



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

ANTONIA BARAGGIA

**LA CONDIZIONALITÀ
COME STRUMENTO DI GOVERNO
NEGLI STATI COMPOSITI
UNA COMPARAZIONE TRA STATI UNITI,
CANADA E UNIONE EUROPEA**



G. Giappichelli Editore



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Studi di diritto pubblico

104

La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

ANTONIA BARAGGIA

LA CONDIZIONALITÀ
COME STRUMENTO DI GOVERNO
NEGLI STATI COMPOSITI
UNA COMPARAZIONE TRA STATI UNITI,
CANADA E UNIONE EUROPEA



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0039-6

ISBN/EAN 979-12-211-5027-8 (ebook - pdf)

L'opera è edita con il contributo dell'Università degli Studi di Milano, Piano di sostegno alla ricerca 2015-2017, Transition Grant Linea 1B.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Ringraziamenti</i>	IX
<i>Introduzione</i>	1

CAPITOLO 1

POTERE E CONDIZIONALITÀ

1. Premessa	7
2. <i>Potestas v. Potentia</i> : da Spinoza a Foucault	8
2.1. Le dimensioni del potere nella teoria di French e Raven	13
2.2. La condizionalità come una delle declinazioni della <i>potentia</i> nello Stato moderno	16
3. Le diverse dimensioni della condizionalità	20
4. La condizionalità come strumento di governo negli Stati compositi: l'emersione del federalismo coercitivo e punitivo	26
4.1. Le funzioni della condizionalità federale: un " <i>federalizing tool</i> "?	31
4.2. Il potenziale trasformativo della condizionalità	34
5. Verso una teoria della condizionalità negli Stati compositi	35

CAPITOLO 2

LE TRASFORMAZIONI DEL FEDERALISMO AMERICANO ALLA LUCE DELL'EVOLUZIONE DEI *GRANTS-IN-AID*

1. I tanti federalismi americani	41
2. Il federalismo duale alle origini della Costituzione liberale	44

VI LA CONDIZIONALITÀ COME STRUMENTO DI GOVERNO NEGLI STATI COMPOSITI

	<i>pag.</i>
3. Lo <i>spending power</i> federale negli Stati Uniti	47
3.1. Il fondamento costituzionale del potere di spesa federale	49
3.2. I <i>land grants</i> e i primi segni di interferenza federale nella vita degli Stati	52
4. I <i>grants-in-aid</i> nella fase matura del modello liberale	55
5. Il federalismo cooperativo	58
5.1. La giurisprudenza della Corte Suprema in tema di <i>grants-in-aid</i>	61
5.2. Le trasformazioni indotte dal crescente utilizzo dei <i>grants-in-aid</i>	68
5.3. Le diverse tipologie di <i>federal grants</i>	72
6. Il sorgere del federalismo coercitivo	75
6.1. L'elaborazione della <i>unconstitutional conditions doctrine</i> : il <i>Dole test</i>	81
6.2. La condizionalità nell' <i>Affordable Care Act</i>	84
7. La definizione di un nuovo assetto federale? Il federalismo punitivo	87
7.1. <i>Sanctuary cities</i> e federalismo punitivo	89
7.2. La giurisprudenza relativa alle <i>sanctuary cities</i>	93
8. Le dinamiche più recenti dei finanziamenti condizionati: le previsioni dell' <i>American Rescue Plan Act</i> del 2021 (ARPA)	97
8.1. La giurisprudenza sulle condizioni poste dall' <i>American Rescue Plan Act</i>	100
9. Il futuro della <i>unconstitutional conditions doctrine</i> e l'evoluzione del federalismo americano	103

CAPITOLO 3

POTERE DI SPESA E CONDIZIONALITÀ NEL FEDERALISMO ASIMMETRICO CANADESE

1. Il federalismo canadese	107
2. Le trasformazioni del federalismo canadese: dal 1867 al primo dopoguerra	110
3. Le trasformazioni del federalismo canadese negli anni Trenta	115
4. L'evoluzione dei rapporti intergovernativi nel modello cooperativo	119
5. La natura dello <i>spending power</i> federale	123
5.1. Lo <i>spending power</i> e i tentativi di una sua costituzionalizzazione	128
5.2. <i>Spending power</i> e definizione del <i>Welfare State</i> canadese	137
6. <i>Spending power</i> e finanziamenti condizionati	140
6.1. La giurisprudenza canadese in materia di <i>conditional grants</i>	145
6.2. L'esercizio del potere tramite finanziamenti condizionati: la peculiarità del caso canadese	152

CAPITOLO 4

LE MOLTEPLICI DECLINAZIONI
DELLA CONDIZIONALITÀ NELL'UNIONE EUROPEA

1.	La condizionalità nel processo di integrazione europea	155
1.1.	Condizionalità e potere di spesa dell'Unione europea	158
1.2.	I diversi volti della condizionalità nell'Unione europea	162
2.	La condizionalità di spesa nella politica di coesione	167
2.1.	La crescita della condizionalità nella politica di coesione	170
2.2.	La giurisprudenza in materia di condizionalità e potere di spesa dell'Unione europea	174
3.	La condizionalità macroeconomica durante la crisi dell'Eurozona	178
3.1.	Una condizionalità "negativa"	181
3.2.	La costituzionalizzazione della rigida condizionalità	185
3.3.	La condizionalità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea	187
3.3.1.	Il caso <i>Pringle</i>	189
3.3.2.	Il caso <i>Gauweiler</i>	192
3.3.3.	Il caso <i>Ledra Advertising</i>	195
3.4.	La condizionalità della crisi nella più recente giurisprudenza	198
4.	La condizionalità a protezione del bilancio dell'Unione europea	200
4.1.	Le sentenze della Corte di Giustizia sulla <i>rule of law conditionality</i>	205
4.2.	Motivi dell'Ungheria e della Polonia e conclusioni dell'Avvocato Generale	206
4.3.	Il perimetro costituzionale delle decisioni: limiti di competenza dell'Unione europea nei confronti degli Stati membri	209
4.4.	La rilevanza costituzionale della condizionalità: il tema dell'identità europea	212
4.5.	L'applicazione della condizionalità dello Stato di diritto	215
5.	Le ultime frontiere della condizionalità: il <i>NextGenEU</i>	220
5.1.	L'intreccio di condizionalità del RRF	221
5.2.	La natura della condizionalità del <i>NextGenEU</i>	223
6.	I diversi regimi di condizionalità alla luce dei rapporti tra Stati e Unione europea: una lettura "federale"	226

pag.

CONCLUSIONI

1. La condizionalità in ottica comparata	231
2. L'impatto costituzionale della condizionalità	233
3. La legittimità della condizionalità nella giurisprudenza: un primo sguardo di sintesi	235
4. Riflessioni conclusive	237
 <i>Bibliografia</i>	 239

RINGRAZIAMENTI

Quando nel 2015 risposi ad una *call for papers* per la *Fourth Annual Conference* del *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, proponendo un contributo dal titolo “*Conditionality measures within the euro crisis: a challenge to the democratic principle?*”, non avrei immaginato che il tema della condizionalità sarebbe diventato uno dei miei principali ambiti di studio.

Eppure da allora, a partire da quello che sembrava un tema circoscritto e tutto sommato senza grande respiro costituzionale, è fiorito un itinerario di ricerca che mi ha condotto a considerare le molteplici declinazioni della condizionalità – tradizionalmente oggetto degli studi di diritto internazionale e dell’Unione europea – in ottica comparata.

Non che tale fenomeno fosse sconosciuto agli studiosi dei sistemi federali; tuttavia esso è stato prevalentemente analizzato, nei singoli ordinamenti, nell’ambito degli studi sul federalismo fiscale, mentre raramente esso è stato considerato, in prospettiva comparata, come strumento di esercizio del potere pubblico, alternativo all’utilizzo della potestà normativa e di imperio.

Le implicazioni costituzionali della condizionalità, come si cercherà di mostrare nel presente contributo, sono profondissime, investendo il tema dei rapporti tra livelli di governo, il tema del riparto di competenze e ultimamente il tema della tutela dei valori fondamentali di un dato ordinamento.

Questi aspetti si sono rivelati gradualmente nel corso dell’itinerario di ricerca che ha condotto a questo libro, in una continua scoperta resa possibile anche grazie al prezioso confronto con amici e colleghi, che mi hanno costantemente offerto stimolanti occasioni di riflessione, anche da prospettive geografiche e disciplinari diverse.

Sono tante le persone che hanno contribuito a far maturare le riflessioni che vengono presentate in questo libro. Tra di esse sono particolarmente grata a Richard Albert, per le preziose suggestioni rispetto all’ordinamento canadese e americano; a Matteo Bonelli, per aver condiviso un tratto di questo itinerario di ricerca, in riferimento allo studio della condizionalità euro-

pea a protezione dello Stato di diritto; a Marilena Gennusa, per aver dedicato tempo prezioso alla lettura di questo libro e per i tanti suggerimenti; a Peter Oliver, per il confronto sul tema del potere di spesa federale in Canada e delle implicazioni costituzionali dello stesso; a Steven Schwinn, per le discussioni sullo *spending power* e i diritti fondamentali nel contesto americano; a Martin Loughlin, per avermi aiutato a guardare alla condizionalità con le categorie della filosofia politica; a Michael Blauberger e Frank Schimmelfennig, per avermi introdotto allo studio della condizionalità dalla prospettiva delle scienze sociali; a Giuseppe Martinico, inesauribile fonte di consigli, spunti e incoraggiamenti; a Johanne Poirier, per avermi accolto alla *McGill University* e avermi introdotto al tema dello studio dei rapporti intergovernativi, ambito nel quale la condizionalità trova il suo terreno privilegiato.

Sono molto grata anche alle tante colleghe e ai tanti colleghi con i quali ho potuto discutere di questo tema, beneficiando di stimoli sempre nuovi e critiche costruttive: Jacopo Alberti, Ilaria Anrò, Erika Arban, Alessia Ottavia Cozzi, Giacomo Delledonne, Bruno de Witte, Tom Ginsburg, Cristina Fafone, Mark Graber, Gábor Halmai, Claudio Martinelli, Francesco Palermo, Ioanna Tourkochoriti, Jens Woelk, Alice Valdesalici.

L'impianto di questo lavoro è stato definito nel corso di un soggiorno di ricerca presso il *Max Planck Institute for the Study of Religious and Ethnic Diversity* di Göttingen nel 2019. Sono molto grata a Ran Hirschl e Ayelet Shachar per avermi accolto a Göttingen nel loro team di ricerca e per avermi dato preziosissime indicazioni in merito alla prospettiva comparata sottesa al presente lavoro.

Alcune parti del progetto sono state, inoltre, presentate nel corso di convegni e seminari di studio, in Italia e all'estero, occasioni di confronto con colleghi e colleghe, per le quali sono infinitamente grata.

Un sentito grazie va ai colleghi del Dipartimento di Diritto Pubblico italiano e sovranazionale della Statale di Milano, in particolare a Daniele Camoni, Giulia Formici, Damiano Fuschi, Miryam Iacometti, Alessandra Osti, Giada Ragone, Andrea Rovagnati, Luca Vanoni, Benedetta Vimercati, Davide Zecca.

A Lorenza Violini devo la mia gratitudine, oltre che per essere punto costante di riferimento nel mio percorso di ricerca, per avermi incoraggiato a coltivare questo tema e a radicarlo nella prospettiva costituzional-comparatistica.

Infine, non avrei potuto ultimare questo libro senza il sostegno di tanti amici, l'affetto della mia famiglia, la dedizione di Stefano e la quotidianità desiderosa di vita che mi regalano, anche nei momenti di fatica, Giovanna, Bianca Maria e Carlo.

INTRODUZIONE

L'esercizio del potere pubblico sta subendo processi di trasformazione a livello globale. Dagli Stati Uniti all'Unione europea, dall'America Latina all'Asia, sempre di più la scena costituzionale è dominata da molteplici tensioni che vedono contrapporsi, senza apparente margine di composizione, visioni opposte riguardanti la tutela dei diritti fondamentali, il ruolo delle istituzioni rappresentative e del potere giudiziario, il rapporto tra globalizzazione¹ e identità particolari e, in ultima analisi, la natura del rapporto tra autorità e libertà.

Uno degli interrogativi che, sempre più frequentemente, impegna la scienza del diritto pubblico comparato riguarda la natura e le conseguenze dei mutamenti che interessano la ridefinizione dei contorni del potere pubblico e del suo esercizio in un contesto *post-westfaliano*² caratterizzato da molteplici centri di produzione normativa, dentro e oltre lo Stato, e dall'emergere di paradigmi di esercizio del potere diversi dal classico potere autoritativo statale. In questa nuova costellazione costituzionale, in particolare, si assiste ad un frequente utilizzo della leva finanziaria come strumento di esercizio del potere anche in grado – nei sistemi compositi – di aggirare i vincoli posti dal riparto di competenze al fine di influenzare e, talvolta, etero-determinare le scelte di *policies* del livello di governo in-

¹ U.K. PREUSS, *Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?*, in P. DOBNER-M. LOUGHLIN (a cura di), *The Twilight Of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 23 ss.

² Si vedano i contributi del Numero speciale della Rivista *DPCE online*, 50, 2022, Raccolta degli Atti del Convegno Annuale DPCE, “*I sistemi normativi post-vestfaliani tra decisioni politiche, integrazioni giurisprudenziali e fonti di produzione non formalizzate. Una ricostruzione in chiave comparata*”, Pisa, 8-10 settembre 2021.

feriore. Si assiste, in altri termini, all'affermarsi, in diversi contesti, del fenomeno della *condizionalità*.

Per condizionalità si intende, in via generale, il legame che sussiste tra un beneficio e il soddisfacimento di determinate condizioni o l'adozione di un determinato comportamento. Più specificamente, la condizionalità è una modalità di esercizio del potere che si basa sul controllo delle risorse, da parte di un soggetto di natura pubblica, attraverso la creazione di consenso o obbedienza³. Declinata nell'ambito del diritto pubblico, essa rappresenta un meccanismo per realizzare riforme o imporre scelte di *policy* che il soggetto beneficiario della prestazione non sceglierebbe di perseguire volontariamente e che il soggetto erogante la prestazione non potrebbe imporre in maniera autoritativa. La condizionalità, in definitiva, è uno strumento per l'esercizio del potere pubblico attraverso mezzi diversi rispetto all'imposizione di norme giuridiche o all'utilizzo della pura coercizione: l'obbedienza si ottiene grazie al *power of the purse*.

Si tratta di un fenomeno ben noto alle dinamiche degli Stati federali, come Stati Uniti e Canada (ma a questi si potrebbero aggiungere, come esempi paradigmatici anche Australia, India, Brasile), diventato particolarmente popolare nell'ambito dell'ordinamento europeo, che rappresenta oggi il punto di osservazione privilegiato per lo studio di tale meccanismo.

Tuttavia, alla sua straordinaria diffusione negli ordinamenti contemporanei e al suo antico radicamento negli Stati federali classici non corrisponde un altrettanto sistematico studio della condizionalità quale strumento di esercizio del potere e del suo impatto sulle trasformazioni della forma di Stato in chiave comparata.

Per colmare questa lacuna il presente contributo si propone di indagare la natura della condizionalità, il suo impatto sugli ordinamenti costituzionali e la sua legittimità. Tale indagine sarà compiuta avendo come punto di riferimento le trasformazioni del principio federale in ottica diacronica e sincronica in tre ordinamenti "prototipici"⁴: Stati Uniti, Canada e Unione europea⁵.

³ Sul concetto di condizionalità si veda, in particolare, C. PINELLI, *Conditionality*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, novembre 2013.

⁴ R. HIRSCHL, *Comparative Matters*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

⁵ La comparazione tra due Stati federali e un ordinamento sovranazionale richiede di

In riferimento al primo profilo, come già detto, nonostante la grande diffusione di strumenti di condizionalità, manca una compiuta teorizzazione sulla sua natura in relazione alle teorie filosofiche e sociologiche che hanno studiato il potere e le sue declinazioni. Una prima linea di ricerca verrà dunque dedicata a questo aspetto teorico della condizionalità e porterà all'analisi delle diverse tipologie di condizionalità e ultimamente delle condizioni della sua legittimità.

In riferimento al secondo profilo, vale a dire l'analisi delle esperienze concrete qui considerate, si cercherà di dimostrare come la condizionalità rappresenti, in contesti ordinamentali compositi, uno dei principali strumenti di esercizio del potere da parte del governo federale in funzione centripeta⁶, a tal punto che il passaggio, avvenuto in tutti e tre gli ordinamenti considerati (ma l'affermazione potrebbe ben estendersi ad altri modelli federali)⁷, da un federalismo duale⁸ a uno coepe-

giustificare la selezione dell'Unione europea come caso di studio. In prima battuta, tale scelta trova fondamento nell'osservazione che la condizionalità nell'Unione europea è uno strumento sempre più utilizzato per risolvere tensioni di tipo federale, per le quali l'Unione non dispone di meccanismi di *enforcement* efficaci. In secondo luogo perché, sebbene tecnicamente l'Unione non sia uno Stato federale, presenta caratteristiche proprie di questi ultimi e tali caratteristiche si riverberano sulle strutture costituzionali e sulla separazione dei poteri degli Stati membri. Infine, il costituzionalista comparatista oggi non può ignorare l'intreccio di sistemi determinato dall'apertura degli ordinamenti normativi statali verso fenomeni internazionali o globali, a pena, come osservava acutamente Bognetti, «di lasciarsi sfuggire il fenomeno dello stesso attuale avviarsi dello Stato, forse, verso un tipo di organizzazione profondamente diverso da quello nato in Vestfalia più di tre secoli fa». G. BOGNETTI, *L'oggetto e il metodo*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 6. Si veda anche R. SCARCIGLIA, *Diritto globale e metodologia comparativa: verso un approccio verticale?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2015, p. 1011 ss.

⁶A. ZORZI GIUSTINIANI, *Competenze legislative e "federalismo fiscale" in sei ordinamenti liberal-democratici*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1999, p. 31 ss.

⁷Si vedano, per esempio, i casi di India e Australia.

⁸Sulle origini del federalismo duale, cfr. A. HAMILTON, *Federalist no. 32*: «But as the plan of the convention aims only at a partial union or consolidation, the State governments would clearly retain all the rights of sovereignty which they before had, and which were not, by that act, exclusively delegated to the United States. This exclusive delegation, or rather this alienation, of State sovereignty would only exist in three cases: where the Constitution in express terms granted in one instance an exclusive authority

rativo⁹, può essere letto attraverso lo studio del potere di spesa federale e del suo imponente utilizzo in senso condizionato.

Come si vedrà, questa lettura non si ferma solo al cambio di paradigma duale-cooperativo: nella fase “matura” di quest’ultimo, la dottrina¹⁰ ha, infatti, individuato una nuova declinazione di federalismo segnata dal massiccio utilizzo di condizioni legate a programmi di spesa federali, condizioni che di fatto privano gli enti federati di qualsiasi margine di discrezionalità nell’implementazione delle politiche che hanno un interesse di carattere nazionale. La pervasività di alcuni programmi di spesa e la natura delle condizioni ad essi apposte hanno così segnato il sorgere di un nuovo modello di federalismo, denominato in dottrina federalismo “coercitivo”¹¹. Guardando poi alle più recenti evoluzioni delle relazioni intergovernative nei sistemi americano ed europeo¹² si può intravedere un ulteriore, ed estremo, sviluppo di tale modello che da “coercitivo” diviene “punitivo”: tale archetipo è segnato dall’utilizzo della minaccia della sospensione dei fondi federali quale strumento di coercizione. Come è stato autorevolmente affermato, «punitive federalism is characterized by

to the Union, and in another prohibited the States from exercising the like authority; and where it granted an authority to the Union to which a similar authority in the States would be absolutely and totally contradictory and repugnant».

⁹ E.S. CORWIN, *The Passing of Dual Federalism*, in *Virginia Law Review*, 36, 1950, p. 1 ss. e J.F. ZIMMERMAN, *National-State Relations: Cooperative Federalism in the Twentieth Century*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 31(2), 2001, p. 15 ss. Riprendendo le note definizioni di Elazar, il federalismo cooperativo può essere definito come «the opposite of dual federalism which implies a division of functions between governments as well as a division of governmental structures. Although the theory of cooperative federalism assumes a division of structures, it accepts a system of sharing that ranges from formal federal-state agreements covering specific programs to informal contacts on a regular basis for the sharing of information and experience», D. ELAZAR, *American Partnership: Intergovernmental Co-operation in the Nineteenth-Century United States*, University of Chicago Press, Chicago, 1962, p. 305.

¹⁰ Cfr. *infra*, §§ 4 ss.

¹¹ Tale formulazione si deve a J. KINCAID, *From Cooperative to Coercive Federalism*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 509(1), 1990, p. 139 ss.

¹² Diversa è, invece, la parabola del federalismo canadese, che sembra per ora lontano da questo tipo di evoluzione, attestandosi su schemi ancora prettamente cooperativi.

the federal government's use of threats and punishment to suppress state and local actions that run contrary to its policy preferences»¹³.

Negli Stati Uniti questa tendenza è stata particolarmente evidente durante la presidenza Trump (2017-2021), in cui in diversi ambiti, dalle politiche ambientali a quelle migratorie e sanitarie, è stato fatto un uso massiccio da parte dell'amministrazione federale e delle agenzie della minaccia di sospensione di fondi a fronte della resistenza opposta dai governi statali e locali all'implementazione di standard provenienti dal livello federale.

In Europa, l'uso punitivo della leva finanziaria si può rintracciare anzitutto nella ormai nota gestione della crisi della *rule of law* in Polonia e Ungheria, che ha portato all'adozione del regolamento UE 2020/2092 del 16 dicembre 2020, relativo ad un generale regime di condizionalità che prevede la possibilità di sospendere i finanziamenti europei ad uno Stato membro qualora siano accertate violazioni dei principi dello stato di diritto che compromettano o rischiano seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela dei suoi interessi finanziari.

Non partecipa di queste evoluzioni del federalismo in senso coercitivo e punitivo il Canada: sebbene l'utilizzo della leva finanziaria sia stato la principale matrice dello sviluppo del *welfare state* canadese, alla luce delle peculiari tensioni costituzionali del Paese, il potere di spesa federale è stato interpretato dal governo di Ottawa come uno strumento essenzialmente cooperativo, senza declinazioni di carattere coercitivo né tantomeno punitivo. Nondimeno il Canada rappresenta un interessante caso di studio in riferimento alla definizione della legittimità costituzionale della condizionalità e all'importanza del contesto politico e istituzionale nella comprensione dei regimi di condizionalità.

Il presente itinerario di ricerca intende, dunque, attraverso l'analisi comparata, mostrare la stretta relazione tra evoluzione dei modelli federali e utilizzo della condizionalità, che emerge sempre di più come uno strumento di natura costituzionale negli ordinamenti compositi. In particola-

¹³ G. GOELZHAUSER-D.M. KONISKY, *The State of American Federalism 2019-2020: Polarized and Punitive Intergovernmental Relations*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 50(3), 2020, p. 312.

re, lo studio della condizionalità verrà condotto alla luce delle trasformazioni, segnate da precisi “momenti costituzionali”, che hanno modificato i valori della formula politica prevalente nei tre ordinamenti considerati. Grazie a questo approccio sarà possibile cogliere l’influenza dell’utilizzo della condizionalità sulla forma di Stato ed in particolare sulla declinazione del rapporto tra centro e periferia negli Stati compositi.

A tal fine si analizzeranno tanto il formante legislativo che giurisprudenziale e finanche la prassi degli organi amministrativi, che spesso sono incaricati della definizione delle condizioni poste ai programmi di spesa. L’analisi comparata consentirà di confrontare le diverse soluzioni normative adottate in materia di potere di spesa e di regimi di condizionalità, con l’obiettivo di cogliere le conseguenze pratiche delle stesse sul modello federale, nonché i valori e le finalità che i diversi ordinamenti intendono perseguire con l’utilizzo di tali strumenti. L’indagine comparata permetterà, infine, di offrire, nella molteplicità delle declinazioni assunte dalla condizionalità, una lettura sistematica delle condizioni che rendono l’esercizio di questa forma di potere costituzionalmente legittimo. Obiettivo, quest’ultimo, che può essere perseguito solo integrando la prospettiva giuridica con gli studi offerti della filosofia del diritto e della scienza politica¹⁴ che più di tutti, fino ad ora, hanno contribuito alla comprensione della condizionalità, soprattutto in riferimento alla tipizzazione delle sue varie forme, alla loro legittimità e alla misurazione dei loro effetti sui sistemi che ne sono interessati¹⁵.

¹⁴J. HUSA, *Interdisciplinary Comparative Law. Rubbing Shoulders with the Neighbours or Standing Alone in a Crowd*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2022.

¹⁵U. SEDELMEIER, *After conditionality; post accession compliance with EU law in East Central Europe*, in *Journal of European Public Policy*, 15(6), 2008, p. 806 ss.

CAPITOLO 1

POTERE E CONDIZIONALITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Potestas v. Potentia*: da Spinoza a Foucault. – 2.1. Le dimensioni del potere nella teoria di French e Raven. – 2.2. La condizionalità come una delle declinazioni della *potentia* nello Stato moderno. – 3. Le diverse dimensioni della condizionalità. – 4. La condizionalità come strumento di governo negli Stati composti: l'emersione del federalismo coercitivo e punitivo. – 4.1. Le funzioni della condizionalità federale: un "*federalizing tool*"? – 4.2. Il potenziale trasformativo della condizionalità. – 5. Verso una teoria della condizionalità negli Stati composti.

1. *Premessa*

In un ideale *continuum* che definisce lo spettro delle diverse declinazioni dell'esercizio del potere, la condizionalità si colloca in posizione mediana tra gli atti normativi vincolanti e le fonti di *soft law* operando, di fatto, in una zona grigia, non ancora del tutto esplorata.

Cercando di identificare i tratti definatori della condizionalità ci si imbatte, infatti, in una serie di quesiti per lo più senza risposte univoche.

Soprattutto nella dottrina americana, sia giuridica che politologica, è acceso il dibattito sulla natura coercitiva o meno della condizionalità: in particolare, ci si è chiesti se la condizionalità, ultimamente, non sia *sempre* una manifestazione di potere coercitivo, anche se attraverso incentivi materiali, diversi dall'imposizione di norme autoritative. Anche coloro che negano la natura coercitiva della condizionalità, si sono chiesti se sia possibile identificare un *turning point* oltre il quale la mera influenza diventi potere coercitivo.

E ancora, ci si è chiesti se la condizionalità non sia, in realtà, la mera espressione di un potere sanzionatorio, soprattutto in quei casi in cui il

beneficio o la ricompensa che ne deriva è semplicemente l'assenza stessa di sanzioni oppure quando essa si manifesta in forme punitive come la sottrazione o sospensione di un beneficio precedentemente corrisposto.

Anche rispetto alla legittimità dell'utilizzo della condizionalità la dottrina è divisa: è possibile identificare i contorni che definiscano una teoria della legittimità dei regimi di condizionalità? E ancora, è legittima la condizionalità che altera, aggirandolo, il riparto costituzionale di competenze?

Come si evince da questa breve disamina delle problematiche che sorgono allorché si cerchi di indagare la natura della condizionalità ci si imbatte in una serie di questioni preliminari di natura filosofica e teorica non ancora del tutto risolte.

Senza la pretesa di sciogliere i nodi concettuali che la condizionalità pone, prima di analizzare il rapporto tra condizionalità e federalismo, si intende, tuttavia, contribuire al dibattito mettendo in luce un aspetto ancora poco esplorato della teoria della condizionalità: il suo possibile inquadramento nelle dottrine che hanno indagato la natura del potere.

Per fare ciò si analizzeranno, attraverso lo studio sia della letteratura primaria che secondaria, le teorie che ci possono aiutare a tracciare le coordinate della condizionalità quale strumento di esercizio del potere.

2. Potestas v. Potentia: *da Spinoza a Foucault*

L'utilizzo delle risorse per influenzare la condotta e le scelte di *policies* di un soggetto, in questo caso delle entità federate, non è un fenomeno sconosciuto alle teorie che hanno indagato la natura del potere. Anzi, la dottrina ha identificato proprio nell'utilizzo delle risorse, in alternativa a strumenti normativi di *imperium*, una particolare declinazione dell'esercizio del potere.

La dottrina ha individuato¹ la prima teorizzazione di questo fenomeno nel pensiero di Spinoza², il quale nella sua opera *Tractatus Theologico-*

¹ M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 104 ss.

² B. SPINOZA, *Tractatus Politicus* (1677), in *Tractatus Theologico-Politicus*, Routledge,

Politicus ha distinto le nozioni di *potestas* e *potentia*. La prima è definita come il potere di governare tramite atti di *imperium*, mentre la seconda come il tipo di potere che deriva dal controllo delle risorse da parte dello Stato. Come sottolinea Loughlin, il concetto di *potentia* si riferisce «not to a government's absolute power of rule but to its ability to enlist continuous support for its design and to be able to act effectively to realize its purposes»³. La distinzione di Spinoza che, come sostiene Etienne Balibar⁴, deve essere ricondotta al contesto più generale della filosofia spinoziana, è stata nel tempo ripresa e sviluppata da diversi autori, tra cui Michael Mann e Galbraith⁵.

Michael Mann, in particolare, introduce la distinzione tra potere dispotico (che corrisponde alla *potestas* di Spinoza, ovvero il potere che si esercita attraverso l'imposizione della coercizione) e potere infrastrutturale (che corrisponde al concetto di *potentia*). Per l'Autore, questo secondo concetto è definibile come capacità istituzionale di uno Stato centrale di penetrare nei territori federati e attuare le decisioni. Si tratta di un potere collettivo, esercitato attraverso la società, atto a coordinare la vita sociale attraverso lo sviluppo di infrastrutture statali che garantiscono il controllo allo Stato centrale anche delle entità periferiche⁶.

Londra, 1951, Cap. XVII: «Nevertheless, to understand rightly how far: the right and power of the state extend, we must note that its power is not limited to what it can compel men to do from fear, but extends to absolutely everything it can bring men to do in compliance with its commands. It's obedience which makes the subject, not the reason for the obedience» (lat.: «Attamen ut recte intelligatur, quousque imperii jus et potestas se extendat, notandum imperii potestatem non in eo praecise contineri, quod homines metu cogere potest, sed absolute in omnibus, quibus efficere potest, ut homines ejus mandatis obsequantur: non enim ratio obtemperandi, sed obtemperantia subditum facit»).

³ M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, cit., p. 104.

⁴ E. BALIBAR, *Spinoza and Politics*, Verso Books, Londra-New York, 1998 (I ed., *Spinoza et la politique*, Presses Universitaires de France, Parigi, 1985).

⁵ J.K. GALBRAITH, *The anatomy of power*, Houghton Mifflin, Boston, 1983.

⁶ M. MANN, *The Sources of Social Power*, vol. 2, *The Rise of Classes and Nation States, 1760-1914*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, p. 59: «Infrastructural power is the institutional capacity of a central state, despotic or not, to penetrate its territories and logistically implement decisions. This is collective power, "power through" society, coordinating social life through state infrastructures. It identifies a state as a set

Il potere infrastrutturale si esercita attraverso il potere di imposizione fiscale, la regolamentazione dell'economia, la raccolta di informazioni che riguardano i cittadini e in generale attraverso l'esercizio di funzioni che penetrano nella vita quotidiana degli individui.

La distinzione di Mann tra potere dispotico e potere infrastrutturale coglie uno degli aspetti più pregnanti del passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico sociale: quest'ultimo è, infatti, caratterizzato da una recessione del potere dispotico e dall'ascesa invece del potere infrastrutturale. Mann identifica quattro idealtipi che corrispondono ad altrettante diverse forme di Stato: l'ordinamento feudale, l'assolutismo monarchico, la democrazia liberale e lo Stato autoritario moderno.

L'ordinamento feudale è caratterizzato da basso potere dispotico e basso potere infrastrutturale. Nello Stato feudale l'autorità aveva una capacità limitata di intervenire sulla società. L'assolutismo monarchico viene ricondotto ad un secondo modello di Stato, caratterizzato invece da un elevato potere dispotico e dal persistere di un debole potere infrastrutturale. Le democrazie liberali sono, viceversa, caratterizzate da un debole potere dispotico (il potere si frammenta in diversi centri di produzione normativa, non più solo ed esclusivamente statali, ma di natura privata e transnazionale) e un forte potere infrastrutturale (attraverso il controllo dell'economia e il potere di imposizione fiscale).

Infine, nella classificazione di Mann vi è lo Stato autoritario moderno

of central and radial institutions penetrating its territories. Because the infrastructural powers of modern states have increased, Weber implied this also increased their despotic power over society. But this is not necessarily so. Infrastructural power is a two-way street: it also enables civil society parties to control the state, as Marxists and pluralists emphasize. Increasing infrastructural power does not necessarily increase or reduce distributive, despotic power. Effective infrastructural powers, however, do increase collective state power. Because more of social life is now coordinated through state institutions, these will structure more of it, increasing what might be called the "territorial centralization" or the "naturalization" of social life. Infrastructurally more powerful states cage more social relations within their "national" boundaries and along the radial lines of control between center and territories. They increase national and geopolitical collective powers at the expense of local-regional and transnational ones while leaving open the distributional question of who controls them. Thus, the explanatory power of institutional statism increases in the modern state as its collective, infrastructural powers massively expand».

(del quale un esempio è la Russia), che dispone sia del potere dispotico che del potere infrastrutturale, anche se la capacità di coesione sociale di quest'ultimo risulta essere più affievolita rispetto a quella dello Stato democratico sociale. Lo Stato democratico sociale è infatti caratterizzato da una tale penetrazione del potere infrastrutturale nella società – cui corrisponde una massiccia capacità della società civile di controllare lo Stato – che negli ordinamenti moderni sorge la domanda circa dove finisca lo Stato e dove inizi la società civile: «The state is no longer a small, private central place and elite with its own rationality. “It” contains multiple institutions and tentacles sprawling from the center through its territories, even sometimes through transnational space. Conversely, civil society also becomes far more politicized than in the past, sending out diverse raiding parties – pressure groups and political parties – into the various places of the state, as well as outflanking it transnationally. Modern political power as place and actor, infrastructure and despot, elite and parties is dual, concerning both a center, with its multiple power particularities, and center-territory relations, with their power particularities. Its cohesion is always problematic»⁷. È proprio in questa tensione – identificata da Mann come caratteristica precipua dello Stato moderno – tra centro e periferia e tra istanze di differenziazione e necessità di coesione che assume rilievo lo studio degli strumenti di condizionalità economica negli Stati composti, tanto federali che sovranazionali.

La concezione del potere infrastrutturale è, per altro, molto vicina alla concezione di *potentia* di un altro autorevole filosofo del pensiero politico del Novecento, Michael Oakeshott. Come per Mann anche per Oakeshott lo Stato occidentale moderno si differenzia dalle forme di Stato che storicamente si sono succedute per la sua *potentia*, ovverosia per il suo concreto potere di disporre delle risorse: «this is of a magnitude unknown in earlier times to any government; but by its nature, it can never be ‘absolute’. A government may be said to be ‘powerful’, not in respect of its ‘sovereignty’ (which is a legal authority it may not be able to exercise effectively), but in respect of its ability: to formulate its designs clearly, to make them known in utterances which readily reach and are understood

⁷ M. MANN, *The Sources of Social Power*, vol. 2, cit., p. 61.

by all those whom they involve, either agents or subjects; to enlist continuous support or to compel continuous acquiescence; to act quickly, economically, and with the certainty of achieving what is desired and of being as little hindered as may be by the intrusion of undesired consequences. These are the attributes of *potentia*»⁸.

Tra le molteplici fonti espressione della *potentia* dello Stato moderno, oltre alla classica potenza militare, Oakeshott annovera proprio l'utilizzo delle risorse: «control over the issue of money; banking and monetary techniques which enable governments to live on credit with a permanent debt in which the future productivity of their subjects is mortgaged»⁹.

Prossimo al concetto di *potentia* è quello di “governmentalità” introdotto da Foucault. Il termine si riferisce ad un potere che, a differenza dalla *potestas* che è volta essenzialmente a proibire, tende ad essere prescrittivo: «law recedes and it is not a question of imposing law on men but of disposing of things: that is, of employing tactics rather than laws, and even of using laws themselves as tactics»¹⁰. La cifra fondamentale del concetto di “governmentalità” in Foucault consiste nell'idea che l'esercizio del potere, a differenza dei tradizionali modi di utilizzo dello stesso, non avviene più secondo saggezza, ma secondo il calcolo, inteso come calcolo delle forze, calcolo delle relazioni, calcolo delle ricchezze, calcolo dei fattori di potenza¹¹. Sempre secondo Foucault, ciò equivale a dire che non si cerca più di regolare il governo secondo la verità, ma in base alla razionalità¹². Il governo della razionalità persegue determinati obiettivi con i mezzi idonei per farlo. Secondo il filosofo francese, il potere è sempre una relazione tra soggetti, definibile come «un modo di azione che non agisce direttamente e immediatamente sugli altri [...] ma agisce sulle loro

⁸ L. O'SULLIVAN (a cura di), *Lectures in the History of Political Thought (Michael Oakeshott Selected Writings)*, in Imprint Academic, Thorverton, 2007, p. 229.

⁹ *Ivi*, p. 370.

¹⁰ M. FOUCAULT, *Governmentality*, in J.D. FAUBION (a cura di), *Essential Works*, vol. 3, New Press, New York, 2000, p. 211.

¹¹ Cfr. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica, Corso al College de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2004, p. 257.

¹² *Ibidem*.

azioni: un'azione su un'azione, su azioni attuali, oppure su azioni eventuali, future o presenti»¹³.

Sintetizzando, ciò che accomuna l'idea di potere di Spinoza, Oakeshott, Mann e Foucault è una concezione dualista dello stesso, declinato appunto nei concetti di *potestas* e *potentia* e la considerazione che l'incremento della *potentia* sia una caratteristica della trasformazione della natura del potere pubblico che ha accompagnato la nascita dello Stato moderno e più ancora l'impegno dello Stato nell'ambito dell'economia.

Così concepito, il concetto di *potentia* coglie una dimensione del potere che si discosta dal concetto tradizionale di *imperium* e sembra adattarsi perfettamente al tipo di esercizio di potere promosso dall'uso delle risorse e della condizionalità, che vede proprio la sua massima espressione nel passaggio dallo Stato liberale a quello democratico sociale.

2.1. *Le dimensioni del potere nella teoria di French e Raven*

Una delle teorie del potere più influenti nel pensiero moderno, utile ad inquadrare il tipo di potere che viene esercitato quando si adottano strumenti riferibili al concetto di condizionalità, è quella elaborata da French e Raven in *The Bases of Social Power*¹⁴. L'obiettivo dei due autori è quello di identificare le maggiori tipologie di "potere" e di definirle sistematicamente al fine di renderle comparabili rispetto ai cambiamenti e agli effetti che essi producono. Anch'essi, come Foucault, partono dall'assunto che il potere riguarda una relazione diadica tra due soggetti. Tale relazione può essere colta da due punti di vista diversi, ma complementari: il primo attiene ai fattori che determinano il comportamento del soggetto che detiene il potere; il secondo considera le reazioni del soggetto destinatario della condotta del primo soggetto agente.

Accogliendo questa struttura diadica, French e Raven definiscono la

¹³ M. FOUCAULT, *The Subject and the Power*, 1982, trad. it. *Il soggetto e il potere*, in H.L. DREYFUS-P. RABINOW, *La ricerca di Michel Foucault. Analitica della verità e storia del presente*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1989, p. 248.

¹⁴ J.R.P. FRENCH-B. RAVEN, *The bases of social power*, in D. CARTWRIGHT (a cura di), *Studies in social power*, Research Center for Group Dynamics, Institute for Social Research, University of Michigan, Ann Arbor, 1959, p. 150 ss.

base del potere sociale come «the relationship between O and P, which is the source of the power» e distinguono cinque diverse basi del potere: *reward power* (potere compensativo), *coercive power* (potere coercitivo), *legitimate power* (potere legittimo), *referent power* (potere di immedesimazione) e *expert power* (potere basato sulla conoscenza).

Il primo si basa sulla convinzione di P che O sia in grado di ricompensarlo; il secondo si fonda, invece, sulla percezione di P che O sia in grado di mettere in atto misure punitive. Il potere legittimo, il terzo della classificazione, si fonda sul riconoscimento di P che O detiene l'autorità di esercitare potere e di chiedere a P il rispetto di un determinato comportamento. Il *referent power* si fonda, invece, sull'immedesimazione di P con O. Infine, l'*expert power* trova il suo fondamento sul riconoscimento che O abbia una speciale conoscenza o *expertise* tale per cui P riconosce la necessità di rispettare le richieste di O.

Ai fini della presente indagine, risultano particolarmente interessanti le definizioni di potere compensativo e coercitivo, le quali riflettono perfettamente il tipo di influenza esercitata da meccanismi di condizionalità. Peraltro, occorre sottolineare come nei casi concreti di applicazione di tali meccanismi la distinzione tra potere compensativo e coercitivo sia molto sottile: non sempre è agevole stabilire se la sospensione di finanziamenti (della ricompensa) equivalga più a logiche del primo tipo o del secondo. French e Raven sostengono che la risposta a questo dubbio dipenda dalle condizioni in cui versa il soggetto che subisce la sottrazione dei fondi.

Questa considerazione è particolarmente significativa per l'analisi di regimi di condizionalità che introducono un elemento sanzionatorio, come per esempio il regime di condizionalità a protezione del bilancio dell'Unione previsto dal regolamento 2020/2092. L'applicazione di tale meccanismo, come si avrà modo di approfondire, ha infatti un impatto più o meno pervasivo a seconda del soggetto (ossia dallo Stato membro) cui viene rivolto: mentre le condizioni di spesa si applicano allo stesso modo a tutti Stati membri, la minaccia di sospensione dei finanziamenti colpisce in maniera più incisiva gli Stati che ricevono importi più elevati del bilancio dell'UE rispetto a quelli che sono contribuenti netti al bilancio stesso. Del resto, appare indubbio che l'intento alla base dell'introduzione del regolamento in questione sia miratamente coercitivo

(anche se, per ovvie ragioni, ciò non è reso esplicito nel testo del documento): ferma restando la possibilità teorica di applicarlo a fini “compensativi”, il meccanismo è stato di fatto ideato per costringere l’Ungheria e la Polonia, due dei maggiori beneficiari di fondi dell’UE, a conformarsi alle richieste relative allo Stato di diritto, pena la minaccia di sospendere i finanziamenti europei.

Da questo punto di vista, la condizionalità di spesa si distanzia largamente dalle sanzioni pecuniarie ai sensi dell’art. 260 TFUE. In quest’ultimo sistema, gli Stati membri più ricchi pagano di più se non si conformano alla decisione della Corte di Giustizia: quest’ultima determina l’importo delle sanzioni alla luce di tre criteri (durata dell’infrazione, gravità dell’infrazione e capacità contributiva), calcolati sulla base di una combinazione del PIL e della popolazione degli Stati membri. Il sistema è concepito proprio per promuovere la parità di trattamento ed evitare di punire gli Stati membri meno ricchi in modo eccessivo.

Nel caso della condizionalità della spesa, viceversa, non esiste alcun meccanismo per controbilanciare l’impatto della sospensione dei finanziamenti; tali misure, pertanto, finiscono per colpire in modo più forte gli Stati membri meno sviluppati che, proprio per questo motivo, ricevono una percentuale più elevata di fondi dell’UE. Conseguentemente, la condizionalità di spesa, pur rispettando formalmente il principio di uguaglianza dato che si applica indifferentemente a tutti gli Stati membri, ha in sostanza un impatto maggiore sugli Stati economicamente più deboli. Il rischio è, in questo modo, di rafforzare le divisioni tra i diversi Stati e persino di formare classi separate di appartenenza, regolate da principi diversi: solidarietà e lealtà in Occidente (ma forse non a Sud, se ci si concentra sulla condizionalità macroeconomica) e condizionalità ad Est.

Questo esito divisivo di un esercizio del potere di tipo coercitivo è quello predetto dalla teoria di French e Raven. Mentre, infatti, il potere compensativo tende ad accrescere il legame tra i due soggetti, il potere coercitivo esercita l’effetto opposto: «the valence of region of behaviour will become more negative, acquiring some negative valence from the threatened punishment»¹⁵. In definitiva, mentre «coercion results in de-

¹⁵J.R.P. FRENCH-B. RAVEN, *The bases of social power*, cit., p. 152.

creased attraction of P toward O and high resistance; reward power results in increased attraction and low resistance»¹⁶.

2.2. *La condizionalità come una delle declinazioni della potentia nello Stato moderno*

L'utilizzo dello *spending power* federale e le condizioni che spesso sono ad esso collegate si collocano perfettamente nelle teorie filosofiche, economiche e sociologiche sopra analizzate. In particolare si ritiene che l'utilizzo della condizionalità sia una espressione di *potentia* o di potere infrastrutturale sempre più rilevante nelle democrazie contemporanee, talvolta anche più penetrante del classico potere di *imperium*.

Così come altri strumenti normativi emersi negli ultimi decenni, in grado di condizionare i comportamenti dei soggetti cui si rivolgono con diverse gradazioni di cogenza (*nudging*¹⁷ e *soft law*), la condizionalità si discosta dal classico paradigma del “comando e controllo”, e il crescente affidamento a questi strumenti è altamente rivelatore della necessità di pensare a nuove forme di *governance* in un contesto caratterizzato dalla metamorfosi della sovranità statale e dalla crescente influenza di attori internazionali e sovranazionali all'interno degli ambiti costituzionali degli Stati. La condizionalità opera dunque in una zona grigia dell'esercizio del potere pubblico, che deve ancora essere pienamente esplorata.

Secondo Schimmelfennig, la condizionalità è un meccanismo di «reinforcement by reward»¹⁸; per altri la condizionalità è vera e propria espressione di un potere coercitivo anche se esercitato con tecniche diverse rispetto a quella dell'imposizione di regole normative.

Come vedremo, uno degli aspetti su cui anche la giurisprudenza si è soffermata è proprio la necessità di tracciare il confine tra condizionalità e coercizione: in assonanza con la teoria di French e Raven, si può affermare

¹⁶ *Ivi*, p. 156.

¹⁷ C. SUNSTEIN-R. THALER, *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*, Penguin Books, Londra, 2009.

¹⁸ F. SCHIMMELFENNIG-S. ENGERT-H. KNOBEL, *Cost, Commitment and Compliance: The Impact of EU Democratic Conditionality on Latvia, Slovakia and Turkey*, in *Journal of Common Market Studies*, 41(3), 2003, p. 496.

che se i beni e gli incentivi condizionati sono assolutamente necessari per la sopravvivenza del soggetto sottoposto alla condizionalità, quest'ultima può, di fatto, configurarsi come coercizione, non lasciando possibilità di scelta al soggetto in questione. Inoltre, la condizionalità può diventare difficile da distinguere dal concetto di sanzione quando il beneficio/ricompensa, a fronte di una determinata condotta, è proprio l'assenza di sanzioni.

L'utilizzo di questo meccanismo, se non è una novità nel panorama regolatorio, soprattutto quale strumento contrattuale di relazione tra potere centrale ed entità federate, pone, tuttavia, una serie di problemi dal punto di vista costituzionale – tanto in merito alla natura dello strumento stesso, quanto in merito all'impatto che esso esercita sull'esercizio del potere – che non hanno ancora trovato una compiuta teorizzazione.

L'uso di strumenti di condizionalità ha, infatti, profonde implicazioni per la distribuzione del potere, tanto a livello orizzontale che a livello verticale. Per quanto riguarda il primo, rispetto ai tradizionali strumenti di regolamentazione e di attuazione delle politiche, la condizionalità rafforza il ruolo dell'esecutivo e della pubblica amministrazione, mentre il legislativo e il giudiziario rimangono ai margini del processo decisionale e attuativo della condizionalità. In particolare, garantire il controllo giurisdizionale circa la costituzionalità di programmi di condizionalità è ancora una sfida in gran parte irrisolta sia a livello nazionale che sovranazionale.

Sotto il profilo della distribuzione verticale del potere (prospettiva che più rileva per il presente elaborato), il ricorso alla condizionalità può, invece, incidere sul principio di sovranità o autonomia, di distribuzione delle competenze e, più in generale, sui rapporti tra i diversi livelli di governo, in funzione di superamento della divisione ordinaria delle competenze e spesso di accentramento delle stesse.

Non solo ciò comporta una torsione del riparto di competenze; l'utilizzo della leva finanziaria conduce anche a una distorsione in termini di responsabilità e *accountability*: la normativa adottata in regime di condizionalità risulta, infatti, etero-diretta dall'intervento del governo centrale, ed è, pertanto, difficile indentificare il soggetto ultimamente responsabile delle misure adottate.

Queste problematiche sono ben note al dibattito dottrinale e giurisprudenziale americano sull'uso della condizionalità da parte del gover-

no federale alla luce della *spending clause* e, tuttavia, la dottrina rimane divisa sul tema circa la legittimità e i limiti del potere dell'esecutivo di apporre condizioni ai finanziamenti federali destinati agli Stati.

I medesimi profili problematici emergono nel contesto europeo, dove la condizionalità, intesa come l'utilizzo del potere di spesa dell'Unione – ancorché limitato, almeno fino al varo del programma *Next Generation EU*¹⁹ (d'ora in avanti *NextGenEU*) – per raggiungere un'ampia gamma di obiettivi, ha trovato diverse applicazioni, dalla *political conditionality* nel momento di adesione all'Unione europea²⁰, alla condizionalità macroeconomica²¹, a quella presente in numerosi programmi di finanziamento europei²², fino a quella introdotta in un ambito particolarmente delicato quale quello della crisi della *rule of law*²³.

In generale, si è assistito nel tempo ad una evoluzione sia quantitativa sia qualitativa dell'utilizzo della condizionalità. Riguardo al primo profilo, sembra che l'utilizzo della condizionalità nel diritto dell'UE stia diventando sistemico²⁴ e finanche stia emergendo come «a defining ele-

¹⁹ Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi Covid-19.

²⁰ D. KOCHENOV, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, Kluwer Law International, The Hague, 2008; A. ALBI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

²¹ I.A. TASSOPOULOS, *EU strict conditionality from the perspective of the separation of powers*, in A. BARAGGIA-C. FASONE-L.P. VANONI, *New Challenges to the Separation of Powers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020.

²² V. VIŢĂ, *The Rise of Spending Conditionality in the EU: What Can EU Learn from the U.S. Conditional Spending Doctrine and Policies?*, in *EUI Working Papers LAW*, 16, 2017.

²³ J. LACNY, *Suspension of EU Funds Paid to Member States Breaching the Rule of Law: Is the Commission's Proposal Legal?*, in A. VON BOGDANDY et al. (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer, Berlino, 2021; si veda anche E. CUKANI, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021. Per un inquadramento della crisi della *rule of law* si veda anche A. PIN, *Il rule of law come problema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 61 ss.

²⁴ R. BIEBER-F. MAIANI, *Enhancing Centralized Enforcement of EU Law: Pandora's Toolbox?*, in *Common Market Law Review*, 51, 2014, p. 4 ss.

ment of the European integration [...] process»²⁵. Riguardo al profilo qualitativo, siamo invece di fronte ad una vera e propria metamorfosi della condizionalità che ha visto la sua progressiva internalizzazione e costituzionalizzazione: da strumento di politica internazionale utilizzato per le «*external relations*» dell'Unione²⁶, ad elemento essenziale della procedura di adesione all'Unione, fino ad essere utilizzato come meccanismo di regolazione e di *enforcement* all'interno dell'Unione, nei rapporti tra Unione e Stati membri.

A fronte di tale pervasiva diffusione e trasformazione della condizionalità nel quadro giuridico dell'Unione, tuttavia, non è seguita una altrettanto solida e condivisa elaborazione teorica circa la natura dello strumento e il suo impatto sulla relazione tra Unione e Stati membri.

Elaborazione che, viceversa, sarebbe quanto mai necessaria, alla luce del fatto che il massiccio impiego di schemi di condizionalità sembra mettere alla prova due aspetti fondamentali dell'assetto "costituzionale" dell'Unione: il principio di uguaglianza degli Stati membri e il principio di attribuzione delle competenze. Riguardo a quest'ultimo, in particolare, la condizionalità è vista come uno strumento di *governance* utilizzato per promuovere valori e politiche in ambiti nei quali l'UE, pur mancando di poteri espliciti, vanta un legittimo motivo di azione, ai fini di tutela di un interesse comune. Tuttavia, non è sempre agevole distinguere nettamente quando si tratti veramente di un intervento legittimo dell'UE a tutela di interessi comuni in ambiti che riguardano anche il diritto interno degli Stati membri e quando, invece, esso costituisca un'interferenza *ultra vires* in sfere di competenza riservate agli Stati membri.

Come è stato osservato, questa natura ambigua della condizionalità solleva «important questions from the democratic perspective both under domestic constitutions and under EU law»²⁷.

²⁵ F. HEINEMANN, *Going for the Wallet? Rule-of-Law Conditionality in the Next EU Multiannual Financial Framework*, in *Intereconomics*, 53, 2018, p. 297 ss.

²⁶ M. CREMONA, *The European Neighborhood Policy*, in A. OTT-E. VOS (a cura di), *50 Years of European Integration, Foundations and Perspectives*, TMC Asser Press, The Hague, 2008.

²⁷ M. IOANNIDIS-A. VON BOGDANDY, *Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*, 51(1), 2014, p. 59 ss.

3. *Le diverse dimensioni della condizionalità*

Occorre a questo punto fare chiarezza circa il concetto di condizionalità, che presenta diverse anime e declinazioni. Innanzitutto sembra utile distinguere tra condizionalità e condizioni *tout-court*.

Queste ultime si riscontrano in numerosissimi programmi di spesa del potere centrale rivolti alle entità subnazionali: si tratta di condizioni fisiologicamente apposte che riguardano il buon impiego del denaro accordato. Un regime di condizionalità si distingue, invece, perché le condizioni non riguardano strettamente la buona gestione dei fondi ricevuti, ma intendono condizionare le decisioni di *policy* del livello di governo sub-nazionale, potendo incidere su ambiti anche non strettamente legati al finanziamento di cui esso è beneficiario.

Un'altra distinzione che viene in rilievo, e che è bene in via preliminare mettere in luce, è quella tra condizionalità "statale" e "internazionale".

La condizionalità statale si riscontra negli Stati compositi che presentano articolazioni territoriali al loro interno e viene esercitata dal governo centrale per influenzare e, talvolta, determinare, le politiche delle entità sub-nazionali, spesso spingendosi oltre l'esercizio di competenze nella disponibilità del governo centrale. La condizionalità internazionale si ritrova, invece, nell'ambito delle istituzioni finanziarie internazionali (Fondo Monetario Internazionale e Banca Mondiale) e consiste in una serie di misure destinate agli Stati in difficoltà finanziaria che prevedono, a fronte di un trasferimento di risorse (prestito) dall'organizzazione allo Stato, il raggiungimento, da parte di quest'ultimo, di determinati obiettivi macroeconomici (condizionalità macroeconomica) o l'attuazione di determinate politiche pubbliche o di un ventaglio di riforme strutturali (condizionalità strutturale)²⁸.

Si tratta di uno strumento che, sin dalla sua iniziale affermazione nello

²⁸ Per una generale definizione della condizionalità nell'ambito del FMI si veda A. BUIRA, *An Analysis of IMF Conditionality*, Paper prepared for the XVI Technical Group Meeting of the Intergovernmental Group of 24, Port of Spain (Trinidad and Tobago), 13-14 Febbraio 2003. Secondo l'A., «in the context of the IMF, conditionality refers to the policies a member is expected to follow in order to secure access to the resources of the Fund, i.e. to the conditions that have to be met for gaining access to the financial resources of the Fund. These policies are intended to help ensure that the member country will overcome its external payments problem and thus be in a position to repay the Fund in a timely manner».

scenario dell'attività delle organizzazioni finanziarie internazionali – ed in particolare del Fondo Monetario Internazionale – ha presentato una certa criticità, in riferimento tanto alla sua legittimità quanto alla sua efficacia²⁹. Rispetto al primo profilo, come ha osservato attenta dottrina, il problema della condizionalità delle organizzazioni finanziarie internazionali – che la differenzia da altri tipi di condizionalità, peraltro più antica³⁰, operante nel settore dei prestiti tra privati – è che essa «deals exclusively with sovereign borrowers» e «necessarily involves messy questions of national sovereignty and internal politics»³¹.

Essa rappresenta, infatti, uno strumento potente – tanto più potente quanto più il paese debitore si trova in difficoltà – destinato a guidare le autorità dello Stato nell'attuazione di determinate scelte non solo di politica economica ma, più in generale, di riforma dello Stato e finanche di “good governance”³².

La condizionalità influisce, dunque, sulla sfera delle decisioni sovrane degli Stati, a tal punto che «locally made decisions loose relevances as conditionality ties the hand of domestic political actors»³³.

Queste due dimensioni della condizionalità, statale e internazionale, sono particolarmente importanti per lo studio della condizionalità nell'Unione europea, le cui diverse declinazioni, dalla condizionalità macroeconomica, a quella relativa ai fondi strutturali e fino a quella relativa

²⁹ M. GOLDSTEIN, *IMF Structural Conditionality: How Much Is Too Much?*, Institute for International Economics, Working Paper no. 01-04.

³⁰ S.L. BABB-B.G. CARRUTHERS, *Conditionality: Forms, Function and History*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 4, 2008, p. 14.

³¹ *Ivi*, p. 14.

³² IMF, *Good Governance: the IMF's role*, in *www.imf.org*, 1997. Il concetto di *good governance* è piuttosto ambiguo e suscettibile di incidere significativamente nella sfera sovrana degli Stati sottoposti alla condizionalità. Secondo la definizione del concetto fornita dal FMI stesso, «good governance is important for countries at all stages of development. Our approach is to concentrate on those aspects of good governance that are most closely related to our surveillance over macroeconomic policies – namely, the transparency of government accounts, the effectiveness of public resource management, and the stability and transparency of the economic and regulatory environment for private sector activity», M. CAMDESSUS, in *Good Governance: the IMF's role*, cit.

³³ D. KAPUR-M. NAIM, *The IMF and democratic governance*, in *Journal of Democracy*, 16(1), 2005, p. 91.

alla protezione dello Stato diritto, oscillano tra la matrice “costituzionale” e quella internazionale.

Un’ulteriore distinzione meritevole di attenzione che riguarda i diversi regimi di condizionalità a livello statale ed europeo è quella tra condizionalità “interna”, ovverosia rivolta, rispettivamente, alle articolazioni sub-statali o agli Stati membri dell’ordinamento europeo, e condizionalità “esterna”, rivolta agli Stati terzi.

Per quanto riguarda la condizionalità esterna, essa è impiegata, ad esempio, nella politica americana di assistenza estera (chiamata comunemente *foreign aid*) che rappresenta la componente più cospicua del bilancio americano dedicato agli affari internazionali, ed uno strumento essenziale della politica estera degli Stati Uniti³⁴. La politica di assistenza estera americana trova le sue radici nel Programma europeo di ripresa (meglio noto come Piano Marshall) che ha contribuito a ricostruire l’Europa dopo la seconda guerra mondiale nel tentativo di sostenere l’economia e la ripresa post-bellica. Da quella prima esperienza, i programmi di assistenza degli Stati Uniti si sono continuamente evoluti per riflettere i cambiamenti nelle strategie di politica estera, le sfide globali e le priorità interne degli Stati Uniti.

Più complessa è, invece, la condizionalità esterna adottata dall’Unione europea. Nel contesto europeo tale tipo di condizionalità è stato utilizzato nell’ambito delle relazioni esterne dell’Unione, in particolare negli accordi commerciali³⁵ e nelle politiche di sviluppo rivolte a paesi terzi³⁶ e nella politica di vicinato (PEV)³⁷.

³⁴ *Foreign Assistance: An Introduction to U.S. Programs and Policy*, 2022.

³⁵ K.L. MEISSNER-L. MCKENZIE, *The paradox of human rights conditionality in EU trade policy: when strategic interests drive policy outcomes*, in *Journal of European Public Policy*, 26(9), 2019, p. 1273 ss.

³⁶ E. FIERRO, *The EU’s Approach to Human Rights Conditionality in Practice*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2003; G. MARTINICO, *Constitutionalism as a ‘resource’: a constitutional approach to the development debate*, in *International Journal of Public Law and Policy*, 1(2), 2011, p. 154 ss.; L. BARTELS, *Human Rights Conditionality in the EU’s International Agreements*, Oxford University Press, Oxford, 2011; L. VIOLINI-G. RAGONE, *Human Dignity, Development Policies and the EU’s Human Rights Conditionality*, in P.G. CAROZZA-C. SEDMAK (a cura di), *The Practice of Human Development and Dignity*, Notre Dame University Press, Notre Dame, 2020, p. 229 ss.

³⁷ M. CREMONA, *The European Neighborhood Policy*, cit.; P. LEINO-P. PETROV, *Bet-*

Sempre di dimensione esterna si può parlare, inoltre, nel caso della condizionalità applicata alla politica di allargamento: sia l'adesione stessa che l'assistenza finanziaria e tecnica durante tutto il processo di adesione sono subordinate al rispetto dei c.d. Criteri di Copenaghen³⁸, che comprendono parametri sia politici (ovverosia il rispetto della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali), sia economici (apertura all'economia di mercato), sia di osservanza dell'*acquis* comunitario (intesa come capacità di dare attuazione al diritto europeo)³⁹.

La condizionalità legata al processo di allargamento dell'Unione è stata un tema centrale della dottrina tanto politologica quanto giuridica sul tema⁴⁰ che si è occupata dell'efficacia delle condizioni e delle possibili controversie circa la loro applicazione, che può non solo risultare inefficace ma può anche aprire nuove linee di tensione tra Unione e Stati membri⁴¹.

ween "Common Values" and Competing Universals – The Promotion of the EU's Common Values through the European Neighbourhood Policy, in *European Law Journal*, 15(5), 2009, p. 654 ss. e A. MAZMANYAN, *The Promise of European Integration. Improving the Quality of Democracy in the European Neighborhood*, European University Institute (EUI), Department of Law, EUI-LAW Working Papers, 2009.

³⁸ I criteri di Copenaghen sono stati introdotti nel corso del Consiglio Europeo di Copenaghen del 1993.

³⁹ K.E. SMITH, *The Evolution and Application of EU Membership Conditionality*, in M. CREMONA (a cura di), *The Enlargement of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2003; C. PINELLI, *Conditionality and Enlargement in Light of the EU Constitutional Developments*, in *European Law Journal*, 10, 2004, p. 3 ss.; D. KOCHENOV, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, cit. e A. ALBI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, cit.

⁴⁰ F. SCHIMMELFENNIG-U.SEDELMEIER, *The Europeanization of Eastern Europe: the external incentives model revisited*, in *Journal of European Public Policy*, 27(6), 2020, p. 814 ss.; B. DE WITTE, *Constitutional challenges of the enlargement: Is further enlargement feasible without constitutional changes?*, Technical Report, Study of the European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate General for Internal Policies of the Union, PE 608.872 e D. KOCHENOV, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, cit.

⁴¹ G. SASSE, *The politics of EU conditionality: the norm of minority protection during and beyond EU accession*, in *Journal of European Public Policy*, 15(6), 2008, p. 842 ss. e D. KOSAŘ-J. BAROS-P. DUFEK, *The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism*, in *European Constitutional Law Review*, 15(3), 2019, p. 427 ss.

L'utilizzo della condizionalità nel processo di adesione è iniziato con l'allargamento ai paesi del Mediterraneo (Spagna, Portogallo e Grecia). Ma è solo con l'allargamento ad est che la condizionalità in materia di rispetto dei diritti fondamentali e del principio democratico è diventata elemento centrale nei negoziati relativi all'accesso di nuovi membri.

Emblematico di questa rinnovata centralità della condizionalità è il programma PHARE (*Poland and Hungary Assistance for Restructuring of the Economy*), istituito nel 1989⁴² con riferimento a Polonia e Ungheria e poi esteso ad altri paesi candidati. Esso rappresenta il principale strumento finanziario comunitario per l'adesione dei paesi dell'Europa centrale e orientale⁴³.

In questi casi, i finanziamenti sono finalizzati a trasferire assistenza e sostegno tecnico, economico e infrastrutturale ai paesi beneficiari e possono essere sospesi in caso di mancati progressi nel rafforzamento dei loro processi democratici⁴⁴.

A seguito della formalizzazione dei criteri di Copenaghen, l'utilizzo del-

⁴² Esso è stato lanciato come programma comunitario specifico in base al regolamento (CE) n. 3906/89 del Consiglio del 18 dicembre 1989, relativo all'aiuto economico a favore di Ungheria e Polonia. Il programma è stato in vigore fino al gennaio 2007, quando è stato sostituito, insieme ad altri programmi e strumenti finanziari dell'Unione europea destinati ai paesi candidati e ai potenziali paesi candidati all'adesione, dallo Strumento di preadesione (IPA, *Instrument for Pre-Accession Assistance*), istituito con il regolamento (CE) n. 1085/2006 del Consiglio del 17 luglio 2006, e da una serie di altri programmi e strumenti finanziari dell'Unione europea destinati ai paesi candidati e ai potenziali paesi candidati all'adesione.

⁴³ Il programma PHARE, inizialmente rivolto a Polonia e Ungheria, è stato esteso ad altri paesi candidati e associati, divenendo uno dei principali programmi di assistenza in fase di accesso. In particolare, il Consiglio europeo di Essen nel dicembre 1994 ha rappresentato un punto di svolta per PHARE: esso ha confermato l'impegno dell'Unione europea a favore dell'adesione dei dieci paesi associati e ha adottato la strategia di preadesione, nel contesto della quale PHARE è stato designato come il principale strumento finanziario. In questo modo PHARE è stato esplicitamente collegato al processo di adesione. Il Consiglio di Essen ha inoltre aumentato al 25% la quota dei fondi PHARE che possono essere destinati al cofinanziamento delle grandi opere infrastrutturali, confermando il principio della pluriannualità della programmazione. https://www.europarl.europa.eu/enlargement/briefings/33%2_it.htm#5.

⁴⁴ Il programma PHARE è stato, per esempio, sospeso nel 1990 rispetto alla Romania, che aveva represso con la forza una manifestazione svoltasi a seguito delle elezioni.

la condizionalità è divenuto sempre più pervasivo. Da un lato con riferimento a Romania e Bulgaria si è introdotto un meccanismo di monitoraggio continuo, il Meccanismo di Cooperazione e Verifica (MCV)⁴⁵, che riguarda ambiti quali l'indipendenza dalla magistratura, la lotta alla corruzione e la capacità amministrativa degli apparati statali. Dall'altro, in riferimento ai negoziati per l'accesso dei Balcani Occidentali, la condizionalità è stata estesa fino a riguardare la risoluzione dei conflitti etnici, la definizione pacifica delle relazioni tra Kosovo e Serbia, e la richiesta di riforme costituzionali in Bosnia ed Erzegovina. Come è stato osservato «by setting political conditions that are not covered by the acquis (despite the inclusion of Art. 2 TEU), the EU has entered a new territory»⁴⁶.

Pur rappresentando la condizionalità esterna un ambito sempre più interessante e, per quanto riguarda l'Unione europea, sempre più intrecciato a questioni di tipo costituzionale nei paesi che ne sono destinatari, il presente lavoro si concentra sulla dimensione interna della condizionalità, sia negli Stati federali, come Stati Uniti e Canada, sia nell'Unione europea. L'utilizzo della condizionalità, come si vedrà è un dato pressoché costante negli Stati federali e compositi. Anzi, l'itinerario di ricerca intrapreso muove dalla considerazione che l'evoluzione dell'utilizzo della condizionalità è una delle *determinanti* – nel più generale quadro delle relazioni tra Stato centrale e entità subnazionali – delle trasformazioni dello Stato federale e degli ordinamenti compositi verso forme di federalismo coercitivo e punitivo.

⁴⁵ Decisione della Commissione del 13 dicembre 2006, che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Romania per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione, C(2006) 6569; Decisione della Commissione del 13 dicembre 2006, che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Bulgaria per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione e la criminalità organizzata, C(2006) 6570.

⁴⁶ H. WALLACE-M.A. POLLACK-C. ROEDERER-RYNNING-A. YOUNG, *Policy-Making in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 458.

4. *La condizionalità come strumento di governo negli Stati compositi: l'emersione del federalismo coercitivo e punitivo*

«Il modello federale nei suoi aspetti istituzionale e di valore, come risulta fin dalle sue prime elaborazioni (il *Federalist* e gli scritti di filosofia politica di Kant e di Proudhon), non si presenta come un'utopia astratta, ma si pone in relazione con le caratteristiche empiricamente osservabili e descrivibili dei processi politici e sociali, e con le leggi che li governano. Indica quindi una possibilità reale di trasformazione della società»⁴⁷.

Nella consapevolezza di questo rapporto del principio federale con le condizioni storico-sociali di un determinato momento storico, gli studi in tema di federalismo hanno classicamente identificato diversi modelli federali, a seconda del tipo di riparto di competenze tra Federazione ed entità federate e a seconda dei rapporti materiali che si vengono a instaurare tra di esse nella loro evoluzione storica⁴⁸.

I due grandi classici modelli federali che si possono individuare indicativamente nello Stato liberale e nello Stato democratico sociale sono il federalismo “duale” (o coordinato)⁴⁹ e quello “cooperativo” (o amministrativo). Il sistema duale è fondato sul riconoscimento di una doppia sovranità in capo alla Federazione e agli Stati membri e su una netta divisione delle rispettive competenze in sfere separate ed autonome. Il federalismo cooperativo, di contro, si fonda sul concetto di sovranità condivisa e dunque sulla necessaria interrelazione tra le sfere di competenza e sulla condivisione dell'esercizio del potere tra centro ed entità federate. Il modello cooperativo, vista la massiccia mole di aree di sovrapposizione tra il livello federale e quello statale, favorisce lo sviluppo di forme di collabo-

⁴⁷ L. LEVI, (voce) *Federalismo*, in *Enciclopedia Treccani*, 1964.

⁴⁸ Sulla definizione del concetto di federalismo si rimanda alla vastissima letteratura che si è occupata, secondo prospettive diverse del tema: C.J. FRIEDRICH, *Trends of federalism in theory and practice*, Praeger, New York, 1968; D.J. ELAZAR, *Exploring federalism*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 1987; K.C. WHEARE, *Federal Government*, Oxford University Press, New York, 1947; M. BURGESS, *Comparative Federalism: Theory and practice*, Routledge, Londra, 2006; F. PALERMO-K. KÖSSLER, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017; G. DE VERGOTTINI, *Stato Federale*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, 1990.

⁴⁹ E.R. BLACK, *Divided loyalties*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 1975.

razione intergovernativa, talvolta sancite anche dalla creazione di commissioni *ad hoc*, dedicate alla concertazione tra i diversi livelli di governo sottesi alla regolazione di una stessa materia. Il passaggio dal modello duale a quello cooperativo rappresenta una tendenza evolutiva ormai acclarata, dettata, in particolare, dalla trasformazione del ruolo dello Stato a partire dai primi anni del XX secolo.

Come ricorda Bognetti, infatti, «la tendenza ad accrescere i poteri dello Stato centrale è una caratteristica di tutti gli ordinamenti statali federali nel loro passaggio dal modello liberale classico a quello “sociale” del secolo ventesimo. Si tratta di una tendenza imposta dall’“interventismo” statale, che al di là di un certo livello, non può efficacemente realizzarsi in un contesto federale, se non dal centro»⁵⁰. Così è stata letta dalla dottrina la trasformazione avvenuta in quelli che ad oggi rappresentano i più significativi esempi di Stati federali nel costituzionalismo occidentale: Stati Uniti, Canada, Australia, Svizzera e Germania⁵¹.

Sebbene si possa identificare una comune direzione di marcia di questi ordinamenti, non si può ignorare che il passaggio dal modello liberale e a quello sociale è avvenuta con caratteristiche e modalità peculiari in ognuno di essi, in alcuni casi anche con profonde resistenze interne, con particolare riferimento al potere giudiziario. Questo è ciò che è avvenuto negli Stati Uniti, dove la transizione è stata dapprima osteggiata dalla Corte Suprema e poi avallata, a partire dagli anni Trenta, attraverso una interpretazione evolutiva del dato costituzionale e, in particolare, della *commerce clause* e dello *spending power* federale. Similmente, anche se con tempistiche più dilatate, ciò è avvenuto in Canada⁵² e in Australia, dove le tendenze centralistiche dello Stato federale sono state in prima battuta osteggiate dal giudiziario, ma successivamente, anche in un contesto mutato e segnato dal rimpatrio delle rispettive Costituzioni, ammesse e finanche considerate necessarie per la costruzione del sistema di *welfare*.

⁵⁰ G. BOGNETTI, *Federalismo*, UTET, Torino, 1992, p. 102.

⁵¹ *Ivi*, p. 36.

⁵² E. BROUILLET, *The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and Its Effect on the Balance of Power*, in N. ARONEY-J. KINCAID (a cura di), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, University of Toronto Press, Toronto, 2017, p. 64 ss.

Anche il tema dell'integrazione europea, ancorché qui si ritenga che esso non dia vita ad un modello federale classico⁵³, è stato analizzato utilizzando le categorie del federalismo duale e cooperativo. Robert Schütze, in particolare, ha mostrato come l'evoluzione delle relazioni tra Unione europea e Stati membri sia stata segnata, dal punto di vista dell'esercizio delle competenze legislative, proprio dal passaggio dal modello dualista degli inizi del processo di integrazione europea ad un modello cooperativo⁵⁴ affermatosi a dalla fine degli anni Settanta e costituzionalizzato con il Trattato di Maastricht attraverso l'introduzione di due fondamentali principi: la sussidiarietà e le competenze complementari⁵⁵.

Quello che è stato il principale mutamento del modello federale non ha tuttavia esaurito la potenzialità dinamica e trasformativa dei sistemi che vedono una struttura di governo multilivello: i cambiamenti intercorsi nella seconda metà del Novecento in seno agli ordinamenti costituzionali, cambiamenti non più solo confinati alla dimensione nazionale ma anche sovranazionale, hanno favorito, infatti, nuove declinazioni del principio federale, risultanti dall'evoluzione e dall'accentuazione di alcune caratteristiche del modello cooperativo: sono emerse così le varianti

⁵³ M. CAPPELLETTI-M. SECCOMBE-J.H.H. WEILER (a cura di), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. A General Introduction. Book 1, A Political, Legal and Economic Overview*, De Gruyter, Berlino-Boston, 1986, p. 11: «We need not outline here the numerous and profound differences which exist between the European Community, on the one hand, and – on the other hand – a federal state, especially the USA. [...] The basic difficulty, however, derives surely from the comparison of the European Community – which remains, perhaps permanently, composed of more or less sovereign nations and the object of which is to try to bring about a closer union among its peoples – with a federation, which derives its statal sovereignty and legitimacy directly from its own people and not from its constituent states; in other words, a comparison between a community of states and a single – albeit federal – state».

⁵⁴ R. SCHÜTZE, *From dual to cooperative federalism. The changing structure of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

⁵⁵ Come afferma R. SCHÜTZE, *ivi*, p. 242, «the intergovernmental existence of complementary competences in the Community legal order expresses a substantive commitment towards cooperative federalism. The federal balance is not left to the vagaries of the political process. Under complementary competences, the primary legislative responsibility of the States is constitutionally acknowledged as these competences only entitle the federal legislator to complement State legislation».

del federalismo “coercitivo”⁵⁶ e ancor più recentemente del federalismo “punitivo”.

Il federalismo coercitivo è caratterizzato dalla crescita del potere del governo federale e dalla capacità di quest’ultimo di influenzare, fino di fatto a determinare, le decisioni politiche del livello statale in alcuni ambiti di intervento. Il termine federalismo coercitivo è stato coniato da Kincaid al fine di indicare quella particolare fase del federalismo americano che si delinea a partire dai primi anni Settanta del Novecento e che vede il predominante ruolo dello Stato federale, soprattutto attraverso l’utilizzo della leva finanziaria, caratterizzato dal massiccio uso di condizioni che gli Stati sono tenuti a rispettare per beneficiare dei *grants-in-aid* e dall’introduzione di stanziamenti⁵⁷ da parte del Congresso per finanziare specifici progetti a livello statale.

Questo modello, che diviene tanto più coercitivo quanto più dettagliate e stringenti sono le condizioni poste dai *grants-in-aid*, si affianca e non si sostituisce *in toto* al federalismo cooperativo che, pur se recessivo⁵⁸, continua a fare da cornice alle nuove declinazioni dei rapporti tra centro e periferia.

La stessa evoluzione, ovviamente con caratteristiche loro proprie, ha interessato Canada, Australia e anche l’Unione europea. In quest’ultimo caso soprattutto, il regime di condizionalità adottato nel corso delle crisi economiche e, ancor più di recente, nel sistema di finanziamenti per la ripresa dalle conseguenze della crisi pandemica, su tutti il *NextGenEU*, ha segnato il passaggio dal modello cooperativo ad uno coercitivo.

Per quanto riguarda, invece, il modello punitivo, esso può essere iden-

⁵⁶ Come si legge in Congressional Research Service, *Federal Grants to State and Local Governments: A Historical Perspective on Contemporary Issues* (aggiornato al 22 maggio 2019), p. 1, «over the years, the federal intergovernmental system of governance has been characterized by many scholars as becoming increasingly centralized and coercive, with the federal government using federal grants, federal mandates, and federal preemption of state authority to expand its influence in many policy areas previously viewed as being the traditional responsibility of state and local governments».

⁵⁷ Si tratta dei cosiddetti “*earmarks of the Congress*”.

⁵⁸ Un indice della recessività del modello cooperativo è, per esempio, il fatto che la *US Advisory Commission on Intergovernmental Relations* (ACIR) ha cessato la sua attività nel 1996, dopo trentasette anni di servizio.

tificato con la crescente tendenza a utilizzare la sospensione dei fondi come misura di attuazione di standard o di normative di matrice federale. Nel 2017, per esempio, l'allora presidente degli Stati Uniti, Donald Trump, all'apice dello scontro con i governi locali in tema di immigrazione, ha emanato un *executive order*⁵⁹ con il quale ha disposto la sospensione dei fondi federali destinati ai governi locali nel caso questi ultimi adottassero politiche in contrasto con quelle federali (il caso delle c.d. *sanctuary cities*). Un simile impiego della leva finanziaria si rintraccia oggi nel *modus operandi* delle istituzioni europee, alle prese con la problematica deriva democratica di paesi come Ungheria⁶⁰ e Polonia⁶¹: infatti, di fronte alla inadeguatezza e inefficacia del c.d. *rule of law toolbox*, esse hanno da ultimo introdotto l'ormai noto meccanismo di condizionalità volto a sanzionare, con la sospensione dei fondi europei, quei paesi che si macchiano di violazioni sistemiche in tema di *rule of law*⁶².

Queste nuove dimensioni del federalismo sembrerebbero addirittura porsi in contrasto con l'essenza stessa del principio federale: come ricorda Elazar, infatti, «the usual prerequisite to action in federal systems is the ability to build consensus rather than the power to threaten coercion»⁶³. Viene quindi da chiedersi se tale fenomeno non consista ultimamente in una «mutazione» del principio federale.

In altri termini ci si potrebbe chiedere: fino a che punto può spingersi l'intervento coercitivo del livello federale senza causare una rottura dell'ordine costituzionale? Quali sono le condizioni che rendono legittimo

⁵⁹ Executive order no. 13,768, Enhancing Public safety in the interior of the United States, 82 Fed. Reg. 8799, 2017.

⁶⁰ Si vedano A. DI GREGORIO, *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, in *Associazione DPCE*, 17 settembre 2018; G. HALMAI, *Abuse of constitutional identity: the Hungarian constitutional court on interpretation of article E (2) of the fundamental law*, in *Review of Central and East European Law*, 43(1), 2018, p. 23 ss.

⁶¹ Su tutti, W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

⁶² L. PECH, *The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox*, Reconnect – Reconciling Europe with its Citizens through Democracy and Rule of Law, Working Paper No. 7, marzo 2020.

⁶³ D.J. ELAZAR, *Exploring federalism*, cit., p. 181.

ed effettivo un regime di condizionalità? E ultimamente, la condizionalità è uno strumento compatibile con il federalismo o inevitabilmente conduce a esiti uniformanti e accentratori?

4.1. *Le funzioni della condizionalità federale: un “federalizing tool”?*

Il legame profondo e problematico tra condizionalità e federalismo emerge anche se si guarda alle funzioni che la condizionalità ricopre negli ordinamenti giuridici composti.

In primo luogo si tratta di uno strumento volto a perseguire obiettivi di rilevanza nazionale (o sovranazionale nel caso europeo), che però cadono al di fuori delle competenze costituzionalmente attribuite al centro. Si tratta, dunque, di un meccanismo molto ambiguo: da un lato esso è volto a forzare il sistema di competenze; dall'altro però mira a promuovere standard comuni in ambiti particolarmente rilevanti come la protezione dei diritti sociali nel campo dell'educazione e della sanità, per esempio. In questo senso la condizionalità è uno strumento che, pur aggirando i vincoli competenziali, persegue obiettivi meritevoli, come la coesione sociale ed economica ed è intrinsecamente legato al principio di solidarietà federale.

Una seconda funzione, più controversa, della condizionalità è quella di regolazione e di *enforcement*⁶⁴ di una disciplina federale a livello locale. Anche questa funzione viene esercitata in deroga al principio del riparto di competenze e, come messo in luce dall'approccio della Corte Suprema canadese, pone una serie di tensioni tra centro e periferia. Particolarmente problematico è l'utilizzo di questa condizionalità in funzione negativa, ovverosia punitiva rispetto alle resistenze del governo locale in riferimento all'implementazione della normativa federale oppure “disciplinare” come nel caso della condizionalità durante la crisi economica.

Questi tipi di condizionalità, che possono coesistere in un determinato ordinamento, hanno generalmente un effetto accentratore del potere in capo all'entità federale o sovranazionale e, per questo motivo, sono fonte di tensione e opposizione tra i diversi livelli di governo. Si può

⁶⁴R. BIEBER-F. MAIANI, *Enhancing Centralized Enforcement of EU Law: Pandora's Toolbox?*, cit.

dunque affermare che la condizionalità sia un “*federalizing tool*”, ovvero sia uno strumento di gestione dei rapporti centro-periferia e dei conflitti tra di essi in ottica centripeta.

Questa funzione, se è rintracciabile in tutti gli ordinamenti in cui vige l'utilizzo della condizionalità, è particolarmente evidente nel caso dell'Unione europea, che si connota per una continua ricerca di un punto di definizione e di equilibrio dei rapporti tra Unione e Stati membri. In particolare, tale declinazione si vede a chiare lettere nell'uso della condizionalità nella crisi dello Stato di diritto e nei nuovi programmi per affrontare la crisi determinata dalla pandemia da Covid-19, che prevedono una nuova condizionalità, intrinsecamente diversa da quella introdotta in passato con le misure di “austerità”.

Nel caso delle misure di condizionalità adottate per fronteggiare la crisi dello Stato di diritto (c.d. *rule of law conditionality*), l'obiettivo è quello di proteggere i valori fondamentali e fondanti dell'UE contro le sfide poste dagli Stati membri, che stanno attuando riforme divisive e controverse⁶⁵. Come autorevolmente sostenuto, la condizionalità può esercitare «a function different from that of its macroeconomic version, aimed at hopefully connecting together the dispersed paths of EU constitutionalism»⁶⁶.

Anche se guardiamo alle condizioni poste nel *NextGenEU*, si percepisce il superamento della “condizionalità dell'austerità” poiché, nei nuovi programmi, «loans-cum-conditionality no longer represents the default option»⁶⁷. La condizionalità del dispositivo per la ripresa e resilienza si basa su un sistema di trasferimenti condizionati in base a una serie di obiettivi e priorità politiche a lungo termine stabiliti nel regolamento sulle risorse per la ripresa della resilienza.

La natura degli obiettivi segna la differenza rispetto alla condizionalità

⁶⁵ G. HALMAI, *The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality*, in *Hague Journal of the Rule of Law*, 11, 2019, p. 171 ss.; G. HALMAI-G. MÉSZÁROS-K.L. SCHEPPELE, *So It Goes – Part I*, in *Verfassungsblog.de*, 19 novembre 2020 e T. DRINÓCZI-A. BIEN-KACAŁA, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, in *German Law Journal*, 20(8), 2019, p. 1140 ss.

⁶⁶ C. PINELLI, *Conditionality and Economic Constitutionalism in the Eurozone*, in *Italian Journal of Public Law*, 2019, p. 22 ss.

⁶⁷ M. GOLDMANN, *The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism?*, in *German Law Journal*, 21, 2020, p. 1072.

dell'austerità. Quest'ultima aveva, infatti, un carattere intrinsecamente disciplinare, simile ai tradizionali schemi di condizionalità utilizzati dalle istituzioni internazionali, ed era finalizzata al raggiungimento di obiettivi a medio termine relativi alla riduzione della spesa pubblica e alla ristrutturazione del debito sovrano. Per contro, il regime di condizionalità previsto dal *NextGenEU* mira a promuovere l'azione dello Stato membro in settori chiave, identificati dall'UE come prioritari per il futuro dell'UE stessa. Questa applicazione della condizionalità è più vicina alla pratica degli Stati federali nella gestione delle sovvenzioni federali con vincoli, in nome degli obiettivi politici generali fissati dal governo centrale.

Questa forza "federalizzante" della condizionalità può essere vista anche in un nuovo interessante campo di applicazione: la recente comunicazione sulla "Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali nell'UE" ha collegato l'attuazione dei programmi finanziati dall'UE al rispetto delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali. In particolare, il regolamento recante disposizioni comuni (RDC), che definisce le norme per il prossimo bilancio dell'UE per il periodo 2021-2027, contiene una serie di "condizioni abilitanti" riferite al rispetto della Carta.

Ciò significa che, per tutti i programmi sostenuti dai fondi dell'UE coperti dall'RDC, devono esistere meccanismi efficaci per garantirne la conformità alle disposizioni della Carta. Sebbene l'ambito di applicazione di questa condizionalità sia più ristretto rispetto alla clausola orizzontale sulla condizionalità dello Stato di diritto, è un ulteriore segno del fatto che la condizionalità possa essere utilizzata non solo come strumento disciplinare, ma anche come strumento chiave per la protezione e la promozione dei valori fondamentali dell'UE⁶⁸.

Questa svolta può aprire la strada a una nuova comprensione della condizionalità come strumento efficace per gestire i conflitti e le differenze in un sistema costituzionale a più livelli.

⁶⁸R. UITZ, *Funding Illiberal Democracy: The Case for Credible Budgetary Conditionality in the EU*, in BRIDGE Network – Working Paper, 7, novembre 2020.

4.2. *Il potenziale trasformativo della condizionalità*

Un'altra caratteristica che fa della condizionalità un interessante caso di studio è il suo potenziale trasformativo, ossia la sua capacità di incidere, alterandoli, su alcuni aspetti fondamentali del costituzionalismo. Tale potenziale trasformativo si può vedere in particolare sulla divisione di poteri, sia all'interno dei sistemi costituzionali, sia all'esterno con riferimento alle relazioni verticali tra i diversi livelli di governo.

Internamente, l'uso della condizionalità influisce senza dubbio sul principio della separazione dei poteri. Rispetto agli strumenti tradizionali di regolamentazione, la condizionalità rafforza fortemente il ruolo dell'apparato centrale e delle pubbliche amministrazioni (agenzie e altri organismi di esperti), mentre tanto il giudiziario quanto il legislativo sono spesso lasciati ai margini del processo decisionale basato sulla condizionalità.

Per quanto invece riguarda la dimensione "esterna", il ricorso alla condizionalità può incidere sul principio di sovranità e sulle relazioni tra i diversi livelli di governo. In effetti, nei sistemi internazionali o in altri sistemi multilivello come l'UE, la condizionalità può essere utilizzata come strumento per superare l'ordinaria ripartizione delle competenze e delle responsabilità tra gli Stati membri e le istituzioni comuni, portando così a una maggiore interferenza da parte dell'entità sovranazionale in settori che dovrebbero essere riservati all'azione nazionale. L'influenza della condizionalità può variare, favorendo potenzialmente il cambiamento istituzionale (con la creazione di nuovi organi), il cambiamento legislativo e persino il cambiamento costituzionale.

L'utilizzo di meccanismi condizionali genera anche questioni normative, con riguardo al principio democratico e al principio di responsabilità. Il popolo e molto spesso anche i parlamenti hanno, infatti, poca voce in capitolo nella fase di "input", vale a dire la progettazione delle condizioni, che è un compito più gestionale e tecnico rispetto alle normali procedure legislative. La progettazione e la negoziazione dei programmi di condizionalità è un processo *top-down*, che manca di una dimensione partecipativa. Questa particolare caratteristica incide sul principio democratico e, in alcuni casi, produce persino effetti contraddittori: si pensi al caso della condizionalità volta a rafforzare le istituzioni democratiche e pro-

muovere migliori standard partecipativi nel paese beneficiario⁶⁹.

La seconda dimensione normativa che riguarda l'utilizzo della condizionalità attiene al principio di responsabilità e di *accountability*. In sostanza, la condizionalità consente a una determinata istituzione di stabilire le priorità e di determinare le politiche di un altro attore istituzionale. Pertanto, il risultato dei programmi condizionali è una distorsione delle priorità politiche del beneficiario. Questa caratteristica ha una chiara conseguenza per il principio di responsabilità: date le relazioni condizionali tra due distinti livelli di governo, il popolo troverebbe difficile determinare quale livello di governo è, in ultima analisi, responsabile delle politiche che riguardano direttamente i loro interessi. In sintesi, la condizionalità solleva questioni di "proprietà" (*ownership*) e crea zone grigie in cui i governi statali, che concretamente implementano determinate politiche, potrebbero non essere ultimamente i responsabili delle stesse. Questa asimmetria informativa si presenta precipuamente negli Stati compositi, ed è per questo che la nostra analisi si concentrerà su esperienze federali classiche o processi di federalizzazione in corso.

5. Verso una teoria della condizionalità negli Stati compositi

Come già accennato, ciò che stupisce nello studio della condizionalità in prospettiva comparata è l'assenza di una teoria della condizionalità che ne identifichi le condizioni di legittimità e di effettività in maniera organica. La dottrina più elaborata in termini di legittimità di regimi di condizionalità è quella introdotta dalla Corte Suprema americana nella sentenza *South Dakota v. Dole*⁷⁰.

In questa sentenza la Corte ha enucleato quella che la letteratura ha definito "*unconstitutional conditions doctrine*"⁷¹ e di cui si dirà diffusa-

⁶⁹ A. ALBI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central Eastern Europe*, cit.; F. SCHIMMELFENNIG-U. SEDELMEIER, *Governance by conditionality: EU rule transfer to the candidate countries of Central and Eastern Europe*, in *Journal of European Public Policy*, 114, 2004.

⁷⁰ *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, (1987).

⁷¹ K.M. SULLIVAN, *Unconstitutional Conditions*, in *Harvard Law Review*, 102, 1989,

mente nel Capitolo secondo del presente contributo. Basti qui ricordare che la Corte Suprema ha stabilito un test composto da quattro parti per valutare la costituzionalità delle condizioni allegate a programmi di spesa federale.

La dottrina delle *unconstitutional conditions* rimane piuttosto controversa, come i recenti casi di *NFIB v. Sebelius*⁷² e il contenzioso *Sanctuary Cities* mostrano chiaramente⁷³. Tuttavia, non c'è dubbio che la questione dei limiti all'uso della condizionalità e ai poteri di spesa del governo centrale rimangono un elemento centrale del federalismo americano⁷⁴.

Nel caso canadese, sebbene vi sia una copiosa giurisprudenza in tema di *federal spending power*, non è possibile ricavare una teoria e un test che possano aiutare a definirne i limiti nei confronti delle Province. È possibile, tuttavia, ricavare dalla giurisprudenza della Corte Suprema una serie di principi che contribuiscono a definire i tratti del federalismo fiscale canadese. Con particolare riguardo al tema della condizionalità, la Corte ha ritenuto ammissibili le condizioni poste ai fondi federali da parte del Parlamento nella misura in cui tali condizioni non comportino di fatto una regolamentazione di una materia estranea alle competenze federali⁷⁵.

Il discrimine tra condizioni costituzionalmente legittime o meno corre proprio sulla finalità perseguita dalle stesse: se tali condizioni intendono spingere la legislazione provinciale verso obiettivi stabiliti dalla Federazione, siamo all'interno di un uso costituzionalmente legittimo dello strumento; se, invece, esse intendono imporre nel dettaglio un certo tipo di regolamentazione alle Province, si esce dai confini di ciò che la Costituzione consente⁷⁶.

p. 1415 ss.; R. EPSTEIN, *Foreword: Unconstitutional Conditions, State Powers, and the limits of Consent*, in *Harvard Law Review*, 102, 1988-1989, p. 4 ss.

⁷² 567 U.S. 519 (2012).

⁷³ C. POWELL, *Blue States, Red States: The United States?*, in *Maryland Journal of International Law*, 35, 2021, p. 134 ss.

⁷⁴ S.D. SCHWINN, *The Framers' Federalism and the Affordable Care Act*, in *Connecticut Law Review*, 44(4), 2012, p. 1074 ss.

⁷⁵ *Finlay v. Canada* (Minister of Finance), [1993] 1 S.C.R. 1080; *Eldridge v. British Columbia (AG)* [1997] 3 SCR 624.

⁷⁶ *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, 1989 CanLII 53

Come ha affermato la Corte nel caso YMHA, «the federal government could spend money to create jobs in the private sector, or in areas not directly under its competence. However, while Parliament may be free to offer grants subject to whatever restrictions it sees fit, the decision to make a grant of money in any particular area should not be construed as an intention to regulate all related aspects of that area. Thus, a decision to provide a job creation grant to an organization such as the YMHA should not be construed, without other evidence, as an intention to remove provincial labour law jurisdiction over the project»⁷⁷.

Sebbene, come accennato, la Corte canadese non abbia elaborato un vero e proprio test circa la costituzionalità delle condizioni poste a programmi di spesa federale, il criterio teleologico adottato consente almeno di definire le coordinate di una *unconstitutional conditions doctrine* canadese.

Infine, guardando al dibattito europeo, possiamo affermare che non esiste ancora una dottrina della condizionalità, anche se le decisioni nei casi C-156/21⁷⁸ e C-157/21⁷⁹ della Corte di Giustizia hanno offerto alla Corte l'occasione di fissare alcuni limiti generali per la conformità di un regime di condizionalità orizzontale rispetto ai Trattati.

Rispetto alla legittimità dei regimi di condizionalità in generale, tuttavia, la letteratura, tanto politologica che giuridica, non si è fino ad ora occupata di offrire una compiuta elaborazione dei suoi requisiti.

Diversamente accade, invece, per gli studi sull'effettività della condizionalità, rispetto alla quale troviamo, oggi, la più avanzata teorizzazione della condizionalità in Europa. Si tratta della prospettiva fornita dagli studi empirici condotti da Schimmelfennig e Sedelmeier, che hanno dimostrato che l'effettività di un regime di condizionalità dipende dalla coerenza e determinatezza delle condizioni, dalla portata del beneficio, dalla credibilità delle sanzioni eventualmente attivabili e dai costi di adattamento imposti dal rispetto delle condizioni stesse.

(SCC), [1989] 1 SCR 1532; *Finlay v. Canada* (Minister of Finance), cit.; *Eldridge v. British Columbia* (AG), cit.

⁷⁷ *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, cit.

⁷⁸ CGUE C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:97.

⁷⁹ CGUE C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:98.

Lo studio di Schimmelfennig e Sedelmeier si è concentrato sulla condizionalità nei processi di allargamento e dunque rispetto a quella che è stata definita condizionalità “esterna”. In particolare, essi adottano il *framework* degli *external incentives model* (EIM)⁸⁰, che spiega i mutamenti che intercorrono nel livello di governo destinatario della condizionalità alla luce dell’impatto della redistribuzione delle risorse⁸¹. Gli studi sulla cosiddetta europeizzazione dei paesi candidati hanno dimostrato che l’EIM è stato il principale meccanismo attraverso il quale l’UE ha influenzato la ristrutturazione delle istituzioni nazionali e il rispetto delle norme e dei valori dell’Unione da parte degli Stati sottoposti a condizionalità.

Sebbene nato con riferimento alla condizionalità esterna, il modello di Schimmelfennig e Sedelmeier è stato nel tempo adattato a diverse forme di condizionalità e oggi la sua rilevanza va ben oltre il suo ambito iniziale di applicazione.

Recentemente, per esempio, Blauburger e Von Hüllen⁸² hanno adottato il modello originario per studiare l’efficacia della condizionalità a protezione dello Stato di diritto introdotta dal regolamento 2020/2092.

Il presente contributo, partendo dal *framework* offerto dal EIM, inte-

⁸⁰ Come affermano gli autori, «the external incentives model is a rationalist bargaining model. The actors involved are assumed to be strategic utility-maximizers interested in the maximization of their own power and welfare. In a bargaining process, they exchange information, threats and promises; its outcome depends on their relative bargaining power. According to the external incentives model, EU external governance mainly follows a strategy of conditionality in which the EU sets its rules as conditions that the CEECs have to fulfil in order to receive EU rewards. These rewards consist of assistance and institutional ties ranging from trade and co-operation agreements via association agreements to full membership», F. SCHIMMELFENNIG-U. SEDELMEIER, *Governance by conditionality: EU rule transfer to the candidate countries of Central and Eastern Europe*, in *Journal of European Public Policy*, 114, 2004, p. 671.

⁸¹ *Ibidem*. Si vedano anche T.A. BÖRZEL-T. RISSE, *Conceptualizing the Domestic Impact of Europe*, in K. FEATHERSTONE-C.M. RADAELLI (a cura di), *The Politics of Europeanization*, Oxford University Press, Oxford, 2003; A. HERITIER-D. KERVER-C. KNILL-D. LEHMKUH-M. TEUTSCH, *Differential Europe: The European Union Impact on National Policymaking*, Rowman and Littlefield Publishers, Boulder, 2001.

⁸² M. BLAUBERGER-V. VAN HÜLLEN, *Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?*, in *Journal of European Integration*, 43(1), 2021.

grandolo alla luce della dottrina statunitense della *unconstitutional condition doctrine*, della giurisprudenza della Corte Suprema canadese e della Corte di Giustizia dell'Unione europea, intende sviluppare un quadro analitico per valutare la legittimità dei regimi di condizionalità interna.

La matrice che deriverà da tale esercizio di comparazione offre un quadro teorico per distinguere i diversi tipi di condizionalità, alla luce delle loro diverse funzioni, della loro base giuridica e della loro legittimità, evidenziando le caratteristiche fondamentali per una sistematizzazione del concetto di condizionalità.

Per arrivare a questo lavoro di sintesi, frutto dell'analisi comparativa, è però necessario affrontare lo sviluppo della condizionalità nei tre ordinamenti qui considerati: Stati Uniti, Canada e Unione europea.

CAPITOLO 2

LE TRASFORMAZIONI
DEL FEDERALISMO AMERICANO ALLA LUCE
DELL'EVOLUZIONE DEI *GRANTS-IN-AID*

SOMMARIO: 1. I tanti federalismi americani. – 2. Il federalismo duale alle origini della Costituzione liberale. – 3. Lo *spending power* federale negli Stati Uniti. – 3.1. Il fondamento costituzionale del potere di spesa federale. – 3.2. I *land grants* e i primi segni di interferenza federale nella vita degli Stati. – 4. I *grants-in-aid* nella fase matura del modello liberale. – 5. Il federalismo cooperativo. – 5.1. La giurisprudenza della Corte Suprema in tema di *grants-in-aid*. – 5.2. Le trasformazioni indotte dal crescente utilizzo dei *grants-in-aid*. – 5.3. Le diverse tipologie di *federal grants*. – 6. Il sorgere del federalismo coercitivo. – 6.1. L'elaborazione della *unconstitutional conditions doctrine*: il *Dole test*. – 6.2. La condizionalità nell'*Affordable Care Act*. – 7. La definizione di un nuovo assetto federale? Il federalismo punitivo. – 7.1. *Sanctuary cities* e federalismo punitivo. – 7.2. La giurisprudenza relativa alle *sanctuary cities*. – 8. Le dinamiche più recenti dei finanziamenti condizionati: le previsioni dell'*American Rescue Plan Act* del 2021 (ARPA). – 8.1. La giurisprudenza sulle condizioni poste dall'*American Rescue Plan Act*. – 9. Il futuro della *unconstitutional conditions doctrine* e l'evoluzione del federalismo americano.

1. *I tanti federalismi americani*

Leggendo la storia del federalismo americano si possono individuare diversi “stadi” di realizzazione dell’idea federale e del delicato equilibrio tra Stati e Federazione.

Una delle classificazioni più comuni, che guarda all’insieme dei rapporti intergovernativi e alle reciproche interazioni tra i diversi livelli di governo, ha distinto tre fasi del federalismo americano¹: il federalismo

¹ Si possono trovare altre specificazioni del federalismo americano, a seconda delle

duale, il federalismo cooperativo e il federalismo coercitivo. Si tratta di fasi storiche determinate da fattori contingenti di natura economica, sociale, politica e istituzionale che sono, tuttavia, in grado di incidere, modificandoli, sui rapporti di potere tra centro e periferia².

Sarebbe però un errore pensare di potere tracciare una linea netta e poter nitidamente identificare i momenti di passaggio da una forma all'altra. Come afferma uno dei più grandi studiosi del federalismo americano e delle sue fasi, John Kincaid, «the institutionalization of a phase creates a path dependency that prevents another phase from displacing it completely. One can identify historical phases in terms of their predominant characteristics, but a new phase arrives incrementally, although with an eventual critical juncture augmenting it, while the old phase still functions alongside and in the interstices of the new phase. Each phase, moreover, has particular impacts on federalism and intergovernmental policy-making and administration»³.

I fattori determinanti che segnalano l'emergere di un modello rispetto ad un altro sono molteplici e vanno dal contesto politico, polarizzato o consensuale, al contesto economico laddove, per esempio, si verificano crisi o *shock*, al contesto sociale e al più generale dato inerente alla natura delle relazioni intergovernative. Tuttavia, l'analisi diacronica del federalismo americano ci permette di individuare anche delle "invarianti" in questi processi di transizione.

caratteristiche del patto federale su cui si vuole porre l'accento. Accanto ai tre classici modelli – duale, cooperativo e coercitivo – si è parlato, ad esempio, di federalismo regolatorio (che si identifica con la fase del federalismo coercitivo), di federalismo competitivo, che pone l'accento sugli aspetti economici; di federalismo pragmatico, di "*nation-centered*" federalism e, da ultimo, di federalismo punitivo. Si veda, per alcune di queste declinazioni del modello federale, D.B. ROSENTHAL-J.M. HOEFLER, *Competing Approaches to the study of American Federalism and Intergovernmental Relations*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 19(1), 1989. In merito all'evoluzione del sistema federale americano si veda anche E. MOSTACCI, *Commerce power e federalizing process. Il governo dell'economia nell'evoluzione dei federalismi di common law*, Egea, Milano, 2018.

² D. ELAZAR, *Cooperative Federalism*, in D.A. KENYON-J. KINCAID (a cura di), *Competition among States and Local Governments: Efficiency and Equity in American Federalism*, The Urban Institute Press, Washington, 1992, p. 73.

³ J. KINCAID, *Introduction: The Trump Interlude and the States of American Federalism*, in *State and Local Government Review*, 49(3), 2017, p. 159.

Uno di questi fattori invarianti riguarda l'interpretazione e l'attuazione della clausola del potere di spesa federale. Come è stato affermato, infatti, «the pervasive influence of the federal government in modern American life is attributable in significant part to Congress's manipulation of federal funds»⁴.

Il passaggio dal modello duale a quello cooperativo è stato segnato, come è noto, dalle profonde trasformazioni avvenute nel corso del primo Novecento e suggellate dal *New Deal*, che ha rappresentato l'inizio di un nuovo ciclo costituzionale per l'ordinamento americano e per i rapporti tra Stati e Federazione. Il federalismo cooperativo ha rappresentato l'assetto dominante dei rapporti intergovernativi, essendo in grado di rispondere alla sempre più forte interrelazione tra diversi livelli di governo in sistemi complessi. Tuttavia, a partire dagli anni Settanta, la dottrina ha colto una nuova trasformazione del modello federale, segnata dalla tendenza espansiva del potere federale non più solo attraverso strumenti di collaborazione, ma di coercizione e supremazia. È questa, come vedremo, la fase identificata con il termine "federalismo coercitivo".

Infine, proprio partendo dall'analisi dell'utilizzo da parte del governo federale del potere di spesa, si giunge a teorizzare, guardando alle più recenti vicende del federalismo americano, l'affermazione di una nuova fase del federalismo, che è stata definita "federalismo punitivo".

Ci si riferisce qui, come accennato in precedenza, all'utilizzo della minaccia di sospensione dei fondi federali a fronte di espressioni di resistenza da parte dei governi statali relativamente all'esecuzione o attuazione di norme federali. Si sostiene, in particolare, che l'affermazione del federalismo punitivo si accompagna alla crescente polarizzazione politica che caratterizza la democrazia americana, la quale affligge anche il rapporto tra Stati e Federazione, in particolare quando i primi esprimono orientamenti politici opposti rispetto alla seconda. Questa linea di conflitto, se vista dal punto di vista statale, ha dato origine a fenomeni di «intergovernmental retaliation»⁵, espressione di resistenza degli Stati, anche in forma associata, rispetto alla forza centripeta federale.

⁴ D.E. ENGAHL, *The Spending Power*, in *Duke Law Journal*, 44, 1994, p. 2.

⁵ J. BEDNAR, *Valuing Exit Options*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 37(2), 2007, p. 203.

Nelle pagine che seguiranno si darà conto di questa evoluzione, cercando di valutarne le diverse declinazioni, i limiti costituzionali all'utilizzo della leva finanziaria condizionata e il ruolo della Corte Suprema.

2. *Il federalismo duale alle origini della Costituzione liberale*

Non vi è dubbio che nella prima fase della storia americana, quella che va dalla ratifica degli Articoli di Confederazione nel 1781 fino alla Costituzione del 1787 e poi ancora fino alla guerra civile, il modello prevalente di relazione tra Stati e Confederazione fosse quello del federalismo duale.

Questa peculiare espressione dell'idea federale trova le sue ragioni nel vincolo confederale originario che, come accade tipicamente in ogni forma confederale, è meno intenso rispetto a quello propriamente federale, essendo la Confederazione stessa basata su una concezione pattizia in cui la sovranità ultima è espressa dai singoli Stati, incaricati della gestione degli affari interni.

Questa concezione, che appunto postulava la presenza di una sfera di sovranità degli Stati impenetrabile da parte del potere centrale, iniziò ad essere sfidata nel corso dell'evoluzione del sistema americano, prima con il passaggio da Confederazione a Federazione, successivamente con l'approvazione del *Bill of Rights*⁶ del 1791 e, da ultimo, con la contrapposizione tra federalisti e anti-federalisti nel corso della guerra civile, conclusasi con la vittoria dei primi.

In questo senso, riprendendo la tesi di Kincaid, si osserva un mutamento incrementale nelle declinazioni del federalismo statunitense⁷, che rivela un federalismo dinamico capace di coinvolgere «non solo le variazioni del sistema delle competenze, quali risultano dalle modifiche della Costituzione, ma, più in generale, le alterazioni della *political balance* fra i

⁶ Come è noto, il *Bill of Rights* rispecchia le tensioni tra coloro che volevano un governo federale "limitato" e coloro che, invece, supportavano un governo centrale forte a discapito degli Stati. Lo stesso *Bill of Rights* poneva dei limiti al governo federale e nessun limite nei confronti degli Stati, cercando di preservare i diritti degli Stati stessi.

⁷ *Supra*, nota 3.

centri di potere operanti nell'ordinamento federale»⁸.

Questo periodo, ricco di tensioni volte a definire gli equilibri della nascente Federazione, vide anche il fiorire di alcune delle elaborazioni teoriche più sofisticate in tema di federalismo.

Accanto alle famosissime riflessioni che si possono trarre dal Federalista, merita in particolare di essere ricordata l'elaborazione di John Calhoun in tema di *nullification* e di secessione⁹, che esprime in maniera cristallina l'essenza del federalismo duale.

Il primo istituto, in particolare, trovava le sue radici nella concezione in base alla quale la sovranità, anche a seguito del patto federale, rimanesse in capo agli Stati, i quali avrebbero sempre potuto disporre della prerogativa di dichiarare nulla una legge federale lesiva delle competenze degli Stati¹⁰. Per Calhoun vi era una sostanziale continuità tra gli Articoli di Confederazione e la Costituzione federale: «they established it as a compact between them, and not as a constitution over them; and that, as a compact, they are parties to it, in the same character. I have thus established, conclusively, that these States, in ratifying the Constitution, did not lose the confederated character which they possessed when they ratified it, as well as in all the preceding stages of their existence; but, on the contrary, still retained it to the full»¹¹.

La concezione della Costituzione come patto tra liberi Stati sovrani forniva la cornice perfetta per lo sviluppo del federalismo duale, in cui la Federazione interveniva solo in alcuni ben definiti ambiti, ad essa

⁸ A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 189.

⁹ Si veda il saggio di G. MARTINICO, *Il federalismo dei vinti. Appunti sul pensiero di John Calhoun*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2017, p. 99 ss.

¹⁰ Come afferma Calhoun, «lo scopo dell'annullamento è di confinare l'agente entro i limiti dei suoi poteri, impedendone gli atti che li trascendono, non al fine di distruggere i poteri delegati o fiduciari, ma di conservarli, obbligando l'agente a rispettare lo scopo per il quale il rapporto fiduciario è stato creato; ed esso è applicabile solo ai casi in cui l'agente trascenda i poteri fiduciari o delegati». John C. Calhoun to James Hamilton, Jr., August 28, 1832, in C.N. WILSON, *The papers of John C. Calhoun*, vol. XI, 1829-1832, University of South Carolina Press, Columbia, 1978, p. 613 ss.

¹¹ J.C. CALHOUN, *Selected Writings and Speeches*, H. Lee Cheek Jr., (a cura di), Gateway Books, Washington, 2003, p. 73.

demandati dagli Stati, senza interferire con la sfera sovrana di questi ultimi.

Accanto a questa visione del patto federale tra Stati sovrani si affermò una tesi – avallata anche dalla Corte Suprema in particolare con il caso *Martin v. Hunter's Lessee*¹² – per la quale la Costituzione americana non fosse un patto tra Stati, ma l'atto fondativo e fondamentale prodotto della volontà di un unico popolo sovrano: il popolo americano.

Queste sono le due visioni teoriche che fanno da sfondo alla guerra civile (nota anche come guerra di secessione), il cui esito, come è noto, ha visto l'affermarsi della tesi unionista: all'indomani della guerra civile stessa e con la ratifica del XIII, XIV e XV Emendamento – che attribuivano al centro la prerogativa di proteggere i valori fondamentali rispetto agli interventi degli Stati che fossero in conflitto con essi – si sono poste le basi per l'affermarsi di un nuovo modello di relazione tra Stati e Federazione, di carattere centralizzante e limitante i poteri degli statali¹³.

Come ricorda ancora efficacemente Bassani: «l'avventura teorica del federalismo in America si consuma nel periodo che va dalla Dichiarazione d'indipendenza (1776) alla fine della guerra civile (1865). Successivamente, la teoria nazionalista e meta-costituzionale, limpidamente formulata da Abraham Lincoln (e assai meglio dalle sue armate), si impose e si sostituì alla dottrina della costituzione come *compact* federale fra Stati liberi e indipendenti. Da allora, gli Stati Uniti hanno subito tutte le pressioni verso la centralizzazione tipiche di ogni esperienza statale moderna, anche se l'“attrito” delle origini ha certamente rallentato il pieno “naufragio nell'unità”»¹⁴.

¹² 14 U.S. 304 (1816).

¹³ Si veda sul punto B. ACKERMAN, *We the People*, vol. 2: *Transformations*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

¹⁴ L.M. BASSANI, *Stati e Costituzione: il federalismo autentico di John C. Calhoun (1782-1850)*, in *Eunomia. Rivista semestrale di Storia e Politica internazionali*, 1, 2015, p. 298.

3. *Lo spending power federale negli Stati Uniti*

L'utilizzo della leva fiscale nei rapporti tra Federazione e Stati è uno degli aspetti fondamentali dello sviluppo e delle dinamiche evolutive del federalismo americano.

Agli albori dell'esperienza costituzionale americana, negli *Articles of Confederation*, il potere di imposta risiedeva saldamente in capo agli Stati, mentre il Congresso aveva un ruolo piuttosto marginale in materia fiscale: esso poteva disporre di fondi propri solo chiedendo agli Stati di contribuire, o attraverso prestiti provenienti da governi stranieri o mediante la vendita delle terre. Quest'ultima prerogativa, la vendita delle terre federali agli Stati, veniva peraltro utilizzata dal Congresso per incentivare gli Stati a perseguire determinate politiche, di interesse federale, che il livello centrale non poteva perseguire da solo, alla luce delle sue limitate competenze¹⁵, come per esempio l'istituzione di scuole pubbliche¹⁶. Si verificava, *in nuce*, quello che di lì a poco sarebbe avvenuto sulla base dell'art. 1, § 8¹⁷ della Costituzione americana del 1787, ovvero l'apposizione, da parte del Congresso, di condizionamenti e condizioni agli Stati riceventi fondi federali (*grants-in-aid*) al fine di provvedere «for the general welfare of the United States» (art. 1, § 8 US Const.).

La vendita delle terre rimase, per altro, un'importante fonte di finanziamento per gli Stati anche dopo l'approvazione della Costituzione, al

¹⁵ R. DILGER-M. CECIRE, *Federal Grants to State and Local Governments: a Historical Perspective on Contemporary Issues*, Congressional Research Service, aggiornato al 22 maggio 2019. Sul tema, si vedano anche M. NORDBERG ORFIELD, *Federal Land Grants to the States With Special Reference to Minnesota*, in *Bulletin of the University of Minnesota*, Minneapolis, 1915, pp. 77 ss. e 115-118; M. GRODZINS, *The American System*, Rand McNally, Chicago, 1966, p. 35; G.M. ANDERSON-D.T. MARTIN, *The Public Domain and Nineteenth Century Transfer Policy*, in *Cato Journal*, 6(3), 1987, pp. 908-910.

¹⁶ Si veda T.A. BURKE, *Ohio Lands – A Short History*, State Auditor's Office, Columbus, 1996 (VIII ed.), disponibile in <http://freepages.history.rootsweb.ancestry.com/~maggie/ohio-lands/ohl5.html#WROTLNDS>.

¹⁷ È forse significativo evidenziare che la prima competenza enumerata del Governo federale risulta – all'indomani della redazione della Costituzione americana del 1787, in un contesto economico segnato dalla recessione post-bellica – quella che riguarda il potere di imposizione fiscale, *ex art. 1, § 8* della Costituzione americana, oggi noto come “*spending clause*”.

fine di sostenere indirettamente alcune delle proprie politiche, come per esempio il sostegno agli indigenti e la costruzione di strade¹⁸.

E, tuttavia, questa modalità di sostegno federale alle politiche degli Stati fu piuttosto osteggiata: sebbene, infatti, i poteri della Federazione fossero maggiormente definiti rispetto all'assetto confederale, la visione prevalente circa i rapporti tra Federazione e Stati voleva una preminenza dei secondi in tutte le materie non espressamente conferite alla prima.

Significativo ed emblematico di questa visione è il fatto che, nel 1854, il Congresso adottò una legge che autorizzava la donazione di 10 milioni di acri di terra federale agli Stati da vendere per provvedere agli indigenti. L'allora Presidente Franklin Pierce pose il veto alla legislazione, sostenendo che «I cannot find any authority in the Constitution making the federal government the great almoner of public charity throughout the United States. To do so would, in my judgment, be contrary to the letter and spirit of the Constitution, and subversive of the whole theory upon which the union of these States is founded [...] I respectfully submit that, in a constitutional point of view, it is wholly immaterial whether the appropriation be in money, or in land [...] should this bill become a law, [...] the several States instead of bestowing their own means on the social wants of their own people, may themselves [...] become humble supplicants for the bounty of the Federal Government, reversing the state's true relation to this Union»¹⁹.

Questa tensione circa la natura dei finanziamenti federali agli Stati in ambiti al di fuori della competenza federale ha alimentato un'annosa questione interpretativa relativa all'art. I Sez. 8 e ha sostanzialmente accompagnato le oscillazioni del federalismo americano tra i modelli duale, cooperativo e, come vedremo, coercitivo.

¹⁸ Per esempio, nel 1823 l'Ohio ricevette una concessione di terreni federali di 60.000 ettari lungo la *Maumee Road* per aumentare le entrate necessarie a migliorare il sistema stradale della zona.

¹⁹ President Franklin Pierce, *Message from the President of the United States returning a bill entitled "An act making a grant of public lands to the several States for the benefit of indigent insane persons" with a statement of the objections which have required him to withhold from it his approval to the United States Senate*, 33rd Cong., 1st sess., Exec. Doc. 56, May 3, 1854.

3.1. *Il fondamento costituzionale del potere di spesa federale*

Il potere di spesa federale trova fondamento nell'art. I Sez. 8 della Costituzione americana, ai sensi del quale «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».

Sin dagli albori dell'esperienza federale americana, l'esatta estensione di tale potere – uno dei più rilevanti attribuiti al Congresso dalla Costituzione – e il significato di “*general welfare*” è stato oggetto di dibattito.

Da un lato James Madison, sia nel Federalista n. 41 che, poi, da Presidente degli Stati Uniti²⁰, riteneva che il potere di spesa del Congresso potesse esplicarsi legittimamente solo nell'attuazione dei poteri conferiti alla Federazione da altre previsioni costituzionali.

Dall'altro, Hamilton sosteneva una interpretazione decisamente più ampia di tale potere di spesa, suscettibile di estendersi ben oltre le competenze espressamente attribuite al Congresso, a condizione che «the object, to which an appropriation of money is to be made, must be general, and not local; its operation extending in fact, or by possibility, throughout the Union, and not being confined to a particular spot»²¹.

Dunque, non un potere completamente svincolato, ma abbastanza ampio da poter intervenire ogni qual volta fosse necessario perseguire un obiettivo di carattere “generale”²² legato al benessere degli Stati Uniti.

²⁰ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1998, p. 42.

²¹ A. HAMILTON, *Report on the Subject of Manufactures, (made in his capacity of Secretary of the Treasury)*, Potter Publishing Company, 1892, versione digitale, University of Michigan, 2011, p. 73.

²² La figura di Hamilton è fondamentale per lo sviluppo dei poteri della Federazione nell'America post-1789. Come ricorda A.R. AMAR, *The Words that made Us*, Basic Books, New York, 2021, p. 331, Hamilton «cleverly crafted and constitutionally defended a set of interlocking institutions and structures of national power to secure the new constitutional system from external attack and internal implosion. In the process, Hamilton also repeatedly showed by example how to do holistic and purposeful constitutional interpretation. Hamilton's bold plan for federal assumption of state war debts did justice to existing creditors and ensured that in any future military crisis or diplomatic crunch, the new nation could borrow money as needed».

Come ricorda Bognetti, «Hamilton pensava che il danaro federale potesse venire raccolto con l'imposizione di tasse e poi speso anche per scopi non strettamente circoscritti a precise operazioni che lo Stato centrale fosse chiamato a compiere dalla Costituzione»²³.

Inoltre sottolinea Bognetti, «l'interpretazione hamiltoniana non intendeva avviare la trasformazione di quello Stato in un redistributore di ricchezza a fini di equità e in un arbitrario benefattore sociale, sibbene consentirgli solo qualche modesto intervento promozionale nell'economia non espressamente previsto dalla Carta costituzionale»²⁴.

La disputa circa l'estensione dello *spending power* federale si è poi protratta per un lungo periodo della storia costituzionale americana tra Ottocento e Novecento, vedendo contrapporsi i Presidenti democratici, che si attestavano sulle posizioni restrittive di Madison e i Repubblicani/Whigs che, invece, propugnavano la dottrina di Hamilton, volta a legittimare interventi federali anche in ambiti non immediatamente ascrivibili alla competenza centrale. Sul fronte democratico, Thomas Jefferson, James Madison, James Monroe, James Polk, James Buchanan e Grover Cleveland si opposero all'approvazione di norme federali che autorizzassero l'utilizzo dei fondi per finanziare infrastrutture locali o interventi di ricostruzione dopo eventi calamitosi²⁵.

Durante la vigenza di quella che Bognetti definisce la "Costituzione liberale" americana, per molto tempo, in verità, il fenomeno di fondi federali destinati agli Stati è stato piuttosto circoscritto e ha riguardato aspetti come la difesa e il ripianamento dei debiti di guerra, che rientravano nelle competenze della Federazione anche nella lettura madisoniana dello *spending power*.

È solo con l'avvento dello Stato interventista del XX secolo che si afferma una interpretazione estensiva della *spending clause*, volta a legittimare un intenso intervento della Federazione, tanto regolatorio che finanziario, in settori chiave del sistema di *welfare*, come l'educazione e la

²³ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., p. 42.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Si veda, in particolare, l'analisi di S.R. BAGENSTOS-I. SOMIN, *The Spending Clause*, in *National Constitution Center*, consultabile al sito www.constitutioncenter.org/the-constitution/articles/article-i/clauses/755.

sanità. Si è trattato di una interpretazione così estensiva da andare ben oltre il paradigma hamiltoniano: «con riguardo a questo esercizio del “potere federale di spesa” – a causa sia delle dimensioni raggiunte dalla spesa, sia delle sue finalità, sia dello stravolgimento completo che esso comporta degli originari assetti federali, sia infine del suo indubbio far parte di un complessivo modello statale “sociale” – l’evocazione del nome di Hamilton parrebbe, a dir poco, fuori luogo»²⁶.

Queste parole di Bognetti ci ricordano che, sebbene notoriamente la giurisprudenza della Corte Suprema americana durante il *New Deal* venga letta come una vittoria della visione hamiltoniana, quest’ultima era molto più sfumata e attenta a mantenere un corretto equilibrio nei rapporti tra Stati e Federazione, pur riconoscendo a quest’ultima un significativo ruolo di sostegno ai primi.

È particolarmente interessante a questo proposito sottolineare una certa sintonia tra la visione hamiltoniana temperata e quella che, come nota Portonera, sembra emergere da un discorso pubblico di Scalia del 1982, in cui egli, in controtendenza rispetto alla visione dominante dei conservatori americani della metà del Novecento, tradizionalmente ostile al potere federale, ha fatto proprio «il principio hamiltoniano dell’uso “sapiente” del potere federale per la promozione di certi obiettivi di politica pubblica», esortando «a tenere a mente che il governo federale non è cattivo ma buono: il trucco è usarlo accortamente»²⁷.

Tuttavia, come già accennato, l’affermazione del federalismo cooperativo americano è segnata da una progressiva penetrazione federale in ambiti di *policies* riservati agli Stati, ben oltre l’ideale hamiltoniano; e ciò è avvenuto sia tramite interventi legislativi di vera e propria regolazione, sia tramite l’utilizzo della leva finanziaria attraverso lo sviluppo del sistema dei *grants-in-aid*, cifra caratterizzante del federalismo cooperativo americano per tutto il corso del Novecento.

²⁶ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., p. 219.

²⁷ G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, IBL Libri, Torino, 2022, p. 127.

3.2. *I land grants e i primi segni di interferenza federale nella vita degli Stati*

Sebbene nel periodo liberale del costituzionalismo americano gli Stati continuassero a ricoprire un ruolo preminente e resistente rispetto ai tentativi di interferenza del centro federale, già in questa fase si può rintracciare l'origine della prassi di erogare denaro federale agli Stati per perseguire scopi al di fuori del perimetro delle competenze federali.

Già ai tempi della Confederazione, in assenza di un potere di riscossione delle imposte e di un potere di spesa, si erano sviluppati meccanismi che garantivano entrate e la possibilità di redistribuire le stesse agli Stati per orientare le loro scelte politiche secondo le preferenze confederali.

Ciò è avvenuto con la vendita delle terre acquisite dalla Gran Bretagna a seguito della guerra di indipendenza. Gli Stati Uniti, infatti, a seguito della pace con la Gran Bretagna avevano acquisito vaste estensioni di terre disabitate. Per favorirne l'occupazione si affermò la pratica della vendita di queste terre ai privati che ne facessero richiesta. Questa pratica, formalizzata poi nelle *Land Ordinances* del 1785 e del 1787²⁸ e applicata a tutte le terre acquisite a partire dal 1803, favorì non solo gli insediamenti privati ma anche lo sviluppo di scuole, chiese e altre opere di interesse pubblico.

Porzioni di questi lotti erano infatti destinate in maniera *condizionata* rispetto alla realizzazione di determinate strutture di interesse per la collettività, svolgendo anche una importantissima opera di *state-building*.

Anche all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione la pratica della vendita delle terre rimase piuttosto diffusa, seppur per motivi che si possono ascrivere ai limiti costituzionali posti al governo federale. Alla luce delle posizioni in favore dei c.d. "*states rights*", nelle prime fasi di vita dell'ordinamento costituzionale americano era invalsa una interpretazione restrittiva dei poteri della Federazione, alla luce in particolare del X Emendamento alla Costituzione americana.

Fu così che, fino alla guerra di secessione, la vendita delle terre, a differenza dei trasferimenti diretti di finanziamenti, fu considerata uno stru-

²⁸ D.P. DUFFEY, *The Northwest Ordinance as a Constitutional Document*, in *Columbia Law Review*, 95(5), 1995, p. 929 ss.

mento, per lo più ammissibile, con cui la Federazione poteva esercitare un'influenza, sotto le spoglie di una assistenza finanziaria, sugli affari interni degli Stati e su aspetti di interesse comune, come lo sviluppo del sistema stradale, ferroviario, la cura dei corsi d'acqua e la costruzione di ponti e canali.

Moltissimi furono i programmi di *federal land grants* con i quali, appunto, la Federazione iniziò ad esercitare questo potere uniformante, la cui estensione difficilmente poteva essere ricondotta – tranne nel caso del sistema stradale e delle poste – alla competenza legislativa federale. Anche per questo motivo i *land grants* non sfuggirono al dibattito circa l'estensione dei poteri del governo federale, che divenne sempre più acceso, fino ad intrecciarsi con le tensioni derivanti dalla legge sui dazi, una delle ragioni sottese alla tensione tra Nord e Sud e alla conseguente guerra di secessione.

Non è un caso che, proprio prima della guerra civile, alcuni Presidenti avessero posto il veto, bloccandole, a leggi che prevedevano lo stanziamento di fondi federali per fini che travalicavano la sfera di competenza della Federazione stessa.

A questo proposito, si può ricordare il già menzionato veto del Presidente Pierce rispetto ad una legislazione del 1854 adottata dal Congresso che autorizzava la donazione di 10 milioni di acri federali agli Stati per finanziare opere a favore degli indigenti con problemi di salute²⁹. Ancora, nel 1859 il Presidente James Buchanan oppose il veto ad una legge approvata dal Congresso dal titolo “*Act donating public lands to the several States and Territories which may provide colleges for the benefit of agriculture and the mechanic arts*”, vale a dire la prima versione del *Morrill Act* che sarebbe stato poi approvato nel 1862.

La donazione delle terre era subordinata alla creazione e al mantenimento di almeno una università, in ciascuno Stato beneficiario, incentrata su insegnamenti inerenti all'agricoltura e alle arti meccaniche, dedite alla diffusione delle migliori tecniche agricole, al fine di «promote the liberal and practical education of the industrial classes in the several pursuits and professions in life»³⁰.

²⁹ Si trattava dell'*Act making a grant of public lands to the several States for the benefit of indigent insane persons*, <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/veto-message-445>.

³⁰ *Morrill Act*, § 4.

Il Presidente si oppose a tale disegno di legge, evidenziando i limiti costituzionali di una simile operazione: «What effect will this bill have on the relations established between the Federal and State Governments? The Constitution is a grant to Congress of a few enumerated but most important powers, relating chiefly to war, peace, foreign and domestic commerce, negotiation, and other subjects which can be best or alone exercised beneficially by the common Government. All other powers are reserved to the States and to the people. For the efficient and harmonious working of both, it is necessary that their several spheres of action should be kept distinct from each other. This alone can prevent conflict and mutual injury. Should the time ever arrive when the State governments shall look to the Federal Treasury for the means of supporting themselves and maintaining their systems of education and internal policy, the character of both Governments will be greatly deteriorated»³¹.

E ancora, il Presidente sottolineava uno degli aspetti più delicati dei sistemi di finanziamento condizionati: «The Federal Government, which makes the donation, has confessedly no constitutional power to follow it into the States and enforce the application of the fund to the intended objects. As donors we shall possess no control over our own gift after it shall have passed from our hands. It is true that the State legislatures are required to stipulate that they will faithfully execute the trust in the manner prescribed by the bill. But should they fail to do this, what would be the consequence? The Federal Government has no power, and ought to have no power, to compel the execution of the trust»³².

Dopo il veto posto da Buchanan, il testo di legge venne riproposto da Morrill in piena guerra civile nel 1861, con alcune modifiche (ad esempio si introducevano nuove materie oggetto di studio, oltre all'agricoltura, come la tattica militare e l'ingegneria). Il *Morrill Act* così riproposto venne approvato e firmato dal Presidente Lincoln nel 1862.

Come dimostra anche la vicenda peculiare del *Morrill Act*, sebbene la vendita delle terre originariamente fosse pratica costituzionalmente accet-

³¹ Veto Message (disponibile in Veto Message | The American Presidency Project) (ucsb.edu), § 2.

³² *Ivi*, § 4.

tata e finanche considerata necessaria per la creazione di nuovi Stati, la sua progressiva evoluzione, la sua applicazione anche agli Stati che nuovi non erano e l'idea del governo federale limitato *vis-à-vis* i diritti degli Stati, hanno rivelato con estrema evidenza tutte le possibili tensioni poste dalla pratica di etero-determinare le scelte degli Stati con mezzi di natura finanziaria, in settori che travalicavano il riparto costituzionale delle competenze.

Se, nel periodo pre-bellico, tutto sommato questa prassi risultava contenuta quantitativamente e arginata, come si è visto, dagli interventi presidenziali, nella fase che si aprì dopo la guerra civile si assiste ad un deciso cambio di passo nelle prassi di spesa del governo federale³³.

4. *I grants-in-aid nella fase matura del modello liberale*

Come rileva Giovanni Bognetti, la fase che si apre dopo la guerra civile vede l'affermazione di modalità di esercizio del potere di spesa federale che non corrispondono più «a quel principio di competenza limitata, che nel periodo del sistema liberal maturo si conterranno pur sempre dentro certi limiti quantitativi e certe modalità di erogazione, ma che diverranno per quantità e modalità, il secondo grande strumento attraverso il quale lo Stato centrale, nel vigore della [...] “Costituzione democratica”, esercita la sua pervadente funzione regolatrice sulla vita della nazione in campi che in origine di certo non gli si intendeva assegnare»³⁴.

Da questo punto di vista, il periodo post-bellico rappresenta un momento deciso per lo sviluppo di una concezione del potere di spesa federale che dispiegherà tutta la sua estensione nel corso del *New Deal*.

È in questa fase, infatti, che accanto ai tradizionali *land grants*, che continuarono ad essere introdotti dal Congresso, pur non senza resistenze diffuse, si iniziano a diffondere anche finanziamenti federali diretti agli Stati membri, che progressivamente diventeranno la forma prevalente di aiuti federali agli Stati ed evolveranno nella forma dei *grants-in-aid*.

³³ B.H. HIBBARD, *A History of the Public Land Policies*, The Macmillan Company, New York, 1924, p. 228 ss.

³⁴ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., p. 217.

Il primo di questi finanziamenti federali in denaro, e di fatto il primo vero e proprio *grant-in-aid* della storia federale americana, è rappresentato dal *Federal Act to Promote the Education of the Blind*, approvato nel 1879, che stanziava un fondo per l'acquisto di materiale scolastico per gli studenti con problemi visivi. Tali materiali didattici venivano poi distribuiti tra gli Stati in base alla quota totale di alunni ciechi iscritti nelle scuole.

Un secondo ambito interessato dai finanziamenti diretti della Federazione era quello, già in parte segnato dai *land grants*, riguardante le Università agrarie e l'istituzione di percorsi di eccellenza agraria, presso le medesime Università.

Era questa la finalità dell'*Hatch Act* del 1887³⁵ (che aveva stanziato \$ 15,000 per l'istituzione di tali stazioni sperimentali), a cui si deve aggiungere, qualche anno dopo, il secondo *Morrill Act* del 1890³⁶ e l'*Adams Act* del 1906³⁷. Quest'ultimo, in particolare, costituiva una evoluzione dell'*Hatch Act*: esso, infatti, firmato da Theodore Roosevelt nel 1906, prevedeva uno stanziamento per ogni Stato di \$ 30.000 (quindi più cospicuo dell'*Hatch Act*) e, a differenza di quest'ultimo, finanziava non solo la ricerca applicata, ma quella di tipo teorico e "originale"³⁸.

Come si evince dall'analisi dei primi esempi di *grants-in-aid*, essi venivano utilizzati in ambito educativo (istituzione di università e educazione per i ciechi) e nel settore dello sviluppo dell'agricoltura: si trattava, in entrambi i casi, di materie che non potevano essere ricondotte alla competenza della Federazione. Tuttavia, questa interferenza della Federazione nell'attività degli Stati veniva in parte giustificata per il fatto che la rego-

³⁵ H.C. KNOBLAUCH-E.M. LAW-W.P. MEYER, *State agricultural experiment stations: a history of research policy and procedure*, U.S. Department of Agriculture, Washington D.C., 1962.

³⁶ Il quale contribuì alla creazione delle prime università e *colleges* per afroamericani: vedi L.W. NEYLAND, *Historically Black Land-Grant Institutions and the Development of Agriculture and Home Economics, 1890-1990*, Florida A. and M. Univ. Foundation Inc., Tallahassee, 1990.

³⁷ C.E. ROSENBERG, *The Adams Act: Politics and the Cause of Scientific Research*, in *Agricultural History*, 38(1), 1964, p. 3 ss.

³⁸ *Ibidem*.

lazione e l'amministrazione ultima delle iniziative finanziate dal centro rimaneva comunque in capo agli Stati.

Vi era, però, una differenza significativa tra i tradizionali *land grants* e i nuovi finanziamenti in denaro: poiché i fondi federali erano finanziati dal bilancio federale, era sentita la necessità di garantire la più trasparente ed efficace gestione di tali fondi da parte degli Stati.

Si iniziò così ad aggiungere alle leggi che disponevano l'allocazione dei fondi per le finalità determinate dalla Federazione una serie di requisiti, volti ad assicurare l'efficace utilizzo dei fondi federali: si trattava, per lo più, di requisiti di carattere amministrativo. Per esempio, nel caso del già citato *Hatch Act*, si prevedeva un sistema di *audit* annuale per verificare la buona gestione nell'impiego delle risorse.

Nel caso del *Morrill Act* del 1890 era previsto, inoltre, un regime di "condizionalità" *in nuce*: i fondi avrebbero potuto essere sospesi nel caso in cui lo Stato si fosse rifiutato di ammettere nei "*land grant colleges*" studenti neri, a meno che lo Stato stesso non provvedesse a istituire *college* improntati al principio "*separate but equal*". Fu così che il condizionamento posto dal *Morrill Act* del 1890 indusse molti Stati (ben 17), a creare i cosiddetti "*black colleges*", riservati agli studenti appartenenti alla minoranza afroamericana.

Parallelamente a questa evoluzione fattuale e legislativa del sistema di *grants-in-aid*, vi fu anche un altro elemento decisivo per l'erosione del modello di federalismo duale: l'introduzione del XVI Emendamento nel 1913, che sanciva la potestà della Federazione di introdurre una imposta sul reddito.

Si tratta di un passaggio fondamentale per la transizione da un modello duale a uno cooperativo perché, come rilevato in dottrina, «after the Sixteenth Amendment was adopted it became apparent that with this efficient revenue device the federal government could collect vastly more than was needed for executing the enumerated powers. The excess revenues positioned Congress as potential benefactor and patron, and the Hamiltonian view of the spending power afforded Congress great discretion in selecting the objects of its largesse»³⁹.

³⁹ D.E. ENGDAHL, *The Spending Power*, cit., p. 33.

5. *Il federalismo cooperativo*

Il modello duale originario, se già iniziava ad essere scardinato nei primi anni del XX secolo⁴⁰, subisce una decisiva trasformazione⁴¹ nel corso della rivoluzione apportata dal *New Deal*, che segna la transizione dalla forma di Stato liberale a quella democratico sociale che dominerà l'ordinamento americano per tutto il Novecento⁴².

Tale trasformazione avviene in gran parte attraverso una rilettura tanto della *interstate commerce clause* che dello *spending power* federale: una rilettura, avallata dalla Corte Suprema, che porterà ad espandere l'intervento dello Stato centrale in tantissimi ambiti di rilievo economico-sociale e a penetrare così nella sfera di regolazione un tempo lasciata agli Stati. Nel seminale articolo "*The Passing of Dual federalism*", Corwin identifica la matrice di tale evoluzione, a costituzione formale invariata, proprio nell'attività interpretativa della Corte Suprema che «changed attitude [...] toward certain postulates or axioms of constitutional interpretation closely touching the federal system, and which in their totality comprised what (the Author means) by Dual Federalism»⁴³.

⁴⁰ A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 2003.

⁴¹ Contraria alla tesi del federalismo statunitense come federalismo duale, in favore di un federalismo cooperativo, è la posizione di D. ELAZAR, *The American Partnership, Intergovernmental Cooperation in the Nineteenth-Century United States*, University of Chicago Press, Chicago, 1962. Sul federalismo duale statunitense, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., p. 195 ss. Sull'evoluzione del federalismo americano, si veda C. BOLOGNA, *Stato federale e "National Interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna University Press, Bologna, 2010. Recentemente anche C. BASSU-M. BETZU-F. CLEMENTI-G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America. Una introduzione*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 119 ss.

⁴² J. PERRY CLARK, *The Rise of a New Federalism: Federal-State Cooperation in the United States*, Columbia University Press, New York, 1938, p. 7.

⁴³ E. CORWIN, *The Passing of Dual Federalism*, in *Virginia Law Review*, 36(1), 1950, p. 4. Le caratteristiche del *dual federalism* identificate *ibidem* da Corwin sono: «1. The national government is one of enumerated powers only; 2. Also the purposes which it may constitutionally promote are few; 3. Within their respective spheres the two centers of government are 'sovereign' and hence 'equal'; 4. The relation of the two centers with each other is one of tension rather than collaboration».

In questo contesto, come è stato osservato, «diritto federale e diritti degli Stati hanno composto, intrecciandosi, un dinamico organismo, le cui parti hanno operato globalmente in “cooperazione”: una cooperazione [...] che è stata tale soprattutto perché le scelte essenziali del modello “interventista” sono state compiute al centro e gli Stati membri hanno poi adottato in conformità i loro sistemi normativi e le loro prassi amministrative»⁴⁴.

Tale modello di federalismo viene ben descritto in una rilevante sentenza del 24 maggio 1937 riguardante la costituzionalità del *Social Security Act*: «The United States and the state of Alabama are not alien governments. They co-exist within the same territory. Un-employment is their common concern. Together the two statutes before us [the Act of Congress and the Alabama Act] embody a cooperative legislative effort by state and national governments, for carrying out a public purpose common to both, which neither could fully achieve without the cooperation of the other. The Constitution does not prohibit such cooperation»⁴⁵.

Questa fase del federalismo americano è segnata da diversi aspetti costituzionali caratterizzanti, tra cui per esempio l'utilizzo della *preemption*, ovvero sia l'occupazione, da parte della regolamentazione federale, di una determinata materia, prima lasciata agli Stati, e la conseguente recessione della regolamentazione statale ad opera della *Supremacy Clause*⁴⁶.

Anche dal punto di vista istituzionale significativa è la creazione della *U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations*⁴⁷ nel 1959 e l'ap-

⁴⁴ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., p. 206.

⁴⁵ *Carmichael v. Southern Coal & Coke Co.*, 301 U.S. 495 (1937), p. 526. Si veda, in particolare, E.A. LOPEZ, *Constitutional Background to the Social Security Act of 1935*, in *Social Security Bulletin*, 50(1), 1987, p. 5 ss.

⁴⁶ Sulla *preemption* «in funzione di uniformazione», quale metodo «con il quale il previo intervento federale preclude la legislazione statale istitutiva o maggiorativa di tributi, soprattutto quelli più suscettibili di condizionare la circolazione di persone o beni, attraverso la c.d. *commerce clause*», si rimanda a G.F. FERRARI, *Il federalismo fiscale nella prospettiva comparatistica*, in *Il federalismo fiscale alla prova dei decreti delegati*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 136.

⁴⁷ Si veda T. CONLAN, *From Cooperative to Opportunistic Federalism: Reflections on the Half-Century Anniversary of the Commission on Intergovernmental Relations*, in *Public Administration Review*, 66(5), 2006, p. 663 ss.

provazione di serie di atti legislativi volti a creare meccanismi e forme di cooperazione come l'*Intergovernmental Cooperation Act* (1968), l'*Intergovernmental Personnel Act* (1970), il *General Revenue Sharing* (1972)⁴⁸.

Ma la cifra caratterizzante della trasformazione può essere individuata nell'espansione proprio della clausola dello *spending power* e dell'utilizzo sempre più massiccio dei *grants-in-aid*. Come rileva Kincaid, «among other things, that extraordinary period was marked by (1) dramatic expansions of federal government power legitimized by the U.S. Supreme Court, (2) major increases in federal aid to states and localities made possible by economic growth and federal receipts that delivered abundant resources to Democratic majorities in the Congress, and (3) a proliferation of federal grants-in-aid responsive to various alliances of elected officials, policy professionals, interest groups, and civic activists»⁴⁹.

L'utilizzo dei *grants-in-aid* rappresenta lo strumento che più caratterizza il passaggio dal modello duale a quello cooperativo: un simile meccanismo, infatti, implica, quasi naturalmente, la compartecipazione tra i due livelli di governo nell'attuazione di determinate politiche. Tale schema compartecipativo si basa sul fatto che lo Stato centrale offre agli Stati ingenti finanziamenti per perseguire determinati fini di interesse generale e gli Stati, a loro volta, si impegnano ad utilizzare tali stanziamenti per perseguire gli scopi sottesi alla "donazione" federale. Appare piuttosto chiaramente come il meccanismo dei *grants-in-aid* solleciti, creando un intreccio tra influenza federale e scelte di *policies* statale, l'affermazione di rapporti intergovernativi di stampo cooperativo tra i due livelli di governo.

L'entità della cooperazione è, tuttavia, variabile a seconda della presenza di condizioni più o meno stringenti per l'utilizzo dei fondi e a seconda dell'entità stessa del finanziamento.

Posto che, di fatto, l'offerta federale si è rivelata difficile da rifiutare, in linea teorica, come ha affermato anche la Corte Suprema, essa è costituzionalmente legittima solo nella misura in cui lasci un margine di scelta agli Stati relativi alla sua accettazione. Ovverosia, l'offerta non deve essere di entità tale da non essere concretamente rifiutabile: questo si tradurreb-

⁴⁸ Cfr. J. KINCAID, *From Cooperative to Coercive Federalism*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 509, 1990, p. 140.

⁴⁹ *Ibidem*.

be in un esercizio di potere coercitivo che andrebbe oltre il quadro del costituzionalmente legittimo.

Anche la natura delle condizioni presenti nell'offerta di finanziamento incide sulla natura cooperativa dello strumento: l'apporto cooperativo degli Stati membri sarà tanto più intenso quanto meno stringenti saranno le condizioni poste per la ricevibilità dei *grants-in-aid*.

Di contro, un meccanismo fortemente condizionato ridurrebbe i margini di cooperazione e di compartecipazione tra Federazione e Stati nella definizione delle misure da attuare, fino a trasformare il ruolo degli Stati in quello di meri esecutori delle decisioni, eterodirette tramite l'utilizzo della leva finanziaria, adottate dal centro.

I contorni di questa flebile distinzione sono stati definiti dalla giurisprudenza della Corte Suprema, che si è pronunciata in diverse occasioni e ha costantemente ribadito la legittimità di una simile prassi rispetto alla sovranità degli Stati. Uno sguardo a questa giurisprudenza ci permette di cogliere nitidamente le questioni in gioco.

5.1. *La giurisprudenza della Corte Suprema in tema di grants-in-aid*

La trasformazione di cui si è dato conto nel paragrafo precedente è stata segnata dall'opera della Corte Suprema, che è intervenuta a più riprese in merito alla legittimità di meccanismi di *grants-in-aid*, fino al *landmark case* rappresentato da *South Dakota v. Dole*⁵⁰.

Una volta riconosciuto il potere di imposizione della Federazione, ulteriormente rafforzato nel 1913 con l'introduzione del XVI Emendamento, e a fronte di sempre più numerosi programmi di finanziamento federale di cui beneficiavano gli Stati, il Congresso iniziò ad apporre precise condizioni, da un lato per assicurare una gestione efficiente delle risorse federali e, dall'altro, per assicurare che i fondi venissero utilizzati per perseguire gli scopi precipui a cui la Federazione li aveva destinati.

Tale espansione dei poteri della Federazione in ambiti di *policy* di competenza statale – ulteriormente accentuatasi nel corso del *New Deal*⁵¹ –

⁵⁰ 483 U.S. 203 (1987).

⁵¹ D.M. SPENCER, *Sanctuary Cities and the Power of the Purse: An Executive Dole Test*, in *Iowa Law Review*, 106, 2021, p. 1209 ss.

non ha, tuttavia, lasciato gli Stati indifferenti: nel 1923, la Corte Suprema fu investita del caso *Massachusetts v. Mellon*⁵², avente ad oggetto la costituzionalità dei finanziamenti federali destinati agli Stati che avessero accettato di istituire programmi volti a proteggere la salute e il benessere dei neonati e delle madri, previsti dallo *Sheppard-Towner Act* del 1921. Pur avendo la Corte Suprema archiviato il caso per difetto di giurisdizione, essa ha indicato un importante elemento per il giudizio sulla legittimità dei finanziamenti federali, riguardante la natura coercitiva o meno del programma federale: «the powers of the State are not invaded, since the statute imposes no obligation, but simply extends an option which the State is free to accept or reject»⁵³.

Un altro interessante banco di prova per la Corte è rappresentato dal caso *United States v. Butler*⁵⁴, alla luce del quale la Corte Suprema è stata investita dai ricorsi statali volti ad accertare la costituzionalità dell'*Agricultural Adjustment Act* del 1933, che aveva introdotto una tassa sui prodotti agricoli, i cui proventi sarebbero stati redistribuiti agli agricoltori che si fossero impegnati a ridurre la loro superficie di coltivazione. La legge si applicava solo a determinate colture, che sarebbero state identificate dal Segretario dell'Agricoltura. La Corte, investita dal ricorso di alcuni coltivatori di cotone, particolarmente colpiti dalla legge, si è pronunciata a maggioranza per l'incostituzionalità della stessa, perché essa regolamentava una materia – la produzione agricola – riservata agli Stati, in violazione del X Emendamento.

Il caso in esame, oltre che a definire i confini del potere federale sugli Stati, ha offerto l'occasione alla Corte di pronunciarsi sull'estensione del potere di spesa del Congresso ai sensi dell'art. 1, § 8: esso può essere esercitato legittimamente anche al di fuori delle competenze enumerate del Congresso stesso, purché vi sia l'obiettivo di promuovere il “*general welfare of the United States*”.

Nel caso in oggetto, la Corte non si è addentrata nella determinazione del legame tra il fine del *general welfare* e le misure dell'*Agricultural Adjustment Act*, lasciando aperta la questione interpretativa dell'art. 1, § 8;

⁵² *Massachusetts v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923), p. 479.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936).

tuttavia la legge è stata dichiarata incostituzionale perché la tassazione in questione appariva essere un mezzo per raggiungere un fine incostituzionale, in quanto il Congresso ha usato il potere di spesa come meccanismo di controllo e di imposizione di attività che rientravano nella competenza degli Stati. Così affermava il *Chief Justice* Roberts: «The act invades the reserved rights of the States. It is a statutory plan to regulate and control agricultural production, a matter beyond the powers delegated to the federal government»⁵⁵.

Butler getta le coordinate della giurisprudenza americana in tema di *spending clause* e di programmi di *grants-in-aid*: una giurisprudenza che si arricchisce e si affina nel tempo, alla ricerca di una dottrina che possa chiarire i limiti costituzionali del potere federale di porre condizionamenti agli Stati in ambiti di loro competenza e determinare quando, da tentativo di orientare le *policies* degli Stati secondo un fine federale nel rispetto degli assetti della Federazione, la condizionalità non si trasformi in un indebito esercizio di *federal coercion*⁵⁶.

Un anno dopo *Butler*, la Corte Suprema è stata chiamata di nuovo a confrontarsi con la legittimità costituzionale della pratica dei *grants-in-aid* nel caso *Steward Machine Company v. Davis*⁵⁷, deciso nel maggio 1937. Non sembra superfluo sottolineare che il caso in oggetto abbia seguito di pochi mesi la sentenza *West Coast Hotel v. Parrish* che aveva affermato la costituzionalità del salario minimo introdotto dallo Stato di Washington.

Si tratta di una sentenza⁵⁸ che da molti autorevoli commentatori è stata collegata al c.d. “*switch in time*” della Corte⁵⁹: ovverosia all’inversione

⁵⁵ *Ivi*, p. 68.

⁵⁶ In *South Dakota v. Dole*, cit., p. 211, la Corte riconosce che in alcuni casi «financial inducement offered by Congress might be so coercive as to pass the point at which pressure turns into compulsion».

⁵⁷ 301 U.S. 548 (1937).

⁵⁸ *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). La decisione ha annullato *Adkins v. Children’s Hospital*, 261 U.S. 525 (1923) e ha segnato l’allontanamento della Corte dalla visione liberista dell’ampio riconoscimento alla libertà di contratto. La decisione è generalmente considerata come la fine dell’era *Lochner* [*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)], in cui la Corte Suprema tendeva ad invalidare ogni legislazione volta a regolamentare gli aspetti relativi alle imprese e al commercio.

⁵⁹ Per B. ACKERMAN, *We The People, vol. 2: Transformations*, cit., p. 380, «the Peo-

di rotta della giurisprudenza della Corte in senso più favorevole al potere federale, a fronte della prospettiva di *court-packing* adombrata dal Presidente Roosevelt⁶⁰.

In *Steward*, la Corte dichiara la costituzionalità del *Social Security Act* che aveva previsto l'autorizzazione di sovvenzioni amministrative per aiutare gli Stati a sostenere i costi generali dei loro programmi di indennità di disoccupazione.

Per qualificare uno Stato per tale aiuto, il suo programma doveva soddisfare i criteri prescritti a livello federale volti a garantire che il programma avrebbe fornito uno sgravio finanziario sufficiente ed efficace. Il programma prevedeva anche l'imposizione di una tassa sui datori di lavoro con otto o più dipendenti, ma consentiva ai datori di lavoro di chiedere la detrazione del 90% del contributo versato a un sistema statale di indennità di disoccupazione se il programma statale soddisfaceva i criteri di ammissibilità per le sovvenzioni federali.

Nel caso *Steward*, una società dell'Alabama aveva pagato la tassa richiesta ai sensi della legge prima di presentare una richiesta di rimborso al *Commissioner of Internal Revenue*, sostenendo di poter recuperare il pagamento perché la legge che la stabiliva era incostituzionale. La ricorrente sosteneva che la tassa non era un'accisa, non era uniforme in tutti gli Stati Uniti e le sue eccezioni erano numerose e arbitrarie, in violazione del Quinto Emendamento. Inoltre, la società affermava che lo scopo della legge era quello di regolamentare una precisa materia, cosicché essa costituiva una illegittima invasione delle competenze riservate agli Stati, anche perché si trattava, in ultima analisi, di uno schema di carattere coercitivo che non lasciava agli Stati nessuna scelta in merito all'adesione o meno allo schema stesso.

In una decisione adottata per cinque voti contro quattro, la Corte ha ritenuto che l'imposta istituita del *Social Security Act* fosse un esercizio legittimo di un potere costituzionale attribuito al Congresso.

ple had embraced the ideal of regulated capitalism with their eyes open [...] the Old Court finally began to respond with its switch in time».

⁶⁰ B. SOLOMON, *FDR v. The Constitution: The Court-Packing Fight and the Triumph of Democracy*, Walker & Company, New York, 2009; M.C. MCKENNA, *Franklin D. Roosevelt and the Great Constitutional War: The Court Packing Crisis of 1937*, Fordham University Press, New York, 2002.

Scrivendo per la maggioranza, il giudice Benjamin Cardozo ha rilevato, innanzitutto, che la tassa non era esercizio di un potere coercitivo avverso gli Stati in violazione del X Emendamento. La Corte Suprema ha respinto l'argomento secondo il quale la disposizione del *Social Security Act* comportava, di fatto, un tentativo incostituzionale di costringere gli Stati ad adottare una legislazione sull'indennità di disoccupazione approvata dal governo federale⁶¹. Tuttavia la Corte non si limita a dichiarare la costituzionalità della norma in oggetto; essa elabora un vero e proprio *coercion test* che verrà specificato dalla giurisprudenza a venire.

La Corte, infatti, ritiene che in generale il Congresso sia tenuto ad evitare l'utilizzo dello *spending power* per «destroy[] or impair[] the autonomy of the states»⁶². Tuttavia riconosce che, nel caso di specie, lo Stato avesse l'opportunità di astenersi dall'aderire al programma federale di rimborso e, dunque, non si trattasse di un programma coercitivo. In generale, l'utilizzo del *coercion test* da parte della Corte ha indotto la stessa a elaborare la distinzione tra condizioni coercitive e condizioni che mirano ad influenzare o indurre un determinato comportamento da parte degli Stati.

Dal punto di vista dei limiti dello *spending power* federale, la Corte ha poi sottolineato che, visto l'alto tasso di disoccupazione e il difficile momento economico, l'imposta oggetto del ricorso perseguiva il fine del “*general welfare*”, tanto a livello statale che federale⁶³.

Anche questo passaggio è meritevole di analisi, in quanto inaugura un filone giurisprudenziale che riconosce al Congresso ampi margini di discrezionalità nello stabilire i confini e i contenuti del concetto di “*general welfare*”.

⁶¹ Un altro elemento decisivo per escludere l'incostituzionalità della previsione del *Social Security Act* riguardava il fatto che la stessa si applicasse in maniera uguale e indifferenziata a tutti gli Stati, dunque non poteva tradursi, almeno in astratto, in un trattamento differenziato degli Stati.

⁶² *Steward Machine Co. v. Davis*, cit., p. 586.

⁶³ *Ivi*, pp. 586-587: «The fact developed quickly that the states were unable to give the requisite relief. The problem had become national in area and dimensions. There was need of help from the nation if the people were not to starve. It is too late today for the argument to be heard with tolerance that, in a crisis so extreme, the use of the moneys of the nation to relieve the unemployed and their dependents is a use for any purpose narrower than the promotion of the general welfare».

Come è stato osservato, «from *Helvering and Steward Machine Co.* through *Buckley*, the Court has approved particular spending programs that were directly responsive to *national needs* that the Court found were determined by Congress to exist, and that were designed by Congress to serve the national purposes that it had identified as requiring remedial action»⁶⁴.

Questa sostanziale discrezionalità lasciata al Congresso ha favorito l'utilizzo di schemi di finanziamento federale per finanziare politiche di natura prettamente locale. È questo il caso della sentenza *United States v. Gerlach Live Stock Co.*⁶⁵, in cui la Corte avallò di fatto la decisione del Congresso di allocare fondi allo Stato della California al fine di rendere disponibili alcune terre agli agricoltori. Sebbene tale programma fosse rivolto solo alla California, il Congresso ha potuto argomentare che si trattava di una materia di interesse nazionale⁶⁶. La ritrosia della Corte nell'entrare nel sindacato del significato della *general welfare clause* ha permesso al Congresso di estendere la sua influenza tramite programmi di spesa in ambiti di politiche pubbliche di dimensione territoriale⁶⁷ come la polizia locale, le scuole, i progetti di rinnovamento urbano, i servizi idrici locali, ecc.

Tuttavia, i contorni del potere di spesa federale, pur nella copiosa giurisprudenza sul tema, dal *New Deal* in poi, sono rimasti piuttosto indefiniti⁶⁸. Due, in particolare, sono gli aspetti su cui la giurisprudenza di questa fase non si è espressa con chiarezza. Il primo riguarda il carattere delle condizioni legate ad un programma di spesa federale: tali condizioni devono avere un legame con la natura e l'oggetto del programma di finanziamento?

⁶⁴ S.J. COLE, *The Federal Spending Power and Unconditional and Block Grants to State and Local Governments*, in *Clearinghouse Review*, 16, 1982-1983, p. 616 ss.

⁶⁵ *United States v. Gerlach Live Stock Co.*, 339 U.S. 725 (1950).

⁶⁶ A.J. SCHWEPPE, *Congress and the "General Welfare"*, in *American Bar Association Journal*, 67(10), 1981, p. 1277.

⁶⁷ D.J. MIZERK, *The Coercion Test and Conditional Federal Grants to the States*, in *Vanderbilt Law Review*, 40, 1987, p. 1159 ss.

⁶⁸ R.M. O'NEIL, *Unconstitutional Conditions: Welfare Benefits with Strings Attached*, in *California Law Review*, 54(2), 1966, p. 443 ss.

Sul punto la Corte è stata piuttosto ambigua, anche se l'interpretazione che sembra prevalere è quella di un ampio potere in capo alla Federazione di determinare la natura delle condizioni indipendentemente dal programma di spesa. Questa posizione si evince, per esempio, nel caso *Steward Machine*, laddove, mentre il giudice Butler⁶⁹ nella sua *dissenting opinion* ritiene che le condizioni debbano essere collegate all'oggetto del programma di finanziamento, la Corte interpreta in maniera piuttosto ampia il potere di porre condizioni anche non immediatamente collegate al programma di spesa, concentrandosi invece sul tema della coercizione.

Esso rappresenta proprio il secondo aspetto centrale della giurisprudenza della Corte Suprema in materia: già in questa prima fase si inizia, infatti, a delineare un limite alla legittimità dei fondi federali, limite che è costituito dal momento in cui l'incentivo federale non sia tale da trasformarsi in una forma di coercizione.

Siamo di fronte a una distinzione piuttosto labile, anche perché, come è stato osservato in dottrina, «la facoltà per gli Stati di accettare o meno tali fondi è meramente ipotetica, in quanto il costo politico di rinunciare a un significativo contributo federale sarebbe troppo alto per l'amministrazione statale»⁷⁰.

Non solo, talvolta «tali contributi condizionati diventano veri e propri obblighi di svolgere determinate funzioni o attività amministrative, senza lasciare neanche la (teorica) facoltà di accettare o meno il finanziamento federale»⁷¹. Si tratta del fenomeno dei *federal mandates* che, insieme ai *grants-in-aid*, ha rappresentato uno degli strumenti più efficaci di espansione del ruolo del governo centrale e della penetrazione nella sfera di competenza degli Stati, identificandosi altresì come una delle caratteristiche principali dello sviluppo del modello di federalismo cooperativo.

⁶⁹ *Steward Machine Co. v. Davis*, cit., p. 617 (BUTLER, J., dissenting): «Each grant depends upon state compliance with conditions prescribed by federal authority. The amounts given being within the discretion of the Congress, it may at any time make available federal money sufficient effectively to influence state policy, standards and details of administration».

⁷⁰ M. COMBA, *Gli Stati Uniti d'America*, in P. CARROZZA-A. DI GIOVINE-G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, cit., p. 134.

⁷¹ *Ibidem*.

Il crescente ruolo del governo federale e le necessità presentate dalla gestione dei finanziamenti federali hanno inoltre determinato una significativa trasformazione delle strutture amministrative federali e statali e delle reciproche interazioni.

5.2. *Le trasformazioni indotte dal crescente utilizzo dei grants-in-aid*

Lo studio dei *grants-in-aid* è interessante anche dal punto di vista delle trasformazioni che tali strumenti possono indurre tanto a livello federale che statale. Vi è nell'utilizzo della leva finanziaria condizionata un potenziale trasformativo che, come già accennato nel Capitolo I, ritroveremo anche in Canada e nell'Unione europea.

Tale potenziale trasformativo si esprime, in primo luogo, sulla separazione dei poteri orizzontale, tanto a livello federale che statale⁷².

Quanto alla prima, il massiccio ricorso ai *federal grants* condizionati ha determinato il crescente ruolo dell'esecutivo nella gestione, controllo e, finanche, nella determinazione delle condizioni dei *federal grants*. In molti casi, infatti, il Congresso delega l'esecutivo a monitorare il corretto uso dei fondi federali e a prevenire casi di frode e abuso. Ciò appare particolarmente evidente in alcuni ambiti di intervento federale, in cui il Congresso ha delegato all'esecutivo non solo l'implementazione e il monitoraggio dei programmi, ma anche l'autorità di determinare le condizioni dei finanziamenti e le priorità di intervento. A ciò si aggiunga la forma più estrema di tensione tra Esecutivo e Congresso nella gestione dei fondi federali: il c.d. *presidential impoundment*⁷³, ovvero il ritiro di finanziamenti federali destinati agli Stati, contro la volontà del Congresso, generalmente per ragioni di natura politica.

L'estensione della delega all'esecutivo relativa all'implementazione dei programmi è tuttora oggetto di diverse interpretazioni dottrinali: in par-

⁷²L.B. KADEN, *Politics, Money, and State Sovereignty: The Judicial Role*, in *Columbia Law Review*, 79(5), 1979, p. 847 ss. Cfr. anche Comment, *Federal Interference with Checks and Balances in State Government: A Constitutional Limit on the Spending Power*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 128(2), 1979, p. 402 ss.

⁷³C.I. BALE, *Checking the Purse: The President's Limited Impoundment Power*, in *Duke Law Journal*, 70, 2020, p. 697 ss.

ticolare, non è del tutto chiaro se la delega all'implementazione di un programma di finanziamenti federali contenga in sé anche la delega a introdurre nuove condizioni alla concessione dei finanziamenti stessi, o se l'introduzione di nuove condizioni debba essere oggetto di un atto *ad hoc* ed esplicito del Congresso.

Tale incerta interpretazione ha rilevanti ripercussioni tanto sulla separazione dei poteri quanto sul sistema delle fonti che regolano il sistema di *grants-in-aid* e delle condizioni ad esso apposte. In particolare, l'ambiguità circa l'estensione della delega da parte del Congresso ha creato le basi per un rafforzamento dell'esecutivo *vis-à-vis* gli altri poteri e livelli di governo, come dimostra, da ultimo, la vicenda dell'*executive order* dell'allora Presidente Trump nel caso delle *sanctuary cities* in tema di immigrazione⁷⁴.

In realtà ciò non ha solo prodotto una modifica dei rapporti tra esecutivo e legislativo: l'utilizzo dei *grants-in-aid*, collocato nel più ampio contesto del federalismo cooperativo, ha indotto anche la creazione di nuove articolazioni del potere esecutivo, come la *U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations* del 1959 e l'approvazione di atti legislativi come l'*Intergovernmental Cooperation Act* (1968), l'*Intergovernmental Personnel Act* (1970) e il *General Revenue Sharing* (1972).

Al preminente ruolo dell'esecutivo, peraltro, non si accompagna un analogo rafforzamento del ruolo del giudiziario: nonostante la numerosissima mole di programmi federali condizionati, l'attività giurisprudenziale pare proporzionalmente limitata. E, almeno fino al caso dell'*Affordable Care Act*, piuttosto deferente rispetto alle scelte del Congresso nell'esercizio delle sue competenze in materia di *spending power*.

Ma l'utilizzo dei fondi condizionati ha anche un notevole impatto sulla separazione dei poteri a livello statale⁷⁵.

Un primo effetto dei *grants-in-aid* riguarda l'incidenza sui legislativi

⁷⁴D.M. SPENCER, *Sanctuary Cities and the Power of the Purse: An Executive Dole Test*, cit.

⁷⁵R.B. STEWART, *Pyramids of Sacrifice? Problems of Federalism in Mandating State Implementation of National Environmental Policy*, in *Yale Law Journal*, 86(6), 1977, p. 1254. Si veda anche Comment, *Federal Interference with Checks and Balances in State Government*, cit.

statali: infatti la normazione federale sui finanziamenti attribuisce in genere compiti di pianificazione e di esecuzione dei programmi federali direttamente alle agenzie statali, non prevedendo invece un significativo coinvolgimento dei legislatori statali. Di conseguenza, questi ultimi risultano condizionati non solo dalle scelte del Congresso, ma anche dalle determinazioni assunte in via attuativa delle varie articolazioni dell'esecutivo statale e, in particolare, dalle agenzie statali. Questo fenomeno è suscettibile di incidere significativamente sul potere del legislativo di controllare il budget statale, rappresentando così un significativo *vulnus* delle prerogative parlamentari.

Non solo. Alcune condizioni relative ai *federal grants* hanno imposto la creazione *ex novo* di agenzie statali ai fini dell'implementazione dei programmi, alterando così significativamente l'organizzazione del potere a livello statale anche in riferimento al potere esecutivo.

Il caso più emblematico è rappresentato dalla vicenda che ha interessato la Carolina del Nord, dove, in attuazione delle condizioni federali poste dal *National Health Planning and Resources Development Act* del 1974, che prevedevano l'istituzione di un dipartimento in materia di sanità *ad hoc* (*State Health Planning and Development Agency*) per amministrare determinati programmi, si è dovuti ricorrere ad una modifica della Costituzione statale. La mancata modifica costituzionale avrebbe comportato la perdita per la Carolina del Nord di 42 finanziamenti legati a programmi federali in materia di sanità.

Il caso è stato portato dinanzi alla *US District Court for the Eastern District of North Carolina*⁷⁶ dallo Stato e dalla *Medical Association*, avverso la *Secretary of Health, Education and Welfare*.

I ricorrenti sostenevano che l'effetto prodotto dal programma federale, ovvero la necessità di modificare la Costituzione, pena la perdita di significative quote di finanziamenti federali, fosse incostituzionale e rappresentasse un esercizio di coercizione da parte del livello centrale.

La Corte ha rigettato le doglianze, affermando che «we perceive nothing unconstitutional either in the purposes of the Act or in the condition thereby attached to health grants made to the States under federal health programs. Without question Congress in making grants for health care

⁷⁶ 445 F. Supp. 532 (E.D.N.C. 1978).

to the States, should be vitally concerned with the efficient use of the funds it appropriates for that purpose. It had a perfect right to see that such funds did not cause unnecessary inflation in health costs to the individual patient. It certainly had the power to attach to its grants conditions designed to accomplish that end»⁷⁷.

La Corte ha ricordato, inoltre, che la legge in questione non poneva un obbligo in capo allo Stato: essa lasciava, infatti, gli Stati liberi di decidere ma, al fine di indurre tale adesione, offriva assistenza finanziaria. Per questi motivi, la Corte ha ritenuto che la legge in questione fosse conforme al modello generale delle sovvenzioni federali agli Stati e non fosse 'coercitiva' in senso costituzionale.

Nonostante l'esito del procedimento giudiziario abbia riconosciuto la legittimità di simili condizioni, emerge tuttavia la loro problematicità nel momento in cui esse incidono sul livello statale, tanto da richiedere una modifica costituzionale.

Vi è, infine, un ultimo aspetto trasformativo da tenere in considerazione, che riguarda più da vicino il tema dell'*accountability* democratica. Come è stato osservato, «the federal government shifts the ultimate decision to the states, which can claim that there was no option but to do as Congress requested in order to avoid forfeiture of badly needed federal funds. Thus, local voters have difficulty identifying the responsible governmental entity»⁷⁸.

Si tratta di un effetto noto delle politiche di condizionalità, che, influenzando il beneficiario, portano a una distorsione delle priorità politiche dello stesso e dunque rendono più difficile per i cittadini determinare quale livello di governo è, in ultima analisi, responsabile delle politiche che riguardano direttamente i loro interessi.

In generale, Mizerk coglie perfettamente la portata trasformativa e pervasiva della condizionalità, quando afferma che «Congress' use of the spending power, with its accompanying authority to impose conditions on grants, has created an underground network of additional federal regulation affecting political accountability, the tenth and twenty-first

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ D.J. MIZERK, *The Coercion Test and Conditional Federal Grants to the States*, cit., p. 1178.

amendments, and the balance of power between state and federal governments. The result has been an alteration of the fundamental federal structure established by the Constitution»⁷⁹.

5.3. *Le diverse tipologie di federal grants*

Il crescente utilizzo dello *spending power* da parte del Congresso ha portato allo sviluppo di diverse tipologie di *grants*, che possono distinguersi in base al grado di discrezionalità lasciato allo stesso, in base al grado di discrezionalità lasciato agli Stati nell'utilizzo dei fondi e alla luce della natura del regime di condizionalità previsto.

Tre sono le principali categorie che si sono nel tempo sviluppate e che sono state descritte in dottrina: i *categorical grants*, i *block grants* e la *general revenue sharing*.

I primi sono i *grants* più restrittivi e condizionanti gli Stati: essi sono concessi attraverso una procedura competitiva, possono essere utilizzati per specifiche attività determinate in dettaglio dal livello centrale e presentano più condizioni rispetto a tutti gli altri tipi di *grants*. Lo sviluppo dei *categorical grants* si può far risalire al *Morrill Act* nel 1862. Come si è già avuto modo di vedere, in base a questo atto, il Congresso ha concesso parti del pubblico suolo agli Stati, affinché fossero da questi ultimi venduti così da provvedere, con i proventi in tal modo ottenuti, all'istituzione di Università dedite alla formazione agricola e delle arti meccaniche.

Sebbene i *land grants* possano essere considerati le prime forme di *categorical grants*, essi mancavano di alcune caratteristiche divenute nel tempo essenziali: per esempio, essi non presentavano condizioni di tipo amministrativo, non imponevano alcun meccanismo di *audit* e rapporti con le rilevanti agenzie federali. Una significativa evoluzione nella struttura e nella gestione dei *categorical grants* si ha, come prevedibile, nel periodo del *New Deal* e, in particolare, con il *Social Security Act* del 1935, che rimane il fondamento del sistema di *welfare* americano. Nell'ambito del *Social Security Act* sono stati stabiliti *categorical grants* rivolti all'assistenza agli anziani, ai ciechi, ai non autosufficienti, ai figli, nonché indennità di disoccupazione e a tutela della salute materna e dei bambini.

⁷⁹ *Ivi*, p. 1194.

In particolare si trattava di *formula grants*, in cui il bisogno finanziario dello Stato era uno dei fattori inclusi nelle formule che determinavano l'entità dei finanziamenti legati ai diversi programmi di sicurezza sociale. La crescita dei *categorical grants* ha visto un costante *trend*, in particolare nel periodo dal 1939 al 1963, in cui si è assistito all'elaborazione di nuovi programmi e alla crescita della spesa federale, in linea con la trasformazione dal modello federale duale a quello cooperativo.

Tale crescita ha influito anche sulla elaborazione di diverse tipologie di *categorical grants*: essi, infatti, si possono distinguere al loro interno in quattro ulteriori sottotipi, che definiscono idealmente un *continuum* rispetto al grado di condizionamento che impongono agli Stati e alla discrezionalità che viene lasciata a questi ultimi e alla Federazione.

La prima sottocategoria che viene in rilievo è quella dei *project categorical grants*: essi sono fondi che vengono assegnati dalle agenzie federali sulla base di proposte progettuali presentate dagli aspiranti beneficiari.

A questi si aggiungono i *formula project grants*, i quali sono simili ai primi, con la sola differenza che i fondi sono allocati prima ai singoli Stati e, dunque, il processo di selezione dei progetti avviene tutto a livello delle agenzie statali.

I *formula categorical grants* sono, invece, distribuiti dal governo federale ai beneficiari attraverso formule di allocazione prestabilite.

Infine, gli *open-end reimbursement categorical grants* sono allocati sulla base dei costi effettivi di un determinato programma.

Accanto ai *categorical grants*, a partire dal 1966, anno segnato dalla proliferazione della spesa federale verso gli Stati, si sono stati sviluppati, come varianti dei *categorical grants*, i c.d. *block grants*, con i quali il governo federale destina agli Stati fondi per assisterli e guidarli nel perseguimento di obiettivi di ampio respiro, come lo sviluppo delle comunità, la sanità, l'ambiente. Rispetto ai *categorical grants*, agli Stati è lasciata grande autonomia di implementazione e gli Stati sono esentati da una serie di condizioni di tipo amministrativo comuni ai *grants* più vincolanti, basati su specifici e puntuali progetti.

I primi due *block grants*, il *Partnership for Health program*, approvato nel 1966 e il *Safe Streets program*, creato nell'ambito dell'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* del 1968, sono stati introdotti sotto la presidenza Johnson.

Nel tempo, in particolare nella fase del c.d. *New Federalism*⁸⁰ tra il 1969 e il 1975, i *block grants* si sono diffusi maggiormente, senza mai tuttavia soppiantare il primato del numero dei *categorical grants*. Vale la pena menzionare il *block grant* introdotto dalle modifiche al Titolo XX del *Social Security Act*, il quale ha ampliato l'autonomia statale nell'offerta di servizi sociali sulla base dei fabbisogni di carattere locale.

Nonostante l'affermazione dei *block grants* negli anni Sessanta, i *categorical grants* rimasero sempre quelli quantitativamente più significativi: si stima che nel 1975 i *categorical grants* rappresentassero ancora il 75% di tutta l'assistenza federale.

In questo stesso periodo, il quale segna, come vedremo, anche la trasformazione del federalismo da cooperativo a coercitivo, si afferma, infine, la terza tipologia di *federal grants* che, a differenza delle altre fattispecie, non presenta regimi di condizionalità e lascia ampi margini di discrezionalità in capo agli Stati: si tratta della *general revenue sharing*. Tale tipo di fondi prevede l'allocazione di risorse agli Stati sulla base di formule predefinite (senza dunque che sia richiesto agli Stati una particolare attività progettuale), senza particolari oneri amministrativi per la gestione degli stessi. Il *general revenue sharing program* è stato attivo, tuttavia, solo tra il 1972 e il 1980 rispetto agli Stati e fino al 1986 rispetto ai governi locali.

Come si vede, tra la fine degli anni Sessanta e gli anni Settanta si assiste alla più significativa trasformazione del sistema di *grants-in-aid*, sia in termini quantitativi sia in termini qualitativi, con la creazione di varianti sempre più sofisticate di meccanismi, che definiscono un *continuum* ai cui estremi vi sono, rispettivamente, i *project categorical grants* e i *general shared revenue grants*.

L'evoluzione del sistema di *grants-in-aid* ha accompagnato, essendone una delle determinanti insieme all'uso della *federal preemption* e dei *federal mandates*, anche il passaggio dal modello cooperativo ad un modello che la dottrina ha definito coercitivo.

⁸⁰ R.L. COLE-D.A. TAEBEL, *The New Federalism: Promises, Programs, and Performance*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 16(1), 1986, p. 3 ss.; D. KENNY-A. PIN, *Sovranità e Federalismo*, in G. D'IGNAZIO (a cura di), *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 2020, p. 175 ss.

Se il modello cooperativo si basa, infatti, sull'idea di una condivisione di informazioni ed esperienze in vista del perseguimento di obiettivi condivisi e, in ultima analisi, sulla negoziazione⁸¹ tra i diversi livelli di governo, la dottrina si è chiesta come tale modello possa essere compatibile con il crescente utilizzo di strumenti coercitivi (*de facto*), quali, oltre al fenomeno dei *federal mandates*, alcune tipologie di *grants-in-aid*: «How adequately does the theory of cooperative federalism explain the use of regulatory powers by Congress to remove totally or partially discretionary authority from states, to impose mandates and restraints on these polities, and to employ crossover and tax sanctions to persuade states to implement national policies?»⁸².

6. *Il sorgere del federalismo coercitivo*

Il periodo che si estende dal *New Deal* fino alla fine degli anni Settanta, come abbiamo visto, è segnato dall'affermarsi di un modello federale cooperativo che ha profondamente trasformato le relazioni intergovernative tra Stati e Federazione.

Tuttavia, durante gli anni Settanta una nuova trasformazione del modello federale si è imposta: la tendenza, determinata dall'affermarsi del federalismo cooperativo, ad una significativa interferenza della Federazione nelle sfere di *policy* degli Stati si è ulteriormente evoluta, in un senso non più volto a stimolare la compartecipazione dei diversi livelli di governo ma, al contrario, ad imporre, attraverso forme intrusive di regolazione, la supremazia delle scelte di politica federale su quelle degli Stati.

Questa trasformazione è avvenuta, in particolare, tra gli anni Settanta e Ottanta⁸³ ed è stata segnata da alcuni fenomeni chiaramente identificati

⁸¹ D. ELAZAR, *Cooperative Federalism*, cit., p. 73.

⁸² J.F. ZIMMERMAN, *National-State Relations: Cooperative Federalism in the Twentieth Century*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 31(2), 2001, p. 15 ss.

⁸³ P. POSNER, *The Politics of Coercive Federalism in the Bush Era*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 37(3), 2007, p. 390 ss.

dalla dottrina che ha coniato la definizione di federalismo coercitivo⁸⁴ o di federalismo regolatorio⁸⁵.

Secondo Kincaid, il federalismo coercitivo è segnato, innanzitutto, dal crescente ricorso a stringenti condizioni poste ai *grants* federali, condizioni che consentono al governo federale di raggiungere obiettivi ritenuti di rilievo nazionale, ma che esorbitano dai poteri costituzionalmente attribuiti al Congresso. Non solo, spesso si tratta di “*crossover conditions*”, ovvero di condizioni che non sono collegate alle finalità del programma di finanziamento. Il caso più emblematico è *South Dakota v. Dole*: la questione riguardava un programma federale che forniva finanziamenti agli Stati per la costruzione delle autostrade, finanziamento che risultava condizionato dal rispetto del requisito circa l'introduzione dell'età minima di 21 anni per l'acquisto di alcolici.

Un altro aspetto tipico del federalismo coercitivo è l'utilizzo di finanziamenti assegnati agli Stati per progetti estremamente specifici, limitando così la discrezionalità statale nel perseguire determinate *policies*. Si tratta dei cosiddetti *earmarked funds*, che sono stati sostanzialmente proibiti dal Congresso nel 2011 – attraverso una moratoria concordata dai partiti Democratico e Repubblicano in sede parlamentare – e reintrodotti dal Congresso stesso nel 2021, attraverso un superamento della precedente “sospensione” di tale pratica⁸⁶.

⁸⁴ J. KINCAID, *From Cooperative to Coercive Federalism*, cit., p. 139 ss.

⁸⁵ Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Regulatory Federalism: Policy, Process, Impact, and Reform*, Washington, 1984. La Commissione ha chiaramente sottolineato il cambiamento nella natura dei rapporti tra Federazione e Stati a cavallo degli anni Settanta e Ottanta, *ivi*, p. 246: «During the 1960s and 1970s, state and local governments for the first time were brought under extensive federal regulatory controls [...]. Over this period, national controls have been adopted affecting public functions and services ranging from automobile inspection, animal preservation and college athletics to waste treatment and waste disposal. In field after field the power to set standards and determine methods of compliance has shifted from the states and localities to Washington».

⁸⁶ Congressional Research Service, *Lifting the Earmark Moratorium: Frequently Asked Questions* (3 dicembre 2020), p. 1: «any congressionally directed spending, tax benefit, or tariff benefit be considered an earmark if it would benefit a specific entity or state, locality, or congressional district other than through a statutory or administrative formula or com-

Anche l'utilizzo dei *federal mandates* è stato associato all'emersione del federalismo coercitivo. I *federal mandates*⁸⁷ sono ordini che provengono dalla Federazione che impongono in capo agli Stati o ai governi locali l'obbligo di perseguire uno specifico obiettivo, di intraprendere una certa azione esecutiva o di adottare una determinata legislazione⁸⁸. È significativo notare come la crescita dei *federal mandates* sia stata esponenziale: da 1 mandato nel 1931, si è passati a 9 nel periodo 1964-69, fino a 27 negli anni Ottanta⁸⁹. È altresì interessante evidenziare, in via incidentale, che questa evoluzione del federalismo sembra mostrare una certa indipendenza o indifferenza rispetto ai “*cycles of constitutional time*” recentemente teorizzati da Balkin⁹⁰, attraverso i quali l'autore scandisce e spiega la storia costituzionale americana.

Tra i casi più interessanti di *federal mandates* vi è il *Safe Drinking Water Amendment* del 1986 che vietava la presenza di piombo nelle tubature dell'acqua potabile. La legge, tuttavia, non regolava in dettaglio gli aspetti relativi alla sostituzione e al controllo delle tubature, ma demandava agli Stati di adottare tali discipline attraverso una normativa statale *ad hoc*. La

petitive award process». Cfr. D. EVANS, *Pork Barrel Politics*, in G.C. EDWARDS III, F.E. LEE-E. SCHICKLER (a cura di), *The Oxford Handbook of The American Congress*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 315 ss. e T. FINNIGAN, *All About Pork: The Abuse of Earmarks and the Needed Reforms*, in Policy Briefing Series, 7 marzo 2007.

⁸⁷ M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia*, Jovene, Napoli, 1996, p. 183.

⁸⁸ Si veda R. MCCURLEY, *Federally Mandated State Legislation*, National Conference of State Legislatures, Denver, 1990.

⁸⁹ J. KINCAID, *The rise of coercive federalism in the United States: dynamic change with little formal reform*, in G. APPLEBY-N. ARONEY-T. JOHN (a cura di), *The Future of Australian Federalism. Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 174.

⁹⁰ J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2020. L'Autore ritiene *ivi*, p. 5, che i cicli costituzionali «arise through the interaction of political will with institutional structures. People cause these cycles through mobilization, organization, and the exercise of political will in a particular institutional environment. The institutions shape the actions, while the effects of the actions slowly remake the institutions». Balkin individua così tre cicli costituzionali: “the rise and fall of political regimes”, “polarization and depolarization”, “decay and renewal of republican government”, *ivi*, p. 6 ss

legge, tuttavia, stabiliva anche una sanzione in caso di inadempienza statale: in questo caso, infatti, l'agenzia federale «may withhold up to 5 percent of Federal funds available to that State for State program grants»⁹¹. Come evidenzia Comba, «il Governo federale ha dunque a disposizione uno strumento coattivo estremamente incisivo per costringere lo Stato ad esercitare non solo un'attività amministrativa di esecuzione delle norme federali, ma addirittura il suo proprio potere legislativo»⁹².

I *federal mandates* possono essere accompagnati da finanziamenti federali oppure possono essere totalmente svincolati da aiuti da parte della Federazione, ponendo così l'onere non solo esecutivo, ma anche finanziario, interamente in capo agli Stati⁹³. La pratica degli *unfunded mandates*⁹⁴ ha caratterizzato il periodo che va dagli anni Settanta agli anni Ottanta e ha accompagnato la tendenza del governo federale ad utilizzare sempre di più «new, more intrusive, and more compulsory programs and regulations that required compliance under the threat of civil or criminal penalties, imposed federal fiscal sanctions for failure to comply with the

⁹¹ S.124 – *Safe Drinking Water Act Amendments of 1986*.

⁹² M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia*, cit., p. 185.

⁹³ La problematicità del sistema si coglie da quanto affermato dalla *U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations* nel *Report The Role of Federal Mandates in Intergovernmental Relations* del gennaio 1996: «In recent years, federal involvement has taken the form of direct orders to meet federal requirements, often with no federal financial assistance. The extensive and complex nature of this involvement is illustrated by the following examples: More than 200 separate mandates were identified to ACIR by state and local governments, involving about 170 federal laws reaching into every nook and cranny of state and local activities. The ACIR Report, *Federal Court Rulings Involving State, Local, and Tribal Governments: Calendar Year 1994*, identified 3.500 decisions involving state and local governments, relating to more than 100 federal laws. State and local officials must comply with 33 federal laws to receive non-construction federal grants. These numbers provide a dramatic picture of the cumulative effects of federal laws on state and local governments. They also confirm the need for better definition of the appropriate working relationships between the partners in the federal system. Relief from existing federal mandates will be especially important if state and local governments are to assume greater responsibilities from federal devolution».

⁹⁴ T. CONLAN, *Federally induced Costs affecting State and Local Governments*, U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations, Washington, 1994.

programs' requirements, or preempted state and local government authority to act in the area»⁹⁵.

A questa problematica ha sopperito, in parte, l'*Unfunded Mandates Reform Act*⁹⁶ del 1995 che è stato introdotto, alla luce delle pressioni degli Stati, dei governi locali e dei privati⁹⁷, proprio con l'obiettivo di limitare il numero di mandati federali non finanziati imposti dal governo federale ai governi statali e locali e di rafforzare la *partnership* e le comunicazioni tra il governo federale e gli Stati.

Infine, dal punto di vista legislativo, il più classico strumento che segna l'affermazione del federalismo coercitivo è l'uso massiccio della *federal preemption*, in forza della quale si ritiene – tradizionalmente sulla base della *Supremacy Clause* di cui all'art. VI, § 2, Cost.⁹⁸ – che la legge federale prevale, in caso di contrasto, su quella statale⁹⁹.

⁹⁵ Congressional Research Service, *Unfunded Mandates Reform Act: History, Impact, and Issues*, 17 luglio, 2020, p. 2.

⁹⁶ D.E. TROY, *The Unfunded Mandates Reform Act of 1995*, in *Administrative Law Review*, 49(1), 1997, p. 139 ss.

⁹⁷ In particolare l'attività di *lobbying* è stata condotta dalla *National League of Cities* (NLC), dalla *U.S. Conference of Mayors* (USCM) e dalla *National Association of Counties* (NACO). A queste associazioni si sono poi aggiunte anche diverse imprese, rappresentate dalla *Chamber of Commerce*.

⁹⁸ «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; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding». Cfr. *Congressional Research Service, Federal Preemption: A Legal Primer*, 23 luglio 2019.

⁹⁹ R.R.M. VERCHICK-N. MENDELSON, *Preemption and Theories of Federalism*, in W. BUZBEE (a cura di), *Preemption Choice: The Theory, Law, and Reality of Federalism's Core Question*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 13 ss. e S.A. GARDBAUM, *Nature of Preemption*, in *Cornell Law Review*, 79, 1994, p. 770-771, il quale tuttavia distingue tra "*federal supremacy*" e "*preemption*": da un lato, «the supremacy of federal law means that valid federal law overrides otherwise valid state law in cases of conflict between the two. In itself, federal supremacy does not deprive states of their preexisting, concurrent lawmaking powers in a given area; rather, it means that a particular state law in conflict with a particular federal law will be trumped in cases where both apply»; dall'altro, «preemption, by contrast, means (a) that states are deprived of their power to act at all in a given area, and (b) that this is so whether or not state law is in

Il federalismo coercitivo rappresenta oggi il modello prevalente nell'assetto dei rapporti Stato e Federazione, pur permanendo aspetti riconducibili al federalismo cooperativo e anche tratti di dualismo.

Esso risponde anche a diverse finalità rispetto ai due precedenti modelli. Come afferma Kincaid: «coercive federalism has been marked predominantly by considerations of national public policy, shaped largely by concerns about national and regional externalities and individual rights. As a result, federal power penetrates deeply into state and local affairs. Dual federalism was marked predominantly by issues of constitutional balance [...]. Cooperative federalism was marked largely by concerns about processes of federal-state-local interaction able to bridge the constitutional abyss between federal and state powers so as to promote nationwide policies but not necessarily national power»¹⁰⁰.

Un aspetto particolarmente interessante relativo al federalismo coercitivo riguarda proprio gli ambiti di *policy* in cui esso si è affermato. Come rileva attenta dottrina, infatti, «coercive federalism emerged as the dominant contemporary element mainly as a national political response to social movements demanding deep federal interventions into state and local politics in order to protect individual rights, the environment, and other social goods and also mitigate negative externalities (e.g., air pollution) while fiscally enticing states into redistributive programs despite redistribution being more properly a federal function»¹⁰¹.

Il federalismo coercitivo vede, dunque, proprio negli ambiti relativi alla sanità, alla tutela dell'ambiente e all'istruzione, la sua massima espressione, con l'utilizzo, su tutti, dei *grants-in-aid* condizionati e con l'utilizzo, talvolta, di *crossover sanctions*, come nel caso che ha dato vita all'*unconstitutional conditions test*.

conflict with federal law. When states lose their concurrent lawmaking powers through preemption by Congress, the issue of potential substantive conflict between the content of valid state and federal laws is simply not reached, for the state no longer has power to legislate at all in the given area».

¹⁰⁰ J. KINCAID, *From Dual to Coercive Federalism in American Intergovernmental Relations*, in J.S. JUN-D.S. WRIGHT (a cura di), *Globalization and Decentralization: Institutional Contexts, Policy Issues, and Intergovernmental Relations in Japan and the United States*, Georgetown University Press, Washington D.C., 1996, p. 29.

¹⁰¹ R. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance*, McGraw-Hill, New York, 1959.

6.1. *L'elaborazione della unconstitutional conditions doctrine: il Dole test*

Il caso *South Dakota v. Dole*¹⁰² rappresenta il *leading case* in materia di *conditional spending power* e dei suoi limiti: esso è stato definito «the foundation of the modern conditional spending doctrine»¹⁰³. Con esso la Corte Suprema ha elaborato un test, non scevro da critiche¹⁰⁴, per valutare la costituzionalità delle condizioni poste in programmi di finanziamento federali, test che ancora oggi rappresenta il punto di riferimento del tema in oggetto, ripreso ed elaborato nel caso dell'*Affordable Care Act*.

Nel 1984 il Congresso ha approvato una legge¹⁰⁵ che delegava il Segretario ai Trasporti a sottrarre il 5% dei fondi federali destinati allo sviluppo del sistema autostradale – volti anche a migliorare la sicurezza del sistema di autostrade interstatale – a quegli Stati che non avessero fissato l'età minima per il consumo di alcolici a 21 anni.

Il South Dakota ha impugnato tale previsione di fronte alla Corte Suprema, lamentando che la diminuzione di fondi alla luce della condizione posta (età per il consumo di alcolici) rappresentasse un esercizio “*ultra vires*” del potere federale di spesa. Non solo, ma tale previsione violava anche il XXI Emendamento, che proibisce al Congresso di regolamentare direttamente i limiti d'età per l'assunzione di alcolici.

La Corte, nel valutare le doglianze statali, elabora quello che sarebbe stato poi nominato il *Dole test*, enucleando 4 elementi fondamentali al fine di valutare l'incostituzionalità di condizioni rispetto alla fruizione di fondi federali. Innanzitutto la Corte, riprendendo la giurisprudenza pregressa, afferma la necessità di un legame tra i fondi federali ed il perseguimento dell'obiettivo del “*general welfare*”. In questa valutazione la Corte

¹⁰² *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, cit.

¹⁰³ D.S. COHEN, *A Gun to Whose Head? Federalism, Localism, and the Spending Clause*, in *Dickinson Law Review*, 123, 2019, p. 436.

¹⁰⁴ L.A. BAKER-M.N. BERMAN, *Getting Off the Dole: Why the Court Should Abandon Its Spending Doctrine, and How a Too-Clever Congress Could Provoke It to Do So*, in *Indiana Law Journal*, 78, 2003, p. 459 ss.

¹⁰⁵ 23 U.S.C. §158.

esprime una certa deferenza rispetto alle valutazioni del Congresso, laddove afferma che «courts should defer substantially to the judgment of the Congress»¹⁰⁶.

Il secondo elemento individuato dalla Corte riguarda la natura delle condizioni: esse devono essere chiare e univoche affinché gli Stati possano esercitare la loro scelta consciamente, consapevoli delle conseguenze della loro partecipazione o meno al programma di aiuti federali.

Il terzo elemento, rintracciabile nella giurisprudenza pregressa ma mai compiutamente elaborato¹⁰⁷, riguarda la correlazione delle condizioni poste con l'interesse federale in particolari progetti o programmi nazionali: se non è possibile rintracciare tale correlazione, le condizioni poste risultano essere illegittime.

Infine, le condizioni non possono essere in contrasto con gli articoli della Costituzione, con particolare riferimento al principio federale del X Emendamento. In particolare, l'incentivo finanziario offerto dal Congresso potrebbe essere così coercitivo da superare il punto in cui la pressione si trasforma in coercizione. Se, infatti, un programma si spinge oltre questa soglia, è da ritenersi incostituzionale.

La Corte vaglia la costituzionalità della previsione di legge in oggetto alla luce di queste quattro condizioni, giungendo a respingere le doglianze statali. I fondi relativi al sistema autostradale erano volti a perseguire, in maniera dichiarata, un obiettivo di interesse generale: circoscrivere i casi di guida in stato di ebbrezza, obiettivo che veniva ostacolato dai diversi limiti d'età per l'assunzione di alcolici nei singoli Stati.

Le condizioni stesse erano chiare e non ambigue. Anche le censure relative alla possibile violazione di altre norme costituzionali non hanno superato il test della Corte che non ha ravvisato una violazione né del XXI Emendamento, né del X Emendamento perché, per obiettivi di *general welfare*, il Congresso, attraverso la leva finanziaria, può regolare ambiti che vanno oltre le competenze enumerate all'Art. I della Costituzione.

Infine, nel caso di specie, la Corte ha anche escluso che si trattasse di

¹⁰⁶ *South Dakota v. Dole*, cit., p. 207.

¹⁰⁷ *Ivanhoe Irrigation Dist. v. McCracken*, 357 U.S. 275 (1958), p. 295: «The Federal Government may establish and impose reasonable conditions relevant to federal interest in the project and to the over-all objectives thereof».

una imposizione coercitiva: «here Congress has offered relatively mild encouragement to the States to enact higher minimum drinking ages than they would otherwise choose. But the enactment of such laws remains the prerogative of the States not merely in theory, but in fact. Even if Congress might lack the power to impose a national minimum drinking age directly, we conclude that encouragement to state action found in § 158 is a valid use of the spending power»¹⁰⁸.

Se il South Dakota avesse rifiutato di adeguare il limite d'età per l'assunzione di alcolici, avrebbe perso solo il 5% dei fondi destinati. Si tratta di un ammontare piuttosto modesto, che, secondo la Corte, non sarebbe suscettibile di tradursi in vera e propria coercizione: «[E]very rebate from a tax when conditioned upon conduct is in some measure a temptation. But to hold that motive or temptation is equivalent to coercion is to plunge the law in endless difficulties. The outcome of such a doctrine is the acceptance of a philosophical determinism by which choice becomes impossible. Till now, the law has been guided by a robust common sense which assumes the freedom of the will as a working hypothesis in the solution of its problems»¹⁰⁹.

Sebbene in *Dole* la Corte abbia offerto, anche attraverso un precipitato della giurisprudenza pregressa, uno schema per affrontare la questione delle *unconstitutional conditions* e del potere federale di spesa, alcuni punti rimangono ancora oscuri, tanto che parte della dottrina ha definito le conclusioni di *Dole* vacue e illogiche¹¹⁰.

Tra gli aspetti più delicati che rimangono tuttora di incerta interpretazione sembra opportuno sottolineare l'applicazione del *Dole test* alle condizioni poste dall'esecutivo (e non dal Congresso, cui *Dole* specificatamen-

¹⁰⁸ *South Dakota v. Dole*, cit., p. 211-212.

¹⁰⁹ *Ivi*, p. 211.

¹¹⁰ S.R. BAGENSTOS, *Spending Clause Litigation in the Roberts Court*, in *Duke Law Journal*, 58, 2008, p. 368; D.F. ENGSTROM, *Drawing Lines Between Chevron and Pennhurst: A Functional Analysis of the Spending Power, Federalism, and the Administrative State*, in *Texas Law Review*, 82, 2004, p. 1200-1201 («the “coercion” concept touched upon in *Dole* and earlier cases is notoriously slippery both as a matter of political theory and of legal doctrine»); T.R. MCCOY-B. FRIEDMAN, *Conditional Spending: Federalism's Trojan Horse*, in *Supreme Court Review*, 1988, p. 123. *Contra*, D.M. SPENCER, *Sanctuary Cities and the Power of the Purse*, cit.

te si riferiva) e la determinazione del limite tra coercizione e incoraggiamento federale, aspetto, quest'ultimo, che ha trovato un nuovo banco di prova nella travagliata giurisprudenza sull'*Affordable Care Act* (ACA), che si affronterà nei paragrafi a seguire.

6.2. *La condizionalità nell'Affordable Care Act*

Il tema delle *unconstitutional conditions* si intreccia anche con una delle questioni più spinose del diritto costituzionale americano dell'ultimo decennio: la riforma sanitaria voluta dal Presidente Obama (l'*Affordable Care Act* – ACA) che prevedeva, tra le altre misure¹¹¹, che tutti i programmi statali di *Medicaid* fossero estesi alla totalità della popolazione fino a 65 anni, il cui reddito non fosse superiore al 133% del livello di povertà federale.

Sin dalla sua origine¹¹², nel 1965, il *Medicaid* è un programma di cooperazione tra Federazione e Stati volto ad assicurare l'assistenza sanitaria a milioni di americani, in particolare ai minori provenienti da famiglie molto povere, alle donne incinte a basso reddito e ai disabili. Non si tratta di un programma generalista, ma destinato a specifiche categorie e con determinati requisiti. Fin dall'inizio, la legge federale stabiliva il livello minimo di copertura e lasciava agli Stati una certa flessibilità nella decisione di estendere la copertura a diverse categorie di cittadini sulla soglia della povertà.

Come osserva Chiara Bologna, «il *Medicaid* costituisce in particolare un caso di *open-ended matching grant*, in quanto la Federazione si impegna con un fondo *open-ended*, “a stanziamento aperto”, a coprire una percentuale dei costi del programma, qualunque essi siano; contemporaneamente, però, gli enti percipienti, cioè gli Stati, si impegnano a soste-

¹¹¹ A.R. GLUCK-T. SCOTT-RAILTON, *Affordable Care Act Entrenchment*, in *The Georgetown Law Journal*, 108, 2020, p. 495 ss.; C. BOLOGNA, *Il caso Sebelius sulla riforma sanitaria: il federalismo alla prova dell'accountability*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2013, p. 371 ss.

¹¹² Come è noto, il *Medicaid* è stato istituito nel 1965 quale parte dell'agenda del Presidente Johnson segnata dal tema della *Great Society*. Si tratta, ad oggi, di uno dei più corposi *federal grant* che copre, in media, il 15% dei *budget* degli Stati.

neri i restanti costi del programma attraverso la “sovrapposizione”, il *matching* appunto, di fondi propri a quelli nazionali»¹¹³.

A partire dal 1982, tutti gli Stati avevano scelto di partecipare al *Medicaid*. I fondi federali ricevuti attraverso il programma *Medicaid* sono così diventati una parte sostanziale dei bilanci statali, costituendo ora oltre il 10% delle entrate totali della maggior parte degli Stati. L'*Affordable Care Act* interveniva a scardinare questo equilibrio, chiedendo agli Stati di estendere il *Medicaid* a tutti i cittadini sotto un certo limite d'età e prossimi alla soglia della povertà.

Alla luce dell'ACA, il governo federale si impegnava a contribuire all'estensione della platea di eleggibili al *Medicaid* per il 100% dei costi per i primi anni (fino al 2016) e al 90% nei successivi anni.

Sebbene l'offerta fosse vantaggiosa, all'indomani dell'entrata in vigore dell'ACA, 26 Stati hanno promosso un ricorso presso la Corte Suprema, lamentando che l'espansione del programma *Medicaid*, non dando la possibilità agli Stati di rifiutarla, costituisca una illegittima forma di coercizione e non una forma di invito o di legittima pressione. In caso di rifiuto di estensione del *Medicaid*, infatti, gli Stati venivano sanzionati con il ritiro di tutti i fondi federali legati al programma stesso.

Nella sentenza sull'ACA, la Corte Suprema ha dichiarato, per la prima volta nella sua storia, un programma federale illegittimamente coercitivo e come tale incostituzionale¹¹⁴. Come ha affermato *Justice* Ginsburg nella sua *dissenting opinion*, «[F]or the first time ever the Court finds an exercise of Congress' spending power unconstitutionally coercive»¹¹⁵.

L'opinione di maggioranza, sottoscritta da sette giudici della Corte (oltre che da Roberts e dai giudici conservatori anche da Breyer e Kagan), fornisce un interessante affresco dello *status quo* del dibattito dottrinale circa la natura della condizionalità federale e dei problemi ancora irrisolti che essa pone¹¹⁶.

¹¹³ C. BOLOGNA, *Il caso Sebelius sulla riforma sanitaria: il federalismo alla prova dell'accountability*, cit., p. 376.

¹¹⁴ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).

¹¹⁵ Ginsburg, J., concurring in the judgment in part, and dissenting in part, p. 39 (slip op.).

¹¹⁶ L.H. TRIBE-J. MATZ, *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*, Henry Holt, New York, 2014, p. 256.

In particolare, la Corte sottolinea la natura contrattuale dell'esercizio del potere di spesa da parte del Congresso, la cui legittimità «thus rests on whether the State voluntarily and knowingly accepts the terms of the 'contract'»¹¹⁷.

Il rispetto di questa limitazione è fondamentale per garantire che l'esercizio dello *spending power* federale non pregiudichi lo *status* degli Stati come sovrani indipendenti nel sistema federale, basato «on what might at first seem a counterintuitive insight, that 'freedom is enhanced by the creation of two governments, not one'»¹¹⁸.

Per questo motivo, continua il giudice Roberts, «the Constitution has never been understood to confer upon Congress the ability to require the States to govern according to Congress' instructions. [...] Otherwise the two-government system established by the Framers would give way to a system that vests power in one central government, and individual liberty would suffer»¹¹⁹.

Nel caso di specie, l'esercizio del potere di spesa federale, non costituisce semplicemente un incoraggiamento ad estendere il *Medicaid* secondo le preferenze federali, ma si tratterebbe di una "*gun to the head*"¹²⁰ nei confronti degli Stati. Uno Stato, infatti, che si rifiutasse di ottemperare alla richiesta federale di espandere la copertura sanitaria, rischia di perdere non solo una percentuale relativamente piccola dei suoi finanziamenti esistenti, ma la loro totalità.

Infatti, la spesa per *Medicaid* rappresenta oltre il 20% del *budget* totale medio dello Stato, con i fondi federali che coprono dal 50 all'83% di tali costi. Si tratta dunque di una situazione ben diversa da quella affrontata dalla Corte in *Dole*, laddove la minaccia di vedersi sottratto meno dell'1% del *budget* statale nel caso del South Dakota aveva comunque lasciato quest'ultimo nella possibilità di rifiutare la politica e le condizioni poste dal Congresso.

Diversamente, la minacciata perdita di oltre il 10% del *budget* com-

¹¹⁷ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, cit., p. 47 (Opinion of Roberts, C.J.).

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

plativo di uno Stato, è un freno economico che non lascia agli Stati alcuna reale opzione se non quella di acconsentire all'espansione del *Medicaid*.

La sentenza in esame, se certamente contribuisce a definire ulteriormente i confini e i limiti della *spending clause* e della condizionalità federale, lascia ancora aperti diversi interrogativi¹²¹, come per esempio quello riguardante la concreta determinazione dell'azione *ultra vires* del Congresso: la Corte non ha stabilito una percentuale del *budget* dello Stato come soglia per determinare la natura coercitiva o meno di una condizione; non ha nemmeno affrontato le possibili asimmetrie che potrebbero insorgere, tra uno Stato significativamente colpito dalla "minaccia" federale di sottrazione dei fondi e un altro Stato meno interessato dallo stesso programma. Si tratta di problematiche che rimangono aperte e anzi si possono riscontrare anche in sistemi che hanno più di recente introdotto forme di finanziamenti condizionati, come il caso europeo.

7. *La definizione di un nuovo assetto federale? Il federalismo punitivo*

Una nuova fase del federalismo americano sembra essersi aperta nel corso della Presidenza Trump, segnata da un contesto di polarizzazione politica e da una elevata conflittualità tra Federazione e Stati. Come affermano Goelzhauser e Konisky, commentando le tendenze del federalismo americano nel biennio 2019-2020, esso è caratterizzato da «polarization and punitiveness»¹²².

Il federalismo polarizzato è una categoria, per lo più utilizzata dagli scienziati della politica, introdotta per descrivere le più recenti tendenze che riguardano lo *status* delle relazioni intergovernative tra Stati e Federa-

¹²¹ Vedi M.N. BERMAN, *Coercion, Compulsion, and the Medicaid Expansion: A Study in the Doctrine of Unconstitutional Conditions*, in *Texas Law Review*, 91, 2013, p. 1283 ss. e L.A. BAKER, *The Spending Power After NFIB v. Sebelius*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 37(1), 2013, p. 71 ss.

¹²² G. GOELZHAUSER-D.M. KONISKY, *The State of American Federalism 2019-20: Polarized and Punitive Intergovernmental Relations*, cit., p. 311.

zione in tempi di accentuata polarizzazione politica¹²³.

Il federalismo punitivo può essere, invece, considerato una declinazione estrema del federalismo coercitivo. Come abbiamo visto, quest'ultimo si caratterizza per l'utilizzo della leva finanziaria e altri strumenti regolatori per influenzare le scelte di *policy* degli Stati e rimane nel quadro costituzionale fintanto che l'esercizio di tale potere non abbia natura coercitiva. Nella sua declinazione punitiva assistiamo all'utilizzo della minaccia della sospensione del sostegno finanziario e ad altre forme sanzionatorie nel caso in cui gli Stati si rifiutino di aderire agli indirizzi dettati dal livello federale o addirittura adottino politiche contrarie agli stessi.

I conflitti tra diversi livelli di governo non sono, ovviamente, una novità della presidenza Trump. Tuttavia, è indubbio che nel corso del mandato di Trump si sia assistito a una decisa accentuazione del carattere conflittuale del federalismo americano, attraverso, appunto, lo sviluppo di forme di "*retaliation*", sia da parte del governo federale che da parte degli Stati. Se da un lato ciò è da imputare, come già affermato, alla crescente polarizzazione politica e sociale americana, dall'altra, come osserva Giacomo Delledonne, «un elemento fattuale che favorisce questa tendenza è il moltiplicarsi degli Stati in cui un partito controlla sia l'esecutivo, sia i due rami dell'organo legislativo, spesso con *super-majorities* dei due terzi dei seggi»¹²⁴.

Si tratta, come nota ancora Delledonne, di una tendenza già affermata nel corso della presidenza Obama, in cui «soltanto dodici Stati su cinquanta erano retti da un *divided government*, come non accadeva dal 1952»¹²⁵. Con l'avvento di Trump, sebbene in termini assoluti il fenomeno sia diminuito, tra gli Stati che esprimevano un Governatore e i due rami del Legislativo a trazione democratica vi erano la California e lo Sta-

¹²³ Si vedano, tra gli altri, T. CONLAN, *Intergovernmental Relations in a Compound Republic: The Journey from Cooperative to Polarized Federalism*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 47(2), 2017, p. 171 ss.; G. GOELZHAUSER-D.M. KONISKY, *The state of American Federalism 2018-2019: Litigation, partisan polarization, and the administrative presidency*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 49(3), 2019, p. 379 ss.

¹²⁴ G. DELLEDONNE, *Uso e abuso delle relazioni finanziarie intergovernative durante il mandato di Donald Trump*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2, 2022.

¹²⁵ *Ibidem*.

to di New York¹²⁶, ovvero Stati molto popolosi e di peso nel quadro delle relazioni intergovernative.

Dal punto di vista poi degli ambiti di *policy* in cui si è sviluppata questa forma estrema di conflitto, vi sono diversi e ampi settori: le politiche ambientali, i diritti riproduttivi, la regolazione dell'immigrazione, la sanità. In alcuni di questi casi, una delle caratteristiche più salienti è data dal fatto che il federalismo punitivo si esercita proprio attraverso la minaccia della sospensione dei *grants* federali nei confronti degli Stati che non ottemperano alle indicazioni federali o deliberatamente se ne discostano.

Anche alla luce della giurisprudenza in tema *unconstitutional conditions* e di limiti al potere coercitivo della Federazione, ci si può chiedere se tale prassi rientri o meno negli argini del costituzionalmente legittimo. Per affrontare questo profilo, un'interessante prospettiva è quella offerta dalla giurisprudenza in tema di *sanctuary cities*.

7.1. Sanctuary cities e federalismo punitivo

Una delle manifestazioni più evidenti del federalismo punitivo è rappresentato dal caso delle c.d. città santuario.

Pur non essendovi una definizione normativa delle *sanctuary cities*, esse si possono definire come quelle città che, in materia di immigrazione, si rifiutano di cooperare con il livello federale, che imporrebbe loro di controllare lo *status* degli immigrati e nel caso di irregolarità di provvedere al loro rimpatrio¹²⁷. Le città santuario si pongono invece come luoghi che offrono protezione a queste fasce vulnerabili della popolazione in nome della tutela dei diritti umani¹²⁸, ma anche al fine di favorire la creazione

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ C.N. LASCH-R. LINUS CHAN-I.V. EAGLY-D.F. HAYNES-A. LAI-E.M. MCCORMICK-J.P. STUMPF, *Understanding "Sanctuary Cities"*, in *Boston College Law Review*, 2018, p. 1703 ss.

¹²⁸ Alcune di queste città vengono anche definite con l'appellativo di *Human Rights cities*. Si veda sul tema B. OOMEN, *Human Rights Cities: The Politics of Bringing Human Rights Home to the Local Level*, in J. HANDMAKER-K. ARTS (a cura di), *Mobilising International Law for 'Global Justice'*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 208 ss.; B. OOMEN-M. DAVIS-M. GRIGOLO (a cura di), *Global Urban Justice: The Rise of Human Rights Cities*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

di fiducia tra le comunità di immigrati e le autorità, di favorire lo sviluppo economico e di preservare l'ordine pubblico nelle città¹²⁹.

Non si tratta di un fenomeno nuovo nella politica locale americana¹³⁰, e può essere letto anche alla luce di un rinnovato ruolo delle città, che sempre più spesso svolgono funzioni di natura costituzionale¹³¹. Tuttavia, non vi è dubbio che il fenomeno delle città santuario abbia assunto una particolare rilevanza nell'ambito degli assetti federali americani, all'indomani dell'elezione di Donald Trump, il quale anche durante la campagna elettorale, aveva fatto del tema dell'immigrazione uno dei punti salienti del suo programma¹³².

La resistenza opposta dalle città santuario è resa possibile dal fatto che il governo federale non possiede un potere di *enforcement* rispetto alle leggi in tema di immigrazione, non potendo, alla luce della *anti-commandeering doctrine*, imporre alle amministrazioni statali di dare attuazione alle leggi contro la loro volontà¹³³. L'unica leva a disposizione del governo federale rimane quella rappresentata dall'utilizzo dei fondi federali (o della minaccia di toglierli), per indurre le città santuario a cooperare con l'amministrazione federale.

¹²⁹ Pare significativo menzionare che gli studi che hanno valutato la correlazione tra *sanctuary cities* e fenomeni di criminalità hanno dimostrato che il tasso di criminalità nelle *sanctuary cities* è significativamente inferiore rispetto alle *non-sanctuary cities*. Anche dal punto di vista economico, nelle *sanctuary cities* si registrano minori tassi di disoccupazione, redditi medi familiari più alti e minori tassi di povertà. Si veda, sul punto, T.K. WONG, *The Effects of Sanctuary Policies on Crime and the Economy*, Center for American Progress, Washington D.C., 2017.

¹³⁰ A. PIN, *Città-Stato e città-santuario: residenti o utenti?*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOLTOSECCI-A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 119 ss.

¹³¹ Si veda, tra i più recenti studi, E. ARBAN (a cura di), *Cities in federal constitutional theory*, Oxford University Press, Oxford, 2022; R. HIRSCHL, *City, State: Constitutionalism and the Megacity*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

¹³² G. CARVALE, *Donald Trump e le città santuario: aspetti della dialettica federazione-Stati*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, p. 26 ss.

¹³³ Cfr. *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992) e *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997). In dottrina, M.D. ADLER, *State Sovereignty and the Anti-Commandeering Cases*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 574(1), 2016, p. 158 ss.

È questa la strada percorsa da Trump, due settimane dopo la sua elezione: con l'*Executive order* n. 13768¹³⁴ il Presidente ha, infatti, disposto la sospensione dei fondi federali (senza specificare quali) alle *sanctuary cities* che rifiutassero di dare esecuzione alle leggi federali in tema di immigrazione.

A ciò si aggiunga che nel luglio 2017, in attuazione dell'*Executive order*, l'*Attorney General* ha introdotto una serie di condizioni *ulteriori*, connesse alla regolamentazione dell'immigrazione, nei fondi federali gestiti dal Dipartimento della Giustizia, l'*Edward Byrne Memorial Justice Assistance Grant (JAG Grant)*.

Si tratta del principale programma federale di finanziamento dei progetti locali relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale¹³⁵. Pare utile sottolineare che, con questo programma, «Congress did not intend to promote a “one size fits all” model of criminal justice. [...] Congress set up a formula that allocated grants, based on a state's population, for a range of purposes, including law enforcement, prosecution and court, prevention and education, and assistance – other than compensation – to crime victims and witnesses»¹³⁶.

Tre, in particolare, sono state le condizioni¹³⁷ ulteriori aggiunte dall'e-

¹³⁴ Executive Order 13768, *Enhancing Public Safety in the Interior of the United States*, 25 gennaio 2017.

¹³⁵ Come si legge nella presentazione del programma da parte del *Bureau of Justice Assistance* del Dipartimento di Giustizia, «The JAG Program provides states, tribes, and local governments with critical funding necessary to support a range of program areas including law enforcement, prosecution, indigent defense, courts, crime prevention and education, corrections and community corrections, drug treatment and enforcement, planning, evaluation, technology improvement, crime victim and witness initiatives, mental health programs and related law enforcement and corrections programs, including behavioral programs and crisis intervention teams, and implementation of state crisis intervention court proceedings and related programs or initiatives including, but not limited to, mental health courts, drug courts, veterans courts, and extreme risk protection order programs».

¹³⁶ P. MARGULIES, *Deconstructing 'Sanctuary Cities': The Legality of Federal Grant Conditions That Require State and Local Cooperation on Immigration Enforcement*, in *Washington and Lee Law Review*, 75, 2018, p. 1562.

¹³⁷ A ciò si aggiunga il requisito temporale richiesto per ottemperare alle nuove condizioni: le città dovevano infatti adeguarvisi entro sei settimane, ovvero entro il 5 settembre 2017.

secutivo per beneficiare di tale programma: la prima riguardava l'obbligo per le *sanctuary cities* di notificare agli ufficiali federali il rilascio di immigrati irregolari ricercati dalle autorità federali (*notice condition*); la seconda riguardava la possibilità per il personale afferente allo *Homeland Security Department* di avere accesso alle strutture ricettive per gli immigrati, al fine di interrogare questi ultimi circa i loro requisiti per rimanere legalmente sul territorio americano (*access condition*); infine, la terza condizione richiedeva alle città santuario di certificare la loro adesione ad una legge che proibiva agli Stati di limitare lo scambio di informazioni tra le agenzie statali e il *Department of Homeland Security* (*compliance condition*)¹³⁸.

Tanto l'*Executive order* quanto le ulteriori condizioni poste dall'*Attorney General* hanno sollevato la problematica questione, cui già si è accennato, circa l'applicabilità dei limiti dello *spending power* federale oltre che al Congresso anche all'esecutivo e circa la legittimità di nuove condizioni introdotte dall'esecutivo, anche laddove non esplicitamente autorizzato dal Congresso¹³⁹.

Sul tema, la giurisprudenza rimane piuttosto incerta. Mentre, come si è visto, rispetto al potere di spesa del Congresso si è formato un indirizzo giurisprudenziale consolidato, rispetto alla posizione dell'esecutivo non vi è possibile identificare una giurisprudenza concorde. Ciò emerge piuttosto nitidamente se si analizza la giurisprudenza scaturita dalla reazione delle *sanctuary cities* all'*Executive order* di Trump e alle nuove condizioni poste al *JAG program*.

¹³⁸ Come si legge nel *Backgrounder on Grant Requirements, Department of Justice*, del 25 luglio 2017, «8 U.S.C. § 1373 is a federal statute applicable to state and local governments that generally bars restrictions on communication between state and local agencies and officials at the Department of Homeland Security (and certain other entities) with respect to information regarding the citizenship or immigration status of any individual. In March 2016, the Department's Office of Justice Programs ("OJP") notified recipients of Byrne JAG grants of the requirement to comply with 8 U.S.C. § 1373. The Department has also announced that it will take all lawful steps to claw back any funds awarded to a jurisdiction that violates its grant agreement, including the condition to comply with section 1373».

¹³⁹ T.M. MASSARO-S. MILCZAREK-DESAI, *Constitutional Cities, Sanctuary Jurisdictions, Local Voice, and Individual Liberty*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 50, 2018, p. 1 ss.

7.2. *La giurisprudenza relativa alle sanctuary cities*

L'*Executive order* n. 13768 e le misure disposte per la sua attuazione, hanno innescato una serie di contenziosi giudiziari promossi dalle città e dalle contee destinatarie di tali atti. È possibile individuare due diverse ondate di ricorsi: la prima, immediatamente successiva all'*Executive order*; la seconda, più cospicua, in reazione alle nuove condizioni poste al JAG dal *Department of Justice*.

Entrambi questi atti sono stati oggetto di diversi ricorsi presso le Corti federali distrettuali¹⁴⁰ e presso le Corti d'appello federali.

Sebbene nei ricorsi si possano distinguere profili diversi, due sono gli aspetti più rilevanti su cui le Corti sono state chiamate ad esprimersi: il primo riguardava la natura delegata (e quindi costituzionalmente legittima) o meno del potere esercitato dall'esecutivo in materia di sospensione dei fondi e di aggravio delle condizioni poste ai *grants* federali; il secondo riguardava la natura delle condizioni, ovvero sia la loro determinatezza e la loro attinenza alle finalità del programma di finanziamenti (in questo caso quindi la loro correlazione alle politiche migratorie), requisiti elaborati dalla Corte Suprema nel caso *Dole*.

Quanto al primo profilo, la giurisprudenza si è espressa in modo pressoché costante affermando che la sezione 9 dell'*Executive order*, nell'attribuire al Presidente la facoltà di introdurre nuove condizioni ai fondi federali senza previa delega del Congresso, è da ritenersi incostituzionale.

Come affermato in dottrina, «a contrary decision would have undermined both federalism and the separation of powers, giving the president the leverage to coerce state and local governments and usurping congressional control over the power of the purse»¹⁴¹.

Altresì costante è stata la giurisprudenza che si è espressa sulla legittimità delle nuove condizioni poste al *Byrne Grant*: tranne una¹⁴², tutte le

¹⁴⁰ *County of Santa Clara v. Trump* (*Santa Clara I*), 250 F. Supp. 3d 497 (N.D. Cal. 2017); *City of San Francisco v. Trump*, 897 F.3d 1225 (9th Cir.); *City of Seattle v. Trump*, No. 17-497 – RAJ, 2017 WL 4700144 (W.D. Wash. Oct. 19, 2017).

¹⁴¹ I. SOMIN, *Making Federalism Great Again: How the Trump Administration's Attack on Sanctuary Cities Unintentionally Strengthened Judicial Protection for State Autonomy*, in *Texas Law Review*, 97, 2019, p. 1255.

¹⁴² *Chicago I*, 264 F. supp.

Corti¹⁴³ adite hanno confermato l'incostituzionalità delle ulteriori condizioni poste dall'*Attorney General* ai *Byrne Grants*.

Come affermato dalla Corte d'Appello del Settimo Circuito, «the Attorney General in this case used the sword of federal funding to conscript state and local authorities to aid in federal civil immigration enforcement. But the power of the purse rests with Congress, which authorized the federal funds at issue and did not impose any immigration enforcement conditions on the receipt of such funds»¹⁴⁴.

Anche per quanto riguarda il secondo profilo sostanziale affrontato, relativo alla natura delle condizioni poste, la giurisprudenza ha unanimemente riconosciuto la mancanza di due fondamentali requisiti per la loro legittimità: l'attinenza delle condizioni rispetto al programma finanziato dai fondi federali e la natura coercitiva delle stesse.

In riferimento all'*Executive order*, è stato evidenziato il fatto che esso violasse il requisito della “*reasonable relatedness*” delle condizioni poste (ovvero l'ottemperanza alle norme federali in tema di immigrazione), rispetto ai fini dei programmi federali di cui si minacciava la sospensione. Nonostante il contenuto della “*reasonable relatedness*” sia tutt'altro che facile da determinare, nel caso in esame, i giudici hanno avuto gioco facile, potendo affermare, in modo piuttosto pacifico che «there is no nexus between Section 1373 and most categories of federal funding, including without limitation funding related to Medicare, Medicaid, transportation, child welfare services, immunization and vaccination programs, and emergency preparedness»¹⁴⁵.

Non solo, ma le condizioni legate all'*Executive order* risultavano essere in ultima analisi coercitive, determinando una perdita significativa dei fondi federali destinati agli Stati, tale da travalicare il confine tra mera

¹⁴³ *City of San Francisco v. Sessions*, 349 F. Supp. 3d 924 (N.D. Cal. 2018); *City of Los Angeles v. Sessions*, No. CV 17 – 7215-R, 2018 WL 6071072 (C.D. Cal. Sept. 13, 2018); *City of Evanston v. Sessions*, No. 18 C 4853, 2018 U.S. Dist. LEXIS 204500 (N.D. Ill. Aug. 9, 2018); *City of Chicago v. Sessions (Chicago II)*, 321 F. Supp. 3d 855 (N.D. Ill. 2018); *City of Philadelphia v. Sessions (Philadelphia II)*, 309 F. Supp. 3d 289 (E.D. Pa. 2018).

¹⁴⁴ *Chicago v. Sessions*, 888 F.3d, p. 277.

¹⁴⁵ *Santa Clara I*, 250 F. Supp. 3d, p. 532-533.

pressione e vera e propria coercizione. Del resto, applicando il criterio enucleato nel caso *Sebelius*, la minaccia di sospendere tutti i *grant* federali in caso di non ottemperanza alla normativa in materia di immigrazione può facilmente definirsi “*a gun to the head*”¹⁴⁶.

In riferimento, infine, alle ulteriori condizioni poste per beneficiare del *Byrne Grants*, due Corti¹⁴⁷ hanno rilevato il difetto circa il requisito della *relatedness* delle condizioni poste rispetto al programma di finanziamento, finalizzato alla lotta alla criminalità. In questo caso, lo scrutinio dei giudici si è incentrato sul rapporto tra immigrazione e criminalità: per esempio si potrebbe argomentare che vi è una correlazione tra espulsione di immigrati irregolari e tasso di criminalità, in quanto si ridurrebbe il numero di potenziali soggetti che potrebbero assumere condotte criminali. Tuttavia, tale correlazione non è supportata da dati di studi sociologici sul tema e viene contestata dalle stesse *sanctuary cities*, che sottolineano, invece, come le politiche di deportazione degli immigrati irregolari rendano più difficile la lotta al crimine, poiché minano la volontà delle comunità di immigrati di collaborare con le autorità di polizia¹⁴⁸. Non solo, ma se il carattere meramente potenziale della correlazione tra criminalità e lotta all’immigrazione clandestina fosse considerato sufficiente al fine della *relatedness*, lo stesso ragionamento si potrebbe estendere a tutti quegli ambiti di *policy* in grado di avere un effetto potenzialmente positivo sulla lotta alla criminalità. Seguendo questa linea argomentativa, si potrebbe per esempio subordinare il godimento del *Byrne Grant* all’adozione da parte degli Stati di leggi che migliorino i *curricula* dell’istruzione di base, o l’accesso ai servizi per la salute, potendo affermare che individui che hanno una migliore istruzione e godono di accesso alle cure mediche abbiano meno probabilità di mettere in atto condotte criminose per il loro sostentamento¹⁴⁹.

¹⁴⁶ I. SOMIN, *Making Federalism Great Again*, cit., p. 1258.

¹⁴⁷ *Philadelphia I*, 280 F. Supp. 3d 579, 639-44 (E.D. Pa. 2017); *Philadelphia II*, 289 F. Supp. 3d 289, 344-45 (E.D. Pa. 2018).

¹⁴⁸ D.E. MARTÍNEZ-R.D. MARTÍNEZ-SCHULDT-G. CANTOR, *Providing Sanctuary or Fostering Crime? A Review of the Research on “Sanctuary Cities” and Crime*, in *Sociology Compass*, 12(1), 2018.

¹⁴⁹ I. SOMIN, *Making Federalism Great Again*, cit., p. 1268.

Come emerge dalla giurisprudenza, seppur sostanzialmente concorde, in merito alle *sanctuary cities* e alle sanzioni federali introdotte dall'esecutivo, il test elaborato da *Dole* e applicato in *Sebelius* si scontra con difficoltà applicative ed interpretative, ed è pertanto suscettibile di ulteriore ridefinizione, almeno in alcuni profili che rimangono ancora piuttosto incerti come, per esempio, quello dei concetti di “*relatedness*” e di “*coercion*”. A ciò si aggiunga che la dottrina delle “*unconstitutional conditions*” elaborata in *Dole* riguarda esclusivamente i limiti posti dalla *spending clause* al Congresso. Nulla è, invece, esplicitamente detto rispetto ai limiti in materia imposti all'esecutivo, come nel caso appunto delle condizioni “*punitive*” poste alle *sanctuary cities*. Anche alla luce di tale lacuna, parte della dottrina ha sottolineato la necessità di elaborare un test, analogo a quello di *Dole* e finanche più specifico, in riferimento all'azione dell'esecutivo¹⁵⁰.

Ciò si inserisce in una più generale tendenza del sistema federale americano, identificata dalla dottrina come “*new process federalism*” e così descritta: «we should expect to see more state challenges to federal executive action in the years ahead, and we should be prepared to recognize them as federalism challenges. This is not because such cases turn on questions of state versus federal power as traditionally conceived, or even because they neatly involve state actors suing federal actors. Instead [...] states purport to defend federal legislative prerogatives against the federal executive branch»¹⁵¹.

La nuova composizione della Corte, sembra per altro supportare tale tendenza, come dimostrano le sentenze *West Virginia v. Environmental Protection Agency*¹⁵² e *Arizona, et al. v. Alejandro Mayorkas*¹⁵³, espressione di una visione che intende ridimensionare l'*executive aggrandizement*¹⁵⁴ che

¹⁵⁰ D.M. SPENCER, *Sanctuary Cities and the Power of the Purse: An Executive Test*, in *Iowa Law Review*, 106, 2021, p. 1224.

¹⁵¹ J. BULMAN-POZEN, *Federalism All the Way Up: State Standing and the New Process Federalism*, in *California Law Review*, 105(6), 2017, p. 1739 ss.

¹⁵² 597 U.S. ____ (2022).

¹⁵³ 598 U.S. ____ (2022).

¹⁵⁴ T. KHAITAN, *Executive Aggrandizement in Established Democracies: A Crisis of Liberal Democratic Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 17(1), 2019, p. 342 ss.

connota il contesto americano, con particolare riferimento al ruolo delle agenzie federali¹⁵⁵, emerse ormai quali autonome *fourth branch* nell'architettura della separazione dei poteri¹⁵⁶, con un ruolo per altro rilevante nella gestione e monitoraggio dei *grants* federali destinati agli Stati e ai governi locali.

8. *Le dinamiche più recenti dei finanziamenti condizionati: le previsioni dell'American Rescue Plan Act del 2021 (ARPA)*

I più recenti sviluppi degli ordinamenti contemporanei sono stati segnati dalla gestione dell'emergenza posta dalla pandemia da Covid-19. La pandemia ha, infatti, rappresentato un banco di prova per i sistemi costituzionali a livello globale: due dei pilastri del moderno costituzionalismo, la protezione dei diritti fondamentali e la separazione dei poteri, sia nella loro dimensione verticale che in quella orizzontale, sono stati, infatti, sottoposti a tensioni e torsioni durante l'emergenza sanitaria¹⁵⁷.

Anche il principio federale è stato interessato dagli effetti della pandemia e numerosi sono gli studi che hanno scandagliato la relazione, non sempre lineare, tra emergenza e ordinamenti decentrati.

L'ordinamento federale americano ha partecipato di queste dinamiche

¹⁵⁵ G. LAWSON, *The Rise and the Rise of the Administrative State*, in *Harvard Law Review*, 107(6), 1994, p. 1231 ss.; C.R. SUNSTEIN, *Constitutionalism after the New Deal*, in *Harvard Law Review*, 101, 1987, p. 421 ss; E. POSNER-A. VERMEULE, *Interring the Nondelegation Doctrine*, in *Chicago Law Review*, 69, 2002, p. 1721 ss.

¹⁵⁶ Come afferma M. RAPPAPORT, *A Stronger Separation of Powers for Administrative Agencies*, in *The Regulatory Review*, 18 dicembre 2019, «at present, agencies exercise not merely the executive power of enforcing the laws, but also substantial legislative and judicial power. Congress has delegated significant authority to agencies to enact numerous regulations and to adjudicate a multitude of cases».

¹⁵⁷ Tra la copiosa letteratura che si è occupata del tema, si rimanda a M. POIARES MADURO-P.W. KAHN (a cura di), *Democracy in Times of Pandemic*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020; T.G. DALY, *Democracy and the Global Pandemic: Reshuffled Reputations and the Future of the 'Free World'*, in *Verfassungsblog.de*, 1 maggio 2021 e M. SCHEININ-H. MOLBAEK-STEENSIG, *Pandemics and Human Rights: Three Perspectives on Human Rights Assessment of Strategies against COVID-19*, in EUI Working Paper, 2021/01.

a livello globale, pur con alcune peculiarità, dovute certamente al modello federale, ma anche alla particolare contingenza politica.

Tra i molteplici aspetti sollecitati dalla reazione alla pandemia, il più significativo, alla luce della particolare prospettiva sottesa alla presente ricerca, è quello rappresentato dall'intervento federale a sostegno della ripresa economica con l'approvazione dell'*American Rescue Plan Act* del 2021 (ARPA) nel corso della presidenza Biden. Con tale piano di intervento, il Dipartimento del Tesoro è stato investito del compito di erogare agli Stati più di \$195 miliardi, stanziati nell'ambito del *Coronavirus State Fiscal Recovery Fund* (CSFRF), per mitigare gli effetti fiscali della pandemia. Si tratta di un fondo al quale gli Stati possono attingere per finanziare un ampio numero di politiche¹⁵⁸, inerenti alla sanità, alla tutela dei lavoratori e alla mitigazione degli effetti della crisi economica sui settori dell'industria, del turismo, delle piccole imprese e degli enti *non profit*. Si tratta, tuttavia, di finanziamenti condizionati e il mancato rispetto delle condizioni da parte degli Stati determina, in capo agli stessi, l'onere di restituire al Dipartimento del Tesoro una somma equivalente ai fondi ricevuti.

Tra le condizioni poste, una è particolarmente problematica alla luce dei limiti elaborati in materia di finanziamenti federali condizionati: la

¹⁵⁸ H.R. 1319-220 Subtitle M – Coronavirus State and Local Fiscal Recovery Funds «(1) USE OF FUNDS. – Subject to paragraph (2), and except as provided in paragraph (3), a State, territory, or Tribal government shall only use the funds provided under a payment made under this section, or transferred pursuant to section 603(c)(4), to cover costs incurred by the State, territory, or Tribal government, by December 31, 2024 – “(A) to respond to the public health emergency with respect to the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) or its negative economic impacts, including assistance to households, small businesses, and nonprofits, or aid to impacted industries such as tourism, travel, and hospitality”; “(B) to respond to workers performing essential work during the COVID-19 public health emergency by providing premium pay to eligible workers of the State, territory, or Tribal government that are performing such essential work, or by providing grants to eligible employers that have eligible workers who perform essential work”; “(C) for the provision of government services to the extent of the reduction in revenue of such State, territory, or Tribal government due to the COVID-19 public health emergency relative to revenues collected in the most recent full fiscal year of the State, territory, or Tribal government prior to the emergency”; or “(D) to make necessary investments in water, sewer, or broadband infrastructure”».

previsione che vieta agli Stati di utilizzare i fondi CSFRF per compensare (direttamente o indirettamente) una riduzione del gettito fiscale dipendente da un intervento statale, attraverso una modifica legislativa, regolamentare oppure in via interpretativa¹⁵⁹.

Questa condizione non implica, *prima facie*, che gli Stati non possano introdurre una riduzione delle tasse: se lo vogliono fare, tuttavia, devono dimostrare di essere in grado di reperire le risorse necessarie per sopperire al taglio delle tasse da altre fonti di finanziamento, e non dal CSFRF.

Tuttavia l'interpretazione di tale condizione è stata piuttosto ambigua e oggetto di un intenso dialogo tra alcuni Stati e il Dipartimento del Tesoro. In particolare, non risulta chiara la formulazione che vieta l'utilizzo "indiretto" dei fondi dell'ARPA per operare un taglio delle tasse: un'interpretazione ampia del concetto di "indiretto" potrebbe infatti condurre a una limitazione del potere di tassazione che risulta in capo agli Stati.

Viste le numerose sollecitazioni di alcuni Stati per chiarire il significato della formulazione di questa condizione, il Dipartimento del Tesoro ha emanato nell'Aprile 2021 una *Final Rule*¹⁶⁰ interpretativa delle previsioni dell'ARPA. In tale nota esplicativa il Dipartimento del Tesoro ribadisce che l'*Offset provision* non proibisce qualsiasi taglio delle tasse a livello statale durante il periodo di vigenza dell'ARPA. Esso limita tale possibilità solo alla circostanza in cui il taglio delle tasse sia coperto utilizzando i fondi ARPA. In tutti gli altri casi, il taglio delle tasse risulta legittimo a patto che «the state could show that the revenue reduction was offset with (1) a state tax increase on some other activity, (2) additional inlays

¹⁵⁹ H.R. 1319-220 Subtitle M – Coronavirus State and Local Fiscal Recovery Funds: «States and territories may not use this funding to directly or indirectly offset a reduction in net tax revenue resulting from a change in law, regulation, or administrative interpretation beginning on March 3, 2021, through the last day of the fiscal year in which the funds provided have been spent. If a state or territory cuts taxes during this period, it must demonstrate how it paid for the tax cuts from sources other than CSFRF, such as by enacting policies to raise other sources of revenue, by cutting spending, or through higher revenue due to economic growth. If the funds provided have been used to offset tax cuts, the amount used for this purpose must be repaid to the Treasury».

¹⁶⁰ 86 Fed. Reg., p. 26786.

from macroeconomic growth, or (3) a state spending cut in an area the state is not expending ARPA funds»¹⁶¹.

La *Offset condition* tuttavia, pur con questa precisazione, è stata avvertata da diversi Stati, essendo percepita come una violazione dei limiti al potere del Congresso in materia di *spending clause*, nonché come una condizione ambigua e coercitiva e, pertanto, incostituzionale alla luce della dottrina delle *unconstitutional conditions*.

8.1. *La giurisprudenza sulle condizioni poste dall'American Rescue Plan Act*

L'opposizione di alcuni Stati alla condizione in materia di tassazione ha dato vita ad un interessante contenzioso, avente ad oggetto la legittimità della "*Offset condition*". Un contenzioso che mostra, ancora una volta, le incertezze interpretative che circondano il tema dei limiti dello *spending power* federale e della legittimità delle condizioni imposte agli Stati.

Nel caso *Texas et al v. Yellen*, la *District Court for the Northern District of Texas* ha riconosciuto che la condizione posta dall'ARPA violava i limiti dello *spending power* del Congresso in quanto introduceva una condizione coercitiva, non lasciando agli Stati alcun margine di discrezionalità. Come afferma il giudice distrettuale, i fondi erogati dall'ARPA ammontano, nel caso del Texas, al 13% del bilancio statale del 2021; nel caso del Mississippi, addirittura al 31% e al 7% in relazione al bilancio annuale della Louisiana. Richiamando il precedente del caso *Sebelius*, in cui la Corte aveva identificato come coercitiva una perdita dei fondi federali pari al 10% del bilancio dello Stato¹⁶², «the Court finds the threat to Plaintiffs' budgets here is 'economic dragooning' that exerts 'undue influence' rather than 'relatively mild encouragement'»¹⁶³.

¹⁶¹ Appellants' Br., p. 5; 31 C.F.R. §§ 35.1-35.12 (codifying the Rule).

¹⁶² La Corte sottolinea che il limite del 10%, nonostante non sia una soglia dogmatica e rigida per determinare se ci si trova in presenza di un esercizio di potere coercitivo, tuttavia, «guides this Court when determining whether Congress has offered 'undue influence' or 'relatively mild encouragement'», *Texas et al v. Yellen*, Case 2:21-cv-00079-Z Document 53, 8 aprile 2022.

¹⁶³ *Ivi*, p. 11.

Diverso è stato l'iter argomentativo seguito dalla Corte d'Appello del Sesto Circuito¹⁶⁴ nel caso *Kentucky and Tennessee v. Yellen*, deciso il 18 novembre 2022¹⁶⁵. Nel caso del Kentucky la Corte, ribaltando la decisione della Corte distrettuale, ritiene che il ricorso, alla luce delle sopravvenute dichiarazioni esplicative del Dipartimento del Tesoro, sia divenuto *non-justiciable*: «the Offset Provision at least arguably threatened a significant intrusion upon state taxing authority—an intrusion that arguably offended the Spending Clause because it was not clearly authorized by the Offset Provision itself. But Treasury later promulgated an implementing regulation (“the Rule”) that disavowed this interpretation of the Offset Provision and established certain safe harbors permitting the States to cut taxes»¹⁶⁶.

La posizione del Tennessee, tuttavia, è stata diversamente considerata: lo Stato infatti ritiene che l'*Offset condition* sia illegittima alla luce del profilo che richiede al Congresso, nell'esercizio del suo *spending power*, di porre condizioni non ambigue e chiare, in modo che gli Stati possano consapevolmente decidere se accettare o meno le condizioni stesse. Nel caso di specie, il linguaggio della *Offset provision* risulta indeterminato e vago, laddove afferma che gli Stati non possano usare i fondi dell'ARPA per finanziare direttamente o indirettamente una riduzione delle tasse. Come stabilisce la Corte, applicando i precedenti in materia di legittimità delle condizioni, «neither the “indirectly offset” language nor the “reduction in the net tax revenue [...] resulting from” language provided the states the requisite “clear notice” of whatever obligations such language entails. To the contrary, these are “largely indeterminate” provisions susceptible to a range of plausible meanings»¹⁶⁷. Per questo motivo, la Corte¹⁶⁸ accoglie il

¹⁶⁴J. ADLER, *Sixth Circuit Concludes ARPA Condition on COVID Relief Violates Spending Clause*, in *The Volokh Conspiracy*, 18 novembre 2022.

¹⁶⁵*Kentucky et al. v. Yellen*, U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit, No. 21-6108, Nov. 18, 2022.

¹⁶⁶*Kentucky et al. v. Yellen*, U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit, No. 21-6108, Nov. 18, 2022, p. 3.

¹⁶⁷*Ivi*, p. 29.

¹⁶⁸A simile conclusione giungono altri giudici distrettuali nei casi *State of Ohio v. United States Department of the Treasury, et al.* e *State of West Virginia et al. v. U.S. De-*

ricorso del Tennessee per violazione del requisito della chiarezza delle condizioni che è necessario «whenever Congress legislates through the spending power». Pare interessante rilevare inoltre che sempre la Corte d'Appello del Sesto circuito ha ritenuto che il ricorso proposto dallo Stato dell'Ohio avverso le condizioni coercitive poste dall'ARPA fosse ormai diventato “*moot*”, una volta che lo Stato aveva accettato i fondi federali¹⁶⁹.

Ancora diverso è stato l'esito di altre due decisioni, rispettivamente in *Arizona v. Yellen*¹⁷⁰ e *Missouri v. Yellen*¹⁷¹: in questi casi, le Corti distrettuali hanno deciso in favore del governo federale sulla base della mancanza di legittimità ad agire in capo agli Stati.

Tale orientamento è stato confermato dalla Corte d'Appello dell'8° Circuito nel luglio 2022¹⁷², che ha affermato che lo Stato del Missouri, impugnando non la formulazione scritta dell'*Offset condition* ma una sua ipotetica estensiva interpretazione (tale da escludere la possibilità degli Stati di introdurre qualsiasi riduzione delle tasse anche non correlata ai fondi dell'ARPA), non avesse lo *standing* per il ricorso¹⁷³.

Ad un esito contrario giunge, invece, la Corte d'Appello del 9° Circuito nel caso dell'Arizona¹⁷⁴: infatti, a differenza del Missouri, l'Arizona non ha impugnato una ipotetica ampia interpretazione del dato

partment of Treasury et al., U.S. District Court for the Northern District of Alabama, Western Division, No. 7:21-cv-00465-LSC, Nov. 15, 2021.

¹⁶⁹ *Ohio v. Yellen*, U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit, No. 21-3787, Nov. 18, 2022.

¹⁷⁰ No. 2:21-cv-00514, U.S. District Court for the District of Arizona, July 22, 2021.

¹⁷¹ No. 4:21-cv-00376, U.S. District Court for the Eastern District of Missouri, May 11, 2021.

¹⁷² *Missouri v. Yellen*, 39 F.4th 1063 (8th Cir. 2022).

¹⁷³ Similmente, *Ohio v. Yellen*, No. 21-3787, 2022 WL 17076102 (Nov. 18, 2022). In questo caso, la Corte ritiene che il ricorso dell'Ohio sia “*moot*” e, pertanto, non procedibile. Anche qui, la Corte ha ritenuto che il ricorso si basi sull'affermazione che il Dipartimento del Tesoro potrebbe, in via ipotetica, dar corso a una interpretazione estensiva dell'*Offset condition*. Tuttavia, come sottolinea la Corte, «the Department has repeatedly disavowed that reading of the statute», Ohio, 2022 WL 17076102, p. 5.

¹⁷⁴ *Arizona v. Yellen*, 34 F.4th 841 (9th Cir. 2022).

normativo, ma il testo dell'*Offset condition*, lamentandone l'incostituzionalità per la sua formulazione ambigua e in ultima istanza coercitiva rispetto agli Stati.

In risposta alla decisione della Corte d'Appello nel caso del Missouri, nell'ottobre 2022 tale Stato ha presentato richiesta di *certiorari* alla Corte Suprema degli Stati Uniti, al fine di valutare la costituzionalità dell'*Offset condition*¹⁷⁵. Non solo. Le sentenze divergenti del Sesto Circuito nei casi di Tennessee e Kentucky e la crescente discordanza in merito alla legittimazione ad impugnare la condizione posta dall'ARPA, unitamente a eventuali sentenze contrastanti sulla costituzionalità dell'esercizio della *spending clause* nei casi in esame, aumentano le possibilità che la Corte Suprema degli Stati Uniti decida, se adita, di prendere in considerazione tali questioni anche alla luce del perdurare dell'impatto della suddetta incertezza interpretativa sulla capacità degli Stati di impostare la propria politica fiscale.

Come si può intuire, si tratta di un contenzioso dai contorni ancora incerti, in merito al quale la Corte Suprema potrà avere l'occasione di porre un ulteriore tassello alla giurisprudenza in tema di *unconstitutional conditions*.

9. *Il futuro della unconstitutional conditions doctrine e l'evoluzione del federalismo americano*

Come si è cercato di mostrare, vi è un sottile filo che lega lo sviluppo del federalismo americano e dei vari assetti del principio federale che si sono susseguiti e l'utilizzo di finanziamenti federali condizionati.

A seconda dell'intensità del ricorso a tali finanziamenti, della natura delle condizioni, degli spazi di discrezionalità lasciati agli Stati e, infine, dell'uso positivo o sanzionatorio dell'utilizzo dei fondi, è infatti possibile scrivere una delle tante storie del federalismo americano e delle sue evoluzioni.

Ponendo l'accento, infatti, sull'analisi dei fondi condizionati, è possibile cogliere il passaggio da un federalismo cooperativo ad un coercitivo ed infine anche, come testimonia il caso delle *sanctuary cities*, punitivo.

¹⁷⁵ *Missouri v. Yellen*, petition for cert. filed (U.S. Oct. 14, 2022) (No. 22-352).

Queste evoluzioni del federalismo sono state accompagnate da una espansione non solo dell'influenza del potere federale in generale, ma più precisamente dell'esecutivo, sia del presidente sia delle agenzie federali coinvolte nella gestione dei fondi federali e nel monitoraggio del rispetto delle condizioni. Come rilevava già Corwin, «in general terms, our system has lost resiliency and what was once vaunted as a Constitution of Rights, both State and private, has been replaced by a Constitution of Power. More specifically, the Federal System has shifted base in the direction of a consolidated national power, while within the National Government itself an increased flow of power in the direction of the President has ensued»¹⁷⁶.

L'utilizzo dei *grants-in-aid* è stato un fondamentale grimaldello utilizzato dalla Federazione per penetrare in quei settori che le sarebbero stati preclusi alla luce del riparto costituzionale delle competenze e dei limiti posti al potere federale rispetto alle prerogative statali. Un esercizio di potere tanto pervasivo¹⁷⁷ quanto efficace, costituendo sempre più spesso l'offerta di finanziamento federale una occasione non rifiutabile da parte degli Stati.

Tuttavia a questa tendenza piuttosto netta non ha corrisposto una altrettanto cristallina definizione dei limiti costituzionali del potere di spesa federale e soprattutto della legittimità delle condizioni poste agli Stati per beneficiare dei fondi federali.

Nonostante, infatti, l'elaborazione del "*Dole Test*" e della *unconstitutional conditions doctrine*, moltissimi rimangono i profili di incerta interpretazione circa la legittimità dei programmi federali condizionati, come dimostrano le vicende dall'ACA, delle *sanctuary cities* e da ultimo dell'ARPA.

In merito ad uno degli aspetti più dibattuti, ovvero la natura coercitiva¹⁷⁸ delle condizioni, rimane, per esempio, discutibile la possibilità di identificare il punto in cui le condizioni, da mere offerte di benefici in cambio di un determinato comportamento, diventano veri e propri atti di coercizione, non rifiutabili da parte dello Stato beneficiario.

¹⁷⁶ E. CORWIN, *The Passing of Dual Federalism*, cit., p. 2.

¹⁷⁷ L.H. TRIBE-J. MATZ, *Uncertain Justice: The Roberts Court and The Constitution*, cit., p. 256.

¹⁷⁸ M.N. BERMAN, *Coercion, Compulsion, and the Medicaid Expansion*, cit., p. 1283 ss.

La stessa incertezza interpretativa affiora laddove si debba vagliare la chiarezza e la non ambiguità delle condizioni: si tratta di un'operazione ermeneutica che non può che scontare una certa indeterminatezza quanto all'esito.

Non è un caso che la dottrina americana che si è occupata delle *unconstitutional conditions* sia sempre stata piuttosto critica¹⁷⁹, sottolineando l'inconsistenza, l'ambiguità¹⁸⁰ e l'imprevedibilità¹⁸¹ della sua applicazione e definendola un enigma notoriamente complesso, «a sort of Gordian knot»¹⁸².

E tuttavia la dottrina delle *unconstitutional conditions* rimane ancora l'unica, seppur imperfetta, dottrina utilizzata dalla Corti, nei vari cicli costituzionali americani¹⁸³, per vagliare la legittimità di condizioni poste ai finanziamenti federali destinati agli Stati.

Se è vero, come ha preconizzato Jack Balkin, che l'ordinamento costituzionale americano si trova oggi nel punto più alto «in the cycle of political polarization and suffering from years of constitutional rot»¹⁸⁴, sarà interessante assistere alla trasformazione dei rapporti federali, del ruolo della Corte e degli sviluppi circa *l'unconstitutional conditions doctrine* di fronte alla possibile lenta transizione verso un nuovo regime politico e verso un nuovo ciclo costituzionale.

¹⁷⁹ F. SCHAUER, *Too Hard: Unconstitutional Conditions and the Chimera of Constitutional Consistency*, in *Denver Law Review*, 72, 1995, p. 989 ss.

¹⁸⁰ D.A. FARBER, *Another View of the Quagmire: Unconstitutional Conditions and Contract Theory*, in *Florida Law Review*, 33, 2006, p. 913 ss.

¹⁸¹ K.M. SULLIVAN, *Unconstitutional Conditions*, in *Harvard Law Review*, 102, 1989, p. 1413 ss.

¹⁸² P. HAMBURGER, *Unconstitutional Conditions: The Irrelevance of Consent*, in *Virginia Law Review*, 98, 2012, p. 479 ss.

¹⁸³ J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, cit.

¹⁸⁴ *Ivi*, p. 159.

CAPITOLO 3

POTERE DI SPESA E CONDIZIONALITÀ NEL FEDERALISMO ASIMMETRICO CANADESE

SOMMARIO: 1. Il federalismo canadese. – 2. Le trasformazioni del federalismo canadese: dal 1867 al primo dopoguerra. – 3. Le trasformazioni del federalismo canadese negli anni Trenta. – 4. L'evoluzione dei rapporti intergovernativi nel modello cooperativo. – 5. La natura dello *spending power* federale. – 5.1. Lo *spending power* e i tentativi di una sua costituzionalizzazione. – 5.2. *Spending power* e definizione del *Welfare State* canadese. – 6. *Spending power* e finanziamenti condizionati. – 6.1. La giurisprudenza canadese in materia di *conditional grants*. – 6.2. L'esercizio del potere tramite finanziamenti condizionati: la peculiarità del caso canadese.

1. *Il federalismo canadese*

Il federalismo canadese è considerato come un'esperienza del tutto unica¹ nel panorama dei modelli federali: tanti sono gli aspetti, dall'evoluzione storica, alla natura multiculturale e multilinguistica, alla straordinaria varietà regionale in termini di sviluppo economico, che rendono l'esperienza canadese unica nel suo genere².

Tuttavia, questa unicità non ha impedito al Canada, vero e proprio

¹ S. TIERNEY, *Misconceiving Federalism*, in R. ALBERT-D.R. CAMERON (a cura di), *Canada in the world*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 34.

² Sul modello canadese in prospettiva comparata, si veda R.L. WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, Queen's University Press, Kingston, 1996. Si veda anche K.C. WHEARE, *Federal Government*, IV ed., Oxford University Press, Oxford, 1963, p. 18-20, richiamato anche da J. WEBBER, *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2015, p. 134-135.

«laboratorio costituzionale»³, di esercitare una crescente influenza in chiave comparata⁴, soprattutto per il fatto che il Canada incarna un ordinamento alle prese con profonde tensioni interne che è riuscito a contemperare – anche se in un fragile equilibrio – le ragioni dell'autonomia e quelle dell'uniformità nazionale, della simmetria e dell'asimmetria⁵.

Come ricorda Giuseppe Martinico, vi sono due fattori decisivi che danno ragione dello sviluppo così peculiare del federalismo canadese: «1. l'importanza che nella sua evoluzione hanno avuto le pratiche intergovernative [...] fondamentali anche nell'evoluzione della dimensione delle politiche welfaristiche e sociali, ad esempio; 2. la necessità di recuperare il Québec dall'isolamento rispetto al resto del Canada»⁶.

Questi due fattori, oltre che fondamentali per cogliere le tendenze del federalismo canadese, sono due aspetti decisivi per comprendere la peculiare evoluzione di quella particolare espressione del principio federale che è lo *spending power*. Potere definito, nel silenzio del testo costituzionale canadese, attraverso accordi intergovernativi, soprattutto nelle materie inerenti allo sviluppo del *Welfare State* ed esercitato “a fisarmonica”, anche alla luce delle possibili tensioni che il suo utilizzo può creare, in riferimento, *in primis*, al Québec, ma anche rispetto ad altre Province popolate⁷.

³ S. GAMBINO-C. AMIRANTE (a cura di), *Il Canada. Un laboratorio costituzionale*, Cedam, Padova, 2000.

⁴ R. ALBERT-D. CAMERON, *Canada in the world*, cit.; C. FASONE, *Canada as an “importer” and as an “exporter” of federal arrangements: A view from Europe*, in *DPCE online*, 1, 2019, p. 643 ss.

⁵ Sull'asimmetria negli Stati composti, F. PALERMO, *Divided We Stand. L'asimmetria negli ordinamenti composti*, in A. TORRE-L. VOLPE-G. CERRINA FERONIE. CECCHERINI-A. RINELLA-M. CARDUCCI-C. CASONATO-T.E. FROSINI (a cura di), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 149 ss.

⁶ G. MARTINICO, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁷ Una delle più autorevoli studiose dei processi federali, Johanne Poirier, ha così colto l'essenza delle sfide del federalismo canadese: «[o]ne of the dilemmas of a multinational federation such as Canada, is that there are competing nations, and competing state apparatus, seeking to build themselves with similar tools», J. POIRIER, *Federalism*,

In questo contesto, molteplici sono stati i tentativi di classificare il modello federale canadese. Sebbene queste classificazioni divergano sulla ricostruzione della seconda fase del federalismo canadese, ovvero sia dopo la seconda guerra mondiale, vi è un consenso pressoché unanime nel ritenere il modello previsto dal *British National Act* del 1867 (*BNA*), un modello di federalismo duale.

Nel tempo, tuttavia, con il crescere dei programmi di *welfare* e con il continuo intreccio di competenze inevitabile in una società complessa, si è affermato un modello definito, anche alla luce del ruolo preminente dei rapporti intergovernativi, federalismo esecutivo, federalismo diplomatico⁸, federalismo inter-Stato⁹ e, più classicamente, federalismo cooperativo.

Questa varietà terminologica è indice della difficoltà della dottrina di cogliere la formula dominante del federalismo canadese contemporaneo, difficoltà che risiede nel fatto che «unlike the evolution that can be observed in other federations which constitutionally enshrine principles of cooperation, or that are structurally “cooperative”, the political/legal dichotomy has remained a characteristic feature of the law of Canadian federalism¹⁰».

La dicotomia tra sfera politica e giuridica, come vedremo, è anche la chiave di lettura per l'analisi della condizionalità e dello *spending power* federale nel sistema canadese, strumenti che non trovano una compiuta definizione normativa, ma sono lasciati alla prassi alla negoziazione intergovernativa e, in maniera residuale, alla Corte Suprema.

Social Policy and Competing Visions of the Canadian Social Union, in *National Journal of Constitutional Law*, 14, 2002, p. 428.

⁸ D. CAMERON-R. SIMEON, *Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 32(2), 2002, p. 49 ss.

⁹ R. SIMEON, *Aspetti istituzionali del federalismo canadese*, in AA.VV., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 55 ss.; A.M. SAYERS-A.C. BANFIELD, *The evolution of federalism and executive power in Canada and Australia*, in A. BENZ-J. BROSCHEK (a cura di), *Federal Dynamics: Continuity, Change, and the Varieties of Federalism*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 185 ss.

¹⁰ J.F. GAUDREAU-DESBIENS-J. POIRIER, *From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism*, in P. OLIVIER-P. MACKLEM-N. DES ROSIERS (a cura di), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 392.

Nel percorso che seguirà si metteranno in luce le caratteristiche delle varie fasi del federalismo canadese dalla particolare prospettiva dell'evoluzione dello *spending power* e della configurazione costituzionale dei finanziamenti condizionati, anche in ottica comparata.

2. *Le trasformazioni del federalismo canadese: dal 1867 al primo dopoguerra*

Ricostruire l'evoluzione dei rapporti tra Federazione e Province in materia fiscale significa riannodare il filo dello sviluppo storico del federalismo canadese in quanto tale¹¹. Come si è visto in riferimento agli Stati Uniti, riparto di competenze legislative e potere di spesa attribuito ai diversi livelli sono, infatti, aspetti distinti ma, inevitabilmente, intrecciati della divisione del potere verticale incarnata nel principio federale¹².

Riannodare questo filo significa, nel caso canadese, seguire l'evoluzione del rapporto tra Province e Federazione a partire dal dato testuale costituito dal *British North America Act* del 1867 ed indagare la sua concre-

¹¹ Si veda, per la genesi del sistema federale canadese, G. MARTINICO, *La genesi 'mista' dell'ordinamento canadese*, in G. DELLEDONNE-G. MARTINICO-L. PIERDOMINICI (a cura di), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa University Press, Pisa, 2017, p. 15 ss.

¹² Il modello federale canadese ha derivato, insieme a quello australiano, fin dalla sua genesi, molti aspetti presenti nel modello americano, a partire proprio dall'articolazione «del sistema in base a una pluralità di soggetti politici, con un vertice dotato di competenze limitate quanto a politica interna». Questo aspetto «rassomigliava molto al prototipo americano dello Stato federale, specie in vista della salvaguardia che il riparto di poteri produceva a vantaggio di una società civile e di un mercato unico autonomi, protetti da pubbliche interferenze», così, G. BOGNETTI, *L'evoluzione del federalismo moderno e i diversi modelli dello Stato federale*, in A.M. PETRONI (a cura di), *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 38. Pur nella consapevolezza che il riparto di competenze legislative tra Federazione e Stati avveniva in modo diverso nella costituzione americana e in quella canadese, l'A. sostiene che il risultato fattuale dei due modelli fosse molto simile. Sulla comparazione tra modello americano e modello canadese, si veda il saggio di G. D'IGNAZIO, *Federalismi a confronto: alcune conclusioni su Canada e Stati Uniti d'America*, in S. GAMBINO-C. AMIRANTE, *Il Canada*, cit., p. 207 ss.

ta declinazione nelle diverse fasi storiche che si sono susseguite, con un occhio particolare rivolto al ruolo dell'interpretazione giurisprudenziale del dato costituzionale e allo sviluppo di accordi intergovernativi di natura politica¹³.

Come è stato osservato, infatti, «se c'è un settore nel quale la Costituzione formale ha ricevuto un'interpretazione evolutiva tale da configurare uno svuotamento del modello normativo, pur in assenza di qualsiasi formale revisione, è proprio quello delle relazioni finanziarie centro-periferia. Il federalismo cooperativo ha fatto ricorso in primo luogo alla politica finanziaria e fiscale, che è stata il terreno privilegiato per lo sviluppo delle relazioni intergovernative»¹⁴.

Per cogliere la portata di tale evoluzione e di tali sviluppi, occorre dunque partire da una breve analisi dal dato normativo, tracciato dal *Constitution Act* del 1867 e sostanzialmente rimasto invariato nel tempo, il quale, per il profilo che qui si esamina, fornisce una ripartizione tipicamente "duale" delle competenze tra Federazione e Province.

L'art. 91, che disciplina le materie di competenza federale, attribuisce, in materia fiscale, all'esclusiva autorità del Parlamento canadese la regolamentazione del debito pubblico, degli scambi e del commercio, della moneta e del sistema fiscale attraverso «any mode or system of taxation». A ciò si aggiunga la clausola residuale dell'art. 91, che attribuisce alla Federazione tutte le competenze non espressamente attribuite alle Province al fine di perseguire «peace, order and good government».

Alle Province, secondo le previsioni dell'art. 92, sono invece attribuiti, in via esclusiva: il potere di imposizione diretta «within the Province in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes», la gestione del debito pubblico provinciale e la gestione e la vendita del suolo pubblico delle Province, dei boschi e del legname.

Come emerge dal dato testuale, la principale fonte di entrata per le Province è costituita dal potere di imposizione di tasse dirette, nell'ambito del proprio territorio per la realizzazione di obiettivi provinciali.

¹³ Sull'evoluzione del riparto di competenze, si veda A. RINELLA, *Ripartizione di competenze e deficit democratico. Canada e Comunità europea: note preliminari per una comparazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 1999, p. 42 ss.

¹⁴ T. GROPPI, *Canada*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 53.

Alla Federazione, di contro, spetta un più generale e meno circoscritto potere di imposizione, il quale comprende sia le imposte dirette che quelle indirette, con le ultime nettamente più ingenti rispetto alle prime, almeno nelle prime fasi di sviluppo della Federazione canadese.

Tale riparto ben si adattava al modello di Stato liberale ottocentesco, nel quale le spese più significative erano in capo alla Federazione, con riguardo alla costruzione di infrastrutture per favorire i commerci e lo sviluppo economico della neo-istituita unione monetaria, mentre la spesa “sociale” (sanità, istruzione, assistenza sociale), che rientrava nella competenza provinciale, costituiva, come del resto è proprio del modello liberale, una voce di spesa secondaria, per non dire residuale.

Questi aspetti hanno indotto parte della dottrina a considerare il sistema canadese delle origini come un sistema duale fortemente accentrato, con una netta prevalenza, nell’ambito fiscale, del governo federale¹⁵.

Tuttavia, altra parte della dottrina ha rilevato che «the *Constitution Act, 1867* includes conflicting signals as to the degree of centralization or decentralization stipulated by the federal scheme that the *Act* established. In our view, the Framers deliberately tolerated these conflicting signals in the *Act* because they needed to accommodate conflicting goals – the desire for a strong central government (English-Canada) and the desire to protect local languages, cultures, and institutions (French-Canada and the Maritimes). The text is ambiguous, probably intentionally so»¹⁶.

Questa lettura del carattere ultimamente indefinito del riparto di com-

¹⁵In riferimento agli aspetti fiscali, «the final indication that the *Constitution Act, 1867* was intended to form the foundation for a highly centralized federal system is that the distribution of power was structured to make the federal government fiscally dominant. By section 91(3), the federal government was given the power to levy indirect as well as direct taxes while, by section 92(2), the provinces were given only the authority to levy direct taxes. In 1867, the inability to levy indirect taxes placed serious fiscal restraints on the provinces, because at that time the indirect taxes of the customs and excise accounted for 80 percent of the revenues of the uniting colonies. The framers anticipated the shortfall between provincial revenues and provincial responsibilities, and the *Act* provided for federal grants to the provinces», P.W. HOGG-W.K. WRIGHT, *Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate about Canadian Federalism*, in *UBC Law Review*, 38(2), 2005, p. 334.

¹⁶*Ivi*, p. 338.

potenze permette di dare conto della straordinaria evoluzione, in concreto, del modello di relazioni centro-periferia, che molto si è discostata dalle direttrici prefigurate nel *Constitution Act*. Tale processo, come è noto, è avvenuto nel corso del tempo, sia a livello politico, attraverso la stipula di accordi intergovernativi, sia a livello giurisdizionale, grazie all'attività del *Judicial Committee* del *Privy Council* fino al 1949 e, successivamente, della Corte Suprema canadese.

Di estremo interesse, per i profili che qui rilevano, è il ruolo svolto dal *Judicial Committee* del *Privy Council*, la cui giurisprudenza sul riparto di competenze e, dunque, anche in materia fiscale, si è distinta per essere marcatamente (e anche forse audacemente) orientata ad ampliare gli ambiti di intervento provinciale.

In particolare, degna di nota è la giurisprudenza circa l'interpretazione dell'art. 92, c. 1 rispetto al potere provinciale di tassazione diretta.

Il primo caso in cui la Corte ha operato una distinzione tra imposta diretta e indiretta è il caso *Attorney-General for Québec v. Reed*¹⁷.

Nel decidere della natura dell'imposta in oggetto il *Privy Council* si è basato sulla qualificazione data da J.S. Mill¹⁸, che avrebbe poi costituito la definizione di imposta diretta applicata nella costante giurisprudenza a venire: «taxes are either direct or indirect. A direct tax is one which is demanded from the very person who, it is intended or desired, should pay it. Indirect taxes are those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another: such as the excise or customs. The producer or importer of a commodity is called upon to pay tax on it, not with the intention to levy a peculiar contribution upon him, but to tax through him the consumers of the commodity, from whom it is supposed that he will recover the amount by means of an advance in price».

È, infatti, nel successivo caso *Bank of Toronto v. Lambe*¹⁹, che il *Privy Council* applica quello che si potrebbe definire il test di Mill: nel caso in esame, la Provincia del Québec aveva previsto una tassa per le banche

¹⁷ *Attorney-General for Québec v. Reed*, 10 App. Cas. 141, 54 L.J.P.C. 12 (1884).

¹⁸ J.S. MILL, *Principles of Political Economy* (1848), vol. II, V.III.1, Londra, 1889, p. 418.

¹⁹ *Bank of Toronto v. Lambe*, 1897, 12 App. Cas. 575 (JCPC).

operanti nel territorio provinciale, variabile in base al capitale delle banche stesse.

Oggetto del contendere era proprio la natura diretta o meno dell'imposta: a detta dei ricorrenti, l'effetto dell'imposta sulle banche avrebbe avuto effetti anche sui correntisti, in termini di un aumento del costo dei servizi, e tali effetti su soggetti terzi sarebbero stati sufficienti per definire la tassa come indiretta, esorbitante dunque l'ambito di competenza provinciale.

Il *Privy Council* rigettava tale interpretazione, affermando che l'ultima incidenza della tassa non rilevava ai fini della definizione della stessa e sanciva in tal modo uno *standard* che sarebbe stato poi costantemente applicato nella giurisprudenza successiva²⁰, in base al quale nella nozione di imposta diretta potrebbero anche ricomprendersi imposte sulle vendite e sui consumi.

Non è chi non veda come una tale interpretazione della nozione di imposta diretta abbia enormemente allargato le maglie d'azione delle Province in materia di politica fiscale, superando il c.d. approccio *watertight compartments* seguito dal *Privy Council*²¹.

La giurisprudenza sulla nozione di imposta diretta non è stata, tuttavia, l'unica via che ha fatto oscillare il pendolo del federalismo fiscale dalla parte delle Province. Accanto ad essa, infatti, si è sviluppata anche un'interpretazione estensiva della nozione di "*provincial purposes*" ex art. 92.2 del *Constitution Act*, secondo la quale il legislatore provinciale può istituire imposte dirette non solo per il perseguimento degli obiettivi che rientrano strettamente nelle competenze provinciali, ma per ogni scopo ritenuto rilevante dal legislatore stesso²².

Specularmente all'interpretazione estensiva delle competenze provin-

²⁰ Analogamente, il *Privy Council* ha giudicato, tra gli altri, nei casi *Brewers and Malsters' Association v. Attorney General of Ontario*; *Atlantic Smoke Shops Limited v. Colon*, A.C. 553 J.C.P.C., 1943, 1 Q.L.

²¹ A. HONICKMAN, *Watertight Compartments: Getting Back to the Constitutional Division of Powers*, in *Alberta Law Review*, 55(1) 2017, p. 225.

²² Sul punto si veda T. GROPPI, *I rapporti finanziari Federazione-Province in Canada*, in V. ATRIPALDI-R. BIFULCO (a cura di), *Federalismi fiscali e costituzioni*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 358.

ciali, la medesima giurisprudenza del *Judicial Committee* ha ristretto l'ambito di esercizio di quello che, seppur non esplicitamente presente nel *British North America Act*, può essere ricondotto al concetto di *spending power* federale²³: nel caso *Reference Re Employment and Social Insurance Act (Can)*²⁴, il *Judicial Committee* ha infatti affermato che l'esercizio dello *spending power* federale è *ultra vires*, qualora nei suoi scopi o effetti invada aree di competenza legislativa provinciale²⁵.

La regolamentazione in materia di disoccupazione oggetto del caso in esame si colloca, peraltro, nella più generale risposta del governo canadese dell'allora Primo Ministro Bennett alla crisi economica degli anni Trenta, ed è pertanto necessario, al fine di cogliere al meglio la portata delle trasformazioni del sistema federale, approfondire le caratteristiche di quel momento storico.

3. Le trasformazioni del federalismo canadese negli anni Trenta

Nel 1930, nel pieno della crisi economica che stava affliggendo anche il Canada, Richard Bedford Bennett, *leader* dei conservatori, venne nominato Primo Ministro. In un frangente così delicato per la tenuta del Paese, la politica economica di Bennett si rivelò piuttosto inadeguata²⁶: il

²³ Per una analisi approfondita dello *spending power* federale si rimanda *infra*, §§ 5 ss. Su tutti, P.W. HOGG, *Constitutional Law in Canada*, Carswell, Toronto, 2017; R.A. MACDONALD, *The political economy of the federal spending power*, in *Queen's Law Journal*, 34, 2008, p. 249 ss.; B. KELLOCK-S. LEROY, *Questioning the legality of the Spending Power*, in Fraser Institute Paper, 89/2007, p. 4.

²⁴ [1936] SCR 427, 1936 CanLII 30 [Unemployment Insurance Reference], aff'd Canada (AG) v Ontario (AG), 1937 CanLII 363, [1937] AC 355 (UKJCPC).

²⁵ A. LAJOIE, *Current Exercises of the 'Federal Spending Power': What does the constitution say about them*, in *Queen's Law Journal*, 34, 2008, p. 151.

²⁶ R. SIMEON-I. ROBINSON, *State, Society, and the Development of Canadian Federalism*, University of Toronto Press, Toronto, 1990, pp. 78-80: «Aside from substantial increases in federal transfers, "charity" to which the provinces had no legal claim and which could not be expected to last beyond the economic emergency, the Bennett government did remarkably little in the early depression years. Increased subsidies were made to the railways and the coal industry, and a variety of price support schemes were

principale obiettivo era quello del pareggio di bilancio, mentre erano in-vise le teorie keynesiane di aumento della spesa pubblica che tanto avevano invece avuto *appeal* negli Stati Uniti. Non sorprende, per esempio, vedere che una misura di sostegno ai lavoratori pubblici introdotta nel 1930, l'*Unemployment Relief Act*, SC 1930, fu interrotta solo due anni dopo, proprio per le necessità imposte dal pareggio di bilancio.

Altri interventi legislativi che hanno contrassegnato il mandato di Bennett sono quelli relativi alla protezione degli agricoltori e alla tutela dei prodotti agricoli: il *Farmers' Creditors Arrangements Act*, SC 1934, c 53 e il *Natural Products Marketing Act*, SC 1934, c 57. Tuttavia, oltre queste limitate iniziative, Bennett sottovalutò la serietà della crisi e, solo nel 1935, all'indomani delle elezioni, annunciò l'intenzione di adottare un "*New Deal*", ovverosia un vasto programma di riforme sociali, inerenti i salari, l'assicurazione contro la malattia e gli infortuni sul lavoro, la lotta alla disoccupazione, ecc.

All'annuncio di Bennett seguirono in effetti provvedimenti legislativi in molti degli ambiti di intervento promessi, tra cui si possono menzionare il *Limitation of Hours Work Act*, SC 1935, c 63; il *Weekly Rest in Industrial Enterprises Act*, SC 1935, c 4; e il *Minimum Wages Act*, SC 1935, c 44²⁷ e, su tutti, l'*Employment and Social Insurance Act*, SC 1935, c 38, che istituì l'assicurazione contro la disoccupazione per i lavoratori. Ciò che colpisce di questa fase del governo Bennett è lo scarso coinvolgimento del livello provinciale nella definizione di politiche suscettibili di alterare il riparto costituzionale delle competenze tra Federazione e Province e di incidere sul principio della separazione dei poteri.

Tuttavia, poco dopo la svolta "interventista" di Bennett, le elezioni del 1935 consegnarono il Canada ad una nuova maggioranza, guidata dai liberali di William King. Quest'ultimo, al contrario di Bennett, era molto più attento alle rivendicazioni delle Province che lamentavano che la legislazione del "*New Deal*" canadese rappresentasse una violazione delle competenze provinciali. Coerentemente a questo *favor* per le Province, King

undertaken for wheat producers, but Bennett launched no dramatic policy initiatives like those in Roosevelt's America».

²⁷ Questi atti costituivano attuazione delle Convenzioni dell'*International Labour Organization* (ILO), ratificata dal Canada.

rinvìo la legislazione introdotta da Bennett alla Corte Suprema perché si pronunciasse sulla costituzionalità delle previsioni introdotte.

La Corte Suprema dichiarò *ultra vires* la maggior parte delle riforme introdotte da Bennett: alcune all'unanimità, come il *Dominion Trade and Industry Commission Act* e il *Natural Products Marketing Act*, altre con una Corte divisa, come nel caso particolarmente rilevante per la presente indagine dell'*Employment and Social Insurance Act*, che fu dichiarato incostituzionale con una maggioranza di 4 giudici contro 2.

L'*Employment and Social Insurance Act* disponeva, tra le altre previsioni, la creazione di una Commissione per l'impiego, l'organizzazione da parte della Commissione di uffici di collocamento e l'elaborazione dettagliata di un nuovo regime di assicurazione contro la disoccupazione. Solo gli allegati alla legge si concentravano su questioni che riguardavano gli aspetti finanziari e le condizioni di spesa, in riferimento, per esempio, alle norme relative al pagamento e al recupero dei contributi versati dai datori di lavoro, all'adozione di soglie per l'indennità di disoccupazione, ecc.

Le Province contestavano la legittimità di tale programma perché, stabilendo un regime assicurativo, la Federazione aveva invaso la sfera di competenza legislativa esclusiva provinciale, sancita dalla sezione 92(13) del BNA che attribuiva alle Province appunto la competenza esclusiva in materia di "*Property and Civil Rights in the Province*".

La Corte Suprema, nell'opinione di maggioranza, ha accolto il punto di vista delle Province, dichiarando lo schema federale contro la disoccupazione incostituzionale in violazione delle competenze legislative provinciali. Le due opinioni dissenzienti dei giudici Duff e Davis sostenevano, invece, che la legge in questione fosse una misura di tipo meramente fiscale e pertanto rientrante nei limiti costituzionali dell'art. 91(3) del BNA.

Il discrimine che separa l'opinione di maggioranza e le opinioni dissenzienti rappresenta ancora oggi, come si vedrà nei paragrafi seguenti, il test che viene applicato nella giurisprudenza in materia di *spending power* federale e di *conditional grants*.

A questo proposito particolarmente interessante è il seguente passaggio della sentenza: «that the Dominion may impose taxation for the purpose of creating a fund for special purposes, and may apply that fund for making contributions in the public interest to individuals, corporations or public authorities, could not as a general proposition be denied. But

assuming that the Dominion has collected – by means of taxation a fund, it by no means follows that any legislation which disposes of it is necessarily within Dominion competence. It may still be legislation affecting the classes of subjects enumerated in s.92, and, if so, would be ultra vires. In other words, Dominion legislation, even though it deals with Dominion property, may yet be so framed as to invade civil rights within the Provinces or encroach upon the classes of subjects which are reserved to Provincial competence [...]. If on the true view of the legislation it is found that in reality in pith and substance the legislation invades civil rights within the Province or in respect of other classes of subjects otherwise encroaches upon the provincial field, the legislation will be invalid. To hold otherwise would afford the Dominion an easy passage into the Provincial domain»²⁸.

Nel giudizio della Corte Suprema è dunque implicito il riconoscimento dell'esistenza di un potere di spesa federale che sarebbe costituzionale, anche in un ambito di competenza legislativa provinciale, a patto che riguardi solo l'allocazione di fondi e non costituisca un'attività di tipo regolatorio.

Questo passaggio risulta fondamentale per lo sviluppo successivo della legislazione federale in materia di *Welfare State*, soprattutto a partire dagli anni Cinquanta, e ha rappresentato un formidabile strumento per la definizione del modello sociale canadese, in un contesto diviso lungo fratture linguistiche e culturali e segnato dalla costante ricerca di un equilibrio tra le istanze federali e quelle particolari delle Province.

Il modello canadese, risultante dalla composizione di tali forze centrifughe e centripete, si è caratterizzato per un elevato grado di decentramento – più marcato rispetto a quello che si rinviene negli Stati Uniti – ma anche per un significativo ruolo del potere centrale, in grado di assicurare un certo standard minimo comune nel godimento di determinati benefici sociali²⁹.

Come si può intuire da questa breve analisi dello sviluppo dei rapporti

²⁸ *Reference re legislative jurisdiction of Parliament of Canada to enact the Employment and Social Insurance Act* (1935, c. 48), 1936 CanLII 30 (SCC), [1936] SCR 427, p. 457.

²⁹ J. POIRIER, *The Pan-Canadian Securities Regulation Reference: Dualist Federalism to the Rescue of Cooperative Federalism*, in *Supreme Court Law Review*, 94, 2020, p. 85 ss.

tra Federazione e Province nella fase della storia canadese che precede l'affermazione del modello democratico-sociale maturo degli anni Sessanta, si è assistito ad un'evoluzione del sistema ben al di là di quanto una interpretazione letterale del dato costituzionale avrebbe potuto fare intendere. Questa intrinseca "elasticità" del sistema canadese, gli ha fornito una assoluta capacità di adattamento rispetto alle trasformazioni seguite all'avvento dello Stato interventista del dopoguerra.

4. L'evoluzione dei rapporti intergovernativi nel modello cooperativo

Come ricorda Bognetti, «nel secolo ventesimo la formula politica dominante è divenuta in Occidente, quella dello Stato interventista con finalità 'sociali'. [...] L'affermarsi della formula ha comportato un notevole allargarsi degli apparati burocratici pubblici e un dilatarsi molto cospicuo dei bilanci statali (le spese pubbliche essendosi dappertutto moltiplicate nel Novecento da quattro a cinque e più volte in rapporto percentualmente al reddito nazionale rispetto a quelle usuali durante l'epoca liberale)»³⁰.

Tale nuova formula politica postulava l'esigenza di uno spostamento del baricentro politico ed economico dagli Stati membri allo Stato centrale, investito di nuovi compiti relativi alla redistribuzione della ricchezza, alla fornitura di servizi ai cittadini della Federazione e al sostegno delle fasce più deboli della popolazione.

Le nuove condizioni politico-sociali ed economiche hanno dunque segnato la fine del modello federale proprio dell'epoca liberale per dar luogo ad un tipo nuovo di Stato federale. Questo processo, ravvisabile, sebbene con dimensioni variabili, in tutti gli Stati federali occidentali – e di cui già si è detto in riferimento al caso americano – ha interessato anche il contesto canadese, pur se in modo del tutto peculiare.

Le spinte verso l'accentramento delle funzioni in materia economica, infatti, hanno trovato nell'esperienza canadese dei punti di resistenza, costituiti dalle Province più refrattarie a cedere poteri e prerogative al governo di Ottawa. Questi punti di resistenza hanno dunque attenuato le

³⁰ G. BOGNETTI, *L'evoluzione del federalismo moderno e i diversi modelli dello Stato federale*, cit., p. 45.

tendenze centraliste, sia attraverso lo sviluppo di soluzioni asimmetriche, sia attraverso il riconoscimento di ampi margini di intervento delle Province, tanto che, ancora oggi, il modello canadese di federalismo si distingue per il suo elevato grado di decentramento, in ottica comparata.

Sembra quanto mai interessante, dunque, esplorare l'evoluzione del federalismo canadese nel quadro dell'avvento dello Stato interventista.

Evoluzione che è avvenuta, e anche questo è un dato di estremo interesse, senza sostanziali revisioni costituzionali, ma attraverso la stipula di accordi intergovernativi intercorsi tra la Federazione e le Province aventi ad oggetto la ridefinizione dei rapporti finanziari tra centro e periferia³¹.

Il primo esempio di tale prassi si verificò nel 1941, allorché il Governo federale, per sostenere le ingenti spese belliche, stipulò con le Province accordi secondo i quali le Province stesse avrebbero rinunciato, in favore del governo federale, alle imposte dirette sulle persone fisiche e giuridiche e sulle successioni, in cambio di trasferimenti incondizionati per colmare le entrate mancate attraverso il gettito fiscale³².

Quella che doveva essere una esigenza temporanea, dettata dalle circostanze belliche, si tramutò poi in una esigenza strutturale, quando, all'indomani della fine del conflitto, il Governo federale intraprese un programma di profondi interventi in ambito sociale ed economico, volti alla costruzione del sistema di *welfare* canadese, che richiedevano la disponibilità di ingenti risorse.

Per questo venne introdotto il sistema dei *tax rental agreements* (per un periodo limitato, dal 1947 al 1952), con il quale le Province che vi aderivano (tutte eccetto Québec e Ontario) "cedevano" le imposte dirette (sulle persone fisiche e giuridiche e sulle successioni) di loro competenza allo Stato centrale in cambio di finanziamenti compensativi.

Né l'Ontario, né il Québec decisero di entrare nei *tax rental agreements*, ma anzi, decisero di reintrodurre tasse provinciali sulle società (*cor-*

³¹ L'impianto originario della Costituzione canadese, come si è visto, prefigurava un modello di tipo duale dei rapporti tra Federazione e Province. Non vi erano, dunque, strumenti e istituti che favorissero lo sviluppo di un sistema di relazioni intergovernative. Queste si affermarono, invece, in via di prassi a partire dagli anni Sessanta, dapprima in materia di riforme costituzionali e, poi, al persistere delle difficoltà ad emendare la Costituzione, in materia di rapporti fiscali tra Federazione e Province.

³² T. GROPPI, *I rapporti finanziari Federazione-Province in Canada*, cit., p. 361.

porate income tax). Se l'Ontario, al rinnovo dei *tax rental agreements* nel 1952, decise di aderirvi limitatamente alle imposte sul reddito, il Québec rimase fuori dall'accordo e, nel 1954, istituì una propria tassa sul reddito (*personal income tax*)³³.

Questa scelta del Québec costrinse, negli anni a venire, ad una rimodulazione (e riduzione) del ruolo della Federazione nei rapporti finanziari con le Province, prima, nel 1957, con l'adozione dei *Tax Sharing Agreements* (1957-1962)³⁴ e dal 1962 in poi, con l'attuazione dei *Tax Collection Agreements*.

Questi ultimi, in particolare, hanno concesso alle Province di stabilire, accanto a quelle federali, imposte sul reddito con aliquote proprie. La Federazione si è impegnata ad abbassare le imposte federali sul reddito proprio per dare spazio alle imposte provinciali, a patto che le Province accettassero la definizione federale della base imponibile e della struttura generale delle aliquote.

Contestualmente al ritirarsi dell'azione del governo centrale, nel 1957,

³³La decisione del Québec di istituire una propria tassa sul reddito deve essere letta nel più generale quadro dei rapporti tra la Provincia e la Federazione: come osserva T.J. COURCHENE, *Reflections on the Federal Spending Power: Practices, Principles, Perspectives*, in *IRPP Working Paper Series*, 2008-01, p. 5, «there can be little doubt that Québec's move in 1954 to establish its own PIT was the outcome of a power struggle between Québec and Ottawa. However, as our background research [by Claude Forget] makes clear, and as is also very evident from the report of the influential Tremblay Commission, what was at stake was not only the power to tax but also the power to spend for provincial purposes. By implementing its own autonomous PIT, Québec was in effect challenging Ottawa's implicit claim, based on superior financial resources, that it had the right to determine areas of provincial jurisdiction where the national interest required that more monies be spent. Québec saw the constitutional authority to levy direct taxes as the foremost symbol of fiscal autonomy at the provincial level. To be kept on a tight fiscal leash by Ottawa was, in the province's view, equivalent to subordination to the federal government across the entire fiscal front. Thus, as the background study suggests, to the extent that a provincial PIT was a symbol, it was initially less a symbol of fiscal autonomy in the field of taxation than a symbol of autonomy in the field of public expenditure».

³⁴Tali accordi prevedevano che le Province ricevessero una quota fissa delle tasse sul reddito riscosse dalla Federazione nei loro territori, cfr. H. LAZAR, *Toward a New Mission Statement for Canadian Fiscal Federalism*, School of Policy Studies, Mc-Gill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, 2000, p. 162.

è stato approvato il meccanismo degli *equalization payments*, in funzione perequativa e di riequilibrio in favore delle Province più povere.

Gli *equalization grants*, che provengono interamente dal governo federale, costituiscono un aspetto caratterizzante del federalismo fiscale canadese e del suo carattere asimmetrico, e con la riforma dell'art. 36³⁵ del *Constitution Act* del 1982 hanno trovato un chiaro riferimento costituzionale.

L'art. 36. 2 si riferisce alle funzioni perequative e di riequilibrio laddove afferma che «Parliament and the government of Canada are committed to the principle of making equalization payments to ensure that Provincial governments have sufficient revenues to provide reasonably comparable levels of public services at reasonably comparable levels of taxation».

Oltre alla modulazione dei rapporti tra Federazione e Province in materia fiscale, un secondo tratto peculiare dello sviluppo del federalismo canadese – e particolarmente interessante per la presente ricerca – sono i cosiddetti “*shared-cost programs*”.

Si tratta di finanziamenti erogati dal livello federale alle Province per la realizzazione di determinati programmi di spesa relativi a circoscritte aree di intervento che rientrano nella competenza legislativa provinciale. La Provincia, una volta accettato di entrare in questo programma, sarà chiamata a co-finanziarlo (di solito al 50%).

Caratteristica peculiare degli *shared-cost programs*, che li differenzia dagli *equalization programs*, è il fatto di essere accompagnati da una serie di condizioni, talvolta molto dettagliate, che le Province sono tenute a rispettare.

Attraverso i *conditional grants* la Federazione è riuscita a penetrare in

³⁵ Art. 36: «Without altering the legislative authority of Parliament or of the Provincial legislatures, or the rights of any of them with respect to the exercise of their legislative authority, Parliament and the legislatures, together with the government of Canada and the Provincial governments, are committed to:

- (a) promoting equal opportunities for the well-being of Canadians;
- (b) furthering the economic development to reduce disparity in opportunities; and;
- (c) providing essential public services of reasonable quality to all Canadians;

(2) Parliament and the government of Canada are committed to the principle of making equalization payments to ensure that Provincial governments have sufficient revenues to provide reasonably comparable levels of public services at reasonably comparable levels of taxation».

settori ad essa preclusi dal dato costituzionale, ed è riuscita a modellare i tratti più rilevanti del *Welfare State* canadese, con riferimento in particolare all'istruzione, alla sanità, all'assistenza sociale e all'assistenza ospedaliera. Inoltre, il Governo federale può esercitare il suo potere di spesa finanziando non solo i Governi provinciali, ma, anche, direttamente gli individui e le organizzazioni, aspetto questo che aggiunge un elemento di criticità a questi *shared-cost programs*, dal punto di vista delle Province, soprattutto quella del Québec.

In definitiva, se gli *shared-cost programs* rappresentano il punto più avanzato della realizzazione dell'ideale del federalismo cooperativo, la loro legittimità, nonché la natura stessa dello *spending power* federale che ne costituisce il fondamento risultano essere piuttosto controverse, tanto in dottrina quanto alla luce della giurisprudenza della Corte Suprema canadese.

5. *La natura dello spending power federale*

Il concetto di *spending power* federale, come si è già accennato, non è previsto espressamente dal *Constitution Act*³⁶, ma è il frutto di un'elaborazione dottrinale e giurisdizionale delle prerogative di spesa federali.

La dottrina ha ascrivito tale deliberata assenza nel testo costituzionale alla natura dell'ordinamento federale canadese e al particolare contesto multiculturale: «this political reality explains why a federal spending power was never included in the Canadian constitution. In a multinational federation, the minority people necessarily worries about the propensity of the majority to override the division of powers in the name of national priorities, and it seeks an arrangement that is as clear and as watertight as possible»³⁷.

Non è un caso che la più strenua opposizione al potere di spesa federale e all'utilizzo dei finanziamenti condizionati sia stata espressa proprio

³⁶ In ciò il caso canadese si distingue, per esempio, dal modello federale australiano, in cui all'art. 96 la Costituzione autorizza il Parlamento federale a garantire «financial assistance to any State on such terms and conditions as the Parliament thinks fit».

³⁷ A. NOËL, *How Do You Limit a Power That Does Not Exist*, in *Queen's Law Journal*, 34, 2008, p. 394.

dal Québec, nella rivendicazione delle proprie sfere di autonomia e di sovranità.

Come vedremo, questo aspetto, che tocca un nervo ancora scoperto del “*nation building*” canadese, risulta determinante per comprendere la diversa evoluzione dell'utilizzo dei *conditional grants* in Canada rispetto agli Stati Uniti e può dare ragione del fatto che in Canada l'utilizzo del potere di spesa non abbia dato vita ai fenomeni di federalismo coercitivo e punitivo che si sono verificati, invece, in America.

Certo è che, a fronte di un massiccio ricorso all'uso del potere di spesa federale, pur in assenza di un'esplicita previsione costituzionale in tal senso, la dottrina si è interrogata circa l'esistenza e la legittimità di tale potere, giungendo a posizioni molto eterogenee: come è stato efficacemente affermato, lo *spending power* «essentially amounts to a huge legal vacuum at the heart of Canada's federal system»³⁸.

Partendo dalla lacuna testuale, alcuni autori negano l'esistenza e, dunque, la costituzionalità³⁹ del potere di spesa federale⁴⁰. Tale posizione sarebbe suffragata dal fatto che il potere di spesa federale non sarebbe peraltro mai stato espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza⁴¹.

Indicative del fatto che la definizione del potere di spesa a livello giurisdizionale sia ancora incerta sono le affermazioni del giudice Beverly McLachlin nel caso *Finlay v. Canada*: «I have not considered the constitutional limits, if any, on the federal spending power. That issue was not raised before us and should, in my view, be left to another day»⁴².

³⁸ M.-A. ADAM, *Federalism and the Spending Power: Section 94 to the Rescue*, in *Policy Options*, marzo 2007, p. 32.

³⁹ J. WEBBER, *Reimagining Canada: Language, Culture, Community, and the Canadian Constitution*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 1994.

⁴⁰ J. BEETZ, *Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867*, in P.-A. CRÉPEAU-C.B. MACPHERSON (a cura di), *The Future of Canadian Federalism*, University of Toronto Press-Presses de l'Université de Montréal, Toronto-Montréal, 1965; A. PETTER, *Meech Ado About Nothing? Federalism, Democracy and the Spending Power*, in K.E. SWINTON-C.S. ROGERSON (a cura di), *Competing Constitutional Visions, Carswell*, Carswell, Toronto, 1988, p. 187 ss. e *Federalism and the Myth of the Federal Spending Power*, in *Canadian Bar Review*, 68, 1989, p. 448 ss.

⁴¹ A. LAJOIE, *Current Exercises of the Federal Spending Power*, cit.

⁴² 1993 1 SCR 1080, *Finlay v. Canada*, 24 giugno 2002.

La parte (maggioritaria) della dottrina⁴³ che, invece, riconosce l'esistenza del potere di spesa, è tuttavia divisa sulla sua base giuridica. Essa ha identificato il fondamento costituzionale del potere di spesa federale variamente nella sezione 91 del BNA (che affida alla Federazione la competenza in materia di debito pubblico e proprietà), nella Sezione 91(3) (potere di imposizione fiscale) e nella Sezione 106 (che attribuisce al parlamento potere di spesa rispetto al *Consolidated Revenue Fund*).

Altra parte della dottrina ha sostenuto quella che è forse la più nota teoria – ancorché controversa – in materia di *spending power* federale: la c.d. “*gift theory*”. Tale teoria afferma che la proprietà dei fondi pubblici dà all'esecutivo federale il diritto di spendere questi fondi secondo le sue preferenze, anche imponendo condizioni al beneficiario di tali fondi.

Il fondamento del potere di spesa federale non sarebbe dunque rintracciabile in Costituzione ma nelle *Royal prerogatives*⁴⁴ o nella *common law*⁴⁵. Questa lettura⁴⁶ teorizza che il possessore ultimo dei fondi gestiti dal governo sia la Corona e, come tale, essa può agire elargendo doni ai beneficiari come potrebbe fare una qualsiasi persona fisica: «generosity in Canada is not unconstitutional⁴⁷».

Non è chi non veda come questo particolare inquadramento teorico dello *spending power*, pur manifestandosi esso stesso con diverse sfumature, abbia notevolissime implicazioni circa la configurazione dell'esercizio di tale potere.

In particolare, come affermato da Hogg, «there is a distinction [...] between compulsory regulation, which can obviously be accomplished only by legislation enacted within the limits of legislative power, and spending or lending or contracting, which either imposes no obligations on the re-

⁴³ A. TREMBLAY, *Federal Spending Power*, in A.G. GAGNON-H. SEGAL, *The Canadian Social Union Without Québec*, IRPP, Montréal, 2001, p. 155 ss.

⁴⁴ F.R. SCOTT, *Essays on the Constitution*, University of Toronto Press, Toronto, 1977, p. 296.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ «All public monies that fall into the Consolidated Revenue Funds of the federal and provincial government belong to the Crown», F.R. SCOTT, *The Constitutional Background of Taxation Agreements*, in *The McGill Law Journal*, 2(1), 1955, p. 6.

⁴⁷ *Ivi*, p. 7.

recipient (as in the case of family allowances) or obligations which are voluntarily assumed by the recipient (as in the case of a conditional grant, a loan, or a commercial contract). There is no compelling reason to confine spending or lending or contracting within the limits of legislative power, because in those functions the government is not purporting to exercise any peculiarly governmental authority over its subjects⁴⁸».

In sostanza, l'inquadramento del potere di spesa nella teoria del "dono federale" disarticola tale potere dal riparto di competenze legislative, configurandolo come prerogativa autonoma potenzialmente travalicante i limiti competenziali. Non solo, la teoria del dono si focalizza sulla natura non coercitiva dei fondi federali, ritenendo che, anche laddove si tratti di fondi condizionati, essi vengono volontariamente accettati del beneficiario, potendo quest'ultimo, in astratto, rifiutarli senza alcun tipo di sanzione conseguente⁴⁹. Come afferma ancora Scott, «making a gift is not the same of making a law»⁵⁰.

La distinzione tra potere di spesa e altri strumenti regolatori di natura coercitiva era già stata enucleata nel caso *Unemployment Insurance Reference* dal Giudice Kerwin, che aveva enfatizzato la possibilità di «decline the gift or to accept it subject to such conditions», come elemento distintivo e non coercitivo del potere di spesa federale. Come è stato osservato in dottrina, «the underlying rationale provided for this thesis was that we should distinguish situations when the state acts as a "public power," i.e., in a "compulsory" manner, from when it acts as a "private actor," such as when spending, lending and contracting. In the latter cases, it was argued, the state should be no more constrained by the Constitution than would a private individual»⁵¹.

Tuttavia, tale distinzione non corrisponde al dato costituzionale, che

⁴⁸ P.W. HOGG, *Constitutional Law in Canada*, cit., p. 126.

⁴⁹ Posizione, questa, già affermata dal Giudice Lyman Poore Duff nella *opinion* di minoranza nel caso *Employment and Social Insurance Act* del 1936: «it is evident that the Dominion may grant sums of money to individuals or organizations and that the gift may be accompanied by such restrictions and conditions Parliament may see fit to enact. It would then be open to the proposed recipient to decline the gift or accept it subject to such».

⁵⁰ F.R. SCOTT, *The Constitutional Background of Taxation Agreements*, cit., p. 7.

⁵¹ M.-A. ADAM, *Federalism and the Spending Power*, cit., p. 31.

opera il riparto di competenze in base alla materia di intervento e non in base al tipo di strumento – di spesa, regolatorio, volontario o coercitivo – utilizzato⁵².

Distinguendo tra strumenti di spesa solo *attinenti* alle competenze provinciali (e dunque non sottostanti ai vincoli del riparto di materie) e strumenti *propriamente regolatori* delle stesse, si finirebbe per avallare un potere di spesa federale che si esercita potenzialmente su tutti i settori del moderno *Welfare State*, senza alcun limite costituzionale.

Come afferma ancora efficacemente Adam: «this is how state spending, and the legislation authorizing it, came to be differentiated from ‘compulsory regulation’ and portrayed as a gift that could be made freely, irrespective of the assignment of responsibilities provided for in the Constitution. The result was the ‘unlimited spending power’ thesis»⁵³.

Non serve sposare la teoria del dono per rendersi conto che il tema dei limiti costituzionali del potere di spesa rimane controverso, anche per l’assenza di una giurisprudenza consolidata sul punto.

Persino la più classica definizione dello *spending power* federale, quella espressa da Pierre Trudeau, secondo il quale «constitutionally, the term ‘spending power’ has come to have a specialized meaning in Canada: it means the power of Parliament to make payments to people or institutions or governments for purposes on which it (Parliament) does not necessarily have the power to legislate»⁵⁴, mostra quanto sia labile la distinzione tra potere di spesa e potere di regolamentazione in ambiti di competenza provinciale.

Alla luce di tale definizione, non è per esempio del tutto chiaro se l’esercizio di un potere di spesa federale che incide sulle competenze provinciali sia da considerarsi *ultra vires*; ancor meno chiaro è se si possa identificare una soglia circa l’impatto del potere di spesa sulle competenze provinciali oltre la quale esso diventa incostituzionale⁵⁵.

⁵² Privy Council in the *Labour Conventions* case in the context of treaties: see *Canada (AG) v Ontario (AG)*, 1937 CanLII 362, [1937] AC 326 (PC) [*Labour Conventions*].

⁵³ M.-A. ADAM, *Federalism and the Spending Power*, cit., p. 31.

⁵⁴ P. TRUDEAU, *Federal-Provincial Grants and the Spending Power of Parliament*, in *Government of Canada Working Paper on the Constitution*, Ottawa, 1969.

⁵⁵ Richiamando, per esempio, la dottrina americana delle *unconstitutional conditions*,

A dipanare tale incertezza non ha contribuito la giurisprudenza della Corte Suprema, che non è mai stata espressamente adita rispetto alla costituzionalità del potere di spesa federale e delle condizioni poste ai *federal grants*.

E, tuttavia, dal punto di vista fattuale, l'utilizzo del potere di spesa federale è diventato così massiccio che «terminating that power would pull the rug out from under a vast array of grants, programs, and tax expenditures»⁵⁶.

La Provincia del Québec, su tutte, ha da sempre resistito a tale espansione, avvalendosi della possibilità di *opting-out* rispetto ai programmi federali e rivendicando, dal punto di vista ordinamentale, la necessità di una costituzionalizzazione dei limiti al potere di spesa federale. È, questo, il tentativo al centro di due proposte di modifica della Costituzione, non andate, tuttavia, a compimento.

5.1. *Lo spending power e i tentativi di una sua costituzionalizzazione*

Lo *spending power* federale è stato oggetto, nel tempo, di diverse istanze, volte a definirne i contorni e limitarne la portata.

Il Québec in particolare ha, a più riprese, invocato la necessità di porre limiti al potere di spesa federale per evitare che lo stesso potesse influire negli ambiti riservati al governo provinciale. Si tratta dunque di un tema estremamente delicato che si va ad inserire in rapporti intergovernativi già tesi e governati da fragili equilibri. In particolare, il tema del potere di spesa federale è stato uno degli aspetti centrali dei negoziati volti a «bring back Québec into the constitutional family»⁵⁷ e ad evitare esiti secessionistici.

La posizione del Québec rispetto al potere di spesa, inoltre, risulta singolare rispetto a quella delle altre Province: se anch'esse sono attente alla rivendicazione delle loro prerogative, sul fronte dei finanziamenti federali hanno dimostrato un buon grado di accettazione, nella consa-

non è chiaro il punto in cui «the financial inducement offered by Congress might be so coercive as to pass the point at which 'pressure turns into compulsion», *South Dakota v. Dole*, cit., p. 211.

⁵⁶ A. PETTER, *Federalism and the Myth of Federal Spending Power*, cit., p. 472.

⁵⁷ Formula attribuita al Primo Ministro Brian Mulroney.

pevolezza che gli stessi siano indispensabili per garantire un certo standard *nazionale* minimo della tutela di alcuni diritti, soprattutto in ambito sociale. Questa aspirazione pan-canadese all'utilizzo del potere di spesa federale in nome della tutela di un *interesse nazionale*⁵⁸ si scontra, come prevedibile con le richieste invece di autonomia e sovranità del Québec.

Quest'ultimo, in particolare, non chiedeva di cancellare *in toto* il potere di spesa federale, ma ne reclamava la limitazione attraverso il riconoscimento dei limiti costituzionali dello stesso.

L'accordo di Meech Lake del 1987⁵⁹ andava in questo senso: tra le altre previsioni dell'accordo, che miravano a soddisfare le richieste del Québec⁶⁰ – come, per esempio, il suo riconoscimento come società distinta⁶¹, o l'attribuzione di un potere di veto alle Province per le future procedure di modifica costituzionale che interessassero gli aspetti federali, o la no-

⁵⁸ Come affermava Trudeau, «it is in the nature of federalism [...] for citizen to look to Parliament for an expression of his national or extraprovincial interests», P. TRUDEAU, *Federal-Provincial Grants*, cit., p. 34.

⁵⁹ See R. SIMEON, *Meech Lake and Shifting Conceptions of Canadian Federalism*, in *Canadian Public Policy*, 14, 1988, p. S7 ss.

⁶⁰ L'accordo di Meech Lake prevedeva una serie di concessioni per il Québec al fine di indurlo a ratificare il *Constitution Act* del 1982, stabilendo in particolare (*Schedule – Constitutional Amendment*, 1987) che: «The Constitution Act, 1867 is amended by adding thereto, immediately after section 1 thereof, the following section: 2. (1) The Constitution of Canada shall be interpreted in a manner consistent with (a) the recognition that the existence of French-speaking Canadians, centered in Québec but also present elsewhere in Canada, and English-speaking Canadians, concentrated outside Québec but also present in Québec, constitutes a fundamental characteristic of Canada; and (b) the recognition that Québec constitutes within Canada a distinct society». In relazione alla Corte Suprema, era previsto che «(2) At least three judges of the Supreme Court of Canada shall be appointed from among persons who, after having been admitted to the bar of Québec, have, for a total of at least ten years, been judges of any court of Québec or of any court established by the Parliament of Canada, or members of the bar of Québec».

⁶¹ Si trattava della clausola più problematica, che avrebbe creato uno *status* speciale per il Québec, riconoscendone la peculiarità linguistica e culturale ma, allo stesso tempo, avrebbe minato il principio federale che postula una sostanziale uguaglianza tra le Province e tra i cittadini della Federazione.

mina da parte delle Province dei giudici della Corte Suprema – vi era la proposta di introdurre una nuova sezione 106 A al *Constitution Act* del 1867: «(1) The Government of Canada shall provide reasonable compensation to the government of a province that chooses not to participate in a national shared-cost program that is established by the Government of Canada after the coming into force of this section in an area of exclusive provincial jurisdiction, if the province carries on a program or initiative that is compatible with the national objectives. (2) Nothing in this section extends the legislative powers of the Parliament of Canada or of the legislatures of the provinces».

Questa previsione, se da un lato regolamentava un aspetto, quello degli *shared-cost programs* connesso al potere di spesa federale, dall'altro non dava una definizione del potere di spesa federale e presentava una serie di ambiguità interpretative, che non avrebbero risolto le tensioni con le Province più restie ad accettare ingerenze federali⁶².

Per esempio, se è vero che la sezione 106 A c.1 ammetteva chiaramente la possibilità della Federazione di esercitare il suo potere di spesa negli ambiti di esclusiva competenza provinciale, ciò pareva, tuttavia, difficilmente compatibile con l'art. 106 a c. 2 che, invece, dichiarava che non vi fosse alcuna estensione dei poteri legislativi del Parlamento canadese alla luce della nuova disposizione.

Non solo: neppure era chiarito dal testo normativo cosa si intendesse per “programma nazionale”. Si trattava di un programma che doveva essere applicato in maniera uniforme a tutte le Province oppure che avrebbe potuto essere limitato anche solo ad alcune di esse?

Per quanto riguarda la “compensazione ragionevole” che la Federazione avrebbe dovuto fornire in caso di *opting-out*, la dottrina si è interrogata su come quantificare il concetto di “reasonable”. E ancora, cosa si intendeva con programma provinciale “compatible with national objectives”? Avrebbe dovuto avere finalità sovrapponibili *in toto* con il programma federale o avrebbe potuto da esso discostarsi in relazione a alcuni determinati obiettivi?

⁶² Per un'analisi testuale dell'accordo, si veda B. SCHWARTZ, *Fathcoming Meech Lake*, in *Manitoba Law Journal*, 17, 1987, p. 63 ss.

Quanto, infine, alla clausola di *opting-out*, l'accordo ratificava sostanzialmente ciò che avveniva in precedenza in via di prassi⁶³.

Infatti, già a partire dal 1965, dopo il primo rifiuto di aderire ai programmi di finanziamento condiviso per l'istruzione universitaria (1959) da parte del Québec, era stata introdotta la possibilità per le Province di invocare la clausola di *opting-out*: ovvero si rifiutarsi di partecipare a uno *shared-cost program*, ricevendo una compensazione da parte della Federazione, a patto di impegnarsi a istituire un programma provinciale con le stesse finalità di quello federale.

La possibilità lasciata alle Province di rifiutare di aderire al programma di finanziamento, se certamente è indice della natura volontaria di tali strumenti – escludendo quindi l'elemento della coercizione – ed è anche un requisito di legittimità delle condizioni poste ai finanziamenti federali, dall'altro si traduce «in niente di più che in un trasferimento di responsabilità amministrative alla provincia medesima, in quanto tratto comune di tutti gli accordi di *opting-out* è che essi hanno obbligato la provincia a continuare a porre in essere, o a dare avvio, ai programmi federali, non essendo quindi consentita la libertà di distogliere le risorse, già impegnate nel programma federale, al fine di utilizzarle per altri scopi»⁶⁴.

Le condizioni di *opting-out* darebbero solo «an illusion of autonomy»⁶⁵ o addirittura si risolverebbero in una «trapping autonomy», dove «the federal government compensation to an opting-out province is really just as conditional as the federal contribution to participating provinces»⁶⁶.

Tuttavia, il tentativo di dare una cornice costituzionale al potere di spesa federale, tra le altre previsioni volte a riconoscere la specialità della società del Québec e più poteri alle Province, non andò a buon fine: l'accordo di Meech Lake richiedeva la ratifica di tutte le Province entro il 23 giugno del 1990 per la sua entrata in vigore, ma le Province di Newfoundland e

⁶³ H. TELFORD, *The Federal Spending Power in Canada: Nation-Building or Nation-Destroying?*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 33(1), 2003, p. 36.

⁶⁴ T. GROPPi, *I rapporti finanziari Federazione-Province in Canada*, cit., p. 367.

⁶⁵ H. TELFORD, *The Federal Spending Power in Canada: Nation-Building or Nation-Destroying?*, cit., p. 37.

⁶⁶ P.W. HOGG, *Constitutional law in Canada*, cit., p. 123.

Manitoba decisero di non sottoscrivere l'accordo, che dunque fallì⁶⁷.

Il secondo tentativo di riforma costituzionale è rappresentato dall'accordo di Charlottetown, frutto di un processo di negoziazione intergovernativa non solo tra i governi delle Province e la Federazione, ma anche con il coinvolgimento dei rappresentanti delle comunità indigene⁶⁸ (che nell'accordo di Meech Lake, invece, non erano stati coinvolti).

L'accordo in esame fu il frutto di un faticoso compromesso, volto a contemperare una serie di istanze tra loro non sempre convergenti. Le richieste del Québec, che riprendevano sostanzialmente quelle del *Meech Lake Accord* erano volte alla limitazione dello *spending power* federale, all'ottenimento di un potere di veto sulle modifiche costituzionali che toccassero l'assetto istituzionale, al riconoscimento di un ruolo nelle nomine dei giudici della Corte Suprema ed infine all'attribuzione al Québec della qualifica di «distinct society».

A ciò si devono aggiungere, o forse meglio contrapporre, le istanze delle altre Province anglofone, che sottolineavano la necessità di preservare l'unione economica e sociale canadese quale valore fondamentale della nazione. Infine, l'accordo di Charlottetown accoglieva le istanze volte al riconoscimento del diritto all'autogoverno delle comunità indigene, considerando i governi aborigeni come uno dei tre ordini di governo del paese.

Da un lato, l'accordo di Charlottetown si impegnava a riconoscere il diritto delle popolazioni indigene di salvaguardare e sviluppare le loro lingue, culture, economie, identità, istituzioni e tradizioni. Dall'altro, tuttavia, le leggi aborigene sarebbero state soggette sia alla Carta dei Diritti sia al requisito del rispetto della clausola della pace, ordine e del buon governo canadese.

Come è facile intuire, il compito dell'accordo di coniugare istanze così diverse era ambizioso e arduo da perseguire.

Dal punto di vista che qui più rileva, ovverosia il riconoscimento del potere di spesa federale, occorre sottolineare che la formulazione dell'accordo di Charlottetown si discostava da quella del precedente accor-

⁶⁷ R.A. MACDONALD, ...*Meech Lake to the Contrary Notwithstanding (Part I)*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 29, 1991, pp. 269-70.

⁶⁸ K. MCROBERTS-P.J. MONAHAN (a cura di), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 1993, p. 222.

do, il quale, come si è visto, insisteva sulla clausola di *opting out*, quasi ad ammettere, implicitamente l'incostituzionalità per violazione del principio federale dello *spending power*⁶⁹.

L'accordo di Charlottetown enfatizzava, invece, la finalità uniformanti del potere di spesa, volto a perseguire obiettivi di carattere nazionale: «The government of Canada and the governments of the provinces are committed to establishing a framework to govern expenditures of money in the provinces by the government of Canada in areas of exclusive provincial jurisdiction that would ensure, in particular, that such expenditures contribute to the pursuit of national objectives»⁷⁰.

Come si può immaginare, tale definizione dello *spending power* che, di fatto, legittimava la Federazione ad intervenire nella sfera di competenza provinciale, mal si conciliava con le rivendicazioni autonomistiche della comunità *québécois*.

D'altro canto, invece, le altre Province ritenevano l'accordo ancora troppo favorevole alle istanze del Québec. In definitiva, «the accord was unpopular in the very communities that were meant to benefit most from its provisions»⁷¹. A conferma di ciò, l'accordo venne sottoposto a referendum il 26 ottobre 1992, ma venne bocciato dal 54.3% dei cittadini canadesi contro il 45,7%⁷². In Québec, l'accordo è stato respinto dal 56,68% dei votanti⁷³.

Il fallimento degli Accordi di Meech Lake e Charlottetown ha stimolato una serie di riflessioni in merito al futuro dell'ordinamento canadese e alla possibilità di modificare la Costituzione⁷⁴ attraverso le procedure di revisione codificate.

⁶⁹ H. TELFORD, *The Federal Spending Power in Canada: Nation-Building or Nation-Destroying?*, cit., p. 37.

⁷⁰ *Charlottetown Accord*, ottobre 1992, p. 47.

⁷¹ R.C. VIPOND, *Seeing Canada Through the Referendum: Still a House Divided*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 23, 1993, p. 40 ss.

⁷² *The 1992 Federal Referendum: A Challenge Met*, Report of the Chief Electoral Officer of Canada (17 gennaio 1994), Government of Canada.

⁷³ *Elections Québec*, <https://www.electionsquebec.qc.ca/resultats-et-statistiques/>.

⁷⁴ A.C. CAIRNS, *Charter Versus Federalism: The Dilemmas of Constitutional Reform*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 1991; M. MENDELSON, *Public Brokerage*

Per quanto riguarda il profilo del potere di spesa, il fallimento dei processi di modifica della Costituzione ha consegnato la definizione dello stesso agli accordi politici di carattere intergovernativo, inerenti soprattutto la questione relativa alla c.d. *Social Union*⁷⁵, la c.d. *Victoria Proposal* del gennaio 1999 e il *Social Union Framework Agreement (SUFA)*⁷⁶ del febbraio 1999, nella quale ancora oggi troviamo la definizione più compiuta dello *spending power* federale⁷⁷ e che «in teoria almeno, ha rappresentato il secondo grande momento della storia costituzionale canadese dopo il *Constitution Act* del 1982, a dispetto della sua natura di accordo politico»⁷⁸.

Ma, prima di analizzare il SUFA, è interessante accennare alla proposta di Victoria che, tuttavia, non è mai stata approvata. Si trattava di una proposta di regolazione dello *spending power* federale promossa dal Québec, nella quale si cercava il consenso delle altre Province nella direzione di porre alcuni limiti alla Federazione nell'esercizio dello *spending power*.

In particolare, la proposta – che ottenne l'adesione di tutte le Province il 29 gennaio 1999 a Victoria – prevedeva che il governo dovesse ottenere

ge: Constitutional Reform and the Accommodation of Mass Publics, in *Canadian Journal of Political Science*, 33, 2000, p. 245 ss.; K. MCROBERTS, P.J. MONAHAN, *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, cit.; R. GIBBINS-D. THOMAS, *Ten Lessons from the Referendum*, in *Canada Parliamentary Review*, 15, 1992, p. 3 ss.; J. CAMERON, *Legality, Legitimacy and Constitutional Amendment in Canada*, in R. ALBERT-D.R. CAMERON, *Canada in the World*, cit., p. 81 ss.; M. LUSZTIG, *Constitutional Paralysis: Why Canadian Constitutional Initiatives Are Doomed to Fail*, in *Canadian Journal of Political Science*, 27, 1994, p. 748.

⁷⁵ Così definita nell'accordo stesso: «Canada's social union should reflect and give expression to the fundamental values of Canadians – equality, respect for diversity, fairness, individual dignity and responsibility, and mutual aid and our responsibilities for one another», Canadian Intergovernmental Conference Secretariat, *A Framework to Improve the Social Union for Canadians: An Agreement between the Government of Canada and the Government of the Provinces and Territories*, 4 febbraio 1999.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ H. LAZAR, *The Social Union Framework Agreement: Lost Opportunity or New Beginning?*, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, School of Policy Studies Working Papers, 2000-08.

⁷⁸ G. MARTINICO, *Il contributo di Antonio Zorzi Giustiniani al dibattito sul federalismo in chiave comparata*, in *Nomos*, 2, 2022, p. 3.

il consenso della maggioranza delle Province per modificare o introdurre nuovi programmi negli ambiti di competenza di queste ultime; che il governo, prima di esercitare il suo potere di spesa nei confronti di una Provincia, avrebbe dovuto ottenere il suo consenso e, infine, che nel caso in cui una Provincia avesse deciso per l'*opting out* rispetto a un programma federale, essa avrebbe avuto diritto ad una piena compensazione in termini finanziari per perseguire gli obiettivi del programma federale attraverso un'iniziativa gestita interamente dal livello provinciale.

Si trattava di una proposta innovativa che, pur non disconoscendo il potere di spesa federale, ne definiva i limiti e valorizzava massimamente la scelta delle Province di aderire o meno ai programmi federali, senza penalizzarle con la sospensione dei fondi federali.

Questo accordo, tuttavia, ebbe vita breve: già nel febbraio 1999, tutte le Province, ad eccezione del Québec, decisero di sottoscrivere un accordo intergovernativo, proposto dalla Federazione, che esprimeva un diverso approccio⁷⁹ alla limitazione dello *spending power*: il SUFA⁸⁰.

Esso legittimava lo *spending power* federale in aree di competenza provinciale, prevedendo esplicitamente che la Federazione potesse intervenire in ambiti come la sanità, l'istruzione superiore, l'assistenza sociale, istituendo anche nuovi programmi di finanziamento.

Analogamente alla proposta di Victoria, il SUFA⁸¹ introduceva alcuni oneri procedurali di stampo collaborativo, tali da limitare l'utilizzo in maniera unilaterale dello *spending power*: la Federazione era chiamata ad identificare, insieme alla Province, le priorità e gli obiettivi di intervento nell'ambito delle politiche sociali; il governo di Ottawa non avrebbe potuto introdurre nuove iniziative senza l'accordo della maggioranza dei Governi provinciali; la Federazione e le Province avrebbero dovuto

⁷⁹ A. TREMBLAY, *Federal Spending Power*, in A.G. GAGNON-H. SEGAL, *The Canadian Social Union Without Québec*, cit., p. 170.

⁸⁰ Si veda T.J. COURCHENE, *Reflections on the Federal Spending Power: Practices, Principles, Perspectives*, in *Queen's Law Journal*, 34, 2008, p. 75 ss.

⁸¹ S.D. PHILIPS, *SUFA and Citizen Engagement: Fake or Genuine Masterpiece?*, in www.irpp.org/pml/archive/pmvol2no7.pdf, 2001. M. MENDELSON-J. MCLEAN, *SUFA's Double Vision: Citizen Engagement and Intergovernmental Collaboration*, in www.irpp.org/pol, 2000.

accordarsi in merito all'adozione di un *accountability framework* per monitorare l'implementazione dei programmi e l'utilizzo delle risorse. Il SUFA prevedeva che «all provincial and territorial governments that meet or commit to meet the agreed Canada-wide objectives and agreed to respect the accountability framework will receive their share of available funding».

Si trattava di un accordo che lasciava ampi margini alle Province in merito all'accettazione dei fondi e all'organizzazione e implementazione dei programmi. Tuttavia, sposando la linea del governo federale in contrasto con la proposta di Victoria, il programma non prevedeva alcun tipo di compensazione per le Province che avrebbero esercitato l'opzione di *opting-out*. Si trattava, come evidente, di un vincolo troppo stringente per il Québec, che da sempre aveva fatto valere l'*opting-out*, il quale infatti non ratificò il SUFA⁸².

Quest'ultimo era percepito dal Québec come una sorta di tentativo di usurpazione delle competenze provinciali in ambiti chiave dello sviluppo sociale, quali l'educazione, la sanità, l'assistenza sociale⁸³. Come osservato in dottrina, «from this perspective, SUFA constituted a threat to Québec's interests, not a solution to enduring federal-Provincial tensions»⁸⁴.

Non solo: il SUFA ha scontentato (senza che ciò abbia portato alla denuncia dell'accordo) anche le Province più popolose e meno inclini a concedere spazi al governo federale, per via del fatto che fosse possibile attivare nuovi programmi con l'accordo di solo quattro Province.

Come ha notato attenta dottrina, «since a majority of the provinces can be attained with a mere 15% of the population and since the smaller provinces are more inclined to rely on federal government support, this requirement will be relatively easy to satisfy»⁸⁵, a detrimento, appunto, delle Province più restie ad aderire a tali programmi.

⁸² A. NOËL, *Without Québec: Collaborative Federalism with a Footnote?*, in *Policy Matters*, 1(2), 2000, p. 15.

⁸³ Sul legame tra politiche sociali e nazionalismo del Québec si rimanda a G. MARTINICO, *Il diritto costituzionale come speranza*, cit., p. 81 ss.

⁸⁴ D. BÉLAND-A. LECOURS, *Sub-state Nationalism and the Welfare State: Québec and Canadian Federalism*, in *Nations and Nationalism*, 12(1), 2006, p. 82.

⁸⁵ C. RYAN, *The Agreement on the Canadian Social Union*, p. 34, citato da H. TEL-

Nonostante alcuni aspetti di criticità, il SUFA rappresenta la più compiuta formalizzazione – alla luce del fallimento dei processi di cambiamento costituzionale – dello *spending power* federale e rappresenta altresì l’emblema del modello di “federalismo cooperativo”, che rimane la cifra caratterizzante dei rapporti tra Federazione e Province nell’ordinamento canadese⁸⁶.

5.2. Spending power e definizione del Welfare State canadese

Una delle tante peculiarità che caratterizzano l’esercizio dello *spending power* canadese è il fatto che esso, più che qualsiasi altro ordinamento, sia intrinsecamente legato allo sviluppo di un sistema di *welfare* che, nel tempo, ha acquisito la valenza di strumento volto a forgiare una specifica identità canadese: come osservato, «Canadian identity has been shaped by the development of the welfare state. In Canada outside of Québec, the national sense of belonging is normally one of belonging to Canada and not to the province where one resides»⁸⁷. Come afferma anche Choudhry, «Canadians take Medicare to be constitutive of social citizenship, and are unlikely to accept a scenario in which that component of Canadian identity is abolished entirely»⁸⁸.

Questa funzione identitaria dello *spending power* si definisce nel tempo a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale: da allora si contano più di 100 programmi che utilizzano finanziamenti condizionati⁸⁹. Tali programmi coprono vastissimi settori delle politiche sociali: l’istruzione con il *Post-secondary Education Program* del 1951 e modificato nel 1967,

FORD, *The Federal Spending Power in Canada: Nation-Building or Nation-Destroying?*, cit., p. 40.

⁸⁶ M.-A. ADAM-J. BERGERON-M. BONNARD, *Intergovernmental Relations in Canada: Competing Visions and Diverse Dynamics*, in J. POIRIER-C. SAUNDERS-J. KINCAID (a cura di), *Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 158.

⁸⁷ E. GAUTHIER, *Spending Power, Social Policy, and the Principle of Subsidiarity*, cit., p. 268.

⁸⁸ S. CHOUDHRY, *Bill 11, the Canada Health Act and the Social Union: The Need for Institutions*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 38(1), 2000, p. 59.

⁸⁹ T. GROPPPI, *Canada*, cit., p. 56.

la sanità con il *Canada Health Act* del 1968⁹⁰ e l'assistenza sociale con il *Canada Assistance Plan* del 1966 (CAP), lo sviluppo rurale con il *Fund for Rural Economic Development*.

Si tratta, per lo più, di *shared-cost programs* condizionati al rispetto di stringenti requisiti. Si prenda, per esempio, il *Canada Health Act*: all'art. 8 esso stabiliva cinque macro-condizioni che i programmi provinciali avrebbero dovuto rispettare per ricevere il finanziamento federale:

- accessibilità (al fine di garantire un accesso ragionevole alle prestazioni sanitarie senza vincoli finanziari);
- estensione (copertura di tutti i servizi sanitari e di ospedalizzazione necessari);
- universalità (copertura assicurata a tutti i residenti da almeno tre mesi nelle diverse Province);
- portabilità (copertura assicurata anche se temporaneamente al di fuori del territorio provinciale);
- amministrazione pubblica del programma (*non profit*).

Similmente, anche il CAP era un programma condizionato: tra le condizioni previste, vi era il requisito che chiedeva alle Province di fornire assistenza finanziaria a «any person in need» al fine di rispondere ai «basic requirements» delle persone beneficiarie dell'assistenza. Altre condizioni chiedevano alle Province di non introdurre requisiti in merito alla residenza per poter beneficiare del programma e di offrire dal punto di vista procedurale il diritto di appellarsi avverso le decisioni in materia di assistenza sociale.

In generale, tuttavia, le Province avevano ampia discrezionalità nella definizione dei beneficiari del programma, potendo per esempio definire il concetto di “need”⁹¹. Ciò, del resto, non stupisce, se si pensa che l'assistenza sociale è una materia che rientra interamente nella competenza provinciale e alti livelli di ingerenza federale non sarebbero stati probabilmente accolti dalle Province stesse.

⁹⁰ Si veda G.G. CARBONI, *Diritto alla salute e limiti finanziari nell'ordinamento federale canadese*, in E. CECCHERINI (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese*, Genova University Press, Genova, 2013, p. 149 ss.

⁹¹ P. HOBSON-F. ST. HILAIRE, *Reforming Federal-Provincial Fiscal Arrangements: Towards Sustainable Federalism*, Institute for Research on Public Policy, Montreal, 1994.

In questo contesto, i programmi relativi alla sanità e all'assistenza sociale hanno rappresentato i più rilevanti strumenti per la definizione del *Welfare State* canadese. Tuttavia, a partire dagli anni Novanta, si è resa necessaria una modifica di tali schemi, anche per rispondere alle necessità di contenimento della spesa pubblica che aveva raggiunto per la Federazione livelli difficilmente sostenibili.

Così, i due programmi sono stati unificati, nel 1995, nel *Canada Health and Social Transfer* (CHST), che rappresentava un nuovo piano di finanziamento federale basato sul modello dei *block grants*, che, similmente al contesto americano, prevedevano sempre la presenza di determinate condizioni, ma meno stringenti e dettagliate (per esempio sono stati eliminati gli standard nazionali in merito all'assistenza sociale, ma non rispetto alla sanità).

Infine nel 2004, il CHST è stato ulteriormente diviso in due programmi, il *Canada Health Transfer* (CHT) e il *Canada Social Transfer* (CST), per ottimizzare e rendere più trasparente la gestione dei fondi.

Si è trattato di una profonda riforma dei trasferimenti federali in ambito di politiche sociali, con una portata storica, sia dal punto di vista del sistema di *welfare* che delle relazioni intergovernative: essa ha segnato, da un lato, l'utilizzo di regimi di condizionalità più rispettosi dell'autonomia provinciale e, dall'altro, un arretramento dell'impegno della Federazione nel finanziamento delle politiche sociali. In definitiva, «there would be less money in exchange for fewer federal controls and conditions»⁹².

Alla luce del contesto qui brevemente delineato, si procederà ora ad analizzare più in dettaglio la natura e il ruolo dei *federal grants* nell'ordinamento federale canadese.

6. Spending power e finanziamenti condizionati

L'esercizio dello *spending power* federale si manifesta attraverso diverse forme di finanziamento dei programmi federali di incidenza provinciale: tra di esse si distinguono gli *shared-cost programs*, i finanziamenti senza

⁹²J. POIRIER, *Federalism, Social Policy and Competing Visions of the Canadian Social Union*, cit., p. 396.

condizioni (come gli *equalisation payments*) e i veri e propri *conditional grants*⁹³.

I *federal grants*, soprattutto se condizionati, costituiscono uno strumento ambiguo nello sviluppo del federalismo canadese.

Da un lato, essi rappresentano, nella forma degli *shared-cost programs*, uno strumento di realizzazione della cooperazione tra Federazione e Province in funzione di armonizzazione di alcuni standard di tutela in ambiti relativi al *Welfare State* ed anzi sono lo strumento principale di definizione del *Welfare State* canadese che, come si è visto, rappresenta, almeno per le nove Province anglofone uno degli elementi dell'identità canadese⁹⁴.

In questo senso, come osservato, «flexible spending power, which has a double role of developing the welfare state and building Canadian citizenship, can be perceived as desirable»⁹⁵. Un altro esempio a favore della concettualizzazione dei *conditional grants* come strumenti di “*nation building*” è l'utilizzo degli stessi da parte del governo federale per promuovere il bilinguismo nell'ambito dei programmi di istruzione, un obiettivo anche simbolicamente significativo alla luce delle tensioni scaturite dalla questione linguistica all'interno della Federazione⁹⁶.

Dall'altro, tuttavia, l'impatto dell'utilizzo dei *conditional grants* sulla separazione dei poteri e sull'assetto federale in generale è particolarmente critico, sotto almeno quattro diversi profili. Innanzitutto, attraverso l'utilizzo dei *conditional grants* e degli *shared-cost programs*, il governo federale è stato spesso accusato dalle Province di creare vincoli tali da essere paragonabili a quelli di una vera e propria attività legislativa, facendo indirettamente, tramite la leva finanziaria, quello che direttamente gli sarebbe precluso dal dato costituzionale⁹⁷.

Tale esercizio del potere di spesa si risolve, come già si è avuto modo

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ivi*, p. 422.

⁹⁵ E. GAUTHIER, *Spending Power, Social Policy, and the Principle of Subsidiarity*, in *Review of Constitutional Studies/Revue d'études constitutionnelles*, 22(2), 2017, p. 268.

⁹⁶ M. HAYDAY, *Bilingual today, united tomorrow*, McGill-Queen's University Press, Toronto, 2005.

⁹⁷ A. NOËL, *How Do You Limit a Power That Does Not Exist*, cit., p. 425.

di vedere guardando alla teoria generale della condizionalità, in una alterazione del principio di separazione dei poteri, determinando un effetto centripeto a favore del governo federale⁹⁸. Non solo: l'utilizzo della condizionalità, come già rilevato rispetto al caso americano, introduce un elemento di distorsione rispetto al processo decisionale del livello provinciale⁹⁹.

In merito a questo secondo profilo di criticità, come osservato in dottrina, «the *raison d'être* of the federal spending power (and of conditional grants in particular) is to permit the federal government to use fiscal means to influence decision-making at the provincial level. In other words, it allows national majorities to set priorities and to determine policy within the spheres of influence allocated under the Constitution to regional majorities. Thus both by design and effect, the spending power runs counter to the political purpose of a federal system»¹⁰⁰. Il risultato di tali programmi è, dunque, una distorsione delle priorità politiche del governo provinciale¹⁰¹: quest'ultimo agirà assecondando le priorità poste dal governo federale per poter continuare a ricevere fondi.

Alcuni autori¹⁰² hanno anche rilevato un terzo profilo problematico sotteso ai *conditional grants*, che riguarda l'*accountability* democratica: «citizens in a province that received such spending would find it difficult to determine which order of government was ultimately responsible for policies directly affecting their interests. As a result of this confusion, governments would be unaccountable for their policy decisions»¹⁰³.

⁹⁸ K. RICHER, *The Federal Spending Power*, PRB 07-36E, Library of Parliament, Ottawa, 2007.

⁹⁹ J. ELIOT, *Magnet, The Constitutional Distribution of Taxation Power in Canada*, in *Ottawa Law Review*, 10, 1978, p. 482.

¹⁰⁰ A. PETTER, *Federalism and the Myth of the Federal Spending Power*, cit., p. 465.

¹⁰¹ J. ELIOT, *Magnet, The Constitutional Distribution of Taxation Power in Canada*, cit., p. 482.

¹⁰² Si veda, per esempio, *ibidem*. L'Autore afferma che «intergovernmental transfers blur electoral lines of responsibility. The electorate is confused as to which governmental body is responsible for what policy. Electoral accountability is diminished».

¹⁰³ H.L. KONG, *The Spending Power in Canada*, in P. OLIVER-P. MACKLEM-N. DES ROSIERS, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, cit., 2017.

Infine, un quarto profilo riguarda l'incidenza della condizionalità sui rapporti tra le Province e gli enti locali, rapporti che si articolano, per altro, in maniera diversa nelle varie Province. I *federal grants* si inseriscono in questa relazione, potenzialmente alterandone gli equilibri poiché «they involve local authorities directly or indirectly and must inevitably have some impact on provincial objectives in relation to a particular local function»¹⁰⁴.

Nonostante tali profili problematici, pochissimi sono stati i casi portati dinanzi alla Corte Suprema in merito alla costituzionalità delle condizioni. In generale, «the courts have not been significant players in inter-governmental relations in Canada, and do not appear interested in venturing into this filed»¹⁰⁵.

Le tensioni e le divergenze circa l'utilizzo delle condizioni si sono spesso risolte in esiti compromissori di natura politica, definiti nell'ambito delle relazioni intergovernative.

Anche per questa precipua caratteristica, la dottrina ha parlato di un federalismo esecutivo, che si realizza principalmente nell'arena della negoziazione politica tra diversi livelli di governo, sfuggendo alle maglie delle previsioni costituzionali in tema di riparto di competenze e segnato da scarsa trasparenza e *accountability* democratica.

Se questa prassi consente un basso tasso di *litigation* in merito ai regimi di condizionalità, dall'altro rappresenta un esito paradossale «when considering the historic contribution of the courts in the structuring of Canadian federalism and the very active role they play today in controlling the respect of individual rights and freedoms by the state»¹⁰⁶.

Ci si può chiedere quale sia la ragione del fatto che, pur in presenza di persistenti e talvolta radicali divergenze, non si sia dato seguito a un contenzioso in tema di *spending power* e di condizionalità.

La dottrina ha sostenuto che «governments have found the risks of

¹⁰⁴ D.V. SMILEY, *The Rowell – Sirois Report, Provincial Autonomy, and Post-war Canadian Federalism*, in *Canadian Journal of Economics and Political Science*, 28(1), 1962, p. 66.

¹⁰⁵ M-A. ADAM-J. BERGERON-M. BONNARD, *Intergovernmental Relations in Canada: Competing Visions and Diverse Dynamics*, in J. POIRIER-C. SAUNDERS-J. KINCAID, *Intergovernmental Relations in Federal Systems*, cit., p. 164.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

constitutional litigation of the issue too high compared to its benefits»¹⁰⁷. Come sostiene Choudry, la teoria del potere di spesa federale sposata dal governo di Ottawa è quella di un potere sostanzialmente illimitato che consente alla Federazione di spendere in aree di giurisdizione provinciale senza limitazioni costituzionali.

Alla luce di questa visione, che di fatto ha resistito anche alle rimostranze delle Province più restie, anche attraverso la clausola di un *opting-out* rispetto ai programmi federali, «the risk of bringing the spending power before the courts, however, was that a ruling might have imposed some limits on that power, for example, by holding that extremely intrusive conditions might amount to an unconstitutional attempt to regulate matters in provincial jurisdiction»¹⁰⁸.

Specularmente, le Province si trovavano di fronte allo stesso dilemma: di fatto esse sono riuscite a beneficiare dei finanziamenti federali, necessari per lo sviluppo del *Welfare State*, pur non cedendo mai alla visione di uno *spending power* illimitato e cercando di limare per quanto possibile i margini di ingerenza del livello federale. Il ricorso in via giurisdizionale avrebbe potuto alterare questo equilibrio, addirittura legittimando il potere di spesa federale condizionato in ambiti di legislazione provinciale.

Non è un caso, dunque, se i ricorsi in cui è stata contestata la ripartizione dei poteri e l'utilizzo dei *federal grants* condizionati siano stati promossi, in gran parte, da attori privati e non dalla Provincia.

Prima di affrontare l'analisi della giurisprudenza in materia di condizioni poste ai finanziamenti federali, è interessante rilevare, in ottica comparata, come l'equilibrio istituzionale, talvolta precario, tra Federazione e Province, abbia evitato quella trasformazione in senso coercitivo o addirittura punitivo cui si è assistito negli Stati Uniti e che si rintraccia in parte, come vedremo nel Capitolo a seguire, nei più recenti sviluppi dell'ordinamento europeo.

Anche nel sistema canadese, il mancato rispetto delle condizioni può portare alla decisione di sospensione dei fondi, ma tale esito è stato presso-

¹⁰⁷ S. CHOUDRY, *Constitutional Change in the 21st Century: A New Debate over the Spending Power*, in *Queen's Law Journal*, 34(1), 2008, p. 383.

¹⁰⁸ S. CHOUDRY, *Recasting Social Canada: A Reconsideration of Federal Jurisdiction over Social Policy*, in *University of Toronto Law Journal*, 52(3), 2002, pp. 198-199.

ché sempre scongiurato proprio attraverso la negoziazione politica nelle sedi di raccordo intergovernativo, nonché per una ritrosia del governo federale rispetto all'*enforcement* delle condizioni nei confronti delle Province.

Uno degli esempi più emblematici riguarda la possibilità, prevista dalla Sezione 15 del C.H.A., di sospensione dei fondi per quelle Province che non rispettano le condizioni poste dal programma.

Tuttavia, non si è registrata alcuna iniziativa volta alla sospensione dei fondi per sanzionare la *non-compliance* provinciale¹⁰⁹.

Inoltre, il monitoraggio del rispetto delle condizioni era affidato anche al Parlamento, secondo procedure tuttavia inadeguate ad una reale valutazione circa l'implementazione delle condizioni stesse: il C.H.A. prevedeva che il Ministro per Salute e il *Welfare* sottoponesse al Parlamento un *report* annuale, che includesse tutte le informazioni rilevanti circa il rispetto da parte delle Province dei criteri fissati dal C.H.A.

Tale *report*, tuttavia, non conteneva alcun tipo di valutazione circa il rispetto delle condizioni, basandosi prevalentemente sui dati forniti dalla Province stesse. Come è stato osservato in dottrina, «notwithstanding their willingness to accept federal transfer payments, provinces are fiercely opposed to federal activity in the realm of health care. The federal government is unlikely to risk political confrontation by acting under section 15(1) even if it were to have sufficient information about noncompliance. Put another way, enforcement of the C.H.A. is currently conditioned not by the needs of the health-care system's clients, but by the political needs of the federal government»¹¹⁰.

In definitiva, l'utilizzo dei *conditional grants* sebbene costituisca ancora oggi il cuore della controversa teoria, sopra già accennata, dello *spending power* federale in aree di competenza provinciale e sia stato oggetto di interventi della Corte Suprema canadese¹¹¹, ha indubbiamente rappresenta-

¹⁰⁹ Health Canada, *Canada Health Act Annual Report 1992-93*, Supply & Services Canada, Ottawa, 1993, p. 13.

¹¹⁰ S. CHOUDHRY, *The Enforcement of the Canada Health Act*, in *McGill Law Journal*, 41, 1996, p. 476.

¹¹¹ La Corte Suprema canadese, come si vedrà nei paragrafi a seguire, ha avuto modo di esprimersi sulla legittimità dei *conditional grants* in diverse occasioni, ribadendo costantemente nella sua giurisprudenza la legittimità costituzionale di tali strumenti. Si ve-

to uno degli strumenti privilegiati di cooperazione tra centro e periferia, consentendo di mantenere anche una certa elasticità di tali rapporti, punto di forza del sistema canadese che ne ha tratto giovamento in alcuni momenti critici per la tenuta del sistema, come per esempio, nella particolare fase della crisi economica globale del 2008 e della crisi dovuta alla pandemia da Covid-19.

6.1. *La giurisprudenza canadese in materia di conditional grants*

Nonostante l'esiguità numerica delle decisioni giurisprudenziali in materia di finanziamenti condizionati e nonostante la Corte Suprema non sia stata interpellata *direttamente* in merito alla costituzionalità dei *conditional grants* in ambiti di competenza esclusiva delle Province, è possibile ricostruire se non una vera e propria dottrina delle *unconstitutional conditions* come nel caso americano, una serie di limiti al potere di spesa federale condizionato¹¹².

Dopo il *leading case Reference Re Employment and Social Insurance Act* del 1936, di cui già si è detto, le principali decisioni incidenti sul tema in esame si possono ricondurre agli anni Ottanta e Novanta del Novecento.

Tra di essi, il primo caso che viene in rilievo è *Winterhaven Stables v. (Attorney General)*, del 1989. Si tratta di un ricorso promosso da un cittadino canadese avverso diversi programmi di spesa federale, tra cui il *Canada Assistance Plan*, il *Canada Health Act*, il *Federal Provincial Fiscal Arrangements* e il *Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act*. Il ricorrente lamentava che si trattasse di atti *ultra vires*, in violazione delle competenze legislative attribuite al Parlamento, il quale – a fronte di atti che contenevano una serie di condizioni da rispettare – avrebbe utilizzato il potere di spesa per legiferare in ambiti di competenza provinciale.

La Corte d'Appello di Alberta, adita dal ricorrente, si trovava dunque a

dano tra gli altri, *YMWA Jewish Community Centre v. Brown*, cit.; *Reference Re Canada Assistance Plan*, 2 SCR 525, 1991; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (AG)*, 3 SCR 657, 2004.

¹¹² P. OLIVER, *Fiscal Federalism and the Federal Spending Power: A Legal Constitutional analysis*, in A. LECOURS-D. BÉLAND-T. TOMBE-E. CHAMPAGNE (a cura di), *Fiscal Federalism in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, forthcoming 2023.

dover stabilire se tali atti legislativi, inerenti senza dubbio a materie di competenza provinciale, costituissero atti regolatori in senso proprio – incidendo sulla “*pith and substance*” delle materie – o se rientrassero nel potere federale di fissare *standard* comuni attraverso l’uso del potere di spesa.

La Corte, all’unanimità, sostenne che, nel caso di specie, non si trattasse di atti *ultra vires*, in quanto non incidevano sulla sostanza delle materie alle quali si riferivano, ma semplicemente offrivano assistenza finanziaria alle Province affinché esse potessero al meglio provvedere all’esercizio delle loro competenze nei settori investiti dai finanziamenti federali.

Quanto al profilo relativo al regime di condizionalità, che secondo il ricorrente sarebbe stato la dimostrazione della *ratio* regolatoria degli atti contestati, la Corte affermò che «Parliament can impose conditions on such disposition so long as the conditions do not amount in fact to a regulation or control of a matter outside federal authority. The federal contributions are now made in such a way that they do not control or regulate provincial use of them. As well there are opting-out arrangements that are available to those provinces who choose not to participate in certain shared-cost programs»¹¹³.

Il caso in esame non giunse alla Corte Suprema, a cui tuttavia non mancarono, negli anni che vanno dal 1989 al 2005, occasioni per pronunciarsi – sebbene spesso solo attraverso *obiter dicta* – sul potere di spesa federale.

Il quadro che ci offre la giurisprudenza sopra menzionata ci permette di delineare i profili della legittimità del potere di spesa federale e dei finanziamenti condizionati.

In particolare, nei casi *Y.M.H.A. Jewish Center of Winnipeg Inc. v. Brown*¹¹⁴, *Finlay, Eldridge* e *CAP*¹¹⁵, la Corte ribadì ciò che già era emerso dalla giurisprudenza pregressa: il Parlamento può allegare delle condizioni ad un programma di spesa federale, a patto che quelle condizioni non si risolvano in una regolamentazione della materia che cade al di fuori delle competenze federali.

Nel caso *Finlay*, la Corte affermò che è possibile distinguere tra condi-

¹¹³ *Winterhaven Stables v. Canada (Attorney General)*, [1988] 91 A.R. 114 (CA).

¹¹⁴ *Y.M.H.A. Jewish Center of Winnipeg Inc. v. Brown*, cit.

¹¹⁵ *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525.

zioni costituzionalmente legittime, ovvero sia quelle volte ad assicurare a livello provinciale il raggiungimento di obiettivi posti dal centro federale e condizioni incostituzionali, che sono quelle che si declinano in una regolamentazione *tout-court* della materia.

Parte della dottrina ha tuttavia sostenuto che i finanziamenti federali condizionati esercitano sempre una attività di regolazione, sebbene in forma indiretta. Come rilevato, infatti, «if [...] those federal funds are granted on condition that the programme accords with federal stipulations, [...] those stipulations will effectively regulate the programme even though it lies outside federal legislative authority. In fact, many of the shared-cost programmes do lie outside federal legislative authority, and yet are administered in accordance with federally-imposed stipulations»¹¹⁶.

Nonostante la Corte accolga la distinzione tra potere di spesa e potere regolatorio quale discrimine per la costituzionalità delle misure adottate dalla Federazione in ambiti provinciali, tale distinzione non è del tutto scevra da ambiguità.

Qual è il confine che determina il passaggio dall'uno all'altro? E a chi spetta determinare la vera natura – regolatoria o meno – di un atto federale che insiste su ambiti provinciali? E quali criteri interpretativi dovrebbero guidare l'interprete in questa opera di discernimento?

La dottrina del *pith and substance*¹¹⁷ può aiutare a distinguere tra le due fattispecie. La vera natura di un atto legislativo può essere ricavata, infatti, guardando tanto alle finalità quanto agli effetti dello stesso. Al fine di

¹¹⁶ P.W. HOGG, *Constitutional law in Canada*, cit., p. 6.

¹¹⁷ La dottrina del *pith and substance* è stata elaborata in Canada alla luce del dato testuale degli articoli 91 e 92 del *Constitution Act*, che attribuiscono potestà legislativa rispettivamente al Parlamento e alle Legislature provinciali, in relazione a questioni che rientrano in una determinata “classe di materie”. Tali classi di materie si riferiscono alle sfere di competenza legislativa dei diversi livelli di governo. La dottrina in parola permette al giudice, chiamato a definire l'insistenza di una determinata legge su una classe di materie, di identificare quale sia la vera natura della legislazione impugnata, al di là di caratteri secondari, come lo scopo della legislazione o i suoi potenziali effetti. Si tratta di un'operazione denominata “caratterizzazione” e che offre al giudice un criterio ermeneutico per decidere se una determinata legge sia *ultra vires* o meno rispetto al riparto competenziale. Si veda C. MATHEN-P. MACKLEM, *Canadian Constitutional Law*, VI ed., Emond Publishing, Toronto, 2022, p. 185.

determinare la finalità della legge, le Corti possono esaminare sia il dato testuale sia alcuni dati di contesto, come per esempio le procedure parlamentari e la posizione del governo sul testo di legge. Al fine di determinare, invece, l'effetto di un atto occorre esaminare sia gli effetti strettamente giuridici, ovvero quelli che in astratto derivano dalle disposizioni, sia quelli pratici, determinati dalla concreta applicazione della legge.

Tuttavia, non sempre è agevole identificare la vera natura di un atto. Come ha rilevato la Corte d'Appello del Québec nel caso *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)* del 2006, per altro «*existe tout un spectre normatif* (corsivo nostro) *entre une simple dépense et une réglementation contraignante*»¹¹⁸. Come cogliere dunque, in questo *spettro di possibilità*, il passaggio da una funzione all'altra? Come identificare il punto in cui l'esercizio del potere di spesa si trasforma in esercizio di potere regolatorio?

Indagando tali profili, Peter Oliver offre un'interessante immagine: «if one were to plot the political and legal acceptability of the federal spending power on separate axes, one would see, on the one hand, that one has to travel to the far end of the legal axis before one encounters, for example, a level of conditionality that would vitiate federal spending legislation regarding items within the provincial jurisdiction. On the other hand, on the related political axis, federal spending power runs into powerful political objections from the provinces when even low levels of conditionality are introduced»¹¹⁹.

Ciò significa che, anche se dal punto di vista strettamente giuridico si riconosce un ampio margine di intervento alla Federazione nell'esercizio del potere di spesa, dal punto di vista politico e delle relazioni intergovernative, esso continuerà ad essere un potere contestato, dai contorni mai compiutamente definiti e condivisi.

Per altro, se è vero che con il SUFA si è cercato di fornire un quadro condiviso dell'esercizio del potere di spesa, l'accordo in sé non è stato sostanzialmente mai applicato in concreto, rimanendo «another futile exer-

¹¹⁸ *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, 2006 QCCA 1454, par. 135.

¹¹⁹ P. OLIVER, *Fiscal Federalism and the Federal Spending Power: A Legal Constitutional analysis*, cit.

cise in symbolic form over efficient substance»¹²⁰. A ciò si aggiunga che il SUFA era un accordo di natura politica sul quale le Corti, come da consolidata giurisprudenza, non hanno giurisdizione¹²¹.

Questo rilievo ci introduce ad un ultimo aspetto relativo alla possibilità, da un lato, di rendere “giustiziabile” lo *spending power* federale in violazione del riparto di competenze e, dall’altro, il mancato rispetto delle condizioni da parte del governo provinciale.

Rispetto al primo profilo, la giurisprudenza è piuttosto univoca nell’affermare che l’esercizio dello *spending power*, laddove non risulti in una attività di regolamentazione, non può essere sottoposto ai limiti della separazione dei poteri e del riparto di competenze.

Le Corti non potrebbero dunque giudicare l’incostituzionalità dell’esercizio del potere di spesa se non in presenza di una legge che per altri motivi violi la separazione dei poteri o la Carta dei Diritti e delle libertà: «La surveillance du pouvoir de dépenser ne constitue cependant pas un sujet distinct de contrôle judiciaire. Si une loi n’est ni inconstitutionnelle ni contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*, les tribunaux n’ont nullement compétence pour surveiller l’exercice du pouvoir législatif»¹²².

In altre parole, se non vi è l’effetto regolatorio, la costituzionalità dell’esercizio del potere di spesa non può essere sottoposta a scrutinio alla luce delle norme costituzionali in materia di divisione delle competenze: «les règles qui partagent entre le fédéral et les provinces le pouvoir de légiférer (les articles 91 et suivants de la Loi de 1867) ne s’appliquent pas;

¹²⁰ T. HUEGLIN, *The bargaining game: Canada as a new model of federal governance?*, in G. APPLEBY-N. ARONEY-T. JOHN (a cura di), *The Future of Australian Federalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 187.

¹²¹ «Le fédéral et les provinces canadiennes ont eux-mêmes entrepris de négocier l’encadrement du pouvoir fédéral de dépenser. Cela a donné lieu à l’entente intitulée “Un cadre visant à améliorer l’union sociale pour les Canadiens”, intervenue entre le gouvernement du Canada et les gouvernements provinciaux (à l’exception du gouvernement du Québec) et territoriaux le 4 février 1999. Cette entente n’a qu’une portée administrative et n’est pas sanctionnable par les tribunaux», *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, 2006 QCCA 1454, par. 137.

¹²² *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 567.

elles ne peuvent empêcher l'ordre de gouvernement en cause de disposer de sa propriété comme il l'entend»¹²³.

Il potere di spesa federale, se non ha finalità regolatorie, sfugge, dunque, alle maglie e ai vincoli della separazione dei poteri.

Quanto invece al secondo profilo, ovvero la possibilità di rendere giustiziabile il mancato rispetto delle condizioni da parte del governo provinciale, la Corte Suprema ha avuto modo di pronunciarsi su di esso nel caso *Finlay v. Canada*¹²⁴.

Si tratta di un ricorso portato dinanzi alla Corte Suprema dal signor Finlay, beneficiario dei contributi di assistenza sociale nell'ambito del *Canada Assistance Plan*, cofinanziato dalla Provincia di Manitoba e dalla Federazione, la quale, peraltro, aveva posto una serie di condizioni per il sostegno finanziario alla Provincia¹²⁵.

A causa di un precedente pagamento in eccesso, la Provincia iniziò a detrarre una percentuale dell'indennità del ricorrente per un protratto arco temporale, tanto da privare il signor Finlay di una parte cospicua del suo reddito e da ridurlo in situazione di povertà. Il ricorrente sosteneva che il programma di assistenza sociale della Provincia di Manitoba fosse illegittimo in violazione di una delle condizioni poste dal CAP, che all'art. 6 c. 2 lett. a) poneva richiedeva che la Provincia «provide financial aid or assistance to [...] any person in the province who is a person in need [...] in an amount or manner that takes into account the basic requirements of that person»¹²⁶.

In una prima sentenza del 1986, la Corte Suprema è stata chiamata a stabilire se Finlay avesse diritto di accedere alla Corte invocando l'illegittimità, causata dal mancato rispetto delle condizioni da parte del governo provinciale, del programma di assistenza sociale. In questa prima decisione, è significativo evidenziare come la Corte non escluda, contrariamente a quanto sostenuto dal governo che invocava la natura politica dell'accor-

¹²³ H. BRUN-G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, IV éd., Yvon Blais, Cowansville, 2002, p. 431.

¹²⁴ [1986] 2 S.C.R. 607, 33 D.L.R. (4th) 321.

¹²⁵ M. YOUNG, *Starving in the Shadow of Law: A Comment on Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, in *Constitutional Forum/Forum Constitutionnel*, 5(2), 1994, p. 31 ss.

¹²⁶ [1986] 2 S.C.R. 607, 33 D.L.R. (4th) 321.

do, la giustiziabilità del mancato rispetto da parte della Provincia delle condizioni poste dal programma.

Affermò, infatti, la Corte che essa non avrebbe dovuto, *a priori* «decline to determine it on the ground that because of its policy context or implications it is better left for review and determination by the legislative or executive branches of government»¹²⁷.

Tuttavia, essa riconosce anche che, in alcune circostanze, «it is more appropriate to allow the other branches to make decisions of socio-economic policy, for which they ultimately can be held accountable to the electorate» e, in questo senso, rispetto al caso dello *spending power*, afferma che «[t]here will no doubt be cases in which the question of provincial compliance with the conditions of federal cost-sharing will raise issues that are not appropriate for judicial determination»¹²⁸.

Dichiarata la questione ammissibile, la Corte ha giudicato poi nel merito solo nel 1993. In questo secondo atto della saga *Finlay* troviamo altri interessanti elementi inerenti lo *spending power* condizionato.

La Corte afferma, infatti, che il programma federale non dettava una legislazione di dettaglio alle Province, essendo il suo obiettivo, al contrario, quello di incoraggiare le Province a sviluppare programmi di assistenza sociale tali da raggiungere determinati standard fissati a livello nazionale¹²⁹. Nell'interpretare le condizioni poste dal CAP, la Corte sottolinea dunque la necessità di adottare un approccio flessibile, in linea con le peculiarità nazionali e con la realizzazione del principio del federalismo cooperativo¹³⁰.

¹²⁷ *Ibidem.*

¹²⁸ *Ibidem.*

¹²⁹ Ciò emerge a chiare lettere dal preambolo del C.A.P.: «[T]he Parliament of Canada [...] is desirous of encouraging further development and extension of assistance and welfare services programs throughout Canada by sharing more fully with the provinces in the cost thereof», R.S.C. 1985, c. C-1.

¹³⁰ E. BROUILLET, *The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and Its Effect on the Balance of Power*, in N. ARONEY-J. KINCAID (a cura di), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, University of Toronto Press, Toronto, 2017, p. 135 ss.

6.2. *L'esercizio del potere tramite finanziamenti condizionati: la peculiarità del caso canadese*

Dal percorso sin qui compiuto è emersa la peculiarità e l'unicità del modello canadese di utilizzo dello strumento della condizionalità nei rapporti tra Federazione e Province.

A differenza che negli Stati Uniti, manca in Canada qualsiasi applicazione del potere di spesa condizionato in forme strettamente coercitive o addirittura punitive.

I rapporti tra i diversi livelli di governo, seppur ovviamente a fasi variabili e asimmetriche rispetto alle diverse Province, sono stati improntati prevalentemente al modello cooperativo, dominato da una sorta di diplomazia tra Federazione e Province, senza radicali trasformazioni in senso coercitivo o punitivo, pur in presenza di tensioni, anche profonde, dal punto di vista linguistico, culturale ed economico.

Anche guardando al tema della legittimità dei finanziamenti condizionati, ciò che stupisce è il relativamente basso ricorso al circuito giurisdizionale e, di contro, una scarsa formalizzazione di una dottrina volta a definire i contorni di un utilizzo costituzionalmente legittimo della condizionalità.

La giurisprudenza canadese si è mossa su un altro binario argomentativo, quello della separazione dei poteri e della distinzione tra atti di spesa e atti regolatori. E, tuttavia, è una giurisprudenza dai contorni non troppo nitidi, anche perché prevalentemente costituita da *obiter dicta*.

A fronte di un così diverso approccio al tema, che nelle sue linee essenziali è lo stesso in Canada, negli Stati Uniti e, come vedremo nel Capitolo seguente, anche nell'Unione europea, ci si è chiesti le ragioni di tale specialità.

Innanzitutto, occorre considerare un aspetto tipico del federalismo canadese: la netta divisione linguistica e culturale tra la parte anglofona e quella francofona, a cui si deve aggiungere una estrema diversità regionale in termini di sviluppo economico. Questa ben nota caratteristica del modello canadese, insieme a una forma di governo parlamentare di tipo Westminster, ha favorito l'affermazione di un modello basato sulla negoziazione intergovernativa, noto anche come federalismo esecutivo. Come osservato in dottrina, «the Canadian federation had to deal with 'real conditions of life', cultural and regional diversity, longer and more successfully than most other countries, and that it has done so by developing a particular brand of bargaining or 'treaty' federalism, which may indeed

have paradigmatic character for a globalising world of complex diversity within and across the boundaries of states»¹³¹.

Questa particolare declinazione dei rapporti Federazione-Province, in cui la Federazione è consapevole della necessità di garantire la coesione in un contesto potenzialmente disgregativo, ha fatto sì che la Federazione stessa non si sia spinta sulla strada dell'utilizzo della leva fiscale in funzione coercitiva e punitiva.

Le clausole di *opting-out* sono l'esempio più limpido della volontà di riconoscere alle Province che lo richiedano margini di autonomia rispetto a programmi di interesse nazionale. Questa flessibilità del modello canadese ha permesso nel tempo di attutire potenziali punti di frizione tra Province e Federazione, proprio a fronte dell'utilizzo del potere di spesa federale in ottica "pan-canadese". Infine, anche la specifica evoluzione dei *conditional grants* merita una riflessione: in Canada si è assistito ad una transizione dall'utilizzo di un regime di condizionalità piuttosto dettagliato, nei primi programmi di *welfare* finanziati dalla Federazione, all'affermazione prevalente dei c.d. *block grants*, che contengono poche e comunque meno stringenti condizioni. Anche ciò, a differenza che negli Stati Uniti, mostra il *favor* riconosciuto alla tutela dell'autonomia provinciale.

In Canada si è, dunque, assistito ad un processo opposto rispetto a quello dell'ordinamento americano: «mentre negli Stati Uniti il governo federale ha acquisito una posizione di preminenza nei confronti degli Stati, in Canada, invece, si è concesso alle Province un potere più ampio di quanto previsto dal testo costituzionale»¹³².

Peraltro, come si è visto, il potere di spesa assume in Canada una valenza del tutto peculiare quale strumento volto a rafforzare l'identità canadese che, per alcuni profili, è caratterizzata proprio dai massicci programmi di spesa in materia di *welfare*.

A quelli che possono essere considerati dati di sistema, per spiegare la peculiarità del modello canadese occorre anche aggiungere il dato relativo allo *status* costituzionale dello *spending power*.

Come abbiamo visto, si tratta di un potere non previsto in Costitu-

¹³¹ T. HUEGLIN, *The bargaining game: Canada as a new model of federal governance?*, cit., p. 182.

¹³² G. D'IGNAZIO, *Federalismi a confronto: Canada e Stati Uniti*, in S. GAMBINO-C. AMIRANTE, *Il Canada. Un laboratorio costituzionale*, cit., p. 214.

zione, affermatosi in via di prassi e legittimato dal circuito politico attraverso accordi intergovernativi che lo prevedono, senza mai trovare una compiuta definizione, tanto che parte della dottrina ne ha messo in dubbio la stessa esistenza.

In generale, il potere di spesa federale non è soggetto al riparto di competenze legislative «and constitutes a material, rather than a normative act»¹³³.

Anzi, l'esercizio dello *spending power* ha costituito uno straordinario strumento di modifica informale della Costituzione, bypassando la procedura di revisione formale, come rileva attenta dottrina: «the main way of working around the Constitution without actually changing it has been shared-cost programmes whereby the federal government co-financed provincial social policy as long as the provinces would comply with federal standards of universality»¹³⁴.

Anche l'utilizzo dei finanziamenti condizionati si afferma in via di prassi e viene consolidato attraverso accordi intergovernativi nei quali prevale la natura politica delle relazioni tra Federazione e Province.

Questa scarsa codificazione e regolamentazione del potere di spesa federale, da un lato, può spiegare perché, a differenza che negli Stati Uniti, non si sia sviluppata una vera e propria dottrina delle *unconstitutional conditions*; dall'altro, può dar conto del fatto che la condizionalità in quanto tale non sia mai stata oggetto diretto di una decisione della Corte Suprema canadese.

Tuttavia, proprio questa indeterminatezza che circonda il potere di spesa federale rende il futuro del tema quanto mai imprevedibile, soprattutto se la Corte Suprema sarà chiamata a pronunciarsi direttamente sulla costituzionalità di tale forma di esercizio del potere in ambiti di esclusiva competenza provinciale.

¹³³ E. BROUILLET, *The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and Its Effect on the Balance of Power*, cit., p. 143.

¹³⁴ T. HUEGLIN, *The bargaining game: Canada as a new model of federal governance?*, cit., p. 186.

CAPITOLO 4

LE MOLTEPLICI DECLINAZIONI DELLA CONDIZIONALITÀ NELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. La condizionalità nel processo di integrazione europea. – 1.1. Condizionalità e potere di spesa dell'Unione europea. – 1.2. I diversi volti della condizionalità nell'Unione europea. – 2. La condizionalità di spesa nella politica di coesione. – 2.1. La crescita della condizionalità nella politica di coesione. – 2.2. La giurisprudenza in materia di condizionalità e potere di spesa dell'Unione europea. – 3. La condizionalità macroeconomica durante la crisi dell'Eurozona. – 3.1. Una condizionalità “negativa”. – 3.2. La costituzionalizzazione della rigida condizionalità. – 3.3. La condizionalità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. – 3.3.1. Il caso *Pringle*. – 3.3.2. Il caso *Gauweiler*. – 3.3.3. Il caso *Ledra Advertising*. – 3.4. La condizionalità della crisi nella più recente giurisprudenza. – 4. La condizionalità a protezione del bilancio dell'Unione europea. – 4.1. Le sentenze della Corte di Giustizia sulla *Rule of Law conditionality*. – 4.2. Motivi dell'Ungheria e della Polonia e conclusioni dell'Avvocato Generale. – 4.3. Il perimetro costituzionale delle decisioni: limiti di competenza dell'Unione europea nei confronti degli Stati membri. – 4.4. La rilevanza costituzionale della condizionalità: il tema dell'identità europea. – 4.5. L'applicazione della condizionalità dello Stato di diritto. – 5. Le ultime frontiere della condizionalità: il *NextGenEU*. – 5.1. L'intreccio di condizionalità del RRF. – 5.2. La natura della condizionalità del *NextGenEU*. – 6. I diversi regimi di condizionalità alla luce dei rapporti tra Stati e Unione europea: una lettura “federale”.

1. *La condizionalità nel processo di integrazione europea*

Sono passati quasi 25 anni dal fondamentale articolo “*The transformation of Europe*”, con il quale J.H.H. Weiler¹ ha colto e sistematizzato le

¹J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 100(8), 1991, p. 2403 ss.

dinamiche in atto nell'ordinamento europeo nel periodo compreso tra gli anni Sessanta e gli anni Novanta, con particolare riferimento allo sviluppo delle relazioni tra l'allora Comunità europea e i suoi Stati membri.

In tale saggio, Weiler spiegava l'evoluzione dell'ordinamento europeo – e, nello specifico, l'espansione delle sue competenze in aree non previste dai Trattati – in termini di una radicale trasformazione in atto nella sua stessa natura e nella posizione degli Stati membri, così discostandosi dalla classica lettura dicotomica circa la legalità o illegalità di tale fenomeno.

In questi termini, la storia dell'evoluzione dell'ordinamento europeo può essere, dunque, raccontata come l'alternarsi di processi di revisione dei Trattati e di trasformazioni costituzionali informali.

L'affermazione, ad opera della Corte di Giustizia, di principi come l'efficacia diretta e la supremazia del diritto comunitario sul diritto degli Stati membri è infatti unanimemente riconosciuta come elemento che ha cambiato la natura e il corso dell'integrazione europea², pur in assenza di modifiche espresse del diritto primario dell'Unione.

Non solo, anche il fenomeno delle c.d. *creeping competences*³, che ha investito alcuni particolari ambiti, come quello dell'istruzione superiore, dell'ambiente o dei diritti sociali dei lavoratori, racconta dell'esistenza di una *vis* espansiva⁴ delle istituzioni europee e di un continuo processo di mutamento negli equilibri istituzionali⁵ dell'ordinamento comunitario.

² Per una diversa lettura di tali implicazioni, si veda B. DE WITTE, *Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG-G. DE BURCA (a cura di), *The Evolution of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 181 ss.

³ M.A. POLLACK, *Creeping Competence: The Expanding Agenda of the European Community*, in *Journal of Public Policy*, 14(2), 1994, p. 95. Più recentemente, S. GARBEN, *Confronting the Competence Conundrum: Democratizing the European Union through an Expansion of its Legislative Powers*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 35(1), 2015, p. 55.

⁴ Così L. MELICA, *L'Unione incompiuta*, Jovene, Napoli, 2015, p. 22.

⁵ Quest'ultimo fenomeno è stato inquadrato, più che come vero e proprio mutamento costituzionale, come un «interstitial institutional change», definizione elaborata da H. FARRELL-A. HERITIER (a cura di), *Contested Competences in Europe: Incomplete Contracts and Interstitial Institutional Change*, in *West European Politics*, 30(2), 2007, p. 227 ss. Categoria, questa, ripresa da B. de Witte per spiegare la metamorfosi in atto dell'Unione Economica e Monetaria nel corso della crisi dell'eurozona (cfr. B. DE WITTE,

Oggi stiamo forse assistendo a una nuova, lenta trasformazione dell'ordinamento europeo in senso federale, come potrebbe indicare tanto l'introduzione del *NextGenEU*⁶ e il rinnovato impegno finanziario dell'Unione quanto, sul fronte della giurisprudenza sovranazionale, l'introduzione del concetto di identità europea⁷ nel lessico argomentativo della stessa Corte di Giustizia, concetto che è proprio degli ordinamenti costituzionali.

Le trasformazioni intercorse nell'ordinamento europeo, da quelle ormai consolidate a quelle ancora in divenire, da quelle codificate a quelle informali, incidono sulla sua natura ordinamentale, sui rapporti tra Unione e Stati membri, rendendolo un *unicum* nel panorama delle forme di organizzazione del potere sovranazionali. Cercando di ricondurre il caso dell'Unione ai modelli di organizzazione del potere conosciuti dal diritto pubblico moderno, la dottrina ha infatti variamente collocato l'Unione nelle esperienze federali, quasi federali, oppure agli antipodi, nelle categorie proprie del diritto internazionale, quale organizzazione tra Stati sovrani.

Non si intende qui ripercorrere l'intenso dibattito circa la natura dell'Unione e le categorie giuridiche elaborate per spiegare il rapporto tra l'Unione e gli Stati membri⁸. Ciò che si vuole sottolineare è, piuttosto, come la duplice anima dell'Unione europea, internazionalistica da un lato, ma con tendenze di sviluppo costituzionali e federali dall'altro, risulti fondamentale per spiegare le particolari manifestazioni del fenomeno della condizionalità nell'Unione.

Euro crisis responses and the EU legal order: increased institutional variation or constitutional mutation?, in *European Constitutional Law Review*, 11(3), 2015, p. 434).

⁶ Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi Covid-19, cit.

⁷ P. FARAGUNA, *L'identità nazionale nell'Unione europea come problema e come soluzione*, in *Il Mulino*, 5, 2015, p. 866 ss.

⁸ Per una esaustiva disamina delle categorie introdotte per spiegare la natura dell'Unione si veda G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process*, Routledge, Londra, 2022. Recentemente, si veda anche S.L. LARSEN, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

A differenza degli Stati federali e, in particolare, di quelli esaminati nei capitoli precedenti, in cui la condizionalità, pur se declinata in diverse forme e finalità, rappresenta uno strumento i cui tratti essenziali sono delle invarianti, nell'Unione europea sarebbe più opportuno parlare della presenza di *tanti* regimi di condizionalità.

Ciò non deve stupire: la condizionalità, del resto, se è uno strumento estremamente popolare nei sistemi federali, lo è anche nell'arena internazionale⁹. Così, l'Unione stessa talvolta opera utilizzando forme di condizionalità simili a quelle dei sistemi federali – per finalità, limiti e portata – e talaltra “arretra” (rispetto a punte più avanzate di integrazione) ricorrendo a regimi di condizionalità di matrice prevalentemente internazionalistica oppure di natura ibrida, contenenti taluni aspetti federali e altri internazionalistici.

Tuttavia, come si cercherà di mostrare, i più recenti utilizzi della condizionalità nell'Unione (nel caso della *rule of law* e del *NextGenEU*) sembrano chiaramente indicare una direzione di marcia che punta verso una declinazione federale della condizionalità, tanto in forme cooperative quanto coercitive e finanche punitive, che richiamano, su tutte, l'esperienza americana.

Prima, però, di analizzare i diversi volti della condizionalità nell'Unione, pare indispensabile, analogamente a quanto fatto per Stati Uniti e Canada, una riflessione circa il fondamento di ogni regime che preveda l'utilizzo delle risorse: il potere di spesa.

1.1. *Condizionalità e potere di spesa dell'Unione europea*

Il tema del potere di spesa dell'Unione si è inevitabilmente intrecciato con i dibattiti circa la natura dell'Unione, le sue competenze nei confronti degli Stati membri e l'estensione dei poteri delle istituzioni europee. Intreccio inevitabile, solo che si pensi al ruolo assunto dal potere di spesa dell'Unione nella parabola di sviluppo del progetto di integrazione europea in senso “costituzionale”, come dimostrano, da ultimo, le vicende re-

⁹A. DREHER-R. VAUBEL, *The Causes and Consequences of IMF Conditionality*, in *Emerging Markets Finance and Trade*, 40(3), 2004, p. 26 ss.; S.L. BABB-B.G. CARRUTHERS, *Conditionality: Forms, Function, and History*, cit.

lative all'approvazione del regolamento 2020/2092 a protezione del bilancio dell'Unione e l'introduzione del *NextGenEU*.

Volendo, in prima battuta, identificare il fondamento del potere di spesa dell'Unione, esso si rintraccia nell'art. 311 TFUE, il quale prevede che «l'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche. Il bilancio, fatte salve le altre entrate, è finanziato integralmente tramite risorse proprie».

Inoltre, il potere di spesa dell'Unione si fonda sulla cooperazione tra la Commissione che, ai sensi dell'art. 317 TFUE, dà esecuzione al bilancio, e gli Stati membri, al fine di garantire che gli stanziamenti siano utilizzati secondo il principio della buona gestione finanziaria.

Nei Trattati non si fa riferimento esplicito, ad eccezione del novellato art. 136 TFUE¹⁰, alla possibilità di introdurre regimi di condizionalità rispetto alla gestione dei fondi, aspetto che si è invece intensamente sviluppato nella concreta definizione dei programmi di finanziamento dell'Unione. Come ha affermato Somma, quindi, «le spinte verso uno sviluppo del bilancio europeo [...] sembrano tutte convergere verso un obiettivo comune: renderlo uno strumento il cui nesso con le finalità della costruzione europea sia consolidato sul fronte delle entrate attraverso la previsione di strumenti fiscali di incentivo al raggiungimento di quelle finalità, e sul fronte delle uscite attraverso il ricorso allo schema dell'assistenza finanziaria condizionata»¹¹.

L'attuale configurazione del *budget* dell'Unione è stata il frutto di profonde trasformazioni che hanno determinato il passaggio da un bilancio finanziato da contributi obbligatori corrisposti dai singoli Stati – e dunque di matrice internazionalistica –, a uno finanziato da risorse proprie¹²

¹⁰ Cfr. art. 136.3 TFUE (come modificato dalla Decisione del Consiglio europeo, del 25 marzo 2011, 2011/199/UE): «Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità».

¹¹ A. SOMMA, *Il bilancio dell'Unione europea tra riforma del sistema delle risorse proprie e regime delle condizionalità*, in *DPCE online*, 4, 2018, p. 885.

¹² A. DE FEO-B. LAFFAN (a cura di), *EU Own Resource: Momentum for a Reform?*, European University Institute, Firenze, 2016. In particolare, a partire dagli anni Settanta si iniziarono a sostituire i contributi finanziari degli Stati membri con risorse proprie della Comunità, con la Decisione del 21 aprile 1970, 70/243/Cee, Ceca, Euratom.

(dazi doganali, percentuale del gettito dell'imposta sul valore aggiunto, prelievo sul reddito nazionale lordo degli Stati secondo un'aliquota uniforme stabilita ogni anno nel quadro della procedura di bilancio, e da ultimo il contributo nazionale calcolato in base alla quantità dei rifiuti non riciclati di imballaggi in plastica)¹³.

In questo quadro, tuttavia, è opportuno sottolineare la strutturale fragilità, se comparata con gli Stati federali, del potere di spesa dell'Unione e, più in generale, dei suoi poteri in materia di politica fiscale.

Come è noto, infatti, la politica fiscale dell'Unione sconta una intrinseca debolezza, che trae origine dal c.d. paradigma di Maastricht¹⁴: mentre si è creata una integrazione dal punto di vista della politica monetaria, la politica economica e fiscale è sempre rimasta saldamente in capo agli Stati, ad eccezione della limitata portata del *budget* dell'Unione.

Si tratta, dunque, di una sovranità fiscale limitata alle politiche di competenza dell'Unione, mentre, inevitabilmente, una parte preponderante della sovranità fiscale "generale" rimane in capo ai singoli Stati.

Questa ripartizione della sovranità fiscale e dunque anche del potere di spesa, nonché l'asimmetria tra politiche economiche e monetarie, hanno mostrato tutta la loro problematicità durante le crisi recenti che hanno colpito l'Unione, alle quali quest'ultima ha reagito in modo diverso.

Osservando la prima di tali crisi, quella economica, essa può essere letta, a dieci anni di distanza dalla sua esplosione, come un evento che ha indotto una mutazione dell'ordinamento europeo in direzione opposta rispetto al percorso di integrazione, per così dire, federale dell'Unione; la seconda, la crisi pandemica, è stata invece caratterizzata da una risposta di tipo federale, con l'introduzione di diversi strumenti di sostegno finanziario improntati, almeno in parte, alla mutualizzazione del debito¹⁵, tanto

¹³ Introdotta nel 2021 dalla Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom.

¹⁴ L. LIONELLO, *Establishing a budgetary capacity in the Eurozone. Recent proposals and legal challenges*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24(6), 2017, p. 822 ss.

¹⁵ C. FASONE, *Le conclusioni del Consiglio europeo straordinario del 21 luglio 2020: una svolta con diverse zone d'ombra*, in *Diritti Comparati*, 29 luglio 2020.

che parte della dottrina ha parlato, forse troppo entusiasticamente, di un “*hamiltonian moment*”¹⁶ dell’Unione, preludio ad una nuova fase del potere di spesa dell’Unione in analogia con quanto accaduto negli Stati Uniti con la decisione della Federazione di mutualizzare il debito contratto dagli Stati nel corso della guerra di indipendenza.

Se questa immagine è certamente suggestiva, e se i recenti sviluppi mostrano l’emergere di un nuovo paradigma di assistenza agli Stati diverso da quello dell’*austerity*, tale lettura non corrisponde correttamente al reale stato del potere fiscale e di spesa dell’UE. Come ha osservato Sergio Fabbrini, «guardando agli anni fondativi degli Stati Uniti, più che ad Alexander Hamilton (segretario del Tesoro, 1789-1795) dovremmo considerare Albert Gallatin (segretario del Tesoro, 1801-14). Se il primo (sulla base del Report scritto nel 1790) spinse il governo federale a ‘redimere’ il debito contratto dai singoli Stati nella guerra di liberazione contro l’impero britannico, il secondo inventò la formula (*grants-in-aid*) per condizionare gli Stati che ricevevano aiuto a perseguire obiettivi federali¹⁷». Il *Recovery and Resilience Facility (Recovery Fund o RRF)*¹⁸, il principale programma di finanziamento previsto dal *NextGenEU*, richiama chiaramente il modello dei *grants-in-aid* in quanto i finanziamenti agli Stati sono orientati al raggiungimento di obiettivi specifici in materia ambientale e di transizione digitale, nel rispetto di condizioni di inclusione sociale, trasparenza amministrativa e Stato di diritto¹⁹.

La direzione intrapresa dal *Recovery Fund* è indicativa del fatto che nonostante il bilancio dell’Unione sia piuttosto modesto, ammontando a circa l’1,2% del PIL degli Stati membri, l’esistenza dello stesso risponde a necessità di natura costituzionale che distinguono l’Unione da una mera organizzazione internazionale. Il *budget* dell’Unione trova, infatti, la sua *ratio* nella necessità, da un lato, di finanziare beni e servizi di cui benefi-

¹⁶ C. GEORGIU, *Europe’s ‘Hamiltonian moment’? On the political uses and explanatory usefulness of a recurrent historical comparison*, in *Economy and Society*, 51(1), 2022, p. 138 ss.

¹⁷ S. FABBRINI, *Il Recovery Fund e l’unione fiscale*, in *Luiss open*, 26 maggio 2020.

¹⁸ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

¹⁹ *Ibidem*.

ciano non solo gli Stati, ma anche i cittadini europei (in ciò differenziandosi dal bilancio di una organizzazione internazionale classica) e, dall'altro, di dare attuazione al principio di solidarietà volto all'implementazione di politiche redistributive che riducano gli squilibri tra le diverse regioni e tra gli Stati membri.

A quest'ultima finalità sono precipuamente dedicati strumenti come il Fondo di Sviluppo Regionale, il Fondo Sociale Europeo, il Fondo di coesione, che trovano fondamento nell'art. 174 TFUE: tale disposizione sancisce l'obiettivo di realizzare il rafforzamento della coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione e di ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni.

Non è un caso, poi, che la maggior parte delle risorse dell'Unione siano destinate nel Quadro Pluriennale dell'Unione al capitolo di spesa relativo alla Coesione, Resilienza e Valori, ulteriormente rafforzato dagli stanziamenti previsti dal programma *Next Generation EU*, messo in atto, come si dirà più approfonditamente nel prosieguo di questo capitolo, per sostenere la ripresa delle economie colpite dagli effetti della pandemia da Covid-19.

Se certamente le più recenti trasformazioni dettate dalla risposta alla crisi pandemica hanno indicato una nuova prospettiva di sviluppo del potere di spesa dell'Unione, i rilievi appena esposti evidenziano come «the metabolism of the EU remains primarily in the hands of the Member States and their budgetary authorities, even as that power is now subject to regulatory constraints at the supranational level»²⁰, in ciò restando il più grande limite all'impegno finanziario dell'Unione.

1.2. *I diversi volti della condizionalità nell'Unione europea*

Fornite alcune coordinate e riflessioni sul potere di spesa e sulla sovranità fiscale, l'analisi che seguirà si concentra necessariamente su cinque diversi regimi di condizionalità introdotti nell'ordinamento europeo:

- 1) la condizionalità *ex-post* (Romania e Bulgaria);
- 2) la condizionalità di spesa;

²⁰ C. FASONE-P. LINDSETH, *Europe's Fractured Metabolic Constitution: From the Eurozone Crisis to the Coronavirus Response*, SOG Working Paper 61, ottobre 2020, p. 7.

- 3) la condizionalità della crisi economica;
- 4) la condizionalità a protezione della *rule of law*;
- 5) la condizionalità del programma *NextGenEU*.

Si guarderà, in altri termini, alle declinazioni della condizionalità all'interno dell'Unione, ovverosia a quelle che riguardano i rapporti tra Stati membri e Unione, mentre non ci si occuperà di quella che è stata definita condizionalità esterna, nei confronti di Paesi terzi, siano essi meramente *partners* commerciali²¹, Paesi destinatari della politica di vicinato²² o Paesi candidati²³. Tale scelta deriva dal fatto di voler considerare solo quelle declinazioni della condizionalità che hanno una valenza costituzionale e federale per lo sviluppo dell'Unione.

A partire dalle prime applicazioni della condizionalità in senso internazionalistico, infatti, specialmente negli ultimi decenni dello sviluppo dell'integrazione europea, abbiamo assistito a un chiaro mutamento di paradigma rispetto all'utilizzo della condizionalità da parte delle istituzioni europee: ovverosia il suo crescente impiego nella dimensione interna dell'Unione, *vis-à-vis* gli Stati membri.

Questo fenomeno è avvenuto in diversi ambiti. Un primo ambito riguarda la condizionalità *ex-post* inserita negli accordi di adesione nel caso, per esempio, di Romania e Bulgaria. Al fine di mantenere i benefici della condizionalità pre-adesione (monitoraggio continuo degli Stati interessati e possibilità di sanzionare la mancanza di progressi nei settori pertinenti), l'Unione ha inserito clausole di condizionalità da applicarsi anche successivamente all'adesione, per un periodo definito²⁴. Attraverso il Meccani-

²¹ L. BARTELS, *The Application of Human Rights Conditionality in the EU's Bilateral Trade Agreements and Other Trade Arrangements with Third Countries*, Research for the European Parliament, Policy Department for External Policies, Brussels, 2008.

²² P. LEINO-R. PETROV, *Between "Common Values" and Competing Universals – The Promotion of the EU's Common Values through the European Neighbourhood Policy*, cit., p. 654 ss. Si veda anche M. CREMONA, *The European Neighbourhood Policy*, cit.

²³ K.E. SMITH, *The Evolution and Application of EU Membership Conditionality*, cit.; C. PINELLI, *Conditionality and Enlargement in Light of the EU Constitutional Developments*, cit., p. 3 ss.

²⁴ M. CREMONA, *EU Enlargement: solidarity and conditionality*, in *European Law Review*, 30, 2005; A. ŁAZOWSKI, *European Union Do Not Worry, Croatia Is Behind You: A*

simo di Cooperazione e Verifica (MCV)²⁵ in particolare, l'Unione ha costantemente monitorato i progressi fatti da Romania e Bulgaria dal 2007²⁶ in ambiti che avevano mostrato criticità all'atto dell'adesione come la necessità di riforma del sistema giudiziario, la lotta alla corruzione²⁷ e alla criminalità organizzata. Si trattava di un meccanismo temporaneo di monitoraggio che, nel caso della Bulgaria, si è concluso nel 2019 e nel caso della Romania, nel 2022, dopo che la Commissione ha valutato positivamente i progressi realizzati dai due Paesi al fine di rispettare gli impegni assunti nel quadro del MCV al momento dell'adesione all'Unione²⁸.

Mentre i meccanismi di condizionalità appena analizzati hanno una portata geografica limitata e sono legati allo specifico contesto del processo di allargamento, ancora più significativo è stato il ricorso generalizzato ai meccanismi di condizionalità c.d. di spesa che si applicano indistintamente a tutti gli Stati membri e che richiamano i meccanismi federali di *grants-in-aid*.

Gli strumenti che si possono considerare espressione di “*spending conditionality*” collegano l'erogazione della maggior parte dei programmi di finanziamento dell'UE al rispetto di un'ampia serie di norme e di standard. I primi meccanismi di condizionalità di spesa sono stati introdotti già negli anni Novanta, in particolare nell'ambito della Politica Agricola Comune²⁹, dove l'UE ha legato il finanziamento al raggiungimento di alcuni obiettivi ambientali.

Commentary on the Seventh Accession Treaty, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 8, 2012.

²⁵ Si veda *supra*, Cap. I, §3.

²⁶ I *report* di monitoraggio nell'ambito del MCV sono consultabili al seguente link: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/assistance-bulgaria-and-romania-under-cvm/reports-progress-bulgaria-and-romania_en.

²⁷ M.A. VACHUDOVA-A. SPENDZHAROVA, *The EU's Cooperation and Verification Mechanism: Fighting Corruption in Bulgaria and Romania after EU Accession*, in *SIEPS – European Policy Analysis*, 1, 2012.

²⁸ Per una lettura critica dell'efficacia del MCV, R. VASSILEVA, *Threats to the Rule of Law: The Pitfalls of the Cooperation and Verification Mechanism*, in *European Public Law*, 3, 2020, p. 741 ss.

²⁹ Per un inquadramento della PAC, si veda F. ROSSI DAL POZZO, *Riforma della Po-*

Da allora, i meccanismi di condizionalità della spesa sono notevolmente cresciuti, sia in termini di ambiti di applicazione – nel senso che si applicano a più programmi di finanziamento – sia di contenuto sostanziale, in quanto sempre più condizionalità sono state associate all'erogazione dei finanziamenti.

La condizionalità, come noto, è stata anche uno strumento fondamentale durante la crisi economica³⁰: i *Memoranda of understanding* (MOU) conclusi dagli Stati membri dell'UE in difficoltà economiche e finanziarie per ricevere assistenza finanziaria erano basati su un forte regime di condizionalità.

La condizionalità è diventata anche una caratteristica distintiva del Meccanismo europeo di stabilità³¹ (MES) ed è stata ufficialmente ammessa dalla Corte di Giustizia nel caso *Pringle*³², di cui si parlerà più nel dettaglio in questo capitolo. Inoltre, è nell'ambito specifico della *governance* macroeconomica che la condizionalità ha trovato il suo primo riconoscimento formale nei Trattati: l'art. 136, paragrafo 3, del TFUE, modificato nel 2011, afferma che l'assistenza finanziaria dell'UE dovrebbe essere soggetta a “rigorose condizionalità”. Più in generale, nell'ambito del diritto dell'Unione economica e monetaria (UEM) la condizionalità è emersa «as the most effective tool for enforcing fiscal constraints»³³.

litica agricola comune, “Trattato costituzionale” e prospettive future, in E. CASADEI, G. SGARBANTI (a cura di), *Il nuovo diritto agrario comunitario: Riforma della politica agricola comune, allargamento dell'Unione, costituzione europea, diritto alimentare e vincoli internazionali*, Giuffrè, Milano, 2005; A. GREER, *Agricultural Policy in Europe*, Manchester University Press, Manchester, 2005.

³⁰ Sul tema si veda K. TUORI-K. TUORI, *The Eurozone Crisis – A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; M. IOANNIDIS, *EU Financial Assistance Conditionality after ‘Two Pack’*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 4, 2014, p. 61 ss. Sia concesso anche il rinvio a A. BARAGGIA, *Conditionality Measures within the Euro Area Crisis: A Challenge to the Democratic Principle?*, in *Cambridge International Law Journal*, 4, 2015, p. 2 ss.

³¹ Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, T/ESM 2012/, 2 febbraio 2012.

³² CGUE, Causa C-370/12, *Pringle v Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*, ECLI:EU:C:2012:756.

³³ See F. COSTAMAGNA-A. MIGLIO, *Sanctions in the EMU Economic Pillar*, in S. MON-

A questo proposito, si può evidenziare come sempre più spesso, nell'ordinamento europeo si assista a questa “*enforcement conditionality*”, espressione di quello che abbiamo definito federalismo coercitivo, in ambiti che, ad esempio, ricadono al di fuori delle competenze dell'Unione e nei quali dunque l'Unione non può utilizzare altri strumenti coercitivi.

Si tratta spesso di questioni dalla spiccata dimensione “federale”, in quanto riguardano il rapporto tra i diversi livelli di governo dell'Unione, e che quest'ultima stenta ad affrontare con i suoi tradizionali meccanismi esecutivi e di natura normativa. È proprio in questi contesti di limitata autorità, in cui è necessario aggirare i vincoli derivanti dal riparto di competenze, che la condizionalità fornisce una valida forma alternativa di esercizio del potere.

Nonostante le severe critiche – per lo più preoccupate dal contenuto sostanziale delle condizioni imposte e dal regime decisionale opaco³⁴ – rivolte al modo in cui la condizionalità è stata utilizzata durante la crisi economica dell'Eurozona, le istituzioni dell'UE sembrano aver continuato a fidarsi quasi ciecamente della condizionalità con poca riflessione su quali limiti possano esistere nella sua applicazione e sulla reale efficacia della stessa.

In questo senso, la condizionalità è stata impiegata in modo espansivo, spesso ampliando il raggio di influenza dell'Unione in aree in cui la competenza dell'UE è limitata e senza considerare i possibili effetti che l'aumento della condizionalità possa avere a livello sovranazionale sulla divisione verticale dei poteri (tra l'UE e gli Stati membri) e orizzontale (tra le istituzioni dell'UE), nonché il suo impatto sui principi fondamentali del diritto europeo tra cui, ad esempio, il principio di uguaglianza degli Stati membri, di solidarietà e di *mutual trust*.

Come confermato da Viță, siamo, invece, in un contesto dove emerge una «absolute trust in the conditionality's promise to answer some of the deepest, most painful and pressing challenges touching the very core of the EU construction»³⁵.

TALDO-F. COSTAMAGNA-A. MIGLIO (a cura di), *EU Law Enforcement – The Evolution of Sanctioning Powers*, Routledge, Londra, 2020, p. 153.

³⁴C. KILPATRICK, *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 35, 2015, p. 2 ss.

³⁵V. VIȚĂ, *In conditionality we trust: what scope for conditionality in the emerging Eu-*

La recentissima introduzione della condizionalità a protezione del bilancio in casi di violazione della *rule of law* e l'utilizzo della condizionalità nel *NextGenEU* rappresentano, forse, gli esempi più calzanti di questa evoluzione dell'utilizzo della leva finanziaria in senso espansivo e ultimamente "federale".

E tuttavia, come si dimostrerà, essi sono espressione di due diverse declinazioni del principio federale: nel primo caso siamo di fronte a una condizionalità di *enforcement*, ma in chiave punitiva; nel secondo caso, siamo invece nella meno conflittuale sfera del federalismo cooperativo.

2. La condizionalità di spesa nella politica di coesione

Analizzando quindi nel dettaglio la condizionalità di spesa, la politica di coesione dell'Unione europea è un interessante ambito nel quale osservare, contestualmente, l'utilizzo del potere di spesa per raggiungere determinati obiettivi e l'evoluzione dei rapporti tra Unione e Stati membri in un'ottica di federalismo cooperativo: come rilevato, «it is the most redistributive EU policy area of the EU budget»³⁶ e, al contempo, «it is the paradigm case of EU multi-level governance»³⁷.

I primi due strumenti di stampo solidaristico sono stati introdotti con il Trattato di Roma del 1957, che ha istituito due Fondi: il Fondo sociale europeo (FSE) e il Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia (FEAOG, sezione orientamento).

La dimensione territoriale della politica di coesione si è evoluta, invece, solo a partire dagli anni Settanta, con l'introduzione del Fondo Europeo di Sviluppo Regionale (FESR), con l'obiettivo di favorire la coesione economica, sociale e territoriale e di ridurre le disuguaglianze regionali, an-

ropean Economic Constitution?, in H.C.H. HOFMANN-K. PANTAZATOU-G. ZACCARONI, *The Metamorphosis of the European Economic Constitution*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019.

³⁶ J. BACHTLER-C. MENDEZ, *Cohesion Policy*, in H. WALLACE-M.A. POLLACK-C. ROEDERER-RYNNING-A. YOUNG (a cura di), *Policy-Making in the European Union*, cit., p. 233.

³⁷ *Ibidem*.

che alla luce dell'art. 2 Trattato CEE, che assegnava alla CEE il compito di promuovere «uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità»³⁸.

Il FESR fu ufficialmente istituito nel marzo 1975 con il regolamento n. 274/75, che, in assenza di previsioni esplicite nei Trattati³⁹, aveva la sua base giuridica nell'art. 235 del Trattato CEE stesso, ovvero la previsione che riconosce i c.d. poteri impliciti dell'Unione⁴⁰.

Nonostante la creazione di una politica di coesione fosse in discussione già a partire dagli anni Sessanta, due fattori diedero lo stimolo decisivo per la creazione del Fondo: le prospettive di sviluppo verso l'UEM, che avrebbe inevitabilmente accentuato le disparità regionali, e il primo allargamento con l'ingresso di Irlanda e Regno Unito nella Comunità, segnato dalla necessità, soprattutto da parte della prima, di sostenere le proprie politiche di sviluppo economico.

Il FESR era un fondo relativamente piccolo, la cui entità ammontava solo al 5% del *budget* della Comunità, ed anche per questa ragione non fu accolto in maniera del tutto positiva in dottrina⁴¹; tuttavia, esso diede avvio in maniera decisiva allo sviluppo della politica di coesione che si sarebbe evoluta da lì ad oggi attraverso alcuni *turning points*⁴²: dalle riforme del 1979⁴³ e

³⁸ Art. 2, TCEE.

³⁹ B. DE WITTE, *The reform of the European Regional Fund*, in *Common Market Law Review*, 23(2), 1986, p. 419 ss.

⁴⁰ Art. 235 TCEE: «Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente Trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato l'Assemblea, prende le disposizioni del caso».

⁴¹ Tra gli altri, R.M. MARTINS-J. MAWSON, *The Programming of Regional Development in the EC: Supranational or International Decision-making?*, in *Journal of Common Market Studies*, 20(3), 1982, p. 229 ss.; Y. MENY, *Should the Community Regional Policy be scrapped?*, in *Common Market Law Review*, 19(3), 1982, p. 373 ss.

⁴² G.P. MANZELLA-C. MENDEZ, *The turning points of EU Cohesion policy*, in Report Working Paper, gennaio 2009.

⁴³ Regolamento (CEE) n. 214/79 del Consiglio, del 6 febbraio 1979, che modifica il Regolamento (CEE) n. 724/75 che istituisce un Fondo europeo di sviluppo regionale.

1984⁴⁴, fino alla decisiva riforma del 1988 e via via fino ad arrivare alle sfide della politica di coesione nel contesto contemporaneo.

Accanto al FESR, vennero introdotti poi anche altri strumenti di coesione: i Programmi Integrati del Mediterraneo⁴⁵ che, similmente al primo, erano dei *conditional grants-in-aid* e rispondevano, ancora una volta, alle esigenze derivanti da una nuova fase dell'allargamento: l'ingresso della Grecia, che aveva chiesto un sostegno *ad hoc* insieme agli altri Stati dell'area mediterranea. Inoltre, significativamente, l'art. 23 dell'Atto Unico Europeo (AUE), nel 1986, ha inserito cinque nuove previsioni nel TCE: dall'art. 130, lett. a), all'art. 130, lett. e).

Si tratta di un passaggio decisivo dal punto di vista giuridico perché, per la prima volta, la politica regionale viene formalizzata nei Trattati, sanando così la discrasia che si era venuta a creare tra una politica che era, in termini di bilancio, la seconda più importante dell'Unione ma che non aveva una base giuridica, se non nei citati poteri impliciti *ex art. 235 TCE*⁴⁶.

Nel 1988, con il regolamento 2052/88, viene, infine, introdotto un *framework* comune per la gestione dei tre fondi di coesione (FESR, FES e il FEOGA) che determinava così la nascita della politica di coesione. In particolare, erano introdotti alcuni principi comuni fondamentali, come quello della "*additionality*", in base al quale i fondi europei avrebbero dovuto aggiungersi e non sostituirsi ai fondi nazionali in materia di sviluppo regionale; il principio della *partnership*, che prevedeva il coinvolgimento dei governi subnazionali e di altri *stakeholder* di natura economica e sociale; e il principio della programmazione multi-annuale dei fondi in esame.

Dopo questa fase iniziale di creazione e definizione degli strumenti della politica di coesione, analizzando lo sviluppo della stessa rispetto all'utilizzo della condizionalità, la dottrina⁴⁷ ha individuato tre fasi, rispet-

⁴⁴ Regolamento (CEE) n. 1787/84 del Consiglio del 19 giugno 1984 relativo al Fondo europeo di sviluppo regionale.

⁴⁵ Regolamento (CEE) n. 2088/85 del Consiglio del 23 luglio 1985 relativo ai Programmi integrati mediterranei.

⁴⁶ Si veda B. DE WITTE, *The Integrated Mediterranean Programmes in the Context of Community Regional Policy*, EUI Working Paper LAW, n. 90/8, 1990.

⁴⁷ V. VIŢĂ, *Research for REGI Committee – Conditionalities in Cohesion Policy*, Euro-

tivamente di sperimentazione (dal 1994 al 2013), di espansione (dal 2014 al 2020) e di consolidamento (post-2020).

2.1. *La crescita della condizionalità nella politica di coesione*

Nella prima fase, di sperimentazione, possiamo identificare due forme di condizionalità di spesa: quella macroeconomica, collegata al Fondo di coesione e quella di tipo sanzionatorio, collegata al FES e al FESR.

La condizionalità macroeconomica è stata la prima ad essere introdotta, nel 1994, per i soli Paesi beneficiari del Fondo di coesione⁴⁸, ovvero Grecia, Spagna, Irlanda e Portogallo. Tale condizionalità con le successive fasi di allargamento è stata applicata a tutti i nuovi Stati membri.

I beneficiari del Fondo erano tenuti a presentare un programma di convergenza economica e dovevano evitare di avere un eccessivo debito pubblico, pena la sospensione dei finanziamenti del Fondo di coesione. Tale procedura “sanzionatoria” è stata inizialmente attivata nei confronti dell’Ungheria nel 2012, ma venne poi ritirata dopo tre mesi⁴⁹, non portando ad alcuna effettiva sospensione dei fondi. In verità la decisione di sospendere i fondi all’Ungheria non può non leggersi anche come reazione alla crescente preoccupazione da parte delle istituzioni europee circa il rispetto della *rule of law* in quello Stato alla luce delle problematiche riforme costituzionali culminate con la promulgazione della nuova Legge Fondamentale del 2011. Come afferma Casolari, infatti, «this decision was formally adopted in response to the country’s persistent failure to address excessive deficits, but in reality it was an attempt to introduce

pean Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, 2018.

⁴⁸ Il Fondo di Coesione venne istituito nel 1994 e rappresenta un contributo finanziario a progetti nei settori dell’ambiente e nello sviluppo di reti transeuropee nell’ambito dei trasporti (art. 177 TFUE). Inizialmente, il Fondo è stato assegnato agli Stati membri dell’UE con un reddito nazionale lordo *pro capite* inferiore al 90% della media UE (Grecia, Irlanda, Spagna, Portogallo).

⁴⁹ Decisione di esecuzione del Consiglio 2012/156/UE, del 13 marzo 2012, che sospende gli impegni del Fondo di coesione a favore dell’Ungheria con effetto al 1° gennaio 2013; Decisione di esecuzione del Consiglio 2012/323/UE, del 22 giugno 2012, che revoca la sospensione degli impegni del Fondo di coesione a favore dell’Ungheria.

conditionality mechanisms in dealing with the Hungarian affaire»⁵⁰.

L'altro tipo di condizionalità che venne introdotta, con riguardo al FESR e al FES, prevedeva la possibilità di sospendere i pagamenti nel caso fosse in corso una procedura di infrazione avviata dalla Commissione avverso le misure oggetto del finanziamento⁵¹.

Nella seconda fase, dal 2014 al 2020, si assiste ad una decisiva espansione dell'utilizzo della condizionalità nelle politiche di spesa dell'Unione⁵².

La condizionalità macroeconomica⁵³ venne estesa dal solo Fondo di coesione a tutti i fondi strutturali (art. 23, regolamento UE 1303/2013)⁵⁴ e venne soprattutto rafforzato il ruolo della Commissione nella facoltà di proporre la sospensione dei fondi in caso di violazione delle regole di bilancio da parte degli Stati e nella possibilità di chiedere una riprogrammazione dei fondi per supportare l'implementazione delle condizioni macroeconomiche.

Particolarmente evidente è il legame tra condizionalità e buona gestione finanziaria⁵⁵ se si guarda alla procedura *ex art. 23* del regolamento

⁵⁰F. CASOLARI, *Respect for the Rule of Law in a Time of Economic and Financial Crisis: the Role of Regional International Organizations in the Hungarian Affaire*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 23(1), 2014, p. 234.

⁵¹Art. 32.3, lett. f), regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio del 21 giugno 1999 recante disposizioni generali sui Fondi strutturali.

⁵²V. VIȚĂ, *Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19, 2017, p. 116 ss.

⁵³R. COMAN, *How have EU "fire-fighters" sought to douse the flames of the eurozone's fast – and slow-burning crises? The 2013 structural funds reform*, in *The British Journal of Politics and International Relations*, 20(3), 2018, p. 540 ss.

⁵⁴Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, e che abroga il regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio. Nella discussione a seguire verrà indicato come RDC.

⁵⁵A. SOMMA, *Il bilancio dell'Unione europea tra riforma del sistema delle risorse proprie e regime delle condizionalità*, cit.

sulle disposizioni comuni, laddove si prevede la sospensione automatica degli impegni dei Fondi di coesione in presenza di determinate circostanze: la mancata correzione da parte dello Stato di un disavanzo pubblico eccessivo (art. 23, par. 9, lett. a) RDC); la mancata presentazione di un piano d'azione nell'ambito della procedura per correggere gli squilibri macroeconomici (art. 23, par. 9, lett. b) RDC); l'adozione di azioni per ridurre gli squilibri macroeconomici art. 23, par. 9, lett. c) RDC o, infine, la mancata attuazione dei programmi di adeguamento dell'assistenza finanziaria *ex art.* 136 TFUE (art. 23, par. 9, lett. d)-e) RDC).

Tale sospensione in riferimento alla condizionalità macroeconomica relativa ai disavanzi eccessivi *ex art.* 23 c. 9 lett. a) RDC è stata attivata nel 2016 nei confronti di Spagna e Portogallo. La condizionalità non ha tuttavia portato alla concreta sospensione dei fondi, nonostante la presupposta automaticità della procedura, tanto per la situazione di crisi economica in cui versavano i due Paesi – e dunque grazie a una valutazione di natura politica volta ad evitare di esacerbare tensioni sociali già latenti – quanto per le lacune nella procedura di attivazione dello strumento, oggetto di discussione politica in seno al Parlamento europeo.

Questo cambio di paradigma⁵⁶ rispetto alla gestione dei fondi, con un decisivo rafforzamento del ruolo esecutivo della Commissione, può essere letto alla luce della volontà, espressa dal Consiglio e dalla Commissione, in contrasto con la posizione del Parlamento europeo e del Comitato delle Regioni⁵⁷, di imporre una maggior disciplina nella amministrazione delle risorse, anche alla luce della passata crisi economica⁵⁸.

⁵⁶ W. DEFFAA, *The New Generation of Structural and Investment Funds – More than Financial Transfers?*, in *Intereconomics*, 51(3), 2016, p. 155 ss.

⁵⁷ Come osservato, «the European Parliament and the Committee of Regions have been highly critical of the increasing use of conditionality in cohesion policy as a tool to pursue EU fiscal and budgetary consolidation objectives, but they have been unable to resist reforms in this direction», J. BACHTLER-C. MENDEZ, *Cohesion Policy*, cit., p. 238.

⁵⁸ «The increased use of conditionality in Cohesion Policy is partly a political spillover from the effects of the eurozone crisis, which saw opportunistic moves by the Council (particularly Germany, 'supported' by France) and parts of the Commission to promote greater fiscal and budgetary discipline in member state economic and monetary policies, using the leverage of funding allocated under Cohesion Policy», così J. BACHTLER-C. MENDEZ, *Cohesion and the EU's budget: is conditionality undermining solidarity?*,

Da questa prospettiva, è interessante notare come i cambiamenti radicali avvenuti nella politica di coesione tra il 2014 e il 2020 abbiano segnato la transizione da un modello basato su quello che è stato definito come “*distributive model*” ad uno basato su un “*intensive transgovernmentalism*”⁵⁹, o, nei termini dei modelli federali qui utilizzati, da un federalismo cooperativo a uno coercitivo.

Questa affermazione è ulteriormente avvalorata se si guardano gli altri regimi di condizionalità connessi alla politica economica: per esempio l’obbligo di tenere in considerazione le raccomandazioni specifiche per paese (CSR) già durante la programmazione (art. 15, paragrafo 1, lettera a) RDC) e la possibilità di beneficiare di integrazioni del 10% in caso di difficoltà economiche (art. 24, RDC).

Non solo: a ciò si aggiunga l’introduzione di un numero rilevante di condizionalità *ex ante* (36, per quanto riguarda solo i fondi relativi alla politica di coesione), che vanno da requisiti giuridici a quelli amministrativi e tematici.

L’introduzione della condizionalità *ex ante* è in particolare significativa di quel nuovo approccio, più rigoroso e volto a migliorare la *performance* della condizionalità, abbracciato dall’Unione nei confronti dell’utilizzo dei fondi di coesione.

Tale visione era stata avanzata in uno studio indipendente richiesto dalla Commissione, il c.d. Rapporto Barca: quest’ultimo concludeva che il sistema di condizionalità della politica di coesione non era sufficientemente efficace per ottenere i risultati richiesti e appunto invitava la Commissione ad introdurre un sistema più rigoroso di condizionalità, volto, per esempio, a verificare la sussistenza di pre-condizioni istituzionali e infrastrutturali necessarie per l’attuazione dei programmi nei Paesi beneficiari.

E veniamo ora alla terza fase dello sviluppo della politica di coesione (2021-2027) che si intreccia, peraltro, con le vicende dei programmi adottati per far fronte allo *shock* pandemico (*NextGenEU*) e con il nuovo re-

in R. COMAN-A. CRESPIY-V.A. SCHMIDT (a cura di), *Governance and politics in the post-crisis European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 121 ss.

⁵⁹ P. BECKER, *The reform of European cohesion policy or how to couple the streams successfully*, in *Journal of European Integration*, 41(2), 2019, p. 147 ss.

gime in materia di *rule of law conditionality* che affronteremo nei paragrafi a seguire.

La fase che si apre con il bilancio pluriennale 2021-2027 segna una certa continuità rispetto alla crescita del ruolo della condizionalità nella fase precedente, sebbene introduca importanti novità.

Su tutte, la previsione del RDC che trasforma il regime di condizionalità *ex ante* in un sistema di “condizioni abilitanti”, con quattro condizioni orizzontali e sedici condizioni tematiche da monitorare durante l’intero periodo di bilancio e la possibilità di sospendere il finanziamento in qualsiasi fase del processo.

Nella nuova politica di coesione viene inoltre rafforzato il requisito del rispetto dei diritti fondamentali nell’utilizzo dei fondi dell’UE. La recente Comunicazione sulla “*Strategia dell’UE per rafforzare l’applicazione della Carta dei diritti fondamentali*”⁶⁰ ha, infatti, collegato l’attuazione dei programmi finanziati dall’UE con il rispetto delle disposizioni chiave della Carta dei diritti fondamentali. Sebbene il campo di applicazione di questa condizionalità sia piuttosto ristretto, si tratta nondimeno di una applicazione interessante della condizionalità, a tutela e promozione dei valori fondamentali dell’Unione⁶¹, che si inserisce nella nuova strategia di quest’ultima, come testimonia in tal senso il regime di condizionalità a tutela dello Stato di diritto di cui si parlerà nel prosieguo di questo lavoro.

2.2. *La giurisprudenza in materia di condizionalità e potere di spesa dell’Unione europea*

Analizzando lo straordinario sviluppo della politica di coesione, soprattutto nella sua fase espansiva, ciò che stupisce è l’esiguità numerica di pronunce che riguardano i regimi di condizionalità legati all’erogazione dei fondi strutturali.

Con questo, ovviamente, non si vuol trascurare il fatto che vi siano

⁶⁰ Bruxelles, 2.12.2020 COM(2020) 711 Final, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni.

⁶¹ R. UITZ, *Funding Illiberal Democracy: The Case for Credible Budgetary Conditionality in the EU*, cit.

stati casi di sospensione dei fondi per inadempienza da parte dei soggetti beneficiari dei fondi stessi, portati di fronte alla Corte di Giustizia, come testimonia il filone giurisprudenziale che riguarda le decisioni della Commissione attinenti a contributi finanziari erogati nel quadro dei fondi strutturali e nei fondi di coesione.

Tuttavia possiamo affermare che il formante giurisprudenziale, a differenza che in altri ambiti dello sviluppo del diritto dell'Unione, è rimasto piuttosto secondario rispetto al tema della condizionalità nella politica di coesione, in particolare rispetto a ricorsi promossi dagli Stati e dagli enti sub-nazionali.

La Corte di Giustizia, in una delle poche pronunce relative alla condizionalità di spesa, ha sostenuto la legittimità di tale strumento e in particolare delle c.d. *same-sector conditions*, ovvero sia condizionalità che collegano il finanziamento all'adempimento di determinati obblighi relativi agli obiettivi e alle finalità del finanziamento stesso⁶². Inoltre, in un caso riguardante la Spagna, i giudici di Lussemburgo hanno avallato condizionalità procedurali orizzontali, alla luce delle quali le autorità nazionali erano tenute a dimostrare di disporre delle condizioni idonee per assicurare la sana gestione finanziaria del bilancio dell'UE⁶³, pena la sospensione dei fondi.

Infine, in due cause riunite riguardanti l'Italia⁶⁴, la Corte ha affermato che, qualora vi siano indizi di una violazione del diritto dell'UE, come ad esempio la presenza di una decisione di avviare un'azione di infrazione, la Commissione potrebbe decidere di sospendere il finanziamento quando esista 'un nesso sufficientemente diretto'⁶⁵ tra la presunta violazione e le politiche a cui si riferiva il finanziamento.

Nel caso di specie, si trattava della vicenda della Regione Campania che beneficiava dei fondi strutturali per il periodo 2000-2006, al fine di migliorare le procedure di raccolta e gestione dei rifiuti. Nel 2007, la Commissione lanciò una serie di procedure di infrazione contro l'Italia,

⁶² CGUE, Causa C-247/98, *Grecia c. Commissione*, ECLI:EU:C:2001:4.

⁶³ CGUE, T-65/10, T-113/10 e T-138/10 *Spagna c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:93.

⁶⁴ CGUE Cause riunite T-99/09 e T-308/09, *Italia c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:200.

⁶⁵ *Ivi*, par. 53.

colpevole di non aver rispettato la Direttiva in materia di rifiuti. Alla luce di tale iniziativa, la Commissione decise di non erogare la *tranche* di pagamento spettante alla regione.

In generale, la Corte, quando si è trovata a giudicare sulla validità delle decisioni della Commissione che impongono condizionalità di spesa nei confronti degli Stati e sanzioni per il mancato rispetto della stessa, ha riconosciuto un ampio potere discrezionale alla Commissione stessa, in primo luogo nel decidere sull'esistenza di una violazione della condizionalità e in secondo luogo in merito alla determinazione dell'importo della sospensione dei fondi⁶⁶.

Come ha sostenuto nel caso T-661/14: «la Commissione dispone di un ampio margine discrezionale per valutare il rischio corso dai Fondi a causa dell'esistenza di carenze nei sistemi di controllo della condizionalità, nonché della complessità delle operazioni di calcolo [...] sottese al calcolo dell'importo delle diverse rettifiche forfettarie controverse [...] Orbene, al riguardo, nell'ambito del suo controllo di legittimità ai sensi dell'articolo 263 TFUE, il Tribunale deve astenersi dal sostituire la propria valutazione economica a quella della Commissione»⁶⁷.

Più cospicua⁶⁸ è la giurisprudenza che riguarda la costituzionalità delle condizioni che incidono sui diritti fondamentali individuali: in questi casi, la Corte ne ha dichiarato l'invalidità per contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Resta il fatto che la Corte non si è ancora pronunciata, invece, sulla legittimità della condizionalità di spesa nei confronti degli Stati o delle entità subnazionali.

Se ci si chiede la ragione di questa circostanza, pur a fronte di programmi che toccano amplissimi settori delle politiche economiche e sociali statali, una possibile risposta alla luce della giurisprudenza che riguarda i fondi strutturali in generale, potrebbe rinvenirsi nelle regole procedurali di accesso alla Corte, che pongono una barriera al proliferare di tali ricorsi.

⁶⁶V. VIȚĂ, *What Can EU Learn from the U.S. Conditional Spending Doctrine and Policies?*, Working Paper, EUI LAW, 16, 2017, p. 21.

⁶⁷CGUE, T-661/14, *Lettonia v. Commissione*.

⁶⁸Sul punto, V. VIȚĂ, *What Can EU Learn from the U.S. Conditional Spending Doctrine and Policies?*, cit., p. 21.

La caratteristica precipua della gestione dei fondi strutturali è, infatti, data dalla stretta compartecipazione tanto della Commissione, quanto degli Stati e delle istituzioni sub-nazionali cui spetta l'implementazione delle misure e la concreta gestione del finanziamento.

E, tuttavia, a tale rilevante ruolo esecutivo non corrisponde una ampia possibilità per le Regioni di adire la Corte con ricorsi in annullamento avverso, per esempio, decisioni della Commissione che prevedano la sospensione dei fondi di cui è beneficiario lo Stato membro e una unità regionale.

Come è noto, infatti, nell'ambito del ricorso di annullamento disciplinato all'art. 263 TFUE, le entità sub-nazionali sono considerate ricorrenti *non privilegiati*, equiparati cioè a qualsiasi persona fisica o giuridica⁶⁹.

Lo *status* di ricorrente non privilegiato restringe dunque le maglie dell'accesso alla Corte per le Regioni: a differenza dei ricorrenti privilegiati, che non hanno l'onere di dimostrare alcun interesse ad agire, e dei ricorrenti semi-privilegiati (che possono agire a tutela delle proprie prerogative), le Regioni possono impugnare solo che gli atti adottati nei loro confronti, o che le riguardino direttamente e individualmente, e tutti gli atti regolamentari che le riguardino direttamente e non necessitano di misure di esecuzione⁷⁰.

La giurisprudenza in questo senso è molto restrittiva, avendo la Corte di Giustizia pressoché costantemente negato lo *standing* alle entità sub-nazionali in casi relativi alla gestione dei fondi strutturali. Rinvenendo nello Stato l'ente destinatario dei fondi, a detta della Corte, manca, infatti, il requisito fondamentale del nesso causale diretto tra la decisione della Commissione di sospendere i fondi e il pregiudizio all'ente sub-nazionale⁷¹.

Questo limite procedurale, che, da più parti⁷², viene oggi considerato

⁶⁹ C. AMALFITANO, *Standing (Locus Standi): Court of Justice of the European Union (CJEU)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law* [MPIL], 2021.

⁷⁰ R. MASTROIANNI-A. PEZZA, *Striking the Right Balance: Limits on the Right to Bring an Action Under Article 263(4) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, in *American University International Law Review*, 30(4), 2015, p. 743 ss.

⁷¹ Si veda *Regione Siciliana c. Commissione*, T-60/03, ECLI: ECLI:EU:T:2005:360.

⁷² Si vedano le Conclusioni dell'AG Bobek, 16 luglio 2020, in Corte Giust., 3 di-

troppo rigido e inadeguato rispetto al ruolo e ai poteri svolti dalle entità sub-nazionali nel sistema multilivello, di fatto limita notevolmente la possibilità di ricorsi inerenti alla sospensione dei fondi e, quindi, per la Corte di accertare la legittimità delle condizionalità di spesa.

3. *La condizionalità macroeconomica durante la crisi dell'Eurozona*

La terza declinazione della condizionalità nell'Unione europea è quella relativa alla condizionalità introdotta dalle misure adottate in risposta alla crisi economica del 2008, crisi che ha fatto emergere prepotentemente la debolezza della capacità fiscale dell'Unione e i vincoli ad essa sottesi.

Occorre sin da subito sottolineare come la condizionalità emersa durante la crisi economica sia del tutto peculiare e si distingue dagli altri regimi di condizionalità, tanto dal punto di vista sostanziale quanto procedurale.

Sebbene il contesto della crisi economica sia stato studiato approfonditamente in dottrina⁷³, prima di analizzare il regime di condizionalità ad esso connesso, pare opportuno ricostruire le linee generali del quadro giuridico emerso tra il 2008 e il 2012.

All'indomani dello scoppio della crisi economica e nel corso della sua evoluzione, si sono verificati profondi mutamenti nella definizione dei poteri nell'Unione Economica e Monetaria (UEM) e – di riflesso⁷⁴ – nel-

cembre 2020, causa C-352/19 P, *Région de Bruxelles Capitale c. Commissione*, ECLI:EU:C:2020:588. In dottrina si rimanda a I. ANRÒ, *L'intervento delle Regioni nei giudizi di fronte alla Corte di giustizia dell'Unione europea: una proposta de jure condendo*, in *Federalismi.it*, 20, 2022, p. 505 ss. e K. LENAERTS-N. CAMBIEN, *Regions and the European Court: giving shape to the regional dimension of the Member States*, in *European Law Review*, 35(5), 2010, p. 605 ss.

⁷³K. TUORI-K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, cit., p. 85; M. CANOTILHO-T. VIOLANTE-R. LANCEIRO, *Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law*, in *European Constitutional Law Review*, 11 2015, p. 155 ss.; L. MELICA, *L'Unione incompiuta*, cit., p. 101 ss.; S. BARDUTZKY, *Constitutional transformations at the edge of a bailout: the impact of the economic crisis on the legal and institutional structures in Slovenia*, in *Federalismi.it*, 26, 2016.

⁷⁴Anche se questo “*spill-over effect*” è contestato, si veda di nuovo B. DE WITTE, *Euro crisis responses and the EU legal order: increased institutional variation or constitutional mutation?*, cit., p. 453.

l'Unione europea, tali da aver condotto la dottrina maggioritaria a considerarli espressione di un "nuovo assetto" costituzionale dell'Unione⁷⁵.

In effetti, guardando alla molteplicità dei processi e dei fenomeni giuridici innescati dalla reazione delle istituzioni europee alla crisi, non si può certo negare di aver assistito all'emergere di nuovi attori, nuove prassi, nuovi strumenti giuridici e, di conseguenza, nuovi equilibri istituzionali.

Già Habermas, nella sua breve ma incisiva opera "*The Crisis of the European Union*"⁷⁶, aveva messo in luce l'emergere di un "federalismo esecutivo", dominato dal ruolo del Consiglio europeo – organo intergovernativo per eccellenza – e dal contestuale indebolimento del potere tanto della Commissione che del Parlamento europeo. Come è stato osservato, «the increased role of the European Council is not merely a phenomenon that accompanied the most dramatic years of the crisis but a *long-term structural change* which the crisis brought to the forefront»⁷⁷.

La risposta europea, sviluppatasi attraverso strumenti pattizi di diritto internazionale, alla luce della mancanza di soluzioni reperibili nel diritto dell'Unione, ha dato vita a meccanismi permanenti, come il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)⁷⁸, istituzione di carattere intergovernativo, che si pone al di fuori degli strumenti e delle procedure strettamente comunitarie.

⁷⁵ *Ex multis*, M. IOANNIDIS, *Europe's new transformations: how the EU economic constitution changed during the Eurozone crisis*, in *Common Market Law Review*, 56, 2016, p. 1251 ss.; F. AMTENBRINK, *The Metamorphosis of European Economic and Monetary Union*, in D. CHALMERS-A. ARNULL (a cura di), *The Oxford Handbook of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015; C. JOERGES-C. GLINSKI (a cura di), *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance: Authoritarian Managerialism versus Democratic Governance*, Hart Publishing, Londra, 2014. Per una ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali si rinvia a G. MARTINICO, *EU Crisis and Constitutional Mutations: A Review Article*, in *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n. 165, 2014, p. 247 ss.

⁷⁶ J. HABERMAS, *The Crisis of the European Union: A Response*, Polity Press, Cambridge, 2013.

⁷⁷ D. CHALMERS-M. JACHTENFUCHS-C. JOERGES, *The Retransformation of Europe*, in D. CHALMERS-M. JACHTENFUCHS-C. JOERGES (a cura di), *The end of the Eurocrats' dream*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 4.

⁷⁸ F. FABBRINI, *Economic Governance in Europe: Comparative Paradoxes and Constitutional Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

La netta divisione di competenze tra politica economica e monetaria, disegnata dal Trattato di Maastricht, che assegnava la prima agli Stati e la seconda alle istituzioni europee (almeno per i Paesi dell'Eurozona) è stata offuscata – sebbene senza una revisione formale del diritto primario – proprio ad opera dell'affermarsi di nuovi meccanismi e strumenti di risposta alla crisi.

Questo processo è stato, poi, elevato in potenza laddove gli Stati fossero parte di un programma di aggiustamento economico: in questi casi, per opera dello strumento della condizionalità, le scelte di fondo della politica economica nazionale sono state l'esito di attività di negoziazione tra le autorità nazionali, le istituzioni europee e le istituzioni internazionali (MES, FMI).

Ora, questa trasformazione delle relazioni tra Stati membri e UE nell'ambito della *governance* economica, caratterizzata da un accentramento di potere nelle istituzioni europee oltre che da una asimmetria tra Paesi creditori e debitori, non è stata accompagnata da una corrispondente trasformazione delle procedure europee volte a rendere tali processi più trasparenti e democratici.

Si pensi al ruolo del tutto marginale del Parlamento europeo nell'ambito dei meccanismi di assistenza agli Stati: esso è stato chiamato in causa solo in veste consultiva, senza alcun potere di incidere nei processi in atto.

Si pensi, ancora, al tema della legittimità e dell'*accountability* dei meccanismi internazionali come il MES, struttura intergovernativa partecipata dagli Stati e dalla Commissione europea, i cui atti paiono sfuggire a qualsiasi tipo di controllo giurisdizionale stante la loro natura spuria (internazionale ed europea).

Si consideri, infine, la tutela dei diritti, vero buco nero della risposta europea alla crisi: tanto la natura emergenziale delle misure adottate, quanto l'incertezza circa la loro natura giuridica hanno, nella maggioranza dei casi, consentito alla Corte di Giustizia di rigettare le istanze volte ad accertare violazioni della Carta dei diritti da parte delle misure anticrisi⁷⁹.

⁷⁹ Si veda A. FISHER LESCANO, *Human Rights in Times of Austerity Policy*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2014; C. BARNARD, *The Charter, the Court – and the Crisis*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 18, 2013.

I fenomeni cui si è accennato possono dunque essere considerati la manifestazione di una trasformazione costituzionale innescata dalla necessità di far fronte alla crisi economica e dalla inadeguatezza degli strumenti di diritto europeo esistenti.

Si tratta, tuttavia, di un mutamento molto diverso rispetto a quello descritto da J.H.H. Weiler: mentre allora il cambiamento pareva “orientato” e mosso da un *telos* di fondo (la costituzionalizzazione dell’ordinamento europeo), quello sotteso alla crisi economica pare invece un mutamento privo di una tensione teleologica chiara e, per questo, incerto nel suo approdo finale.

Ciò è ancora più vero se si guarda all’impiego della condizionalità⁸⁰ nei programmi di assistenza adottati in tale frangente: si tratta in questo caso di una condizionalità “punitiva”, divenuta – a torto o a ragione – sinonimo di austerità. Una condizionalità, insomma, “negativa”.

3.1. Una condizionalità “negativa”

Le misure di condizionalità adottate nell’ambito della risposta europea alla crisi economica si sono rivelate un elemento costante del variegato strumentario di provvedimenti – europei, intergovernativi e/o internazionali – impiegati per fronteggiare la crisi, potendo essere rintracciate, sebbene con tratti a volte dissimili, in tutti i meccanismi di salvataggio posti in essere: il primo piano di assistenza alla Grecia (*Greek Loan Facility*), il Meccanismo Europeo di Stabilizzazione Finanziaria (MESF), il Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria (FESF) e il già citato Meccanismo Europeo di Stabilità (MES).

Nonostante la condizionalità fosse già stata applicata, ai sensi dell’art. 143 TFUE, ad Ungheria, Lettonia e Romania, è solo con il primo *Greek Loan Agreement* che le misure di condizionalità vengono impiegate per fornire assistenza ad un membro dell’Eurozona.

⁸⁰ Ampia è la dottrina che si è occupata della condizionalità nel corso della crisi. Oltre ai lavori già citati di C. Joerges, si rimanda a M. IOANNIDIS, *EU Financial Assistance Conditionality after “Two Pack”*, cit.; C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, in *European Constitutional Law Review*, 10(3), 2014, p. 393 ss.; D. ADAMSKI, *National power games and structural failures in the European macroeconomic governance*, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, p. 1319 ss.

Nel caso greco si trattava di accordi di prestito bilaterali tra gli Stati membri dell'Eurozona e la Grecia, sottoposti al rispetto di rigorose condizioni, stabilite *ex ante* in un *Memorandum of Understanding* e in una Decisione del Consiglio, n. 2010/320/EU⁸¹.

Nella dichiarazione dell'Eurogruppo dell'aprile 2010, si prevedeva che la Commissione avrebbe lavorato insieme alla Banca Centrale europea (BCE) e al Fondo Monetario internazionale sul programma di assistenza. Il rispetto delle condizioni da parte dello Stato beneficiario sarebbe poi stato vagliato dagli Stati membri dell'Eurozona, sentito il parere della BCE e sulla base di una valutazione della Commissione.

I programmi di assistenza successivamente posti in essere attraverso il MESF e l'EFSF hanno seguito, con lievi varianti dovute alla peculiarità delle istituzioni coinvolte, lo stesso schema. Le condizioni venivano negoziate tra le autorità nazionali dei Paesi in difficoltà (Grecia, Portogallo e Irlanda) e la c.d. Troika (Commissione, BCE e FMI) ed erano contenute in tre diversi *Memoranda of Understanding*: uno riguardante le politiche economiche e finanziarie, uno sulla specifica condizionalità economica e un MoU tecnico.

I contenuti dell'accordo venivano, inoltre, trasposti in una Decisione del Consiglio, contenente solo gli aspetti più rilevanti dei programmi di assistenza economica. È seguendo questo schema che sono stati effettuati gli interventi emergenziali in Irlanda, Portogallo e Grecia.

Anche a seguito dell'istituzione di un meccanismo permanente, il MES, lo schema della condizionalità rimane sostanzialmente invariato: la negoziazione delle condizioni è posta in capo alla Commissione, in collaborazione con la BCE e il FMI, e l'accordo prende la forma di un MoU adottato dalla Commissione in nome degli Stati finanziatori.

La Grecia (dal 2015 al 2018) e Cipro (dal 2013 al 2016), in particolare, hanno beneficiato dei programmi di assistenza nell'ambito del MES.

Come si può intuire, nonostante la condizionalità si fosse affermata progressivamente come una costante dei meccanismi di salvataggio, sia

⁸¹ Il 10 maggio 2010, il Consiglio ha adottato una decisione indirizzata alla Grecia, a norma dell'art. 126, par. 9, e dell'art. 136 TFUE, allo scopo di rafforzare e approfondire la sorveglianza della disciplina di bilancio e che intima alla Grecia di adottare misure per la riduzione del disavanzo ritenute necessarie a correggere la situazione di disavanzo eccessivo entro il termine del 2014.

quelli di natura internazionale che quelli di natura europea, mancava ancora un coerente inquadramento giuridico della stessa.

La condizionalità applicata dall'Unione europea nell'ambito della crisi economica è stata infatti fortemente influenzata da una sorta di “*legal transplant*” della condizionalità tipica del FMI⁸² nell'ordinamento europeo.

Essa ha rappresentato, da un lato, un passo indietro verso un modello di *governance* economica di tipo intergovernativo, dominato dalle relazioni internazionali degli Stati e, dall'altro, un significativo trasferimento di sovranità dagli Stati membri a istituzioni sovranazionali secondo un modello che si discosta da quello originario di integrazione europea, basato sul riconoscimento dell'eguale sovranità degli Stati membri e sullo strumento della cittadinanza europea quale mezzo a garanzia dell'accesso ai processi decisionali sovranazionali da parte dei cittadini europei⁸³.

Quello emerso dalla risposta alla crisi è piuttosto un modello di «asymmetric sovereignty transfer» nel quale «the ability of states to maintain the integrity of their constitutional arrangements after the crisis may vary significantly depending on the state's overall fiscal health (and hence their ability to remain autonomous from EU level steering)»⁸⁴.

⁸² L'intervento del FMI nel panorama europeo non era del tutto inedito. Anzi, come ricorda A. SOMMA, *La dittatura dello spread*, DeriveApprodi, Roma, 2014, p. 212 ss., esso aveva giocato un ruolo fondamentale nell'ampliamento a sud dell'Unione europea e, in particolare, nella faticosa adesione del Portogallo. Quest'ultimo, nella seconda metà degli anni Settanta e, poi, ripetutamente nel corso degli anni Ottanta, ha negoziato con il FMI la concessione di prestiti, subordinati alla realizzazione di riforme strutturali, volte alla liberalizzazione dei mercati e alla riduzione della spesa pubblica. Come osservato, l'intervento del FMI nel caso portoghese «non fu solo il banco di prova per mettere a punto quanto appare, ora più che mai, la modalità prevalente con cui ottenere l'integrazione europea: quella per cui essa non passa dalla partecipazione democratica, bensì dall'imposizione tecnocratica di riforme ottenute come contropartita per la concessione di prestiti [...]. L'esperienza portoghese fu di notevole importanza anche e soprattutto per sperimentare quanto si è definito in termini di *Washington Consensus*: l'insieme delle riforme strutturali, inizialmente studiate per l'area latinoamericana, la cui adozione doveva porre rimedio all'indebitamento dei Paesi che le avrebbero adottate», p. 213.

⁸³ M. DAWSON-F. DE WITTE, *Constitutional Balance in the EU After the Euro Crisis*, in *Modern Law Review*, 76(5), 2013, p. 836.

⁸⁴ M. DAWSON, *The legal and political accountability structure of post-crisis EU economic governance*, in *Journal of Common Market Studies*, 53(5), 2015, p. 990.

Un primo intervento di razionalizzazione dei meccanismi di condizionalità si è avuto con l'approvazione del c.d. *Two Pack*⁸⁵, il quale ha previsto una regolamentazione unitaria della condizionalità, stabilendo un *framework* comune per tutti i meccanismi di assistenza, provvedendo anche a porre dei limiti alla condizionalità a tutela delle prerogative parlamentari.

Tuttavia, tale intervento ha solo lambito o persino lasciato impregiudicati alcuni aspetti problematici della condizionalità: *in primis* la natura giuridica degli strumenti attuativi della stessa, ossia i MoUs, insieme alla scarsa trasparenza della loro adozione e all'emarginazione del ruolo del Parlamento europeo oltre che dei Parlamenti nazionali⁸⁶.

Le diverse fasi che hanno scandito la crisi greca del 2015 hanno poi messo in luce, forse per la prima volta in maniera così netta, le problematiche sottese alla condizionalità alla base dei programmi di sostegno economico, negoziati tra i vari soggetti creditori e lo stato beneficiario degli aiuti. Si è sostenuto che tali programmi abbiano definito una «distinctive area of EU law⁸⁷», in quanto, differentemente da altri atti di diritto dell'Unione che sono destinati a tutti gli Stati membri o a determinati categorie, essi «instead operate by setting out detailed and distinctive arrangements aimed at one Member State⁸⁸».

I programmi di assistenza e le condizionalità ad essi annesse, inoltre, sono risultati particolarmente problematici perché hanno operato «in a contested border zone between law and non-law⁸⁹» e «between EU law

⁸⁵ Il c.d. *Two Pack* comprende due Regolamenti. Il primo, regolamento (UE) n. 472/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria; il secondo, il regolamento (UE) n. 473/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro.

⁸⁶ Per una attenta analisi dell'impatto del *Two Pack* sulla condizionalità si rimanda a M. IOANNIDIS, *EU Financial Assistance Conditionality after "Two Pack"*, cit.

⁸⁷ C. KILPATRICK, *The EU and its Sovereign Debt Programs: The Challenge of Liminal Legality*, EUI Working Paper Law, 14, 2017, p. 1.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

and non-EU law⁹⁰», come dimostra il dibattito circa la legittimità delle misure anticrisi e la giurisprudenza, tanto nazionale che sovranazionale, sviluppatasi in tema.

Anzi, si ritiene che proprio la presenza di tali aspetti irrisolti, su tutta la natura ibrida e ambigua dei meccanismi di aiuto agli Stati in difficoltà⁹¹, abbia favorito l'intervento del potere giudiziario in un terreno, quello delle misure inerenti alla politica monetaria/economica, che fino ad allora era stato poco battuto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Lo stesso discorso vale per le giurisdizioni nazionali, in cui si è assistito all'affermarsi di una vera e propria giurisprudenza della crisi⁹².

3.2. *La costituzionalizzazione della rigida condizionalità*

L'utilizzo della condizionalità macro-economica nell'ordinamento europeo ha posto sin da subito la necessità di chiarirne la base di legittimazione nel silenzio dei Trattati, ed anzi in presenza di un impianto normativo che pareva – seppur non esplicitamente – escludere la possibilità di un impiego di tale strumento in ambito europeo relativamente al salvataggio di uno Stato a rischio di *default*.

La ratifica del primo salvataggio greco e l'istituzione dell'EFSF, entrambi caratterizzati dalla massiccia presenza della condizionalità, ha interrogato la dottrina circa la base giuridica di tali strumenti. Essa è stata identificata nell'art. 122, paragrafo 2 del TFUE, secondo cui «qualora uno Stato membro sia in difficoltà o sia gravemente minacciato da gravi difficoltà causate da calamità naturali o eventi eccezionali al di fuori del suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni l'assistenza finanziaria dell'Unione a favore dello Stato interessato».

Questa interpretazione è però apparsa, sin dai primi istanti, carica di ambiguità e debole ai fini di dare legittimazione alle misure di condizionalità nelle specifiche circostanze della crisi: ad esempio, si è obiettato che

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Sulla natura dei *Memorandum of Understanding*, C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, cit.

⁹² Per una rassegna della giurisprudenza in chiave comparata si veda C. PINELLI, *Le corti europee (nella crisi dell'Unione)*, in www.europeanrights.eu.

Grecia e Irlanda non si trovavano ad affrontare eventi eccezionali al di là del loro controllo (come richiede il testo dell'art. 122 TFUE), poiché i loro Governi avevano contribuito a creare le crisi del debito sovrano in cui si trovavano⁹³.

L'insoddisfacente soluzione rispetto alla necessità di individuare una base giuridica per la condizionalità si è posta anche all'indomani dell'istituzione del MES, alla luce del quale – vista la sua natura permanente – una revisione del Trattato è stata percepita come inevitabile per risolvere le incertezze giuridiche sollevate ma mai definitivamente risolte dell'EFSM e dell'EFSF.

La decisione di avviare la procedura di revisione dei Trattati è stata presa durante lo stesso Consiglio Europeo del 28-29 ottobre 2010 in cui è stata discussa la creazione del MES. La modifica dell'art. 136 TFUE è stata quindi adottata con decisione 2011/199⁹⁴, secondo la procedura di revisione semplificata dell'art. 48, paragrafo 6 del TUE.

In particolare, l'art. 136, paragrafo 3 del TFUE afferma che gli Stati membri, la cui moneta è l'euro, possono stabilire un meccanismo da attivarsi, se necessario, per salvaguardare la stabilità dell'area euro nel suo complesso. La concessione di un'assistenza finanziaria richiesta sotto il meccanismo deve però essere soggetta a rigida condizionalità.

La *ratio* di tale inclusione va cercata nella volontà di indurre lo Stato membro beneficiario dell'assistenza ad adottare una prudente politica fiscale, perseguendo così «the very same objectives which the no bailout clause is expected, but has not managed to achieve»⁹⁵.

Sebbene la condizionalità, a seguito della modifica dell'art. 136 TFUE, sia stata dunque “costituzionalizzata” nell'ordinamento europeo, rimangono alcune zone d'ombra sulla compatibilità della stessa con i principi fondanti l'Unione stessa, ombre che la giurisprudenza ha solo, parzialmente, cercato di dipanare.

⁹³ B. DE WITTE, *The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism*, Working Paper, Europapolitisk Analys/European Policy Analysis, 6, 2011.

⁹⁴ Decisione del Consiglio europeo 2011/199/UE, del 25 marzo 2011, che modifica l'art. 136 del TFUE relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro.

⁹⁵ K. TUORI-K. TUORI, *The Eurozone Crisis. A constitutional Analysis*, cit., p. 131.

3.3. *La condizionalità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*

Diversamente da quanto analizzato con riferimento ai regimi di condizionalità legati all'erogazione dei fondi strutturali, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, sebbene attraverso una serie di pronunce piuttosto caute, ha rappresentato il principale veicolo per la definizione di alcuni limiti alla condizionalità economica nell'ordinamento europeo.

Ciò non sorprende: allargando l'orizzonte, è noto come la Corte, con la sua giurisprudenza, abbia contribuito alla definizione dei tratti salienti dell'ordinamento giuridico europeo. In linea con questa tendenza, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi anche in merito alle misure adottate per far fronte alla crisi. In tali occasioni, però, la Corte ha mostrato una certa cautela, lontana dall'attivismo⁹⁶ che ha connotato la giurisprudenza in materia di diritti fondamentali (si vedano per esempio i casi *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson* C-617/10⁹⁷, *Melloni* C-399/11⁹⁸).

Se tale atteggiamento può trovare giustificazione nel fatto che la politica economica è sempre stata un ambito in cui la Corte di Giustizia⁹⁹ è intervenuta con prudenza, non può non sottolinearsi come nei casi in

⁹⁶ Su cui M. DAWSON-B. DE WITTE-E. MIUR, *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013.

⁹⁷ F. FONTANELLI, *Hic Sunt Nationes: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog: Court of Justice of the European Union: Judgment of 26 February 2013, Case C-617/10 Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, in *European Constitutional Law Review*, 9(2), 2013, p. 315 ss.

⁹⁸ Si veda, per esempio, L. BESSELINK, *The ECJ as the European "Supreme Court": Setting Aside Citizens' Rights for EU Law Supremacy*, in *Verfassungsblog.de*, 18 agosto 2014; A. TORRES PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Constitutional Law Review*, 10(2), 2014, p. 308 ss.; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013.

⁹⁹ Sul punto, F. AMTENBRINK, *New Economic Governance in the European Union: Another Constitutional Battleground*, in K. PURNHAGEN-P. ROTH (a cura di), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Springer, Heidelberg-Dordrecht-Londra-New York, 2014. Si veda anche A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 122 ss.

oggetto fossero forse presenti i presupposti per una presa di posizione della Corte che potesse dipanare i dubbi che ancora circondano il tema delle misure anticrisi e della condizionalità.

Dal punto di vista dei contenuti, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle misure anticrisi può essere classificata in due grandi categorie: i casi riguardanti la legittimità dei meccanismi e delle misure adottate in risposta alla crisi e i casi riguardanti la natura dei MoUs e la loro relazione con il diritto europeo, sotto il duplice profilo della giustiziabilità e della suscettibilità a costituire misura di attuazione del diritto dell'Unione tale da far scattare l'applicabilità della Carta dei diritti ai sensi del suo art. 51.

Come anticipato, l'analisi a seguire si concentra su alcuni *leading cases* in materia: il caso C-370/12 *Pringle v Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*¹⁰⁰, il caso C-62/14 *Gauweiler v. Deutscher Bundestag*¹⁰¹, il caso C-8/15 *Ledra Advertising*¹⁰² e il caso C-258/14 *Florescu*¹⁰³.

Molteplici sono le ragioni che supportano tale scelta. Innanzitutto, seppur ognuno con le proprie peculiarità, essi si prestano alla comparazione, dal momento che hanno ad oggetto il vaglio di legittimità di misure adottate a fronte della crisi, rispettivamente il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), il programma *Outright Monetary Transactions* (OMT) e le misure di *bail-out*.

In secondo luogo, i primi due casi (*Pringle* e *Gauweiler*) presentano una curiosa "simmetria": se nel primo caso contro l'Irlanda la misura anticrisi era stata contestata per difetto di competenza dello Stato membro (essa veniva fatta rientrare nell'ambito della politica monetaria, ovvero sia di una materia di competenza esclusiva dell'Unione e, quindi, estranea a quella nazionale), nel secondo caso, invece, l'*Outright Monetary Transaction* era stata oggetto di contestazione da parte del *Bundesverfassungsgericht* poiché, avendo la misura una natura squisitamente economica (e non

¹⁰⁰ C-370/12, cit.

¹⁰¹ C-62/14, *Gauweiler c. Deutscher Bundestag*, ECLI:EU:C:2015:400.

¹⁰² Cause riunite da C-8/15 P a C-10/15 P, *Ledra Advertising Ltd e altri c. Commissione europea e Banca centrale europea*, ECLI:EU:C:2016:701.

¹⁰³ C-258/14, *Eugenia Florescu e a. contro Casa Județeană de Pensii Sibiu e a.*, ECLI:EU:C:2017:448.

monetaria), essa si configurava come atto *ultra-vires*, al di fuori cioè del mandato della BCE.

Last but not least, in tutti e quattro i casi, nel *legal reasoning* che ha condotto la Corte a dichiarare conformi al diritto europeo le misure contestate, un ruolo fondamentale viene ricoperto proprio dalle misure di condizionalità.

Grazie alla disamina della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si può quindi più chiaramente mettere in luce come la condizionalità economica sia diventata ormai un aspetto integrante della nuova *governance* economica europea, tanto da costituire, secondo la visione dei giudici di Lussemburgo, un elemento legittimante le misure anticrisi contestate.

3.3.1. *Il caso Pringle*

Pringle rappresenta il primo significativo caso in tema di misure anti-crisi deciso dalla Corte di Giustizia¹⁰⁴.

Esso, originato da un ricorso in via pregiudiziale della *Irish High Court*, ha ad oggetto la legittimità della procedura semplificata utilizzata per modificare l'art. 136 TFUE al fine di conferire una "veste costituzionale" al MES, nonché la compatibilità del Trattato istitutivo del MES rispetto a diverse previsioni dei Trattati¹⁰⁵.

¹⁰⁴ In riferimento al caso *Pringle* e alle sue implicazioni costituzionali, si veda, tra gli altri, P. CRAIG, *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 20, 2013, p. 3 ss.; P. CRAIG, *Pringle and Use of EU Institutions Outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance*, in *European Constitutional Law Review*, 9(2), 2013, p. 263 ss.; S. ADAM-F.J. MENA PARRAS, *The European Stability Mechanism through the Legal Meanderings of the Union's Constitutionalism: Comment on Pringle*, in *European Law Review*, 38(6), 2013, p. 848 ss. Sull'impatto di *Pringle* a livello nazionale, M.C. CAHILL, *Crotty after Pringle: The Revival of the Doctrine of Implied Amendment*, in *Irish Journal of European Law*, 17(1), 2014.

¹⁰⁵ La Suprema Corte irlandese non è stata l'unica a vagliare la legittimità del MES. Esso, infatti, è stato sottoposto allo scrutinio della Corte Suprema in estone (12 luglio 2012, Caso n. 3-4-1-6-12) e dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco (2 BvR 1390/12). Tuttavia, la Corte Suprema irlandese è stata l'unica ad operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Si veda E. FAHEY-S. BARDUTZKY, *Judicial Review of Eurozone Law: The Adjudication of Postnational Norms in EU Courts, Plural – A Casestudy of the European Stability Mechanism*, in *Michigan Journal of International Law*, 34, 2013.

Entrambi i profili vengono dichiarati dalla Corte compatibili con il diritto dei Trattati e, in entrambi i casi, proprio la condizionalità viene ad assumere un ruolo determinante, tanto che è stato criticamente osservato che «wherever the court responds to objections about the legality of the new regime, it merely parrots the orthodoxy of ‘conditionality’ as a justification»¹⁰⁶.

In particolare, con riferimento alla legittimità della procedura che ha portato a modificare l'art. 136 TFUE, la Corte¹⁰⁷ afferma che la revisione incide solo sulla parte terza del Trattato, essendo il meccanismo ivi previsto relativo alla politica economica e non, invece, alla politica monetaria. Per questa ragione è possibile ricorrere alla procedura semplificata *ex art.* 48 TUE¹⁰⁸.

Non solo, la Corte traccia anche il confine tra MES e diritto dell'Unione. Ribadendo il carattere intergovernativo del MES, essa afferma, infatti, che «gli Stati membri la cui moneta è l'euro sono competenti a concludere tra di loro un accordo relativo all'istituzione di un meccanismo di stabilità»¹⁰⁹, ma sottolinea anche che «detti Stati membri non possono

¹⁰⁶ M. EVERSON-C. JOERGES, *Who is the Guardian for Constitutionalism in Europe after the Financial Crisis?*, LEQS Paper, 63, 2013, p. 21.

¹⁰⁷ La competenza della Corte a giudicare della legittimità dell'emendamento è stata messa in dubbio da alcuni Stati intervenuti nel procedimento, nonché dal Consiglio europeo e dalla Commissione: essi hanno affermato che la Corte «has no power under Article 267 TFEU to assess the validity of provisions of the Treaties», in quanto «the consequence of reviewing the substantive compatibility of an agreed Treaty amendment with existing Treaty provisions would [...] be to preclude amendments to the Treaties. The Court, however, was of a different opinion. First, it made the observation that the amendment was an act of the institutions under Article 267 TFEU, as it concerned a decision of the European Council», così R. PASSCHIER-M. STREMLER, *Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 5(2), 2016, p. 352.

¹⁰⁸ Art. 48 TFUE: «I trattati possono essere modificati conformemente a una procedura di revisione ordinaria. Possono inoltre essere modificati conformemente a procedure di revisione semplificate. Queste ultime possono essere utilizzate per progetti intesi a modificare in tutto o in parte le disposizioni della parte terza del TFUE relative alle politiche e azioni interne dell'Unione».

¹⁰⁹ C-370/12, cit., par. 68.

esimersi dal rispetto del diritto dell'Unione nell'esercizio delle proprie competenze in tale settore»¹¹⁰.

Ed è proprio a questo proposito che la Corte rinviene nella rigorosa condizionalità, cui il meccanismo di stabilità subordina la concessione di un'assistenza finanziaria *ex art. 136(3) TFUE*, la garanzia di rispetto del diritto dell'Unione.

Sempre la condizionalità è al centro del ragionamento che la Corte svolge nella valutazione delle altre domande pregiudiziali, relative alla compatibilità del MES con le previsioni del TFUE e, in particolare, con la clausola di *no bail-out* dell'art. 125 TFUE.

Per la Corte, quest'ultimo non osta all'istituzione di un meccanismo come il MES, proprio grazie alle condizioni a cui l'assistenza viene subordinata: «alla luce di tale obiettivo perseguito dall'articolo 125 TFUE, occorre considerare che tale disposizione vieta all'Unione e agli Stati membri la concessione di un'assistenza finanziaria che avrebbe l'effetto di pregiudicare lo stimolo dello Stato membro beneficiario di tale assistenza a condurre una politica di bilancio virtuosa. Come emerge dal punto 5 del parere della BCE sul progetto di decisione del Consiglio europeo che modifica l'articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea [...] l'attivazione [...] di un meccanismo di stabilità come il MES è compatibile con l'articolo 125 TFUE solo qualora essa risulti indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e sia soggetta a condizioni rigorose»¹¹¹.

Ne deriva che proprio «la rigorosa condizionalità cui è subordinato qualsiasi sostegno alla stabilità fornito dal MES, mira a garantire il rispetto, da parte del MES e degli Stati membri beneficiari, delle misure adottate dall'Unione in particolare nel settore del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, le quali, dal canto loro, mirano segnatamente a garantire il perseguimento di una politica di bilancio virtuosa da parte degli Stati membri»¹¹².

In definitiva, contrariamente a quanto affermato dall'Avvocato Gene-

¹¹⁰ *Ivi*, par. 69.

¹¹¹ C-370/12, par. 136.

¹¹² *Ivi*, par. 143.

rale¹¹³, per le Corte di Giustizia «conditionality becomes a requirement for the legality of financial assistance»¹¹⁴, mentre «the deeply undemocratic nature of conditionality goes unnoticed or uncommented upon»¹¹⁵.

Se in *Pringle* vengono chiariti alcuni aspetti del meccanismo di assistenza finanziaria, altri rimangono al contrario irrisolti. Tra questi il riferimento è, nello specifico, all'applicabilità ai MoUs della Carta di Nizza.

Questo aspetto viene solo lambito dalla Corte, laddove essa afferma che, essendo il MES al di fuori dell'ordinamento giuridico dell'Unione, gli Stati membri nel parteciparvi non attuano il diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51 c. 1 della Carta e non sono di conseguenza tenuti al rispetto della Carta dei diritti fondamentali quando agiscono nell'ambito di tale meccanismo¹¹⁶.

Se la posizione degli Stati membri viene solo accennata, nulla si dice, invece, sull'eventuale obbligo delle stesse istituzioni europee che operano nell'ambito del MES (Commissione e BCE) di rispettare la Carta di Nizza, aspetto affrontato dalla Corte solo successivamente nel caso *Ledra Advertising* (C-8/15) del 20 Settembre 2016.

3.3.2. *Il caso Gauweiler*

La condizionalità viene ad assumere un ruolo legittimante anche nel caso *Gauweiler*, che ha visto un serrato “dialogo” tra la Corte di Giustizia e il *Bundesverfassungsgericht*. L'ultima decisione della Corte tedesca, del 21 giugno 2016, ha sostanzialmente avallato l'interpretazione a favore della legittimità dell'OMT (ovverosia il programma *Outright Monetary Transaction* della Banca Centrale Europea) sostenuta dalla Corte di Giustizia nella precedente pronuncia del 16 giugno 2015¹¹⁷.

¹¹³ Conclusioni dell'A.G., C-370/12, parr. 136-144.

¹¹⁴ A. HINAREJOS, *The Euro area crisis in constitutional perspective*, cit., p. 126.

¹¹⁵ M. EVERSON-C. JOERGES, *Who is the Guardian for Constitutionalism in Europe after the Financial Crisis?*, cit., p. 22.

¹¹⁶ Criticamente, C. BARNARD, *The Charter, the Court – and the Crisis*, cit.

¹¹⁷ Tra i numerosi commenti al caso si segnalano: H.C.H. HOFMANN, *Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and the European Economic and Monetary Union*, Working Paper, 19 giugno 2015; P. CRAIG-M. MARKAKIS, *Gauweiler and the Legality of*

Nel suo primo rinvio pregiudiziale il *Bundesverfassungsgericht* contesta, infatti, la legittimità del programma OMT – annunciato dall'allora Presidente della BCE Draghi in conferenza stampa nel 2012 e poi rimasto inattuato – che prevedeva l'acquisto sul mercato secondario da parte della BCE di titoli di Stato di quei Paesi che avevano aderito ad un programma di assistenza finanziaria del Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria (FEFS) o del MES.

Tale misura viene qualificata dal giudice del rinvio come atto *ultra vires*: trattandosi di un intervento di politica economica, esso esula dalle competenze attribuite alle BCE, ossia di natura strettamente monetaria, rintracciabili nel combinato disposto degli artt. 119, 123 e 127 TFUE, nonché degli articoli 17 a 24 del Protocollo sullo Statuto del sistema europeo di banche centrali (SEBC).

A ciò si aggiunga, afferma il *Bundesverfassungsgericht*, la violazione del divieto di finanziamento monetario degli Stati membri della zona euro (art. 123 TFUE). Quattro sono, in particolare, gli aspetti di dubbia legittimità del programma OMT sollevati dal giudice tedesco: (1) la condizionalità e, quindi, il collegamento tra il programma OMT e i programmi di assistenza come il MES e EFSF; (2) la selettività, ovvero il fatto che si rivolgesse ad un *target* specifico di Stati membri e non alle generalità degli stessi; (3) il parallelismo, dal momento che esso si pone in concomitanza con i programmi di aggiustamento economico; (4) la circonvenzione, cioè la capacità del programma di minare i limiti e le condizioni poste dai programmi di aggiustamento economico.

La Corte di Giustizia ha respinto tale interpretazione, riconducendo il programma OMT nell'alveo delle misure di politica monetaria e, dunque, nei poteri della BCE. Il Trattato, infatti, non definisce il contenuto

Outright Monetary Transactions, in *European Law Review*, 41, 2016, p. 4 ss.; F. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German Law Journal*, 16(4), 2015, p. 1003 ss.; C. JOERGES, *Pereat Iustitia, Fiat Mundus: What is Left of the European Economic Constitution after the OMT-Litigation?*, ZenTra Working Paper in Transnational Studies, 60, 2015.; A. STEINBACH, *All's Well That Ends Well? Crisis Policy after the German Constitutional Court's Ruling in Gauweiler*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24(1), 2017, p. 140 ss.; T. TRIDIMAS-N. XANTHOULIS, *A Legal Analysis of the Gauweiler Case*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(1), 2016, p. 17 ss.

della politica monetaria, ma solo i suoi obiettivi (la stabilità dei prezzi) e i mezzi di cui il Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC) dispone per attuarla.

L'obiettivo dichiarato del programma OMT consiste nel preservare al tempo stesso l'adeguata trasmissione della politica monetaria e l'unicità di tale politica. Poiché, come afferma la Corte «l'idoneità del SEBC ad influire sull'evoluzione dei prezzi mediante le sue decisioni di politica monetaria dipende, in larga misura, dalla trasmissione degli impulsi che esso emette sul mercato monetario ai vari settori dell'economia»¹¹⁸ e poiché un funzionamento deteriorato del meccanismo di trasmissione altera l'efficacia delle misure adottate dal SEBC, pregiudicando la capacità di quest'ultimo di garantire la stabilità dei prezzi, «le misure intese a preservare tale meccanismo di trasmissione possono essere ricondotte all'obiettivo principale definito all'articolo 127, paragrafo 1, TFUE»¹¹⁹.

Una volta riportato il programma OMT nell'alveo della politica monetaria, la Corte affronta poi il profilo della sua selettività, ossia il fatto che l'attivazione del programma OMT sia subordinata alla circostanza che lo Stato assistito partecipi ad uno dei meccanismi di aggiustamento economico previsti dal MES e sia sottoposto ad un regime di stretta condizionalità.

In riferimento a tale profilo, la Corte è chiamata a valutare se lo strumento in parola costituisca una violazione dell'art. 123 TFUE che impone un divieto di assistenza finanziaria agli Stati, nonché un divieto di misure ad effetto equivalente. La *ratio* di tale previsione risiede nella volontà di sollecitare gli Stati membri a rispettare una sana politica di bilancio, evitando che un finanziamento monetario dei disavanzi pubblici o un accesso privilegiato delle autorità pubbliche ai mercati finanziari conduca a un indebitamento o a disavanzi eccessivi degli Stati membri.

Proprio la subordinazione del programma OMT ad un regime di stretta condizionalità e al rispetto integrale dei programmi di aggiustamento strutturale ai quali sono sottoposti gli Stati membri interessati, a parere della Corte «esclude che un programma come quello annunciato nel comunicato stampa possa incitare tali Stati a rinunciare al risanamento delle loro

¹¹⁸ C-62/14, par. 50.

¹¹⁹ *Ibidem*.

finanze pubbliche fondandosi sulle facilitazioni di finanziamento che potrebbero derivare dall'attuazione di un programma siffatto»¹²⁰.

In altri termini, come è stato osservato, «un prestito ad uno Stato assistito da un programma di risanamento (così come l'acquisto da parte della BCE dei titoli emessi da quello Stato) non costituisce un finanziamento illegittimo, ma un atto che si inserisce in un processo di aggiustamento dei conti dello Stato e che proprio in conseguenza di tale aggiustamento verrà restituito»¹²¹.

Come in *Pringle*, dunque, la condizionalità assurge ad elemento fondamentale per la legittimità della misura contestata alla luce dei Trattati, confermandosi quale (nuovo) strumento chiave della *governance* europea, tanto che in dottrina è stato enfatizzato il suo ruolo come motore della “trasformazione” dell'Unione nelle more della crisi.

3.3.3. *Il caso Ledra Advertising*

Il giudizio della Corte di Lussemburgo in *Ledra Advertising* rappresenta un “*turning point*” nella giurisprudenza della Corte brevemente descritta ed è destinato ad avere interessanti ripercussioni sulla definizione di un quadro relativo all'Unione economica e monetaria il più possibile coerente. Fino al caso in esame, «fundamental rights, the element of constitutionalism that should protect citizens, not the market, and ensure social peace, remained at the margins. It took the ECJ several attempts before it recognised the significance of fundamental rights for the resolution of the sovereign debt crisis in *Ledra*»¹²².

Il caso riguarda un ricorso d'annullamento delle ordinanze del Tribunale di primo grado che avevano dichiarato irricevibili i ricorsi di cittadini ciprioti che lamentavano una lesione del loro diritto di proprietà, a seguito dell'adozione di un protocollo d'intesa sulle condizioni specifiche di politica economica, stipulato tra la Repubblica di Cipro e il MES.

¹²⁰ *Ivi*, par. 120.

¹²¹ A. PISANESCHI, *Legittimo secondo la Corte di Giustizia il piano di allentamento monetario (OMT) della BCE. Una decisione importante anche in relazione alla crisi greca*, in *Federalismi.it*, 13, 2015.

¹²² M. GOLDMANN, *The Great Recurrence: Karl Polanyi and the crises of the European Union*, in *European Law Journal*, 23, 2017, p. 283.

Tale protocollo, contenente le condizioni a cui Cipro avrebbe dovuto sottostare per beneficiare degli aiuti del MES, disponeva un piano di risanamento delle banche cipriote e, tra le altre misure, istituiva una imposta sui depositi bancari. I ricorrenti collegavano l'attuazione delle misure previste ad una riduzione sostanziale dei loro depositi bancari, che avrebbe determinato una manifesta violazione del diritto di proprietà, protetto dall'art. 17 c. 1 della Carta dei diritti fondamentali.

Il Tribunale di primo grado aveva dichiarato irricevibili i ricorsi in virtù di due argomenti: in primo luogo, si rilevava come la Commissione e la BCE non fossero all'origine dell'adozione del protocollo d'intesa e, dunque, lo stesso Tribunale non fosse competente; in secondo luogo, i ricorrenti non avevano dimostrato il nesso eziologico tra il danno subito e la violazione da parte della Commissione dell'obbligo, in capo a quest'ultima, di garantire la compatibilità del protocollo d'intesa in questione con il diritto dell'Unione.

La Corte di Giustizia, adita dai ricorrenti con ricorso di annullamento, ha avuto modo di chiarire alcuni aspetti controversi delle misure anti-crisi, rimasti, fino ad allora, in una sorta di limbo giuridico.

In particolare, essa si è espressa sul ruolo della Commissione e, in generale, delle istituzioni europee quando le stesse operano nell'ambito del MES, i cui atti, come ribadisce la Corte, sono estranei all'ordinamento giuridico dell'Unione.

Quest'ultima circostanza, precisa la Corte, non esime le istituzioni europee dallo svolgere le attribuzioni loro ricondotte dai Trattati¹²³. La

¹²³ Coglie la portata storica di tale decisione A. POULOU, *The liability of the EU in the ESM framework*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24(1), 2017, p. 132, la quale afferma che «building on its holding in *Pringle*, the Court of Justice stated that the tasks conferred on the Commission and the ECB within the ESM Treaty do not alter the essential character of the powers conferred on them by the EU Treaties. Hence, in the context of the adoption of an MoU, the Commission is bound under Article 17(1) TEU to oversee the application of EU law, and under Article 13(4) of the ESM Treaty to ensure that the MoUs concluded by the ESM are consistent with EU law. The Court of Justice interpreted the role of the Commission as a guardian of the Treaties as entailing not only an obligation of conduct, as Advocate General Wahl suggested, but also an obligation of result, meaning that the Commission should refrain from signing an MoU, whose consistency with EU law it doubts».

Commissione ha infatti il compito, sancito dall'art. 17, paragrafo 1 del TUE, di vigilare sull'applicazione del diritto dell'Unione e, nel suo ruolo di custode dei Trattati, «dovrebbe astenersi dal firmare un protocollo d'intesa sulla cui compatibilità con il diritto dell'Unione nutra dubbi»¹²⁴.

Nonostante questa rappresenti la prima volta in cui, nella giurisprudenza della crisi, la Corte di Giustizia si pronuncia sulla responsabilità delle istituzioni europee che partecipano ai meccanismi di salvataggio istituiti al di fuori del diritto dell'Unione, quella che rimane una significativa apertura, nel caso di specie, viene subito ridimensionata. Come nota, infatti, Sarmiento, «the judgment thus puts an end to a certain ambiguity in the practice of the Institution's actions in non-EU contexts, which now comes full-circle under the scope of EU Law. But many questions still remain»¹²⁵.

Tra queste domande irrisolte, la prima riguarda l'asimmetria tra la posizione delle istituzioni europee e quella degli Stati coinvolti in programmi di assistenza: mentre le prime sono responsabili rispetto alle competenze loro attribuite dai Trattati anche per gli atti compiuti quali organi del MES, i secondi non possono essere chiamati a rispondere per violazione della Carta dei diritti fondamentali laddove applichino le misure negoziate in tale foro internazionale, dal momento che il MES non rientra nel diritto dell'Unione.

Non solo: pur ammettendo la possibilità di far valere la responsabilità delle istituzioni dell'Unione, essa è di tipo extracontrattuale *ex art. 340 c. 2 TFUE*, il sorgere della quale presuppone il contemporaneo verificarsi di diverse condizioni: l'illiceità del comportamento, l'effettività del danno e l'esistenza di un nesso di causalità tra l'azione dell'istituzione e il danno lamentato.

Nel caso in esame, l'eventuale responsabilità della Commissione per violazione dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali si infrange, dunque, sulla barriera del test sulla sussistenza della responsabilità *ex art. 340 TFUE*: la Corte ritiene che non sia rilevabile una violazione, perpetrata dalla Commissione, del diritto di proprietà, essendo quest'ultimo suscet-

¹²⁴ C-62/14, par. 59.

¹²⁵ D. SARMIENTO, *Despite our Differences*, post blog, in <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/about/>.

tibile di restrizioni in nome di obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione, rinvenibili nella controversia in oggetto nella garanzia della stabilità del sistema bancario della zona euro nel suo complesso (par. 71).

Sul punto, richiamando nuovamente Sarmiento: «the balance is quite obvious: the Union is potentially liable for the actions of its Institutions outside the Union's competence, but the standard of illegality that will be demanded from the applicant will be high (as it has always been)»¹²⁶.

È questa una soluzione soddisfacente? Certamente non pare sufficiente a sanare le aporie insite nel diritto della crisi e a colmare le lacune che esso ha mostrato in termini di *accountability*, di rispetto del principio democratico e della sovranità.

Ciononostante, questa apertura ha tracciato la strada, sebbene tortuosa e insidiosa, della possibile giustiziabilità delle misure di condizionalità, fino ad allora rimaste in un cono d'ombra della giurisprudenza europea¹²⁷.

3.4. La condizionalità della crisi nella più recente giurisprudenza

Uno sguardo alla più recente giurisprudenza conferma come i profili sottesi alla condizionalità della crisi siano tutt'altro che chiariti.

L'ultimo caso che viene in rilievo è *Florescu*¹²⁸, deciso dalla Corte di Giustizia nel 2017. Esso riguardava un provvedimento adottato dal governo rumeno che vietava il cumulo della pensione con redditi da attività svolte in enti pubblici qualora l'importo della pensione superasse una cer-

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Esprime maggior cautela rispetto alla portata innovativa di *Ledra*, M. GOLDMANN, *The Great Recurrence: Karl Polanyi and the crises of the European Union*, cit., p. 284, il quale così afferma: «in *Ledra*, the Court ratified a scheme for the stabilisation of financial markets at great social cost. Moreover, while the *Ledra* case devised an effective legal remedy for investors who lost property rights in a sovereign debt restructuring, by virtue of Art. 263(4) TFEU, citizens affected by austerity measures adopted in the wake of such a restructuring are having a much harder time to request the Court to review the conformity of memoranda of understanding with their fundamental rights. Strategies to attack domestic austerity measures and approaching the Court by way of a preliminary reference have to confront the difficulty that they do not strictly implement EU law, as memoranda of understanding are non-binding».

¹²⁸ Caso C-258/14 *Florescu*, cit.

ta soglia. Si trattava di una tipica misura di austerità, adottata in molti Paesi colpiti dalla crisi¹²⁹. In particolare, tale misura era collegata a un MoU, concluso nel 2009, tra l'allora Comunità europea e la Romania ai fini dell'assistenza alla bilancia dei pagamenti prevista dall'art. 143 TFUE. I ricorrenti, magistrati in pensione che avevano continuato a svolgere attività di docenza in università, sostenevano che le misure contestate, adottate in attuazione del MoU, costituissero una violazione dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali (diritto di proprietà). Essi sostenevano, inoltre, che il MoU fosse un atto dell'Unione europea.

La decisione della Corte di Giustizia è particolarmente significativa perché per la prima volta nella giurisprudenza della crisi riconosce che i MoUs costituiscono «la concretizzazione di un impegno tra l'Unione e uno Stato membro su un programma economico, negoziato fra tali parti, con il quale detto Stato membro si impegna a rispettare obiettivi economici previamente definiti al fine di poter beneficiare, fatto salvo il rispetto di tale impegno, del sostegno finanziario dell'Unione¹³⁰». Pertanto, afferma la Corte, il MoU, essendo un atto che trova il suo fondamento giuridico nell'art. 143 TFUE e nel regolamento n. 332/2002¹³¹, costituisce una misura adottata da un'istituzione dell'Unione, ai sensi dell'art. 267, lett. b), TFUE. Non solo, ma la Corte riconosce al MoU anche un carattere vincolante¹³². Come ha osservato Kilpatrick, «from mid-June 2017, we know from *Florescu* that EU-based MoU can be considered binding, though this comes six years after the end of the most recent EU-based programs¹³³».

Tuttavia il MoU, a detta della Corte, pur essendo un atto vincolante

¹²⁹ P. DERMINE-M. MARKAKIS, *Bailouts, the legal status of Memoranda of Understanding, and the scope of application of the EU Charter: Florescu*, in *Common Market Law Review*, 55 (2), 2018, p. 643 ss.

¹³⁰ Caso C-258/14, *Florescu*, cit., par. 34.

¹³¹ Regolamento (CE) n. 332/2002 del Consiglio, del 18 febbraio 2002, che istituisce un meccanismo di sostegno finanziario a medio termine delle bilance dei pagamenti degli Stati membri.

¹³² Caso C-258/14 *Florescu*, cit., par. 41.

¹³³ C. KILPATRICK, *The EU and its Sovereign Debt Programs: The Challenge of Liminal Legality*, cit., p. 14.

non conteneva alcuna disposizione specifica che imponeva l'adozione della normativa nazionale impugnata, rientrando tale decisione nella discrezionalità delle autorità rumene. Riconoscendone la natura di atto dell'Unione, ancorché per la sua attuazione venga lasciata ampia discrezionalità allo Stato membro, la Corte prosegue nel giudizio valutando la compatibilità delle misure impugate con l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali. In questa valutazione di merito la Corte, tuttavia, rimane sulle posizioni restrittive che hanno connotato fin dall'inizio la giurisprudenza della crisi, ritenendo che le misure di austerità adottate fossero giustificate da un interesse generale e dunque non configurassero una violazione della Carta dei Diritti fondamentali.

L'aspetto che più sorprende della giurisprudenza della crisi è che non solo a distanza di dieci anni dai primi programmi di assistenza nessun ricorso presso la Corte di Giustizia abbia portato a riconoscere in concreto una violazione della Carta dei diritti fondamentali, ma anche che intorno alla natura giuridica dei MoUs e delle condizionalità che essi contengono non si sia giunti ancora ad una conclusione univoca e consolidata.

4. La condizionalità a protezione del bilancio dell'Unione europea

Nuova linfa al dibattito costituzionale sulla condizionalità è sembrata venire dalla approvazione, nel dicembre 2020, da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, del regolamento che introduce un regime generale di condizionalità per la tutela del bilancio dell'Unione¹³⁴. Il regolamento prevede la possibilità di sospendere i finanziamenti europei ad uno Stato membro qualora siano accertate violazioni dei principi dello Stato di diritto che compromettano o rischino seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela dei suoi interessi finanziari. Si tratta, rispetto allo schema fino ad ora seguito, di una condizionalità di tipo punitivo.

¹³⁴ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

L'approvazione del regolamento¹³⁵ si colloca, infatti, al crocevia tra dinamiche politiche e aspetti più strettamente giuridici e riguarda una delle questioni più urgenti che l'Unione si trova ad affrontare: la presenza di Stati membri che ignorano o sfidano i valori fondamentali dell'UE, valori ai quali pure avevano aderito in sede di accesso all'Unione europea.

Si tratta di una questione estremamente delicata, che tocca corde sensibili relative alla natura stessa dell'Unione, alle relazioni tra l'Unione e gli Stati membri e alle tensioni costituzionali che, sebbene sempre presenti nella sua storia e inevitabili in un ordinamento composito, si sono esacerbate con il deteriorarsi delle relazioni con Polonia e Ungheria.

Sin dalle prime battute della crisi della *rule of law* in Polonia e Ungheria¹³⁶ l'Unione ha infatti cercato di adattare i meccanismi preesistenti o di adottare nuove misure capaci di far fronte a tale situazione, inedita nel panorama dell'integrazione¹³⁷.

Un compito non facile, che l'Unione ha dovuto esercitare muovendosi sulla linea rossa che divide la protezione dei valori fondamentali dell'UE da un lato e la sovranità e le identità nazionali degli Stati membri, dal-

¹³⁵ Sull'*iter* di adozione del regolamento sia consentito un rinvio a A. BARAGGIA-M. BONELLI, *Linking Money to Values: the new Rule of Law Conditionality Regulation and its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 23(2), 2022, p. 131 ss. Si vedano anche M. FISICARO, *Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values*, in *European Papers*, 4(3), 2019, p. 695 ss. e N. KIRST, *Rule of Law Conditionality: The Long-awaited Step Towards a Solution of the Rule of Law Crisis in the European Union?*, in *European Papers*, 6(1), 2021, p. 101 ss.

¹³⁶ A. ANGELI-A. DI GREGORIO-J. SAWICKI, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e Giustizia": ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCE online*, 31(3), 2017, p. 787 ss.; A. DI GREGORIO (con la collaborazione di A. ANGELI-J. SAWICKI), *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, in A. DI GREGORIO (a cura di), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Cedam-Wolters Kluwer, Padova, 2019, p. 365 ss.; I. SPADARO, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, in *Federalismi.it*, 14, 2021, p. 178 ss.

¹³⁷ In dottrina, sull'applicazione di tale regolamento cfr. S. GIANELLO, *Il Regolamento 2020/2092 alla prova concreta dei fatti: alcune indicazioni significative a partire dalla sua attivazione contro l'Ungheria*, in *DPCE online*, 52(2), 2022, p. 661 ss.

l'altro¹³⁸, trovandosi ad operare in un contesto in cui gli strumenti fino ad ora utilizzati – la procedura prevista dall'art. 7 TUE, quella di infrazione *ex art.* 258 TFUE e i meccanismi di dialogo politico e di *soft law* – si sono rivelati, ad oggi, poco efficaci.

Il regolamento in questione deve essere, dunque, contestualizzato in questo processo giuridico e politico, volto a trovare uno strumento legittimo – rientrante cioè nelle competenze conferite all'UE – per affrontare la crisi dello Stato di diritto che attraversa alcuni Stati membri e che potrebbe estendersi ad altri contesti nazionali.

A differenza della proposta originaria della Commissione europea del 2018¹³⁹, il meccanismo dello Stato di diritto disegnato dal regolamento sembra attentamente soppesare sia le possibili sfide costituzionali poste dall'introduzione di un regime di condizionalità così particolare sia i limiti per la sua attuazione.

Anche per questo motivo, l'ambito di applicazione del regolamento approvato è più ristretto rispetto a quello della proposta della Commissione, poiché esso circoscrive in maniera puntuale i settori in cui il meccanismo può essere attivato.

L'art. 2 del regolamento 2020/2092 fornisce, innanzitutto, una definizione ampia del concetto fondamentale di Stato di diritto, che comprende il principio di legalità, la certezza del diritto, il divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, la tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, la garanzia di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, la separazione dei poteri e il principio di non discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge.

Il successivo art. 3 dettaglia alcune situazioni che possono indicare l'esistenza di una violazione della *rule of law* e dunque portare all'attivazione del meccanismo: le minacce all'indipendenza della magistratura; l'omessa

¹³⁸ Sul rapporto tra identità nazionale e condizionalità, vedi M. BONINI, *La costruzione degli Stati Uniti d'Europa fra condizionalità, Stato di diritto e identità costituzionale* e S. GIANELLO, *Le sentenze C-156/21 e C-157/21: l'identità europea e la condizionalità secondo la Corte di giustizia*, entrambi in *Democrazia e sicurezza*, 2, 2022, rispettivamente pp. 11 ss. e 95 ss.

¹³⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, 2 maggio 2018, 2018/0136(COD).

prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche o il fatto di non garantire l'assenza di conflitti di interesse; la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive, la mancata esecuzione delle sentenze o la limitazione dell'efficacia delle indagini, della possibilità di esercitare l'azione penale o delle sanzioni per violazioni di legge.

Questo carattere circoscritto e così puntuale del testo del regolamento può essere visto come una sconfitta¹⁴⁰ da coloro che si aspettavano l'introduzione di un solido e ampio meccanismo per affrontare la crisi dello Stato di diritto, capace anche di estendersi a sanzionare violazioni dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri.

Tuttavia, come hanno dimostrato tanto la letteratura sulla condizionalità¹⁴¹ quanto le esperienze federali che si sono esaminate, per essere efficaci le condizioni devono essere chiare, precise, formalmente codificate e applicabili in fattispecie concrete e definite¹⁴².

Paradossalmente, dunque, mentre il collegamento del regolamento a quelle violazioni (e solo a quelle) dello Stato di diritto che si riverberano sul bilancio dell'Unione se per certi aspetti restringe l'ambito di applicazione della condizionalità in esame, in realtà tale limitazione si risolve in una caratteristica "positiva" che può rafforzare la legittimità del regime di condizionalità, senza ledere la sovranità degli Stati membri o il principio di attribuzione.

Anche l'*iter* di approvazione della disciplina in esame, che secondo parte della dottrina è caratterizzato da una indebita ingerenza del Consiglio europeo, dal punto di vista della teoria della condizionalità può essere considerato positivamente.

Ci si riferisce, in particolare, alle Conclusioni del Consiglio europeo dell'11 dicembre 2020, con le quali si è disposto il rinvio dell'applicazione del meccanismo dello Stato di diritto fino a quando la Corte di Giustizia non si fosse pronunciata in una procedura di annullamento sulla

¹⁴⁰ K.L. SCHEPPELE-L. PECH-S. PLATON, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *Verfassungsblog.de*, 13 dicembre 2020.

¹⁴¹ M. BLAUBERGER-V. VAN HÜLLEN, *Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?*, cit.

¹⁴² *Ibidem*.

validità del regolamento¹⁴³ e fino a quando la Commissione, a seguito del pronunciamento della Corte, non avesse disposto delle linee guida dettagliate per l'applicazione del meccanismo stesso.

Sia dal punto di vista politico che giuridico, in dottrina l'accordo raggiunto dal Consiglio è stato duramente contestato¹⁴⁴. La letteratura più critica si è concentrata principalmente sulla legalità delle conclusioni del Consiglio, sulle loro possibili implicazioni per l'equilibrio istituzionale nell'UE (evidenziando in particolare il fatto che il Consiglio avesse violato le prerogative della Commissione europea) e sul loro impatto negativo sull'effettività del meccanismo a tutela dello Stato di diritto¹⁴⁵.

Dal punto di vista invece sostanziale, se certamente la previsione del Consiglio ha costituito un intervento inopportuno dilatorio – anche se non giuridicamente vincolante – dell'applicazione del regime di condizionalità, dall'altro esso ha offerto alla Corte di Giustizia, che è sempre stata restia a pronunciarsi sulla legittimità di regimi di condizionalità, l'occasione di delineare una “*unconstitutional conditions doctrine*”.

Occasione che si è prevedibilmente presentata con i ricorsi di Polonia e Ungheria che hanno prontamente investito la Corte di Giustizia della questione di legittimità del regolamento in esame, attraverso due ricorsi in annullamento.

La Corte, come è noto, si è pronunciata il 16 febbraio 2022¹⁴⁶ e, in linea con le conclusioni dell'Avvocato Generale, ha confermato la legittimità del regolamento¹⁴⁷ sia dal punto di vista della sua base giuridica, sia rispetto al rapporto del regime di condizionalità con la procedura dell'art. 7 TUE.

¹⁴³ T. NGUYEN, *The EU's new rule of law mechanism – How it works and why the 'deal' did not weaken it*, Jacques Delors Centre – Policy Brief, 17 dicembre 2020.

¹⁴⁴ A. ALEMANNI-M. CHAMON, *To Save the Rule of Law you Must Apparently Break It*, in *Verfassungsblog.de*, 11 dicembre 2020.

¹⁴⁵ K.L. SCHEPPELE-L. PECH-S. PLATON, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, cit.; R. UITZ, *Funding Illiberal Democracy: The Case for Credible Budgetary Conditionality in the EU*, cit.

¹⁴⁶ CGUE, C-156/21 e C-157/21, 16 febbraio 2022.

¹⁴⁷ B. NASCIBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 2, 2022, p. 114 ss.; J. ALBERTI, *Adelante, presto, con juicio. Prime considerazioni sulle sentenze della Corte di giustizia che sanciscono la legittimità del "Regolamento condizionalità"*, in *Eurojus*, 2, 2022.

Le sentenze in oggetto meritano di essere approfondite perché con esse, per la prima volta, la Corte di Giustizia affronta in maniera sistematica il ruolo della condizionalità nell'ordinamento dell'Unione europea, giungendo anche a riconoscerne, a parer di chi scrive, la natura di strumento costituzionale a tutela dei valori fondamentali dell'UE¹⁴⁸.

4.1. *Le sentenze della Corte di Giustizia sulla rule of law conditionality*

Come anticipato, la Corte di Giustizia nelle cause C-156/21 e C-157/21 ha confermato la validità del regolamento, affermandone la compatibilità con i Trattati e il diritto dell'UE, aprendo così la strada all'adozione delle Linee Guida della Commissione, pubblicate nel marzo 2022 e rendendo altresì il meccanismo pienamente operativo¹⁴⁹.

Le due sentenze, simili ma non precisamente sovrapponibili, possono essere lette seguendo due percorsi diversi ma fra loro intrecciati: da un lato, la risposta precisa – quasi meticolosa – alle singole denunce dei ricorrenti (9 da parte dell'Ungheria e 11 da parte della Polonia) e, dall'altro, le implicazioni più generali della natura costituzionale del regime di condizionalità per le violazioni dello Stato di diritto.

L'insolita struttura delle sentenze si riverbera, anche da un punto di vista argomentativo, in una sorta di alternanza tra affermazioni sui valori dell'Unione, sui concetti di identità (identità UE e identità degli Stati membri), solidarietà e fiducia reciproca e *dichiarazioni limitanti*, che sembrano riconoscere le tensioni tra l'UE e gli Stati membri e i limiti intrinseci degli strumenti utilizzati per risolvere tali tensioni alla luce del principio di conferimento.

La Corte di Giustizia fornisce un'istantanea perfetta dello stato attuale delle relazioni tra l'UE e i suoi Stati membri, delle sfide che il sistema

¹⁴⁸ Come riconosce anche l'AG nelle sue Conclusioni, par. 115: «La presente causa e la causa C-157/21 offrono alla Corte l'opportunità di sviluppare la propria giurisprudenza sulla condizionalità finanziaria, estendendola ad uno strumento con il quale le sue istituzioni, al fine di tutelare il bilancio dell'Unione, incentivano il rispetto, da parte degli Stati membri, del valore dello Stato di diritto sancito all'articolo 2 TUE».

¹⁴⁹ Comunicazione della Commissione, C(2022) 1382 Final, Orientamenti sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la tutela del bilancio dell'Unione, Bruxelles, 2 marzo 2022.

dell'UE deve affrontare dopo l'adesione di nuovi membri e, in generale, della natura dell'UE stessa.

Allo stesso tempo, tuttavia, la Corte si spinge oltre: basandosi sulla sua precedente giurisprudenza sui principi dell'UE e sull'indipendenza della magistratura (caso dei giudici portoghesi¹⁵⁰; *Repubblika*¹⁵¹; LM¹⁵²) e sulla base del testo del regolamento, i giudici di Lussemburgo hanno colto l'occasione per promuovere una comprensione sistemica e normativa dei valori dell'UE di cui all'art. 2 TUE, introducendo il concetto di *identità* dell'Unione e stabilendo così un solido precedente per la protezione dei valori europei nei confronti degli Stati membri che li contestino deliberatamente.

4.2. *Motivi dell'Ungheria e della Polonia e conclusioni dell'Avvocato Generale*

Alla luce del contesto politico e giuridico sopra delineato, i ricorsi di Polonia e Ungheria avverso il regolamento in questione erano ampiamente attesi.

Essi riguardavano diversi aspetti inerenti alla legittimità del regolamento; ad uno sguardo d'insieme, tuttavia, tali ricorsi possono essere considerati come un'espressione di rivendicazioni di natura federale tra diversi livelli di governo¹⁵³.

Il primo motivo verteva sulla scelta della base giuridica del regolamento, vale a dire l'art. 322 TFUE, che, secondo Polonia e Ungheria, «non autorizzerebbe l'Unione a definire i casi in cui lo Stato di diritto è violato né a stabilire gli elementi costitutivi della nozione di 'Stato di diritto'»¹⁵⁴.

¹⁵⁰ *Associação Sindical Dos Juizes Portugueses* (C-64/16) ECLI:UE:C:2018:117.

¹⁵¹ *Repubblika Ceca* (C-896/19), ECLI:EU:C:2021:311.

¹⁵² *PPU LM*, C-216/18 ECLI:EU:C:2018:586.

¹⁵³ P. POHJANKOSKI, *The Unveiling of EU's Constitutional Identity: Judgments in C-156/21, Hungary v. Parliament and Council and C-157/21, Poland v. Parliament and Council*, in *EU Law Live*, Weekend edition, 91, p. 3 ss. Si veda anche J. ALBERTI, *Ade-lante, presto, con Juicio. Prime considerazioni sulle sentenze della Corte di Giustizia che sanciscono la legittimità del "Regolamento condizionalità"*, cit., p. 25 ss.

¹⁵⁴ *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* (C-156/21) ECLI:UE:C:2021:974, par. 74.

A conseguenza di ciò, affermavano le ricorrenti, l'art. 322 TFUE non «costituirebbe una base giuridica che consenta di esaminare o di accertare violazioni dei principi dello Stato di diritto o di prevedere le conseguenze giuridiche riferibili a simili violazioni, poiché norme del genere non potrebbero essere considerate oggettivamente come regole finanziarie che stabiliscono le modalità relative all'esecuzione del bilancio»¹⁵⁵.

Nell'ambito del secondo motivo di doglianza, Ungheria e Polonia sostenevano che il regolamento violasse gli artt. 7 TUE, 269 TFUE e 13, paragrafo 2 del TUE. Con riferimento in particolare all'art. 7 TUE, i ricorrenti sostenevano che il regolamento sulla condizionalità fosse invalido in quanto istituiva una procedura parallela all'art. 7 ma avente il medesimo scopo (ovverosia prevenire violazioni dello Stato di diritto attraverso l'imposizione di sanzioni).

Inoltre, sia Ungheria che Polonia sostenevano che il regolamento violasse il principio della certezza del diritto e la sola Polonia sosteneva altresì che il regolamento violasse il protocollo n. 2 sul principio di sussidiarietà, il principio di uguaglianza e di rispetto dell'identità nazionale (art. 4, paragrafo 2 del TUE) nonché il principio di proporzionalità.

Prima di analizzare, per i profili che in questa sede maggiormente rilevano, le sentenze della Corte di Giustizia, sembra utile considerare anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale Sánchez-Bordona del 2 dicembre 2021, nelle quali vengono perfettamente delineate le questioni centrali relative alla condizionalità poste dal regolamento, che si colloca «a cavallo tra la condizionalità finanziaria e la garanzia dello Stato di diritto»¹⁵⁶.

Nel sottolineare l'equilibrato bilanciamento su cui poggia tale normativa, l'AG ha analizzato la procedura legislativa utilizzata per adottare il regolamento e i meccanismi già esistenti di condizionalità finanziaria nell'UE¹⁵⁷.

In merito al primo profilo, Sánchez-Bordona sottolinea che la ridefinizione degli ambiti di applicazione del meccanismo rispetto alla proposta più estensiva della Commissione «ha fatto sì che il testo finale del re-

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona nella causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:UE:C:2021:974 del Consiglio C:2021:974 e nella causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio* ECLI:EU:C:2021:975, par. 4.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

golamento 2020/2092 diventasse uno strumento di condizionalità finanziaria, nel quadro del quale la salvaguardia dello Stato di diritto opera come condizione orizzontale che gli Stati sono tenuti a rispettare in sede di esecuzione del bilancio»¹⁵⁸.

In merito, invece, al secondo profilo, l'AG inquadra il regolamento in questione nel più ampio contesto della tendenza a utilizzare i poteri di spesa dell'Unione e la condizionalità in particolare, per raggiungere un'ampia gamma di obiettivi in diversi ambiti.

Dopo aver utilmente esaminato le diverse applicazioni della condizionalità nel contesto dell'Unione, Sánchez-Bordona ne sottolinea la logica comune: «l'idoneità al pagamento a carico del bilancio dell'Unione è subordinata al rispetto di taluni requisiti orizzontali, distinti e supplementari rispetto a quelli previsti direttamente dal fondo europeo al quale è imputato il pagamento»¹⁵⁹.

L'AG riconosce, inoltre, un aspetto importantissimo per una lettura "costituzionale" della condizionalità, ovvero il fatto che la sua applicazione possa alterare le relazioni tra l'Unione e gli Stati membri: la condizionalità funziona, infatti, come uno strumento centripeto, espandendo l'influenza dell'UE anche in ambiti che cadono al di fuori delle competenze attribuite, al fine di garantire che gli Stati membri rispettino i valori dell'UE.

Questo profilo, in apparenza problematico, ma come si è visto, comune ai regimi di costituzionalità in contesti multilivello, è anche alla base di uno degli argomenti più innovativi di rilevanza costituzionale avanzati dall'AG: il legame tra condizionalità, solidarietà e responsabilità. Come sostiene l'AG, «l'Unione trasferisce risorse del suo bilancio agli Stati membri a condizione che siano spese in modo responsabile, il che implica che ciò sia fatto in accordo con i valori dell'Unione, come quello dello Stato di diritto. Solo se l'esecuzione del bilancio rispetta i valori dell'Unione vi sarà la sufficiente fiducia reciproca tra gli Stati membri nel momento in cui all'Unione stessa vengono forniti i mezzi finanziari indispensabili per raggiungere i suoi obiettivi»¹⁶⁰.

Aderendo al ragionamento di Sánchez-Bordona, la Corte ha respinto

¹⁵⁸ *Ivi*, par. 135.

¹⁵⁹ *Ivi*, par. 108.

¹⁶⁰ *Ivi*, par. 110.

tutti gli argomenti addotti da Ungheria e Polonia, pronunciando una decisione di grande rilevanza costituzionale tanto se vista alla luce della teorizzazione della condizionalità, quanto per il futuro degli sviluppi costituzionali dell'Unione.

4.3. *Il perimetro costituzionale delle decisioni: limiti di competenza dell'Unione europea nei confronti degli Stati membri*

Come già accennato, uno dei motivi di ricorso addotti da Polonia e Ungheria riguardava la legittimità della scelta della base giuridica del regolamento, vale a dire l'art. 322 TFUE.

Gran parte delle tensioni sorte in merito alla crisi dello Stato di diritto nell'Unione ha avuto come teatro proprio il dibattito circa i limiti delle competenze dell'Unione, il rispetto della sovranità nazionale e dell'identità nazionale.

Non sorprende, dunque, che una delle affermazioni più solide avanzate dall'Ungheria e dalla Polonia riguardasse proprio la questione della base giuridica del regolamento.

Come già accennato, il regolamento, che stabilisce le norme necessarie per tutelare il bilancio dell'Unione in caso di violazione dei principi dello Stato di diritto negli Stati membri, si fonda sull'art. 322 TFUE. Quest'ultimo prevede che il Parlamento europeo e il Consiglio adottino, mediante regolamenti, le regole finanziarie che determinano, in particolare, la procedura da seguire per la formazione e l'esecuzione del bilancio, nonché per il rendiconto e la verifica dei conti. La disposizione del TFUE prevede inoltre il controllo della responsabilità degli agenti finanziari, in particolare degli ordinatori e dei contabili.

Per valutare l'adeguatezza della base giuridica, secondo la Corte, è opportuno considerare diversi fattori, tra cui lo scopo e il contenuto della misura e il quadro giuridico in cui si colloca il nuovo meccanismo. Sul punto, secondo Ungheria e Polonia «l'obiettivo ultimo di tale regolamento è consentire alla Commissione e al Consiglio di esaminare se i principi dello Stato di diritto siano rispettati dagli Stati membri e, in caso di violazioni di tali principi, di imporre sanzioni attraverso il bilancio dell'Unione»¹⁶¹.

¹⁶¹ *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* (C-156/21), cit., par. 109.

In altre parole, la questione in gioco può essere sintetizzata nella contrapposta visione del meccanismo in esame quale strumento volto a proteggere il bilancio dell'Unione da una violazione dello Stato di diritto che possa ledere il sano interesse finanziario dell'UE, o piuttosto finalizzato a proteggere e sanzionare le violazioni dello Stato di diritto attraverso il bilancio dell'UE.

Per affrontare tali questioni, la Corte fornisce una lettura “sistemica” degli articoli relativi al bilancio e agli interessi finanziari dell'UE, segnatamente gli artt. 310, 315, 316 e 317 TFUE in combinato disposto con l'art. 322 TFUE: quest'ultimo deve essere interpretato nel senso di garantire il principio della sana gestione finanziaria, anche da parte degli Stati membri nell'esecuzione del bilancio dell'Unione¹⁶².

Proprio la tutela della sana gestione finanziaria diviene quindi precisamente l'obiettivo del regolamento in questione, il quale, come la Corte ripete a più riprese, mira a «tutelare il bilancio dell'Unione in caso di violazione dei principi dello Stato di diritto negli Stati membri» in modo sufficientemente diretto, e non a sanzionare le suddette violazioni in quanto tali, qualunque sia la loro gravità¹⁶³.

Analizzando il regolamento, la Corte afferma che «i tipi di misure che possono essere adottate, i criteri relativi alla scelta e alla portata delle stesse e le condizioni per l'adozione e la revoca di dette misure, in quanto si ricollegano tutti a un pregiudizio o a un rischio serio di pregiudizio per la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, avvalorano la constatazione secondo cui il regolamento impugnato ha la finalità di proteggere il bilancio dell'Unione nel corso della sua esecuzione»¹⁶⁴.

In definitiva, la Corte riconosce che il rispetto dello Stato di diritto è un presupposto essenziale per una sana gestione finanziaria. Tuttavia, possono essere sanzionate solo le violazioni dello Stato di diritto che arrecano *pregiudizio in modo sufficientemente diretto* agli interessi dell'Unione.

¹⁶² *Polonia c. Parlamento e Consiglio* (C-157/21), cit., par. 119; *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* (C-156/21), cit., par. 105.

¹⁶³ *Polonia c. Parlamento e Consiglio* (C-157/21), cit., par. 124; *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* (C-156/21), cit., par. 110.

¹⁶⁴ *Polonia c. Parlamento e Consiglio* (C-157/21), cit., par. 128.

Come già detto, però, questo legame inscindibile tra violazioni dello Stato di diritto e danni al bilancio dell'UE, da un lato, indebolisce e restringe la portata del meccanismo di condizionalità; dall'altro, si ritiene che sia proprio tale requisito a legittimare il meccanismo, consentendo ad esso di rientrare nel perimetro delle competenze dell'Unione europea.

In effetti, l'UE può agire per proteggere i valori dell'art. 2 TUE, ma può farlo solo sulla base di quelle disposizioni dei Trattati che le conferiscono la competenza a intraprendere tale azione.

Quello che però, anche alla luce di tale affermazione, resta da considerare è, come sostenuto dall'Ungheria e dalla Polonia nelle loro azioni, la legittimità di un regime di *condizionalità orizzontale*, ovvero sia di una condizionalità legata al valore dello Stato di diritto in generale e non invece strettamente connessa agli obiettivi di un programma specifico, a un'azione dell'UE o alla sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione.

Il legame tra la natura delle condizioni e lo scopo di un determinato programma è un requisito per la legalità degli schemi di condizionalità, requisito già ampiamente riconosciuto negli studi federali sulla condizionalità, e, come si è visto nel Capitolo secondo, elaborato nella cosiddetta «dottrina delle condizioni incostituzionali»¹⁶⁵ da parte della Corte Suprema americana. Alla luce di tale dottrina, che risulta ad oggi essere la più compiuta formulazione dei limiti ai regimi di condizionalità, uno standard per valutare la legittimità di uno schema di condizionalità è precisamente il legame tra la natura della condizione e lo specifico programma finanziario federale.

La Corte di Giustizia sembra, invece, imboccare una strada diversa: essa infatti riconosce la legittimità di tale *condizionalità orizzontale*, quando afferma che le condizioni in gioco possono essere collegate al valore dello Stato di diritto di cui all'art. 2 TUE, il quale deve essere rispettato in tutti i settori di azione dell'Unione. Come sostiene la Corte, basandosi sul tenore letterale del regolamento, la nozione di Stato di diritto, come definita ai fini dell'applicazione di detto regolamento, «è da intendersi alla luce degli altri valori e principi dell'Unione sanciti nell'articolo 2 TUE. Ne consegue che il rispetto di tali valori e di tali principi – in quanto par-

¹⁶⁵ *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, cit.

tecipi della definizione stessa del valore dello ‘Stato di diritto’ contenuto nell’articolo 2 TUE o, come emerge dalla seconda frase di tale articolo, intimamente collegati a una società rispettosa dello Stato di diritto – può essere richiesto nell’ambito di un meccanismo di condizionalità orizzontale come quello istituito dal regolamento impugnato»¹⁶⁶.

Questa ampia dichiarazione, se vista al di là del contesto del regolamento in questione, è di estrema importanza per il futuro sviluppo dell’UE, in quanto potrebbe aprire la strada all’adozione di nuove forme di condizionalità – aventi base giuridica in una norma di diritto primario – per proteggere anche gli altri valori *ex art. 2 TUE*, che devono essere considerati nel loro insieme in quanto costituiscono il fondamento dell’ordinamento giuridico dell’UE e «definiscono l’identità stessa dell’Unione quale ordinamento giuridico comune»¹⁶⁷.

Infine, è proprio nel delicato passaggio volto a giustificare un regime di condizionalità orizzontale che la Corte apre una *parentesi* costituzionale sulla natura dell’Unione, sulla sua identità e sui suoi valori fondanti, che merita di essere attentamente approfondita.

4.4. *La rilevanza costituzionale della condizionalità: il tema dell’identità europea*

Da un punto di vista costituzionale, la decisione del 16 febbraio 2022 può rappresentare un «momento costituzionale»¹⁶⁸ per l’UE. La Corte di Giustizia ha, infatti, inaugurato, dopo un processo incrementale¹⁶⁹, una nuova fase costituzionale delle relazioni tra l’Unione e gli Stati membri, da un lato attraverso il riferimento all’identità dell’Unione europea come ordinamento giuridico comune, e, dall’altro, attraverso il riconoscimento

¹⁶⁶ *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* (C-156/21), par. 136.

¹⁶⁷ *Ivi*, par. 127.

¹⁶⁸ B. ACKERMAN, *We the People*, vol. 2, *Transformations*, cit.

¹⁶⁹ A. VON BOGDANDY-P. BOGDANOWICZ-I. CANOR-G. RUGGE-M. SCHMIDT-M. TABOROWSKI, *A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law: The Importance of Red Lines*, in A. VON BOGDANDY-P. BOGDANOWICZ-I. CANOR-C. GRABENWARTER-M. TABOROWSKI-M. SCHMIDT (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer, Berlino, 2021, p. 385 ss.

della natura normativa dei valori dell'art. 2 TUE, che «sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri»¹⁷⁰.

In particolare, afferma la Corte, «il rispetto dei principi dello Stato di diritto costituisce un obbligo di risultato da raggiungere da parte degli Stati membri, che deriva direttamente [...] dalla loro appartenenza all'Unione europea»¹⁷¹.

Parlando di obbligo di risultato, la Corte sembra applicare allo Stato di diritto il linguaggio delle direttive: si tratta di una scelta deliberata¹⁷² che la Corte ha già fatto, ma solo in riferimento all'art. 19 TUE in alcuni casi riguardanti il rispetto dello Stato di diritto¹⁷³.

Mai si era spinta a utilizzare tale terminologia in riferimento all'art. 2 TUE. Questa netta attribuzione di valore normativo dell'art. 2 TUE ha, peraltro, vaste implicazioni che vanno al di là dello Stato di diritto, dato che potrebbe anche riguardare principi che esulano dai valori dell'art. 2 TUE, come quello di non discriminazione e di uguaglianza. I giudici di Lussemburgo sul punto precisano: «sebbene l'articolo 2 TUE faccia riferimento separatamente allo Stato di diritto quale valore comune agli Stati membri e al principio di non discriminazione, è evidente che uno Stato membro la cui società è caratterizzata da discriminazione non può essere considerato come garante del rispetto dello Stato di diritto, ai sensi di tale valore comune»¹⁷⁴.

Il riconoscimento dell'applicabilità dei valori dell'art. 2 TUE porta quindi la Corte a definire la natura, le caratteristiche strutturali e la ragione ultima per cui l'Unione si erge, in particolare suonando le delicate corde del concetto di identità.

¹⁷⁰ *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* (C-156/21), par. 232.

¹⁷¹ *Polonia c. Parlamento e Consiglio* (C-157/21) par. 169; *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* (C-156/21), par. 231.

¹⁷² Si veda J. ALBERTI, *Adelante, presto, con juicio. Prime considerazioni sulle sentenze della Corte di Giustizia che sanciscono la legittimità del "Regolamento condizionalità"*, cit.

¹⁷³ Si vedano C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 e C397/19 ECLI:EU:C:2021:393 relative alla Romania e C-487/19 ECLI:EU:C:2021:798 relativa alla Polonia.

¹⁷⁴ *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* (C-156/21), par. 229.

Secondo la Corte, i valori sanciti dall'art. 2 TUE sono «parte integrante dell'identità stessa dell'Unione europea in quanto ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione europea deve essere in grado di difendere tali valori, nei limiti delle sue competenze previste dai trattati»¹⁷⁵.

Queste considerazioni sull'identità europea, anche se stimolate dalle rivendicazioni ungheresi e polacche sulla violazione delle identità nazionali, non erano strettamente necessarie per la risoluzione del caso, che avrebbe potuto essere deciso in base ai tipici motivi federali della divisione delle competenze.

Si ritiene che la Corte di Giustizia europea abbia pertanto deliberatamente deciso di adottare un registro costituzionale – il più alto – in un momento specifico segnato da una certa fatica del processo di integrazione, tanto rispetto agli Stati membri, quanto rispetto alle prospettive di adesioni future. Per questo motivo, i paragrafi sull'identità dell'UE – sebbene limitati nello spazio – hanno diverse implicazioni costituzionali, come hanno già notato i primi commentatori delle decisioni¹⁷⁶, anche in relazione al tema della condizionalità.

La concettualizzazione dell'identità europea è posta in tensione con le identità nazionali così che, in caso di conflitto, l'identità europea non potrà essere contraddetta o negata dalle identità nazionali. Come è stato sostenuto, alla luce di questa giurisprudenza, non c'è spazio per identità che siano incostituzionali alla luce dei valori dell'UE¹⁷⁷.

¹⁷⁵ *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* (C-156/21), par. 127; *Polonia c. Parlamento e Consiglio* (C-157/21), par. 145.

¹⁷⁶ P. POHJANKOSKI, *The Unveiling of EU's Constitutional Identity: Judgments in C-156/21, Hungary v. Parliament and Council and C-157/21, Poland v. Parliament and Council*, cit.; N. KIRST, *Rule of Law Conditionality before the Court: A Judgement of Constitutional Nature*, in *EU Law Live*, Weekend edition, 91, 2022, p. 7 ss. Cfr. M. BONELLI, *Constitutional Language and Constitutional Limits: The Court of Justice Dismisses the Challenges to the Budgetary Conditionality Regulation*, in *European Papers*, 7(2), 2022, p. 507 ss.

¹⁷⁷ P. FARAGUNA-T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *Verfassungsblog.de*, 21 febbraio 2022; P. FARAGUNA, *Identità costituzionale e diritto internazionale generale*, in G. PUMA (a cura di), *Diritto internazionale e sistema delle fonti. Tra modello accentratore e modello diffuso del controllo di costituzionalità*, Cacucci, Bari, 2020, p. 39 ss.

Questo si ricava da quei passaggi in cui la Corte rintraccia il fondamento dell'Unione proprio nell'adesione libera degli Stati al progetto europeo: «pur disponendo di identità nazionali distinte, insite nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono a una nozione di 'Stato di diritto' che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo»¹⁷⁸.

Altrettanto meritevoli di approfondite riflessioni, sono, infine, le considerazioni circa il principio di solidarietà: principio fondamentale che trova concretizzazione anche grazie all'impegno finanziario dell'Unione e la cui attuazione si basa sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri, a sua volta alimentata dal comune rispetto dei valori fondamentali, tra cui lo Stato di diritto.

In questo intreccio, il regime di condizionalità introdotto dal regolamento diviene dunque strumento capace di raccordare solidarietà e responsabilità, ma anche mezzo efficace di ricomposizione delle rotture e di gestione dei conflitti in un sistema costituzionale composito, come quello europeo, sempre però – come ricorda cautamente la Corte – nei limiti delle attribuzioni previste dai Trattati (par. 145 C-157/21 e par. 127 C-156/21).

La condizionalità viene consacrata, in conclusione, come strumento di natura costituzionale che si aggiunge – senza eluderli – ad altri strumenti a disposizione delle istituzioni europee per la tutela dei valori fondamentali, tra cui i ricordati art. 19 TUE, art. 47 della Carta dei diritti fondamentali e ovviamente art. 7 TUE.

4.5. *L'applicazione della condizionalità dello Stato di diritto*

Le vicende circa la legittimità del regime di condizionalità relativo allo Stato di diritto si sono da subito intrecciate con i drammatici eventi legati alla guerra in Ucraina, per almeno due ordini di ragioni.

Da un lato, a seguito dell'aggressione russa, la prospettiva di un acces-

¹⁷⁸ *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* (C-156/21), par. 234; *Polonia c. Parlamento e Consiglio* (C-157/21), par. 266.

so dell'Ucraina all'Unione si è fatta sempre più concreta, fino alla formalizzazione della candidatura di Ucraina e Moldova.

Dall'altro gli eventi ucraini hanno contribuito a rompere il fronte di Visegrad, con particolare riferimento alla posizione di Ungheria e Polonia. Mentre, infatti, quest'ultima si è fin da subito presentata come importante baluardo dell'Unione a est, svolgendo un prezioso ruolo in tema di accoglienza dei rifugiati ucraini, la prima ha mantenuto una posizione più ambigua nei confronti della Russia.

In riferimento a quest'ultimo profilo, la diversa posizione di Ungheria e Polonia rispetto alla Russia può essere vista con un certo favore pragmatico, laddove ciò sia in grado di spezzare quell'alleanza tra Paesi che stanno sperimentando una fase di decadimento democratico¹⁷⁹ e che fino ad ora hanno fatto da scudo e da linea di resistenza comuni rispetto all'attivazione di meccanismi sanzionatori di violazioni dello Stato di diritto.

Non solo. La diversa posizione di Polonia e Ungheria avrà ripercussioni anche sull'attivazione del meccanismo di condizionalità. Non a caso, infatti, la Commissione ha avviato la procedura per giungere alla sospensione dei fondi nei confronti dell'Ungheria, mentre in riferimento alla Polonia ha addirittura approvato il *Recovery Plan*, pur inserendo delle *milestones* per verificare i progressi nella tutela dello Stato di diritto.

Nel caso ungherese, invece, la Commissione, dopo aver notificato il 27 aprile 2022 l'avvio della procedura prevista dal regolamento condizionalità, ha iniziato un *iter* di scambio di informazioni con l'Ungheria che si è protratto fino a metà settembre e che ha portato alla presentazione di una proposta di decisione del Consiglio il 18 settembre 2022.

La Commissione ha considerato, infatti, i problemi individuati e ripetutamente notificati all'Ungheria permanenti e in grado di costituire vio-

¹⁷⁹ I casi di Ungheria e Polonia sono da tempo oggetto di studio alla luce delle teorie del decadimento democratico che cercano di identificare i caratteri di queste esperienze costituzionali che si allontanano dal modello delle democrazie liberali. Esse sono state variamente definite come democrazie illiberali, legalismi autocratici, nuove autocrazie, regimi ibridi. Per una approfondita analisi della terminologia utilizzata dalla dottrina si rimanda a T.G. DALY, *Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, 2019, p. 9 ss. Sul concetto di legalismo autocratico si veda in particolare K.L. SCHEPPELE, *Autocratic Legalism*, in *University of Chicago Law Review*, 85(2), 2018, p. 545 ss.

lazioni sistematiche dei principi dello Stato di diritto, in particolare dei principi di certezza del diritto e del divieto di arbitrarietà del potere esecutivo.

Con tale proposta la Commissione chiedeva, dunque, al Consiglio di approvare la sospensione del 65% di tre fondi operativi per il periodo 2021-2027, finanziati dallo *European Regional Development Fund* (ERDF), dal *Cohesion Fund* (CF), dal *Just Transition Fund* (JTF) e dall'*European Social Fund Plus* (ESF+). La Commissione ha inoltre trasmesso al Consiglio le riforme¹⁸⁰ che il governo ungherese si è impegnato ad affrontare, in particolare in materia di lotta alla corruzione, per evitare la sospensione di tali fondi.

Il Consiglio si è pronunciato sulla decisione di sospendere i finanziamenti, anche alla luce delle riforme nel frattempo approvate dal governo ungherese, il 12 dicembre 2022. Constatando che le misure correttive adottate risultavano inadeguate ad affrontare le violazioni dei principi dello Stato di diritto individuate dalla Commissione nella sua proposta, il Consiglio ha ritenuto che il conseguente rischio per il bilancio dell'Unione fosse elevato. Tuttavia, alla luce del numero e dell'importanza delle misure correttive attuate in modo soddisfacente dall'Ungheria e tenuto conto principi di cooperazione, il Consiglio ha ridotto la sospensione di fondi al 55% (e non al 65%, come proposto dalla Commissione) degli impegni dei programmi interessati, per un totale di 6,3 miliardi di euro.

Intanto, però, parallelamente alla partita sulla condizionalità, si è giocata anche quella relativa all'approvazione del *Recovery Plan* ungherese.

Tale approvazione non era incompatibile con la contestuale attivazione del regolamento condizionalità che, applicandosi solo ai fondi già in essere, non avrebbe potuto bloccare l'adozione del piano.

Ovviamente su una simile decisione non può che pesare una incongruenza¹⁸¹ di fondo: da un lato si propone la sospensione dei fondi per

¹⁸⁰ Per un'analisi delle riforme proposte, si veda K.L. SCHEPPELE-G. MÉSZÁROS, *Trusting Hungary with Billions of Euros: Still a Big Risk (Hungary's Anti-Corruption Program, Part IV)*, in *Verfassungsblog.de*, 18 novembre 2022.

¹⁸¹ Si tratta di una incongruenza ampiamente rilevata in dottrina: K.L. SCHEPPELE, J. MORIJN, *Are Hungary's EU Funds Being Cut (or Not)? Funding Confusions, Separate Tracks and What May Lie Ahead*, in *Verfassungsblog.de*, 14 novembre 2022.

violazioni dello Stato di diritto e dall'altro si dà il via libera a nuove erogazioni (ancorché condizionate). In questo complesso contesto, dunque, i destini del *Recovery Plan* e del regolamento sulla condizionalità appaiono di fatto intrecciati. Tale intersezione emerge se si considera che, ai fini dell'approvazione del *Recovery Plan* e dell'esborso della prima parte dei fondi previsti dallo stesso, la Commissione ha recentemente posto nei confronti dell'Ungheria, come condizione preliminare, il raggiungimento di 27 *milestones*: 21 di queste rispecchiano le 17 *milestones* richieste dalla Commissione in applicazione del regolamento condizionalità, 4 riguardano l'indipendenza del giudiziario e 2 sono collegate al sistema di *audit* e di controllo.

Se il destino ungherese è quindi segnato da questo continuo scambio con le istituzioni europee, sia rispetto alla *rule of law* che al *NextGenEU*, l'apertura della Commissione nei confronti della Polonia, con l'approvazione senza intoppi del *Recovery Plan*, è stata aspramente criticata in dottrina¹⁸²; quest'ultima ha sottolineato la scarsa volontà della Commissione di opporsi con fermezza agli ordinamenti di Ungheria e Polonia¹⁸³ che sembrano sfidare i valori fondamentali su cui l'Unione si fonda e che vedono però le istituzioni europee piuttosto inerti¹⁸⁴.

Tuttavia, chi scrive ritiene che, per ragioni di natura politica, in particolare alla luce del ruolo svolto dalla Polonia nella crisi ucraina, la Commissione abbia cercato di instaurare l'ennesimo processo dialogico con le autorità polacche nella speranza di ottenere qualche risultato – anche parziale e graduale – nella lotta alla crisi della *rule of law*, evitando così di esacerbare tensioni già presenti all'interno dell'Unione.

Giova anche ricordare che, mentre nel caso ungherese l'attivazione del meccanismo di condizionalità – ovvero la dimostrazione di un *link* diretto tra la violazione della *rule of law* e il danno al bilancio dell'Unione –

¹⁸² L. PECH, *Covering Up and Rewarding the Destruction of the Rule of Law One Milestone at a Time*, in *Verfassungsblog.de*, 21 giugno 2022.

¹⁸³ R.D. KELEMEN, *Appeasement, ad infinitum*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 29(2), 2022, p. 177 ss.

¹⁸⁴ Da ultimo, M. DE BELLIS, *I compromessi della Commissione nella difesa della rule of law: l'approvazione del piano di ripresa della Polonia*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2022, p. 927 ss.

appare meno problematico per via dei problemi di corruzione che affliggono il sistema, nel caso polacco, con riferimento alle riforme giudiziarie, la dimostrazione della sussistenza di un legame diretto con gli interessi finanziari dell'Unione è piuttosto ardua da giustificare.

La strada di attuazione del regolamento condizionalità nel caso polacco non solo, dunque, è politicamente poco plausibile nel breve periodo, ma è anche giuridicamente più difficile da portare a compimento con successo.

Per quanto riguarda, infine, il tema di un nuovo processo di allargamento dell'Unione che sembra essersi aperto con le candidature di Ucraina e Moldova e con il fronte dei Balcani occidentali ancora in evoluzione, le sentenze in materia di condizionalità non potevano essere più tempestive: le problematiche emerse a seguito dell'allargamento nei Paesi dell'Est Europa degli anni 2000 suonano infatti come un monito, che ci ricorda che «conformemente all'articolo 49 TUE, il rispetto di tali valori costituisce una condizione preliminare per l'adesione all'Unione di qualsiasi Stato europeo che chieda di diventare membro dell'Unione¹⁸⁵» e che «il rispetto di tali valori non può essere ridotto a un obbligo cui uno Stato candidato è tenuto al fine di aderire all'Unione e dal quale potrebbe sottrarsi in seguito alla sua adesione¹⁸⁶».

Un monito che, alla luce dei prossimi sviluppi nel processo di integrazione, non può che costituire un principio guida per definire i tratti distintivi dello spazio costituzionale europeo che verrà e per un rinnovato ruolo costituzionale della condizionalità anche nel processo di adesione.

In definitiva, le più recenti vicende dell'utilizzo della condizionalità suggeriscono come essa sia destinata a svolgere un ruolo sempre più importante nell'architettura dell'UE in futuro. In questo senso, vale la pena sottolineare che il regolamento sulla *rule of law conditionality* si applica non solo ai fondi comunitari "tradizionali", come nella proposta originaria della Commissione, ma anche ai nuovi fondi del *NextGenEU*, a loro volta caratterizzati da un articolato regime di condizionalità, come si mostrerà nei paragrafi a seguire.

¹⁸⁵ C-157/21, par. 142; C-156/21, par. 124.

¹⁸⁶ C-157/21, par. 144; C-156/21, par. 126.

5. *Le ultime frontiere della condizionalità: il NextGenEU*

Sebbene, dal punto di vista degli studi sulla condizionalità, il meccanismo a protezione dello Stato di diritto abbia catalizzato l'attenzione della dottrina, contestualmente ad esso veniva approvato il *NextGenEU*, che, come noto, è un programma (temporaneo) di rilancio dell'economia degli Stati membri all'indomani della crisi pandemica, dal valore di 750 miliardi di euro.

Come anticipato, il principale programma di finanziamento previsto dal *NextGenEU* è il *Recovery and Resilience Facility*¹⁸⁷ che dispone l'erogazione di sovvenzioni e prestiti a sostegno di riforme e investimenti negli Stati membri per un valore complessivo di 672,5 miliardi di euro, di cui 312,5 miliardi di euro sono forniti sotto forma di sovvenzioni a fondo perduto, mentre 360 miliardi di euro sono erogati sotto forma di prestiti dell'Unione ai singoli Stati membri.

Tale meccanismo prevede che gli Stati membri richiedenti assistenza debbano predisporre una serie di riforme ordinamentali e di investimenti, alla luce dei Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza, i quali devono essere presentati alla Commissione e infine approvati dal Consiglio.

I PNRR devono, inoltre, essere in linea con le raccomandazioni specifiche per Paese nell'ambito del Semestre europeo¹⁸⁸: il RRF si intreccia dunque con i meccanismi e i vincoli più generali della *governance* economica europea¹⁸⁹.

Per il profilo che qui rileva, inoltre il *Recovery Fund* è costruito intorno ad un sistema di condizionalità sia *ex ante*, ovverosia rispetto alla fase di predisposizione dei Piani Nazionali, sia *in itinere*, ovverosia rispetto al-

¹⁸⁷ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, cit.

¹⁸⁸ Country Specific Recommendation, https://commission.europa.eu/publications/2022-european-semester-country-specific-recommendations-commission-recommendations_en.

¹⁸⁹ Valuta criticamente questo intreccio A. SOMMA, *L'Europa tra momento hamiltoniano e momento Polanyi*, in *Nomos*, 1, 2021, p. 3, secondo il quale si tratterebbe di un «meccanismo se possibile più insidioso del Mes, dal momento che l'utilizzo delle sue risorse è condizionato al rispetto di quanto stabilito di anno in anno in sede di Semestre europeo: la procedura di norma utilizzata per imporre la redazione di leggi di bilancio pensate per il raggiungimento dell'obiettivo di medio termine».

l'attuazione delle misure previste nei Piani stessi. Si tratta di un intreccio di condizionalità piuttosto penetrante, che lascia invero esigui margini di autodeterminazione agli Stati membri, anche in settori chiave delle politiche nazionali.

5.1. *L'intreccio di condizionalità del RRF*

Le condizionalità che definiscono la trama del RRF sono numerose ed eterogenee, alcune più tradizionali, come quelle macroeconomiche, altre nuove e legate alla peculiarità del programma.

Tra le condizionalità classiche che, tuttavia, acquistano nuova luce inserendosi in uno strumento innovativo, vi sono i vincoli che derivano dalla necessità di assicurare una sana *governance* economica, evitando disavanzi nella spesa pubblica e squilibri macroeconomici eccessivi.

È quello che prevede l'art. 10 del RRF che, in caso di mancata adozione da parte dello Stato di misure efficaci per correggere il disavanzo eccessivo, incarica la Commissione di presentare al Consiglio una proposta di sospensione totale o parziale degli impegni o dei pagamenti. Si tratta invero di una classica condizionalità di natura coercitiva, se non addirittura punitiva.

Similmente sanzionatorio è il meccanismo previsto dall'art. 24 par. 6 RRF che prevede la possibilità di sospendere il pagamento della totalità o di parte del contributo finanziario nel caso in cui la Commissione accerti che i traguardi (*milestones* di natura qualitativa) e gli obiettivi (*target* di carattere quantitativo) indicati non sono stati conseguiti in misura soddisfacente. Lo Stato membro interessato può presentare le proprie osservazioni entro il termine di un mese dalla comunicazione della valutazione della Commissione. La sospensione può essere, infine, revocata solamente qualora lo Stato membro in questione adotti le misure necessarie per garantire un conseguimento soddisfacente dei traguardi e degli obiettivi previsti.

Dal punto di vista sostanziale, poi, sia la fase *ex-ante* che quella *in itinere* sono dominate da una serie di condizioni.

Per quanto riguarda la prima, nell'art. 18 RRF troviamo una densa serie di condizioni che determinano il contenuto dei Piani Nazionali, che devono essere motivati e giustificati.

In particolare, tali Piani devono spiegare in che modo essi debbano essere considerati una risposta completa e adeguatamente equilibrata alla situazione socio-economica dello Stato membro; devono dettagliare il modo in cui essi contribuiscono ad affrontare efficacemente tutte le sfide, o un sottoinsieme significativo di queste, individuate nelle pertinenti raccomandazioni specifiche per Paese, inclusi i relativi aspetti di bilancio; devono contenere una spiegazione dettagliata del modo in cui essi rafforzano il potenziale di crescita, la creazione di posti di lavoro e la resilienza economica, sociale e istituzionale dello Stato membro interessato, contribuendo all'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali e migliorando così la coesione economica, sociale e territoriale e la convergenza all'interno dell'Unione; ed infine devono predisporre un'analisi del modo in cui le misure previste dovrebbero contribuire alla transizione digitale o ad affrontare le sfide che ne conseguono, indicando anche se tali misure rappresentino un importo pari ad almeno il 20% della dotazione totale del Piano per la ripresa e la resilienza.

Vi sono poi condizionalità generali e *ad hoc* per ogni Stato membro, definite dalle *Country Specific Recommendations*.

Rispetto alle condizionalità generali, sembra opportuno ricordare che i Piani Nazionali devono dimostrare di essere coerenti con i sei pilastri relativi alle aree di intervento del RRF: a) transizione verde; b) trasformazione digitale; c) crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, che comprenda coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione, e un mercato interno ben funzionante con PMI forti; d) coesione sociale e territoriale; e) salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, al fine, fra l'altro, di rafforzare la capacità di risposta alle crisi e la preparazione alle crisi; e f) politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani, come l'istruzione e le competenze. Si tratta, come evidente, di ambiti di *policy* che per lo più sfuggono alle competenze dell'Unione europea, rappresentando aspetti cardine delle scelte politiche strategiche a livello nazionale, che risultano così in larga parte eterodeterminate. Non solo, ma anche l'intero processo di definizione, attuazione e monitoraggio degli obiettivi dei PNRR è tale da mutare gli equilibri nella separazione dei poteri nazionali, nella dimensione tanto orizzontale quanto verticale. In definitiva, come è stato osservato in riferimento al caso italiano, ma l'argomento potrebbe ben estendersi in chiave

comparata, il PNRR «benché conduca ad esiti pur sempre costituzionalmente compatibili, sollecita la ricerca di un sistema di *checks and balances* che sia idoneo a compensare le nuove spinte sovranazionali, nel tentativo di garantire un equilibrato funzionamento degli assetti istituzionali nazionali»¹⁹⁰.

5.2. *La natura della condizionalità del NextGenEU*

Alla luce di queste caratteristiche, ci si può chiedere da quale tipo di condizionalità sia caratterizzato il *NextGenEU*, anche a fronte dei diversi regimi di condizionalità fino ad ora esaminati.

La dottrina su questo aspetto pare divisa. Una parte di essa ha manifestato posizioni piuttosto critiche rispetto a tale regime di condizionalità¹⁹¹, evidenziando analogie con la condizionalità “punitiva” della crisi economica¹⁹², evocando l’ombra del commissariamento¹⁹³ e comunque ritenendola una indebita intromissione nelle strutture fondanti e nelle scelte politiche degli Stati membri.

¹⁹⁰ A. CONZUTTI, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2022, p. 725.

¹⁹¹ A. SOMMA, *L’Europa tra momento hamiltoniano e momento Polanyi*, cit., p. 3: «La predisposizione del Piano nazionale di ripresa e resilienza ha poi messo in luce che tra le condizionalità ben possono rientrare riforme negoziate in modo poco trasparente con la Commissione: riforme di chiara matrice neoliberale, se non altro perché volte a sostenere l’offerta e più in generale a promuovere la concorrenza. Il tutto mentre l’entità delle risorse messe a disposizione con il Dispositivo per la ripresa e la resilienza è davvero irrisoria: la Banca centrale europea ha calcolato che per un Paese come l’Italia, al netto dei trasferimenti, vale poco più di trenta miliardi in sette anni».

¹⁹² F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2021, p. 25, «le condizionalità non solo ci sono, ma sono anche piuttosto significative 1, al punto da far sospettare che mediante l’istituzione di questo fondo si sia, in realtà, voluto riproporre, con la veste apparentemente più morbida della Commissione europea, un altro fondo salva-Stati, proprio come il FESF, il MESF e il MES». Si veda anche F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, p. 77 ss.

¹⁹³ M. DANI-A.J. MENÉNDEZ, *Recovery Fund: dietro i sussidi il commissariamento?*, in *LaCostituzione.info*, 25 Luglio 2020.

Di contro, altra parte della dottrina, pur riconoscendo che la condizionalità del RRF comporta per gli Stati che sono ad essa soggetti «un qualche grado di coercizione ad attuare dettami sovranazionali in cambio di aiuti finanziari»¹⁹⁴, ritiene che tale vincolo, «lungi dal determinare una forma velata di sostituzione dell'Unione ai suoi Stati membri, debba pur sempre essere inquadrato come frutto di scelte non esclusivamente europee, ossia di opzioni concertate e condivise anche con gli Stati beneficiari dell'assistenza»¹⁹⁵.

Altra parte ancora ha sottolineato, da un lato, la discontinuità sia sostanziale che procedurale tra la condizionalità del *NextGenEU* e quella della crisi economica, valutando con favore l'impianto solidaristico del *NextGenEU*; dall'altro ha evidenziato le criticità della presente architettura istituzionale dell'Unione, soprattutto laddove essa incida, con la condizionalità, sugli ambiti di competenza riservati agli Stati.

È questa la posizione sostenuta da Costamagna, il quale sottolinea i profili di discontinuità tra la condizionalità nell'ambito dei programmi di assistenza finanziaria e quella del *NextGenEU*, quando afferma che «dal punto di vista istituzionale, il meccanismo è stato creato e opera all'interno dell'ordinamento dell'Unione e, dunque, dovendo rispettare le norme in materia di diritti fondamentali, dal punto di vista sostanziale [...] si è abbandonata l'idea che condizionalità debba necessariamente significare austerità»¹⁹⁶.

Tuttavia, sebbene nella diversità rispetto alla condizionalità dell'austerità, rimangono anche nel caso del *NextGenEU* della criticità irrisolte.

Come nota ancora Costamagna «il rafforzamento delle capacità delle istituzioni europee di influenzare, quando non determinare, le scelte di politica economica adottate a livello nazionale non è stato accompagnato da alcuna modifica del quadro istituzionale, né da un rafforzamento della

¹⁹⁴ A. CONZUTTI, "In conditionality we trust". *Riflessioni sulle condizionalità macroeconomiche introdotte dal recovery and resilience facility*, in *Rivista giuridica AmbienteDiritto.it*, 3, 2022, p. 14.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ F. COSTAMAGNA, *Il Next Generation EU e la costruzione di una politica economica europea: quale ruolo per democrazia e solidarietà?*, in *I Post di AISDUE*, III (2021), Sezione "Atti convegni AISDUE", 3, 15 dicembre 2021, p. 52.

democraticità delle decisioni assunte, lasciando uno spazio ancora più ampio al potere esecutivo»¹⁹⁷.

Seppur con queste criticità, le più recenti forme di condizionalità differiscono dai meccanismi utilizzati nel corso della crisi dell'Eurozona, cosicché tanto il pacchetto *NextGenEU* quanto il nuovo regolamento sulla condizionalità dello Stato di diritto sembrano, come rilevato da attenta dottrina, «*advance conditionality as a constitutional virtue*»¹⁹⁸.

In particolare, sembrano emergere e dominare la scena forme di “condizionalità esecutiva”: ossia meccanismi il cui scopo è quello di far rispettare altri obblighi del diritto primario o derivato dell'UE, in ambiti in cui il ricorso ad altri strumenti ordinari di esecuzione istituzionale non è possibile o non produce risultati adeguati, come nei casi dei requisiti macroeconomici, del rispetto dello Stato di diritto e dei valori comuni dell'art. 2 TUE.

Si tratta spesso di questioni dalla forte dimensione “federale”, riguardanti il rapporto tra diversi livelli di governo nel contesto europeo, che l'Unione fatica ad affrontare utilizzando i suoi tradizionali meccanismi di *enforcement* e non disponendo ancora di strumenti di *imperium* tipici, invece, delle organizzazioni di tipo statale.

L'uso della condizionalità nella crisi dello Stato di diritto e nei nuovi programmi per affrontare la crisi provocata dal Covid-19, prevede, in definitiva, una nuova condizionalità più “positiva”, intrinsecamente diversa da quella legata ai programmi di *austerity* e che sembra avvicinarsi, nelle forme e nella sostanza, più alla classica condizionalità di tipo federale che a condizionalità di matrice internazionalistica. Come è stato osservato «*these are developments that could lead to an epoch-making turning point and confirm not only the overcoming of the austerity paradigm that undoubtedly characterised the management of the (previous) economic crisis, but also the Union's commitment to respect for fundamental rights*»¹⁹⁹.

Possiamo quindi concludere, almeno parzialmente, che le più recenti applicazioni della condizionalità da un lato confermano il crescente utilizzo

¹⁹⁷ *Ivi*, p. 55.

¹⁹⁸ T. TRIDIMAS, *Editorial Note: Recovery Plan and Rule of Law Conditionality: A New Era Beckons?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 16, 2020, p. VII ss.

¹⁹⁹ G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process*, cit., p. 139.

dello strumento nella *governance* dell'UE in questioni delicate; dall'altro, sembrano favorire l'emersione di regimi di condizionalità di natura "federale".

6. *I diversi regimi di condizionalità alla luce dei rapporti tra Stati e Unione europea: una lettura "federale"*

Giunti al termine dell'analisi dei diversi regimi di condizionalità interna sviluppatasi nell'ambito dell'ordinamento europeo, si intende ora trarre una visione di sintesi, che consenta poi la comparazione con i regimi di condizionalità canadese e americano e in tal modo ci aiuti a definire una possibile dottrina delle "*unconstitutional conditions*" anche nell'Unione europea. Provando innanzitutto a leggere lo sviluppo dei vari regimi di condizionalità in senso diacronico e cercando di metterne in evidenza le caratteristiche preminenti che derivano dal rapporto tra Unione e Stati membri, possiamo identificare la seguente classificazione. In una prima fase di sviluppo dell'ordinamento dell'Unione abbiamo visto l'affermarsi, nell'ambito dei fondi strutturali e delle politiche di coesione, di un tipo di condizionalità che era espressione di rapporti cooperativi tra i diversi livelli di governo.

In origine, la politica di coesione era chiaramente improntata al principio dello "*shared management*" tra la Commissione, gli Stati membri e le entità sub-nazionali. Veniva considerata il paradigma della *multi-level governance* dell'Unione: «the policy's partnership principle requires vertical and horizontal interactions between governmental and non-governmental actors at EU, national, and regional levels in the design and implementation of programmes and measures with wider consequences for territorial relations»²⁰⁰.

Tuttavia, questo modello originario è mutato nel tempo, a causa di riforme sostanziali che hanno interessato la politica di coesione: alla fase cooperativa si sostituisce, a partire dai primi anni 2000, una fase più propriamente coercitiva, dove sempre più preponderante è il ruolo della Commissione nella gestione e monitoraggio dei programmi e del Consi-

²⁰⁰ J. BACHTLER-C. MENDEZ, *Cohesion Policy*, cit., p. 233.

glio europeo, per via delle negoziazioni in sede di approvazione del bilancio dell'Unione e del Semestre europeo.

In questa fase non solo si assiste ad una crescita nell'utilizzo di finanziamenti condizionati e all'estensione della condizionalità macroeconomica a tutti i fondi strutturali, ma anche all'affermazione di un modello di governo che è stato definito di “*intensive transgovernmentalism*”²⁰¹ e a tendenze accentratrici nei processi decisionali in capo alla Commissione.

Si è poi osservata nel tempo una de-territorializzazione dei programmi di finanziamento dell'Unione che ha portato a organizzare le priorità di intervento europee prevalentemente intorno ad ambiti settoriali invece che spaziali. Questa dinamica è ben evidenziata guardando ai programmi del *NextGenEU*, focalizzati «on completing economic and monetary union and recovery from the Covid-19 pandemic, building new or expanded policies for climate change, technology, defence, immigration and overseas development»²⁰². Contestualmente a questa de-territorializzazione si è ulteriormente accentuata la preminenza della Commissione nella gestione di fondi e dei programmi, mentre scarso, se non irrilevante, è il ruolo ritagliato, a livello europeo, per i governi subnazionali.

La gestione del RRF sembra dunque non solo confermare, ma finanche accentuare le caratteristiche coercitive della condizionalità introdotta dai nuovi strumenti di ripresa post-pandemica, come testimoniano anche le previsioni circa il meccanismo sanzionatorio applicabile agli Stati in caso di mancato rispetto delle condizioni macroeconomiche e del mancato o parziale soddisfacimento di *milestones* e *targets*. Tuttavia ciò che accomuna tanto la condizionalità dei fondi di coesione quanto la nuova condizionalità del RRF²⁰³ è l'intrinseco legame con il principio di solidarietà²⁰⁴: se i fondi di coesione sono notoriamente «the most tangible ex-

²⁰¹ H. WALLACE-C. REH, *An Institutional Anatomy and Five Policy Modes*, in H. WALLACE-M.A. POLLACK-C. ROEDERER-RYNNING-A. YOUNG (a cura di), *Policy-Making in the European Union*, cit., p. 72 ss.

²⁰² J. BACHTLER, C. MENDEZ, *Cohesion Policy*, cit., p. 252.

²⁰³ A. DE GREGORIO MERINO, *The recovery plan: solidarity and the living Constitution*, in *EU Law live*, Weekend edition, 50, 2021, p. 2 ss.

²⁰⁴ Sul principio di solidarietà nell'Unione si veda A. SANGIOVANNI, *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 33(2), 2013, pp. 213 ss., 241; S.

pression of solidarity between member states in the EU»²⁰⁵, è significativo che anche la base giuridica del RRF sia stata identificata nell'art. 175, comma 3, TFUE, ovvero sia quella disposizione che, collocata nel Titolo sulla coesione economica, sociale e territoriale, attribuisce al Parlamento e al Consiglio la facoltà di adottare azioni specifiche al di fuori dei Fondi strutturali. Come osserva Costamagna, la scelta della base giuridica «segna una netta presa di distanza rispetto all'impostazione di politica economica che aveva ispirato l'assistenza finanziaria in occasione della precedente crisi, che aveva quale obiettivo assicurare la stabilità finanziaria anche a costo di mettere a rischio la coesione sociale»²⁰⁶.

Di federalismo coercitivo si può certamente parlare anche con riguardo al nuovo meccanismo a tutela degli interessi finanziari dell'Unione in caso di violazioni dello Stato di diritto: non sembrano esserci da questo punto di vista molti dubbi nell'identificare nella necessità di *enforcement* dei valori fondamentali, da un lato, e nell'esigenza di sanzionare condotte che da tali valori fondamentali dipartono, dall'altro, la *ratio* del meccanismo di condizionalità.

A guardare il tenore di quest'ultimo si potrebbe affermare che si tratti, più propriamente, di un meccanismo punitivo: in effetti, anche considerando il quadro politico in cui esso è maturato, emerge una finalità di tipo sanzionatorio. Tuttavia, questa declinazione punitiva, che pure è presente, si distingue qualitativamente da quella che abbiamo identificato nel caso degli Stati Uniti: la *rule of law conditionality* non sembra, infatti, potersi considerare uno strumento di mera *retaliation* del livello europeo nei confronti di Stati membri che esprimono indirizzi politici divergenti rispetto a quelli di Bruxelles. Si tratta piuttosto di uno strumento sicu-

FERNANDES-E. RUBIO, *Solidarity within the Eurozone: how much, what for, for how long?*, Notre Europe Policy Paper, 51, 2012; F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea e governance economica europea*, Giappichelli, Torino, 2020. Per la declinazione della solidarietà nella dimensione esterna, M. CREMONA, *EU Enlargement: solidarity and conditionality*, in *European Law Review*, 30, 2005.

²⁰⁵ J. BACHTLER-J.C. MENDEZ, *Cohesion and the EU's budget: is conditionality undermining solidarity?*, in R. COMAN-A. CRESPIY-V.A. SCHMIDT (a cura di), *Governance and politics in the post-crisis European Union*, Cambridge University Press, cit., p.13.

²⁰⁶ F. COSTAMAGNA, *Il Next Generation EU e la costruzione di una politica economica europea: quale ruolo per democrazia e solidarietà?*, cit., p. 50.

mente di *enforcement* dei valori fondamentali dell'UE in funzione punitiva, ma anche necessario per declinare, ancora una volta, il principio di solidarietà. Esso, infatti, si riflette anche nell'impegno finanziario dell'Unione, la cui attuazione si basa sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri che, a sua volta, si nutre del rispetto comune dei valori fondamentali, compreso quello dello Stato di diritto. In questo senso, la condizionalità funge da nesso tra solidarietà e responsabilità, mentre rispetto alla condizionalità della crisi economica «the new forms of conditionality better balance the two sides of the coin, perhaps even emphasizing solidarity over responsibility»²⁰⁷.

La condizionalità della crisi ha, infatti, inciso fortemente sulla tutela dei diritti fondamentali, sociali²⁰⁸ in particolare, in quei Paesi sottoposti ad assistenza macroeconomica²⁰⁹. Le condizioni contenute nei *Memoranda of Understanding* hanno prodotto una tale compressione dei diritti fondamentali da «neutralizzare le stesse finalità dello Stato sociale»²¹⁰.

Si è trattato di una condizionalità che, anche per la sua genesi di matrice internazionale, era disarticolata dalla tensione verso finalità solidaristiche, declinandosi invece in forme volte a sanzionare il mancato rispetto delle condizioni macroeconomiche: una “stretta” condizionalità di matrice punitiva che ha rappresentato, fino ad ora, una manifestazione eccezionale della condizionalità stessa nel contesto europeo.

²⁰⁷ A. BARAGGIA-M. BONELLI, *Linking Money to Values: the new Rule of Law Conditionality Regulation and its constitutional challenges*, cit., p. 155.

²⁰⁸ F. COSTAMAGNA, *Saving Europe “Under Strict Conditionality”: A Threat for EU Social Dimension?*, Centro Einaudi, Working Paper-LPF, 7, 2012; M. IOANNIDIS, *EU Financial Assistance Conditionality after “Two Pack”*, cit., p. 61 ss.; F. COSTAMAGNA-F. CROCI, *Social rights and the disintegration of (and through) law in the Economic and Monetary Union: taking stock and looking forward*, in M. GONZÁLEZ PASCUAL-A. TORRES PÉREZ (a cura di), *Social Rights and the European Monetary Union*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2022.

²⁰⁹ A.M. GUERRA MARTINS, *Constitutional Judge, Social Rights and Public Debt Crisis: The Portuguese Constitutional Case Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22(5), 2015, p. 678 ss.

²¹⁰ S. GAMBINO, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, in S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 11.

In definitiva, se, come testimoniano le più recenti applicazioni della condizionalità, essa, quale strumento di esercizio del potere, ha acquisito una dimensione “costituzionale” nell’ordinamento europeo, riflettere sulla sua natura in ottica “federale” può contribuire a meglio delineare i profili di legittimità di tale forma di esercizio del potere, sempre più caratterizzante l’ordinamento europeo nel suo dinamico sviluppo.

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. La condizionalità in ottica comparata. – 2. L'impatto costituzionale della condizionalità. – 3. La legittimità della condizionalità nella giurisprudenza: un primo sguardo di sintesi. – 4. Riflessioni conclusive.

1. *La condizionalità in ottica comparata*

L'itinerario di ricerca fin qui condotto ha permesso di esplorare le diverse declinazioni della condizionalità presenti (e ampiamente diffuse) nelle dinamiche federali sia di Paesi (Stati Uniti e Canada) di consolidata tradizione federale, sia in più recenti modelli di federalizzazione, come nel caso dell'Unione europea. Oltre alla diffusione e alla pervasività dello strumento, nel corso del lavoro si è potuto documentare come sussista uno stretto legame tra di esso e i momenti costituzionali di trasformazione del principio federale negli ordinamenti considerati e come il contesto politico, con il connesso grado di polarizzazione, abbia avuto importanti influenze sulla evoluzione di tale fenomeno.

Si sono così potuti evidenziare i nessi che sussistono tra lo strutturarsi del federalismo cooperativo e l'utilizzo della condizionalità (attraverso l'esercizio del potere di spesa federale), nessi di causa/effetto soprattutto in determinati ambiti quali lo sviluppo delle politiche di *welfare* (Stati Uniti e Canada) e delle politiche di coesione (UE). Qui, infatti, la condizionalità è apparsa un meccanismo particolarmente efficace in funzione centralizzatrice, per promuovere il raggiungimento di standard nazionali nella tutela dei diritti e nella realizzazione di determinate politiche, per lo più in ambito sociale, sanitario e di sviluppo urbano e rurale.

L'utilizzo sempre più massiccio della condizionalità ha poi segnato il

passaggio verso modelli di federalismo coercitivo e punitivo, soprattutto negli Stati Uniti e nell'Unione europea, mentre non si è riscontrata analoga evoluzione nell'ordinamento canadese che pur condivide svariati tratti tanto del modello americano quanto di quello europeo, ma che, al contrario, è rimasto ancorato al modello cooperativo. La spiegazione di questo disallineamento tra le tre esperienze può essere reperita considerando la particolare configurazione asimmetrica del Canada e il peso assunto dalle rivendicazioni del Québec nel delicato equilibrio istituzionale di quel Paese; proprio l'asimmetria propria del modello canadese ha, infatti, fatto sì che la condizionalità si sviluppasse in forme meno rigide rispetto ad altri contesti, prevedendo sempre clausole di *opting-out* in grado di accomodare anche le richieste delle Province più restie a lasciare spazi di influenza alla Federazione, soprattutto nel contesto dei diritti sociali. Così, se di fatto il livello centrale, attraverso l'utilizzo dello *spending power* federale, è riuscito a plasmare il sistema di *welfare* canadese, formalmente tale potere non si è mai dispiegato in forme punitive. Queste ultime, pur in astratto previste dai modelli di condizionalità impiegati, non sono mai state concretamente utilizzate grazie all'ampio ricorso alle relazioni intergovernative e a schemi consultivi.

Diverso è il caso americano, in cui la condizionalità è, invece, uno degli elementi che hanno segnato il passaggio dal federalismo cooperativo a quello coercitivo prima e da questo a quello punitivo poi, in un frangente di estrema polarizzazione della società americana. Gli esempi portati a sostegno di questa evoluzione hanno mostrato un utilizzo prettamente politico della condizionalità, servente, cioè, a comporre le divergenze tra governi repubblicani e governi democratici. Anche l'Unione europea – ordinamento che, come si è visto, presenta la più ricca varietà di condizionalità – è stata investita da un simile sviluppo, che l'ha portata a sperimentare dapprima forme di *governance* multilivello improntate alla cooperazione e, successivamente, declinazioni ora coercitive – ancorché *sui generis* – ora più radicalmente punitive. In questo caso, le manifestazioni punitive della condizionalità sono state accompagnate da momenti di tensione ordinamentale e di marcata polarizzazione tra taluni Stati membri e Unione, dovuti alla crisi economica, da un lato e alla crisi della *rule of law*, dall'altro.

Analizzando in profondità queste due specifiche fattispecie della con-

dizionalità, pur appartenenti allo stesso *genus* punitivo, si è evidenziato, tuttavia, come esse siano mosse da *rationes* diverse non solo tra loro, ma anche rispetto alla condizionalità punitiva americana. In particolare, la condizionalità della crisi è stata identificata con le politiche di *austerity* che, in nome dell'assistenza finanziaria, hanno portato a un sostanziale svuotamento delle tutele – anche di rango costituzionale – dei diritti sociali nei paesi soggetti ai MoUs. Si è trattato di una condizionalità macroeconomica tipica del modello internazionalistico, disarticolata da considerazioni e limiti di carattere costituzionale. Come si è osservato, invece, la condizionalità legata allo Stato diritto è riconducibile, ultimamente, all'attuazione del principio di solidarietà europeo, il quale presuppone una sana gestione dei fondi dell'Unione europea e una fiducia reciproca tra gli Stati membri rispetto alle modalità di utilizzo delle risorse finanziarie, in un senso compatibile con il progetto europeo e i suoi valori fondamentali. In altre parole, pur essendo la *rule of law conditionality* sostanzialmente punitiva, essa si distingue dalla condizionalità macroeconomica perché persegue uno scopo di natura costituzionale: la protezione di valori costituzionali condivisi – almeno *ab origine* – e ritenuti fondamentali¹.

2. *L'impatto costituzionale della condizionalità*

Benché la comparazione abbia messo in luce le diverse declinazioni della condizionalità e abbia evidenziato la loro variabilità rispetto alla forma di Stato e al contesto politico di riferimento, è possibile individuare elementi comuni alle varie tipologie di condizionalità, elementi che, per lo più, attengono all'impatto costituzionale delle stesse.

L'analisi comparata ha confermato che tutte le declinazioni della condizionalità, anche laddove esse assumano una dimensione costituzionale e perseguano finalità costituzionalmente orientate (uguaglianza, tutela dei diritti sociali, protezione dell'identità costituzionale), non sono prive di criticità, e sono, anzi, foriere di tensioni.

¹J.W. MÜLLER, *Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?*, in *European Law Journal*, 21(2), 2015, p. 141 ss.

Un ambito in cui la condizionalità ha avuto un impatto rilevante è quello della separazione dei poteri, sia verticale sia orizzontale.

In tutti e tre gli ordinamenti esaminati è emerso il carattere centripeto della condizionalità in riferimento alla dimensione verticale della separazione dei poteri. In particolare, la condizionalità incide sui principi di autonomia/sovranità e sui rapporti tra i diversi livelli di governo. Una costante espressione della condizionalità è infatti lo scardinamento della divisione di competenze e responsabilità tra i diversi livelli, determinando così, solitamente, una maggiore interferenza dell'entità sovraordinata in ambiti che ricadrebbero, per Costituzione, invece nella disponibilità degli Stati. Questa ambiguità della condizionalità è alla base della dottrina elaborata dalla Corte Suprema canadese che, proprio per evitare un simile aggiramento delle competenze costituzionalmente sancite, verifica che il regime di condizionalità non si traduca in una forma di regolamentazione da parte della Federazione in ambiti competenziali provinciali. Nell'ordinamento europeo tale potenzialità della condizionalità ha prestato il fianco a critiche da parte di coloro che vedono in essa uno strumento di indebita ingerenza nella sovranità degli Stati, tanto in riferimento alla condizionalità della crisi quanto alla *rule of law conditionality*. Nel caso americano, poi, la clausola del "*general welfare*" ha sostanzialmente dato copertura costituzionale ai programmi condizionati che possono essere ampiamente interpretati come finalizzati a perseguire tale interesse generale.

Rispetto, invece, alla dimensione orizzontale, la comparazione, tanto diacronica quanto sincronica, ci restituisce un dato univoco circa il fatto che la condizionalità alteri il principio della separazione dei poteri determinando una predominanza del ruolo del potere esecutivo e delle sue articolazioni amministrative, rispetto al circuito parlamentare. Ciò è particolarmente evidente in Canada, dove la condizionalità è parte centrale delle relazioni intergovernative e della negoziazione tra esecutivo federale e provinciale. Anche negli Stati Uniti la condizionalità punitiva è emanazione del potere esecutivo e comporta la gestione e il monitoraggio dei programmi condizionati da parte di diverse agenzie federali competenti per materia. Nell'Unione europea, similmente, si assiste ad una torsione che vede nella definizione e attuazione della condizionalità il ruolo sempre più preminente della Commissione e del Consiglio europeo.

Ancora in tema di separazione orizzontale, a fronte del rafforzamento del potere esecutivo si riscontra un ruolo meno pronunciato del giudiziario, sebbene certamente i giudici abbiano contribuito a definire e tutelare i limiti costituzionali dei regimi di condizionalità. In particolare, si registra la tendenza delle corti esaminate a riconoscere un margine di discrezionalità all'esecutivo nella definizione dei regimi di condizionalità, a dimostrazione della natura ambigua di questi, in posizione intermedia tra atti normativi e atti di *soft law*.

3. *La legittimità della condizionalità nella giurisprudenza: un primo sguardo di sintesi*

Benché attraverso un approccio incrementale, si è nondimeno messo in luce come in tutti e tre gli ordinamenti la giurisprudenza abbia tentato, in maniera più o meno articolata ed esplicita, di delineare le condizioni affinché un regime di condizionalità possa ritenersi legittimo. Attraverso l'analisi comparata del formante giurisprudenziale nei tre ordinamenti esaminati, è possibile, infatti, avanzare ipotesi relative alle variabili che determinano la legittimità di un regime di condizionalità.

Partendo dalle considerazioni emerse dalla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, *South Dakota v. Dole*, e arricchendole con l'elaborazione giurisprudenziale, rispettivamente della Corte Suprema canadese e della Corte di Giustizia dell'UE, è possibile proporre un *framework* di sintesi.

Alla luce della dottrina americana delle “*unconstitutional conditions*”, come si ricorderà, la Corte Suprema ha identificato quattro requisiti di costituzionalità dello strumento oggetto del presente lavoro: le condizionalità devono perseguire il “*general welfare*”; le condizioni devono essere chiare e univoche in modo tale che gli Stati possano esercitare la loro scelta consapevole delle conseguenze della loro partecipazione; le condizioni devono essere correlate allo scopo del programma di spesa federale; infine, le condizioni non possono violare altre disposizioni della Costituzione ed in particolare il principio federale di riparto delle competenze. Se infatti l'incentivo finanziario offerto dal Congresso è così coercitivo da superare il punto in cui la pressione si trasforma in costrizione, esso diviene incostituzionale.

La Corte Suprema canadese non ha elaborato una dottrina organica della costituzionalità delle condizioni. È stato tuttavia possibile identificare nella giurisprudenza in materia di potere di spesa, soprattutto attraverso l'analisi degli *obiter dicta*, una serie di requisiti in tal senso. In particolare, nei casi *YMHA*² e *Finlay*³ la Corte ha chiarito che il Parlamento può imporre condizioni a programmi di spesa federali purché esse non siano, in sostanza, una forma di regolazione o di controllo in ambiti al di fuori della competenza federale; ancora in *Finlay* la Corte ha sancito la differenza tra condizioni volte a promuovere la convergenza delle legislazioni provinciali rispetto al perseguimento di obiettivi federali e condizioni, invece, che intendono nel dettaglio determinare il contenuto della legislazione provinciale.

Infine la Corte di Giustizia nei casi C-156/21 e C-157/21 attinenti alla validità del regolamento 2020/2092 ha avuto l'occasione di definire i contorni di un regime di condizionalità compatibile con i Trattati. Come già aveva rilevato l'AG nelle sue Conclusioni, «la presente causa e la causa C-157/21 offrono alla Corte l'opportunità di sviluppare la propria giurisprudenza sulla condizionalità finanziaria, estendendola ad uno strumento con il quale le sue istituzioni, al fine di tutelare il bilancio dell'Unione, incentivano il rispetto, da parte degli Stati membri, del valore dello Stato di diritto sancito all'articolo 2 TUE»⁴. In particolare, due sono le caratteristiche che emergono da tale giurisprudenza: la presenza di un nesso sufficientemente diretto tra la violazione della *rule of law* da parte dello Stato (come era peraltro già stato invocato nelle cause riunite T-99/09 e T-308/09 in materia di fondi strutturali⁵), e la tutela degli interessi finanziari dell'Unione unitamente al rispetto delle competenze ad essa attribuite dai Trattati.

Alla luce di questi orientamenti giurisprudenziali, che mostrano approcci e sensibilità diverse, si sono individuate alcune caratteristiche che possono contribuire a definire i contorni di legittimità di un regime di condizionalità in generale, come mostrato in tabella:

² *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, 1989, cit.

³ *Finlay v. Canada* (Minister of Finance), cit.

⁴ Si veda l'opinione dell'AG in C-156/21, ECLI:EU:C:2021:974, cit., par. 115.

⁵ CGUE, Cause riunite T-99/09 e T-308/09, *Italia c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:200, cit., par. 53.

<i>Condizioni</i>	<i>Operazionalizzazione</i>
Determinatezza delle condizioni	<ul style="list-style-type: none"> – Chiarezza delle condizioni. – Monitoraggio del rispetto delle condizioni.
Entità del finanziamento (o della sanzione)	<ul style="list-style-type: none"> – Percentuale del finanziamento (o della sua sospensione) rispetto al bilancio complessivo dell'ente beneficiario.
Rispetto dei principi costituzionali	<ul style="list-style-type: none"> – Nesso sufficientemente diretto tra la natura del programma di spesa e la natura delle condizioni. – Rispetto del riparto di competenze e dei principi costituzionali. – Assenza di finalità regolatoria.

L'analisi della giurisprudenza dei tre ordinamenti esaminati ha permesso di elaborare la matrice suesposta che intende offrire una prima sistematizzazione dei requisiti che un regime di condizionalità dovrebbe soddisfare affinché esso non risulti *ultra vires* e, quindi, illegittimo. Si tratta di un set di condizioni generali, che prescindono dalla particolare declinazione della condizionalità nei contesti esaminati, la cui applicabilità potrà essere verificata analizzando altri ordinamenti compositi che fanno utilizzo della condizionalità.

4. *Riflessioni conclusive*

Pur nella consapevolezza della pluralità di forme e di effetti presenti nel fenomeno analizzato – consapevolezza che si è fatta più acuta grazie alle analisi fin qui compiute le quali, ovviamente, lasciano ampi spazi al prosieguo dell'indagine – si può, a mo' di conclusione, pacificamente affermare che si è in presenza di un meccanismo tanto complesso quanto – paradossalmente – quasi banale, che opera quotidianamente nelle relazioni umane, anche nelle più familiari. Offrire un incentivo per realizzare un determinato scopo non pare avere nulla di "illegale". Eppure, se osservato

nella sua dimensione di fenomeno tipico del diritto pubblico, e del diritto costituzionale in particolare, la condizionalità fa emergere una zona d'ombra, un'area grigia in cui il potere si esercita in modo pervasivo e difficilmente codificabile, come è invece proprio di altre forme costituzionalmente determinate di esercizio del potere.

Si pensi, ad esempio, alla potestà normativa: essa incontra una compiuta definizione nel dettato costituzionale di riparto delle competenze e il suo abuso trova sanzione nell'intervento del giudiziario. Al contrario, per quanto riguarda la condizionalità, il quadro costituzionale è assai più sfaccettato e nebuloso, cosicché anche la giurisprudenza risulta meno determinata e più restia a sanzionarne l'eventuale incostituzionalità, anche quando la sua applicazione è foriera di tensioni di natura costituzionale.

Ha ragione allora Shauer quando sostiene che la condizionalità rappresenta ancora oggi uno dei «*deepest, hardest, and therefore least solvable problems of constitutional government*»⁶ e la pretesa di darne una compiuta e completa sistematizzazione teorica, una “chimera”?

L'analisi compiuta certamente attesta questa valutazione e, tuttavia, se di chimera si può parlare, ad un tempo va detto però che essa si presenta come particolarmente “reale”, essendo non solo praticata, ma praticata in modo esteso. Essa ha assunto caratteristiche sempre più nuove e, per l'uso quantitativo e qualitativo che se ne sta facendo, particolarmente “appreziate” dai titolari di pubblici poteri. Si tratta, sempre in estrema sintesi, di una soluzione al problema dei rapporti tra livelli di governo che assume le caratteristiche di una sorta di “scorciatoia” e si prospetta soprattutto laddove i classici strumenti normativi non siano efficaci o non siano utilizzabili alla luce dei limiti posti dal riparto di competenze legislative costituzionalmente sancite. È in questa sua intrinseca dimensione che consiste il suo fascino e la sua crescente popolarità.

Continuare ad osservare questo fenomeno, ampliare le conoscenze che si hanno analizzando altri ordinamenti, costruire nuovi modelli e nuove opzioni interpretative è, al presente, un percorso che si apre e che si pone come altrettanto affascinante quanto il fenomeno stesso.

⁶F. SCHAUER, *Too Hard: Unconstitutional Conditions and the Chimera of Constitutional Consistency. A Unifying Theory*, cit., p. 990.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN B., *We the People*, vol. 2: *Transformations*, Harvard University Press, Harvard, 1998.
- ADAM M.-A., *Federalism and the Spending Power: Section 94 to the Rescue*, in *Policy Options*, marzo 2007, p. 30 ss.
- ADAM M.-A.-BERGERON J.-BONNARD M., *Intergovernmental Relations in Canada: Competing Visions and Diverse Dynamics*, in J. POIRIER-C. SAUNDERS-J. KINCAID (a cura di), *Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- ADAM S.-MENA PARRAS F.J., *The European Stability Mechanism through the Legal Meanderings of the Union's Constitutionalism: Comment on Pringle*, in *European Law Review*, 38(6), 2013, p. 848 ss.
- ADAMSKI D., *National power games and structural failures in the European macroeconomic governance*, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, p. 1319 ss.
- ADLER J., *Sixth Circuit Concludes ARPA Condition on COVID Relief Violates Spending Clause*, in *The Volokh Conspiracy*, 18 novembre 2022.
- ADLER M.D., *State Sovereignty and the Anti-Commandeering Cases*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 574(1), 2016, p. 158 ss.
- ALBERTI J., *Adelante, presto, con juicio. Prime considerazioni sulle sentenze della Corte di Giustizia che sanciscono la legittimità del "Regolamento condizionalità"*, in *Eurojus*, 2, 2022, p. 25 ss.
- ALBI A., *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- ALEMANNO A.-CHAMON M., *To Save the Rule of Law you Must Apparently Break It*, in *Verfassungsblog.de*, 11 dicembre 2020.
- AMALFITANO C., *Standing (Locus Standi): Court of Justice of the European Union (CJEU)*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law [MPIL]*, 2021.
- AMAR A.R., *The Words that made Us*, Basic Books, New York, 2021.
- AMTENBRINK F., *New Economic Governance in the European Union: Another Constitutional Battleground*, in K. PURNHAGEN-P. ROTH (a cura di), *Varie-*

- ties of European Economic Law and Regulation*, Springer, Heidelberg-Dordrecht-Londra-New York, 2014.
- AMTENBRINK F., *The Metamorphosis of European Economic and Monetary Union*, in D. CHALMERS-A. ARNULL (a cura di), *The Oxford Handbook of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- ANDERSON G.M.-MARTIN D.T., *The Public Domain and Nineteenth Century Transfer Policy*, in *Cato Journal*, 6(3), 1987, p. 905 ss.
- ANGELI A.-DI GREGORIO A.-SAWICKI J., *La controversa approvazione del “pacchetto giustizia” nella Polonia di “Diritto e Giustizia”: ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCE online*, 31(3), 2017, p. 787 ss.
- ANRÒ I., *L'intervento delle Regioni nei giudizi di fronte alla Corte di giustizia dell'Unione europea: una proposta de jure condendo*, in *Federalismi.it*, 20, 2022, p. 498 ss.
- ARBAN E. (a cura di), *Cities in federal constitutional theory*, Oxford University Press, Oxford, 2022.
- BABB S.L.-CARRUTHERS B.G., *Conditionality: Forms, Function and History*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 4, 2008, p. 13 ss.
- BACHTLER J.-MENDEZ C., *Cohesion and the EU's budget: is conditionality undermining solidarity?*, in R. COMAN-A. CRESPIY-V.A. SCHMIDT (a cura di), *Governance and politics in the post-crisis European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 121 ss.
- BAGENSTOS S.R., *Spending Clause Litigation in the Roberts Court*, in *Duke Law Journal*, 58, 2008, p. 345 ss.
- BAGENSTOS S.R.-SOMIN I., *The Spending Clause*, in *National Constitution Center*, consultabile al sito www.constitutioncenter.org/the-constitution/articles/article-i/clauses/755.
- BAKER L.A., *The Spending Power After NFIB v. Sebelius*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 37(1), 2013, p. 71 ss.
- BAKER L.A.-BERMAN M.N., *Getting Off the Dole: Why the Court Should Abandon Its Spending Doctrine, and How a Too-Clever Congress Could Provoke It to Do So*, in *Indiana Law Journal*, 78, 2003, p. 459 ss.
- BALE C.I., *Checking the Purse: The President's Limited Impoundment Power*, in *Duke Law Journal*, 70, 2020, p. 697 ss.
- BALIBAR E., *Spinoza and Politics*, Verso Books, Londra-New York, 1998 (I ed., *Spinoza et la politique*, Presses Universitaires de France, Parigi, 1985).
- BALKIN J.M., *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

- BARAGGIA A., *Conditionality Measures within the Euro Area Crisis: A Challenge to the Democratic Principle?*, in *Cambridge International Law Journal*, 4, 2015, p. 2 ss.
- BARAGGIA A.-BONELLI M., *Linking Money to Values: the new Rule of Law Conditionality Regulation and its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 23(2), 2022, p. 131 ss.
- BARDUTZKY S., *Constitutional transformations at the edge of a bailout: the impact of the economic crisis on the legal and institutional structures in Slovenia*, in *Federalismi.it*, 26 2016.
- BARNARD C., *The Charter, the Court – and the Crisis*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 18, 2013.
- BARTELS L., *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- BARTELS L., *The Application of Human Rights Conditionality in the EU's Bilateral Trade Agreements and Other Trade Arrangements with Third Countries*, Research for the European Parliament, Policy Department for External Policies, Brussels, 2008.
- BASSANI L.M., *Stati e Costituzione: il federalismo autentico di John C. Calhoun (1782-1850)*, in *Eunomia. Rivista semestrale di Storia e Politica internazionale*, 1, 2015, p. 291 ss.
- BASSU C.-BETZU M.-CLEMENTI F.-COINU G., *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America. Una introduzione*, Giappichelli, Torino, 2022.
- BECKER P., *The reform of European cohesion policy or how to couple the streams successfully*, in *Journal of European Integration*, 41(2), 2019, p. 147 ss.
- BEETZ J., *Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867*, in P-A. CREPEAU-C.B. MACPHERSON (a cura di), *The Future of Canadian Federalism*, University of Toronto Press-Presses de l'Université de Montréal, Toronto-Montréal, 1965.
- BÉLAND D.-LECOURS A., *Sub-state Nationalism and the Welfare State: Québec and Canadian Federalism*, in *Nations and Nationalism*, 12(1), 2006, p. 77 ss.
- BERMAN M., *Coercion, Compulsion, and the Medicaid Expansion: A Study in the Doctrine of Unconstitutional Conditions*, in *Texas Law Review*, 91, 2013, p. 1283 ss.
- BESSELINK L., *The ECJ as the European "Supreme Court": Setting Aside Citizens' Rights for EU Law Supremacy*, in *Verfassungsblog.de* 18 Agosto 2014.
- BIEBER R.-MAIANI F., *Enhancing Centralized Enforcement of EU Law: Pandora's Toolbox?*, in *Common Market Law Review*, 51, 2014, p. 4 ss.
- BLACK E.R., *Divided loyalties*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 1975.

- BLAUBERGER M.-VAN HÜLLEN V., *Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?*, in *Journal of European Integration*, 43(1), 2021.
- BOGDANDY VON A., *Ways to Frame the European Rule of Law: Rechtsgemeinschaft, Trust, Revolution, and Kantian Peace*, in *European Constitutional Law Review*, 14, 2018, p. 675 ss.
- BOGDANDY VON A.-BOGDANOWICZ P.-CANOR I.-RUGGE G.-SCHMIDT M.-TABOROWSKI M., *Un potenziale momento costituzionale per lo Stato di diritto europeo: l'importanza delle linee rosse*, in A. VON BOGDANDY-P. BOGDANOWICZ-I. CANOR-C. GRABENWARTER-M. TABOROWSKI-M. SCHMIDT (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer, Berlino, 2021, p. 385 ss.
- BOGNETTI G., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1998.
- BOGNETTI G., *L'evoluzione del federalismo moderno e i diversi modelli dello Stato federale*, in A.M. PETRONI (a cura di), *Modelli giuridici ed economici per le Costituzioni europee*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 19 ss.
- BOGNETTI G., *L'oggetto e il metodo*, in P. CARROZZA-A. DI GIOVINE-G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2010.
- BOLOGNA C., *Stato federale e "National Interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna University Press, Bologna, 2010.
- BOLOGNA C., *Il caso Sebelius sulla riforma sanitaria: il federalismo alla prova dell'accountability*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2013, p. 371 ss.
- BONELLI M., *Constitutional Language and Constitutional Limits: The Court of Justice Dismisses the Challenges to the Budgetary Conditionality Regulation*, in *European Papers*, 7(2), 2022, p. 507 ss.
- BONINI M., *La costruzione degli Stati Uniti d'Europa fra condizionalità, Stato di diritto e identità costituzionale*, in *Democrazia e sicurezza*, 2, 2022, p. 11 ss.
- BÖRZEL T.A.-RISSE T., *Conceptualizing the Domestic Impact of Europe*, in K. FEATHERSTONE-C.M. RADAELLI (a cura di), *The Politics of Europeanization*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- BROUILLET E., *The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and Its Effect on the Balance of Power*, in N. ARONEY-J. KINCAID (a cura di), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, University of Toronto Press, Toronto, 2017, p. 135 ss.
- BRUN H.-TREMBLAY G., *Droit constitutionnel*, IV éd., Yvon Blais, Cowansville, 2002.
- BUGARIC B., *Protecting Democracy and the Rule of Law in the European Union: The Hungarian Challenge*, LEQS Paper, 79, 2014.
- BUIRA A., *An Analysis of IMF Conditionality*, Paper prepared for the XVI Tech-

- nical Group Meeting of the Intergovernmental Group of 24, Port of Spain (Trinidad and Tobago), 13-14 Febbraio 2003.
- BULMAN-POZEN J., *Federalism All the Way Up: State Standing and the New Process Federalism*, in *California Law Review*, 105(6), 2017, p. 1739 ss.
- BURGESS M., *Comparative Federalism: Theory and practice*, Routledge, Londra, 2006.
- BURKE T.A., *Ohio Lands – A Short History* (VIII ed.), State Auditor's Office, Columbus, 1996.
- CAHILL M.C., *Crotty after Pringle: The Revival of the Doctrine of Implied Amendment*, in *Irish Journal of European Law*, 17(1), 2014.
- CAIRNS A.C., *Charter Versus Federalism: The Dilemmas of Constitutional Reform*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 1991.
- CALHOUN J.C., *Selected Writings and Speeches*, H. LEE CHEEK JR., (a cura di), Gateway Books, Washington, 2003.
- CAMERON D.-SIMEON R., *Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 32(2), 2002, p. 49 ss.
- CAMERON J., *Legality, Legitimacy and Constitutional Amendment in Canada*, in R. ALBERT-D.R. CAMERON (a cura di), *Canada in the World: Comparative Perspectives on the Constitution of Canada*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 81 ss.
- CANOTILHO M.-VIOLANTE T.-LANCEIRO R., *Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law*, in *European Constitutional Law Review*, 11, 2015, p. 155 ss.
- CARVALE G., *Donald Trump e le città santuario: aspetti della dialettica federazione-Stati*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, p. 26 ss.
- CARBONI G.G., *Diritto alla salute e limiti finanziari nell'ordinamento federale canadese*, in E. CECCHERINI (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese*, Genova University Press, Genova, 2013, p. 149 ss.
- CASOLARI F., *Respect for the Rule of Law in a Time of Economic and Financial Crisis: the Role of Regional International Organizations in the Hungarian Affaire*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 23(1), 2014, p. 234 ss.
- CHALMERS D.-JACHTENFUCHS M.-JOERGES C., *The Retransformation of Europe*, in D. CHALMERS-M. JACHTENFUCHS-C. JOERGES (a cura di), *The end of the Eurocrats' dream*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- CHOUDHRY S., *The Enforcement of the Canada Health Act*, in *McGill Law Journal*, 41, 1996, p. 461 ss.
- CHOUDHRY S., *Bill 11, the Canada Health Act and the Social Union: The Need for Institutions*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 38(1), 2000, p. 39 ss.

- CHOUDHRY S., *Recasting Social Canada: A Reconsideration of Federal Jurisdiction over Social Policy*, in *University of Toronto Law Journal*, 52(3), 2002, p. 163 ss.
- CHOUDHRY S., *Constitutional Change in the 21st Century: A New Debate over the Spending Power*, in *Queen's Law Journal*, 34(1), 2008, p. 37 ss.
- COHEN D.S., *A Gun to Whose Head? Federalism, Localism, and the Spending Clause*, in *Dickinson Law Review*, 123, 2019, p. 421 ss.
- COLE R.L.-TAEBEL D.A., *The New Federalism: Promises, Programs, and Performance*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 16(1), 1986, p. 3 ss.
- COLE S.J., *The Federal Spending Power and Unconditional and Block Grants to State and Local Governments*, in *Clearinghouse Review*, 16, 1982-1983, p. 616 ss.
- COMAN R., *How have EU "fire-fighters" sought to douse the flames of the eurozone's fast – and slow-burning crises? The 2013 structural funds reform*, in *The British Journal of Politics and International Relations*, 20(3), 2018, p. 540 ss.
- COMBA M., *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia*, Jovene, Napoli, 1996.
- COMBA M., *Gli Stati Uniti d'America*, in P. CARROZZA-A. DI GIOVINE-G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 127 ss.
- CONLAN T., *Intergovernmental Relations in a Compound Republic: The Journey from Cooperative to Polarized Federalism*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 47(2), 2017, p. 171 ss.
- CONZUTTI A., *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2022, p. 725 ss.
- CONZUTTI A., *"In conditionality we trust". Riflessioni sulle condizionalità macroeconomiche introdotte dal recovery and resilience facility*, in *Rivista giuridica AmbienteDiritto.it*, 3, 2022.
- CORWIN E., *The Passing of Dual Federalism*, in *Virginia Law Review*, 36(1), 1950.
- COSTAMAGNA F., *Il Next Generation EU e la costruzione di una politica economica europea: quale ruolo per democrazia e solidarietà?*, in *I Post di AISDUE*, III (2021), Sezione "Atti convegni AISDUE", 3, 15 dicembre 2021.
- COSTAMAGNA F.-MIGLIO A., *Sanctions in the EMU Economic Pillar* in S. MONTALDO-F. COSTAMAGNA-A. MIGLIO (a cura di), *EU Law Enforcement – The Evolution of Sanctioning Powers*, Routledge, Londra, 2020.
- COURCHENE T.J., *Reflections on the Federal Spending Power: Practices, Principles, Perspectives*, in *IRPP Working Paper Series*, 2008-01.
- CRAIG P., *Pringle and Use of EU Institutions Outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance*, in *European Constitutional Law Review*, 9(2), 2013, p. 263 ss.

- CRAIG P., *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 20, 2013, p. 3 ss.
- CRAIG P.-DE BURCA G., *EU law, Text, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- CRAIG P.-MARKAKIS M., *Gauweiler and the Legality of Outright Monetary Transactions*, in *European Law Review*, 41, 2016.
- CREMONA M., *EU Enlargement: solidarity and conditionality*, in *European Law Review*, 30, 2005.
- CREMONA M., *The European Neighborhood Policy*, in A. OTT-E. VOS (a cura di), *50 Years of European Integration, Foundations and Perspectives*, TMC Asser Press, The Hague, 2008.
- CROCI F., *Solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea e governance economica europea*, Giappichelli, Torino, 2020.
- CUKANI E., *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.
- D'IGNAZIO G., *Federalismi a confronto: Canada e Stati Uniti*, in S. GAMBINO-C. AMIRANTE (a cura di), *Il Canada. Un laboratorio costituzionale*, Cedam, Padova, 2000.
- DALY T.G., *Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, 2019, p. 9 ss.
- DALY T.G., *Democracy and the Global Pandemic: Reshuffled Reputations and the Future of the 'Free World'*, in *Verfassungsblog.de*, 1 maggio 2021.
- DANI M.- MENÉNDEZ A.J., *Recovery Fund: dietro i sussidi il commissariamento?*, in *LaCostituzione.info*, 25 luglio 2020.
- DAVISSON J., *The General Welfare: Congress's Original Power to Fight Economic Inequality Under the Taxing and Spending Clause*, in *Georgetown Journal on Poverty Law and Policy*, XXIV(1), 2016, p. 89 ss.
- DAWSON M., *The legal and political accountability structure of post-crisis EU economic governance*, in *Journal of Common Market Studies*, 53(5), 2015, p. 976 ss.
- DAWSON M.-DE WITTE F., *Constitutional Balance in the EU After the Euro Crisis*, in *Modern Law Review*, 76(5), 2013, p. 817 ss.
- DAWSON M.-DE WITTE B.-MIUR E., *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013.
- DE BELLIS M., *I compromessi della Commissione nella difesa della rule of law: l'approvazione del piano di ripresa della Polonia*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2022, p. 927 ss.

- DE FEO A.-LAFFAN B. (a cura di), *EU Own Resource: Momentum for a Reform?*, European University Institute, Firenze, 2016.
- DE GREGORIO MERINO A., *The recovery plan: solidarity and the living Constitution*, in *EU Law live*, Weekend edition, 50, 2021, p. 2 ss.
- DE VERGOTTINI G., *Stato Federale*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, 1990.
- DE WITTE B., *The reform of the European Regional Fund*, in *Common Market Law Review*, 23(2), 1986, p. 419 ss.
- DE WITTE B., *The Integrated Mediterranean Programmes in the Context of Community Regional Policy*, EUI Working Paper LAW, 90/8, 1990.
- DE WITTE B., *Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG-G. DE BURCA (a cura di), *The Evolution of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 181 ss.
- DE WITTE B., *The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism*, Working Paper, Europapolitisk Analys/European Policy Analysis, 2011.
- DE WITTE B., *Euro crisis responses and the EU Legal Order: increased institutional variation or constitutional mutation?*, in *European Constitutional Law Review*, 11, 2015, p. 434 ss.
- DE WITTE B., *Constitutional challenges of the enlargement: Is further enlargement feasible without constitutional changes?*, Technical Report, Study of the European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate General for Internal Policies of the Union, PE 608.872, 2019.
- DEFFAA W., *The New Generation of Structural and Investment Funds – More than Financial Transfers?*, in *Intereconomics*, 51(3), 2016, p. 155 ss.
- DELLEDONNE G., *Usa e abuso delle relazioni finanziarie intergovernative durante il mandato di Donald Trump*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2, 2022.
- DERMINE P.-MARKAKIS M., *Bailouts, the legal status of Memoranda of Understanding, and the scope of application of the EU Charter: Florescu*, in *Common Market Law Review*, 55 (2), 2018, p. 643 ss.
- DI GREGORIO A., *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, in *Associazione DPCE*, 17 settembre 2018.
- DI GREGORIO A. (con la collaborazione di A. ANGELI-J. SAWICKI), *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, in A. DI GREGORIO (a cura di), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Cedam-Wolters Kluwer, Padova-Milano, 2019, p. 365 ss.
- DILGER R.-CECIRE M., *Federal Grants to State and Local Governments: A Historical Perspective on Contemporary Issues*, Congressional Research Service, aggiornato al 22 maggio 2019.

- DREHER A.-VAUBEL R., *The Causes and Consequences of IMF Conditionality*, in *Emerging Markets Finance and Trade*, 40(3), 2004, p. 26 ss.
- DRINÓCZI T.-BIEŃ-KACAŁA A., *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, in *German Law Journal*, 20(8), 2019, p. 1140 ss.
- DUFFEY D.P., *The Northwest Ordinance as a Constitutional Document*, in *Columbia Law Review*, 95(5), 1995, p. 929 ss.
- ELAZAR D., *The American Partnership, Intergovernmental Cooperation in the Nineteenth-Century United States*, University of Chicago Press, Chicago, 1962.
- ELAZAR D., *Exploring federalism*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 1987.
- ELAZAR D., *Cooperative Federalism*, in D.A. KENYON-J. KINCAID (a cura di), *Competition among States and Local Governments: Efficiency and Equity in American Federalism*, The Urban Institute Press, Washington, 1992.
- ELIOT J., *Magnet, The Constitutional Distribution of Taxation Power in Canada*, in *Ottawa Law Review*, 10, 1978, p. 473 ss.
- ENGDAHL D.E., *The Spending Power*, in *Duke Law Journal*, 44, 1994.
- ENGSTROM D.F., *Drawing Lines Between Chevron and Pennhurst: A Functional Analysis of the Spending Power, Federalism, and the Administrative State*, in *Texas Law Review*, 82, 2004, p. 1197 ss.
- EPSTEIN R.A., *Foreword: Unconstitutional Conditions, State Powers, and the limits of Consent*, in *Harvard Law Review*, 102, 1988-1989, p. 4 ss.
- EPSTEIN R.A., *The Classical Liberal Constitution Vindicated*, in *New York University Journal of Law & Liberty*, 8, 2014, p. 743 ss.
- EPSTEIN R.A.-SEDELMEIER U., *International Influence beyond Conditionality*, Routledge, Londra, 2009.
- EVANS D., *Pork Barrel Politics*, in G.C. EDWARDS III-F.E. LEE-E. SCHICKLER (a cura di), *The Oxford Handbook of The American Congress*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 315 ss.
- EVERSON M.-JOERGES C., *Who is the Guardian for Constitutionalism in Europe after the Financial Crisis?*, LEQS Paper, 63, 2013.
- FABBRINI F., *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German law Journal*, 16(4), 2015, p. 1003 ss.
- FABBRINI F., *Economic Governance in Europe: Comparative Paradoxes and Constitutional Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- FABBRINI S., *Il Recovery Fund e l'unione fiscale*, in *Luiss open*, 26 maggio 2020.
- FAHEY E.-BARDUTZKY S., *Judicial Review of Eurozone Law: The Adjudication of Postnational Norms in EU Courts, Plural – A Casestudy of the European Stability Mechanism*, in *Michigan Journal of International Law*, 34, 2013.

- FARAGUNA P., *Identità costituzionale e diritto internazionale generale*, in G. PUMA (a cura di), *Diritto internazionale e sistema delle fonti. Tra modello accentrato e modello diffuso del controllo di costituzionalità*, Cacucci, Bari, 2020, p. 39 ss.
- FARAGUNA P.-DRINÓCZI T., *Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *Verfassungsblog.de*, 21 febbraio 2022.
- FARBER D.A., *Another View of the Quagmire: Unconstitutional Conditions and Contract Theory*, in *Florida Law Review*, 33, 2006, p. 913 ss.
- FARRELL H.-HERITIER A. (a cura di), *Contested Competences in Europe: Incomplete Contracts and Interstitial Institutional Change*, in *West European Politics*, 30(2), 2007, p. 227 ss.
- FASONE C., *Canada as an “importer” and as an “exporter” of federal arrangements: A view from Europe*, in *DPCE online*, 1, 2019, p. 643 ss.
- FASONE C., *Le conclusioni del Consiglio europeo straordinario del 21 luglio 2020: una svolta con diverse zone d'ombra*, in *Diritti Comparati*, 29 luglio 2020.
- FASONE C.-LINDSETH P., *Europe's Fractured Metabolic Constitution: From the Eurozone Crisis to the Coronavirus Response*, iSOG Working Paper, 61, ottobre 2020.
- FERNANDES S.-RUBIO E., *Solidarity within the Eurozone: how much, what for, for how long?*, *Notre Europe Policy Paper*, 51, 2012.
- FERRARI G.F., *Il federalismo fiscale nella prospettiva comparatistica*, in *Il federalismo fiscale alla prova dei decreti delegati*, Giuffrè, Milano, 2012.
- FIERRO E., *The EU's Approach to Human Rights Conditionality in Practice*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2003.
- FINNIGAN T., *All About Pork: The Abuse of Earmarks and the Needed Reforms*, in *Policy Briefing Series*, 7 marzo 2007.
- FISCHER L.W., *Contracting around the Constitution: an Anticommodificationist Perspective on Unconstitutional Conditions*, in *Journal of Constitutional Law*, 21(5), 2019, p. 1167 ss.
- FISHER LESCANO A., *Human Rights in Times of Austerity Policy*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2014.
- FISICARO M., *Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values*, in *European Papers*, 4(3), 2019, p. 695 ss.
- FONTANELLI F., *Hic Sunt Nationes: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog: Court of Justice of the European Union: Judgment of 26 February 2013, Case C-617/10 Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, in *European Constitutional Law Review*, 9(2), 2013, p. 315 ss.
- FOUCAULT M., *The Subject and the Power*, 1982, trad. it. *Il soggetto e il potere*, in H.L. DREYFUS-P. RABINOW, *La ricerca di Michel Foucault. Analitica della verità e storia del presente*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1989, p. 235 ss.

- FOUCAULT M., *Governmentality*, in J.D. FAUBION (a cura di), *Essential Works*, vol. 3, New Press, New York, 2000.
- FOUCAULT M., *Nascita della biopolitica. Corso al College de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2004.
- FRENCH J.R.P.-RAVEN B., *The bases of social power*, in D. CARTWRIGHT (a cura di), *Studies in social power*, Research Center for Group Dynamics, Institute for Social Research, University of Michigan, Ann Arbor (MI), 1959.
- FRIEDRICH C.J., *Trends of federalism in theory and practice*, Praeger, New York, 1968.
- GALBRAITH J.K., *The anatomy of power*, Houghton Mifflin, Boston, 1983.
- GARBEN S., *Confronting the Competence Conundrum: Democratizing the European Union through an Expansion of its Legislative Powers*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 35(1), 2015.
- GARDBAUM S.A., *Nature of Preemption*, in *Cornell Law Review*, 79, 1994.
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F.-POIRIER J., *From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism*, in P. OLIVIER-P. MACKLEM-N. DES ROSIERS (a cura di), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 391 ss.
- GAUTHIER E., *Spending Power, Social Policy, and the Principle of Subsidiarity*, in *Review of Constitutional Studies/Revue d'études constitutionnelles*, 22(2), 2017, p. 261 ss.
- GEORGIU C., *Europe's 'Hamiltonian moment'? On the political uses and explanatory usefulness of a recurrent historical comparison*, in *Economy and Society*, 51(1), 22, p. 138 ss.
- GIANELLO S., *Il Regolamento 2020/2092 alla prova concreta dei fatti: alcune indicazioni significative a partire dalla sua attivazione contro l'Ungheria*, in *DPCE online*, 52(2), 2022, p. 661 ss.
- GIANELLO S., *Le sentenze C-156/21 e C-157/21: l'identità europea e la condizionalità secondo la Corte di giustizia*, in *Democrazia e sicurezza*, 2, 2022, p. 95 ss.
- GLUCK A.R.-SCOTT-RAILTON T., *Affordable Care Act Entrenchment*, in *The Georgetown Law Journal*, 108, 2020, p. 495 ss.
- GOELZHAUSER G.-KONISKY D.M., *The State of American Federalism 2018-2019: Litigation, partisan polarization, and the administrative presidency*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 2019, 49(3), 2019, p. 379 ss.
- GOELZHAUSER G.-KONISKY D.M., *The State of American Federalism 2019-2020: Polarized and Punitive Intergovernmental Relations*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 50(3), 2020, p. 311 ss.

- GOLDMANN M., *The Great Recurrence: Karl Polanyi and the crises of the European Union*, in *European Law Journal*, 23, 2017, p. 272 ss.
- GOLDMANN M., *The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism?*, in *German Law Journal*, 21, 2020, p. 1058 ss.
- GOLDNER LANG I., *The Rule of Law, the Force of Law and the Power of Money in the EU*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 16, 2020.
- GOLDSTEIN M., *IMF Structural Conditionality: How Much Is Too Much?*, Institute for International Economics Working Paper, 01-04.
- GREER A., *Agricultural Policy in Europe*, Manchester University Press, Manchester, 2005.
- GRODZINS M., *The American System*, Rand McNally, Chicago, 1966.
- GROPPI T., *I rapporti finanziari Federazione-Province in Canada*, in V. ATRIPALDI, R. BIFULCO (a cura di), *Federalismi fiscali e costituzioni*, Giappichelli, Torino, 2001.
- GROPPI T., *Canada*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- GUERRA MARTINS A.M., *Constitutional Judge, Social Rights and Public Debt Crisis: The Portuguese Constitutional Case Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22(5), 2015, p. 678 ss.
- HABERMAS J., *The Crisis of the European Union: A Response*, Polity Press, Cambridge, 2013.
- HALMAI G., *Abuse of constitutional identity: the Hungarian constitutional court on interpretation of article E) (2) of the fundamental law*, in *Review of Central and East European Law*, 43(1), 2018, p. 23 ss.
- HALMAI G., *The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality*, in *Hague Journal of the Rule of Law*, 11, 2019, p. 171 ss.
- HALMAI G.-MÉSZÁROS G.-SCHEPPELE K.L., *So It Goes – Part I*, in *Verfassungsblog.de*, 19 novembre 2020.
- HAMBURGER P., *Unconstitutional Conditions: The Irrelevance of Consent*, in *Virginia Law Review*, 98, 2012, p. 479 ss.
- HAMILTON A., *Report on the Subject of Manufactures, (made in his capacity of Secretary of the Treasury)*, Potter Publishing Company, 1892, versione digitale, University of Michigan, 2011.
- HAYDAY M., *Bilingual today, united tomorrow*, McGill-Queen's University Press, Toronto, 2005.
- HEINEMANN F., *Going for the Wallet? Rule-of-Law Conditionality in the Next EU Multiannual Financial Framework*, in *Intereconomics*, 53, 2018, p. 297 ss.
- HERTIER A., *Quo vadis, Europa?: five paths, their plausibility and impact*, in Working Paper, EUI RSC, 2021/49, The European Governance and Politics Programme (EGPP), 2021.

- HERITIER A.-KERVER D.-KNILL C.-LEHMKUH D.-TEUTSCH M., *Differential Europe: The European Union Impact on National Policymaking*, Rowman and Littlefield Publishers, Boulder, 2001.
- HIBBARD B.H., *A History of the Public Land Policies*, The Macmillan Company, New York, 1924.
- HINAREJOS A., *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- HIRSCHL R., *Comparative Matters*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- HIRSCHL R., *Opting Out of 'Global Constitutionalism'*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 12(1), 2018, p. 1 ss.
- HIRSCHL R., *City, State: Constitutionalism and the Megacity*, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- HOBSON P.-ST. HILAIRE F., *Reforming Federal-Provincial Fiscal Arrangements: Towards Sustainable Federalism*, Institute for Research on Public Policy, Montreal, 1994.
- HOFMANN H.C.H., *Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and the European Economic and Monetary Union*, Working Paper, 19 giugno 2015.
- HOGG P.W., *Constitutional Law in Canada*, Carswell, Toronto, 2017.
- HOGG P.W.-WRIGHT W.K., *Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate about Canadian Federalism*, in *UBC Law Review*, 38(2), 2005.
- HONICKMAN A., *Watertight Compartments: Getting Back to the Constitutional Division of Powers*, in *Alberta Law Review*, 55(1) 2017, p. 225 ss.
- HUEGLIN T., *The bargaining game: Canada as a new model of federal governance?*, in G. APPLEBY-N. ARONEY-T. JOHN (a cura di), *The Future of Australian Federalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- HUSA J., *Interdisciplinary Comparative Law. Rubbing Shoulders with the Neighbours or Standing Alone in a Crowd*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2022.
- IACOMETTI M., *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013.
- IOANNIDIS M., *EU Financial Assistance Conditionality after 'Two Pack'*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 4, 2014, p. 61 ss.
- IOANNIDIS M., *Europe's new transformations: how the EU economic constitution changed during the eurozone crisis*, in *Common Law Market Review*, 53(5), 2016, p. 1237 ss.
- IOANNIDIS M.-VON BOGDANDY A., *Systemic deficiency in the rule of law: What*

it is, what has been done, what can be done, in *Common Market Law Review*, 51(1), 2014, p. 59 ss.

JAKAB A.-KOCHENOV D. (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

JOERGES C., *Pereat Iustitia, Fiat Mundus: What is Left of the European Economic Constitution after the OMT-Litigation?*, ZenTra Working Paper in Transnational Studies, 60, 2015.

JOERGES C.-GLINSKI C. (a cura di), *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance: Authoritarian Managerialism versus Democratic Governance*, Hart Publishing, London, 2014.

KADEN L.B., *Politics, Money, and State Sovereignty: The Judicial Role*, in *Columbia Law Review*, 79(5), 1979, p. 847 ss.

KAPUR D.-NAIM M., *The IMF and democratic governance*, in *Journal of Democracy*, 16(1), 2005.

KELEMEN R.D., *Appeasement, ad infinitum*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 29(2), 2022, p. 177 ss.

KELEMEN R.D.-SCHELPELE K.L., *How to Stop Funding Autocracy in the EU*, in *Verfassungsblog.de*, 10 settembre 2018.

KELLOCK B.-LEROY S., *Questioning the legality of the Spending Power*, Fraser Institute Paper, 89, 2007.

KENNY D.-PIN A., *Sovranità e Federalismo*, in G. D'IGNAZIO (a cura di), *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 2020, p. 175 ss.

KHAITAN T., *Executive Aggrandizement in Established Democracies: A Crisis of Liberal Democratic Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 17(1), 2019, p. 342 ss.

KILLICK T., *Conditionality: The Political Economy of Policy Change*, Routledge, Londra, 1998.

KILPATRICK C., *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, in *European Constitutional Law Review*, 10(3), 2014, p. 393 ss.

KILPATRICK C., *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 35, 2015, p. 2 ss.

KILPATRICK C., *The EU and its Sovereign Debt Programs: The Challenge of Liminal Legality*, EUI Working Paper Law, 14, 2017, p. 1.

KINCAID J., *From Cooperative to Coercive Federalism*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 509(1), 1990, p. 139 ss.

KINCAID J., *From Dual to Coercive Federalism in American Intergovernmental*

- Relations*, in J.S. JUN-D.S. WRIGHT (a cura di), *Globalization and Decentralization: Institutional Contexts, Policy Issues, and Intergovernmental Relations in Japan and the United States*, Georgetown University Press, Washington D.C., 1996.
- KINCAID J., *Introduction: The Trump Interlude and the States of American Federalism*, in *State and Local Government Review*, 49(3), 2017, p. 156 ss.
- KIRST N., *Rule of Law Conditionality: The Long-awaited Step Towards a Solution of the Rule of Law Crisis in the European Union?*, in *European Papers*, 6(1), 2021, p. 101 ss.
- KIRST N., *Rule of Law Conditionality before the Court: A Judgement of Constitutional Nature*, in *EU Law Live*, Weekend Edition, 91, 2022, p. 7 ss.
- KNOBLAUCH H.C.-LAW E.M.-MEYER W.P., *State agricultural experiment stations: a history of research policy and procedure*, U.S. Department of Agriculture, Misc. Pub. No. 904, Washington D.C., 1962.
- KOCH S., *A Typology of Political Conditionality Beyond Aid: Conceptual Horizons Based on Lessons from the European Union*, in *World Development*, vol. 75, 2015.
- KOCHENOV D., *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008.
- KONG H.L., *The Spending Power in Canada*, in P. OLIVER-P. MACKLEM-N. DES ROSIERS, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- KOSAŘ D.-BAROS J.-DUFEK P., *The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism*, in *European Constitutional Law Review*, 15(3), 2019, p. 427 ss.
- KRYGIER M., *The Challenge of Institutionalisation: Post-Communist 'Transitions', Populism, and the Rule of Law*, in *European Constitutional Law Review*, 15, 2019, p. 544 ss.
- LA PERGOLA A., *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1969.
- LACNY J., *Suspension of EU Funds Paid to Member States Breaching the Rule of Law: Is the Commission's Proposal Legal?*, in A. VON BOGDANDY et al. (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer, Berlino, 2021.
- LAJOIE A., *Current Exercises of the 'Federal Spending Power': What does the constitution say about them*, in *Queen's Law Journal*, 34, 2008, p. 141 ss.
- LARSEN S.L., *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- LASCH C.N.-LINUS CHAN R.-EAGLY I.V.-HAYNES D.F.-LAI A.-MCCORMICK

- E.M.-STUMPF J.P., *Understanding “Sanctuary Cities”*, in *Boston College Law Review*, 58, 2018, p. 1703 ss.
- LAWSON G., *The Rise and the Rise of the Administrative State*, in *Harvard Law Review*, 107(6), 1994, p. 1231 ss.
- LAZAR H., *The Social Union Framework Agreement: Lost Opportunity or New Beginning?*, Harvey Lazar Institute of Intergovernmental Relations Queen’s University, School of Policy Studies Working Papers, 2000-08.
- LAZAR H., *Toward a New Mission Statement for Canadian Fiscal Federalism*, School of Policy Studies, Mc-Gill-Queen’s University Press, Montreal & Kingston, 2000.
- ŁAZOWSKI A., *European Union Do Not Worry, Croatia Is Behind You: A Commentary on the Seventh Accession Treaty*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 8, 2012.
- LEINO P.-PETROV P., *Between “Common Values” and Competing Universals – The Promotion of the EU’s Common Values through the European Neighbourhood Policy*, in *European Law Journal*, 15(5), 2009, p. 654 ss.
- LENAERTS K.-CAMBIEN N., *Regions and the European Court: giving shape to the regional dimension of the Member States*, in *European Law Review*, 35(5), 2010, p. 605 ss.
- LEVI L., (voce) *Federalismo*, in *Enciclopedia Treccani*, 1964.
- LIONELLO L., *Establishing a budgetary capacity in the Eurozone. Recent proposals and legal challenges*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24(6), 2017, p. 822 ss.
- LOPEZ E.A., *Constitutional Background to the Social Security Act of 1935*, in *Social Security Bulletin*, 50(1), 1987.
- LOUGHLIN M., *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- LOUGHLIN M., *Against constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2022.
- LUSZTIG M., *Constitutional Paralysis: Why Canadian Constitutional Initiatives Are Doomed to Fail*, in *Canadian Journal of Political Science*, 27, 1994, p. 747 ss.
- MACDONALD R.A., *...Meech Lake to the Contrary Notwithstanding (Part I)*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 29, 1991, p. 253 ss.
- MACDONALD R.A., *The political economy of the federal spending power*, in *Queen’s Law Journal*, 34, 2008, p. 249 ss.
- MANN M., *The Sources of Social Power*, vol. 2: *The Rise of Classes and Nation States, 1760-1914*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.
- MANN M., *The Sources of Social Power*, vol. 3: *Globalizations, 1945-2011*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

- MANZELLA G.P.-MENDEZ C., *The turning points of EU Cohesion policy*, Report Working Paper, gennaio 2009.
- MARGULIES P., *Deconstructing 'Sanctuary Cities': The Legality of Federal Grant Conditions That Require State and Local Cooperation on Immigration Enforcement*, in *Washington and Lee Law Review*, 75, 2018, p. 1057 ss.
- MARTÍNEZ D.E.-MARTÍNEZ-SCHULDT R.D.-CANTOR G., *Providing Sanctuary or Fostering Crime? A Review of the Research on "Sanctuary Cities" and Crime*, in *Sociology Compass*, 12(1), 2018.
- MARTINICO G., *Constitutionalism as a 'resource': a constitutional approach to the development debate*, in *International Journal of Public Law and Policy*, 1(2), 2011, p. 154 ss.
- MARTINICO G., *EU Crisis and Constitutional Mutations: A Review Article* in *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 165, 2014, p. 247 ss.
- MARTINICO G., *The Federal Language and the European Integration Process The European Communities viewed from the US*, in *Politique Européenne*, 3, 2016, p. 38 ss.
- MARTINICO G., *Il federalismo dei vinti. Appunti sul pensiero di John Calhoun*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2017, p. 99 ss.
- MARTINICO G., *La genesi 'mista' dell'ordinamento canadese*, in G. DELLEDONNE-G. MARTINICO-L. PIERDOMINICI (a cura di), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa University Press, Pisa, 2017, p. 15 ss.
- MARTINICO G., *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, Giappichelli, Torino, 2019.
- MARTINICO G., *Il contributo di Antonio Zorzi Giustiniani al dibattito sul federalismo in chiave comparata*, in *Nomos*, 2, 2022.
- MARTINS R.M.-MAWSON J., *The Programming of Regional Development in the EC: Supranational or International Decision-making?*, in *Journal of Common Market Studies*, 20(3), 1982, p. 229 ss.
- MASSARO T.M.-MILCZAREK-DESAI S., *Constitutional Cities, Sanctuary Jurisdictions, Local Voice, and Individual Liberty*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 50, 2018, p. 1 ss.
- MASTROIANNI R.-PEZZA A., *Striking the Right Balance: Limits on the Right to Bring an Action Under Article 263(4) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, in *American University International Law Review*, 30(4), 2015, p. 743 ss.
- MATHEN C.-MACKLEM P., *Canadian Constitutional Law*, VI ed., Emond Publishing, Toronto, 2022.

- MAZMANYAN A., *The Promise of European Integration. Improving the Quality of Democracy in the European Neighborhood*, European University Institute (EUI), Department of Law, EUI-LAW Working Papers, 2009.
- MCCOY T.R.-FRIEDMAN B., *Conditional Spending: Federalism's Trojan Horse*, in *Supreme Court Review*, 1988, p. 85 ss.
- MCCURLEY R., *Federally Mandated State Legislation*, National Conference of State Legislatures, Denver, 1990.
- MCKENNA M.C., *Franklin D. Roosevelt and the Great Constitutional War: The Court Packing Crisis of 1937*, Fordham University Press, New York, 2002.
- MCROBERTS K.-MONAHAN P.J. (a cura di), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 1993.
- MEISSNER K.L.-MCKENZIE L., *The paradox of human rights conditionality in EU trade policy: when strategic interests drive policy outcomes*, in *Journal of European Public Policy*, 26(9), 2019, p. 1273 ss.
- MELICA L., *L'Unione incompiuta*, Jovene, Napoli, 2015.
- MENDELSON M.-MCLEAN J., *SUFA's Double Vision: Citizen Engagement and Intergovernmental Collaboration*, in *Policy Options*, April 2000.
- MENY Y., *Should the Community Regional Policy be scrapped?*, in *Common Market Law Review*, 19(3), 1982, p. 373 ss.
- MILL J.S., *Principles of Political Economy* (1848), vol. II, V.III.1, Londra, 1889.
- MIZERK D.J., *The Coercion Test and Conditional Federal Grants to the States*, in *Vanderbilt Law Review*, 40, 1987, p. 1159 ss.
- MOSTACCI E., *Commerce power e federalizing process. Il governo dell'economia nell'evoluzione dei federalismi di common law*, Egea, Milano, 2018.
- MULLER J.W., *Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?*, in *European Law Journal*, 21(2), 2015, p. 141 ss.
- MUSGRAVE R., *The Theory of Public Finance.*, McGraw-Hill, New York, 1959.
- NASCIMBENE B., *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 2, 2022, p. 114 ss.
- NEYLAND L.W., *Historically Black Land-Grant Institutions and the Development of Agriculture and Home Economics, 1890-1990*, Florida A. and M. Univ. Foundation, Inc., Tallahassee, 1990.
- NGUYEN T., *The EU's new rule of law mechanism – How it works and why the 'deal' did not weaken it*, Jacques Delors Centre – Policy Brief, 17 dicembre 2020.
- NOËL A., *Without Quebec: Collaborative Federalism with a Footnote?*, in *Policy Matters*, 1(2), 2000.
- NOËL A., *How Do You Limit a Power That Does Not Exist*, in *Queen's Law Journal*, 34, 2008, p. 391 ss.

- NORDBERG ORFIELD M., *Federal Land Grants to the States With Special Reference to Minnesota*, Bulletin of the University of Minnesota, Minneapolis, 1915.
- NOUTCHEVA G., *European Foreign Policy and the Challenges of Balkan Accession*, Routledge, Londra, 2012.
- O'NEIL R.M., *Unconstitutional Conditions: Welfare Benefits with Strings Attached*, in *California Law Review*, 54(2), 1966, p. 443 ss.
- O'SULLIVAN L. (a cura di), *Lectures in the History of Political Thought (Michael Oakeshott Selected Writings)*, Imprint Academic, Thorverton, 2007.
- OLIVER P., *Fiscal Federalism and the Federal Spending Power: A Legal and Constitutional Analysis*, in D. BÉLAND-E. CHAMPAGNE-A. LECOURS-T. TOMBE (a cura di), *Fiscal Federalism in Canada*, University of Toronto Press, forthcoming 2023.
- OOMEN B., *Human Rights Cities: The Politics of Bringing Human Rights Home to the Local Level*, in J. HANDMAKER-K. ARTS (a cura di), *Mobilising International Law for 'Global Justice'*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 208 ss.
- OOMEN B.-DAVIS M.-GRIGOLO M., (a cura di), *Global Urban Justice: The Rise of Human Rights Cities*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- PALERMO F., *Divided We Stand. L'asimmetria negli ordinamenti composti*, in A. TORRE-L. VOLPE-G. CERRINA FERONI-E. CECCHERINI-A. RINELLA-M. CARDUCCI-C. CASONATO-T.E. FROSINI (a cura di), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, Giapichelli, Torino, 2007, p. 149 ss.
- PALERMO F.-KÖSSLER K., *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017.
- PASSCHIER R.-STREMLER M., *Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 5(2), 2016, p. 337 ss.
- PECH L., *The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox*, Reconnect, Working Paper, 7, marzo 2020.
- PECH L., *Covering Up and Rewarding the Destruction of the Rule of Law One Milestone at a Time*, in *Verfassungsblog.de*, 21 giugno 2022.
- PECH L.-SCHEPPELE K.L., *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19, 2017, p. 3 ss.
- PERRY CLARK J., *The Rise of a New Federalism: Federal-State Cooperation in the United States*, Columbia University Press, New York, 1938.

- PETTER A., *Meech Ado About Nothing? Federalism, Democracy and the Spending Power*, in K.E. SWINTON-C.S. ROGERSON (a cura di), *Competing Constitutional Visions*, Carswell, Toronto, 1988, p. 187 ss.
- PETTER A., *Federalism and the Myth of the Federal Spending Power*, in *Canadian Bar Review*, 68, 1989, p. 448 ss.
- PHILIPS S.D., *SUFA and Citizen Engagement: Fake or Genuine Masterpiece?*, in *Policy Matters*, 2(7), 2001.
- PIN A., *Il rule of law come problema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 61 ss.
- PIN A., *Città-Stato e città-santuario: residenti o utenti?*, in F. PIZZOLATO-G. RIVOSECCI-A. SCALONE (a cura di), *Le città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 119 ss.
- PINELLI C., *Conditionality and Enlargement in Light of the EU Constitutional Developments*, in *European Law Journal*, 10, 2004, p. 3 ss.
- PINELLI C., *Conditionality and Economic Constitutionalism in the Eurozone*, in *Italian Journal of Public Law*, 2019, p. 22 ss.
- PINELLI C., *Le corti europee (nella crisi dell'Unione)*, in www.europeanrights.eu.
- PISANESCHI A., *Legittimo secondo la Corte di Giustizia il piano di allentamento monetario (OMT) della BCE. Una decisione importante anche in relazione alla crisi greca*, in *Federalismi.it*, 13, 2015.
- POHJANKOSKI P., *The Unveiling of EU's Constitutional Identity: Judgments in C-156/21, Hungary v. Parliament and Council and C-157/21, Poland v. Parliament and Council*, in *EU law live*, Weekend edition, 91, 2022, p. 3 ss.
- POIARES MADURO M., *L'io sociale dell'Europa: 'La malattia fino alla morte'*, in J. SHAW (a cura di), *Social Law and Policy in an Evolving EU*, Hart Publishing, Londra, 2000.
- POIARES MADURO M.-KAHN P.W. (a cura di), *Democracy in Times of Pandemic*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.
- POIRIER J., *Federalism, Social Policy and Competing Visions of the Canadian Social Union*", in *National Journal of Constitutional Law*, 14, 2002, p. 355 ss.
- POIRIER J., *From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism*, in P. OLIVIER-P. MACKLEM-N. DES ROSIERS (a cura di), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 391 ss.
- POIRIER J., *The Pan-Canadian Securities Regulation Reference: Dualist Federalism to the Rescue of Cooperative Federalism*, in *Supreme Court Law Review*, 94, 2020, p. 85 ss.
- POIRIER J.-SAUNDERS C.-KINCAID J., *Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- POLLACK M.A., *Creeping Competence: The Expanding Agenda of the European Community*, in *Journal of Public Policy*, 14(2), 1994.

- PORTONERA G., *Antonin Scalia*, IBL Libri, Torino, 2022.
- POSNER E.-VERMEULE A., *Interring the Nondelegation Doctrine*, in *Chicago Law Review*, 69, 2002, p. 1721 ss.
- POSNER P., *The Politics of Coercive Federalism in the Bush Era*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 37(3), 2007, p. 390 ss.
- POULOU A., *The liability of the EU in the ESM framework*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24(1), 2017, p. 127 ss.
- POWELL C., *Blue States, Red States: The United States?*, in *Maryland Journal of International Law*, 35, 2021, p. 134 ss.
- PREUSS U.-K., *Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?*, in P. DOBNER-M. LOUGHLIN (a cura di), *The Twilight Of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 23 ss.
- RAPPAPORT M., *A Stronger Separation of Powers for Administrative Agencies*, in *The Regulatory Review*, 18 dicembre 2019.
- RINELLA A., *Ripartizione di competenze e deficit democratico. Canada e Comunità europea: note preliminari per una comparazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 1999, p. 42 ss.
- ROSENBERG C.E., *The Adams Act: Politics and the Cause of Scientific Research*, in *Agricultural History*, 38(1), 1964, p. 3 ss.
- ROSENTHAL D.B.-HOEFLER J.M., *Competing Approaches to the study of American Federalism and Intergovernmental Relations*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 19(1), 1989.
- ROSSI DAL POZZO F., *Riforma della Politica agricola comune, "Trattato costituzionale" e prospettive future*, in E. CASADEI-G. SGARBANTI (a cura di), *Il nuovo diritto agrario comunitario: Riforma della politica agricola comune, allargamento dell'Unione, costituzione europea, diritto alimentare e vincoli internazionali*, Giuffrè, Milano, 2005.
- SADURSKI W., *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- SALMONI F., *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, p. 51 ss.
- SALMONI F., *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2021.
- SANGIOVANNI A., *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 33(2), 2013, p. 213 ss.
- SASSE G., *The politics of EU conditionality: the norm of minority protection during and beyond EU accession*, in *Journal of European Public Policy*, 15(6), 2008, p. 842 ss.

- SAYERS A.M.- BANFIELD A.C., *The evolution of federalism and executive power in Canada and Australia*, in A. BENZ-J.BROSCHKEK, (a cura di), *Federal Dynamics: Continuity, Change, and the Varieties of Federalism*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 185 ss.
- SCARCIGLIA R., *Diritto globale e metodologia comparativa: verso un approccio verticale?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2015, p. 1011 ss.
- SCHARPF F., *Governing in Europe. Effective and Democratic?*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- SCHAUER F., *Too Hard: Unconstitutional Conditions and the Chimera of Constitutional Consistency*, in *Denver Law Review*, 72, 1995, p. 989 ss.
- SCHEININ M.-MOLBAEK-STEENSIG H., *Pandemics and Human Rights: Three Perspectives on Human Rights Assessment of Strategies against COVID-19*, EUI Working Paper, 01, 2021.
- SCHEPPELE K.L., *Autocratic Legalism*, in *University of Chicago Law Review*, 85(2), 2018, p. 545 ss.
- SCHEPPELE K.L.-MÉSZÁROS G., *Trusting Hungary with Billions of Euros: Still a Big Risk (Hungary's Anti-Corruption Program, Part IV)*, in *Verfassungsblog.de*, 18 novembre 2022.
- SCHEPPELE K.L.-MORIEN J., *Are Hungary's EU Funds Being Cut (or Not)? Funding Confusions, Separate Tracks and What May Lie Ahead*, in *Verfassungsblog.de*, 14 novembre 2022.
- SCHEPPELE K.L.-PECH L.-PLATON S., *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *Verfassungsblog.de*, 13 dicembre 2020.
- SCHEPPELE K.L.-KOCHENOV D.-GRABOWSKA-MOROZ B., *EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, vol. 39, 2020.
- SCHIMMELFENNIG F.-SEDELMEIER U., *Governance by conditionality: EU rule transfer to the candidate countries of Central and Eastern Europe*, in *Journal of European Public Policy*, 114, 2004, p. 661 ss.
- SCHIMMELFENNIG F.-SEDELMEIER U., *Introduction: Conceptualizing the Europeanization of Central and Eastern Europe*, Cornell University Press, Ithaca-New York, 2005.
- SCHIMMELFENNIG F.-SEDELMEIER U., *The Europeanization of Eastern Europe: the external incentives model revisited*, in *Journal of European Public Policy*, 27(6), 2020, p. 814 ss.
- SCHIMMELFENNIG F.-ENGERT S.-KNOBEL H., *Cost, Commitment and Compliance: The Impact of EU Democratic Conditionality on Latvia, Slovakia and Turkey*, in *Journal of Common Market Studies*, 41(3), 2003, p. 495 ss.

- SCHMIDT V., *Europe's Crisis of Legitimacy. Governing by Rules and Ruling by Numbers in the Eurozone*, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- SCHÜTZE R., *From dual to cooperative federalism. The changing structure of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- SCHWARTZ B., *Fathoming Meech Lake*, in *Manitoba Law Journal*, 17, 1987, p. 1 ss.
- SCHWEPPE A.J., *Congress and the "General Welfare"*, in *American Bar Association Journal*, 67(10), 1981, p. 1277 ss.
- SCHWINN S.D., *The Framers' Federalism and the Affordable Care Act*, in *Connecticut Law Review*, 44(4), 2012, p. 1074 ss.
- SCOTT F.R., *The Constitutional Background of Taxation Agreements*, in *The McGill Law Journal*, 2(1), 1955.
- SCOTT F.R., *Essays on the Constitution*, University of Toronto Press, Toronto, 1977.
- SEDELMEIER U., *After conditionality: post accession compliance with EU law in East Central Europe*, in *Journal of European Public Policy*, 15(6), 2008, p. 806 ss.
- SIMEON R., *Meech Lake and Shifting Conceptions of Canadian Federalism*, in *Canadian Public Policy*, 14, 1988, p. S7 ss.
- SIMEON R., *Aspetti istituzionali del federalismo canadese*, in AA.VV., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 55 ss.
- SIMEON R.-ROBINSON I., *State, Society, and the Development of Canadian Federalism*, University of Toronto Press, Toronto, 1990.
- SMILEY D.V., *The Rowell – Sirois Report, Provincial Autonomy, and Post-war Canadian Federalism*, in *Canadian Journal of Economics and Political Science*, 28(1), 1962, p. 54 ss.
- SMITH K.E., *The Evolution and Application of EU Membership Conditionality*, in M. CREMONA (a cura di), *The Enlargement of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- SOLOMON B., *FDR v. The Constitution: The Court-Packing Fight and The Triumph Of Democracy*, Walker & Company, New York, 2009.
- SOMIN I., *Making Federalism Great Again: How the Trump Administration's Attack on Sanctuary Cities Unintentionally Strengthened Judicial Protection for State Autonomy*, in *Texas Law Review*, 97, 2019, p. 1247 ss.
- SOMMA A., *La dittatura dello spread*, DeriveApprodi, Roma, 2014.
- SOMMA A., *Il bilancio dell'Unione europea tra riforma del sistema delle risorse proprie e regime delle condizionalità*, in *DPCE online*, 4, 2018, p. 873 ss.
- SOMMA A., *L'Europa tra momento hamiltoniano e momento Polanyi*, in *Nomos*, 1, 2021.

- SPADARO I., *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, in *Federalismi.it*, 14, 2021, p. 178 ss.
- SPENCER D.M., *Sanctuary Cities and the Power of the Purse: An Executive Dole Test*, in *Iowa Law Review*, 106, 2021, p. 1209 ss.
- SPINOZA B., *Tractatus Politicus* (1677), in *Tractatus Theologico-Politicus*, Routledge, Londra, 1951.
- STEIN E.-WEILER J.H.H., *Thoughts from a Bridge: A Retrospective of Writings on New Europe and American Federalism*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2000.
- STEINBACH A., *All's Well That Ends Well? Crisis Policy after the German Constitutional Court's Ruling in Gauweiler*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24(1), 2017, p. 140 ss.
- STEWART R.B., *Pyramids of Sacrifice? Problems of Federalism in Mandating State Implementation of National Environmental Policy*, in *Yale Law Journal*, 86(6), 1977, p. 1196 ss.
- SULLIVAN K.M., *Unconstitutional Conditions*, in *Harvard Law Review*, 102, 1989, p. 1413 ss.
- SUNSTEIN C.R., *Naked Preferences and the Constitution*, in *Columbia Law Review*, 84, 1984, p. 1689 ss.
- SUNSTEIN C.R., *Constitutionalism after the New Deal*, in *Harvard Law Review*, 101, 1987, p. 421 ss.
- SUNSTEIN C.R.-THALER R., *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*, Penguin Books, Londra, 2009.
- TASSOPOULOS I.A., *EU strict conditionality from the perspective of the separation of powers*, in A. BARAGGIA-C. FASONE-L.P. VANONI, *New Challenges to the Separation of Powers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, p. 202 ss.
- TELFORD H., *The Federal Spending Power in Canada: Nation-Building or Nation-Destroying?*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 33(1), 2003, p. 23 ss.
- TIERNEY S., *Misconceiving Federalism*, in R. ALBERT-D. CAMERON (a cura di), *Canada in the world*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- TORRES PÉREZ A., *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Constitutional Law Review*, 10(2), 2014, p. 308 ss.
- TREMBLAY A., *Federal Spending Power*, in A.G. GAGNON-H. SEGAL, *The Canadian Social Union Without Québec*, IRPP, Montréal, IRPP, 2001, p. 155 ss.
- TRIBE L.H.-MATZ J., *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*, Henry Holt, New York, 2014.
- TRIDIMAS T., *Editorial Note: Recovery Plan and Rule of Law Conditionality: A New Era Beckons?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 16, 2020, p. VII ss.

- TRIDIMAS T.-XANTHOULIS N., *A Legal Analysis of the Gauweiler Case*, in *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law*, 23(1), 2016, p. 17 ss.
- TROY D.E., *The Unfunded Mandates Reform Act of 1995*, in *Administrative Law Review*, 49(1), 1997, p. 139 ss.
- TUORI K.-TUORI K., *The Eurozone Crisis – A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- UITZ R., *Funding Illiberal Democracy: The Case for Credible Budgetary Conditionality in the EU*, BRIDGE Working Paper, 7, novembre 2020.
- VACHUDOVA M.A.-SPENDZHAROVA A., *The EU's Cooperation and Verification Mechanism: Fighting Corruption in Bulgaria and Romania after EU Accession*, in *SIEPS – European Policy Analysis*, 1, 2012.
- VASSILEVA R., *Threats to the Rule of Law: The Pitfalls of the Cooperation and Verification Mechanism*, in *European Public Law*, Issue 3, 2020, p. 741 ss.
- VERCHICK R.R.M.-MENDELSON N., *Preemption and Theories of Federalism*, in W. BUZBEE (a cura di), *Preemption Choice: The Theory, Law, and Reality of Federalism's Core Question*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 13 ss.
- VIOLINI L.-RAGONE G., *Human Dignity, Development Policies and the EU's Human Rights Conditionality*, in P.G. CAROZZA-C. SEDMAK (a cura di), *The Practice of Human Development and Dignity*, Notre Dame University Press, Notre Dame, 2020, p. 229 ss.
- VIPOND R.C., *Seeing Canada Through the Referendum: Still a House Divided*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 23, 1993, p. 39 ss.
- VIȚĂ V., *Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19, 2017, p. 116 ss.
- VIȚĂ V., *The Rise of Spending Conditionality in the EU: What Can EU Learn from the U.S. Conditional Spending Doctrine and Policies?*, in *EUI Working Papers Law*, 16, 2017.
- VIȚĂ V., *What Can EU Learn from the U.S. Conditional Spending Doctrine and Policies?*, Working Paper, *EUI LAW*, 16, 2017.
- VIȚĂ V., *Research for REGI Committee – Conditionalities in Cohesion Policy*, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, 2018.
- VIȚĂ V., *In conditionality we trust: what scope for conditionality in the emerging European Economic Constitution?*, in H.C.H. HOFMANN-K. PANTAZATOU-G. ZACCARONI, *The Metamorphosis of the European Economic Constitution*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019.

- WALLACE H.-POLLACK M.A.-ROEDERER-RYNNING C.-YOUNG A.R., *Policy-making in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- WEBBER J., *Reimagining Canada: Language, Culture, Community, and the Canadian Constitution*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 1994.
- WEILER J.H.H., *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 100(8), 1991, p. 2403 ss.
- WEILER J.H.H., *Epilogue: Living in a Glass House. Europe, Democracy and the Rule of Law*, in C. CLOSA-D. KOCHENOV (a cura di) *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- WHEARE K.C., *Federal Government*, Oxford University Press, New York, 1947.
- WILSON C.N., *The papers of John C. Calhoun*, vol. XI, 1829-1832, University of South Carolina Press, Columbia, 1978, p. 613 ss.
- WONG T.K., *The Effects of Sanctuary Policies on Crime and the Economy*, Center for American Progress, 2017.
- WOŹNIAKOWSKI T.P.-POIARES MADURO M., *European Taxes and Fiscal Justice: Citizens' Support and Lessons from the US*, in *Perspectives on Federalism*, vol. 12(3), 2020.
- YOUNG M., *Starving in the Shadow of Law: A Comment on Finlay v. Canada (Minister Of Finance)*, in *Constitutional Forum/Forum constitutionnel*, 5(2), 1994, p. 31 ss.
- ZIMMERMAN J.F., *National-State Relations: Cooperative Federalism in the Twentieth Century*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 31(2), 2001, p. 15 ss.
- ZORZI GIUSTINIANI A., *Competenze legislative e "federalismo fiscale" in sei ordinamenti liberal-democratici*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1999, p. 31 ss.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2023
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Studi di diritto pubblico

Per i tipi di Giuffrè

1. VITTORIO ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, 1963, pp. XXII-348.
2. ROBERTO GIANOLIO, *Le occupazioni d'urgenza*, 1963, pp. VII-226.
3. VITTORIO ITALIA, *La denominazione nel diritto pubblico*, 1966, pp. XVII-209.
4. VALERIO ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, 1969, pp. IV-892.
5. VITTORIO ITALIA, *Gli statuti nel diritto pubblico*. vol. I, *Potestà e norma statutaria*, 1974, pp. XXVI-430.
6. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Il partito politico nella Costituzione italiana*, 1969.
7. PIETRO GIUSEPPE GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, 1972, pp. XII-372.
8. RICCARDO VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, 1971, pp. VIII-636.
9. VITTORIO ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, 1970, pp. XVI-366.
10. GIANFRANCO MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, 1970, ristampa 1974, pp. VIII-224.
11. VITTORIO ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, 1977, pp. XII-257.
12. RICCARDO VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, 1974, pp. VIII-212.
13. GIANFRANCO MOR, *Profili dell'amministrazione regionale*, 1974, pp. VIII-244.
14. ALDO BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, 1974, pp. VIII-404.
15. GUIDO GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, 1977, pp. IV-406.
16. CARLO EMILIO TRAVERSO, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, 1977, pp. IV-252.
17. ALDO BARDUSCO, *Lo stato regionale italiano*, 1980, pp. IV-252.
18. RICCARDO VILLATA, «Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale, 1980, pp. IV-176.
19. GUIDO GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, 1980, pp. IV-256.
20. MARIA LUISA MAZZONI HONORATI, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale*, 1982, pp. VIII-168.
21. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Partito politico e ordinamento costituzionale*, 1983, pp. IV-280.
22. ERMINIO FERRARI, *I servizi sociali*, vol. I, 1986, pp. XVI-276.
23. ENZO BALBONI-FABRIZIO D'ADDABBO-ANTONIO D'ANDREA-GIOVANNI GUIGLIA, *La difficile alternanza. Il sistema parlamentare italiano alla prova (1985-1987)*, 1988, pp. XVI-236.
24. CARLO ENRICO PALIERO-ALDO TRAVI, *La sanzione amministrativa*, 1988, pp. XVI-356.
25. MARCO SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza*, 1991, pp. XII-352.
26. GIOVANNI BOGNETTI, *La cultura giuridica e le facoltà di giurisprudenza a Milano nel secolo ventesimo*, 1991, pp. X-198.
27. SERENA MANZIN MAESTRELLI, *Il partito politico nella giurisprudenza del tribunale costituzionale federale tedesco*, 1991, pp. VIII-156.

28. MARTA CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, 1991, pp. VI-138.
29. GIOVANNI BOGNETTI, *Europa in crisi*, 1991, pp. VIII-184.
30. MARILISA D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, 1993, pp. XIV-182.
31. GIOVANNI BOGNETTI, *La costituzione economica italiana. Interpretazione e proposta di riforma*, 1993, pp. X-206.
32. MARILISA D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, 1994, pp. VIII-286.
33. GABRIELLA MANGIONE, *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, 1994, pp. X-106.
34. GIOVANNI BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, 1996, pp. VI-136.
35. LUCA ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, 1996, pp. XII-446.
36. EUGENIO BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, 1996, pp. X-352.
37. MAURIZIO CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, 1996, pp. VIII-360.
38. MARCO BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, 1997, pp. VIII-242.
39. GIOVANNI BOGNETTI, *Lo stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, 1998, pp. XII-182.
40. MARGHERITA RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, 1998, pp. XII-524.
41. *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico*. Atti del Convegno organizzato in ricordo del Prof. Paolo Biscaretti di Ruffia, a cura di Gianfranco Mor, Stefania Ninatti, Quirino Camerlengo e Giulio Enea Vigevani, 1999, pp. VIII-194.
42. GABRIELLA MANGIONE, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, 1999, pp. X-262.
43. ALESSANDRA CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, 2000, pp. X-198.
44. MARIA ELENA GENNUSA, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, 2000, pp. X-316.
45. LUCA ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, 2000, pp. XII-418.
46. *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*. Atti del Convegno - Milano, 16-17 marzo 2000, a cura di Nicolò Zanon e Francesca Biondi, introduzione di Gustavo Zagrebelsky, 2001, pp. XVI-302.
47. MIRYAM IACOMETTI, *I Presidenti di Assemblea parlamentare*, 2001, pp. X-518.
48. *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, voll. I e II, 2002, pp. X-1602.
49. *Le trasformazioni dello stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, a cura di Vittorio Angiolini, Lorenza Violini, Nicolò Zanon, 2002, pp. X-488.
50. QUIRINO CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, 2002, pp. XIV-444.
51. GIUSEPPE MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, 2003, pp. XIV-412.
52. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo*, 2004, pp. X-350.
53. FRANCESCO GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, 2004, pp. X-396.
54. STEFANIA NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, 2004, pp. XIV-324.
55. *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Nicolò Zanon e Alessandra Concaro, 2005, pp. VI-424.
56. *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*. Primo Incontro di Studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, con la collaborazione di Quirino Camerlengo, 2005, pp. X-590.
57. *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*. Atti del Convegno internazionale in onore del prof. Valerio Onida - Milano, 15 aprile 2005, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2006, pp. X-192.

58. QUIRINO CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, 2007, pp. X-358.
59. MARCO CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, 2007, pp. XVI-590.
60. MONICA DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, 2007, pp. XIV-306.
61. PAOLO PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, 2007, pp. XVI-698.
62. SARA VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, 2008, pp. XXXII-422.
63. LUCA BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, 2008, pp. X-324.
64. BARBARA RANDAZZO, *Diversi ed uguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, 2008, pp. XX-456.
65. *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti) - How Constitutional Courts make decisions*. Atti del Convegno internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2009, pp. VIII-232.
66. GIUSEPPE PERICU, *Scritti scelti*, 2009, pp. VI-956.
67. STEFANO CATALANO, *La "presunzione di consonanza". Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, 2010, pp. VIII-392.
68. IRENE PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, 2011, pp. XVIII-318.
69. *Verso il decentramento delle politiche di welfare*. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, 2011, pp. VIII-504.
70. MONICA DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, 2011, pp. VIII-208.
71. SARA VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, 2012, pp. X-214.
72. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della CONSOB. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, 2012, pp. VIII-248.
73. FRANCESCA BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici. Profili costituzionali*, 2012, pp. XIV-232.
74. BARBARA RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2012, pp. X-270.
75. GIUSEPPE ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, 2013, pp. XIV-376.
76. LUCA PIETRO VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, 2013, pp. VIII-318.
77. BENEDETTA VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, 2014, pp. X-346.
78. ELISA FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, 2014, pp. XII-412.
79. *Scritti scelti di Giovanni Bogneri*, a cura di Miryam Iacometti, 2015, pp. XXXVI-530.
80. PAOLO PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, con prefazione di Diana-Urania Galetta, 2015, pp. XX-332.
81. *Il controllo preventivo dei trattati dell'Unione europea*. Atti del Convegno tenutosi a Milano il 28 maggio 2014, a cura di Nicolò Zanon, 2015, pp. XII-202.
82. STEFANIA LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, 2016, pp. X-394.
83. ALESSANDRA OSTI, *Teoria e prassi dell'access to Justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, 2016, pp. X-238.
84. ANNALISA NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, 2016, pp. XLII-450.
85. ANTONIA BARAGGIA, *L'autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo. Già e non ancora ...*, 2016, pp. XII-268.

86. SARA VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, 2016, pp. XIII-348.
87. BENEDETTA LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, 2017, pp. XVI-772.
88. FILIPPO ROSSI, *La costruzione giuridica del licenziamento. Legislazione, dottrina e prassi fra XIX e XX secolo*, 2017, pp. X-322.
89. *Il diritto all'acqua*, a cura di Lorenza Violini e Barbara Randazzo, 2017, pp. VI-282.
90. FEDERICO GAFFURI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, 2018, pp. XVI-304.

Per i tipi di Giappichelli

91. GIADA RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, 2020, pp. X-246.
92. LORENZA VIOLINI, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, 2021, pp. XVIII-286.
93. *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech on line*, a cura di Marilisa D'Amico e Cecilia Siccardi, 2021, pp. XXII-234.
94. GIULIA FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un'analisi comparata*, 2021, pp. XIV-434.
95. AA.VV., *Cinquant'anni dopo. L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato. Scritti di diritto processuale amministrativo dedicati a Riccardo Villata*, 2021, pp. XIV-274.
96. ELISABETTA CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, 2021, pp. X-142.
97. MARCO ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, 2022, pp. XVI-208.
98. BENEDETTA LIBERALI, *Un processo bifronte. Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, 2022, pp. XXXII-400.
99. *Diritto e valutazioni scientifiche*, a cura di Benedetta Liberali e Lavinia Del Corona, 2022, pp. XXVI-518.
100. LAVINIA DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, 2022, pp. XVI-312.
101. ANTONIA BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Seconda edizione, 2022, pp. X-214.
102. FILIPPO ROSSI, *Ragionevoli dubbi. Percorsi storici del recesso unilaterale*, 2022, pp. XIV-314.
103. RAFFAELLA BIANCHI RIVA, *Lo scandalo tra alto medioevo e prima età moderna. Itinerari tra dimensione giuridica, politica e sociale*, 2022, pp. XII-316.
104. ANTONIA BARAGGIA, *La condizionalità come strumento di governo negli Stati compositi. Una comparazione tra Stati Uniti d'America, Canada e Unione europea*, 2023, pp. X-270.