Presidente Clinton, che proponeva, tra l'altro, l'instaurazione di strumenti di mercato (*health alliances*) chiaramente ispirati al FEHBP, che riunissero potenziali acquirenti ed imprese e permettessero l'acquisto delle polizze. Rinviando a quanto già detto in precedenza⁸⁰, non può non notarsi come anche in questo caso tali entità, in virtù della loro forza contrattuale, sarebbero intervenute attivamente nel mercato sanitario calmierando prezzi e introducendo maggiori tutele per gli acquirenti finali. Gli strumenti che rispondono al secondo modello si limitano invece ad un ruolo essenzialmente informativo (ne è un esempio il *Massachusetts Health Connector*), garantendo la pubblicità di dati che altrimenti l'utenza non sarebbe in grado di conoscere (relativi a costi delle polizze, benefit, qualità delle prestazioni rese, soddisfazione del consumatore). Proprio quest'ultimo è il modello accolto dall'amministrazione Obama che ha optato per Mercati che operano in qualità di “certification board and venue for the sale and purchase of insurance”⁸¹. La legge di riforma affidava alle amministrazioni statali l'istituzione degli *Health Benefit Exchanges* entro il primo gennaio 2014 con l'obiettivo di coadiuvare gli individui economicamente deboli e le piccole imprese con meno di 50 dipendenti (il già citato programma SHOP) nella scelta delle polizze individuali

⁷⁹ Kyle Thomson, *State-Run Insurance, Exchanges in Federal Healthcare Reform: A Case Study in Disfunctional Federalism*, *American Journal of Law & Medicine*, 2012, Vol. 38, p. 552.

⁸⁰ Si veda *supra*, cap. IV, par. 4.7.1.

⁸¹ Kyle Thomson, *State-Run Insurance, Exchanges in Federal Healthcare Reform: A Case Study in Disfunctional Federalism*, cit., p. 551. Si confronti anche Chiara Bologna, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte Suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, cit., p. 16.

o dei piccoli piani collettivi esistenti sul mercato. Accedendo a tali portali i cittadini possono infatti confrontare prezzi, coperture pubbliche, sussidi e detrazioni fiscali eventualmente disponibili. Se vari Stati hanno rispettato tale prescrizione istituendo un proprio sito (tra i quali ad esempio California, Colorado, Minnesota, New York), molti altri non vi hanno però adempiuto. Ebbene, nell'ipotesi in cui uno Stato non avesse provveduto entro la data prevista all'istituzione di tale Mercato regolamentato, la stessa legge (alla sezione 1321) conferiva tale responsabilità all'amministrazione federale. In tal senso, esiste oggi un apposito portale web federale⁸² per i cittadini degli Stati "inadempienti"⁸³.

5.2.4 *Quale garanzia assistenziale per i soggetti economicamente deboli?*

Resta infine da accennare all'ultimo dei pilastri della riforma, l'intervento federale a tutela dei soggetti meno abbienti, suddiviso tra l'instaurazione di nuovi sussidi federali e l'ampliamento del programma *Medicaid*. Chi non è economicamente in grado di acquistare una polizza sanitaria usufruirà delle nuove detrazioni fiscali (*premium tax credits*) istituite al fine di mitigarne il costo. Pur con una formulazione non univoca, la legge⁸⁴ riconosce infatti tali crediti d'imposta a favore dei soggetti con bassi redditi che hanno acquistato una polizza sanitaria tramite l'*Exchange* (a prima vista soltanto tramite l'*Exchange* di uno Stato e non quello federale poiché la disposizione fa riferimento agli individui "which were enrolled in through an Exchange established by the State under 1311 of the Patient Protection and Affordable Care Act")⁸⁵. L'importo detraibile varia secondo una

⁸² <https://www.healthcare.gov/marketplace-in-your-state/> (link verificato in data 29/12/2017).

⁸³ Undici Stati ed il *District of Columbia* hanno creato il proprio portale web, cinque Stati hanno istituito un proprio Mercato regolamentato utilizzando però il sito web federale, sedici Stati si servono del portale federale conservando però alcune competenze gestionali, mentre in diciotto Stati è in funzione esclusivamente il sito federale. Si confronti <http://www.commonwealthfund.org/interactives-and-data/maps-and-data/state-exchange-map> (link verificato in data 29/12/2017).

⁸⁴ 26 U.S. Code § 36B - *Refundable credit for coverage under a qualified health plan*.

⁸⁵ Tale questione è stata al centro della seconda pronuncia della Corte Suprema (2015) sulla legittimità della riforma, *King v. Burwell*, su cui si veda *infra*, Cap. VI par. 6.2.3. Basti per ora ricordare che nel 2012 una normativa dell'*Internal Revenue Service* chiarì che le detrazioni fiscali sarebbero state disponibili sia per le polizze acquistate sui portali statali sia su quello federale.

scala indicizzata predeterminata dal legislatore federale che tiene conto del reddito percepito dal richiedente (dal 100% al 400% del livello di povertà federale) in modo che chi ha minori introiti possa godere di maggiori detrazioni. Come precisato dall'*Internal Revenue Service* (l'agenzia federale del Dipartimento del Tesoro), il contraente può scegliere tra due diverse modalità. Secondo la prima (denominata APTC, *advance payments of the premium tax credit*), ogni rata mensile della polizza viene diminuita in base all'importo complessivo della detrazione attesa (con eventuali conguagli in sede di dichiarazione dei redditi); alternativamente, è possibile ottenere l'intero rimborso effettivamente spettante direttamente con la dichiarazione dei redditi. Trattasi di disposizioni di non poco conto, visto che, in assenza di dette detrazioni, per molti cittadini di basso e medio reddito, costando la polizza certamente più dell'8% del reddito annuo, entrerebbe in funzione l'esonero dall'obbligo di acquisto, vanificando il funzionamento del cuore della riforma. Esiste inoltre una seconda tipologia di sussidi, noti come *cost sharing reductions* (talvolta denominati *extra savings*), versati direttamente dall'amministrazione federale alle compagnie assicurative per ridurre le forme di partecipazione alle spese sanitarie (*deductibles, copayments, and coinsurance*) normalmente a carico dei pazienti iscritti ad un piano sanitario acquistato tramite il *marketplace* statale o federale. Tali aiuti, istituiti con la sez. 1402 del PPACA, presentano requisiti più restrittivi, trovando applicazione soltanto per coloro che hanno un reddito compreso tra il 100% ed il 250% della soglia di indigenza federale (anziché fino al 400%)⁸⁶. In base ad essi, le compagnie assicurative sono obbligate a ridurre i costi nei confronti dei soggetti con i requisiti reddituali ora richiamati, ottenendone tuttavia i relativi rimborsi direttamente dall'amministrazione federale. Obbligo quest'ultimo che risulta formulato dalla legge in modo chiaro e preciso, posto che il Segretario del Dipartimento *of Health and Human Services* è tenuto ad effettuare pagamenti periodici e puntuali all'ente assicuratore in misura uguale al valore delle riduzioni effettuate.

Infine, l'estensione di *Medicaid*, con cui l'amministrazione federale eroga fondi agli Stati affinché questi possano assistere gli individui in condizione di

⁸⁶ 42 U.S. Code § 18071 - *Reduced cost-sharing for individuals enrolling in qualified health plans.*

indigenza nelle spese sanitarie, gestito direttamente dai singoli Stati con il coordinamento dell'amministrazione federale che, dettando linee comuni, eroga dei contributi a parziale copertura delle spese statali⁸⁷. Sovvenzionamenti (*conditional grant in aid*) la cui erogazione è tuttavia condizionata all'implementazione da parte degli Stati di determinate azioni che il legislatore federale non potrebbe imporre direttamente. L'esempio appena ricordato costituisce infatti un esercizio da parte del Congresso del potere di spesa per il benessere generale (*spending Clause*) con cui può legittimamente influenzare gli Stati ad intraprendere determinate scelte politiche, dovendo tuttavia lasciare a questi ultimi autonomia di scelta e la responsabilità di accettare liberamente le condizioni poste in cambio dei fondi federali. A fronte di una disciplina non uniforme e di criteri di ammissibilità diversi da Stato a Stato, la storia di questo programma è stata segnata da continue problematiche applicative che ne hanno, da sempre, pregiudicato il buon funzionamento. I nuovi eventi politici rappresentavano quindi l'occasione ideale per porre rimedio a tali inefficienze, con la proposta di un programma meno selettivo che potesse ricomprendere non più soltanto alcune tra le fasce più bisognose della popolazione ma tutti gli indigenti, riducendo così la discrezionalità delle amministrazioni statali. La scelta federale (sez. 2001 della legge, che modifica la sez. 1902 del *Social Security Act*) è stata quella di non alterare la fisionomia essenziale di *Medicaid* (gestione statale con finanziamenti federali) ma di estendere dal primo gennaio 2014 la garanzia delle prestazioni mediche essenziali nei confronti di tutti coloro che, fermi restando alcuni requisiti di carattere negativo, abbiano un reddito pari o inferiore al 133% del livello di povertà federale⁸⁸. A tal fine la legge ha previsto un aumento dei sovvenzionamenti federali, che inizialmente copriranno (non più una certa percentuale bensì) la totalità dei costi sostenuti dagli Stati, per poi diminuire gradualmente fino al 2020 quando saranno definitivamente fissati al 90%⁸⁹. Per far fronte ai maggiori investimenti federali, PPACA e HCERA

⁸⁷ Sulle caratteristiche di *Medicaid* si veda *supra*, cap. IV, par. 4.5.3.

⁸⁸ I soggetti, per rientrare all'interno del campo di applicazione di *Medicaid*, non devono avere più di sessantacinque anni di età (trovando altrimenti applicazione *Medicare*), non essere donna incinta, né aventi diritto e/o iscritti al programma *Medicare* (A e B), né rientrare tra quei soggetti aventi diritto a ricevere le prestazioni mediche in virtù di status familiari (figli, coniuge) o personali (cecità o altre disabilità tutelate dal programma SSI, *Supplemental Security Income*).

⁸⁹ Si confronti Chiara Bologna, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte Suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, cit., p. 19.

hanno contestualmente previsto alcuni tagli al programma *Medicare*, l'introduzione di nuove imposte a carico dei cittadini e delle famiglie con redditi annui superiori rispettivamente a 200,000 e 250,000 dollari, oltre ad ulteriori tasse e contributi frazionati tra tutti i soggetti operanti all'interno del mercato sanitario, fra cui anche gli stessi pazienti che stipulano polizze particolarmente onerose (i c.d. *Cadillac plans*)⁹⁰. Per garantire un'ampia partecipazione statale la legge ha tuttavia previsto che qualora uno Stato non si conformi all'ampliamento perda non solo i nuovi fondi ma anche quelli già esistenti (prima della riforma) nell'ambito dello stesso *Medicaid*, che spettavano a quello Stato per spese già sostenute in adempimento del programma vigente a quel tempo. Subito sorge il dubbio, soprattutto in considerazione dell'effetto coercitivo che tale misura inevitabilmente genera nei confronti delle amministrazioni statali, che essa non rappresenti un esercizio legittimo del potere di spesa federale. Come infatti avrà modo di affermare la Corte Suprema, la perdita retroattiva di fondi già in corso di erogazione difficilmente può essere considerata un mero incentivo per l'adesione volontaria dello Stato, quanto, piuttosto, un obbligo inderogabile cui non è possibile sottrarsi, pena l'interruzione anticipata dei programmi sanitari attivati per garantire assistenza sanitaria agli individui in difficoltà.

5.3 L'eredità politica di Obama

5.3.1 Uno sguardo conclusivo alla riforma

La riforma di Obama è stata giustamente considerata un evento storico perché, dopo numerose proposte rivelatesi fallimentari, si proponeva di correggere le criticità a lungo irrisolte dell'assistenza sanitaria di una Nazione con la maggiore spesa sanitaria pro capite. Pur non riuscendo a soppiantare la centralità del ruolo privato, essa ha l'indubbio merito di rendere più equo il mercato sanitario, riducendo il numero di cittadini sprovvisti di polizze sanitarie, con circa otto milioni di cittadini che, nella primavera del 2014, hanno potuto scegliere una nuova polizza sanitaria

⁹⁰ Giorgio Freddi, *L'anomalia americana. Perché è tanto difficile, se non impossibile, riformare la sanità statunitense*, Milano, Vita e Pensiero, 2012, p. 152.

attraverso gli *Exchanges*. Numeri che confermano come la riforma sia soltanto parziale, un “work in progress” ancora in evoluzione, con alcune disposizioni la cui applicazione è stata inizialmente posticipata, come per esempio l’*employer mandate* o anche gli stessi *Exchanges*⁹¹. Al di là dei pareri sul merito delle novità proposte, uno degli effetti più positivi è stato proprio quello di riportare all’attenzione dei vari legislatori statali il tema sanitario in una terra tradizionalmente ostile ad ingerenze pubbliche nei sistemi di assistenza sanitaria. In tal senso il piano è stato oggetto di interpretazioni diametralmente opposte. Alcune amministrazioni hanno guardato con favore alla riforma sanitaria, cercando addirittura di perseguire obiettivi anche più ambiziosi. Secondo tale prospettiva può essere interpretato l’esperimento dello Stato del Vermont (2011) che, a circa un anno dall’emanazione del PPACA, emanò una legge⁹² volta ad istituire il primo sistema sanitario negli Stati Uniti con una copertura sanitaria universale finanziata interamente dalle casse pubbliche (*state-level single-payer*), subordinato all’emanazione di un successivo piano finanziario dettagliato (inizialmente previsto entro il 2013) che lo rendesse economicamente sostenibile. La scelta del Vermont, in controtendenza rispetto agli altri Stati dove spesso coesistono numerose agenzie con compiti e responsabilità differenziate, fu quella di designare un’unica entità amministrativa indipendente, denominata *Green Mountain Care Board*, con competenza generale su tutti i principali aspetti relativi al costo dell’assistenza sanitaria all’interno dello Stato⁹³. Il progetto si preoccupava tuttavia di evitare l’istituzione di un modello di “socialized medicine”, traendo invece spunti dal modello canadese. Esso lasciava infatti la fornitura dei servizi sanitari in mano ai privati e contestualmente realizzava un piano sanitario che garantisse il 94% delle spese sanitarie di tutti i residenti nello Stato⁹⁴. Sembrano tuttavia forti i legami con la tradizione della salute quale diritto fondamentale. Difatti, come disposto dalla sez. 1 della legge:

“The state of Vermont must ensure universal access to and coverage for high-quality, medically necessary health services for all Vermonters. Systemic barriers,

⁹¹ Timothy Stoltzfus Jost, *Access to Health Insurance and Health Benefits*, cit., pp. 162, 163.

⁹² No. 48. *An act relating to a universal and unified health system*.

⁹³ Laura K. Grubb, *Lessons from Vermont's Health Care Reform*, *The New England Journal of Medicine*, 2013, Vol. 368, n. 14, p.1276.

⁹⁴ Merrill Goozner, *Lessons from Vermont (single-payer health insurance scheme)*, *Modern Healthcare*, 2015, Vol. 45, n. 1, p. 26.

such as cost, must not prevent people from accessing necessary health care. All Vermonters must receive affordable and appropriate health care at the appropriate time in the appropriate setting”.

Al di là da tale enunciazione, certamente inconsueta per l’esperienza statunitense, gli sforzi del Vermont hanno costituito un esempio virtuoso per le altre esperienze nazionali, alle prese con la difficile implementazione della riforma Obama. Ne sono esempi l’immediata adesione all’estensione di *Medicaid* (viceversa avversata da molti Stati) e l’*insurance exchange*, che il Vermont istituì tempestivamente, mentre altri Stati andarono incontro a difficoltà applicative di non poco conto (se lo stesso portale federale è entrato in funzione con alcuni mesi di ritardo, alcuni *exchanges* statali hanno impiegato addirittura un anno)⁹⁵. Ancora una volta il rapporto problematico tra diritti fondamentali e considerazioni economiche ha tuttavia portato ad una prematura interruzione dell’obiettivo di universalità ancor prima che questo venisse realizzato. Ogni intento di riforma fu infatti definitivamente abbandonato nel 2014 a causa degli elevati costi che avrebbero reso necessario un aumento non sostenibile delle tasse per residenti e imprese, come illustrato nel report finanziario diffuso dal Governatore Peter Shumlin. Imposizioni fiscali che avrebbero peraltro gravato in misura maggiore sui lavoratori della classe media che già possedevano una polizza sanitaria e che, a fronte di maggiori tasse, avrebbero dunque continuato a ricevere benefit similari a quelli che già usualmente ricevevano⁹⁶.

Al contrario, altri Stati hanno invece manifestato sin da subito atteggiamenti ostili verso l’intervento federale, come dimostrano le critiche che sempre hanno accompagnato la riforma. Avendo già tentato di illustrare i motivi alla base di tale dissenso, in questa sede ci si limiterà ad un’ultima osservazione sugli scenari futuri. Se certamente l’avvio del PPACA è stato minato da molte contraddizioni e critiche feroci, negli ultimi anni si sono registrati i primi timidi segnali di diminuzione della percentuale dei cittadini non assicurati, sebbene molti risultati sperati non siano ancora stati raggiunti anche a causa della incompleta operatività di molte

⁹⁵ Laura K Grubb, *Lessons from Vermont's Health Care Reform*, cit., p. 1277; Timothy Stoltzfus Jost, *Access to Health Insurance and Health Benefits*, cit., pp. 162, 163.

⁹⁶ Merrill Goozner, *Lessons from Vermont (single-payer health insurance scheme)*, cit., p. 26.

disposizioni⁹⁷. Al riguardo, è possibile azzardare (pur con i dovuti distinguo) una certa somiglianza con la situazione inglese del secondo dopoguerra, quando, sulla spinta della fama di Beveridge, il Parlamento tentava di approvare il *National Health Service Act*. Nonostante le forti ostilità mostrate dalla classe medica (*British Medical Association*) e dal partito conservatore⁹⁸, la nazionalizzazione della sanità inglese riuscì nel medio periodo a raggiungere gli obiettivi che si era prefissata (proteggere e tutelare l'intera popolazione). Paragonabile pare essere anche la logica del compromesso. Oggi in America, come allora in Inghilterra, la classe politica ha dovuto sforzarsi di ricercare accordi con le componenti sociali più in disaccordo con la modifica dello *status quo*. Così se l'amministrazione Obama oggi ha dovuto riconoscere migliorie a favore della classe medica (aumento delle tariffe dei medici di base, maggiori incentivi ai chirurghi, rafforzamento dei servizi psichiatrici e dei programmi di prevenzione)⁹⁹, il governo di *Westminster*, per garantirsi l'appoggio delle associazioni mediche dovette concedere ai medici di medicina generale di operare all'interno del sistema pubblico quali professionisti autonomi.

5.3.2 La battaglia politica contro l'Obamacare

La speranza di una riforma duratura, pur fortemente desiderata dal candidato Obama ("I am not the first President to take up this cause, but I am determined to be the last" così si esprimeva nel discorso al Congresso del 9 settembre 2009), dovette fin da subito fare i conti con un provvedimento depotenziato rispetto agli intenti originari, frutto del sofferto processo di approvazione all'interno del Congresso e del duro dibattito ideologico e politico che ne scaturì. L'abbandono forzato della *public option* e le concessioni riconosciute al personale medico, alle strutture ospedaliere, alle assicurazioni e all'industria farmaceutica non fanno che confermare la mancanza di mutamenti sistemici. Oltretutto, nonostante l'introduzione di alcuni tagli ai costi federali (143 miliardi nell'arco di dieci anni), stime autorevoli segnalavano come nel 2018 i costi sanitari avrebbero superato il

⁹⁷ Si confronti Nancy H. Shanks, *Financing Health Care and Health Insurance*, cit., pp. 236-237.

⁹⁸ Si veda *supra*, cap. I, par. 1.3.1.

⁹⁹ Federico Toth, "Yes, we did"? *Luci ed ombre della riforma sanitaria di Obama*, cit., p. 123.

20% del PIL americano¹⁰⁰. Il conflitto non si placò con la sua entrata in vigore ed anzi si aggravò dando vita a vicende altalenanti. Già le elezioni di metà mandato del Congresso (2010) consegnarono ai repubblicani la maggioranza della Camera, avvalorando l'ipotesi di un ritorno alla ideologia ultra-liberista secondo cui il paziente è un semplice compratore di un servizio liberamente acquistabile sul mercato e l'amministrazione pubblica, di conseguenza, un attore secondario dai poteri limitati¹⁰¹. Sentimento che fu fatto proprio da Mitt Romney, candidato repubblicano alle elezioni presidenziali del 2012, il quale ebbe modo di definire la riforma sanitaria (ancorché ispirata al modello adottato dallo stesso Romney come governatore del Massachusetts) un esempio di politica sbagliata che aveva instaurato un programma assistenziale da duemila miliardi di dollari che l'America non avrebbe voluto e che certamente non avrebbe potuto permettersi dal punto di vista finanziario¹⁰². Eppure, la questione non seguì un disegno troppo preciso ed anzi Obama venne riconfermato Presidente per il secondo mandato consecutivo, conservando intatta la propria credibilità politica. Sintonia forse soltanto apparente, alla luce della netta divisione tra Camera dei Rappresentanti, di maggioranza Repubblicana, e Senato, rimasto sotto il controllo dei Democratici. Almeno fino ai due anni successivi quando le elezioni del 2014 segnarono un'altra vittoria netta per il GOP che, oltre al consolidamento della propria posizione egemonica all'interno della Camera, riuscì a conquistare anche il Senato. Un punto di svolta che di fatto privò Obama della possibilità di vedere approvati provvedimenti legislativi graditi ai Democratici e che, anzi, portò a molteplici votazioni (più di sessanta) per abrogare formalmente la riforma sanitaria. Tanto che il Presidente Obama nel gennaio 2016 si trovò costretto ad utilizzare il suo potere di veto sospensivo a fronte dell'approvazione di un disegno di legge (più che altro simbolico poiché i Repubblicani non potevano contare in entrambe le Camere sulla maggioranza dei due terzi dei voti necessaria per superare il veto presidenziale) che avrebbe eliminato il PPACA e decurtato sensibilmente i fondi federali destinati a *Planned Parenthood*,

¹⁰⁰ Giorgio Freddi, *L'anomalia americana. Perché è tanto difficile, se non impossibile, riformare la sanità statunitense*, cit., pp. 153, 154.

¹⁰¹ Ettore Jorio, *La Camera dei Rappresentanti degli Usa dice sì alla riforma Obama*, cit., p. 3.

¹⁰² Sam Stein, *Romney Health Care Reform Repeal: 'Obamacare Must Be Repealed'*, The Huffington Post, 9 ottobre 2012, http://www.huffingtonpost.com/2012/09/10/romney-obamacare-repeal_n_1872667.html (link verificato in data 26/02/2018).

organizzazione a favore del diritto delle donne ad interrompere volontariamente la gravidanza. Anche dal punto di vista giudiziario la riforma ebbe fortune alterne. Essa dovette infatti confrontarsi con una serie di ricorsi di fronte alle Corti federali che, come vedremo a breve¹⁰³, ne alterarono sensibilmente il contenuto contribuendo ad un funzionamento imperfetto di varie disposizioni, restringendo ad esempio la portata dell'estensione di *Medicaid*, e lasciando presagire la necessità di successivi aggiustamenti normativi.

Clima di insoddisfazione diffusa che inevitabilmente si riflesse sulle Primarie presidenziali che si svolsero tra febbraio e giugno 2016 e che videro l'affermazione di Donald Trump per il partito Repubblicano e di Hillary Clinton per i Democratici. Se la vittoria di quest'ultima avrebbe potuto garantire continuità alle linee politiche intraprese da Obama, Trump, al grido patriottico di "make America great again", prometteva invece un rovesciamento generale, dalla sanità ai diritti delle persone omosessuali, dalla politica economica a quella estera. L'inaspettata vittoria di Trump alle elezioni presidenziali ed il suo ingresso alla Casa Bianca nel gennaio 2017 hanno così posto inevitabili questioni sul futuro del *Patient Protection and Affordable Care Act*. Se un miglioramento della materia sanitaria fosse certamente auspicabile (d'altra parte la logica incrementale ha da sempre caratterizzato la politica federale sanitaria) discutibile pare la lotta ideologica che i repubblicani hanno portato avanti per revocare integralmente tutte le misure precedentemente emanate e consegnare agli Stati Uniti un nuovo pacchetto di riforme che potesse essere unicamente riconducibile a Trump. "Repeal and replace Obamacare" questo il mantra ripetuto dai repubblicani a supporto della ferma volontà di cancellare il piano di Obama, con la prima iniziativa che seguì la cerimonia d'insediamento del 20 gennaio 2017. Trump emanò infatti il primo ordine esecutivo, il numero 13765¹⁰⁴, sancendo ufficialmente il superamento delle politiche sanitarie del suo predecessore. Veniva affermata la volontà di abrogazione del PPACA, garantendo, nel frattempo, il perseguimento di ogni azione volta a ridurre gli ingiustificati oneri finanziari e normativi e ad attribuire maggiore flessibilità agli

¹⁰³ Si veda *infra*, cap. VI, par. 6.2 e 6.3.

¹⁰⁴ *Executive Order 13765, Minimizing the Economic Burden of the Patient Protection and Affordable Care Act Pending Repeal.*

Stati con l'intento di realizzare un mercato sanitario maggiormente competitivo. In particolare, l'amministrazione era chiamata ad astenersi o a rinviare l'implementazione di quelle norme della legge che avrebbero imposto nuovi oneri fiscali a Stati, individui, provider ed enti assicurativi. Nonostante il forte valore simbolico delle enunciazioni, era evidente che Trump non potesse abrogare una legge del Congresso mediante un ordine esecutivo che, peraltro, non modificava la normativa esistente. Il provvedimento si limitava infatti a tracciare talune linee guida che i vari organi amministrativi avrebbero dovuto seguire nell'applicazione delle disposizioni di legge, pur nel rispetto "*to the maximum extent permitted by law*"¹⁰⁵. Certo è che l'impronta del nuovo esecutivo federale è del tutto opposta a quella della precedente amministrazione ed anche nel corso del discorso al Congresso del febbraio 2017 il neoeletto Trump continuò a manifestare la sua contrarietà verso forme assicurative obbligatorie ("Mandating every American to buy government-approved health insurance was never the right solution for our country"). Gli unici elementi di continuità sarebbero rappresentati dal mantenimento della garanzia di accesso alle prestazioni sanitarie da parte dei pazienti con *preexisting conditions* e dei figli fino a ventisei anni tramite la polizza dei genitori. Diversamente, fu subito ipotizzata la fine degli *Exchanges* e dei sussidi da questi previsti ed erogati, lo stanziamento di nuove detrazioni fiscali e l'eliminazione delle modifiche introdotte a *Medicaid* con maggiori fondi e flessibilità riconosciuti ai singoli Stati. Tutto ciò accompagnato da una imponente (almeno sulla carta) riduzione dei costi sanitari e dalla garanzia della libertà di acquistare le polizze sanitarie non più soltanto nel singolo Stato di residenza bensì su tutto il territorio statunitense, con l'obiettivo di realizzare un unico *marketplace* nazionale. Trump, per salvare i cittadini americani "dall'implosione del disastro Obamacare", aveva ormai deciso di assumere posizioni estreme che hanno suscitato una feroce opposizione, rendendo di fatto insanabile la frattura tra forze politiche opposte. Pur in presenza di dichiarazioni in cui esortava Democratici e Repubblicani alla ricerca di un'alleanza (quest'ultimi contavano 52 seggi al Senato), il Presidente preferì agire senza una vasta coalizione a supporto. I costi e la qualità delle prestazioni sanitarie,

¹⁰⁵ Simon Lazarus, Timothy Stoltzfus Jost, *Trump's executive order on health care- Can it undermine the ACA if congress fails to act?*, The New England Journal of Medicine, 30 marzo 2017, Vol. 376, n. 13, p.1201.

anche alla luce dell'imperfetto funzionamento della riforma Obama, costituivano problemi seri ed ineludibili che richiedevano una regolamentazione esaustiva da parte del legislatore federale. D'altra parte, una riforma vera e propria non avrebbe potuto prescindere dalla ordinaria procedura legislativa e dalla relativa maggioranza qualificata prevista per le deliberazioni del Senato. Viste le difficoltà, la scelta, forse inevitabile, dei Repubblicani ricadde invece sull'impiego esclusivo della procedura di *budget reconciliation*. Così facendo, l'ipotetica controriforma sanitaria nasceva però intrinsecamente debole e compromessa. Essa non avrebbe infatti potuto fissare un nuovo e completo assetto organizzativo poiché ciò avrebbe inevitabilmente oltrepassato i limiti delle leggi finanziarie, ma avrebbe dovuto limitarsi all'eliminazione di quei pilastri della riforma Obama che interferivano sul budget federale. Ecco quindi che la strategia seguita andava irrimediabilmente a scontrarsi con i Democratici, oltre che con le stesse minoranze interne al partito Repubblicano¹⁰⁶ con la maggioranza che si dimostrò inconcludente ed incapace di negoziare i diversi progetti. Le vicende sfociarono in un primo tentativo di abolizione dell'*Obamacare* presentato alla Camera dei Rappresentanti ed incentrato sulla cancellazione dell'*individual mandate* e dei sussidi federali (da sostituirsi con più esigue detrazioni). Progetto che venne tuttavia ritirato poco prima della votazione, prevista per il giorno 24 marzo 2017, per mancanza dei consensi necessari. Una proposta contrastata non soltanto dai Democratici ma anche dagli stessi Repubblicani, dove i gruppi conservatori più intransigenti pretendevano l'abolizione completa ed integrale della riforma Obama. Solo il 4 maggio 2017 la Camera dei Rappresentanti riuscì ad approvare con 217 voti favorevoli (213 i contrari) l'*American Health Care Act of 2017*, provvedimento formalmente avente natura finanziaria finalizzato ad abrogare le disposizioni più innovative del PPACA. Dall'*individual mandate* agli *essential health benefits*, fino all'ampliamento di *Medicaid*, tutti i capisaldi della riforma Obama venivano messi nuovamente in discussione, tranne le due sole eccezioni, ricordate da Trump nel suo discorso di insediamento relative a *preexisting conditions* e figli di età inferiore a ventisei

¹⁰⁶ Theodore Marmor, Michael K. Gusmano, *The state of American health care: November 2016 to November 2020, a look forward*, Health Economics, Policy and Law, Vol. 2018, n. 13, p. 3.

anni¹⁰⁷. Quanto all'obbligo di possedere una polizza sanitaria, la legge, pur lasciando inalterato tale principio generale, avrebbe però sostituito il *penalty* previsto in caso di mancato acquisto con una nuova misura ad effetto deterrente che, anziché essere devoluta alle casse federali, avrebbe aumentato gli introiti degli assicuratori. Quest'ultimi avrebbero infatti avuto la possibilità di aumentare del 30% il costo delle polizze nei confronti di chi avesse scelto di restare privo di assicurazione sanitaria. Anche la definizione degli "essential health benefits" che ogni polizza deve in ogni caso garantire non avrebbe più rappresentato una scelta di esclusiva competenza federale (come per Obama) bensì verrebbe rimessa ad ogni Stato, cui sarebbe garantita la facoltà di discostarsene. La diminuzione dell'impegno economico federale sarebbe stata perseguita mediante tagli drastici a *Medicaid*, quantificati in circa 800 miliardi di dollari in dieci anni, con la previsione di differenti modalità di erogazione dei fondi federali che sarebbero entrati in vigore dopo un regime transitorio fino al 2020. Il progetto di legge operava poi una riduzione considerevole dei sussidi che la legge del 2010 aveva stanziato a favore degli individui in cerca di copertura sanitaria tramite gli *Exchanges* ma soprattutto eliminava le varie tasse che erano state imposte alle compagnie e ai cittadini più ricchi per contribuire agli ingenti costi della riforma sanitaria. Anche gli stessi *Exchanges*, pur non formalmente eliminati, avrebbero perso le proprie funzioni originarie, con le nuove detrazioni federali rese disponibili anche al di fuori da tali strumenti. La portata rivoluzionaria del *reversion* federale da Obama a Trump non passò inosservata e fu oggetto di un'attenta analisi finanziaria da parte del *Congressional Budget Office* e del *Joint Committee on Taxation*, comitato a composizione mista, formato da membri provenienti sia dal Senato che dalla Camera. Si prevedeva dal 2017 al 2026 una riduzione netta del deficit federale di almeno 119 miliardi di dollari. Tale valutazione non lasciava residuare dubbi: l'incidenza delle modifiche prospettate sarebbe stata così rilevante da far aumentare vertiginosamente i cittadini privi di ogni protezione sanitaria. Agli attuali ventotto milioni di pazienti non assicurati sotto la vigenza del PPACA, con il nuovo progetto della Camera si sarebbero aggiunti altri quattordici milioni di nuovi non assicurati

¹⁰⁷ Juliet Eilperin, Amy Goldstein, *What is in the Republican health-care bill? Questions and answers on preexisting conditions, Medicaid and more*, The Washington Post, 5 maggio 2017, pp. 1-3.

nel 2018, che sarebbero diventati diciannove nel 2020 e addirittura ventitré nel 2026¹⁰⁸. I maggiori risparmi per l'amministrazione federale sarebbero però derivati dal ridimensionamento del programma *Medicaid* e dalle nuove detrazioni fiscali per l'acquisto delle polizze che avrebbero ridotto i costi della sanità soltanto per gli americani in salute, aggravando la situazione debitoria dei pazienti con difficoltà economiche.

La proposta passò quindi all'esame del Senato. Nonostante la procedura di *budget reconciliation* potesse semplificare l'iter di approvazione, molti punti del progetto furono oggetto di approfondite riflessioni e ripensamenti per mitigare le incongruenze del provvedimento approvato dalla Camera dei Rappresentanti. Eccessivi i tagli prospettati e troppo gravi le conseguenze che si sarebbero ripercosse su milioni di cittadini con medi e bassi redditi. D'altra parte, il report diffuso dal *CBO* e dal *JCT* aveva sancito la prima autorevole bocciatura del piano di riforma. Ciò che più colpisce di questa fase è il ristretto numero di senatori repubblicani impegnati nella negoziazione del nuovo testo di legge ed il massimo riserbo mantenuto nel corso delle trattative svoltesi a porte chiuse e senza che inizialmente avesse luogo alcuna sessione pubblica in Congresso. Le successive discussioni in aula, protrattesi per tutta l'estate, riguardarono tre diversi emendamenti alla controriforma sanitaria approvata dalla Camera ma si rilevarono tardive ed infruttuose. Il primo (*Better Care Reconciliation Act of 2017* discusso il 22 giugno 2017) confermò una spaccatura interna al *Grand Old Party* tale per cui ogni decisione sullo stesso fu rinviata alla ripresa delle attività del Congresso dopo la pausa estiva. A causa della ferma opposizione da parte di alcuni senatori repubblicani, che precludeva ogni possibilità di raggiungimento della maggioranza, il progetto di legge non fu neppure votato e il partito Repubblicano preferì introdurre alcune modifiche che potessero ottenere il gradimento ed il sostegno dei repubblicani più moderati. Fu così proposto un testo di compromesso che riduceva, seppur di poco, i tagli preannunciati, reintroducendo le imposte per i cittadini con redditi elevati ed aumentando di conseguenza le detrazioni per l'acquisto delle

¹⁰⁸ Si confrontino Matthew Fiedler, Henry J. Aaron, Loren Adler, Paul B. Ginsburg, *Moving in the Wrong Direction — Health Care under the AHCA*, *The New England Journal of Medicine*, 2017, Vol. 376, n. 25, pp.2405-2407; *CBO: H.R. 1628, American Health Care Act of 2017*, *States News Service*, 24 maggio 2017, pp. 1, 2.

polizze sanitarie. Anche tale proposta fallì, potendo contare su non più di 47 voti a favore. Il nuovo insuccesso accrebbe i contrasti politici e l'impossibilità di giungere ad un accordo in tempi brevi portò Trump ad una nuova proposta di rottura con l'*Obamacare Repeal Reconciliation Act of 2017*, disegno di legge volto ad abrogare il PPACA senza sostituirlo con un nuovo corpo normativo. L'abolizione dell'intera riforma di fatto rappresentava una mera riproposizione del *reconciliation bill* del 2015 approvato da entrambi i rami del Congresso ed arrestato soltanto dal potere di veto del Presidente Obama. Gli effetti sarebbero però stati differiti al 2020, in modo da lasciare al Congresso due anni di transizione entro cui giungere ad un accordo su un nuovo testo di legge per evitare gli effetti catastrofici che la lacuna normativa avrebbe creato¹⁰⁹. Uno scenario in cui i principi di equità ed accessibilità, introdotti con tanto sforzo dall'amministrazione Obama, sarebbero stati definitivamente sacrificati sull'altare delle esigenze di bilancio. In tal senso, il drastico ridimensionamento del programma *Medicaid* avrebbe permesso un risparmio di risorse quantificato in 842 miliardi, a cui si sarebbero aggiunti ulteriori 454 miliardi grazie alle nuove, più contenute, detrazioni fiscali. Al contrario, le rinunce all'*individual* e all'*employer mandate* avrebbero comportato mancati introiti per 210 miliardi, mentre l'eliminazione di tasse e imposte a carico di enti assicurativi e cittadini con redditi alti ne sarebbe costata 613. Sulla base di tali previsioni, la riduzione prevista del deficit federale nell'arco di dieci anni era di complessivi 473 miliardi di dollari¹¹⁰. Neppure il piano di abrogazione ebbe però il sostegno sperato. Il Senato giunse alla sua discussione in aula il 25 luglio 2017 solo grazie al voto decisivo del suo presidente, Mike Pence (Vice Presidente degli Stati Uniti), dopo l'esatta parità riportata a seguito della votazione dei senatori. Fondamentale per il raggiungimento dei 50 voti fu anche quello del senatore John McCain, già candidato repubblicano alle elezioni presidenziali del 2008, acclamato dalla stampa ed anche

¹⁰⁹ La stampa americana non a caso ha parlato di *repeal and delay strategy*. Si confronti Sarah Kliff, "Repeal and delay": McConnell's new, risky health care plan, explained, 18 luglio 2017, <https://www.vox.com/policy-and-politics/2017/7/18/15988458/mcconnell-health-repeal-delay> (link verificato in data 04/02/2018).

¹¹⁰ Congressional Budget Office, *H.R. 1628, Obamacare Repeal Reconciliation Act of 2017, Cost Estimate*, 19 luglio 2017, <https://www.cbo.gov/publication/52939> (link verificato in data 04/02/2018). Si confronti anche Timothy Jost, *The Obamacare Repeal Reconciliation Act: What Repeal And Delay Would Mean For Coverage, Premiums, And The Budget*, 20 luglio 2017, <https://www.healthaffairs.org/doi/10.1377/hblog20170720.061127/full/> (link verificato in data 04/02/2018)

dallo stesso Presidente, presentatosi al Senato a seguito di un intervento chirurgico e dopo la diagnosi di una grave malattia. La speranza del Presidente si rivelò ben presto illusoria e McCain fu proprio tra i senatori del partito repubblicano a far naufragare l'abrogazione del PPACA, prima nella sua versione più estrema (che riportò 57 voti contrari), poi in quella intermedia del 26 luglio (55 voti) e quindi nella più limitata "skinny repeal" del 28 luglio per 51 a 49¹¹¹. Sorte simile ebbe anche l'emendamento presentato il 13 settembre, noto come *Healthcare Freedom Act of 2017* o *Graham-Cassidy-Heller-Johnson proposal*, non pervenuto neppure alla votazione finale per l'opposizione di vari senatori repubblicani, tra i quali lo stesso McCain. Ancora una volta veniva prevista l'abolizione del PPACA, con la sola eccezione della regolamentazione delle *pre-existing conditions* e la contestuale attribuzione di maggiori poteri e responsabilità ai singoli Stati, i quali avrebbero ricevuto una sovvenzione federale annuale per far fronte a parte delle necessità mediche dei propri cittadini¹¹². Un fallimento quasi annunciato, visti i ripetuti tentativi costantemente bocciati dal Senato ed i tempi ormai ristretti entro cui sarebbe dovuto concludersi l'iter di approvazione. Con il termine dell'anno fiscale (fissato per il 30 settembre) per motivi procedurali si esauriva (almeno provvisoriamente) la possibilità di approvare la controriforma sanitaria mediante il procedimento semplificato di *budget reconciliation*¹¹³, con la necessità del raggiungimento di un'impensabile maggioranza qualificata di almeno 60 voti favorevoli.

L'unico risultato più immediato fu una maggior tutela per i cittadini contrari, per motivi religiosi o etici, al pagamento di una polizza sanitaria che dovesse

¹¹¹ Disposti *in extremis* a concedere qualcosa ai propri avversari politici, quest'ultima proposta prevedeva la cancellazione dell'*individual mandate*, dell'*employer mandate* e di alcune tasse relative ai piani sanitari più costosi, rinunciando però alla riduzione di *Medicaid*.

¹¹² *Graham-Cassidy-Heller-Johnson Background and Endorsements, Press Releases*, 15 settembre 2017, <https://www.lgraham.senate.gov/public/index.cfm/press-releases?ID=DC1FC472-3D15-4948-BB29-548F13ADA9C0> (link verificato in data 06/02/2018).

¹¹³ Per consuetudine convenzionale il Senato utilizza infatti la procedura di *budget reconciliation* soltanto per un progetto di legge alla volta e questa a breve sarebbe stata impiegata per l'elaborazione della riforma fiscale, ulteriore priorità politica che l'amministrazione Trump non intendeva procrastinare. A tal fine si veda Elise Viebeck, *Why Senate Republicans are in such a rush this month on health care*, *The Washington Post*, 20 settembre 2017, https://www.washingtonpost.com/powerpost/why-senate-republicans-are-in-such-a-rush-this-month-on-health-care/2017/09/20/111befe4-9d4b-11e7-9c8d-cf053ff30921_story.html?utm_term=.3ffa34222227 (link verificato in data 24/02/2018).

ricomprensione anche i vari farmaci contraccettivi. Tale obiettivo fu raggiunto mediante l'emanazione, il 6 ottobre 2017, di due nuove regolamentazioni esecutive (*Interim Final Rules*) da parte dei Dipartimenti del Tesoro, del Lavoro e della Salute aventi ad oggetto la modifica dei servizi preventivi che ogni polizza sanitaria deve obbligatoriamente garantire¹¹⁴. Tale facoltà era infatti stata prevista dallo stesso PPACA ed era già stata precedentemente impiegata dall'amministrazione Obama per includere nei piani assicurativi anche la copertura dei vari contraccettivi femminili¹¹⁵. Adesso il nuovo apparato amministrativo federale persegue una strada antitetica permettendo a molti datori di lavoro di non offrire più contraccettivi gratuiti. Viene infatti riconosciuta l'esenzione dalla necessaria copertura dei costi contraccettivi per datori di lavoro e singoli individui con convinzioni religiose contrarie. Tali benefit continueranno ad essere ricompresi nella polizza soltanto in caso di scelta volontaria da parte dei diretti interessati, che potranno anche scegliere una copertura parziale, optando per il mantenimento di solo alcuni tra i metodi anticoncezionali in precedenza obbligatoriamente offerti. Le stesse regole trovano poi applicazione anche nei confronti di organizzazioni e piccole imprese che, pur in assenza di motivi religiosi, si oppongono a tali farmaci per motivi etici o morali.

Il Presidente Trump continuò poi nella sua attività di indebolimento dell'impianto normativo del PPACA. Visti i fallimenti dei precedenti tentativi di modificare il sistema sanitario mediante legge approvata da entrambi i rami del Congresso, l'unica alternativa era costituita dall'utilizzo del suo potere di emettere ordini esecutivi. In tal senso, risale al 12 ottobre 2017 l'ordine esecutivo n. 13813¹¹⁶ volto a promuovere la competizione interstatale tra enti assicuratori e la libertà di scelta della polizza sanitaria. Per il conseguimento di tali finalità, il provvedimento presidenziale detta direttive indirizzate all'esecutivo federale affinché quest'ultimo emani regolamentazioni idonee ad ampliare l'utilizzo di tre strumenti, già esistenti all'interno del mercato sanitario, che il PPACA aveva rigorosamente limitato. Innanzitutto, i c.d. *Association Health Plans* (AHPs), gruppi di piccole imprese o di

¹¹⁴ *Exemptions for Religious Beliefs* – (IFR 2017-21851), *Exemptions for Moral Convictions* (IFR 2017-21852).

¹¹⁵ Si veda *supra* par. 5.2.2 ed in particolare la nota n. 49.

¹¹⁶ Donald Trump, *Executive Order 13813—Promoting Healthcare Choice and Competition Across the United States*, Daily Compilation of Presidential Documents, 12 ottobre 2017, pp.1-3.

lavoratori autonomi riuniti per negoziare polizze sanitarie a condizioni più vantaggiose per i propri dipendenti. Con tali aggregazioni si era infatti tentato di rimediare alla mancanza di potere contrattuale di questi soggetti, particolarmente evidente rispetto alle grandi imprese che, a causa del più ampio pool di assicurati entro cui suddividere costi e rischi, potevano beneficiare di polizze assicurative più convenienti. Ebbene, prima della riforma Obama le piccole imprese o i lavoratori autonomi riuniti in associazioni nazionali erano in grado di eludere le regole assicurative dello Stato di residenza, potendo decidere di applicare quelle di un altro Stato, anche (o soprattutto) nel caso in cui questo avesse imposto benefit minori o più limitati. Con la conseguenza che era dunque possibile acquistare piani sanitari meno costosi e con protezioni più limitate, particolarmente attraenti per lavoratori giovani ed in buona salute. Se tale facoltà era poi venuta meno con l'applicazione necessaria di tutte le nuove prescrizioni del PPACA (ad esempio gli *essential health benefits*), l'ordine esecutivo di Trump segna nuovamente un ritorno al passato. In particolare, si preannuncia la possibilità di derogare alle strette regole introdotte da Obama, in modo da offrire maggiori e più elastiche opzioni assicurative alla cittadinanza, oltre all'ampliamento delle stesse AHPs che dovrebbero poter ricomprendere sia imprese di Stati diversi operanti nello stesso settore, sia compagnie con attività differenti ma localizzate nella medesima area geografica. Il secondo istituto è rappresentato dalle *Short-term limited duration insurance* (STLDI), polizze che offrono una copertura assicurativa sanitaria per periodi di tempo limitati, destinate alle persone che non possono acquistare la polizza tramite il proprio datore di lavoro (ad esempio nel periodo che può intercorrere dal licenziamento fino ad un nuovo impiego lavorativo). Precedentemente limitate ad un periodo massimo di tre mesi, l'intenzione della nuova amministrazione federale è quella di semplificare il loro utilizzo (esonerandole da molti degli obblighi imposti con il PPACA) e di estenderle fino ad un periodo massimo di un anno, o anche per durate superiori previo rinnovo da parte del beneficiario. Vengono infine poste le basi per l'ampliamento di particolari programmi denominati *Health Reimbursement arrangements* (HRAs), che possono essere istituiti dalle imprese per offrire ai propri dipendenti "maggiore flessibilità e più scelta per la loro assistenza sanitaria", mediante il rimborso di spese mediche (*out-of-pocket*) non ricomprese nella normale

copertura assicurativa offerta da quel datore di lavoro. Finanziati interamente dalle imprese, i costi sostenuti per tali benefit godono di agevolazioni fiscali e le somme impiegate al riguardo sono interamente deducibili dal reddito imponibile.

Contemporaneamente Trump ha confermato l'interruzione dell'ingente sostegno economico federale alle imprese assicurative, ritenuto una forma di pagamento illegale con cui la precedente amministrazione aveva tentato il salvataggio delle imprese assicurative. Il nuovo esecutivo federale ha così sancito la cancellazione delle c.d. *cost sharing reductions*, i sussidi che l'amministrazione Obama aveva stanziato a favore delle compagnie che offrivano polizze sanitarie a prezzi calmierati ai cittadini a basso reddito tramite il *marketplace* statale o federale. Sovvenzioni a cui nel 2017 avevano avuto diritto circa sei milioni di cittadini, per un costo per le finanze federali di oltre sette miliardi di dollari¹¹⁷ e che già erano al centro di una controversia giudiziaria, *House of Representatives v. Price*, promossa dalla maggioranza Repubblicana alla Camera dei Rappresentanti e a quel tempo ancora pendente in fase di impugnazione¹¹⁸. Il dietrofront di Trump ha inevitabilmente causato insicurezze e diminuzioni di reddito per le assicurazioni che hanno così dato vita ad un aumento generalizzato di polizze e spese *out-of-pocket*, contribuendo ad aggravare un problema, quello dei costi, non sufficientemente affrontato né risolto da Obama.

All'improvviso la riforma del sistema sanitario, rimasta bloccata tra i ripetuti piani bocciati nel Congresso tra maggio e settembre 2017, tornò presto all'attenzione del legislatore federale, seppur in via indiretta. L'occasione fu la riforma fiscale firmata dal Presidente dopo che il testo di legge era stato approvato il 20 dicembre 2017 dal Senato con 51 voti favorevoli e 48 contrari e, il giorno successivo, dalla Camera per 224 a 201¹¹⁹. Essa rappresenta la più incisiva riforma

¹¹⁷ Kevin Liptak, Tami Luhby, Phil Mattingly, *Trump will end health care cost-sharing subsidies*, CNN, 13 ottobre 2017, <http://edition.cnn.com/2017/10/12/politics/obamacare-subsidies/index.html> (link verificato in data 13/02/2018).

¹¹⁸ La risoluzione con cui la Camera decideva di citare in giudizio il presidente Obama e la sua amministrazione rappresentava un duro attacco ai *checks and balances* e al principio di separazione dei poteri, tipici del sistema di governo federale. I Repubblicani lamentavano l'incostituzionalità dei *cost sharing reductions* per contrarietà all'articolo I, sezione 9 della Costituzione (secondo cui "nessuna somma dovrà essere prelevata dal Tesoro, se non in seguito a stanziamenti decretati per legge"), non avendo l'amministrazione provveduto ad emanare alcuna legge con cui appunto stanziare le somme da destinare alle compagnie assicurative.

¹¹⁹ *Tax Cuts and Jobs Act of 2017*.

dello *U.S. tax code* da oltre trent'anni, con molteplici sgravi fiscali, dalla riduzione della tassazione sugli utili delle imprese (dal 35% al 21%) al contestato scudo fiscale per il rientro dei capitali detenuti all'estero dalle multinazionali, fino alla diminuzione delle aliquote fiscali per le persone fisiche. La scelta è stata quella di inserire all'interno di tali previsioni un'ulteriore disposizione che, non potendo formalmente abrogare l'*individual mandate*, azzerava il penalty imposto in caso di mancato acquisto della polizza sanitaria, assestando così un nuovo colpo al funzionamento del PPACA. Inaspettatamente, rispetto alle tormentate vicende estive, il pilastro maggiormente rappresentativo della strategia dell'*Obamacare* viene improvvisamente meno con milioni di cittadini (almeno tredici secondo le stime del CBO) pronti a fare a meno della polizza sanitaria dal 2018 senza alcuna immediata conseguenza pecuniaria. In mancanza di regolamentazioni generali e di più ampia portata, la restituzione ad ognuno del diritto a scegliere se e come assicurarsi contro le malattie non pare poter funzionare in modo responsabile. A fronte di una legge (quella di Obama) che per motivi di varia natura non è stata in grado di operare come sperato, la strategia apparentemente confusa e caotica di Trump ha finito, forse deliberatamente, per aggravare lo status quo del sistema, aggiungendo incertezze alle già fragili fondamenta della sanità statunitense. Non a caso si è anche parlato di una precisa tattica volta a sabotare tutte le innovazioni "egalitarie" introdotte a partire dal 2010 che lo stesso Trump non era riuscito ad abrogare con una nuova legge di riforma, in modo da far implodere il sistema e costringere il Congresso a trovare un accordo su una nuova riforma sanitaria. Dibattito che in ogni caso non potrà prescindere da risolvere le questioni incombenti dei costi assicurativi e della qualità delle prestazioni sanitarie. Lo scenario futuro resta però ancora incerto e, nuovamente, la prossima importante variabile coinciderà con le elezioni di metà mandato del Congresso che si terranno nel novembre del 2018. In tale occasione si potrà avere un primo riscontro ufficiale sui primi due anni della presidenza Trump e solo a seguito della nuova composizione di Camera e Senato (rinnovato nella misura di un terzo) si potrà ipotizzare l'andamento generale della successiva politica legislativa federale. Soltanto con una solida affermazione dei Repubblicani Trump potrà essere in grado di portare a termine la massiccia cancellazione dei principi sanitari di Obama e ridefinire il nuovo ruolo delle agenzie

pubbliche all'interno del libero mercato sanitario. Anche l'inevitabile confronto tra gli apparati amministrativi e i giudici federali rappresenta un ulteriore punto da tenere in considerazione. Le Corti, nel dialogo con il legislatore federale, potranno infatti (continuare a) svolgere un ruolo espressamente creativo per salvaguardare i diritti ed i valori fondamentali che concernono la materia sanitaria. Affinché ciò avvenga pienamente sarà però necessario chiarire quali aspetti della materia considerare principi basilari da tenere al riparo da successivi mutamenti legislativi. In un contesto sanitario tipicamente eccezionale rispetto a quello europeo, di diritti fondamentali avrebbe infatti senso parlare soltanto se la tutela della salute e l'accesso alle prestazioni sanitarie divenissero veri e propri diritti e non più condizioni soggettive per pochi. Tutto ciò per evitare che dopo anni (sette nel caso di Obama) di sforzi programmatici tendenzialmente unificanti, le soluzioni elaborate per rendere la sanità più accessibile, invece che migliorate, possano essere integralmente cancellate dalla maggioranza politica di turno in nome della riduzione della spesa federale e del ritorno alla più sfrenata libertà di mercato.

Capitolo VI

Giudici e politiche sanitarie. Spunti e riflessioni

SOMMARIO: 6.1 Diritti all'assistenza sanitaria nel *NHS*. Tra enunciazione formale e effettività della tutela giurisdizionale 6.1.1 *Le Corti inglesi: quale dialogo con il legislatore di Westminster?* 6.2 La riforma statunitense alla luce della interpretazione della Corte Suprema 6.2.1 *L'opposta situazione statunitense* 6.2.2 *National Federation of Independent Business v. Sebelius* 6.2.3 *L'impegno finanziario del Governo federale: King v. Burwell* 6.3 Sistema sanitario e libertà religiosa 6.3.1 *Burwell v. Hobby Lobby e Zubik v. Burwell*

6.1 Diritti all'assistenza sanitaria nel *NHS*. Tra enunciazione formale e effettività della tutela giurisdizionale

6.1.1 *Le Corti inglesi: quale dialogo con il legislatore di Westminster?*

Con riferimento al delicatissimo rapporto tra attività dei giudici e politiche sociali emanate da assemblee elette dal popolo, il noto politologo inglese Harold Laski nel 1926 notava che¹:

“the fiction that judges do not legislate has long since been abandoned by all who care for a conscious and realistic jurisprudence. To apply precedent and principle to new systems of fact is inevitably to extend their boundaries; and the men who interpret the meaning of clauses in a constitution or a statute are, in truth, bound to be the masters of them”.

Tale affermazione appare ancora più attuale al giorno d'oggi. Senza dubbio interrogarsi sul ruolo delle Corti (soprattutto in tempi di tagli sempre maggiori alle

¹ Harold J. Laski, *Judicial Review of Social Policy in England: A Study of Roberts v. Hopwood et al.*, Harvard Law Review, 1926, Vol.39, n. 7, p.832.

spese pubbliche) permette di indagare aspetti politicamente rilevanti e di evidenziare come mutano i confini tra le diverse funzioni pubbliche. Sebbene i tribunali siano oggi ritenuti tra gli organi maggiormente idonei a proteggere i diritti fondamentali e le libertà protette da carte e documenti costituzionali, la possibilità che il potere giudiziario possa sindacare le politiche legislative, in particolare di stanziamento e ripartizione delle risorse finanziarie, pone però non poche tensioni con il principio della separazione dei poteri. Sul punto, gli orientamenti sono piuttosto vari e, rispetto ad una tendenza esplicitamente più creativa tipica delle Corti statunitensi, i giudici di molti Stati europei hanno invece preferito adottare atteggiamenti piuttosto prudenti, mostrando una certa riluttanza nel giudicare le politiche di erogazione dei servizi sanitari e rimettendosi così alle decisioni di esecutivo e legislativo. Con specifico riferimento alla situazione inglese, il problema può porsi con l'attuazione del dovere di promuovere l'istituzione di un sistema sanitario onnicomprensivo e con l'obbligo *to provide secondary care services*, previsti entrambi dal *National Health Service Act*². La violazione di tali diritti può infatti essere invocata di fronte ai tribunali attraverso il procedimento di *judicial review*, nozione ben diversa da quella statunitense che, come noto, è riferita al controllo giurisdizionale (diffuso) di costituzionalità delle leggi. Difatti, riproponendo la definizione di Jacqueline Martin³, “the right to judicial review of certain decisions [...] allows judges to consider whether a decision (or a refusal to make a decision) is reasonable”. L'accezione inglese, in ossequio al principio di supremazia del Parlamento, è dunque del tutto interna al diritto amministrativo ed è finalizzata a controllare l'operato di Ministri e organi pubblici, permettendo ai tribunali, sia ordinari (la *High Court of Justice* nell'esercizio della *supervisory jurisdiction* sugli organi di giustizia amministrativa) sia amministrativi, di riconsiderare tali decisioni o anche atti aventi natura regolamentare⁴. Ciò al fine primario di garantire che a ogni individuo sia assicurato un trattamento giusto ed imparziale dall'autorità cui è sottoposto.

La procedura, regolata dall'*Order 53* delle *Rules of the Supreme Court*, può essere instaurata su istanza di parte e necessita di un apposito consenso preliminare

² A tal fine, si confronti *supra*, capitolo I, paragrafo 1.3.1.

³ Jacqueline Martin, *The English Legal System*, London, Hodder Arnold, 2007, pp. 2, 3.

⁴ Vincenzo Varano, Vittoria Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., pp. 304-306.

da parte della Corte (*leave*) volto a verificare la sussistenza di una serie di requisiti formali tra cui “the relief sought and the grounds upon which it is sought” e “written evidence verifying the facts relied on”⁵. Qualora la Corte ritenga che l’azione dell’organo abbia violato norme di diritto pubblico ledendo il singolo ricorrente⁶, essa potrà emettere uno dei *prerogative orders* (*mandamus, prohibition, certiorari*) ovvero i diversi rimedi della *declaration* o della *injunction*, originariamente proponibili con un’azione con regole procedurali diverse ed incorporati entro la procedura di *judicial review* solo a seguito delle riforme intervenute tra il 1977 ed il 1981⁷. L’analisi della Corte deve però tenere conto di un ulteriore aspetto. Il riesame della decisione presuppone e si fonda sul difetto di ragionevolezza alla base delle scelte politiche. Proprio quest’ultimo requisito fa sì che tale rimedio possa essere ottenuto solo in limitatissime ipotesi eccezionali, come precisato già dal 1947 con il caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation*⁸, quando cioè l’autorità amministrativa è pervenuta ad una scelta “so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it”⁹.

È possibile adesso soffermarsi sull’applicazione di tali principi alle modalità di ripartizione dei fondi destinati al sistema sanitario. Vista la scarsità delle risorse e l’ovvia impossibilità di soddisfare le necessità mediche di tutti i pazienti, generalmente i giudici non hanno motivo di riesaminare le decisioni discrezionali delle competenti autorità, a meno che queste siano manifestamente illogiche e insensate. Ecco quindi che i *public law duties* sanciti dal *National Health Service Act* nelle aule di tribunale venivano ritenuti non direttamente tutelabili in giudizio, sulla base del presupposto della limitatezza delle risorse finanziarie a disposizione del servizio sanitario inglese e del conseguente obbligo non assoluto del potere

⁵ RSC Order 53, *Applications for Judicial Review – Rule 3, Grant of leave to apply for judicial review*.

⁶ La procedura di *judicial review* concerne esclusivamente violazioni da parte delle autorità amministrative di diritti aventi carattere pubblicistico (ad es. in materia di immigrazione, di diritto all’abitazione per gli *homeless*, oppure quando le autorità locali hanno agito eccedendo le rispettive competenze) e non quelle che rinvergono la propria fonte in norme di diritto privato. In quest’ultimi casi, il singolo che si reputi leso dall’amministrazione pubblica potrà convenirla in giudizio secondo le ordinarie azioni di diritto privato.

⁷ Richard Gordon, *Judicial review: law and procedure*, London, Sweet & Maxwell, 1996, pp. 4, 5.

⁸ *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corp* (1948) 1 KB 223.

⁹ Richard Gordon, *Judicial review: law and procedure*, cit., p. 24.

esecutivo di provvedere alla erogazione di cure mediche¹⁰. Ciò emerge da una serie di casi, tra cui il più celebre è forse *Regina v Secretary of State for Social Services ex parte Hincks*¹¹, in cui i ricorrenti lamentavano essere rimasti (invano) in lista d'attesa alcuni anni per ricevere una prestazione ortopedica. Proprio al fine di erogare dette prestazioni, il *Department of Health* aveva infatti da tempo autorizzato un apposito piano di potenziamento dei servizi ortopedici del luogo, che tuttavia, a causa dei tagli ai finanziamenti, era stato di volta in volta differito. Si poneva dunque un eventuale profilo di contrasto tra tale comportamento ed il già menzionato dovere ministeriale “to provide a comprehensive health service”. Secondo i ricorrenti, il dovere del *Secretary of State* non sarebbe venuto meno a causa della mancanza di risorse economiche; anzi il Ministro sarebbe stato chiamato ad adoperarsi affinché il Parlamento stanziasse le risorse necessarie. La *Civil Division* della *Court of Appeal* fu invece di diverso avviso, evidenziando una certa discrezionalità nella valutazione e nell'effettiva ripartizione delle risorse disponibili da parte del Ministro, il quale, riportando le celebri parole del *Master of the Rolls*, Lord Denning, “is doing the best he can with the financial resources available to him and I do not think he can be faulted on the matter”. Le controversie attinenti alle risorse disponibili e alla loro distribuzione, pur essendo di rilevante interesse pubblico, debbono dunque essere poste, esaminate e risolte al di fuori da ogni organo giudiziario. Così, l'assistenza sanitaria si configurerebbe come un diritto soltanto “potenziale” poiché la scarsità delle finanze si ripercuote inevitabilmente sulla (mancata) erogazione di talune cure¹² e, al riguardo, nessun ruolo spetterebbe al giudiziario. Come riporta un autore inglese, proprio in tale decisione, il *Lord Justice of Appeal* Bridge auspicò anche che i ricorrenti non venissero incoraggiati a ritenere

¹⁰ Un settore in cui invece vi è maggiore possibilità di intervento per i giudici concerne le questioni attinenti i trattamenti sanitari e i ricoveri in apposite strutture comunitarie di individui con disturbi mentali, regolati dal *Mental Health Act* del 1983. A tal proposito si confronti Richard Gordon, *Judicial review: law and procedure*, cit., pp. 266-269.

¹¹ *Regina v Secretary of State for Social Services, the West Midlands Health Authority and the Birmingham Health Authority, ex parte Hincks* (1980) 1 BMLR 93, CA.

¹² In tal senso, Antony Franks, *Legal, decent and honest? Are quality assurance and rationing inseparable?*, *British Journal of Clinical Governance*, 2002, Vol.7, n. 1, p. 35.

che i giudici potessero incrementare gli standard qualitativi del NHS, poiché chiaramente “any such encouragement would be based upon manifest illusion”¹³.

Lo stesso ragionamento fu seguito anche nelle successive decisioni *Regina v. Central Birmingham Health Authority ex parte Walker*¹⁴ e *Regina v. Central Birmingham Health Authority ex parte Collier*¹⁵, da cui emerge nuovamente la riluttanza dei giudici ad interferire con scelte prettamente politiche. Nella prima, sia la *High Court* che la Corte d’Appello rigettarono di concedere il *leave* necessario per esaminare il ricorso proposto da una madre affinché il figlio minore potesse essere operato al cuore, dopo che l’intervento richiesto, ancorché non urgente, era stato posticipato sei volte per carenze del personale infermieristico. Tale rifiuto si basava soprattutto sulla volontà di non sostituirsi all’organo istituzionalmente deputato all’allocazione delle risorse, a meno che il giudizio di quest’ultimo (ma non era questo il caso) fosse manifestamente irragionevole, avendo la competente autorità agito o preso decisioni che nessun altro organo avrebbe ragionevolmente avallato. Quasi identici i fatti e la decisione della seconda pronuncia, *ex parte Collier*, concernente la presunta violazione da parte di una *Regional Health Authority* (RHA) del già menzionato dovere di assicurare la fruizione dei vari trattamenti sanitari¹⁶. In particolare, si trattava ancora una volta di un minore affetto da un difetto cardiaco, non risolto da due precedenti operazioni chirurgiche, il quale, al momento della controversia, si trovava al primo posto della lista d’attesa per un nuovo intervento. Operazione che fu tuttavia cancellata in tre occasioni a causa della insufficienza dei mezzi e dei letti di terapia intensiva. Pur essendo un intervento più urgente rispetto a quello del precedente *ex parte Walker*, la Corte d’Appello, ancora una volta, negò il consenso necessario per consentire al richiedente la presentazione della richiesta di *judicial review*, dichiarandosi incompetente ad intervenire in quei casi (come quello di specie) in cui veniva in rilievo soltanto una ripartizione (errata secondo i ricorrenti) delle risorse destinate al sistema sanitario che non permetteva l’accesso per certi pazienti a determinate cure. Pur esprimendo il proprio sostegno

¹³ Diane Longley, *Public Law and Health Service Accountability*, Open University Press, 1992, p. 80.

¹⁴ *Regina v. Central Birmingham Health Authority ex parte Walker* (1987) 3 BLMR 32.

¹⁵ *Regina v. Central Birmingham Health Authority ex parte Collier*, (1988).

¹⁶ Si confronti Diane Longley, *Public Law and Health Service Accountability*, cit., p. 80.

morale ai ricorrenti con la consapevolezza che l'attenzione, anche mediatica, verso tali vicende avrebbe forse potuto indurre le autorità ad erogare le prestazioni richieste, così si espressero i giudici¹⁷:

“The courts of this country cannot arrange the lists in the hospital, and, if there is not evidence that they are not being arranged properly due to some unreasonableness in the *Wednesbury* sense on the part of the authority, the courts cannot and should not be asked to intervene”.

L'unica possibilità di intervento concerneva quei casi in cui la violazione era talmente manifesta da apparire “*Wednesbury unreasonable*”, richiamando ancora una volta la formula, per prima utilizzata nella decisione del 1947, per cui una scelta politica in materia sanitaria può essere annullata giudizialmente soltanto se “so unreasonable that no reasonable body could have made it”. Altrimenti il giudiziario, secondo le parole del Lord Justice Ralph Gibson, “has no role of general investigator of social policy and of allocation of resources”¹⁸.

Vista la serietà delle condizioni mediche rimaste inascoltate, sorge allora spontaneo domandarsi fino a quale grado di gravità debba necessariamente spingersi la malattia al fine di permettere ad un giudice di pronunciarsi sul merito dei tagli operati al NHS. La dottrina inglese¹⁹ riporta spesso il caso di Angela Tonge del 1987 in cui sembravano sussistere tutti i requisiti per affermare che l'autorità competente avesse agito in modo *unreasonable*. Tuttavia la controversia non giunse mai di fronte alle Corti perché lo stesso giorno in cui all'istante venne riconosciuto il *legal aid*, il diritto cioè all'assistenza legale gratuita, per convenire in giudizio l'autorità sanitaria, il ministro della Salute concesse alle unità renali locali le somme necessarie per il trattamento richiesto. Ebbene, la situazione di estrema ed indifferibile urgenza costituiva il primo elemento discriminante rispetto alla giurisprudenza cui prima si accennava. Alla paziente, non vedente affetta da diabete e con una insufficienza renale allo stadio terminale, era stata infatti negata la possibilità di effettuare la dialisi presso l'ospedale *Queen Elizabeth* di Birmingham,

¹⁷ Linda Delany, *Health Care Law*, Health Care Analysis, 1993, Vol. 1, n. 2, p. 172.

¹⁸ Diane Longley, *Public Law and Health Service Accountability*, cit., p.81.

¹⁹ Clare Dyer, *Going to law to get treatment*, British Medical Journal, 1987, Vol. 295, n. 6612, p.1554.

dove era in cura da oltre venti anni, o presso diverse strutture, per mancanza di risorse pubbliche dovute a spese fuori budget per circa 170.000 sterline. Proprio tale pendenza economica aveva indotto l'autorità sanitaria ad emettere un provvedimento a seguito del quale non avrebbe più preso in carico alcuna nuova richiesta di ammissione alle cure presso le proprie unità renali. Il carattere assoluto e generalizzato di tale divieto, trattando allo stesso modo (mancato accesso alla cure) pazienti in condizioni diverse (per situazione clinica, di età e reddituale), era un chiaro indizio del fatto che l'autorità competente avesse esercitato la sua discrezionalità nella ripartizione delle risorse in modo manifestamente irragionevole ed anzi tale conclusione risultava avvalorata dalla decisione susseguente dell'amministrazione di riconoscere fondi ulteriori per evitare la lite. Se viceversa l'amministrazione avesse operato un bilanciamento tra le differenti situazioni dei potenziali pazienti, ammettendo ai trattamenti chi considerato tra i più deboli ed escludendo gli altri, questi ultimi difficilmente avrebbero potuto ottenerne il riesame lamentando l'erroneità delle scelte compiute²⁰.

Esistono però anche casi più recenti in cui le Corti sono intervenute dando invece ragione ai ricorrenti. Trattasi di vicende simili per contenuti, e dunque sarà possibile limitarsi a pochi cenni. In *R v North Derbyshire Health Authority, ex parte Fisher*²¹ l'autorità sanitaria locale aveva negato i fondi necessari per ottenere la somministrazione ospedaliera di un farmaco che era stato prescritto ad un paziente malato di sclerosi multipla. L'autorità non intendeva infatti mettere a disposizione i fondi necessari per il singolo paziente ma proponeva di attendere il futuro compimento di un *trial* (che mai sarebbe avvenuto) per valutare l'efficacia di tale medicinale su un certo numero di pazienti. Ciò nonostante la vigenza di una circolare emessa dal NHS (EL(95)97) con cui, tra l'altro, si richiedeva alle autorità sanitarie proprio di assicurare la fornitura della medicina negata. Il paziente propose pertanto richiesta di *judicial review* alla *High Court* lamentando la mancata implementazione da parte dell'autorità locale di una linea politica dettata direttamente dal NHS e l'istituzione di un divieto generalizzato (similmente al caso *Tonge*) che precludeva a tutti i pazienti di ricevere tale terapia. Sulla base della

²⁰ Clare Dyer, *Going to law to get treatment*, cit., p. 1554.

²¹ *R v North Derbyshire Health Authority, ex parte Fisher* (1997), 8 Med LR 327.

considerazione che la scelta favorevole all'utilizzo del medicinale soltanto in un *trial* rispondeva a finalità diverse da quella prevista dalla circolare (prescrivere medicinali per curare pazienti), tre furono le statuizioni della Corte. In primo luogo dichiarò l'illegittimità della politica adottata dall'autorità sanitaria, visto che essa non poteva essere considerata uno strumento ragionevole con cui attuare la misura disposta dal NHS. In secondo luogo, mediante un *order of certiorari*, annullò la decisione con cui l'autorità aveva deciso di non sostenere i costi del medicinale. Infine, con un *order of mandamus* impose alla stessa di sviluppare linee politiche coerenti con la politica nazionale espressa dalla circolare.

R. v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan riguardava invece le vicende di una paziente gravemente disabile ricoverata in un istituto di cura²². A seguito del collocamento in una diversa struttura ospedaliera, l'autorità sanitaria aveva garantito alla paziente che in futuro non sarebbe più incorsa in ulteriori spostamenti. La successiva chiusura della struttura perché troppo onerosa per le casse dell'autorità sanitaria ed il mancato rispetto di tale promessa avevano però originato la controversia giudiziaria. Ciò che più la caratterizza dalle precedenti pronunce è il principio del legittimo affidamento della paziente nei confronti dell'autorità sanitaria. Proprio in virtù di tale principio la Corte ritenne di non potersi limitare ad accertare, secondo i consueti canoni, se la decisione fosse o meno ragionevole ma andò oltre, con un'importante apertura verso il diritto alla tutela della salute dei pazienti²³. La Corte di Appello giunse infatti a riconoscere le ragioni della paziente, non essendo provati i motivi di interesse pubblico invocati dall'autorità e ritenendo non vi fossero ragioni tali da giustificare la violazione della promessa a suo tempo fatta.

²² *R. v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [2001] Q.B. 213.

²³ È doveroso però segnalare anche l'esistenza di successive sentenze che hanno invece immediatamente segnato un ritorno al passato, fra le quali *Regina v Secretary of State for Health ex parte Pfizer Ltd*, con cui la Corte di Appello tornò ad un approccio maggiormente rispettoso delle scelte delle autorità amministrative, riaffermando la natura essenzialmente politica delle decisioni di razionamento dei fondi all'interno del NHS.

6.2 La riforma statunitense alla luce della interpretazione della Corte Suprema

6.2.1 L'opposta situazione statunitense

“While the courts have played a significant role in securing equitable access to health care in the United States, judges in the United Kingdom have generally declined to intervene in the same way”²⁴.

Se in Inghilterra le Corti hanno dimostrato atteggiamenti piuttosto prudenti, negli Stati Uniti la situazione pare invece diametralmente opposta. Qui infatti l'esatto confine tra il potere degli organi eletti di emanare le leggi e il ruolo dei giudici sembra decisamente più incerto poiché quest'ultimi hanno lentamente acquisito un ruolo sempre più significativo all'interno del dibattito relativo ad alcuni tra i temi più caldi del costituzionalismo moderno. Tra questi certamente la materia sanitaria, dove il giudiziario ha spesso contribuito alla concreta definizione delle politiche insieme al legislatore e alle varie agenzie amministrative²⁵. Ne è un chiaro esempio la Corte Suprema che in soli cinque anni si è pronunciata addirittura quattro volte sui diversi capisaldi del PPACA. Tali casi, gli unici cui accenneremo, non esauriscono però la lunga serie di ricorsi presentati presso i vari tribunali federali per ostacolarne l'implementazione. Non vi è disposizione del PPACA, anche di marginale importanza o priva di problematiche di rilevanza costituzionale, che sia o sia stata immune da contenzioso giudiziario, alimentando un inedito “perfect storm for litigation”²⁶ ed un clima di incertezza giuridica e di insoddisfazione verso un provvedimento di per sé non chiaro e la cui applicazione effettiva è stata in larga

²⁴ Jonathan Montgomery, *Health care Law*, Oxford University Press, 2002, p. 67.

²⁵ In tal senso Longley, secondo cui le Corti percepiscono la propria attività istituzionale “as sharing responsibility with the legislature and executive for furthering general statutory and fundamental constitutional values”. Si veda Diane Longley, *Public Law and Health Service Accountability*, cit., p. 83.

²⁶ Jonathan Adler, *Of Kings To Come: The Future Of Health Care Reform Still Remains In Federal Court*, *Employee Rights & Employment Policy Journal*, 2016, Vol. 20, n. 1, p.134.

parte demandata a varie agenzie federali che spesso hanno giocato forza dovuto allontanarsi dal significato letterale delle norme per permettere alla legge di poter funzionare nella realtà. Con l'inevitabile conseguenza che la riforma, per come implementata e sperimentata, è certamente diversa da quanto statuito mediante legge²⁷. Alla luce di tali peculiarità, i giudici solo parzialmente hanno svolto un effettivo ruolo di promozione e tutela di alcuni tra i diritti di volta in volta portati alla loro attenzione. Difatti, di fronte ad una questione come quella sanitaria, in larga parte ancora dibattuta e priva di un sufficiente consenso sociale, le considerazioni di carattere politico spesso si mescolano al ragionamento giuridico dando vita ad un approccio interpretativo quantomeno oscillante. Se in taluni casi sono state infatti confermate le scelte del Congresso (*individual mandate* e *sussidi federali* su tutti) richiamandosi al doveroso rispetto per la volontà legislativa (in maniera non dissimile dalle molte sentenze inglesi di cui si è detto poco sopra) e per l'ampio programma di riforma inaugurato, in altre circostanze la Corte ha optato per pronunce più "aggressive" con cui ha sconfessato innovazioni di grande impatto sociale. D'altra parte, l'attivismo politico che ha animato la Corte nella decisione delle singole vicende inerenti la riforma sanitaria riflette il mai sopito conflitto tra *originalism* e *living constitution*. Si nota una persistente tensione tra separazione dei poteri, improntata alla valorizzazione dei poteri enumerati garantiti al Congresso dalla Costituzione ed ostile a prese di posizioni dei giudici sul merito delle politiche legislative, e interpretazioni più *liberal* che al contrario ritengono la promozione dei diritti fondamentali un compito facente parte del più generale dovere del giudice di interpretare la carta costituzionale. In questo bilanciamento di valori dall'esito incerto, nella pronuncia di legittimità costituzionale del 2012 sono molto chiare le parole della giudice Ginsburg, volte a mettere in evidenza la rilevante distanza temporale tra la Costituzione ed il mutato contesto moderno, con l'affermazione di diritti e libertà neppure immaginabili al tempo dei Padri fondatori. Sulla scorta di tale premessa, veniva infatti prospettata una più estensiva lettura della *Commerce Clause* basata sull'attuale momento storico e si auspicava il superamento di una visione, quella del *Chief Justice* Roberts, ancorata ad un'epoca ormai conclusa in

²⁷ Jonathan Adler, *Of Kings To Come: The Future Of Health Care Reform Still Remains In Federal Court*, cit., p. 134.

cui la Corte Suprema ripetutamente si era opposta ai tentativi federali di regolazione dell'economia. Nelle successive pronunce la Corte giustificava invece il proprio approccio creativo sulla scorta delle non poche ambiguità contenute nel provvedimento di riforma sottoposto al suo esame. Molte disposizioni non avevano un significato univoco ed unitario ma anzi, al contrario, erano suscettibili di interpretazioni dai significati contrastanti, così come numerose erano le lacune e gli aspetti non espressamente regolati, solo in parte affrontati dall'amministrazione federale. A ben guardare, sotto un profilo più generale, sarebbero però proprio le peculiarità dei diritti in questione a spingere necessariamente la Corte verso sentenze coraggiose ed inusuali, non potendo la stessa esimersi dal compiere delicati confronti tra diritti sociali e meccanismi economici. È piuttosto evidente il nuovo e delicato ruolo che la Corte Suprema è chiamata a ritagliarsi, viste la dinamicità e l'interdisciplinarietà dei temi trattati. Il compito di risolvere questi casi confliggenti rifugge per definizione dai tradizionali canoni interpretativi e segna una inedita commistione tra diritti e mercato. Così il riconoscimento e la tutela dei diritti e degli obblighi che ne stanno alla base (che siano dei pazienti, piuttosto che dei singoli Stati o della stessa amministrazione centrale) passano inevitabilmente attraverso la ridefinizione giudiziaria dell'impegno, anche finanziario, dello Stato federale.

6.2.2 National Federation of Independent Business v. Sebelius

La presunta contrarietà della riforma sanitaria di Obama ai principi fondamentali dell'ordinamento federale portò immediatamente alla presentazione di vari ricorsi giudiziari di fronte alle Corti federali, da parte di ventisei Stati, primi tra tutti la Florida, di molti individui e di *National Federation of Independent Business*, associazione rappresentativa di piccole e medie imprese, tra i più risoluti oppositori della riforma già nel corso del lungo iter legislativo. Gli interrogativi riguardavano soprattutto l'*individual mandate* e l'espansione di *Medicaid* che avrebbero ecceduto i poteri enumerati garantiti dall'articolo I della Costituzione. Se la *District Court* per il distretto della Florida settentrionale aveva ritenuto che l'*individual mandate* eccedesse i poteri di cui all'articolo I della Costituzione, stabilendo addirittura che

il difetto di legittimità costituzionale dovesse estendersi all'intera legge, la *Court of Appeals for the Eleventh Circuit* optò invece per una pronuncia più prudente. Essa sancì infatti l'illegittimità dell'obbligo di acquisto della polizza (non potendo essere considerato espressione né del potere di imposizione fiscale federale né del potere di regolare il commercio fra gli Stati), lasciando tuttavia inalterate le altre disposizioni della legge, tra le quali anche il programma *Medicaid*. Lo stesso *individual mandate* fu però al centro anche di altre controversie giudiziarie che dettero vita a decisioni di segno opposto. Ad esempio la *Court of Appeals for the Sixth Circuit* e quella del *District of Columbia* lo ritennero espressione legittima del potere del Congresso di regolare il commercio. Secondo la *Court of Appeals for the Fourth Circuit* non era invece possibile una decisione di merito a causa della vigenza di una disposizione di legge, l'*Anti-Injunction Act*, che proibisce azioni legali volte a limitare la riscossione dei tributi²⁸. Difatti, il pagamento previsto dal PPACA in caso di mancato adempimento all'obbligo di assicurazione, costituendo una misura fiscale riscossa dall'IRS tramite le ordinarie modalità di riscossione dei tributi, ben sarebbe potuto rientrare entro l'ambito applicativo di tale legge, con la conseguenza che gli interessati avrebbero potuto ricorrere davanti ai tribunali soltanto nel 2014 a seguito dell'effettivo pagamento della sanzione pecuniaria.

A fronte della incertezza giuridica esistente, una eventuale pronuncia della Corte Suprema avrebbe potuto rappresentare una pietra miliare per l'intera materia sanitaria. Così, nel novembre 2011 la Corte decise di concedere il *certiorari* per riesaminare il giudizio della *Court of Appeals for the Eleventh Circuit* e di riunire le tre richieste di appello promosse dallo Stato della Florida, dall'amministrazione federale e da *National Federation of Independent Business*²⁹. Alla discussione orale, protrattasi per tre giorni consecutivi dal 26 al 28 marzo 2012, seguì il 28 giugno 2012 l'emanazione della sentenza. Essa rivelò una Corte estremamente frammentata in cui le opinioni dei Giudici in parte si mescolano ed in parte si scontrano tentando di manipolare prescrizioni normative e clausole costituzionali. In una decisione estremamente articolata (193 pagine) la posizione fondamentale fu assunta dal *Chief*

²⁸ 26 U.S. Code § 7421 - *Prohibition of suits to restrain assessment or collection*. “[...] no suit for the purpose of restraining the assessment or collection of any tax shall be maintained in any court by any person, whether or not such person is the person against whom such tax was assessed”.

²⁹ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U. S. ____ (2012)

Justice Roberts che riuscì a salvare l'*individual mandate* guadagnando l'appoggio dei quattro giudici liberali (Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan) e, solo in parte, ad assecondare i conservatori, fortemente ostili alla riforma Obama, facendo venire meno l'espansione obbligatoria di *Medicaid*. Parlandone in termini estremamente generali, essa si compone di tre parti fondamentali: l'opinione di maggioranza redatta da Roberts, l'opinione (in parte concorrente ed in parte dissenziente) redatta da Ginsburg ed infine le opinioni dissenzienti di Scalia, Kennedy, Thomas e Alito³⁰.

Accertato che l'*Anti-Injunction Act* non impedisse una decisione di merito³¹, la maggioranza guidata da Roberts, si concentrò sull'esame della prima questione controversa, la presunta illegittimità dell'*individual mandate*. Obbligo di acquisto della polizza sanitaria che l'amministrazione federale giustificava innanzitutto quale espressione del potere di disciplinare il commercio interstatale. La *commerce clause* attribuisce infatti al Congresso un'ampia autorità che permette di regolare non soltanto il commercio tra Stati ma anche quelle attività che su di esso hanno un effetto sostanziale³². Ne costituirebbe una prova la decisione del 1964 con cui la Corte Suprema ebbe modo di confermare la scelta del Congresso di emanare una legge contro la segregazione razziale quale esercizio del *commerce power* "in virtù degli effetti negativi che la segregazione stessa produceva sulla circolazione di persone e cose"³³. Ebbene, per quanto concerne la riforma sanitaria l'imposizione sarebbe giustificata dal fatto che il mancato acquisto della polizza produrrebbe gravi ripercussioni economiche nel commercio tra gli Stati, contribuendo in modo sostanziale all'aumento dei costi sanitari e annullando peraltro l'effettività delle altre disposizioni del PPACA. Benché l'applicazione estensiva della *commerce*

³⁰ Erik Longo, *U.S.A.: Lord Beveridge goes to Washington. L'opinione del presidente della Corte Suprema americana decisiva nella causa sulla riforma delle assicurazioni sanitarie voluta dal Presidente Obama nel 2010*, Forum di Quaderni Costituzionali, 2012, pp. 1-2, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/telescopio/0040_longo.pdf (link verificato in data 23/03/2018).

³¹ La Corte, posto che venivano in considerazione due leggi federali, ritenne di doversi attenere al rispetto della qualificazione formale adottata dal Congresso ("the best evidence of Congress's intent is the statutory text"). In tal senso la preclusione dell'*Anti-Injunction Act* trovava applicazione soltanto per le esazioni espressamente denominate come tasse (previste anche da altre disposizioni del PPACA) ma non per forme di pagamento diverse, come nel caso in esame ove il legislatore aveva optato per la configurazione di un *penalty*. Si confronti *Opinion of the Court*, pp. 11-15.

³² *Opinion of the Court*, pp. 17, 18.

³³ Chiara Bologna, *Sovranità degli stati federati e costituzionalità della riforma sanitaria: gli equilibri del Chief Justice Roberts*, cit., p. 4.

clause rappresentasse ormai una prassi consolidata nella giurisprudenza, essa presupponeva sempre l'esistenza di un'attività commerciale da disciplinare ed in nessun caso poteva essere interpretata fino al punto di costringere gli individui economicamente inattivi ad acquistare un prodotto non richiesto³⁴. Proprio in considerazione di tali requisiti la Corte Suprema rigettò le argomentazioni prospettate. Il legislatore federale aveva infatti istituito un nuovo mercato anziché regolamentarne uno già esistente, non sussistendo alcuna attività economica da regolare ma venendo fissato un obbligo di acquisto sulla considerazione che il mancato possesso dell'assicurazione potesse ledere il commercio interstatale. Ciò avrebbe in pratica attribuito al Congresso un potere senza precedenti che, ignorando la distinzione tra “activity” e “inactivity”, avrebbe permesso di veicolare i comportamenti economici di soggetti che di quel mercato non fanno neanche parte, in violazione delle competenze enumerate attribuite al Congresso dall'articolo I della Costituzione³⁵. Non a caso, “The Framers gave Congress the power to regulate commerce, not to compel it”³⁶. E al riguardo, nessun rilievo può assumere la giustificazione secondo cui praticamente tutti i non assicurati, nel corso della loro vita, avrebbero necessariamente dovuto divenire parte del mercato sanitario per potere ricevere una prestazione medica³⁷. Ancora una volta la Corte negò che la *commerce clause* potesse attribuire una potestà normativa così ampia e indeterminata, non esistendo “a general license to regulate an individual from cradle to grave”³⁸. L'espressione richiama chiaramente alla mente i principi basilari del sistema beveridgiano, primo tra tutti la qualificazione dell'assistenza sanitaria quale bene di interesse pubblico³⁹. L'intento in questo caso è tuttavia opposto, quello cioè di discostarsi da tali istanze solidaristiche, tracciando per differenze il funzionamento del sistema americano. Interessante anche il sintetico monito con cui viene ribadita la potestà esclusivamente statale in ordine al *police power*, in base al

³⁴ Difatti, “Congress has never attempted to rely on that power to compel individuals not engaged in commerce to purchase an unwanted product”. Si confronti *Opinion of the Court*, p. 18.

³⁵ “Construing the Commerce Clause to permit Congress to regulate individuals precisely because they are doing nothing would open a new and potentially vast domain to congressional authority”. Si confronti *Opinion of the Court*, p. 20.

³⁶ *Opinion of the Court*, p. 24.

³⁷ *Opinion of the Court*, p. 26.

³⁸ *Opinion of the Court*, p. 26.

³⁹ Si veda *supra*, Cap. I, par. 1.3.1.

quale soltanto i governi locali possono emanare normative volte ad influenzare le condotte dei consociati al fine di proteggere la salute ed il benessere dei propri residenti⁴⁰.

Esclusa dunque la *commerce clause* quale base costituzionale per l’emanazione dell’*individual mandate*, restava da verificare in via subordinata se tale misura potesse costituire una misura “necessaria e adatta” per la realizzazione della riforma sanitaria quale più ampio progetto di regolazione economica. Anche in questo caso la risposta della Corte Suprema fu però negativa poiché l’utilizzo della *Necessary and Proper Clause*, pur rappresentando una valvola di sfogo per il Congresso, deve in ogni caso essere strettamente circoscritto e limitato. L’obbligo di acquisto, pur essendo “necessario” per la buona riuscita della riforma, non poteva essere considerato anche “adatto”. L’espansione del potere federale cui dava origine evidenziava infatti il difetto di strumentalità e di limitatezza nello scopo rispetto al potere enumerato di regolare il commercio⁴¹.

È tuttavia l’ultimo argomento richiamato dall’amministrazione federale, il potere di imporre e percepire tasse, ad attirare le attenzioni dei Giudici. In termini generali, tra un significato certamente contrario al dettato costituzionale ed uno invece coerente, compito del giudiziario è valutare se quest’ultimo, anche se meno usuale, possa costituire una giustificazione ragionevole, alla luce del principio per cui ogni ricostruzione interpretativa deve essere finalizzata, per quanto possibile, a salvare una legge dall’incostituzionalità. Se dunque non era costituzionalmente possibile obbligare i cittadini ad acquistare l’assicurazione sanitaria, l’*individual mandate* avrebbe potuto invece essere interpretato unicamente come una tassa posta a carico di chi decide di non acquistare la polizza sanitaria. In tal senso, sebbene il PPACA definisse tale pagamento come penalty, esso somigliava per molti aspetti ad una tassa. E la definizione formale di penalty, se comportava automaticamente l’inapplicabilità dell’*Anti-Injunction Act*, non precludeva però di controllare se la stessa esazione rientrasse o meno nel potere di imposizione fiscale federale. La Corte, seguendo un approccio “funzionale”, ne riconobbe la natura sostanzialmente

⁴⁰ Si veda *supra*, cap. III, par. 3.2.1.

⁴¹ *Opinion of the Court*, p. 30.

tributaria⁴², escludendo che il mancato adempimento al *mandate* potesse configurare una condotta illegale (come forse poteva desumersi dall'impiego del termine *penalty*)⁴³: se qualcuno, legittimamente, avesse scelto di pagare anziché acquistare un'assicurazione, avrebbe comunque adempiuto alla legge. Accogliendo tale soluzione, la Corte Suprema confermò l'*individual mandate* quale esercizio legittimo del *taxing power*, salvando la norma più nota e importante della riforma Obama da una pronuncia di incostituzionalità.

Un po' di attenzione meritano anche le opinioni concorrenti e dissenzienti e le rispettive posizioni sull'*individual mandate*. Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan, pur concordando con la tesi di Roberts circa la legittimità di tale strumento quale esercizio del potere di tassare, sottolinearono che la disposizione in esame poteva altrimenti essere autorizzata anche dalla *Commerce Clause*. La ragione di tale differenza andava ricercata nella interpretazione, indecifrabile e oltremodo regressiva, di tale clausola operata dal *Chief Justice*, che rievocava un'era, conclusasi nel 1937⁴⁴, in cui la Corte abitualmente ostacolava gli sforzi del Congresso di regolare l'economia degli Stati Uniti⁴⁵. Essa rappresentava invece la risposta dei Costituenti al problema che dette origine alla Costituzione stessa. Con gli Articoli della Confederazione la regolazione del commercio era infatti stata lasciata agli Stati ma tale sistema non funzionò adeguatamente poiché gli Stati, concentrati sui propri interessi economici, spesso mancarono di prendere decisioni fondamentali per la Nazione⁴⁶. Con il potere di regolare il commercio tra Stati, i costituenti avevano infatti inteso attribuire al Congresso una vasta autorità, “the authority to enact economic legislation in all Cases for the general Interests of the Union, and also in those Cases to which the States are separately incompetent”⁴⁷. La formulazione utilizzata dalla Costituzione è volutamente ampia e generica e

⁴² *Opinion of the Court*, p. 32.

⁴³ Secondo la definizione della Corte per *penalty* si intende infatti “punishment for an unlawful act or omission”, ovvero “[A] *penalty*, as the word is here used, is an exaction imposed by statute as punishment for an unlawful act”. Contrariamente a ciò “Neither the Act nor any other law attaches negative legal consequences to not buying health insurance, beyond requiring a payment to the IRS. The Government agrees with that reading, confirming that if someone chooses to pay rather than obtain health insurance, they have fully complied with the law”. *Opinion of the Court*, p. 37.

⁴⁴ Si veda *supra*, cap. IV, par. 4.4.2 e nota n. 126.

⁴⁵ *Opinion of Ginsburg*, pp. 2, 3.

⁴⁶ *Opinion of Ginsburg*, pp., 12, 13.

⁴⁷ *Opinion of Ginsburg*, p. 13.

richiede una specificazione in base al contesto o ai fatti oggetto della controversia, perché inevitabilmente gli interessi generali dell'Unione sarebbero cambiati in modo non prevedibile nel corso del tempo. Conformemente a tale assunto, la Corte Suprema ha sempre impiegato un approccio pragmatico e funzionale per giudicare l'autorità del Congresso in materia, guidata da due principi cardine: al Congresso deve essere riconosciuto il potere di regolare le attività economiche (anche locali) che hanno effetti sostanziali sul commercio tra Stati e inoltre i giudici devono mostrarsi particolarmente rispettosi della relativa produzione legislativa (“strong deference [is] accorded legislation in the field of national economic policy.”)⁴⁸. Ebbene, alla luce di quanto appena detto, Ginsburg riteneva che l'*individual mandate* avrebbe potuto essere confermato sulla base della *Commerce Clause*, visto che la decisione di rinunciare all'assicurazione sanitaria difficilmente poteva essere considerata irrilevante o equivalente ad un “non fare niente”. Parafrasando le sue parole, il Congresso ben avrebbe potuto ritenere i non assicurati un ostacolo al commercio interstatale dal momento che essi abitualmente consumano miliardi di dollari in prodotti e servizi sanitari, spostandosi anche in Stati diversi da quello di residenza.

L'opinione dissenziente di Scalia non è invece difforme dalla tesi di Roberts nella parte in cui afferma che l'amministrazione federale non poteva obbligare i cittadini inattivi nel mercato interstatale all'acquisto di una polizza sanitaria, pena la trasformazione della *Commerce Clause* in una fonte di potere illimitato. Rinviando a quanto già ampiamente trattato, è tuttavia interessante il richiamo esplicito di Scalia alle parole del *Chief Justice Marshall* (*the power to regulate commerce is the power “to prescribe the rule by which commerce is to be governed”*)⁴⁹ con l'obiettivo di ribadire come il mancato acquisto dell'assicurazione sanitaria non potesse essere considerato equivalente ad un atto di commercio. Tale clausola (come anche la *Necessary and Proper Clause*) non può infatti fungere da carta bianca per realizzare i fini che il Congresso normalmente persegue attraverso la regolazione del commercio. Le riflessioni inerenti il potere di imposizione fiscale

⁴⁸ *Opinion of Ginsburg*, pp. 14, 15.

⁴⁹ *Opinion of Scalia, Kennedy, Thomas, and Alito*, p. 4.

federale⁵⁰ costituiscono invece la differenza più netta rispetto alla opinione maggioritaria. Secondo Scalia suscitava infatti non poche perplessità il fatto che l'esazione imposta dal Congresso potesse contemporaneamente essere considerata un penalty ed anche una tassa per fini costituzionali⁵¹. Come la giurisprudenza della stessa Corte aveva da tempo chiarito tassa e penalty sarebbero reciprocamente incompatibili: la prima costituisce una contribuzione con cui far fronte alle spese dell'amministrazione statale, mentre la seconda è invece un'esazione prevista da un testo di legge come sanzione per un comportamento illecito⁵². A fronte di tale distinzione, la penalità imposta dal PPACA rappresentava indubbiamente una conseguenza della violazione di una norma di legge (l'obbligo assicurativo imposto dalla sez. 5000A). Ebbene, la Corte mai aveva ritenuto che un pagamento conseguente alla violazione di una legge, indipendentemente dalla definizione formale di tassa o penalty, potesse costituire un esercizio del potere di imposizione fiscale. Nella sua visione, pur essendo chiamata ad interpretare una legge in modo da salvarla dalla incostituzionalità, la Corte non avrebbe certo potuto stravolgerne i contenuti. E al riguardo, ritenere l'*individual mandate* soltanto una tassa significava riscrivere la riforma in modo che essa risultasse essere ciò che invece non era.

Passiamo ora alla seconda questione, relativa all'espansione del programma *Medicaid*, risolta dai giudici con una dichiarazione di incostituzionalità parziale. L'obiettivo di garantire assistenza sanitaria a tutti i cittadini con introiti inferiori al 133% della soglia di povertà federale era stato risolto dall'amministrazione federale mediante la previsione di nuovi *conditional grant in aid* destinati agli Stati. Tali forme di finanziamento, se da un lato sono ammissibili poiché espressione del potere di spesa per la promozione del benessere generale, dall'altro devono in ogni caso preservare l'autonomia decisionale dei singoli Stati. Nel caso in esame l'ambizioso obiettivo di copertura sanitaria veniva invece perseguito con la minaccia, diretta agli Stati inadempienti, di trattenere retroattivamente tutti i fondi federali previsti per il

⁵⁰ *Opinion of Scalia, Kennedy, Thomas, and Alito*, p. 16 e ss.

⁵¹ “[...] a creature never hitherto seen in the United States Reports: A penalty for constitutional purposes that is also a tax for constitutional purposes”. *Opinion of Scalia, Kennedy, Thomas, and Alito*, p. 17.

⁵² “[A] tax is an enforced contribution to provide for the support of government; a penalty... is an exaction imposed by statute as punishment for an unlawful act”. *Opinion of Scalia, Kennedy, Thomas, and Alito*, p. 18.

programma. Proprio su quest'ultimo punto una diversa e più ampia maggioranza, formata da sette giudici (Roberts, Breyer, Kagan, Scalia, Kennedy, Thomas, Alito), concordò nel ritenere l'interruzione di tutti i fondi per gli Stati contrari all'espansione di *Medicaid* una sanzione troppo severa ed una minaccia al sistema federale creato dalla Costituzione. Il Congresso può infatti concedere fondi, anche subordinandoli alla condizione che gli Stati pongano in essere determinate discipline che il Congresso non potrebbe imporre direttamente, ma in nessun caso tale forma di pressione legittima può trasformarsi in strumento di costrizione. Influenzare le scelte politiche delle amministrazioni statali non può fare a meno di passare attraverso un modello di tipo contrattuale all'interno del quale gli Stati spontaneamente e consapevolmente decidono se accettare i finanziamenti e le condizioni federali. Rispettosa di tale logica sarebbe stata la scelta di negare i nuovi fondi destinati all'ampliamento del programma ma non anche quelli già esistenti nell'ambito dello stesso *Medicaid* prima della riforma, già in corso di erogazione e per spese che gli Stati avevano già sostenuto con la ragionevole certezza di ricevere indietro proprio quei sussidi. L'entità della sanzione prospettata privava infatti gli Stati di qualsiasi possibilità di discostarsi dal progetto federale⁵³.

Accertata la contrarietà di tale previsione, che di fatto obbligava gli Stati ad adempiere alle nuove prescrizioni, la Corte si divise sul rimedio da adottare. Nell'impossibilità di giungere ad una opinione di maggioranza, un primo gruppo di giudici, formato da Roberts, Breyer e Kagan, ritenne l'incostituzionalità limitata alla sola sanzione retroattiva, con la conseguenza che le amministrazioni statali non interessate all'estensione di *Medicaid* avrebbero perduto soltanto i nuovi fondi destinati a finanziare l'ampliamento del programma ma non i preesistenti che già ricevevano nell'ambito dello stesso. Scalia, Kennedy, Thomas e Alito sottolinearono invece che la soluzione preferibile sarebbe stata quella di invalidare integralmente il *Patient Protection and Affordable Care Act*, non risultando né la suddetta espansione né l'*individual mandate* separabili rispetto alle altre disposizioni di legge poiché queste ultime, in assenza delle prime, non avrebbero

⁵³ "The threatened loss of over 10 percent of a State's overall budget, in contrast, is economic dragooning that leaves the States with no real option but to acquiesce in the Medicaid expansion". Si confronti *Opinion of the Court*, p. 52.

certamente potuto operare come previsto⁵⁴. La *dissenting opinion* evidenziava anche che rendere facoltativa l'adesione al nuovo *Medicaid* avrebbe significato andare oltre le intenzioni del legislatore, che aveva invece scelto di non riconoscere tale facoltà per garantire l'accesso di tutti gli indigenti alle prestazioni sanitarie. Un'operazione interpretativa ardita che tracciava, secondo i giudici, la rotta verso un nuovo federalismo scelto dalla Corte e non dal Congresso⁵⁵. Diversa la posizione dei giudici Ginsburg e Sotomayor che ritenevano legittima l'espansione di *Medicaid* così come emanata dal Congresso, non ravvisando profili di contrarietà con il potere di spesa federale⁵⁶. Essendo tuttavia gli unici due membri a sostegno della costituzionalità ed in assenza di una maggioranza tra gli altri giudici, essi aderirono alla *plurality opinion* di Roberts in modo da far prevalere la tesi della incostituzionalità parziale, facendo venire meno il solo meccanismo coercitivo che privava gli Stati di tutti i fondi del programma anziché smantellare l'intera legge di riforma.

6.2.3 L'impegno finanziario del Governo federale: *King v. Burwell*

Nonostante la pronuncia del 2012 avesse allontanato possibili critiche di eccessivo attivismo politico, che sarebbero state inevitabili qualora una Corte a maggioranza conservatrice avesse sancito l'illegittimità del principale lascito di un

⁵⁴ “Major provisions of the Affordable Care Act—i.e., the insurance regulations and taxes, the reductions in federal reimbursements to hospitals and other Medicare spending reductions, the exchanges and their federal subsidies, and the employer responsibility assessment—cannot remain once the Individual Mandate and Medicaid Expansion are invalid.”, *Opinion of Scalia, Kennedy, Thomas, and Alito*, p. 55.

⁵⁵ “The Court today decides to save a statute Congress did not write [...] it changes the intentionally coercive sanction of a total cut-off of Medicaid funds to a supposedly noncoercive cut-off of only the incremental funds that the Act makes available”. *Opinion of Scalia, Kennedy, Thomas, and Alito*, p. 64.

⁵⁶ A differenza di Roberts (che riteneva che le modifiche introdotte configurassero un nuovo programma e non un mero ampliamento di quello precedente), Ginsburg ravvisava una linea di continuità tra il *Medicaid* pre-riforma e quello successivo, allo luce dello scopo rimasto invariato, garantire cioè assistenza sanitaria agli indigenti. Non solo, la *concurring opinion* sottolineava anche l'inesistenza di un diritto al ricevimento dei fondi, visto che gli Stati hanno soltanto l'opportunità di accettare i sussidi alle condizioni di volta in volta stabilite dal Congresso, anche perché questo, a seguito delle elezioni dei propri membri, non è vincolato alle normative precedentemente emanate, avendo il diritto di utilizzare le entrate federali come ritengono più opportuno.

Presidente democratico⁵⁷, i giudici solo pochi anni più tardi si ritrovarono ancora una volta faccia a faccia con la politica sanitaria di Obama⁵⁸. Veniva stavolta in rilievo un problema interpretativo connesso al riconoscimento dei crediti d'imposta per l'acquisto della polizza sanitaria che, a causa di un'ambiguità del testo di legge, non sarebbero stati disponibili in molti Stati. *King v. Burwell*⁵⁹ è però una pronuncia che offre rilevanti spunti anche sul valore politico delle valutazioni operate dalla Corte Roberts. La questione controversa riguardava gli *Health Insurance Exchanges*⁶⁰, le piattaforme che riunivano le compagnie assicurative e i pazienti in cerca di assicurazione sanitaria ed in particolare la previsione, di cui alla sez. 36B, che prevedeva la disponibilità di detrazioni fiscali per l'acquisto della polizza sanitaria per i cittadini che si fossero serviti del portale web statale⁶¹. Il Mercato federale, previsto dalla diversa sez. 1321, non veniva invece menzionato, alimentando il dubbio che i cittadini residenti in Stati che non avevano stabilito il proprio *Exchange* non potessero usufruire di tali sussidi. Con la conseguenza, fatale per l'applicazione del PPACA, che il maggior costo dell'assicurazione sanitaria, eccedendo la soglia massima dell'8% del reddito individuale, avrebbe fatto venire meno l'obbligo di acquisto della polizza sanitaria. Proprio per scongiurare tale eventualità, l'IRS aveva emanato nel 2012 una regolamentazione che chiarificava l'utilizzabilità delle detrazioni sia per i portali statali sia per quello federale⁶².

La controversia giudiziaria trovava origine nei ricorsi di quattro residenti della Virginia⁶³, Stato che si avvaleva dell'*Exchange* federale, che contestavano la

⁵⁷ Si confrontino Josh Blackman, *Popular Constitutionalism and The Affordable Care Act*, p. 27, in Fritz Allhoff, Mark Hall (eds.), *The Affordable Care Act Decision: philosophical and legal implications*, New York London, Routledge, 2014; Chiara Bologna, *Sovranità degli stati federati e costituzionalità della riforma sanitaria: gli equilibri del Chief Justice Roberts*, cit., p. 7.

⁵⁸ La Corte, in verità, era già tornata a pronunciarsi sulla riforma nel 2014 esaminando la copertura dei metodi contraccettivi. Sul punto si veda *infra*, par. 6.3.1.

⁵⁹ *King v. Burwell*, 576 U.S. ____ (2015)

⁶⁰ Si veda *supra*, Cap. V, par. 5.2.3.

⁶¹ Si veda 26 U.S. Code § 36B - *Refundable credit for coverage under a qualified health plan*.

⁶² 77 Fed. Reg. 30378 (2012), <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2012-05-23/pdf/2012-12421.pdf> (link verificato in data 04/04/2018).

⁶³ Il primo interrogativo, riportato da certa stampa americana, concerne però proprio le situazioni anagrafiche e finanziarie dei ricorrenti poiché questi non sembravano concretamente poter essere lesi dall'applicazione della legge di riforma. Più che un effettivo e personale interesse ad agire, molti elementi potevano far pensare ad una situazione appositamente strumentalizzata dai molti oppositori della riforma sanitaria per porre fine ad un provvedimento sgradito. Ben tre dei ricorrenti avrebbero infatti compiuto 65 anni appena pochi mesi dopo la decisione della Corte Suprema ottenendo il diritto ad usufruire delle cure sanitarie gratuite attraverso *Medicare*, mentre il quarto (il Sig. King) sarebbe

legittimità della normativa dell'IRS che male avrebbe interpretato il contenuto del PPACA. Essi lamentavano infatti di non poter figurare tra i beneficiari delle detrazioni federali, con l'unico fine di essere esclusi dall'obbligo assicurativo, attesa la diversità tra i mercati ricompresi nella sez. 36B e quello federale. Il caso giunse alla Corte Suprema dopo che la decisione della Corte distrettuale federale, che aveva evidenziato come il PPACA avesse inequivocabilmente reso disponibili le detrazioni fiscali anche per il Mercato federale, era stata confermata dalla Corte di Appello per il Quarto Circuito, sebbene quest'ultima avesse ritenuto la legge poco chiara e suscettibile di diverse interpretazioni. A ciò si aggiungeva però anche una pronuncia della *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* che in un caso simile aveva al contrario affermato la limitazione dei sussidi federali ai soli *Exchanges* statali. Di fronte alla Corte Suprema, la vicenda fu discussa oralmente nel marzo 2015 e decisa il 25 giugno 2015, con la medesima maggioranza del precedente caso *NFIB*, cui si aggiunge il giudice Kennedy, ed ancora una volta fu Roberts a redigere l'*opinion of the Court*. Si trattava di stabilire se la scelta dell'IRS, che equiparava *Exchanges* statali e federali, fosse conforme alla sez. 36B della legge di riforma del Congresso.

Essendo chiamata a vagliare l'interpretazione che un'agenzia amministrativa aveva dato ad una legge, i giudici erano chiamati a compiere una doppia verifica, il c.d. *two step framework*, elaborato per la prima volta con il caso *Chevron*⁶⁴, noto per aver istituito il principio di deferenza alle interpretazioni dell'amministrazione federale. Sul presupposto che un'ambiguità contenuta in una norma deleghi implicitamente l'agenzia a colmare tale lacuna, i giudici devono innanzitutto verificare se la legge sia ambigua e, solo in caso di risposta affermativa, dovranno determinare se l'interpretazione dell'agenzia sia ragionevole oppure no. Esistono però anche casi eccezionali in cui è possibile ritenere che il legislatore non avesse inteso conferire nessuna delega implicita. Tra questi il caso in esame, poiché i crediti d'imposta, veicolando miliardi di dollari ed incidendo sensibilmente sul

stato in ogni caso esente dall'obbligo di acquisto per motivi reddituali. Si veda Stephanie Mencimer, *The Supreme Court Is About to Hear the Case That Could Destroy Obamacare*, 9 Febbraio 2015, <http://www.motherjones.com/politics/2015/02/king-burwell-supreme-court-obamacare> (link verificato in data 04/04/2018).

⁶⁴ *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984)

costo dell'assicurazione sanitaria, costituivano uno dei punti chiave della riforma Obama. Ebbene, decidere se tali sussidi fossero disponibili anche nei Mercati federali rappresentava una scelta di enorme significato economico e politico e se il legislatore avesse voluto delegare tale discrezionalità ad una agenzia amministrativa, peraltro priva di competenze in materia sanitaria, lo avrebbe fatto almeno espressamente⁶⁵.

Se da un lato la Sezione 36B disponeva l'istituzione di detrazioni federali per l'acquisto di una polizza sanitaria per i cittadini “[...] which were enrolled in through an Exchange established by the State under 1311 of the Patient Protection and Affordable Care Act (42 U. S. C. §18031)”, la tesi sostenuta dall'amministrazione, dall'altro, riteneva che l'espressione «an Exchange established by the State» potesse essere interpretata in modo da ricomprendere anche il Mercato federale.

Al riguardo, erano dunque tre i requisiti la cui ricorrenza doveva essere accertata dalla Corte al fine di poter legittima l'estensione al *Federal Exchange* operata dall'IRS: l'acquisto di una polizza sanitaria doveva avvenire tramite “an Exchange”, tale Mercato doveva risultare “established by the State”, ed, infine, lo stesso doveva essere istituito “under [42 U.S.C. §18031]”. Il primo di essi non poneva problemi applicativi, potendo pacificamente ritenersi che il Mercato federale possedesse i requisiti propri di un *Exchange* per le finalità previste dalla sez. 36B. Se difatti la sez. 18031 prevedeva la realizzazione di un Mercato statale, ogni Stato poteva anche legittimamente scegliere di non crearne alcuno. A tale mancanza avrebbe però sopperito l'amministrazione federale, che, in base a quanto disposto dalla sez. 18041, avrebbe istituito e gestito “such Exchange within the State”. Proprio quest'ultima formulazione (“such Exchange”) permise a Roberts di affermare che Mercati federali e statali sarebbero stati equivalenti, dovendo presentare gli stessi requisiti, adempiere alle medesime funzioni e condividendo identiche finalità. Pur se istituiti da soggetti pubblici diversi, non vi sarebbero

⁶⁵ *Opinion of the Court*, p. 8.

ragioni per ritenere che le due diverse tipologie di *Exchange* differissero in modo significativo⁶⁶.

Il secondo ed il terzo punto ponevano invece interrogativi maggiori e solo attraverso una lettura estensiva, duramente contestata da Scalia, la Corte Suprema giunse a superare il dato letterale nell'ottica di tutelare i generali – ancorché più sfumati – valori che il Congresso intendeva perseguire con l'emanazione della riforma sanitaria. In tal modo arrivò ad affermare che il Mercato federale era effettivamente “istituito dallo Stato”, sebbene la nozione di Stato normalmente non ricomprendesse anche quella di amministrazione federale⁶⁷. Si trattava di un'interpretazione essenzialmente manipolativa, giustificata tuttavia da Roberts con l'ambiguità dell'utilizzo che il PPACA faceva dell'espressione “established by the State”, più volte impiegata con significati diversi da quello più naturale⁶⁸. Similmente sostenne che il mercato federale potesse considerarsi istituito “under [42 U.S.C. §18031]” nonostante la sua regolamentazione derivasse dalla diversa sezione 18041. A tal fine, sarebbe stato sufficiente integrare il termine “such exchange” di cui alla Sezione 18041 con la definizione completa di Mercato contenuta nella legge e cioè “American Health Benefit Exchange istituito in base alla Sezione 18031”. In tal modo verrebbe attribuito anche all'Amministrazione federale il compito di creare un Mercato identico a quello statale.

La soluzione proposta, pur condivisibile nella parte in cui evidenziava l'ambiguità della Sez. 36B, mal si conciliava con l'evidenza, difficilmente contestabile, che l'utilizzo delle parole “istituito dallo Stato” non sarebbe stato necessario se il Congresso avesse inteso fare riferimento sia ai Mercati statali sia a quello federale⁶⁹. Roberts si trovò allora a giustificare tale incongruenza evidenziando come la scrittura della legge non fosse stata sufficientemente attenta

⁶⁶ *Opinion of the Court*, p. 10.

⁶⁷ “After all, the Act defines “State” to mean “each of the 50 States and the District of Columbia”— a definition that does not include the Federal Government”. *Opinion of the Court*, p. 10.

⁶⁸ Il riferimento è alle sez. 18031 e 18032. La prima, dopo aver richiesto agli Stati di stabilire un *Exchange*, prevede che tutti i mercati “shall make available qualified health plans to qualified individuals”. Proprio questi ultimi vengono definiti dalla sez. seguente come i residenti in uno Stato che ha istituito il Mercato. E qui, secondo la Corte, sorge un problema: se quest'ultima disposizione venisse infatti interpretata secondo il suo significato più semplice non potrebbero esistere *qualified individuals* nei Mercati federali, sebbene la legge preveda chiaramente che essi debbano esistere in ogni Mercato.

⁶⁹ *Opinion of the Court*, p. 14.

(*inartful drafting*) a causa dell'accidentato procedimento di approvazione e delle ridotte possibilità di discussione orale in aula⁷⁰. Eppure i capisaldi della riforma (*guaranteed issue and community rating requirements*, obbligo di acquisto della polizza sanitaria e detrazioni fiscali) dovevano operare congiuntamente per riuscire ad espandere la copertura assicurativa e porre fine al fenomeno di selezione avversa. La Corte, pur scontrandosi con l'accusa di riscrivere la legge per correggerne le imprecisioni, confermò la decisione di appello e rigettò la tesi dei ricorrenti poiché avrebbe fatto crollare il mercato assicurativo degli Stati che si servono del Mercato federale, ove non sarebbero stati più disponibili sussidi federali e sarebbe venuto meno l'obbligo di acquisto dell'assicurazione⁷¹. Le norme che disciplinavano le prassi delle compagnie assicurative, pur operando in tutti gli Stati, potevano funzionare soltanto se completati dall'obbligo di copertura assicurativa e dalle detrazioni fiscali. Per tale motivo era fondato ritenere che il Congresso avesse avuto intenzione che anche queste disposizioni trovassero applicazione in tutti gli Stati⁷², anche perché era la stessa struttura della legge a suggerire che le detrazioni fiscali non fossero limitate ai Mercati statali ma si estendessero anche a quello federale. Ciò al fine di permettere a quest'ultimo di operare similmente ai primi⁷³ e di scongiurare i risultati disastrosi che il Congresso intendeva chiaramente evitare⁷⁴.

Il ragionamento seguito offre importanti spunti in merito al delicato rapporto tra giudici e legislatori e ai rispettivi ruoli che tali poteri devono assumere a difesa dei diritti degli individui. Un tema oggetto di molti studi ed il cui punto di partenza per l'ordinamento statunitense non può che rinvenirsi nell'articolo I, sez. 1 della Costituzione e nei poteri legislativi che tale articolo conferisce espressamente al Congresso. Riflessione, piuttosto scontata, da cui muovono sia la maggioranza che la minoranza. Ciò che però muta in maniera evidente è il diverso ruolo di *policymaker* che, secondo tali visioni, i giudici dovrebbero ritagliarsi entro tale quadro costituzionale. Le parole di Roberts, da una parte, ribadiscono come il potere di emanare le leggi spetti soltanto agli organi dotati di legittimazione democratica

⁷⁰ Si veda *supra*, cap. V, par. 5.2.1.

⁷¹ Si confronti *Opinion of the Court*, pp. 16, 17, secondo cui nel 2014 l'87% dei soggetti che hanno acquistato l'assicurazione nel Mercato federale ha beneficiato di detti sussidi.

⁷² *Opinion of the Court*, pp. 17, 18.

⁷³ *Opinion of the Court*, p. 19.

⁷⁴ *Opinion of the Court*, p. 21.

mentre ai tribunali spetti il più limitato ruolo di interprete delle norme, “to say what the law is”⁷⁵. Sulla scorta di tali premesse, la maggioranza riaffermava il necessario rispetto del ruolo del legislatore federale, essendo chiamata per quanto possibile ad evitare di cancellarne gli atti. Tale risultato secondo la Corte può essere raggiunto anche discostandosi da un approccio ermeneutico limitato alla singola disposizione ma impiegando canoni interpretativi più ondivaghi che ricerchino il significato del più generale programma legislativo, “a fair understanding of the legislative plan”⁷⁶. Così, se la riforma mirava ad ampliare la copertura assicurativa sanitaria e non a distruggerla, la Corte deve interpretare la Sez. 36B in modo conforme alla prima finalità, evitando invece la seconda. Scalia, in netto contrasto con tale tecnica decisoria, contestava invece l’incomprensibile alterazione del significato proprio della norma al centro della controversia ed una interpretazione creativa ben lontana dai consueti canoni interpretativi⁷⁷. *Judge-empowering approach* che lo stesso giudice riteneva innaturale e senza precedenti, poiché difficilmente l’espressione “Mercato istituito dallo Stato” equivarrebbe a “Mercato istituito dallo Stato o dall’Amministrazione federale”, a meno di non voler privare parte della legge di senso compiuto. Egli avrebbe infatti optato per una interpretazione fedele al dato letterale, anche perché i riferimenti ai soli mercati statali sono nella legge molteplici e ciò non potrebbe essere considerato accidentale. La mancata disponibilità di detrazioni fiscali nei mercati statali, pur dando origine ad una grave lacuna normativa, non legittimerebbe i giudici a riscrivere la legge, capovolgendone il dato testuale. I giudici infatti sono impossibilitati a porre rimedio agli errori sostanziali di progettazione compiuti dal Congresso e devono “resistere a qualsiasi distorsione interpretativa seguita al fine di correggere una presunta carenza nell’apparato legislativo”⁷⁸. Il rispetto per l’autorità del Congresso porta inevitabilmente a risultati opposti a quelli della maggioranza: detenendo la Corte il solo potere di giudicare le leggi per come sono state emanate dal legislatore, essa non avrebbe potuto modificare il testo di quelle che non funzionano nella pratica, essendo quest’ultimo

⁷⁵ *Opinion of the Court*, p. 21.

⁷⁶ *Opinion of the Court*, p. 21.

⁷⁷ *Opinion of Scalia*, p. 2.

⁷⁸ *Opinion of Scalia*, p. 18.

un compito riservato esclusivamente al legislatore⁷⁹. Proprio tale ingerenza causerebbe una indebita e pericolosa confusione tra attività giurisdizionale e scelte di competenza politica, espandendo in maniera sconsiderata il potere giudiziale. Pur priva di specifiche competenze in materia di gestione delle finanze federali, con la sua decisione finisce per veicolare miliardi di dollari pubblici attraverso l'*Internal Revenue Service*. E soprattutto, sottraeva al processo democratico la determinazione di punti fondamentali, come il costo delle polizze, il grado di partecipazione degli Stati nell'implementazione della riforma ed ovviamente l'entità dei sussidi erogabili.

6.3 Sistema sanitario e libertà religiosa

6.3.1 *Burwell v. Hobby Lobby e Zubik v. Burwell*

Anche il cosiddetto *contraceptive mandate* non rimase indenne dalle sfide del giudiziario, aggiungendosi ai molti punti della riforma già esaminati dalla Corte Suprema (*individual mandate*, *Medicaid* e sussidi federali)⁸⁰. Esso finì infatti al centro del dibattito per la presunta violazione della libertà religiosa garantita dal I emendamento. Come noto, il *Department of Health and Human Services*, a ciò appositamente delegato dal Congresso, aveva incluso i vari contraccettivi femminili (compresi quattro che intervengono dopo la fecondazione dell'ovulo) tra i benefit obbligatori inclusi nelle polizze assicurative, anche in quelle di gruppo offerte dai datori di lavoro, prevedendo contestualmente l'esonero da tale obbligo per i datori di lavoro confessionali e per le organizzazioni religiose senza scopo di lucro⁸¹. D'altra parte una norma federale introdotta nel 1993 con il *Religious Freedom*

⁷⁹ “The Court forgets that ours is a government of laws and not of men. That means we are governed by the terms of our laws, not by the unenacted will of our lawmakers. If Congress enacted into law something different from what it intended, then it should amend the statute to conform to its intent”. *Opinion of Scalia*, p. 18.

⁸⁰ La prima pronuncia in tema di libertà religiosa è in realtà antecedente rispetto al già citato caso *King v. Burwell*.

⁸¹ Si veda *supra*, cap. V, par. 5.2.2.

*Restoration Act*⁸² proibisce all'amministrazione federale di imporre limitazioni gravi all'esercizio di condotte religiose⁸³ degli individui anche se tale effetto fosse derivato da una norma di applicazione generale e astratta. Le uniche eccezioni sono ammesse soltanto in presenza di interesse pubblico primario e qualora la limitazione imposta rappresenti lo strumento meno restrittivo per il raggiungimento di tale fine pubblico⁸⁴. Al riguardo, due sono le controversie esaminate dalla Corte Suprema nel 2014 e nel 2016, concernenti rispettivamente quei datori di lavoro che non fossero già esenti dalla copertura dei contraccettivi ma che vi si opponevano per motivi religiosi, e le organizzazioni religiose senza scopo di lucro con riferimento al procedimento amministrativo previsto per ottenerne l'esenzione.

La prima, *Burwell v. Hobby Lobby*⁸⁵, ruotava intorno a tre *closely held for-profit corporations* (società in cui la maggioranza del capitale è controllato da non più di cinque soggetti) i cui proprietari, in ossequio al credo cristiano, ritenevano che facilitare l'accesso a contraccettivi che intervenissero dopo il concepimento costituisse una violazione della libertà di professare la propria religione. Essi erano dunque nell'alternativa di offrire una copertura assicurativa in parte contraria ai propri convincimenti religiosi o di dover corrispondere ingenti sanzioni economiche all'amministrazione federale, quantificate in circa 475 milioni di dollari annui per *Hobby Lobby*, 33 milioni per *Conestoga* e 15 milioni per *Mardel*⁸⁶. Veniva pertanto

⁸² Tale legge fu emanata al fine di garantire una maggiore tutela della libertà religiosa rispetto a quanto sancito dalla giurisprudenza della Corte Suprema. Per verificare eventuali violazioni della *Free Exercise Clause*, con i casi *Sherbert v. Verner* del 1963 e *Wisconsin v. Yoder* (1972) era stato infatti elaborato un test volto ad accertare se l'azione dell'amministrazione avesse posto un onere particolarmente gravoso all'esercizio della propria religione e, in caso affermativo, se ciò fosse giustificato da motivi primari di interesse pubblico. Metodo che fu almeno in parte superato nel 1990 con il caso *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith* ove la Corte Suprema ebbe modo di affermare che tale *balancing test* non trovava applicazione per le leggi neutrali di portata generale e astratta. Al riguardo si confronti Vittoria Barsotti, Nicola Fiorita, *Separatismo e laicità. Testo e materiali per un confronto tra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti stato/chiese*, Torino Giappichelli, 2008, pp. 44-46

⁸³ Dal 2000 con il *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* fu eliminato ogni riferimento esplicito al I emendamento, originariamente previsto per circoscrivere l'ambito delle condotte rilevanti.

⁸⁴ 42 U.S. Code § 2000bb-1 - *Free exercise of religion protected*. "Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, [...] except if it demonstrates that application of the burden to the person (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest".

⁸⁵ *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U. S. ____ (2014).

⁸⁶ *Opinion of the Court*, p. 32.

lamentata l'asserita violazione sia del *Religious Freedom Restoration Act* sia della *Free Exercise Clause*, intendendosi con tale clausola la "libertà di credere e [...] di agire in considerazione della propria fede"⁸⁷. Con due distinte azioni la famiglia Hahns, in qualità di proprietaria della società *Conestoga Wood Specialties*, e la famiglia Greens, per le due società *Hobby Lobby Stores* e *Mardel*, si rivolsero al giudice federale citando in giudizio il *Department of Health and Human Services*. Se le risposte delle corti distrettuali furono entrambe negative, le Corti di Appello adottarono invece soluzioni discordanti. Per *Conestoga* la Corte per il Terzo Circuito confermò la decisione di primo grado affermando che una società in quanto tale non può porre in essere condotte religiose rilevanti per il RFRA e che, in definitiva, il *contraceptive mandate* non aveva conseguenza alcuna sui singoli individui-proprietari⁸⁸. Nell'altro caso, la Corte per il Decimo Circuito dette invece ragione ai ricorrenti ritenendo che l'attività commerciale da essi svolta potesse rientrare entro il termine "persons" utilizzato dal RFRA e che il PPACA ostacolasse la loro libertà religiosa, non avendo l'amministrazione federale dimostrato né la sussistenza di un interesse pubblico primario né che l'obbligo disposto fosse il mezzo meno restrittivo per il raggiungimento di detto fine.

I casi, riuniti dalla Corte Suprema, furono decisi il 30 giugno 2014 con la maggioranza formata da Alito, Roberts, Scalia, Kennedy e Thomas. Queste, in breve, le questioni affrontate. In primo luogo, similmente alla decisione della Corte di Appello per il Decimo Circuito, venne sinteticamente stabilito che anche le società con scopo di lucro erano incluse nella definizione utilizzata dalla norma. Anche perché i diritti previsti dal RFRA, seppur estesi a tali forme organizzative, restavano in ogni caso diretti a proteggere esclusivamente gli individui che avevano costituito la società⁸⁹. Una più attenta analisi meritava invece l'interrogativo concernente la possibilità per le società di porre in essere condotte religiose rilevanti. Secondo Alito, gli argomenti contrari prospettati dall'amministrazione federale (sostenuti anche dai giudici dissenzienti) non fornivano spiegazioni convincenti, anche alla luce del fatto che le organizzazioni religiose senza scopo di lucro erano

⁸⁷ Vittoria Barsotti, Nicola Fiorita, *Separatismo e laicità. Testo e materiali per un confronto tra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti stato/chiese*, cit., p. 37.

⁸⁸ *Opinion of the Court*, p. 13.

⁸⁹ *Opinion of the Court*, pp. 18, 19.

invece pacificamente considerate tutelate dal RFRA. Al riguardo, il mero perseguimento di un'utilità economica non sarebbe potuto divenire un elemento discriminante, vista l'evoluzione del diritto commerciale che ha permesso alle società di conseguire anche finalità altruistiche o umanitarie. Molti Stati, tra cui quelli che disciplinano le società del caso in esame, hanno infatti formalmente riconosciuto forme societarie ibride, come “the benefit corporation, a dual-purpose entity that seeks to achieve both a benefit for the public and a profit for its owners”⁹⁰ e consentono alle società di perseguire ogni finalità che sia lecita, tra cui certamente rientra anche il perseguimento di un'utilità economica in conformità con i principi religiosi.

Accertata dunque l'applicabilità del RFRA, restava da verificare se il *contraceptive mandate* configurasse una indebita limitazione alla libertà religiosa o se al contrario, rappresentasse una delle eccezioni che la stessa legge consentiva. La Corte non aveva dubbi sul fatto che l'obbligo di legge “substantially burdens the exercise of religion”, a causa del sincero convincimento religioso che la vita cominci con il concepimento e delle severe conseguenze economiche che sarebbero seguite alla mancata copertura dei contraccettivi⁹¹. Nessun rilievo poteva infatti assumere l'argomentazione secondo cui sarebbe eccessivamente attenuata la connessione tra ciò che i datori di lavoro erano chiamati a sopportare (offrire ai dipendenti polizze sanitarie che ricomprendessero anche i contraccettivi) e la condotta da questi ritenuta moralmente inaccettabile (la distruzione di un embrione). Tale tesi, prospettata dall'*HHS* e sostenuta nell'opinione dissenziente, si basava sul presupposto che la copertura dei contraccettivi non causerebbe di per sé alcuna distruzione di embrioni, verificandosi tale eventualità solo nel caso in cui una dipendente avesse effettivamente deciso di usufruirne⁹². Tale ragionamento dimenticava infatti la questione giuridica da risolvere, sconfinando in una problematica etico-religiosa su cui il giudiziario non aveva alcuna competenza ed avente ad oggetto un giudizio di ragionevolezza sulla condotta religiosa affermata. Costituendo dunque una limitazione grave all'esercizio della condotta religiosa, la

⁹⁰ *Opinion of the Court*, p. 24.

⁹¹ *Opinion of the Court*, pp. 31, 32.

⁹² *Opinion of the Court*, p. 35.

Corte era infine chiamata ad appurare se sussistesse “a compelling governmental interest” e se la misura adottata fosse “the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest”. Sul primo requisito, pur lamentando l’eccessiva genericità di alcuni tra gli interessi richiamati (salute pubblica e uguaglianza di genere) e la non completa prova dell’unico maggiormente significativo (assicurare a tutte le donne l’accesso senza costi ai vari metodi contraccettivi), la Corte decise di non soffermarsi, passando direttamente alla seconda condizione. Quest’ultima era infatti manifestamente mancante, potendo facilmente ipotizzarsi mezzi meno restrittivi atti a raggiungere lo stesso obiettivo. Gli esempi riportati da Alito sono essenzialmente due. In primo luogo, se l’accesso gratuito ai vari contraccettivi costituiva un interesse primario dell’amministrazione federale, questa ben avrebbe potuto sostenere i costi di quelli operanti dopo la fecondazione dell’ovulo (in tutto quattro, di cui due utilizzati solo in caso di urgenza) per tutte le donne dipendenti di società che a ciò si opponevano per motivi religiosi. Alternativamente, avrebbe potuto estendere alle società il trattamento riconosciuto dal PPACA alle sole organizzazioni religiose senza scopo di lucro, escludendo i contraccettivi dalle prestazioni obbligatoriamente incluse nelle polizze⁹³. La Corte, confermando la decisione di appello nei confronti di *Hobby Lobby Stores* e di *Marde* e annullando invece quella di *Conestoga*, ritenne quindi il *contraceptive mandate* una violazione di quanto disposto dal RFRA, ritenendo non necessario valutare anche possibili profili di contrasto con la *Free Exercise Clause* del I emendamento.

L’ultima pronuncia della Corte Suprema⁹⁴, emessa *per curiam* nel maggio 2016, riuniva invece sette distinte controversie aventi ad oggetto organizzazioni religiose senza scopo di lucro e la relativa procedura richiesta per ottenere l’esonero dalla copertura dei contraccettivi nelle polizze offerte ai propri dipendenti. I suddetti enti, secondo il PPACA, sono infatti tenuti a garantire anche tali benefit a meno che non presentino uno specifico formulario alla propria compagnia assicurativa o

⁹³ I giudici si preoccuparono di sottolineare come la decisione fosse limitata unicamente al *contraceptive mandate*. Altri obblighi di copertura sanitaria non necessariamente sono infatti destinati a soccombere a fronte di una confliggente obiezione religiosa. È il caso ad esempio dei vaccini o delle trasfusioni di sangue, che risultano giustificati da interessi di tipo diverso (scongiorare un’epidemia, intervenire in una situazione di emergenza medica) e che ben potrebbero portare l’indagine circa il mezzo meno restrittivo ad un diverso esito rispetto a quanto statuito dalla Corte nel caso in esame. Si confronti *Opinion of the Court*, pp. 45, 46.

⁹⁴ *Zubik v. Burwell*, 578 U. S. ____ (2016).

all'amministrazione federale con cui autocertificare e rendere nota la propria obiezione alla copertura contraccettiva per motivi religiosi. Proprio tale incombenza veniva percepita dalle associazioni come una violazione grave della propria libertà religiosa, in contrasto con quanto disposto dal RFRA, al punto da ritenersi moralmente complici della fornitura di contraccettivi. La Corte Suprema scelse tuttavia di non decidere il merito delle controversie, rinunciando espressamente ad esaminare se i ricorrenti avessero subito una grave violazione dei propri diritti o se l'amministrazione federale avesse legittimamente perseguito un interesse pubblico mediante la misura meno restrittiva. Una scelta inconsueta ma comprensibile anche alla luce della ridotta operatività decisionale della Corte, conseguente alla morte del giudice Scalia avvenuta nel febbraio dello stesso anno, che sembrava delineare una Corte divisa esattamente a metà sulla questione⁹⁵. Dopo la discussione orale, la Corte richiese informazioni suppletive alle parti per verificare se la copertura contestata potesse essere fornita alle dipendenti dalle medesime compagnie assicurative senza però il necessario compimento di alcuna notifica ulteriore da parte dell'organizzazione religiosa. I ricorrenti, da una parte, sostennero che non ritenevano violata la propria libertà religiosa qualora gli stessi avessero potuto limitarsi alla contrattazione di un piano sanitario che non includesse i contraccettivi, anche qualora le donne avessero poi potuto fruire di tali benefit tramite la stessa compagnia assicurativa. L'amministrazione federale, d'altra parte, si confermò disponibile a modificare la procedura amministrativa secondo quanto prospettato dalla Corte Suprema, in modo da garantire entrambe le opposte esigenze delle pazienti e delle organizzazioni. Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte si limitò ad annullare le precedenti decisioni, rinviando alle stesse Corti di Appello per ogni opportuno riesame delle vicende processuali, dovendo tuttavia garantire alle parti il tempo necessario a risolvere le questioni pendenti e giungere così ad un accordo di compromesso.

⁹⁵ Allison K. Hoffman, *Still Seeking Contraceptive Compromise After Zubik v. Burwell*, The Regulatory Review, 11 luglio 2016, <https://www.theregreview.org/2016/07/11/hoffman-still-seeking-contraceptive-compromise-after-zubik-v-burwell/> (link verificato in data 15/04/2018).

Indice delle opere citate

- Acconci Pia, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 2011
- Adler Jonathan, *Of Kings To Come: The Future Of Health Care Reform Still Remains In Federal Court*, *Employee Rights & Employment Policy Journal*, 2016, Vol. 20, n. 1, pp. 133-147
- Allen David, *Health Services in England*, in Raffel Marshall W. (Edited by), *Comparative Health Systems. Descriptive Analyses of Fourteen National Health Systems*, University Park and London, The Pennsylvania State University Press, 1984
- Allsop Judy, *Health Policy and the National Health Service*, London, New York, Longman, 1984
- Amato Giuliano, *Democrazia e redistribuzione. Un sondaggio nel Welfare statunitense*, Bologna, Il Mulino, 1983
- Ameringer Carl F., *The Health Care Revolution. From Medical Monopoly to Market Competition*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 2008
- Anand Paul, McGuire Alistair, *Changes in Health Care. Reflections on the NHS Internal Market*, Basingstoke, Macmillan, 1997
- Anderson Odin W., *Health Care: Can There Be Equity? The United States, Sweden, and England*, New York, Chichester, Wiley, 1972
- Angelico Carlo, *Obama e la comunicazione politica*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2009, pp. 61-83
- Baggott Rob, *Health and health care in Britain*, London, Macmillan 1998,
- Baines Darrin, *Improvements suggested by Enthoven and Maynard*, *Prescriber*, Vol. 25, n. 12, 2004, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/psb.1224/pdf> (link verificato in data 30.04.2017), pp. 33-34
- Baines Darrin, *From the NIS to the NHS via the Floating Sixpence*, *Prescriber*, Vol. 24, n. 19, 2013, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/psb.1115/pdf> (link verificato in data 1.05.2017)
- Baines Darrin, Kay Adrian, *Politiche di riforma nel settore sanitario britannico. Il caso dello schema di dotazione di fondi*, *L'industria*, Vol. 21, n. 3, 2000, pp.505-519
- Barr Nicholas, Hills John, *The State of Welfare: the Welfare State in Britain since 1974*, Oxford, Clarendon, 1990
- Barsotti Vittoria, Fiorita Nicola, *Separatismo e laicità. Testo e materiali per un confronto tra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti stato/chiese*, Torino Giappichelli, 2008
- Bassu Carla, *La riforma sanitaria negli Stati Uniti d'America: un modello federale di tutela della salute?*, *federalismi.it*, *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*,

2011, n. 22, pp. 1-16, <http://www.federalismi.it/nv14/la-rivista.cfm> (link verificato in data 19.01.2017)

Battistella Roger M., *Health Care Turning Point. Why Single Payer Won't Work*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2010

Beecham Linda, *Tony Blair launches radical NHS plan for England*, British Medical Journal, Vol. 321, n. 7257, 2000, p. 317

Benassi David, *William Beveridge e il Piano del 1942: alle origini del welfare state*, in Ascoli Ugo, Benassi David, Mingione Enzo, *Alle origini del welfare state. Il Rapporto su Assicurazioni sociali e servizi assistenziali*, Milano, Franco Angeli, 2010

Bochel Hugh M., *Parliament and Welfare Policy*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1992

Bognetti Giovanni, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. II La Costituzione democratica*, Torino, Giappichelli, 2000

Bognetti Giovanni, *Lo spirito del costituzionalismo americano, La Costituzione liberale*, Torino, Giappichelli, 2000

Bologna Chiara, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, Forum di Quaderni Costituzionali, Rassegna, 2012, n. 11, pp. 1-28

Bonazzi Tiziano (a cura di), *La Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America*, Venezia, Marsilio, 1999

Boer Tim, *The Health Care System in the United Kingdom*, in Hoffmeyer Ullrich K, McCarthy Thomas R. (Edited by), *Financing health care*, Vol. II, Dordrecht, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1994

Brinker Paul A., Walker Burley, *The Hill-Burton Act: 1948-1954*, Review of Economics & Statistics, Review of Economics and Statistics, 1962, Vol. 44, pp. 208-212

Carpenter Glyn, *National health insurance 1911-1948. A case study in the use of private non-profit making organizations in the provision of welfare benefits*, Public Administration, Vol. 62, 1984

Casella Rino, *La riforma sanitaria di Barack Obama*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, n. 165-166, 2009, pp. 29-51

Chandra Jeff, Kakabadse Andrew, *Privatisation and the National Health Service. The Scope for Collaboration*, Aldershot, Gower, 1985

Chaplin N.W. (Edited by), *Health Care in the United Kingdom. Its organization and management*, London, Kluwer Medical, 1982

Chapman Audrey R. (Edited by), *Health Care Reform: A Human Rights Approach*, Washington, D.C., Georgetown University Press, 1994

Charlesworth Lorie, *Welfare's Forgotten Past. A socio-legal History of the Poor Law*, London, Routledge, 2010

Checkland Kath, Allen Pauline, Coleman Anna, Segar Julia, McDermott Imelda, Harrison Stephen, Petsoulas Christina, Peckham Stephen, *Accountable to whom, for what? An exploration of the early development of Clinical Commissioning Groups in the English NHS*, British Medical Journal Open, Vol. 3, n. 12, 2013, pp. 1-11

Chemerinsky Erwin, *Constitutional law. Principles and policies*, New York, Wolters Kluwer, 2015

Chemerinsky Erwin, *The State-Created Danger Doctrine*, Touro Law Review, 2007, Vol. 23, n. 1, pp. 1-26

Cilione Giampiero, *Diritto sanitario: profili costituzionali e amministrativi, ripartizione delle competenze, organizzazione, prestazioni, presidi sanitari privati, professioni*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2005

Civitaresse Matteucci Stefano, *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, pp. 361-389, in Pioggia Alessandra, Dugato Marco, Racca Gabriella, Civitaresse Matteucci Stefano, *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano, F. Angeli, 2008

Clarke John J., *Social Administration including the Poor Laws*, London, Sir I. Pitman & Sons, 1935

Colucci Michele (a cura di), *William Beveridge, La libertà solidale. Scritti 1942-1945*, Roma, Donzelli Editore, 2010

Committee for Economic Development, *Building a National Health-Care System*, New York, 1973

Cox David, *Crisis and Opportunity in Health Service Management*, in Loveridge Ray, Starkey Ken (Edited by), *Continuity and Crisis in the NHS. The politics of Design and Innovation in Health Care*, Buckingham, Philadelphia, Open University Press, 1992

Carlo Curti Gialdino, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea*, in federalismi.it, n.13, 2016, pp. 1-30

Davies Gareth, *The effect of Mrs Watts' trip to France on the national health service*, King's Law Journal, 2007, Vol.18, n. 1, pp.158-167

Davis Kent, *Answering Justice Ginsburg's charge that the Constitution is 'skimpy' in comparison to our international neighbors: a comparison of fundamental rights in American and foreign law*, South Texas Law Review, 1998, Vol. 39, n. 4, pp. 951-1071

Day Patricia, Klein Rudolf, *Britain's health care experiment*, Health affairs, Vol.10, n. 3, 1991, pp. 39-59

Day Patricia, Klein Rudolf, *The Politics of Modernization. Britain's National Health Service in the 1980s*, The Milbank Quarterly, Vol.67, n. 1, 1989, pp. 1-34

Dearle Norman Burrell, *Insurance for All and Everything*, The Economic Journal, Vol. 34, n. 135, 1924, pp. 441-444

DeJong Gerben, Basnett Ian, *Disability and Health Policy. The Role of Markets in the Delivery of Health Services*, pp. 610-632, in Albrecht Gary L., Seelman Katherine Delores,

Bury Michael (Edited by), *Handbook of Disability Studies*, Thousand Oaks, London, New Delhi, SAGE Publications, 2003

De Búrca Gráinne, De Witte Bruno (Edited by), *Social Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005

Delany Linda, *Health Care Law*, Health Care Analysis, 1993, Vol. 1, n. 2, pp. 170-178

Den Exter André Pieter, *Health Care Law-making in Central and Eastern Europe. Review of a Legal-Theoretical Model*, Antwerp, Oxford, New York, Intersentia, 2002

Di Federico Giacomo, *La direttiva 2011/24/UE e l'accesso alle prestazioni mediche nell'Unione europea*, Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, Vol. 15, n. 3, 2012, pp. 683-704

Di Federico Giacomo, *L'accesso alle cure mediche nell'Unione europea tra diritti fondamentali e sovranità nazionali*, Quaderni costituzionali, Vol. n. 3, 2013, pp. 679-688

Dunne Brian J., *Enforcement of the Medicaid Act under 42 USC § 1983 after Gonzaga University v Doe: The 'Dispassionate Lens' Examined*, University of Chicago Law Review, 2007, Vol.74, n. 3, pp. 991-1021

Dusheiko Mark, *Patient Choice and Mobility in the UK Health System: Internal and External Markets*, in Levaggi Rosella, Montefiori Marcello (Edited by), *Health Care Provision and Patient Mobility. Health Integration in the European Union*, Milano, Springer, 2014

Dyer Clare, *Going to law to get treatment*, British Medical Journal, 1987, Vol. 295, n. 6612, p.1554

Elkind Andrea, *Using metaphor to read the organisation of the NHS*, Social Science & Medicine, 1998, Vol.47, n. 11, pp. 1715-1728

Ellencweig Avi Yacar, *Analysing health systems: a modular approach*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1991

Enthoven Alain, *Internal market reform of the British National Health Service*, Health Affairs 10, n. 3, 1991, <http://content.healthaffairs.org/content/10/3/60.full.pdf> (link verificato in data 24.04.2017)

Enthoven Alain, *Reflections on the management of the National Health Service. An American looks at incentives to efficiency in health services management in the UK*, The Nuffield Provincial Hospitals Trust, 1985, <https://www.nuffieldtrust.org.uk/files/2017-01/reflections-on-management-web-final.pdf> (link verificato in data 24.04.2017)

Enthoven Alain, *The History And Principles Of Managed Competition*, Health Affairs, 1993, Vol.12, n. 1 suppl., pp. 24-48

Erskine Hazel, *The Polls: Health Insurance*, *The Public Opinion Quarterly*, 1975, Vol. 39, n. 1, pp.128-143

Fallone Edward A., *Preserving the public health: a proposal to quarantine recalcitrant AIDS carriers*, Boston University Law Review, 1988, Vol.68, n. 2, p.441-505

Ferrari Bernard T., Sponsler Thomas H., *Health maintenance organizations and the specter of antitrust law*, Loyola Law Review, 1986, Vol. 31, n. 4, pp. 797-824

Fiedler Matthew, Aaron Henry J., Adler Loren, Ginsburg Paul B., *Moving in the Wrong Direction — Health Care under the AHCA*, The New England Journal of Medicine, 2017, Vol. 376, n. 25, pp.2405-2407

Final Report of the Committee on the Costs of Medical Care, California and Western Medicine, Vol. 37, n. 6, 1932, pp. 395-400, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1658442/> (link verificato in data 6.03.2017)

Fowle Thomas Welbank, *The poor law*, London, Macmillan, 1890

Franks Antony, *Legal, decent and honest? Are quality assurance and rationing inseparable?*, British Journal of Clinical Governance, 2002, Vol.7, n. 1, pp. 34-39

Franzoni Flavia, *Trent'anni di servizi alla persona: il punto di vista del Vademecum*, Autonomie locali e servizi sociali n. 1, 2007, pp. 121-134

Freddi Giorgio, *L' anomalia americana. Perché è tanto difficile, se non impossibile, riformare la sanità statunitense*, Milano, Vita e Pensiero, 2012

Friedman Lawrence M., *Storia del diritto americano*, Milano, Giuffrè, 1995

Gaja Giorgio, Adinolfi Adelina, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma, Bari, GLF editori Laterza, 2014

Galva Jorge E., Atchison Christopher, Levey Samuel, *Public health strategy and the police powers of the state*, Public Health Reports, 2005, Vol.120, Suppl. 1, pp. 20-27

Gardella Andrew R., *The Equal Access Illusion: A Growing Majority of Federal Courts Erroneously Foreclose Private Enforcement of § 1396a(a)(30) of the Medicaid Act Using 42 U.S.C. § 1983*, The University of Memphis Law Review, 2008, Vol. 38, n. 3, pp. 697-923

Gianniti Pasquale (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti. Globalizzazione e promozione delle libertà fondamentali*, Bologna, Zanichelli, 2015

Gilbert Bentley B., *The British National Insurance Act of 1911 and the Commercial Insurance Lobby*, Journal of British Studies, Vol. 4, n. 2, 1965, pp. 127-148

Gibson Rosemary, Singh Janardan Prasad, *The Battle Over Health Care. What Obama's Reform Means for America's Future*, Washington DC, Rowman & Littlefield Publishers, 2012

Giubboni Stefano, *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ce*, in Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale Vol. 1, n. 1, 2008, pp. 19-64

Giubboni Stefano, Orlandini Giovanni, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea Principi e tendenze*, Bologna, Società Editrice Il Mulino, 2009

Glaser William A., *"Socialized Medicine" in Practice*, in Elling Ray H. (Edited by), *Health Care. Issues and Problems in Socialized Medicine*, Chicago New York, Aldine Atherton, 1971

Goldberger Susan A., *The Politics of Universal Access: The Massachusetts Health Security Act of 1988*, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 1990, Vol. 15, n. 4, pp. 857-885

Goodman John C., *National health care in Great Britain. Lessons for the U.S.A.*, Dallas, Fisher Institute, 1980

Goozner Merril, *Lessons from Vermont (single-payer health insurance scheme)*, *Modern Healthcare*, 2015, Vol. 45, n. 1, p. 26

Gordon Richard, *Judicial review: law and procedure*, London, Sweet & Maxwell, 1996

Gorsky Martin, *Searching for the People in Charge' Appraising the 1983 Griffiths NHS Management Inquiry*, *Medical History*, Vol. 57, n. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 87-107

Gorsky Martin, *The British National Health Service 1948–2008. A Review of the Historiography*, *Social History of Medicine*, 2008, Vol. 21, n. 3, pp. 437-461

Gostin Lawrence O., *Public health law. Power, duty, restraint*, Berkeley, New York, University of California Press, Milbank Memorial Fund, 2008

Green David G., Irvine Benedict, *Health Care In France and Germany. Lessons for the UK*, London, Institute for the Study of Civil Society, 2001

Grover Samuel T., *Religious Exemptions to the PPACA's Health Insurance Mandate*, *American Journal of Law & Medicine*, 2011, Vol. 37, n. 4, pp. 624-651

Grubb Laura K., *Lessons from Vermont's Health Care Reform*, *The New England Journal of Medicine*, 2013, Vol. 368, n. 14, pp. 1276-1277

Jacobs Lawrence R., *The Health of Nations. Public Opinion and the Making of American and British Health Policy*, Ithaca, Cornell University Press, 1993

Key Lisa E., *Private enforcement of federal funding conditions under s. 1983: the Supreme Court's failure to adhere to the doctrine of separation of powers*, *U.C. Davis Law Review*, 1996, Vol. 29, n. 2, pp. 283-353

Kirkman-Liff B.L., Lewis S., *Inter-State Variation in Medical and Health Insurance Regulation: Implications of American Experiences for Health Insurance in the European Community*, in Casparie A. F., Hermans H. E. G. M., Paelinck Jean H. P., *Health care in Europe after 1992*, Aldershot, Dartmouth Pub. Co., 1992

Kirsch Richard, *Fighting for Our Health. The Epic Battle to Make Health Care a Right in the United States*, Albany New York, The Rockefeller Institute Press, 2011

Kissam Philip, Johnson Ronald, *State HMO Laws And The Theory Of Limited Reformmongering*, *University of Kansas Law Review*, 1976, Vol. 25, n. 1, pp. 21-62

Kronenfeld Jannie Jacobs, Whicker Marcia Lynn, *U.S. National Health Policy. An analysis of the Federal Role*, New York, Praeger Publishers, 1984

Hacker Jacob S., *The divided welfare state. The battle over public and private social benefits in the United States*, Cambridge, Cambridge University, 2002

Hagan Claire Marie, *Sheltering psychiatric patients from the DeShaney storm: a proposed analysis for determining affirmative duties to voluntary patients*, Washington and Lee Law Review, 2013, Vol. 70, n. 1, p.725-792

Ham Chris, *Management and Competition in the NHS*, Oxford, Radcliffe Medical Press, 1997

Ham Chris, Zollinger-Read Paul, *What are the lessons from the USA for clinical commissioning groups in the English National Health Service?*, The Lancet, Vol. 379, n. 9811, 2012, pp. 189-192

Hamel Elizabeth C., Deane Claudia, Brodie Mollyann, *Medicare and Medicaid*, in Blendon Robert J., Brodie Mollyann, Benson John M., Altman Drew E., *American Public Opinion and Health Care*, Washington D.C., CQ Press, 2011

Hamowy Ronald, *The Genesis and Development of Medicare*, in Feldman Roger D. (Edited by), *American Health Care. Government, Market Processes and the Public Interest*, New Brunswick, London, Transaction Publishers, 2000

Hancher Leigh, Sauter Wolf, *EU Competition and internal market law in the healthcare sector*, Oxford, Oxford University Press, 2012

Hancher Leigh, Sauter Wolf, *One Step Beyond? From Sodemare to Docmorris: The EU's Freedom of Establishment Case Law Concerning Healthcare*, Common Market Law Review, Vol. 47, n. 1, 2010, pp. 117-146.

Harding Geoffrey, *The Historical Context of Pharmacy and Pharmacy Practice*, in Harding Geoffrey, Taylor Kevin M. G. (Edited by), *Pharmacy Practice*, London, New York, CRC Press, 2015,

Harris David, *Justifying State Welfare. The New Right versus The Old Left*, Oxford, New York, Basil Blackwell, 1987

Harris José, *William Beveridge. A Biography*, Oxford, Clarendon Press, 1977

Haynes Robin, *The Geography of Health Services in Britain*, London, Croom Helm, 1987

Health Reinsurance, in CQ Almanac 1954, 10th ed., Washington, DC, Congressional Quarterly, 1955, <http://library.cqpress.com/cqalmanac/cqal54-1357935> (link verificato in data 27.02.2017)

Henry J. Harris, *The British National Health Insurance System, 1911-1919*, Monthly Labor Review, 1920, Vol. 10, n. 1, pp. 45-59

Higgs Paul, *The NHS and Ideological Conflict*, Aldershot, England, Brookfield, Vt., USA, Avebury, 1993

Ho Lok Sang, *Health Policy and the Public Interest*, London, New York, Routledge, 2013

Hoffmeyer Ullrich K., *The Health Care System in Germany*, in Hoffmeyer Ullrich K., McCarthy Thomas R. (Edited by), *Financing health care*, Dordrecht, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1994

Hunter David J., *The Internal Market. The Shifting Agenda*, in Ian Tilley (Edited by), *Managing the Internal Market*, London, P. Chapman Pub., 1993

- Ilfie Steve, *The NHS. A Picture of Health?*, London, Lawrence and Wishart, 1983
- Jacobson Peter D., Braun Rebecca L., *Let 1000 Flowers Wilt: The Futility of State-Level Health Care Reform*, *Kansas Law Review*, Vol. 55, 2007, pp. 1173-1363
- Jorio Ettore, *Il senato Usa ha approvato la riforma sanitaria. Scompare la formale introduzione della Public Option, ma la si concretizza per via indiretta*, in federalismi.it, *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 25, 2009, pp. 1-7
- Jorio Ettore, *La Camera dei Rappresentanti degli Usa dice sì alla riforma Obama*, in federalismi.it, *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 21, 2009, pp. 1-6
- Jorio Ettore, *La riforma sanitaria di Barack H. Obama*, in federalismi.it, *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 17, 2009, pp. 1-17
- Laham Nicholas, *A Lost Cause. Bill Clinton's Campaign for National Health Insurance*, Westport, Conn., Praeger, 1996
- Laski Harold J., *Judicial Review of Social Policy in England: A Study of Roberts v. Hopwood et al.*, *Harvard Law Review*, 1926, Vol.39, n. 7, pp.832-848
- Lazarus Simon, Stoltzfus Jost Timothy, *Trump's executive order on health care- Can it undermine the ACA if congress fails to act?*, *The New England Journal of Medicine*, 30 marzo 2017, Vol. 376, n. 13, p.1201
- Lear Julia, Mossialos Elias, Karl Beatrix, *EU competition law and health policy*, pp. 377-378, in Mossialos Elias, Permanand Govin, Baeten Rita, Hervey Tamara K. (Edited by), *Health systems governance in Europe. The role of European Union law and policy*, New York, Cambridge University Press, 2010
- Leibowitz Arleen, Peterson Mark A., *Perspectives on the U.S. Health Care System*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, n. 2, 2009, pp. 9-41
- Leichter Howard M., *The States and Health Care Policy. Taking the Lead*, in Leichter Howard M., *Health Policy Reform in America. Innovations from the States*, Armonk, N.Y., M.E. Sharpe, 1992
- Levitt Ruth, Wall Andrew, Appleby John, *The Reorganized National Health Service*, Cheltenham, Stanley Thornes, 1999
- Linde Hans A., *Citizenship and State Constitution*, in Howard A. E. Dick (Edited by), *The United States Constitution. Roots, Rights, and Responsibilities*, Washington; London, Smithsonian Institution Press, 1992
- Lischko Amy M., Bachman Sara S., Vangeli Alyssa, *The Massachusetts Commonwealth Health Insurance Connector: structure and functions*, Issue brief, The Commonwealth Fund, 2009, Vol. 55, pp. 1-14
- Lloyd Trevor, *Empire, Welfare, State, Europe. History of the United Kingdom 1906-2001*, Oxford, Oxford University Press, 2002
- Longley Diane, *Public Law and Health Service Accountability*, Open University Press, 1992

Longo Erik, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Padova, CEDAM, 2012

Longo Erik, *U.S.A.: Lord Beveridge goes to Washington. L'opinione del presidente della Corte Suprema americana decisiva nella causa sulla riforma delle assicurazioni sanitarie voluta dal Presidente Obama nel 2010*, Forum di Quaderni Costituzionali, 2012, pp. 1-4, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/telescopio/0040_longo.pdf (link verificato in data 23/03/2018)

Maciocco Gavino, *La sanità negli Stati Uniti: Le novità di Barack Obama*, Care 3, 2010, pp. 29-30

Macnicol John, *Beveridge and Old Age*, in Hills John, Ditch John, Glennerster Howard (Edited by), *Beveridge and social security. An international retrospective*, Oxford, Clarendon Press, 1994

Malthus Thomas Robert, *Saggio sul principio di popolazione*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1965

Majeed Azeem, Malcolm Laurence, *Unified budgets for primary care groups*, British Medical Journal, Vol. 318, n. 7186, 1999, pp. 772-776;

Mariner Wendy K., *Patients' rights to care under Clinton's Health Security Act: The structure of reform*, American Journal of Public Health, 1994, Vol. 84, n. 8, pp. 1330-1336

Marmor Theodore, Dunham A., *The Politics of Health*, in David Mechanic (Edited by), *Handbook of Health, Health Care, and the Health Professions*, New York, Free Press, 1983

Marmor Theodore, Gusmano Michael K., *The state of American health care: November 2016 to November 2020, a look forward*, Health Economics, Policy and Law, Vol. 2018, n. 13, pp 1-9

Martin Jacqueline, *The English Legal System*, London, Hodder Arnold, 2007

Martinelli Francesco, *Manuale di diritto dell'Unione Europea. Aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*, Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2016

Mays Nicholas, Dixon Anna, Jones Lorelei, *Return to the market. Objectives and evolution of New Labour's market reforms*, in Mays Nicholas, Dixon Anna, Jones Lorelei (Edited by), *Understanding New Labour's market reforms of the English NHS*, The King's Fund, 2011

McCarthy Thomas, *The Health Care System in the United States*, in Hoffmeyer Ullrich K., McCarthy Thomas R. (Edited by), *Financing health care*, Volume II, Dordrecht, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1994

Mcguire Thomas G., Newhouse Joseph P., Sinaiko Anna D., *An Economic History of Medicare Part C*, The Milbank Quarterly, 2011, Vol. 89, n. 2, pp. 289-332

Megali Cecilia, *Modelli e strumenti di governance sanitaria. Elementi di comparabilità tra il Servizio Sanitario Nazionale italiano e il National Health Service inglese*, Roma, Aracne, 2008

Merlis Mark, *A Health Insurance Exchange: Prototypes and Design Issues*, National Health Policy Forum, 2009, Vol. 6, n. 832, pp. 1-27, https://www.nhpf.org/library/issue-briefs/IB832_HealthExchange_06-05-09.pdf (link verificato in data 06/01/2018)

Montalti Morris, "Same-sex marriage" tra protezione statale e principio federale, *Politica del diritto*, n. 4, 2004, pp. 35-64

Montgomery Jonathan, *Health care Law*, Oxford University Press, 2002

Moran Michael, *Governing the health care state. A comparative study of the United Kingdom, the United States and Germany*, Manchester, Manchester University Press, 1999,

Mossialos Elias, McKee Martin, *EU law and the social character of health care*, Brussels, P.I.E. Peter Lang, 2002

Neri Stefano, *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna. Concorrenza, cooperazione, programmazione*, Milano, F. Angeli, 2006

Niles Nancy J., *Basics of the U.S. Health Care System*, Burlington, Massachusetts, Jones & Bartlett Learning, 2015

Newdick Christopher, *The European Court of Justice transnational health care, and social citizenship - accidental death of a concept?*, *Wisconsin International Law Journal*, 2008, Vol. 26, n. 3, pp. 844-867

NHS Management Inquiry, *Griffiths Report*, *British Medical Journal*, Vol. 287, n. 6402, 1983

Novak William J., *The people's welfare. Law and regulation in nineteenth-century America*, Chapel Hill, London, University of North Carolina Press, 1996

Ondrasik Paul J., Serron Eric G., *ERISA Preemption and State Health Care Reform (Part 1)*, *Infrastructure*, 2008, Vol. 47, n. 3, pp. 1-13

Paine Leslie H. W., *The reorganized National Health Service: theory and reality*, in Porter Ruth; Fitzsimons David William, *Health care in a changing setting. The U.K. experience*, Amsterdam, Mouton, 1976

Patel Kant, Rushefsky Mark, *Health care politics and policy in America*, Armonk, N.Y., London, M.E. Sharpe, 2006

Pennisi Mary, *Enforcing International Insurers' Expectations: Can States Unilaterally Quash Commercial Arbitration Agreements under the Mccarran-Ferguson Act?*, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2011, Vol. 16, n. 3, pp. 601-671

Pierini Andrea, *Federalismo e welfare state nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzione e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, Torino, G. Giappichelli, 2003

Powell Thomas, *The structure of the NHS in England*, House of Commons Library, Briefing Paper, 2016, <http://www.nhshistory.net/Parliament%20NHS%20Structure.pdf> (link verificato in data 17.05.2017)

Pownall Holly, *Neoliberalism, Austerity and the Health and Social Care Act 2012. The Coalition Government's Programme for the NHS and its Implications for the Public Sector Workforce*, *Industrial Law Journal*, Vol. 42, n. 4, 2013, pp. 422-434

- Prince Janet B., *Health Care Crisis in America*, New York, Novinka Books, 2006
- Rabenberg Keith A., *Punitive Damages and ERISA: An Anomalous Effect of ERISA's Preemption of Common Law Actions*, *Washington University Law Review*, 1987, Vol. 65, n. 3, pp. 589-613
- Raffel Marshall W., *Health Services in the United States of America*, in Raffel Marshall W. (edited by), *Comparative Health Systems. Descriptive Analyses of Fourteen National Health Systems*, University Park and London, The Pennsylvania State University Press, 1984
- Randall Vernellia R., *Managed Care, Utilization Review, and Financial Risk Shifting: Compensating Patients for Health Care Cost Containment Injuries*, *Puget Sound Law Rev*, 1993, Vol. 17, n. 1, pp. 1-86
- Rao Devi M., *"Making Medical Assistance Available": Enforcing the Medicaid Act's Availability Provision through § 1983 Litigation*, *Columbia Law Review*, 2009, Vol.109, n. 6, pp.1440-1481
- Raptopoulou Kyriaki-Korina, *Eu law and healthcare services: normative approaches to public health systems*, Alphen aan den Rijn, Kluwer law international, 2015
- Reid Beth, Sutch Stephen, *Comparing diagnosis-related group systems to identify design improvements*, *Health policy*, 2008, Vol. 87, n. 1, pp.82-91
- Reid John Phillip, *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago, London, University of Chicago Press, 1988
- Report from His Majesty's commissioners for inquiring into the administration and practical operation of the poor laws*, London, B. Fellowes, 1834
- Rettenmaier Andrew J., Saving Thomas R., *The Economics of Medicare Reform*, Michigan, W.E., Upjohn Institute for Employment Research, 2000
- P. Preston Reynolds, *Professional and Hospital Discrimination and the US Court of Appeals Fourth Circuit 1956–1967*, *American Journal of Public Health*, 2004, Vol. 94, n. 5, pp. 710-720
- Rintala Marvin, *Creating the National Health Service: Aneurin Bevan and the medical lords*, Portland, OR, Frank Cass, 2003
- Roberts Jennifer, *The NHS. From myth to markets*, in Carrier John, Kendall Ian (Edited by), *Socialism and the NHS*, Aldershot, Avebury, 1990
- Rorty James, *Health under The Social Security Tent*, *The Antioch Review*, 1943, Vol. 3, n. 4, pp. 498-511
- Rose Michael E., *The English poor law, 1780-1930*, Newton Abbot, Devon, David & Charles, 1971
- Sara Rosenbaum, *The Enduring Role Of The Emergency Medical Treatment And Active Labor Act*, *Health Affairs*, 2013, Vol. 32, n.12, pp. 2075-2081
- Rosenthal Gerald, *The Federal Health Structure*, in Mechanic David (Edited by), *Handbook of Health, Health Care, and the Health Professions*, New York, Free Press, 1983

- Ross Edward Alsworth, *Reviewed Work(s): Medical Care for the American People. Final Report of the Committee on the Costs of Medical Care*, American Journal of Sociology, 1933, Vol. 39, n. 1, pp. 136-138
- Rubin Peter J., *Square pegs and round holes. Substantive due process, procedural due process, and the Bill of Rights*, Columbia Law Review, Vol. 103, n. 4, 2003, pp. 833-893
- Ruta Carmine, *Sanità e management. Razionalizzazione strutturale e produttiva, controllo dei costi e del finanziamento, umanizzazione e qualità totale*, Milano, ETAS libri, 1993
- Samberg-Champion Sasha, *How to Read Gonzaga: Laying the Seeds of a Coherent Section 1983 Jurisprudence*, Columbia Law Review, 2003, Vol. 103, n. 7, pp. 1838-1887
- Sauter Wolf, *The proposed patients' rights directive and the reform of (cross-border) healthcare in the European Union*, Legal Issues of Economic Integration, Vol. 36, n. 2, 2009, pp. 109-131
- Scharpf Fritz W., *The European social model: coping with the challenges of diversity*, Journal of Common Market Studies, Vol. 40, n. 4, 2002, pp. 645-670
- Schmidt Susan, *Health Maintenance Organizations and the McCarran-Ferguson Act*, American Journal of Law & Medicine, 1982, Vol.7, n. 4, pp. 437-468
- Sebelius Kathleen G., *Foreword, U.S. Healthcare Law Enters a New Age*, pp. XII-XVIII, in Cohen I. Glenn, Hoffman Allison K., Sage William M. (Edited by), *The Oxford handbook of U.S. Health Law*, New York, Oxford University Press, 2017
- Shanks Nancy H., *Financing Health Care and Health Insurance*, in Buchbinder Sharon B., Shanks Nancy H. (Edited by), *Introduction to health care management*, Burlington, MA Jones & Bartlett Learning, 2017
- Sheldon Trevor, Carr-Hill Roy, *Resource Allocation by Regression in the National Health Service. A Critique of the Resource Allocation Working Party's Review*, Journal of the Royal Statistical Society, Series A, Statistics in Society, Vol.155, n. 3, 1992, pp. 403-421
- Shonick William, *Government and Health Services. Government's Role in the Development of U.S. Health Services 1930-1980*, New York, Oxford University Press, 1995
- Shtelmakher Milena, *Police misconduct and liability: applying the state-created danger doctrine to hold police officers accountable for responding inadequately to domestic-violence situations*, Loyola of Los Angeles Law Review, 2010, Vol. 43, n. 4, pp. 1533-1560
- Simoncini Andrea, Carter Snead Orlando, *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, Quaderni costituzionali, Fascicolo 1, 2010, pp. 7-34
- Slack Paul, *The English poor law. 1531-1782*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995
- Sokolovsky Joan, *The Making of National Health Insurance in Britain and Canada: Institutional Analysis and its Limits*, Journal of Historical Sociology, Vol.11, n. 2, 1998, pp.247-280
- Spini Debora, Fontanella Margherita (a cura di), *Il sogno e la politica da Roosevelt a Obama: il futuro dell'America nella comunicazione politica dei democrats*, Firenze, Firenze University Press, 2008

Stacey Margaret, *Regulating British Medicine. The General Medical Council*, Chichester, New York, Wiley, 1992

Starkey Ken, Hodges Ron, *Of Trusts and Markets - Accountability and Governance in the New National Health Service*, in Malek Mo, Rasquinha Joe, Vacani Paul, Davey Peter (Edited by), *Managerial Issues in the Reformed NHS*, Chichester England, New York, Wiley & Sons, 1993

Starr Paul, *The social transformation of American medicine*, New York, Basic Books, 1982

Stevens Rosemary, *Comparisons in Health Care: Britain as Contrast to the United States*, in Mechanic David (Edited by), *Handbook of Health, Health Care, and the Health Professions*, New York, Free Press, 1983

Stoltzfus Jost Timothy, *Access to Health Insurance and Health Benefits*, pp. 147- 166, in Cohen I. Glenn, Hoffman Allison K., Sage William M. (Edited by), *The Oxford handbook of U.S. Health Law*, New York, Oxford University Press, 2017

Strong Philip, Robinson Jane, *The NHS. Under New Management*, Milton Keynes, Open University Press, 1990

Sultz Harry A., Young Kristina M., *Health Care USA. Understanding its organization and delivery*, Sudbury, MA, Jones and Bartlett, 2011

Sussman Oakman Tara, Blendon Robert J., Buhr Tami, *The Massachusetts Health Reform Law: a Case Study*, pp. 128-138, in Blendon Robert J., Brodie Mollyann, Benson John M., Altman Drew E., *American Public Opinion and Health Care*, Washington D.C., CQ Press, 2011

Swendiman Kathleen S., *Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers*, CRS Report for Congress, 2012, <http://thehill.com/images/stories/blogs/hcpowers.pdf> (link verificato in data 10.1.2017)

Taroni Francesco, Curcio Rubertini Barbara, *I diagnosis related groups (DRGs) per la valutazione dell'attività ospedaliera*, Bologna, CLUEB, 1991

The Committee on the Costs of Medical Care Presents Its Final Report, The Milbank Memorial Fund Quarterly Bulletin, Vol. 11, n. 1, 1933, pp. 21-30

The Hill-Burton Act, EIR Vol. 23, n. 43, 25 ottobre 1996, pp. 31-32, http://www.larouchepub.com/eiw/public/1996/eirv23n43-19961025/eirv23n43-19961025_031-the_hill_burton_act.pdf (link verificato in data 27.02.2017)

The Hill-Burton Act, 1946-1980: Asynchrony in the Delivery of Health Care to the Poor, Maryland Law Review, 1979, Vol. 39, n. 2, pp. 316-375, <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol39/iss2/5> (link verificato in data 27.02.2017)

The National Health Service Act in Great Britain. A review of the first year's working, London, The Practitioners, 1949

The Kaiser Family Foundation and Health Research & Educational Trust, *Employer Health Benefits, 2016 Annual Survey*, Menlo Park, CA, Chicago, IL, <http://files.kff.org/attachment/Report-Employer-Health-Benefits-2016-Annual-Survey> (link verificato in data 17.2.2017)

The staff of the Washington Post, *Landmark: the inside story of America's new health-care law and what it means for us all*, New York, PublicAffairs, 2010

Thomas Karen Kruse, *The Hill-Burton Act and Civil Rights: Expanding Hospital Care for Black Southerners, 1939-1960*, *Journal of Southern History*, 2006, Vol. 72, n. 4, pp. 823-871

Thomson Kyle, *State-Run Insurance, Exchanges in Federal Healthcare Reform: A Case Study in Disfunctional Federalism*, *American Journal of Law & Medicine*, 2012, Vol. 38, pp. 548-570

Toth Federico, "Yes, we did"? *Luci ed ombre della riforma sanitaria di Obama*, *Rivista italiana di scienza politica*, Vol. 1, 2011, pp. 105-130

Trattner Walter I., *From Poor Law to Welfare State. A History of Social Welfare in America*, New York, Free press, 1999

Troiani Luigi, *Il rapporto Beveridge nel contesto europeo e internazionale*, in Troiani Luigi (a cura di), *Dopo Beveridge. Riflessioni sul welfare*, Roma, Agrilavoro Edizioni, 2005

Tschann Mary, Soon Reni, *Contraceptive Coverage and the Affordable Care Act*, *Obstet Gynecol Clin North Am.*, 2015, Vol. 42, n. 4, pp. 1-14

Twight Charlotte, *Medicare's Progeny: The 1996 Health Care Legislation*, in Feldman Roger D. (Edited by), *American Health Care. Government, Market Processes and the Public Interest*, New Brunswick, London, Transaction Publishers, 2000

Van de Gronden Johan, Sauter Wolf, *Taking the temperature: EU competition law and health care*, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 38, n. 3, 2011, pp. 213-241

Varano Vincenzo, Barsotti Vittoria, *La tradizione giuridica occidentale, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, Giappichelli, 2014

Verspohl Ines, *Health Care Reforms in Europe. Convergence towards a Market Model?*, Baden-Baden, Nomos, 2012

Wagstaff Adam et al., *Equity in the finance of health care: some further international comparisons*, *Journal of Health Economics*, 1999, Vol.18, n. 3, p. 263-291

Warwick-Giles Lynsey, Coleman Anna, Checkland Katherine, *Making Sense of Inequalities. How Do Clinical Commissioning Groups in England Understand their New Role?*, *Social Policy and Administration*, 2016, pp. 1, 2

Webb Sidney, Webb Beatrice, *English poor law policy*, London, Frank Cass, 1963

Webster Charles, *The Politics of General Practice*, in Loudon Irvine, Horder John, Webster Charles (eds.), *General Practice Under the National Health Service 1948-1997*, London, Clarendon Press, 1998

Weeks Leonard Elizabeth, *New Deal Lessons for the Affordable Care Act: The General Welfare Clause*, *JCL Online*, 2012, Vol. 15, n. 1, http://scholarship.law.upenn.edu/jcl_online/vol15/iss1/1 (link verificato in data 11.01.2017), pp. 5-14

Weeks Leonard Elizabeth, *State Constitutionalism and the Right to Health Care*, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2010, Vol. 12, n. 5, pp. 1325-1406

Weiner Earlene P., *Managed health care: HMO corporate liability, independent contractors, and the ostensible agency doctrine*, Journal of Corporation Law, 1990, Vol. 15, n. 3, pp. 535-571

Welborn Angie A., *Federal and State Isolation and Quarantine Authority*, CRS Report for Congress, 2005, <http://famguardian1.org/PublishedAuthors/Govt/CRS/RL31333.pdf> (link verificato in data 7.03.2017)

West Peter A., *Understanding the National Health Service reforms. The creation of incentives?*, Buckingham, Philadelphia, Open University Press, 1997

Wilkin David, Gillam Steve, Smith Keri, *Primary care groups. Tackling organisational change in the new NHS*, British Medical Journal, Vol. 322, n. 7300, 2001, pp. 1464-1467

Wills Garry, *Inventing America. Jefferson's declaration of independence*, Garden City, Doubleday, 1978

Winkler Matteo, *Same-sex marriage negli Stati Uniti: le nuove frontiere del principio di uguaglianza*, Politica del diritto, 2011, pp. 93-122

Zanola Roberto, *Produzione pubblica di beni privati: perché esiste la sanità pubblica*, Stato e mercato, Vol. 55, n. 1, 1999, pp. 151-178