Opera stampata con il contributo di

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2010 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-524-5

Impaginazione: Lucia Bottegaro
Stampa: Editografica (Rastignano)
Prima edizione: maggio 2010

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLIII

CHIARA BOLOGNA

STATO FEDERALE E "NATIONAL INTEREST"

Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense

BUP
Bononia University Press

A Mariolina e Gabriele,
che mi hanno regalato vita ed entusiasmo per viverla.

RINGRAZIAMENTI

Mentre chiudo questo lavoro, diverse sono le persone cui è rivolta la mia gratitudine. La prima è sicuramente Augusto Barbera, senza i cui insegnamenti questo studio non avrebbe avuto luce.

Desidero ringraziare inoltre Laurence Tribe, per la sua ospitalità presso la Scuola di Legge di Harvard e ancor di più per i preziosi consigli, che ancor oggi non mi fa mancare.

Un sincero ringraziamento è poi per coloro che hanno letto questo manoscritto o che comunque in questi anni di ricerca mi hanno fornito suggerimenti preziosi: Andrea Morrone, Stefano Ceccanti, Giuseppe de Vergottini, Luca Mezzetti, Mario Comba, Lucio Pegoraro, Licia Califano.

Hanno avuto la pazienza di discutere con me questo lavoro anche Giovanna Endrici, Tiziano Bonazzi, Leonardo Zanetti e Raffaella Baritono. Ringraziando loro voglio ringraziare tutti i Colleghi del Dipartimento di Politica, Istituzioni, Storia.

Un grazie poi a Diletta Tega e Tommaso Giupponi, che non mi fanno mai mancare il loro sostegno.

Grazie infine a Matteo, per tutto quello che è.

Bologna, marzo 2010 *C.B.*

«A government, the Constitution of which renders it
unfit to be trusted with all the powers which
a free people ought to delegate to any government,
would be an unsafe and improper depositary
of the *national interests*.
Wherever these can with propriety be confided,
the co-incident powers may safely accompany them».

Alexander Hamilton, *The Federalist Papers*, saggio n. 23

ABBREVIAZIONI

Riviste

Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.	Annals of the American Academy of Political and Social Science
Ariz. St. L.J.	Arizona State Law Journal
Cal. L. Rev.	California Law Review
Chap. L. Rev.	Chapman Law Review
Clev. St. L. Rev.	Cleveland State Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell J. L. & Pub. Pol'y	Cornell Journal of Law and Public Policy
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
DPCE	Diritto Pubblico Comparato ed Europeo
Duke L.J.	Duke Law Journal
Emory L.J.	Emory Law Journal
Fed. Comm. L.J.	Federal Communications Law Journal
Fil. pol.	Filosofia politica
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Foro it.	Foro italiano
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Harv. J. on Legis.	Harvard Journal on Legislation
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
How. L. J.	Howard Law Journal
J. Corp. L. Stud.	Journal of Corporate Law Studies
J. Econ. Persp.	Journal of Economic Perspectives
J. Marshall L. Rev.	John Marshall Law Review
J. Pol. Econ.	Journal of political economy
Kan. L. Rev.	University of Kansas Law Review
Lewis & Clark L. Rev.	Lewis & Clark Law Review
Mercer L. Rev.	Mercer Law Review

Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
N.M. L. Rev.	New Mexico Law Review
N.Y.U. L. Rev.	NewYork University Law Review
Nat'l Rev. Online	National Review Online
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal
Okla. City U. L. Rev.	Oklahoma City University Law Review
Pol. Sc. Quar.	Political Science Quarterly
Quad. cost.	Quaderni costituzionali
Riv. dir. pubb.	Rivista di diritto pubblico
Riv. trim. dir. pubb.	Rivista trimestrale di diritto pubblico
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review
S.D. L. Rev.	South Dakota Law Review
San Diego L. Rev.	San Diego Law Review
Seattle L. R.	Seattle Law Review
SMU L. Rev.	Southern Methodist University Law Review
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Studi parlam. pol. cost.	Studi parlamentari e di politica costituzionale
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review
Syracuse L. Rev.	Syracuse Law Review
T. Jefferson L. Rev.	Thomas Jefferson Law Review
Temple Envir. L. and Tech. J.	Temple Environmental Law & Technology Journal
Texas L. R.	Texas Law Review
Transp. L. J.	Transportation Law Journal
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
U. Ill. L. F.	University of Illinois Law Forum
U. Rich. L. Rev.	University of Richmond Law Review
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Wash. & Lee L. Rev.	Washington & Lee Law Review
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
Yale J. on Reg.	Yale Journal on Regulation
Yale L. & Pol'y Rev.	Yale Law & Policy Review
Yale L.J.	Yale Law Journal

Altre abbreviazioni

AA.VV.	Autori Vari
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
§	paragrafo
art., artt.	articolo, articoli
c., cc.	comma, commi
c.d.	cosiddetto
cap., capp.	capitolo, capitoli
cfr.	confronta
cit.	citato
cl., cll.	clausola, clausole
Cong. Rec.	Congressional Record
Corte cost.	Corte costituzionale (italiana)
Cost.	Costituzione
ed.	edizione
ed. it.	edizione italiana
emend.	emendamento
F. Cas.	Federal Cases
Fed. Reg.	Federal Register
F. Supp.	Federal Supplement
GG	Grundgesetz
Id.	Idem
lett.	lettera
N.C.	North Carolina Reports
n., nn.	numero, numeri
p., pp.	pagina, pagine
Pub. L.	Public Law
sent., sentt.	sentenza, sentenze
sez., sezz.	sezione, sezioni
ss.	seguenti
Stat.	(United States) Statutes at large
Tit.	Titolo
U.S.	United States Reports
USC	United States Code
vol., voll.	volume, volumi

INTRODUZIONE

LE ISTANZE UNITARIE NELLO STATO COMPOSTO

SOMMARIO: 1. Modelli di decentramento e tutela delle istanze unitarie. – 2. Gli strumenti di tutela delle istanze unitarie. – 3. Le istanze unitarie nell'ordinamento italiano. – 4. Un contributo al dibattito: l'esperienza del federalismo statunitense.

1. *Modelli di decentramento e tutela delle istanze unitarie*

L'ultimo ventennio è stato caratterizzato dall'emergere di diffuse istanze per un maggior decentramento territoriale delle istituzioni, sia negli stati con una preesistente tradizione in tal senso, sia nei territori caratterizzati invece da una struttura tendenzialmente accentrata: la revisione del *Grundgesetz* nel 2006[1] e la riforma costituzionale francese del 2003[2] sono solo alcuni esempi di una tendenza diffusa.

---

[1] La revisione ha avuto come obiettivo, in particolare, una razionalizzazione e semplificazione della distribuzione di competenze tra centro e periferia. Il legislatore costituzionale ha perseguito tale finalità aumentando i poteri dei *Länder* e, contestualmente, le possibilità per il *Bund* di realizzare il proprio indirizzo politico di maggioranza. Su tale revisione si veda R. BIFULCO, *Il federalismo nel secolo XXI: un resoconto della riforma costituzionale tedesca del 2006*, in «Riv. trim. dir. pubb.», 2007, p. 225 ss.; D. SCHEFOLD, *Il federalismo tedesco e la sua riforma*, in A. D'ATENA (a cura di), *I cantieri del federalismo in Europa*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 73 ss.; J. LUTHER, *La riforma del federalismo in Germania all'esame del Parlamento italiano*, *ivi*, p. 129 ss.; J. WOELK, *Eppur si muove: la riforma del sistema federale tedesco*, in «Le istituzioni del Federalismo», 2007, p. 193 ss.; nonché la sezione monografica curata da G.F. FERRARI, *Sviluppi del modello federale in Germania alla luce della revisione costituzionale del luglio 2006*, in «DPCE», 2007, p. 79 ss. In tema vedi comunque *infra*, § 2.

[2] Su tale riforma vedi M. CALAMO SPECCHIA, *Un nuovo regionalismo in Europa: il decentramento territoriale della Repubblica francese*, Giuffrè, Milano, 2004; M. MAZZA, *Decentramento e riforma delle autonomie territoriali in Francia*, Giap-

Le radici di tale fenomeno, che pur sono spesso amplificate da cause specifiche, quali le divisioni etnico-linguistiche[3], affondano generalmente nel processo di globalizzazione dell'economia. Quest'ultima, infatti, con la multinazionalizzazione delle imprese, ha, da un lato, alimentato sempre più il «regionalismo economico continentale»[4] rappresentato dalle organizzazioni commerciali internazionali come il NAFTA[5], l'APEC[6] e il MERCOSUR[7], dall'altro, richiedendo una maggiore flessibilità delle strutture produttive, ha favorito un «regionalismo economico locale»[8], che assegna agli enti sub-statali una nuova centralità nello sviluppo delle attività produttive. Il profilo *globale* e quello *locale* dell'economia sono in effetti talmente correlati che è ormai invalso l'uso di riferirsi contestualmente ad entrambi attraverso il termine *glocal* (globale + locale)[9]. Affianco a queste motivazioni di carattere economico, che hanno spinto certa

pichelli, Torino, 2004, p. 133 ss. In generale, sulle tendenze centrifughe, vedi A. Torre *et al.*, *Processi di* devolution e *transizioni costituzionali negli stati unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, Giappichelli, Torino, 2007.

[3] Si pensi al caso emblematico del federalismo "per dissociazione" in Belgio. In tema vedi G. Peccolo, *Evoluzione politico-istituzionale e riforma dello stato*, in F. Delpérée (a cura di), *L'ordinamento federale belga*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 38 ss.; S. Ventura, *Belgio*, in Id. (a cura di), *Da stato unitario a stato federale. Territorializzazione della politica, devoluzione e adattamento istituzionale in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 27 ss. Sul decentramento animato da divisioni etnico-linguistiche vedi in generale R. Louvin, *Legami federativi e declino della Sovranità. Quattro percorsi costituzionali emblematici*, Giappichelli, Torino, 2001.

[4] Vedi S. Ortino, *Il nuovo Nomos della Terra*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 117. In tema vedi P. Bilancia (a cura di), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione europea e Mercosur*, Giuffrè, Milano, 2006.

[5] *North American Free Trade Agreement*, "Accordo nordamericano per il libero scambio", su cui vedi P. Coffey *et al.*, *NAFTA: past, present and future*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1999.

[6] *Asia-Pacific Economic Cooperation*, "Cooperazione economica nell'area asiatico-pacifica", su cui vedi M. Beeson, *Institutions of the Asia-Pacific: ASEAN, APEC and beyond*, Routledge, London-New York, 2009.

[7] *Mercado Común del Sur*, "Mercato comune del Sud (America)", su cui vedi P. Coffey (a cura di), *Latin America-MERCOSUR*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1998.

[8] Vedi S. Ortino, *Il nuovo Nomos della Terra*, cit., p. 117.

[9] Cfr. A. Barbera, *L'assetto territoriale delle istituzioni regionali e locali nell'era della globalizzazione*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Antonino Pensovecchio Li Bassi*, I, Giappichelli, Torino, 2004, p. 124.

dottrina a decretare addirittura la «fine dello Stato-Nazione»[10], lo sviluppo del livello regionale e locale è sollecitato da ulteriori elementi[11], quali il desiderio di reagire all'omologazione culturale indotta dalla stessa globalizzazione, nonché, soprattutto, la crisi fiscale dello stato e dei sistemi di *welfare* nazionali che richiede, sempre più, modelli di gestione razionali, vicini alle diversificate istanze dei territori e in grado di valorizzare in modo crescente le potenzialità della *welfare society*[12].

Ragioni peculiari alimentano poi la tendenza al decentramento nel territorio europeo[13] dove, alle motivazioni già indicate, si aggiunge, a partire dal crollo del blocco comunista, una crescente integrazione politica e istituzionale, oltre che economica, all'interno dell'Unione europea. Tale integrazione, infatti, erodendo il potere regolativo degli stati nazionali, apre spazi ai governi sub-nazionali le cui dimensioni territoriali appaiono più adeguate alla promozione delle politiche di sviluppo e alla gestione dei fondi strutturali europei[14]. Le istituzioni dell'Unione peraltro, a loro volta, favoriscono questo fenomeno con procedure e organi che valorizzano gli enti territoriali degli stati membri[15].

Le varie istanze centrifughe degli ultimi anni hanno reso di nuo-

---

[10] Cfr. K. Ohmae, *La fine dello Stato-Nazione. L'emergere delle economie regionali*, Baldini e Castoldi, Milano, 1996.

[11] Sulle varie motivazioni alla base dello sviluppo delle istanze centrifughe cfr. A. Barbera, *L'assetto territoriale delle istituzioni regionali e locali nell'era della globalizzazione*, cit., p. 121 ss.

[12] G. Vittadini (a cura di), *Liberi di scegliere. Dal* welfare state *alla* welfare society, Etas, Milano, 2002; L. Antonini, *Il regionalismo differenziato*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 73 ss.

[13] Vedi P. Carrozza, *I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomie*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 786.

[14] Vedi B. Baldi, *Stato e territorio. Federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 112.

[15] Si pensi ad esempio alla riforma Delors che ha introdotto nel 1988 il principio di concertazione fra Commissione europea, stati e regioni proprio per la gestione dei fondi strutturali (vedi Regolamento CEE 2052/88), o al Comitato delle Regioni istituito con il Trattato di Maastricht (in tema vedi, fra gli altri, P. Costanzo, A. Ruggeri, *Unione europea ed autonomie territoriali*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 445 ss.; F. Bruno, *Le autonomie territoriali e l'Unione Europea: prime riflessioni*, in «Nomos», 2002, n. 3, p. 99 ss.).

vo attuale il dibattito sui modelli di decentramento territoriale. Questi ultimi, come noto, sono ricondotti tradizionalmente a due tipi: lo stato federale e lo stato regionale[16]. Il primo avrebbe il suo archetipo nella Costituzione statunitense del 1787[17] e il secondo nello «stato integrale»[18] disegnato dalla Costituzione spagnola del 1931[19] e in seguito denominato da Gaspare Ambrosini «stato regionale», per indicare un modello di decentramento intermedio tra quello unitario e quello federale[20].

La distinzione tra i due modelli, tuttavia, è nel tempo divenuta «opaca»[21], poiché le varie esperienze di decentramento territoriale hanno almeno in parte smentito la possibilità di operare una netta

[16] Ci si riferisce come evidente alle modalità di organizzazione territoriale di entità statuali, così da escludere il modello della confederazione, riconducibile come noto ad una organizzazione di tipo internazionale. Sul punto vedi G. Lucatello, *Confederazione di stati*, in *Enciclopedia giuridica*, VIII, Istituto dell'Enciclopedia italiana Treccani, Roma, 1988. p. 1 ss.; P. Biscaretti di Ruffia, *Confederazione di stati,* in *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 854 ss. Non mancano in argomento approcci più originali che propongono una nuova categoria, alla quale tra l'altro sarebbe riconducibile anche l'esperienza dell'integrazione europea, quella dello «stato a base federativa». Quest'ultimo sarebbe «un ordinamento statale che si fonda su un patto permanente, voluto liberamente dai membri contraenti, volto al perseguimento di fini comuni, composto di entità politiche di natura statale e tra loro pariordinate»: cfr. S. Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 36.

[17] Il disegno dei delegati di Filadelfia, come ricorda Carl Friedrich, superava le preesistenti esperienze europee sia della Confederazione elvetica sia delle Province Unite d'Olanda (C.J. Friedrich, *Trends of federalism in theory and practice*, Pall Mall Press, Londra, 1968, p. 11). Sull'esperienza delle Province Unite d'Olanda e della Confederazione elvetica vedi G. Lombardi, *Lo Stato federale*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 10 ss.: l'autore, in particolare, riconduce l'esperienza olandese ad un modello sostanzialmente confederale, ricordando invece che la Confederazione elvetica si è costituita in vero e proprio stato federale solo con la guerra del *Sonderbund* e la successiva promulgazione della nuova Costituzione il 12 settembre 1848. Sul valore paradigmatico dell'esperienza statunitense cfr. fra gli altri A. Reposo, *Lineamenti dello stato federale*, in M. Gobbo, *Costituzioni federali anglosassoni*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 3.

[18] Vedi art. 1 c. 2 della Costituzione spagnola del 9 dicembre 1931.

[19] Si sofferma sull'origine del modello regionale M. Volpi, *Stato federale e Stato regionale: due modelli e a confronto*, in «Quad. cost.», 1995, p. 389 ss. e in particolare p. 392.

[20] Cfr. G. Ambrosini, *Un tipo intermedio di Stato tra l'unitario e il federale*, in «Riv. dir. pubb.», 1933, p. 93 ss.

[21] Vedi G.F. Ferrari, *Federalismo, regionalismo e decentramento del potere in una prospettiva comparata*, in «Le Regioni», 2006, p. 589.

distinzione tra i due modelli: gli elementi tradizionalmente caratterizzanti lo stato federale, quali l'attribuzione di potestà legislative enumerate allo stato centrale o il riconoscimento di funzioni giurisdizionali agli enti territoriali, non risultano necessariamente presenti nelle odierne esperienze federali, mentre compaiono, in qualche caso, in ordinamenti considerati regionali[22].

Da tempo la dottrina ritiene pertanto che lo stato regionale e lo stato federale possano essere ricondotti ad un macro-modello, quello dello stato composto[23], in cui le varie esperienze si differenziano non tanto per il tipo di attribuzioni riconosciute agli enti territoriali, quanto per il *quantum* delle stesse[24].

L'unico elemento che, secondo certa dottrina[25], permetterebbe ancora una distinzione qualitativa tra il modello federale e quello regionale è il ruolo degli enti territoriali nel procedimento di revisio-

---

[22] Si pensi al criterio di distribuzione delle competenze legislative: il criterio dell'attribuzione dei poteri residuali agli enti territoriali negli stati federali è smentito ad esempio dal caso canadese poiché il *British North America Act* del 1867, oltre a prevedere un doppio catalogo delle competenze spettanti alle province e allo stato federale, assegna a quest'ultimo i poteri residuali tramite la formula «*peace, order and good government*» contenuta nell'art. 91 (cfr. T. Groppi, *Canada*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 48). Viceversa assetti costituzionali annoverati generalmente tra gli stati regionali prevedono la clausola di residualità a favore degli enti territoriali: è il caso, come noto, dell'art. 117 c. 4 della Costituzione italiana dopo la revisione del 2001 o della Costituzione portoghese per Madera e Azzorre, in base all'art. 228. Lo stesso dicasi per l'esercizio della funzione giurisdizionale: mentre da un lato esistono esempi di ordinamenti federali, quali quello austriaco (vedi art. 82 c. 1 cost.), che non prevedono l'esercizio di tale funzione in capo agli enti federati, vi sono altri casi di partecipazione delle regioni all'organizzazione delle strutture giudiziarie (vedi art. 152 Cost. spagnola). Su questo punto specifico e più in generale sulla difficoltà di individuare criteri formali di distinzione tra i due modelli vedi G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, I, Cedam, Padova, 2007, p. 405 ss.

[23] Vedi fra gli altri M. Volpi, *Le forme di Stato*, in G. Morbidelli *et al.*, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Monduzzi, Bologna, 1997, p. 388. Di stato «autonomico» parla invece A. Reposo: dell'autore vedi *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Giappichelli, Torino, 2005.

[24] Cfr. G. Lucatello, *Stato federale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVIII, Utet, Torino, 1971, p. 350 ss.; G. de Vergottini, *Stato Federale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 859.

[25] Vedi A. Reposo, *Stato federale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXX, Istituto dell'Enciclopedia italiana Treccani, Roma, 1993, p. 6. Per più risalenti indicazioni circa la necessaria partecipazione degli enti federati al procedimento di revisione costituzionale vedi G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principe et systématique*, I, *Introduction. Le milieu intersocial*, Recueil Sirey, Paris, 1932, pp. 198 e 216.

ne costituzionale: le attribuzioni delle unità federate, secondo tale ricostruzione, dovrebbero essere infatti sancite in una Costituzione rigida, modificabile solo con il consenso della maggioranza degli enti territoriali in tutti i casi in cui il procedimento di revisione incida sulle loro competenze[26]. Ad alimentare l'idea di un *continuum*, più che di una distinzione, tra il modello dello stato federale e quello dello stato regionale vi è tuttavia non solo il dato formale, che vede sfumare sempre più le differenze fra i due sistemi, ma anche l'evoluzione diacronica delle esperienze federali, segnate tutte, nella prassi, da forti fenomeni di centralizzazione[27].

Con l'avvio del XX secolo e ancor più con gli sconvolgimenti sociali determinati dalla seconda guerra mondiale, è infatti emersa la necessità di realizzare i principi dello stato sociale, principi che da un lato richiedevano per la loro attuazione la forza politica e finanziaria del governo centrale e, dall'altro, erano incompatibili con sistemi di garanzia dei diritti sociali che fossero differenziati in modo irragionevole nelle varie aree di ciascun paese. Ne è risultata quindi una diffusa tendenza centripeta, caratterizzata da un ruolo crescente dei governi centrali: si pensi, a titolo esemplificativo, alle esperienze della Repubblica federale tedesca, del Canada, ma anche dell'Australia e della Svizzera[28]. L'idea che era stata alla

[26] Tale dottrina considera emblematico il caso del Canada, nel quale, pur in assenza di una seconda Camera rappresentativa delle province, queste ultime, in base agli artt. 38-49 del *Constitution Act* del 1982, si vedono comunque garantito un ruolo indefettibile nella procedura di revisione costituzionale. Non dissimile peraltro era la situazione in Canada prima del "rimpatrio" del potere di revisione costituzionale: esisteva infatti una *constitutional convention*, sostenuta dalla giurisprudenza, che escludeva la legittimità di revisioni costituzionali che non fossero il frutto dell'accordo preventivo tra le comunità anglofone e francofone: vedi A. Reposo, *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, cit., p. 102. In tema vedi ampiamente T. Groppi, *Federalismo e Costituzione. La revisione costituzionale negli Stati federali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 177 ss., che tuttavia considera «stereotipata» l'affermazione «della coessenzialità al federalismo della partecipazione degli enti decentrati alla revisione costituzionale» (*ivi*, p. 116).

[27] Su questa tendenza vedi K.C. Wheare, *Federal Government*, Oxford University Press, London-New York, 1963, p. 237 ss.

[28] Sull'evoluzione dei vari stati federali sotto la spinta del modello dello stato sociale vedi G. Bognetti, *Federalismo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, Utet, Torino, 1991, p. 282 ss.

base degli stati federali in epoca liberale, ossia la convinzione che vi fossero materie che potessero e dovessero essere sottratte alla potestà legislativa centrale, veniva smentita dalle istanze di servizi e di uguaglianza dei ceti meno abbienti che, grazie al suffragio universale, trovavano ormai rappresentanza nelle istituzioni. «La concezione liberale dell'autonomia territoriale – come è stato scritto[29] – poggiava sul presupposto che esistessero materie in cui era assente l'interesse nazionale o comunque che non rientrassero nella sfera materiale dell'azione statale». Tale concezione viene invece travolta dalla costruzione dello stato sociale e dalla conseguente attrazione di nuove competenze in capo al centro, secondo un processo di *Unitarisierung*[30], che ha portato alla nascita di ciò che è stato definito lo «stato federale unitario»[31].

La nascita dello stato sociale è stata pertanto il principale tra i fattori[32] che hanno posto i sistemi federali dinanzi alla necessità di superare un rigido assetto di separazione di competenze tra livello centrale e livelli territoriali, per realizzare appunto politiche unitarie nelle varie parti del paese. Il tema, come noto, è quello della tutela delle istanze unitarie negli stati composti, della tensione tra le esigenze di unità politica e giuridica, da un lato, e quelle di autonomia degli enti territoriali dall'altro. Tale tema, anche se emerso fortemente durante la costruzione dei sistemi di welfare nazionali, non perde attualità nel contesto delle attuali tendenze centrifughe. Queste ultime infatti si confrontano con confliggenti istanze di unità, determinate sia dalla dimensione sovranazionale dei problemi economici e sociali, che esclude l'autosufficienza

[29] Vedi R. Bifulco, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, Cedam, Padova, 1995, p. 50.

[30] Cfr. K. Hesse, *Der unitarische Bundestaat* (1962), ora in Id., *Ausgewählte Schriften*, Müller, Heidelberg, 1984, p. 127.

[31] Cfr. K. Hesse, *Der unitarische Bundestaat*, cit.

[32] La dottrina tuttavia ricorda tra tali fattori anche l'integrazione economica internazionale, sviluppatasi dopo il secondo conflitto mondiale, che ha richiesto quasi sempre una gestione centralizzata e unitaria delle economie statali: vedi R. Bifulco, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, cit., p. 51. Si soffermano in particolare sul tema della gestione centralizzata delle politiche agricole R.R. Bowie, C.J. Friedrich, *Studi sul federalismo*, Comunità, Milano, 1959, p. 513 ss.

politica e giuridica degli enti territoriali[33], sia dalle esigenze di coesione sociale che, pur in un assetto fortemente autonomistico, non vengono meno.

Proprio questo duplice ruolo che le autorità centrali mantengono nel contesto delle tendenze neofederaliste viene ricordato esplicitamente dal governo svizzero nel 2001, nel messaggio[34] con cui presenta la riforma costituzionale approvata poi, con voto popolare, nel novembre 2004[35]. Nonostante la *ratio* principale di tale riforma sia correggere le degenerazioni centripete del sistema federale elvetico, realizzando una maggiore distinzione dei compiti tra confederazione e cantoni, l'esecutivo vuole comunque ricordare il ruolo indefettibile delle istituzioni centrali.

Gli stati nazionali infatti, a parere del Consiglio federale, anche se hanno perso la possibilità di un'autonoma regolamentazione economica a seguito della dimensione sovranazionale dell'economia, continuano, proprio a causa della concorrenza internazionale, ad avere un ruolo nevralgico grazie all'«offerta di prestazioni pubbliche» e alla definizione delle «condizioni quadro». Le istituzioni centrali, tuttavia, hanno anche un altro ruolo, assolutamente essenziale: quello di evitare che i rapidi processi di internazionalizzazione e decentramento emarginino irrimediabilmente parte della cittadinanza. I governi nazionali, cioè, conclude l'esecutivo elvetico, «devono provvedere, anche nell'epoca della globalizzazione, al benessere e alla coesione sociale»[36].

---

[33] Vedi A. Anzon Demmig, *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel «secondo regionalismo»: le sentt. n. 303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito*, in «Le Regioni», 2008, p. 779.

[34] Lo stralcio del messaggio cui si fa riferimento è riprodotto da P. Mahon, *Il quadro generale della nuova impostazione della perequazione finanziaria e della ripartizione dei compiti tra Confederazione e Cantoni (NPC) come riforma del federalismo svizzero*, in «DPCE», 2008, p. 323.

[35] Sulla riforma in oggetto vedi M.P. Viviani Schlein, S. Gerotto, (a cura di) *Nuove tendenze del federalismo europeo? La riforma del federalismo elvetico*, sezione monografica pubblicata in «DPCE», 2008, p. 311 ss.

[36] Coerentemente con tali premesse parte essenziale della riforma è una nuova impostazione della perequazione finanziaria. Su questo vedi P. Mahon, *Il quadro generale della nuova impostazione della perequazione finanziaria e della ripartizione dei compiti tra Confederazione e Cantoni (NPC) come riforma del federalismo svizzero*, cit., p. 317 ss.

2. *Gli strumenti di tutela delle istanze unitarie*

La tutela delle istanze unitarie è avvenuta e avviene tuttora, nei vari ordinamenti decentrati, attraverso diverse tipologie di strumenti previsti, in alcuni casi, direttamente nei testi costituzionali.

Fra questi strumenti vi sono quelle che potremmo definire le "clausole di unità", norme costituzionali, cioè, che prevedono meccanismi di flessibilizzazione della distribuzione delle competenze legislative per preservare l'unità giuridica o sociale dello stato.

Fattispecie emblematica tra questo tipo di disposizioni è la *konkurrierende Gesetzgebung* disciplinata nell'art. 72 della Costituzione tedesca. Tale clausola prevede infatti che nelle materie oggetto di "legislazione concorrente" i *Länder* possano legiferare fintantoché e nella misura in cui la federazione non eserciti la propria competenza legislativa. Quest'ultima, a sua volta, in molte materie, ha il diritto di legiferare solo «se e nella misura in cui» sia necessaria una disciplina legislativa federale per «la creazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale» o per «la tutela dell'unità giuridica o economica», in nome del *gesamtstaatlichen Interesse*, l'«interesse dell'intero Stato»[37].

Tale disposizione ha rappresentato nei decenni passati il principale meccanismo di assunzione di competenze legislative in capo al *Bund*[38], grazie anche ad un totale *self-restraint* del Tribunale co-

[37] Vedi art. 72, c. 2 nella versione successiva alla revisione costituzionale del 2006, con la quale, fra le varie modifiche, è stata ristretta l'applicazione del requisito della necessità dell'intervento solo a talune delle materie "concorrenti". Sulla clausola di necessità o *Erforderlichkeitsklausel* vedi tuttavia *infra*, note 40 e 42. Per il testo in italiano della Costituzione tedesca, aggiornato alla revisione costituzionale del 2006, vedi G. Cerrina Feroni, T.E. Frosini, A. Torre (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, I, Giappichelli, Torino, 2009, p. 123 ss. Per il testo previgente vedi invece le seguenti raccolte di costituzioni cui si rinvia in generale per le traduzioni delle carte costituzionali straniere di seguito considerate: E. Palici di Suni Prat, F. Cassella, M. Comba (a cura di), *Le costituzioni dei paesi dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2001; P. Biscaretti di Ruffìa (a cura di), *Le costituzioni di dieci stati di democrazia stabilizzata*, Giuffrè, Milano, 1994. Una raccolta di tutte le costituzioni del mondo è curata dalla Scuola di Legge dell'Università di Richmond e consultabile all'indirizzo http://confider.richmond.edu.

[38] Per un esame organico delle tendenze centripete nel sistema tedesco vedi L. Mezzetti, *L'"abbraccio fatale" del* Bund*: sistema federale e tendenza "centripeta" dei rapporti fra stato centrale e stati membri nell'esperienza tedesca*, in S. Gam-

stituzionale federale che ha ritenuto esplicitamente insindacabile la sussistenza dei presupposti indicati in Costituzione per l'avocazione delle competenze[39]. La centralità di questa norma nel citato processo di *Unitarisierung* è evidenziata dal fatto che essa sia stata oggetto di riforma prima nel 1994, per circoscrivere le condizioni che rendevano possibile l'esercizio della potestà legislativa federale[40] e per prevedere esplicitamente la giustiziabilità dell'art. 72 ad opera del *Bundesverfassungsgericht*[41], e poi nella recente revisione del 2006, per «calibrare» – come è stato scritto – il peso dell'intervento della federazione «a seconda dell'ampiezza e intensità delle istanze unitarie coinvolte»[42].

BINO (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali. La distribuzione territoriale delle competenze*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 1998, p. 659 ss.

[39] Su tale giurisprudenza vedi S. ORTINO, *L'esperienza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 185 ss.; M. MISTÒ, *Il principio unitario nella Germania riunificata quale emanazione della "clausola di necessità" ex art. 72, c. 2* Grundgesetz, in «DPCE», 2003, p. 48 ss.

[40] Prima della riforma costituzionale del 1994, l'art. 72 prevedeva che il *Bund* potesse legiferare anche quando una questione non poteva essere efficacemente regolata dalla legislazione dei singoli *Länder* e quando la regolazione di una questione mediante la legge di un *Land* poteva nuocere agli interessi degli altri *Länder* o della collettività. Con la revisione del 1994 è venuta meno anche la possibilità di legiferare per il mantenimento dell'uniformità delle condizioni di vita, prescindendo dai confini territoriali di ogni singolo *Land*: tale clausola, che era stata il principale strumento di erosione delle competenze legislative territoriali, è stata infatti sostituita dalla clausola citata nel testo, in base alla quale la federazione può intervenire non più per garantire l'*uniformità*, ma solo per ripristinare l'*equivalenza* delle condizioni di vita nel territorio federale. Non meno importante è la modifica in base alla quale la legislazione federale non può più essere dettata dal solo «bisogno» (*Bedürfnis*) di una disciplina, ma occorre il più stringente requisito della «necessità» (*Erforderlichkeit*): cfr. F. PALERMO, *Germania ed Austria: modelli federali e confederali a confronto*, Università degli Studi di Trento, Trento, 1997, p. 437 ss.

[41] In occasione della revisione del 1994 è stato infatti inserito l'art. 93 c. 1, n. 2a, in base al quale il Tribunale costituzionale federale decide «nei casi di divergenza di opinioni se una legge sia conforme alle previsioni dell'art. 72, comma 2, su domanda del *Bundesrat*, di un Governo di un *Land* o della rappresentanza popolare di un *Land*». Sulla tardiva applicazione di tale norma nella giurisprudenza costituzionale tedesca vedi le note di D. SCHEFOLD, *Federalismo, regionalismo e la riforma del federalismo tedesco*, in «DPCE», 2007, p. 90 e E. D'ORLANDO, C. ZWILLING, *L'arbitro dell'unitarietà e della differenziazione: il sindacato di costituzionalità sulla* Erforderlichkeitsklausel *alla luce del novellato art. 93 GG*, in «DPCE», 2007, p. 125 ss.

[42] Così A. ANZON DEMMIG, in *La "modernizzazione" del federalismo in Germania: spunti di riflessione per l'attuazione e l'aggiornamento del regime delle*

Una clausola di flessibilizzazione della distribuzione delle competenze è contenuta anche nella Costituzione spagnola che, al suo art. 150 c. 3, prevede che, «deliberando a maggioranza assoluta di ogni Camera», «lo Stato può dettare leggi per stabilire i principi necessari ad armonizzare le disposizioni normative delle comunità autonome, anche nel caso di materie attribuite alla loro competenza, quando così esiga *el interés general*». Tale clausola, tuttavia, è stata ricostruita, tanto dalla dottrina[43] quanto dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale[44], come strumento di applicazione eccezionale. Esso in effetti, anche nella prassi, è stata utilizzata solo in occasione dei primi patti autonomici del 1981, patti dai quali scaturì proprio la proposta di una legge organica di armonizzazione del processo autonomico (LOAPA) che, riconducendo il processo stesso nell'alveo del potere centrale, mirava ad omogeneizzare il contenuto degli statuti[45]. Tale legge tuttavia è stata in gran parte dichiarata incostituzionale con la decisione n. 76 del 1983, in cui il Tribunale costituzionale spagnolo ha fra l'altro ribadito l'eccezionalità dell'art. 150 c. 3, chiarendo che esso è applicabile solo nei casi in cui il legislatore statale non possa trovare in altre norme costituzionali il titolo per il suo intervento, o nei casi in cui tali norme non siano sufficienti per garantire l'armonia richiesta dall'interesse generale. Proprio l'interesse generale d'altro canto, a parere dei giudici costituzionali, è stato già oggetto di considerazione da parte del potere

---

competenze legislative nell'ordinamento italiano (11 ottobre 2006), in www.federalismi.it, p. 6. Con la revisione dell'estate 2006 la *konkurrierende Gesetzgebung*, oltre ad essere stata privata di alcune materie ricondotte alla potestà esclusiva del *Bund* o dei *Länder* ed oltre ad essersi arricchita di materie prima incluse nella competenza legislativa di cornice, è stata infatti divisa in più tipologie soggette a diverse procedure. Le tipologie sarebbero in particolare distinguibili in competenze *di bisogno*, competenze *essenziali* e competenze *derogabili*: così F. Palermo, *Il nuovo riparto delle competenze legislative nell'ordinamento federale tedesco, tra retorica ed effettività*, in «DPCE», 2007, p. 106 ss.

[43] Vedi J. Salas, *Estatutos de autonomia, leyes basicas y leyes de armonizacion*, in «Revista de administracion publica», 1983, p. 450; S. Munōz Machado, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, I, Iustel, Madrid, 2007, p. 563.

[44] Vedi in particolare la decisione n. 76 del 1983 su cui *infra*, in questo stesso paragrafo.

[45] In tema vedi E. Aja, *El estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 58 ss.; R. Scarciglia, D. Del Ben, *Spagna*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 47 ss.

costituente nel momento in cui quest'ultimo ha tracciato il sistema di distribuzione di competenze tra stato e comunità autonome[46]. Ben più incisivo dell'art. 150 c. 3, come sottolinea la dottrina[47], è stato invece l'uso, da parte del Tribunale costituzionale spagnolo, del principio di unità economica, evinto dal più generale principio di unità dello stato[48], rintracciabile a sua volta in varie disposizioni costituzionali fra cui, primariamente, l'art. 2, in base al quale «la Costituzione si basa sull'indissolubile unità della Nazione spagnola». La giurisprudenza costituzionale, in particolare, a pochi anni di distanza dall'entrata in vigore della Costituzione, ha ritenuto che le competenze dello stato in materia economica, di per sé frammentarie e parziali, dovessero essere comunque interpretate alla luce di un principio di unità economica, proiezione dell'unità dello stato, permettendo così sia l'interpretazione estensiva di competenze previste in Costituzione, sia l'individuazione in via ermeneutica di un nuovo titolo competenziale, la «direzione generale dell'economia», in grado di far intervenire lo stato anche su materie attribuite alle comunità.

Ulteriore strumento di flessibilizzazione nel riparto delle competenze tra centro e periferia, oltre alle citate "clausole di unità", sono le disposizioni che sanciscono i c.d. poteri impliciti; di questi ultimi è considerato, come noto, modello paradigmatico la *necessary and proper clause* della Costituzione statunitense, in base alla quale il potere legislativo federale ha il potere di adottare le leggi «necessarie e opportune» per l'esercizio dei poteri enumerati[49]. Tale tipo di clausola, sulla cui interpretazione e applicazione nell'ordinamento statunitense avremo modo di soffermarci nel corso di questo lavoro, è tuttavia presente anche in altre costituzioni quali ad esempio

[46] Su tale giurisprudenza cfr. E. Fossas, *Il principio unitario come riserva di competenza allo Stato centrale secondo la giurisprudenza costituzionale*, in G. Rolla (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 138.

[47] *Ivi*, pp. 144-145.

[48] Sulle declinazioni del principio di unità nell'ordinamento spagnolo vedi anche L. Califano, *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 58 ss.

[49] Vedi art. I, sez. VIII, cl. 18.

quella messicana[50]. La dottrina dei poteri impliciti non manca tra l'altro di essere applicata anche in ordinamenti che non la prevedono esplicitamente in Costituzione: si pensi ad esempio all'esperienza tedesca delle *ungeschriebene Kompetenzen*, «competenze non scritte»[51].

Affianco alle varie clausole di flessibilizzazione del riparto di competenze, strumento di grande importanza nella garanzia delle istanze unitarie è anche l'adozione di moduli cooperativi. Questi ultimi infatti, come è stato notato[52], diventano necessari ogniqualvolta «sia chiamato in causa l'interesse dello stato, nella sua globalità, e sia necessario un trattamento uniforme nelle materie di competenza delle entità federate, senza che ciò si traduca in un'imposizione della volontà dello stato federale».

La cooperazione peraltro può concretizzarsi tanto nell'istituzione di organi *ad hoc*, realizzando una cooperazione di tipo *istituzionale*, quanto nell'adozione di atti e procedure, realizzando invece una cooperazione di tipo *funzionale*[53]. Quest'ultimo tipo di cooperazione è esplicitamente prevista dall'art. 15 a della Costituzione austriaca, che al primo comma sancisce che «la Federazione e i *Länder* possono concludere accordi in ordine alle materie della rispettiva sfera di attività»[54]. Affianco alla cooperazione funzionale sancita in

---

[50] «Il Congresso ha l'attribuzione […] di emanare tutte le leggi necessarie per rendere effettivi i poteri sopra elencati, e tutte le altre facoltà concesse dalla presente Costituzione ai Poteri dell'Unione» (art. 73 c. XXX): vedi il testo tradotto della Costituzione messicana e un'introduzione alla stessa in E. Rozo Acuña, *Il costituzionalismo del Messico e dell'America centrale. Evoluzione politico-costituzionale e carte costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 116 ss. Sulla scarsa applicazione di tale clausola a seguito delle numerose revisioni costituzionali che, di fatto, hanno ridefinito quando necessario il catalogo delle attribuzioni federali, vedi tuttavia M. Carbonell, *Il federalismo in Messico: principi generali e distribuzione di competenze*, in «DPCE», 2001, p. 505.

[51] C. Panara, *I poteri impliciti nel federalismo tedesco del Grungesetz*, in «Quad. cost.», 2008, p. 425 ss.

[52] Vedi S. Depré, *La cooperazione*, in F. Delpérée (a cura di), *L'ordinamento federale belga*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 179.

[53] Vedi E. Ceccherini, *Le relazioni intergovernative in Austria, Belgio, Germania e Spagna*, in «Amministrare», 2006, p. 260.

[54] Il medesimo articolo nel comma successivo prevede anche la possibilità di forme di cooperazione orizzontale, quando afferma che «i *Länder* possono concludere accordi tra loro solo nelle materie di competenza propria. Gli accordi devono essere portati tempestivamente a conoscenza del Governo federale».

Costituzione, tuttavia, in Austria si è parimenti sviluppata una cooperazione di tipo istituzionale attraverso organismi informali quali la Conferenza dei Capitani provinciali che, pur essendo formalmente una sede di cooperazione orizzontale che coinvolge i presidenti dei *Länder*, vede spesso la partecipazione di ministri federali o del Cancelliere[55].

La cooperazione tuttavia, come si accennava, è presente nella generalità degli stati composti: si pensi all'emblematica e risalente esperienza del federalismo tedesco[56], ma anche, a titolo esemplificativo, al Belgio[57] e alla Spagna[58].

Le varie modalità cooperative sono peraltro favorite dall'introduzione del principio di *leale collaborazione*, principio che, se nella Costituzione belga è esplicitamente richiamato nell'art. 143[59], è invece, nella maggior parte degli ordinamenti – si pensi anche al caso del regionalismo italiano[60] – frutto dell'attività ermeneutica dei tribunali costituzionali. Ancora una volta emblematica è l'esperienza tedesca, tramite il principio della *Bundestreue*[61], la «lealtà fede-

---

[55] Sulla cooperazione nell'ordinamento austriaco vedi F. Palermo, *Germania ed Austria: modelli federali e confederali a confronto*, cit., p. 319 ss. (che analizza anche l'esperienza tedesca); E. Di Benedetto, Bund *e* Länder *in Austria*, in «Amministrare», 2004, p. 399 ss.

[56] Vedi R. Bifulco, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, cit., p. 59 ss. L'autore tuttavia analizza anche le esperienze belga, spagnola e italiana. Sulla cooperazione in Germania, oltre alla bibliografia citata nella nota precedente, vedi anche M. Mistò, Bund *e* Länder *in Germania*, in «Amministrare», 2004, p. 377 ss. Sulla riforma dei c.d. compiti comuni, avvenuta con la revisione costituzionale del 2006, cfr. però V. Losco, *La riforma dei compiti comuni e degli strumenti di finanza mista*, in «DPCE», 2007, p. 146 ss.

[57] Vedi S. Depré, *La cooperazione*, cit., p. 183 ss.

[58] Vedi S. Munõz Machado, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, I, cit., p. 259 ss., ma anche C. Bassu, *Stato e comunità autonome in Spagna*, in «Amministrare», 2004, p. 423 ss.

[59] «Nell'esercizio delle loro competenze lo Stato federale, le Comunità, le Regioni e la Commissione comunitaria comune agiscono nel rispetto della lealtà federale, con l'intento di evitare i conflitti d'interessi»: in tema cfr. L. Gallez, B. Gors, *Aspetti recenti del federalismo regionale e del decentramento territoriale in Belgio*, in «Le Regioni», 2005, pp. 1074-1075.

[60] Vedi *infra*, § 3.

[61] Oltre alla bibliografia già citata in riferimento alla cooperazione nel sistema federale tedesco vedi A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 190 ss.; A. Anzon, *La* Bundestreue *e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, Giuffrè, Milano, 1995.

rale», individuata quale categoria giuridica da Rudolf Smend già nel 1916[62], ma pienamente sviluppata solo nel modello cooperativo del federalismo del secondo dopoguerra. Il *Bundesverfassungsgericht* ha enucleato tale principio per la prima volta in una decisione del 1952 nella quale ha affermato che: «il principio federalistico della Costituzione contiene il dovere giuridico di tutti coloro che partecipano al "patto" costituzionale di cooperare in conformità all'essenza di tale patto e di contribuire al suo rafforzamento, nonché alla garanzia degli interessi comuni»[63]. In particolare, tale principio si è tradotto, per *Bund* e *Länder*, nel divieto di esercizio abusivo o arbitrario delle rispettive competenze, nonché nell'obbligo di rispettare le modalità procedurali che da questo principio discendono[64].

Le clausole costituzionali sino ad ora ricordate rappresentano solo alcuni tra gli strumenti – forse i più evidenti – con cui negli ordinamenti composti vengono garantite le istanze unitarie: la ricerca oggetto di questo lavoro dimostrerà, ad esempio, in riferimento all'ordinamento statunitense, come molteplici, e a volte inaspettati, siano i mezzi con cui le istituzioni nazionali garantiscono l'«unità politica»[65] del paese.

3. *Le istanze unitarie nell'ordinamento italiano*

Le tendenze autonomistiche degli ultimi anni, come si diceva nel primo paragrafo, non riducono la necessità di strumenti di tutela delle istanze unitarie, ma anzi, in modelli costituzionali che accrescono il proprio decentramento politico, assumono nuova attualità. Emblematico da questo punto di vista è il regionalismo italiano, segnato come noto da una riforma costituzionale che, nel 2001, ne ha modificato radicalmente l'assetto.

---

[62] Vedi R. Smend, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, oggi in Id., *Staatrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlin, 1955, p. 39 ss.

[63] BVerfGE 1, 299 (315). Il brano è richiamato e tradotto in E. Ceccherini, *Le relazioni intergovernative in Austria, Belgio, Germania e Spagna*, cit., p. 259.

[64] A. Anzon, *La* Bundestreue *e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, cit., p. 52.

[65] Vedi A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, cit., pp. 40 e 325.

Per quanto concerne il tema oggetto di questo lavoro preme ricordare il venir meno, con la suddetta riforma, della clausola dell'*interesse nazionale*, presente invece nel disegno costituzionale del 1948[66]. Tale clausola, come noto, nata come limite di merito per la legislazione regionale, da farsi valere in sede parlamentare[67], si è trasformata, nella prassi applicativa, in limite di competenza e quindi di legittimità, giustiziabile dinanzi alla Corte costituzionale. L'interesse nazionale, peraltro, non è stato, nel regionalismo italiano precedente la riforma, solo *limite negativo* per l'esercizio delle competenze regionali, ma anche *presupposto positivo* per l'intervento legislativo dello stato[68]. La clausola dell'interesse nazionale, infatti, trasformata da limite di merito in limite di legittimità, era idonea a realizzare il c.d. *ritaglio delle competenze*: alle regioni, cioè, non spettava la cura di tutti gli interessi legati alle materie loro attribuite, ma la cura dei soli interessi regionali che in quelle materie emergevano[69]. Fin dalla prima attuazione del sistema regionale fu chiaro che, anche per la competenza delle regioni ordinarie, si sarebbe affermata la lettura già accolta per quella delle regioni a statuto speciale: l'idea cioè che «la competenza fosse attribuita secondo il criterio della funzione della regione di provvedere agli interessi regionali», con la conseguenza che «nelle materie sulle quali essa può esplicarsi, ben può intervenire lo stato per soddisfare interessi nazionali»[70].

Scomparsa tale clausola nel novellato Titolo V, la dottrina si è

---

[66] Vedi art. 117 Cost., vigente prima della legge di revisione costituzionale n. 3 del 2001: «La Regione emana per le seguenti materie norme legislative nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, sempreché le norme stesse non siano in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre regioni».

[67] Vedi art. 127 cc. 3-4 nel testo precedente la revisione del 2001: «Il Governo della Repubblica, quando ritenga che una legge approvata dal Consiglio regionale ecceda la competenza della Regione o contrasti con gli interessi nazionali o con quelli di altre Regioni, la rinvia al Consiglio regionale nel termine fissato per l'apposizione del visto. Ove il Consiglio regionale la approvi di nuovo a maggioranza assoluta dei suoi componenti, il Governo della Repubblica può, nei quindici giorni dalla comunicazione, promuovere la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, o quella di merito per contrasto di interessi davanti alle Camere. In caso di dubbio, la Corte decide di chi sia la competenza».

[68] L. Paladin, *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 1997, p. 93 ss.

[69] A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, cit., p. 139 ss.

[70] S. Bartholini, *Interesse nazionale e competenza delle regioni*, Cedam, Padova, 1967, p. 17.

interrogata sull'*an* e il *quomodo* della tutela delle istanze unitarie nel nuovo disegno costituzionale.

Il primo elemento difficilmente sarebbe potuto venir meno: la necessità di garantire non solo «una complessiva coerenza nel funzionamento del sistema»[71], ma anche i valori su cui si fonda l'unità politica di uno stato, rendono infatti indefettibile, in ogni ordinamento decentrato, la tutela, in qualche forma, di ciò che nel regionalismo italiano era rappresentato dall'interesse nazionale[72]: lo stesso processo di *Unitarisierung*[73], vissuto dagli stati federali mentre si affermavano i valori dello stato democratico-sociale, lo dimostra.

Per quanto concerne il secondo punto, ossia le modalità con cui lo stato debba garantire le istanze unitarie nel nuovo modello regionale, parte della dottrina ha sottolineato la specificità del modello tracciato dalla riforma: l'inversione del criterio di allocazione delle competenze, che come noto attribuisce i poteri non enumerati alle regioni, la mancanza di un riferimento esplicito all'interesse nazionale, la pari dignità istituzionale attribuita a stato, regioni ed enti locali, che sembrerebbe celarsi dietro il dettato dell'art. 114[74], inciderebbero sul *modus operandi* dello stato. Quest'ultimo

---

[71] P. Caretti, *Rapporti fra Stato e regioni: funzione di indirizzo e coordinamento*, in «Le Regioni», 2002, p. 1333.

[72] A. Barbera, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in «Quad. cost.», 2001, pp. 345-346. Ma vedi anche M. Luciani, *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in «Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni», 2002, suppl. n. 1, p. 12 ss.

[73] Vedi *supra*, § 1.

[74] Tra coloro che hanno sottolineato il rilievo della disposizione vedi B. Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 30. La disposizione implicherebbe in particolare secondo alcuni autori un «pluralismo istituzionale paritario» che escluderebbe tra i vari enti territoriali un rapporto gerarchico. In tal senso vedi ad esempio M. Cammelli, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in «Le Regioni», 2001, p. 1274 ss.; R. Bin, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in «Le Regioni», 2001, p. 1219; M. Olivetti, *Lo stato policentrico delle autonomie (art. 114, 1° comma)*, in T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 39 ss. Tale lettura tuttavia è stata fortemente ridimensionata, come noto, dalla giurisprudenza costituzionale, che ha escluso l'equiparazione fra gli enti indicati nell'art. 114, ricordando ad esempio come solo allo

infatti non potrebbe più operare attraverso una clausola generale come l'*interesse nazionale*, ma dovrebbe operare con gli strumenti tipizzati che la Costituzione gli riconosce[75]; tale soluzione, peraltro, favorirebbe, secondo parte della dottrina[76], un ruolo più circoscritto per la Corte costituzionale, ruolo che in definitiva terrebbe conto della politicità e non giuridicità della definizione degli interessi nazionali. Secondo tale interpretazione, infatti, se l'intervento statale fosse fondato su una clausola generica, il giudizio di costituzionalità si ridurrebbe «a verifiche di facciata, a meno che non perdesse i tratti del controllo esterno e la Corte si trasformasse in arbitro delle controversie tra stato e regioni»[77].

Ciò che tuttavia tale dottrina paventava all'indomani della revisione, ossia un coinvolgimento della giustizia costituzionale nella definizione concreta di controversie, sembra essersi almeno parzialmente realizzato nell'applicazione del Titolo V riformato, in primo luogo poiché la Corte è stata costretta ad una notevole attività ermeneutica che compensasse tanto alcune inadeguatezze del novellato testo costituzionale, quanto l'inattuazione della riforma ad opera del legislatore ordinario, pronunciatosi come noto solo con le brevi indicazioni della legge n. 131 del 2003.

Per quanto concerne la tutela delle istanze unitarie, uno dei primi passi del giudice delle leggi è stata la lettura di alcune competenze come *materie trasversali*[78], che individuano cioè, come noto, «non l'oggetto della competenza ma gli scopi che mediante

---

stato spetti il potere di revisione costituzionale e agli enti locali non competa la potestà legislativa (cfr. Corte cost. 274/2003; 365/2007).

[75] G. Falcon, Modello *e* transizione *nel nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione*, in «Le Regioni», 2001, p. 1251; C. Pinelli, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in «Foro it.», 2001, V, p. 194; P. Cavaleri, *La nuova autonomia legislativa delle regioni*, in «Foro it.», 2001, V, p. 202. Critico M. Carli, *I limiti alla potestà legislativa*, in «Le Regioni», 2002, pp. 1369-1370.

[76] Cfr. R. Tosi, *A proposito dell'interesse nazionale*, in «Quad. cost.», 2001, p. 86 ss.

[77] *Ivi*, p. 88.

[78] L'espressione è utilizzata, già all'indomani della riforma, da G. Falcon, *Il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione*, in «Le Regioni», 2001, p. 6.

essa vanno perseguiti»[79]: i «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali»[80] o la «tutela dell'ambiente»[81] non costituiscono semplici oggetti della legislazione, ma *finalità* da perseguire, «attribuzioni funzionali»[82] idonee a garantire allo stato la possibilità di intervenire in ambiti materiali molteplici, anche riconducibili a competenze regionali, al fine di garantire la tutela del valore cui quelle competenze sono preposte.

Il tema della garanzia del principio unitario, tuttavia, emerge con chiarezza nella decisione n. 303 del 2003 e nella giurisprudenza che ne applica successivamente la *ratio decidendi*.

In questa decisione infatti la Corte afferma che «l'equazione interesse nazionale = competenza statale è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale»[83]. Dopo questa affermazione, che sembra accogliere le più radicali ricostruzioni filo-regionali della riforma, la Corte tuttavia ricorda che le «istanze unitarie, […] pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale, giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze»[84]. Ed è sulla base di questa premessa che la Corte introduce, di fatto, un generale strumento di flessibilizzazione nel riparto delle competenze, strumento che rende definitivamente *residuali* gli ambiti nei quali le regioni possono esercitare la funzione legislativa.

Attraverso la *chiamata in sussidiarietà*, lo stato può infatti avocare competenze purché la valutazione dell'interesse pubblico sottostante a tale operazione sia proporzionata, ragionevole, e rispettosa del principio di *leale collaborazione*. La leale collaborazione trova quindi nel nuovo regionalismo italiano un secondo ambito di applicazione: essa non è più, come nel modello previgente, solo stru-

---

[79] A. D'Atena, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in «Quad. cost.», 2003, pp. 21-22.

[80] Vedi Corte cost. 282/2002 e più chiaramente 88 e 370/2003.

[81] Vedi Corte cost. 407/2002.

[82] M. Luciani, *L'autonomia legislativa*, in «Le Regioni», 2004, p. 372.

[83] Vedi Corte cost. 303 del 2003, punto 2.2 del *Considerato in diritto*.

[84] *Ivi*, punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

mento per risolvere i casi di interferenza tra poteri statali e regionali «vertenti su aree oggettivamente sovrapposte»[85], per favorirne l'esercizio cooperativo, ma diventa strumento per ridefinire la stessa allocazione delle competenze. Il principio che veniva utilizzato dalla Corte in casi di concorso di competenze per sollecitare un «negoziato sull'esercizio di funzioni ritenute ad esso preesistenti»[86] è utilizzato ora per "rinegoziare" lo stesso ordine delle competenze.

La leale collaborazione trova quindi nel nuovo regionalismo però non è l'unica chiave di lettura della giurisprudenza costituzionale: di non secondaria, e anzi di crescente importanza, è il principio di *prevalenza*.

Attraverso questo la Corte ha infatti escluso, nella decisione n. 370 del 2003, che competano automaticamente alle regioni le materie non nominate nei cataloghi dell'art. 117: ogni fattispecie apparentemente esclusa da questi ultimi può infatti essere ricondotta ad un titolo competenziale dello stato in base alle sue finalità prevalenti, quando cioè le funzioni e i fini che la contraddistinguono in modo preponderante la colleghino ad una delle competenze statali[87].

Nelle decisioni successive tale principio ha assunto un'importanza crescente. Come ha chiarito la stessa Corte nella sentenza n. 50 del 2005 la prevalenza è, insieme alla leale collaborazione, il criterio con cui dirimere i casi di interferenza di competenze tra materie esclusive dello stato e materie spettanti alle regioni, ma la leale collaborazione è tra i due il criterio residuale: per essa vi è spazio infatti solo nei casi in cui, tramite il criterio delle finalità prevalenti, non sia possibile ricondurre la fattispecie legislativa ad una materia statale. Il nodo dell'interferenza di competenze si risolve, così, sostanzialmente, con «un ragionamento di tipo teleologico» che rende

---

[85] A. Anzon, *«Leale collaborazione» tra Stato e Regioni, modalità applicative e controllo di costituzionalità*, in «Giur. cost.», 1998, p. 3535.

[86] S. Bartole, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in «Le Regioni», 2004, p. 582. Sui profili problematici del rinvio al principio di leale collaborazione nella giurisprudenza avviata con la sent. 303/2003 vedi R. Tarchi, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze normative tra Stato e Regioni. Pregi e limiti di una ricostruzione giurisprudenziale*, in Id. (a cura di), *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 187 ss. e la dottrina ivi richiamata.

[87] Cfr. Corte cost. 370/2003.

il criterio di prevalenza «una riedizione post-riforma dell'interesse nazionale»[88].

La definitiva «smaterializzazione»[89] delle materie e l'emergere di un "lessico degli interessi" sembra fenomeno ineludibile: nel 1957 Massimo Severo Giannini, sottolineando l'artificiosità del riparto di competenze tra stato e regioni tramite il criterio delle materie, sceglieva di riferirsi a queste ultime come ad una complessa «alchimia»[90] e, all'indomani dell'avvio dell'esperienza regionale, nel 1971, confermava la sua posizione, ribadendo che «è impossibile attuare l'art. 117 della Costituzione pensando di partire da un'analisi delle singole materie in esso elencate»[91].

Questo stato di fatto lascia aperto inevitabilmente un quesito: se davvero la definizione concreta del riparto di competenze sembra delinearsi sempre più come una ponderazione di interessi, la Corte non si è trasformata esattamente in ciò che la dottrina sopra citata mirava ad escludere, ossia «un arbitro delle controversie tra stato e regioni»? Se l'assenza di una clausola generale di garanzia dell'interesse nazionale non ha evitato la riproposizione delle medesime categorie utilizzate prima del 2001, amplificandole inevitabilmente in un ordinamento maggiormente decentrato, sembra inevitabile interrogarsi sull'ineludibilità di riforme che trasferiscano questa ponderazione di interessi in opportune sedi di mediazione, che possano ricondurre finalmente, il regionalismo italiano, «dalla giustizia costituzionale alla politica»[92].

La creazione di una seconda Camera[93] o, secondo altri, la

---

[88] R. Bin, *Prevalenza senza criterio*, in «Le Regioni», 2009, p. 618, commentando Corte cost. 411/2008.

[89] F. Benelli, *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006.

[90] M.S. Giannini, *Osservazioni alla sentenza n. 7 del 1957*, in «Giur. cost.», 1957, p. 50.

[91] Id., *L'esperienza regionale all'aprile 1971*, in «Riv. trim. dir. pubb.», 1971, 233.

[92] A. Morrone, *Lo stato regionale: dalla giustizia costituzionale alla politica*, in «Quad. cost.», 2006, p. 351 ss.

[93] La modifica del Senato è l'opzione sostenuta, fra gli altri, da U. Allegretti, *Perché una Camera regionale per l'Italia*, in «Democrazia e diritto», 2003, n. 3, p. 115 ss.; T.E. Frosini, *Federalismo e Bicameralismo*, in Id., *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 102 e 107; A. Barbera, *Il Tito-*

riforma del sistema delle conferenze[94] non è tuttavia, come è ovvio, l'unico nodo irrisolto del nostro regionalismo; fra gli altri uno merita sicuramente di essere ricordato: il c.d. *federalismo fiscale*, il potere della borsa, che è in attesa di definizione tramite l'attuazione della legge delega n. 42 del 2009[95]. Inutile ricordare che la tutela delle istanze unitarie passa anche da lì; e il finanziamento integrale dei LEP, previsto in tale delega[96], sembra essere lì a ricordarlo.

4. *Un contributo al dibattito: l'esperienza del federalismo statunitense*

L'oggetto di questa ricerca vuole essere un contributo allo studio delle istanze unitarie nell'esperienza federale statunitense. In questo consiste dunque la «definizione del problema»[97]: indagare i meccanismi che regolano i rapporti tra centro e periferia, individuando gli

---

lo V tra attuazione e riforma, in «Forum di Quaderni costituzionali», (11 dicembre 2006), www.forumcostituzionale.it, il quale propone il modello *Bundesrat* o, in alternativa, l'elezione contestuale di consiglieri regionali e Senato regionale. Su quest'ultima opzione vedi anche S. Ceccanti, *Devolution: una possibile ipotesi per uscirne con un compromesso alto* (17 gennaio 2003), in «Forum di Quaderni costituzionali», cit.

[94] Vedi R. Bin, I. Ruggiu, *La rappresentanza territoriale in Italia. Una proposta di riforma del sistema delle conferenze, passando per il definitivo abbandono del modello Camera delle Regioni*, in «Le Istituzioni del federalismo», 2006, p. 903 ss. Ritiene necessario agire su più fronti, riformando sia il sistema delle conferenze sia il Senato, C. Fusaro, di cui vedi *Il processo federale in Italia: opportunità e rischi. Cosa apprendere, cosa evitare* (19 febbraio 2010), pubblicato nel sito del Ministero per le Riforme e per il Federalismo, http://www.riformeistituzionali.it/media/72081/fusaro.pdf.

[95] In tema vedi, fra gli altri, M. Bertolissi, *La delega per l'attuazione del federalismo fiscale: ragionamenti in termini di diritto costituzionale*, in «Federalismo fiscale», 2008, n. 2, p. 89 ss. ; A. Morrone, *Enti locali, Regioni e Stato nella legge delega n. 42 del 2009 sul "federalismo fiscale"*, in G. Caia, T.F. Giupponi, A. Morrone (a cura di), *Quale ordinamento per gli enti locali? Organizzazione, servizi pubblici e "federalismo fiscale"*, Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 189 ss.; E. Jorio, S. Gambino, G. D'Ignazio, *Il federalismo fiscale. Commento articolo per articolo alla legge 5 maggio 2009, n. 42*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2009.

[96] Vedi art. 8, c. 1, lett. c.

[97] K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al Diritto Comparato*, I, *Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 13

strumenti *legislativi*[98] con i quali è stata eventualmente realizzata la "richiesta di unità".

La scelta di tale ordinamento è nata non solo dal suo carattere paradigmatico rispetto agli studi sul federalismo[99], carattere già ricordato in precedenza[100], ma anche dalla sua longevità: l'applicazione plurisecolare della Costituzione ha infatti comportato, inevitabilmente, l'emergere di molteplici modelli ermeneutici, quale risposta alle esigenze diversificate che lo stesso modello federale si è trovato ad affrontare. La sovrapposizione di competenze, l'interpretazione delle materie, il ruolo della giustizia costituzionale, il c.d. federalismo fiscale sono solo alcuni dei tanti temi legati al decentramento che l'ordinamento statunitense affronta da più di due secoli.

A ciò si aggiunga che il fenomeno di convergenza tra il modello federale e regionale, sempre più evidente[101], rende plausibile, come già notava Mazziotti nel 1961[102], l'uso di categorie ermeneutiche degli stati propriamente federali anche per esperienze di decentramento territoriale non riconducibili al federalismo *stricto sensu.*

L'esperienza statunitense ha tuttavia – come noto – caratteristiche specifiche; ma la finalità della ricerca è appunto questa: tentare di individuare le soluzioni ermeneutiche maturate nell'espe-

---

[98] Non sarà oggetto di analisi il c.d. *judicial federalism* che analizza i rapporti tra il potere giudiziario federale e quello statale, così come non sarà oggetto di approfondimento, se non per alcuni profili, il tema dell'organizzazione amministrativa. Su questi argomenti vedi, rispettivamente, M. Comba, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 1996 e G. D'Ignazio, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 2004.

[99] In questo contesto, e nel resto del lavoro, il termine *federalismo* è utilizzato quale sinonimo di *modello federale*, nonostante, in effetti, il termine *federalismo*, più propriamente, non si riferisca ad una struttura istituzionale, ma ad una dottrina fondata «sulla richiesta aprioristica di governo e decisioni politiche decentrate», per cui «possono aversi stati non federali ispirati ai principi del federalismo (per esempio la Spagna) e stati federali non ispirati ad ideologie federali (per esempio il Brasile o l'ex URSS)»: così Barbera, in A. Barbera, G. Miglio, *Federalismo e secessione. Un dialogo*, Mondadori, Milano, 1997, p. 1. In tema vedi ampiamente P. King, *Federalism and Federation*, Johns Hopkins University Press, Baltimora, 1982.

[100] Vedi *supra*, § 1.

[101] *Ibidem*.

[102] M. Mazziotti, *Studi sulla potestà legislativa delle Regioni*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 23 ss.

rienza federale americana, sottolineando al contempo le condizioni nelle quali esse sono nate, poiché proprio tali condizioni possono rendere quelle soluzioni non suscettibili di alcuna imitazione[103] in altri ordinamenti[104].

Un'operazione di tal tipo non può probabilmente prescindere da una adeguata premessa che tenga conto di come «gli ordinamenti giuridici» non sono altro, «nella realtà effettiva», che «lo sviluppo di complicati episodi storici»[105]. Per questo motivo si è scelto, nel primo capitolo di questo lavoro, di ripercorrere l'evoluzione del federalismo statunitense, individuando, nelle varie fasi storiche, l'emersione di istanze unitarie.

Un approccio diacronico, tra l'altro, appare particolarmente opportuno nello studio delle esperienze federali, di cui la dottrina da tempo sottolinea la difficoltà di analisi allorquando non si tenga conto dell'evoluzione che tali sistemi subiscono nel tempo. Sono note a tal proposito le teorie che rifiutano una lettura *statica* dello stato federale, una disamina puramente dogmatica che enfatizzi la nozione giuridica del federalismo, cristallizzandolo in rigide divisioni di potere, ma propugnano invece un approccio *dinamico*[106], in base al quale lo stato federale sarebbe un *federalizing process*, un fenomeno evolutivo al pari dei processi federativi[107].

Il carattere "dinamico" delle esperienze federali è probabilmente confermato proprio dalle tendenze più recenti del federalismo

---

[103] Sulla circolazione dei modelli vedi L. Pegoraro, A. Rinella, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Cedam, Padova, 2002, p. 62 ss. e la bibliografia ivi citata.

[104] Si pensi però, a titolo esemplificativo, alle similitudini tra le tecniche argomentative della Corte di Giustizia e quelle della Corte suprema statunitense: vedi P. Carrozza, *I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomie*, cit., p. 805 e M. Cartabia, J. Weiler, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 99 ss.

[105] G. Bognetti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 25.

[106] Vedi D.J. Elazar, *Idee e forme del federalismo*, Comunità, Milano, 1995, p. 32; A. Reposo, *Profili dello stato autonomico*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 100 ss.; M. Volpi, *Le Forme di Stato*, cit., p. 393 ss.

[107] Vedi C.J. Friedrich, *Trends of federalism in theory and practice*, Pall Mall Press, Londra, 1968, e, su tale teoria, A. La Pergola, *L'«empirismo» nello studio dei sistemi federali: a proposito di una teoria di Carl Friedrich*, in «Diritto e Società», 1973, p. 7 ss.

statunitense. L'elezione di Barack Obama alla fine del 2008 ha aperto forse una nuova fase nei rapporti tra federazione e stati[108].

La reazione alla crisi economica si è concretizzata in massicci finanziamenti federali per stimolare l'economia e in investimenti del governo nazionale in settori come quello bancario e automobilistico; la *health care reform*, che promette di fornire copertura sanitaria a decine di milioni di persone che ne sono attualmente prive, costituirebbe il più grande intervento di costruzione dello stato sociale dagli anni Sessanta[109]: l'elezione del Presidente democratico è figlia della richiesta di nuovi interventi nazionali, del fallimento della *deregulation* e, soprattutto, di nuove e chiare richieste di eguaglianza e solidarietà.

In questo contesto, che secondo alcuni osservatori potrebbe riproporre un *Big Government* di sapore rooseveltiano[110], lo stato federale si trova però, ancora una volta, dinanzi alla sua caratteristica di *governo a poteri enumerati*, così che la realizzazione di eventuali interventi neocentralisti non potrà non conferire, agli strumenti di tutela delle istanze unitarie, nuova attualità.

---

[108] Vedi *infra*, cap. I, § 14.

[109] Mentre questo volume andava in stampa, la riforma è stata approvata il 21 marzo 2010 e firmata dal Presidente due giorni dopo: cfr. il *Patient Protection and Affordable Care Act* (Pub. L. 111-148). Per alcune indicazioni sul provvedimento vedi comunque cap. I, § 14.

[110] M.C. Dorf, *The era of Big Government is starting over: will the Obama administration transform American constitutionalism in the way that Franklin Delano Roosevelt did?*, in «Findlaw», (30 dicembre 2008), http://writ.news.findlaw.com/dorf/20081230.html.

Capitolo I

LE ISTANZE UNITARIE NELL'EVOLUZIONE DEL FEDERALISMO STATUNITENSE

Sommario: 1. Il modello federale statunitense: genesi di un archetipo. – 2. Le istanze unitarie nel neonato stato federale. – 2a. Poteri enumerati e poteri impliciti. – 2b. La clausola di supremazia. (rinvio). – 2c. Tutela dei diritti nei confronti della federazione: il *Bill of Rights* – 2d. La *privilege and immunity clause* dell'art. IV: tutela federale dei diritti naturali? – 2e. (Segue) L'interesse sostanziale degli stati a discriminare i non residenti. – 2f. Una competenza negata: il potere di legiferare per «gli interessi generali dell'Unione» di fronte al *police power* statale. – 3. Stato "minimo" e federalismo duale. Uso limitato degli strumenti di tutela delle istanze unitarie. – 4. La guerra civile e la natura dell'Unione: dalla *compact theory* alla *national theory*. – 5. Il XIV emendamento: un "mandato costituzionale" per la tutela federale dei diritti? – 6. Emergono nuove istanze unitarie: dalla garanzia del *free market* al *New Nationalism*. – 7. Il *New Deal* e il federalismo cooperativo. – 8 La fine della separazione delle competenze: dalla *layer cake* alla *marble cake*. – 9. Strumenti e sedi della cooperazione. – 10. L'Associazione nazionale dei Governatori: cooperazione attraverso il *lobbying*? – 11. Gli anni Sessanta, una stagione di unificazione per i diritti civili: il *Civil Rights Act* (rinvio) e l'*incorporation* del *Bill of Rights*. – 12. Istanze di differenziazione dopo la *Great Society*: il *New Federalism*, tra razionalizzazione e neoliberismo. – 13. La differenziazione diventa competizione? La *Devolution Revolution*. – 14. Un nuovo ciclo per la tutela delle istanze unitarie? Da Bush a Obama, tra lotta al terrorismo e crisi economica.

1. *Il modello federale statunitense: genesi di un archetipo*

Il 17 settembre 1787 la Convenzione di Filadelfia[1] licenziò il testo della Costituzione degli Stati Uniti d'America, superando il preesi-

[1] Fra la ricchissima letteratura sui lavori della Convenzione vedi C.D. Bowen, *Miracle at Philadelphia: the Story of the Constitutional Convention, May to September 1787*, Little Brown, Boston, 1966; M. Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787* (4 voll.), Yale University Press, New Haven, 1966.

stente assetto confederativo e dando vita al primo compiuto modello di stato federale.

Il sistema che veniva abbandonato era quello disegnato dagli Articoli della confederazione, approvati dal Congresso il 9 luglio 1778. Fin dalla proclamazione dell'indipendenza, infatti, le comuni necessità belliche e gli interessi commerciali legati ad un eventuale mercato comune avevano favorito una forma di associazione tra le ex colonie, peraltro già guidate, durante il conflitto con la madrepatria, dal Congresso continentale, «un'embrionale struttura confederale»[2] composta dai rappresentanti dei tredici stati.

La prima forma con la quale i neo-indipendenti stati americani si erano legati reciprocamente era stata un'unione politica tra enti sovrani regolata dal diritto internazionale: in base agli *Articles of Confederation*, infatti, «ogni stato conservava la propria sovranità, libertà e indipendenza»[3].

La struttura istituzionale della confederazione era indubbiamente molto fragile: il Congresso, titolare del potere legislativo, vedeva infatti la sua funzionalità indebolita tanto dal vincolo di mandato che i suoi componenti avevano nei confronti degli stati[4], quanto dalla necessità di adottare decisioni con il consenso di tutti gli stati membri[5]. Se il potere legislativo era quindi depotenziato dal vincolo di mandato e dai veti incrociati dei diversi stati, gli altri poteri erano poi addirittura esclusi dall'assetto confederale: al di fuori del Presidente, avente funzioni puramente rappresentative, non vi era alcun

---

[2] Vedi G. Floridia, *La costituzione dei moderni*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 76.

[3] Vedi art. II degli Articoli della confederazione, il cui testo tradotto in italiano è consultabile in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 718 ss.

[4] I componenti del Congresso, delegati degli stati membri, sono nominati annualmente secondo le modalità stabilite da ciascun legislativo statale, libero, peraltro, di revocare in ogni momento il mandato ai propri delegati: vedi art. V degli Articoli della confederazione.

[5] Le decisioni, pur adottabili a maggioranza, sono di fatto assunte all'unanimità grazie al diritto di veto di cui gli stati dispongono e cui fanno frequentemente ricorso. Vedi L. Levi, *La federazione: costituzionalismo e democrazia oltre i confini nazionali*, in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., p. 12.

potere esecutivo permanente[6], non venivano previste forze armate né alcun potere giudiziario[7].

La debolezza della struttura confederale non derivava però solo dall'assenza di organi e istituzioni; come sottolineato con chiarezza da Alexander Hamilton nel *Federalist*[8], i limiti del potere centrale derivavano anche dal numero esiguo di competenze che gli erano state attribuite. Alla confederazione erano stati infatti riconosciuti poteri in materia di difesa, politica estera, moneta, espansione verso ovest, poste, pesi e misure, commercio con gli indiani.

Altro limite connaturato al modello confederale[9] era poi il fatto che il potere legislativo fosse esercitato nei confronti dei governi e non degli individui, presupponendo quindi un'attuazione da parte degli stati i quali peraltro, in caso di inadempimento, non incorrevano in alcun tipo di sanzione. In questo modo, scrive Hamilton, le decisioni del Congresso si trasformavano in «pure e semplici raccomandazioni, che i singoli stati osservavano o meno, a loro piacimento»[10].

Nonostante la breve esperienza confederale americana abbia

---

[6] Alcune essenziali funzioni esecutive venivano in realtà svolte dal Congresso stesso, in particolare da commissioni composte dai membri dell'assemblea, dalle quali dipendevano direttamente i funzionari amministrativi. Sul punto vedi G. Floridia, *La costituzione dei moderni*, cit., p. 84.

[7] L'unica eccezione è rappresentata dall'art. IX che attribuisce al Congresso alcune funzioni giudiziarie, esercitate in riferimento alle controversie tra due o più stati «relative ai confini territoriali, alla giurisdizione o a qualunque altro soggetto».

[8] Vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., saggio n. 15, p. 220 ss. Il *Federalist*, come noto, è la raccolta di saggi pubblicati tra il 1787 e il 1788 da Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, sotto il comune pseudonimo di *Publius*, per convincere gli stati della confederazione a ratificare la nuova Costituzione elaborata dalla Convenzione di Filadelfia. Per una traduzione dei saggi vedi, oltre alla bibliografia già citata, anche A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di G. Sacerdoti Mariani, Giappichelli, Torino, 1997.

[9] Sul modello confederale vedi la bibliografia ricordata *supra*, Introduzione, § 1, nota 16.

[10] Vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., p. 224. La precarietà dell'assetto confederale potrà di conseguenza, conclude l'autore del *Federalist*, essere superata soltanto allorquando esso si doterà non solo di un governo più forte, ma anche di un sistema che garantisca l'osservanza delle leggi; un doppio sistema di coazione, costituito dai giudici e da un esercito, in grado, rispettivamente, di garantire l'obbedienza degli individui e degli stati alle decisioni dell'Unione: *ivi*, p. 226.

mostrato diversi limiti, la migliore dottrina statunitense[11] ne sottolinea comunque l'importanza per lo stato federale che di lì a poco sarebbe nato. Gli Articoli della confederazione hanno infatti mantenuto viva l'idea dell'"unione" in un momento in cui le divergenze fra i vari stati rischiavano di compromettere definitivamente ogni formula associativa tra le ex colonie, permettendo, successivamente, quando i tempi sono stati maturi, di amplificare quel legame tra gli stati che, appunto, non si era mai spezzato. In secondo luogo, gli *Articles of Confederation* hanno contribuito all'individuazione dei poteri del futuro governo federale. L'attribuzione alla confederazione del potere sulla guerra e sulle relazioni internazionali ha costituito, infatti, un formale riconoscimento della «natura intrinsecamente nazionale»[12] di tali attività e ha predisposto la successiva estensione delle competenze federali alle materie con queste collegate.

Le debolezze mostrate dall'assetto confederale, insieme alle spinte centrifughe che sembravano mettere a repentaglio l'integrità dell'unione, furono alla base della convocazione a Filadelfia, nel maggio 1787, di una convenzione costituzionale avente lo scopo di emendare gli Articoli della confederazione[13]. Come noto, la Convenzione andò ben oltre l'incarico affidatole, creando una nuova architettura costituzionale che in sette articoli disciplinava i poteri

[11] Vedi E. S. Corwin, *The Progress of constitutional theory between the Declaration of Independence and the meeting of the Philadelphia Convention*, in A.T. Mason, G. Garvey (a cura di), *American constitutional history, Essays by Edward s. Corwin*, Harper and Row, New York, 1964, p. 1 ss.

[12] Scrive in particolare Corwin che gli Articoli della confederazione «accorded formal recognition that the great powers of war and foreign relations were *intrinsically national in character*»: *ivi*, p. 16.

[13] Questi ultimi, infatti, pur essendo in base all'art. XIII teoricamente modificabili dal Congresso, erano nella realtà dei fatti difficilmente emendabili per la necessaria successiva ratifica da parte di tutti i legislativi statali. Con la Convenzione, come vedremo, verranno scelte modalità diverse di ratifica e verrà richiesta, per l'entrata in vigore della Costituzione, l'adesione di solo nove stati su tredici. Cfr. art. XIII degli Articoli della confederazione: «Ciascuno stato si ritiene vincolato all'osservanza delle decisioni degli Stati Uniti adunati in Congresso, su tutte le materie ad essi deferite dal presente Atto confederale. E gli Articoli della presente Confederazione saranno inviolabilmente osservati da ciascuno Stato e l'Unione sarà perpetua; né potranno essere introdotte modificazioni al testo, a meno che tali emendamenti non vengano approvati dal Congresso degli Stati Uniti e siano successivamente ratificati dagli organi legislativi di ogni Stato».

legislativo, esecutivo e giudiziario, ridisegnando parallelamente i rapporti tra il centro e gli stati membri. Nasceva, come racconta Friedrich, l'«archetipo del federalismo»[14], il modello, tuttora paradigmatico, di stato federale[15].

Le motivazioni che spinsero i cinquantacinque delegati ad optare per uno stato federale sono sintetizzate, ancora una volta, dalle parole di *Publius* che, nei saggi del *Federalist*, espone le ragioni che rendevano necessaria la costruzione di un potere centrale più forte.

In primo luogo, si legge nei saggi, un'America unita in una struttura solida rappresenta la migliore e forse l'unica via per tutelare la sicurezza del popolo americano, sia da eventuali invasioni straniere sia da inevitabili lotte intestine. Nel primo caso[16], pur immaginando uno sforzo di coordinamento delle ex colonie contro un nemico comune, in quali proporzioni ogni stato fornirebbe denaro e milizie? Chi sarebbe a capo delle forze armate, decidendo magari i termini della pace? Senza vie d'uscita sarebbe invece un conflitto intestino[17] che, creando differenti schieramenti in seno agli stati, alimenterebbe guerre autodistruttive.

Al tema della pace viene poi affiancato quello di un'efficace regolamentazione delle relazioni commerciali, realizzabile solo ad opera di un energico governo federale. Come già verificatosi negli anni successivi all'indipendenza, infatti, in mancanza di un controllo sovrastatale, il libero scambio fra gli stati sarebbe compromesso dalla nascita, nelle singole repubbliche, di sistemi economico-commerciali differenti[18].

L'insieme di queste osservazioni fece sì che in seno alla Convenzione non venisse accolta, dopo lunghi dibattiti, l'idea di fondo del "piano del New Jersey", una delle bozze della nuova Costituzione, che, con alcune varianti, riproponeva la struttura confederale. La base della nuova Costituzione fu invece, seppur con notevoli modi-

---

[14] Vedi C. J. Friedrich, *Trends of federalism in theory and practice*, Pall Mall Press, Londra, 1968, p. 11.

[15] Sul valore paradigmatico dell'esperienza federale statunitense vedi *supra*, Introduzione, § 1.

[16] Vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., saggio n. 4 (attribuito a J. Jay), p. 155 ss.

[17] *Ivi*, saggio n. 5 (attribuito a J. Jay), p. 160 ss.

[18] *Ivi*, saggio n. 7 (attribuito a A. Hamilton), p. 170 ss.

fiche, il "piano della Virginia" redatto da James Madison, del quale tuttavia non fu accolta l'opzione più radicale, quella di assegnare ai vari stati membri un numero di rappresentanti, nell'Assemblea legislativa federale, proporzionale alle rispettive popolazioni, come sarebbe avvenuto in uno stato unitario[19]. La soluzione scelta fu infatti il cosiddetto *great compromise*, in base al quale una delle Camere sarebbe stata composta in modo da rispecchiare il numero degli abitanti di ciascuno stato, come Madison proponeva, mentre la seconda, il Senato, avrebbe avuto un numero fisso di due rappresentanti per ciascuno degli stati, assegnando così ad ognuno di essi, indipendentemente dall'estensione, il medesimo peso nelle votazioni. La Costituzione in questo modo rendeva gli stati parti costituenti di una nazione sovrana attraverso una loro diretta rappresentanza in Senato, preservando contestualmente una quota di sovranità degli stati stessi[20].

Questo, infatti, è probabilmente l'elemento più originale della Costituzione statunitense, sul quale peraltro gli autori del *Federalist* insistettero notevolmente: l'idea che, pur costituendo una federazione sovrana, non venisse meno la statualità e quindi la sovranità degli enti che la componevano[21]. Due secoli dopo la pubblicazione de *Les six livres de la République* in cui Jean Bodin[22] aveva indicato tra le

---

[19] Sui due progetti e sul dibattito che li circondò vedi O. Bergamini, *Breve storia del federalismo americano*, Marcos y Marcos, Milano, 1996, p. 36.

[20] G. Negri, *Le origini del federalismo americano*, in «Studi parlam. pol. cost.», 1970, n. 8/9, p. 25.

[21] Il tema classico della titolarità della sovranità in uno stato federale ha ricevuto, nel corso del tempo, molteplici risposte in dottrina. Mentre gli autori del *Federalist* non esitavano a considerarla ripartita, Calhoun (su cui vedi *infra*, § 4) la riconosceva solo agli stati membri (cfr. J.C. Calhoun, *Disquisizione sul governo e Discorso sul governo e la Costituzione degli Stati Uniti (1853)*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1986). La teoria oggi prevalente, invece, attribuisce al solo stato federale la sovranità, riconoscendo agli stati la sola garanzia costituzionale della loro autonomia (cfr. G. Lucatello, *Stato federale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVIII, Utet, Torino, 1971, p. 338 ss.; G. de Vergottini, *Stato federale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 836). Analizza le varie teorie giuridiche sulla natura dello stato federale A. Reposo, *Stato federale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXX, Istituto dell'Enciclopedia italiana Treccani, Roma, 1993, p. 2.

[22] Fra le tante riedizioni dell'opera, comparsa per la prima volta nel 1576, vedi J. Bodin, *Les six Livres de la République*, Fayard, Parigi, 1986. Gli aspetti essenziali della teoria di Bodin sulla sovranità sono trattati fra gli altri da N. Bobbio,

caratteristiche indefettibili della sovranità proprio l'indivisibilità, i padri fondatori disegnano due potestà di imperio coesistenti, ciascuna sovrana nella propria sfera di competenza: nasceva una «sovranità generale» affiancata da «sovranità particolari»[23]. Nell'assemblea di ratifica della Costituzione dello stato di New York, Madison affermò chiaramente che: «l'idea che due poteri supremi non possano agire insieme è falsa. [...] Le leggi degli Stati Uniti sono supreme nei confronti di tutti gli obiettivi che la Costituzione riconosce come loro propri. Le leggi degli stati sono supreme allo stesso modo»[24].

La via attraverso la quale i delegati giustificarono la doppia sovranità della federazione e degli stati fu quella, come sottolinea la dottrina[25], di derivare i poteri della Costituzione non dagli stati, ma dal *popolo degli Stati Uniti*[26]. In modo significativo, il preambolo della Costituzione americana antepone il popolo degli Stati Uniti agli stessi enti territoriali[27], riconoscendogli la paternità della Costituzione[28] e introducendo due elementi essenziali del costituziona-

---

La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico, Giappichelli, Torino, 1976, p. 85 ss.

[23] Così G. Negri, *Le origini del federalismo americano*, cit., p. 26.

[24] H.C. Syrett, J.E. Cooke (a cura di), *The papers of Alexander Hamilton 1757-1804*, V, Columbia University Press, New York, 1962, p. 103.

[25] Vedi M. Grodzins, *The American System*, Rand Mc Nally & Company, Chicago, 1966, p. 19; D.J. Elazar, *American Federalism. A view from the states*, Thomas Crowell Company, New York, 1966, p. 47.

[26] Su tale aspetto del costituzionalismo statunitense vedi T. Bonazzi, *Un «costituzionalismo» rivoluzionario. Il Demos Basileus e la nascita degli Stati Uniti*, in «Fil. pol.», 1991, n. 2, p. 283.

[27] «We, the people of the United States, in order to form a more perfect Union […] do ordain and establish this Constitution for the United States of America» («Noi, il popolo degli Stati Uniti, al fine di perfezionare la nostra Unione […] poniamo in essere questa Costituzione quale ordinamento per gli Stati Uniti d'America»): scompare l'attribuzione di sovranità agli stati, presente invece nell'art. II della carta confederale. Per una traduzione del testo della Costituzione americana vedi G. Sacerdoti Mariani, A. Reposo, M. Patrono, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Sansoni, Firenze, 1991; T. Bonazzi, *La Costituzione statunitense e il suo significato odierno*, Il Mulino, Bologna, 1988.

[28] Affermerà con chiarezza la Corte suprema che «la Costituzione degli Stati Uniti d'America fu ordinata e stabilita, non dagli stati nelle loro capacità sovrane, ma enfaticamente, come il preambolo della Costituzione dichiara, *dal popolo* degli Stati Uniti. Non vi è alcun dubbio che competeva al popolo investire il governo generale dei poteri che poteva ritenere propri e necessari, estendere o circoscrivere questi poteri in base al suo volere e dar loro *un'autorità prevalente e suprema*. Come poco

lismo moderno: la sovranità popolare[29] e l'idea della Costituzione come prodotto di un atto di creazione consapevole, non più esito dell'evoluzione di consuetudini tramandate[30].

In coerenza con l'idea dello stato federale quale modello di divisione di poteri «tra autorità coordinate e indipendenti»[31], i delegati sancirono che il potere legislativo, prima espressione della sovranità, fosse condiviso dal Congresso federale e dalle Assemblee statali. Così l'art. I, sez. VIII, mentre riconosce finalmente al legislativo federale un potere diretto sui cittadini[32], ne elenca contemporaneamente le competenze enumerate. «I poteri non demandati agli Stati Uniti», invece, in base al X emendamento[33], «sono riservati agli Stati o al popolo».

L'aspetto probabilmente più suggestivo della nascita di tale modello federale in seno alla Convenzione è dato dal fatto che, come è stato sottolineato[34], esso non fu tanto l'epilogo di una compiuta elaborazione teorica, quanto il frutto dei molteplici compromessi realizzati nel corso dei lavori costituzionali di Filadelfia[35]. Nonostante sia probabile, secondo gli storici, l'influenza sui delegati delle teorie

---

dubbio vi può essere che il popolo ha il diritto di vietare agli stati l'esercizio di tutti i poteri che a suo giudizio sono incompatibili con l'oggetto del patto generale, di rendere i poteri dei governi statali, in determinati casi, subordinati a quelli della *nazione*, o riservare ad esso stesso quelle autorità sovrane che potrà scegliere di non delegare ad altri»: vedi *Martin of Fairfax vs. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304 (1816), pp. 324-325.

[29] Vedi N. Matteucci, *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1987.

[30] La contrapposizione tra "antica Costituzione" tramandata e "nuova Costituzione" creata è evidenziata da C.H. McIlwain di cui vedi *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 44.

[31] A.V. Dicey, *Introduction to the study of Law of the Constitution*, McMillan, Londra, 1915, p. 151.

[32] Lo afferma chiaramente Hamilton, nel saggio n. 15: vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., p. 225.

[33] Tale disposizione, come noto, fu approvata alcuni anni dopo all'interno del *Bill of Rights*, su cui vedi *infra*, § 2c.

[34] Vedi C.J. Friedrich, *Il fondamento europeo della Costituzione americana*, in L. Bolis (a cura di), *La nascita degli Stati Uniti d'America*, Edizioni di Comunità, Milano, 1957, p. 36.

[35] La vicenda del *great compromise* (o compromesso del Connecticut) è a tal proposito emblematica. Sul carattere compromissorio della scelta costituente in riferimento al principio federale vedi R. Toniatti, *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 13 ss.

di Althusius[36], Montesquieu[37] ed Harrington[38], i quali in contesti diversi avevano prospettato l'idea di una distribuzione verticale del potere tra il centro e la periferia, la mancanza di una compiuta elaborazione teorica dietro la scelta di una sovranità condivisa è dimostrata anche dal fatto che nel testo costituzionale manchino tanto il termine *federalismo*, quanto l'aggettivo *federale*[39]. Per la prima compiuta teorizzazione del federalismo americano occorrerà infatti attendere la fine dei lavori della Convenzione e gli scritti propagandistici del *Federalist.*

Non fu casuale, invece, la scelta del metodo di ratifica della Costituzione americana[40]. La procedura seguita, dopo che la Convenzione approvò il testo, fu quella di affidare la ratifica a convenzioni di delegati scelti direttamente dai corpi elettorali statali, assegnando un voto a ciascuno stato e ritenendo sufficiente la ratifica di nove di essi per l'entrata in vigore della Costituzione[41]. Fu in particolare James Madison a battersi perché la ratifica avvenisse tramite convenzioni e non ad opera dei legislativi statali: affidarla a questi ultimi avrebbe significato porre la Costituzione sullo stesso grado gerarchico delle

---

[36] Secondo Carl Friedrich (di cui vedi *Trends of federalism in theory and practice*, cit., p. 36) Althusius, nella *Politica Methodice Digesta*, adombrava la distinzione tra federazione e confederazione, attraverso le categorie della *foederatio plena* e *foederatio non plena*. Sul punto vedi la voce *Federalismo Altusiano*, in L.M. Bassani, W. Stewart, A. Vitale, *I concetti del federalismo*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 74 ss.

[37] L'influenza del pensiero di Montesquieu è ampiamente dimostrata dal saggio n. 9 del *Federalist*, nel quale Hamilton riporta un lungo brano dell'*Esprit des lois* relativo alla Repubblica Confederata quale mezzo per ampliare la sfera dei governi popolari e per conciliare i vantaggi di un regime monarchico con quelli di un regime repubblicano (vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., p. 186 ss.). Approfondisce i legami tra l'opera di Montesquieu e l'esperienza federale americana S.H. Beer, di cui vedi *To make a Nation. The Rediscovery of American Federalism*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1993, p. 219 ss.

[38] Sui punti essenziali del pensiero politico di James Harrington, e sul suo contributo al federalismo americano vedi ancora S.H. Beer, *To make a Nation. The Rediscovery of American Federalism*, cit., p. 84 ss.

[39] L'osservazione è di O. Bergamini, *Breve storia del federalismo americano*, cit., p. 10.

[40] Vedi sul punto S.H. Beer, *To make a Nation-The Rediscovery of American Federalism*, cit., p. 308 ss.

[41] In base all'art. VII della Costituzione degli Stati Uniti «la ratifica da parte di apposite assemblee in nove stati sarà sufficiente a far entrare in vigore la presente Costituzione tra gli stati che l'abbiano in tal modo ratificata».

altre leggi, per cui uno stato che con una legge ordinaria aderiva alla Costituzione avrebbe potuto, con un atto uguale e contrario, modificarla. Secondo Madison, «un sistema di ratifica fondato solo sui legislativi e uno fondato sul popolo rappresentava la vera differenza tra una lega o un trattato, e una Costituzione»[42].

2. *Le istanze unitarie nel neonato stato federale*

Lo stato federale statunitense trae origine dunque, come abbiamo visto, da un *foedus*, un patto tra le ex colonie britanniche che decidono di affidare ad un governo centrale la disciplina di fattispecie ritenute insuscettibili di frazionamento. Tale sistema nasce cioè per realizzare specifici obiettivi non perseguibili adeguatamente a livello dei singoli stati e per tutelare, così, istanze unitarie emerse nel corso dell'esperienza confederale o comunque prefigurate dai delegati della Convenzione di Filadelfia. Diversi, pertanto, sono gli strumenti di tutela di tali istanze previsti esplicitamente nel testo costituzionale.

2a. *Poteri enumerati e poteri impliciti*

Il primo strumento di tutela delle istanze unitarie è costituito evidentemente dal catalogo dei poteri enumerati federali.

Regolare il commercio con le altre nazioni e fra i diversi stati, battere moneta, costituire servizi postali, dichiarare guerra, organizzare una milizia: molte delle materie che la Convenzione di Filadelfia sceglie di affidare alla federazione rappresentano fattispecie che i delegati considerano più opportunamente disciplinate a livello centrale[43].

Si pensi, al di là delle materie di carattere chiaramente "nazio-

---

[42] M. Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, cit., II, p. 93.

[43] Discorso leggermente diverso è quello relativo al potere di imporre tributi che viene riconosciuto anche alla federazione non perché non esercitabile in modo adeguato a livello statale, ma poiché la sua assenza in capo alla confederazione aveva mantenuto quest'ultima in una situazione di perenne dissesto finanziario. Essa infatti dipendeva economicamente dai finanziamenti degli stati nei confronti dei quali non possedeva alcun potere coercitivo: vedi sul punto L. Stroppiana, *Stati Uniti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 28; A. Cattarin, *Dalla servitù alla sovranità. No taxation without representation*, Jovene, Napoli, 2009, p. 61 ss.

nale" come la guerra e l'organizzazione della milizia, a competenze quali il potere di disciplinare il commercio che, nell'esperienza confederale, aveva mostrato l'opportunità di una sua titolarità in capo all'ente centrale. La mancanza di tale potere in capo alla confederazione aveva infatti reso possibili misure protezionistiche dei singoli stati, che avevano spaziato dalle variazioni di tariffe doganali fino alle politiche monetarie per attrarre investitori, e che avevano condotto il commercio stesso ad «uno stato di completo abbandono»[44].

La *ratio* sottesa agli *enumerated powers* viene ricordata da Joseph Zimmerman[45], il quale individua i presupposti che guidarono i delegati di Filadelfia nell'attribuzione al governo centrale della potestà legislativa su determinate materie. A parere dell'autore, in particolare, quattro sono le situazioni in presenza delle quali una materia è stata inserita tra le competenze della federazione: quando il governo nazionale è l'unico che può raccogliere le risorse economiche per lo svolgimento di una data attività; quando l'attività non può essere efficacemente gestita entro i limiti geografici e giuridici di un ente territoriale inferiore; quando l'attività richiede un'uniformità nazionale delle politiche; quando uno stato attraverso la sua attività o inattività può danneggiare la popolazione di altri stati.

Insieme ai poteri enumerati la Costituzione statunitense prevede anche una clausola che si mostra subito, di primo acchito, quale potenziale strumento di espansione delle competenze federali: quella degli *implied powers*, dei poteri impliciti.

In base all'art. I, sez. VIII, clausola 18, il Congresso avrà il potere di porre in essere tutte le leggi *necessary and proper*, «necessarie e opportune», «per l'esercizio dei citati poteri (enumerati) e di tutti gli altri poteri che la presente Costituzione conferisce al Governo degli Stati Uniti, o a qualsiasi Dicastero o suo ufficio interno».

Le potenzialità di tale clausola sembrano emergere già al momento dell'adozione della Costituzione, allorquando gli antifederalisti, che ne temevano la capacità espansiva per le competenze legislative federali, la indicano come *sweeping clause*, "norma passa

[44] Così Hamilton, nel saggio n. 15, in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., p. 222.

[45] Vedi J.F. Zimmerman, *Federal preemption. The silent revolution*, Iowa State University Press, Ames, 1991, p. 9.

tutto"[46]: l'interpretazione di tale disposizione diventa così, immediatamente, oggetto di ampi dibattiti.

I contorni della questione prendono definitivamente corpo attraverso la *querelle* sorta negli anni 1790-1791, tra Thomas Jefferson e Alexander Hamilton, circa la costituzionalità della legge che istituì la prima Banca degli Stati Uniti d'America, non essendo tale facoltà riconosciuta esplicitamente al Congresso nel catalogo dei poteri enumerati[47]. Secondo Thomas Jefferson, in particolare, la disposizione degli *implied powers* riconosce al Congresso solo quei poteri che siano *genuinamente necessari* per l'esercizio delle competenze affidategli; qualora gli si riconoscessero anche i poteri semplicemente *adatti* all'esercizio di quelli enumerati il quadro costituzionale ne sarebbe stravolto: sono necessari, per Jefferson, solo i poteri in assenza dei quali le competenze enumerate sarebbero vane ed inefficaci.

Al contrario Alexander Hamilton afferma che l'unica condizione di legittimità di un potere implicito è la sua «relazione naturale»[48] con uno degli obiettivi riconosciuti al governo federale.

A dirimere la questione sarà la Corte suprema nel 1819 quando, interrogata sulla legittimità del provvedimento istitutivo della seconda Banca degli Stati Uniti d'America[49], sosterrà, nel noto caso *McCulloch vs. Maryland*[50], un'interpretazione estensiva dei poteri impliciti.

---

[46] È lo stesso Alexander Hamilton, nel saggio n. 33, a ricordare tale espressione, tuttora utilizzata dalla dottrina: cfr. A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., p. 330. Sull'uso di tale espressione tanto negli scritti degli antifederalisti, quanto in quelli più recenti della dottrina vedi G. Lawson, P.B. Granger, *The "proper" scope of federal power: a jurisdictional interpretation of the sweeping clause*, in «Duke L.J.», 1993, XLIII, p. 270, nota 10.

[47] Per la *querelle* tra Jefferson e Hamilton vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, Foundation Press, New York, 2000, p. 798 ss.

[48] Vedi A. Hamilton, *Opinion on the Constitutionality of the Bank* (23 febbraio 1791), in P.B. Kurland, R. Lerner (a cura di), *The Founders' Constitution*, III, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 2000, p. 248.

[49] L'attività della Banca federale era stata infatti momentaneamente interrotta; fondata nel 1791, questa si vide, venti anni dopo, negato il rinnovo dello statuto dai jeffersoniani che consideravano la sua attività come un'indebita intromissione federale nell'attività delle banche istituite su autorizzazione dei vari stati. La seconda banca degli Stati Uniti venne istituita nel 1816. In tema vedi G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 81, nota 2; P. Hay, R.D. Rotunda, *The United States Federal System*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 34 ss.

[50] 17 U.S. 316 (1819).

La Corte affermerà infatti che, qualora lo scopo del Congresso sia costituzionalmente legittimo, tutti gli «strumenti chiaramente adatti al perseguimento di quel fine, che non sono vietati, ma coerenti con la lettera e lo spirito della Costituzione, sono costituzionali»[51].

Dopo tale decisione la Corte suprema non ha dedicato ulteriore attenzione all'interpretazione di tale clausola[52], applicando comunque la *ratio decidendi* del caso *McCulloch vs. Maryland* in alcune pronunce, nelle quali ha sostenuto la legittimità di provvedimenti federali in quanto «necessari e opportuni» per l'esercizio di uno dei poteri enumerati. Grazie a tale clausola la Corte, ad esempio, nel caso *United States vs. Oregon*[53] del 1961 ha ritenuto legittima una legge del Congresso che sanciva che il governo nazionale fosse destinatario delle eredità dei veterani accolti in strutture di ricovero federali, nei casi in cui questi non lasciassero né un testamento né eredi legittimi. Tale provvedimento, nonostante la disciplina delle eredità fosse in via generale di competenza degli stati, era esercizio della *necessary and proper clause* rispetto alla competenza del Congresso di «reclutare e mantenere gli eserciti»[54]. Secondo i supremi giudici, infatti, poiché in base a tale competenza la federazione può costruire ospedali per soldati e ricoveri per veterani nonché erogare loro pensioni, una legge come quella in oggetto è strumento appropriato e necessario per esercitare tale competenza, poiché destina i beni di ex soldati accolti in strutture federali al mantenimento degli altri veterani che si trovano in situazioni analoghe[55].

La *sweeping clause*, tuttavia, in linea con la *ratio* della disposizio-

---

[51] «Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are constitutional»: *ivi*, p. 421.

[52] Sintomatica è la trattazione di tale disposizione nella manualistica statunitense, limitata appunto alla ricostruzione del noto caso *McCulloch vs. Maryland*, senza alcun riferimento a decisioni successive. Vedi, a titolo esemplificativo, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 798 ss.; C.N. May, A. Ides, *Constitutional Law. National power and federalism*, Aspen Law & Business, New York, 2001, p. 182 ss.; K.M. Sullivan, G. Gunther, *Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 2004, p. 90 ss.

[53] 366 U.S. 643 (1961).

[54] Vedi art. I, sez. VIII, cl. 12.

[55] Cfr. *United States vs. Oregon*, cit., p. 649.

ne, non si è mai trasformata in un titolo competenziale autonomo[56], in una clausola generale, venendo sempre utilizzata dalla Corte suprema per ampliare il portato normativo di uno dei poteri enumerati[57].

A ciò si aggiunga che in riferimento al potere sul commercio, la più duttile delle competenze federali, la Corte ha raramente richiamato la *necessary and proper clause* per ampliarne il portato normativo; come vedremo nel capitolo successivo, infatti, nella maggior parte delle decisioni con cui i supremi giudici hanno "forzato" i limiti della competenza sul commercio, ciò è avvenuto non con un rinvio alla *necessary and proper clause*, ma con un'interpretazione estensiva del potere federale basata sulla rilettura della competenza "commercio".

La clausola dei poteri impliciti è stata, forse conseguentemente, oggetto di limitata attenzione anche da parte della dottrina[58], che si è soffermata invece più sulle implicazioni che questa disposizione aveva per la separazione orizzontale dei poteri[59], che non su quelle che essa aveva per la distribuzione verticale delle competenze tra federazione e stati.

Detta clausola, in effetti, prevede chiaramente che sulla base di essa il Congresso abbia il potere di porre in essere tutte le leggi necessarie e opportune per l'esercizio dei poteri enumerati, ma an-

---

[56] «Questa clausola non garantisce un potere regolatore o direttivo su qualche specifica materia; piuttosto garantisce un margine di discrezionalità nell'esercizio di tutti gli altri poteri garantiti […]. Così facendo, la *necessary and proper clause* assicura che i poteri specificati possano essere esercitati in modo completo ed efficace»: vedi C.N. May, A. Ides, *Constitutional Law. National power and federalism*, cit., p. 183.

[57] In alcuni casi, come sottolinea la dottrina italiana, l'ampiezza delle competenze enumerate è stata, tramite la *necessary and proper clause*, forzata in modo notevole: si pensi al caso *Woods vs. Miller* (333 U.S. 138) del 1948, in cui la Corte suprema ritiene legittima la proroga della legge sul blocco dei fitti approvata nel 1947, dopo che il secondo conflitto mondiale era già concluso, poiché il potere enumerato di dichiarare guerra implicava il potere di provvedere ai danni che ne derivavano. Si sofferma criticamente su tale decisione G. Lucatello, *Lo stato regionale quale nuova forma di stato*, in Aa.Vv., *Atti del Primo Convegno di Studi Regionali*, Cedam, Padova, 1955, p. 157.

[58] Sulla scarsa attenzione riservata dalla dottrina alla *necessary and proper clause* cfr. D.E. Engdahl, *The necessary and proper clause as an intrinsic restraint on federal lawmaking power*, in «Harv. J.L. & Pub. Pol'y», 1998, XXII, p. 114.

[59] W.W. Van Alstyne, *The role of Congress in determining incidental powers of the President and of the Federal Courts: a comment on the horizontal effect of "the Sweeping Clause"*, in «Ohio St. L.J.», 1975, XXXVI, p. 788 ss.

che per l'esercizio *di tutti gli altri poteri che la presente Costituzione conferisce al Governo degli Stati Uniti, o a qualsiasi dicastero o suo ufficio interno*. Il Congresso cioè può porre in essere leggi «necessarie e opportune» per l'esercizio di tutti i poteri attribuiti alle istituzioni federali. Di conseguenza, quindi, il legislativo federale può adottare leggi con le quali individuare strumenti e modalità tramite cui poteri diversi da quello legislativo devono essere esercitati. È in base a tale disposizione, ad esempio, che la dottrina[60] sostiene tradizionalmente la legittimità delle agenzie amministrative e delle commissioni regolatrici indipendenti[61], istituite e disciplinate dal potere legislativo in un sistema che sarebbe basato, come noto, sulla rigida separazione dei poteri e quindi sulla titolarità del potere esecutivo e della sua organizzazione in capo al solo Presidente[62].

Le implicazioni interpretative della *necessary and proper clause* in riferimento ai rapporti tra centro e periferia sono state invece di rado scandagliate sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina e, nonostante la presenza di tale clausola sia stata importante per favorire un'interpretazione estensiva dei poteri enumerati, essa è stata spesso fondamento di tale espansione solo «in modo implicito»[63].

Ciò – almeno – fin ad ora: negli ultimi anni, come vedremo,

---

[60] C.N. Steele, J.H. Bowman, *The constitutionality of Independent Regulatory Agencies under the Necessary and Proper Clause: the ase of the Federal Election Commission*, in «Yale J. on Reg.», 1987, IV, p. 363 ss.; J.M. Beermann, *Congressional administration*, in «San Diego L. Rev.», 2006, XLIII, p. 61 ss.

[61] Sulle commissioni indipendenti vedi *infra*, § 4.

[62] Cfr. art. II, sez. I, cl. 1 della Costituzione: «Il potere esecutivo sarà conferito a un Presidente degli Stati Uniti d'America». Sui modelli organizzativi dell'amministrazione federale e sui profili problematici dei rapporti tra politica e amministrazione vedi ampiamente G. D'Ignazio, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 2004. Per riferimenti al tema della *necessary and proper clause* vedi in particolare p. 141 e p. 144.

[63] La paternità di tale espressione è in realtà del Professor Laurence Tribe che, in una corrispondenza del 29 dicembre 2009, pur sottolineando l'importanza di tale disposizione per l'espansione delle competenze federali, mi spiegava così la scarsa presenza di richiami alla *necessary and proper clause* nelle decisioni che hanno ampliato la potestà legislativa federale sul commercio, nonché la limitata trattazione che tale clausola riceve nella stessa manualistica statunitense. Lo stesso Tribe tuttavia sottolinea la rinnovata attenzione per tale clausola sia nella recente giurisprudenza (su questo vedi *infra*, cap. II, § 7) sia quale possibile fondamento costituzionale per la riforma sanitaria proposta dall'amministrazione Obama.

sembra essere in corso ad opera di alcuni autori e alcuni giudici della Corte suprema una sorta di "revisionismo giurisprudenziale", che mira a rileggere la giurisprudenza della Corte stessa alla luce della clausola dei poteri impliciti, per valorizzare questi ultimi nelle future decisioni sull'allocazione dei poteri tra federazione e stati[64].

2b. *La clausola di supremazia (rinvio)*

Strumento essenziale di unità nel neonato stato federale è l'art. VI, clausola 2, in base al quale «la Costituzione e le leggi degli Stati Uniti che seguiranno nel rispetto di questa, e tutti i trattati stipulati o da stipulare da parte degli Stati Uniti, in base alle loro competenze, costituiranno la legge suprema del paese [...]».

La disposizione suggella la supremazia del diritto federale su quello statale e, costituendo il fondamento della più ampia dottrina della *preemption*, costituisce uno dei maggiori strumenti di tutela delle istanze unitarie nella storia costituzionale americana. Per tale motivo essa sarà oggetto di apposita trattazione nel capitolo terzo di questo lavoro[65].

2c. *Tutela dei diritti nei confronti della federazione: il* Bill of Rights

Il 25 settembre 1789 il Congresso degli Stati Uniti d'America licenziava una risoluzione che sottoponeva, secondo la procedura prevista dall'art. V della Costituzione, dodici emendamenti alla ratifica delle assemblee legislative statali[66]. Solo dieci[67] di essi ricevettero l'approvazione degli stati membri e, entrando in vigore nel 1791, chiusero la fase costituente americana, completando la Costituzione stessa con un *Bill of Rights*.

---

[64] Vedi *infra*, cap. II, § 7.

[65] Vedi in particolare §§ 1-2.

[66] Per una raccolta completa degli atti del Congresso relativi al dibattito sul *Bill of Rights* vedi N.H. Cogan, *The complete Bill of Rights: the drafts, debates, sources & origins*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1997.

[67] Il primo e il secondo, relativi alla distribuzione dei rappresentanti della Camera fra i vari stati e al compenso da assegnare ai membri del Congresso, non ottennero la ratifica: vedi G. Sacerdoti Mariani, A. Reposo, M. Patrono, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 121, nota 120.

Durante i lavori della Convenzione di Filadelfia del 1787 non era stato incluso alcun documento di questo tipo: era infatti prevalsa la posizione dei federalisti contrari all'inclusione nel testo costituzionale di una carta dei diritti. Alla base di tale opposizione, insieme a varie argomentazioni teoriche[68], vi era stata indubbiamente una

[68] Diverse erano, a parere dei federalisti, le motivazioni che suggerivano tale esclusione; in primo luogo, come sottolineò James Wilson in un discorso all'assemblea legislativa della Pennsylvania, l'inclusione di una carta dei diritti nella Costituzione era superflua: essa infatti avrebbe dovuto rappresentare uno strumento di garanzia nei confronti del governo federale il quale era, per le sue stesse caratteristiche, ontologicamente privo del potere di violare alcun diritto. Le dichiarazioni dei diritti infatti sono necessarie, a parere del deputato, nei governi a competenza generale, in cui i rappresentanti del popolo sono investiti di tutti i poteri tranne quelli che gli sono esplicitamente negati. In tali ordinamenti ha quindi senso un'esplicita individuazione e definizione delle situazioni soggettive sottratte alla disponibilità del potere legislativo; in un assetto come quello federale, invece, nel quale il governo centrale ha solo le competenze che gli stati esplicitamente decidono di conferirgli, è implicito che questo non possa privare gli stati stessi e i loro cittadini di posizioni di garanzia delle quali esso non può disporre (vedi *James Wilson's State House Speech*, 6 ottobre 1787, in G. Lloyd, M. Lloyd, *The essential Bill of Rights. Original arguments and fundamental documents*, University Press of America, Lanham [Mar.]-Oxford, 1998, p. 283 ss.). Un ulteriore argomento contro la necessità di un *Bill of Rights* è illustrato da Hamilton, nel saggio n. 84 del *Federalist*, che sottolinea l'inutilità di una carta dei diritti in un ordinamento costituzionale come quello disegnato a Filadelfia, in grado, con i meccanismi di rappresentanza dei vari interessi, con il principio di separazione dei poteri e con i reciproci controlli tra questi, di garantire, già con il circuito politico, la tutela dei diritti (vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., p. 674 ss. e, sulla separazione dei poteri nel disegno costituzionale statunitense, G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, II, Giuffrè, Milano, 1979, p. 1 ss.). Substrato teorico del saggio di Hamilton sono i temi dominanti nell'intera Convenzione di Filadelfia: in quest'ultima, secondo la nota ricostruzione proposta da McIlwain, il tema prevalente del dibattito non fu la tutela dei diritti, ma la tutela dell'autonomia legislativa delle colonie nei confronti del Parlamento britannico. I coloni non avevano infatti lamentato la violazione di diritti individuali, tutto sommato garantiti dalla *Common law*, quanto piuttosto l'essere vincolati dalle decisioni di un organo che non li rappresentava; «gli americani – in definitiva – negavano l'autorità del Parlamento di Westminster di vincolare, in base al diritto costituzionale inglese, i cittadini inglesi fuori dal Regno» (così C.H. McIlwain, *La Rivoluzione americana: una interpretazione costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1965, p. 18). Il tema della rappresentanza era quindi dominante sulla problematica dei diritti, per cui prevalse, come si diceva, la posizione secondo cui questi ultimi sarebbero stati automaticamente tutelati in un ordinamento costituzionale che garantisse la rappresentanza di tutti gli interessi e prevedesse un sistema di *checks and balances* reciproco tra i vari organi costituzionali. La tutela dei diritti, come sottolinea Hamilton, dipende in realtà dalla struttura del governo, dallo spirito generale del governo stesso, così che l'intera Co-

precisa ragione pratica, forse prevalente: il timore, nutrito dai federalisti, che la problematica definizione del contenuto delle varie libertà potesse ritardare l'approvazione della Costituzione stessa.

Prova della natura strumentale di tale posizione è il mutato atteggiamento degli stessi federalisti una volta entrata in vigore la Costituzione: Madison, in particolare, si trasformò da oppositore in strenuo sostenitore dell'opportunità di una carta dei diritti nella Costituzione. Egli espose le sue posizioni in uno storico discorso tenuto alla Camera dei Rappresentanti nel giugno 1789[69]: in quell'occasione, con argomentazioni antitetiche rispetto a quelle sostenute a Filadelfia, affermò che tutti i poteri sono possibili artefici di abusi e devono essere controllati assicurando per via costituzionale «i grandi diritti del genere umano». Il governo federale infatti, pur avendo poteri enumerati può, qualora non gli venga esplicitamente impedito, utilizzare i propri poteri per limitare le libertà individuali, per esempio qualora dovesse considerare l'eventuale disciplina limitativa dei diritti strumentale all'attuazione di altre competenze, secondo il modello degli *implied powers*. D'altro canto, continua Madison, non può ritenersi sufficiente la presenza dei *Bill of Rights* nelle costituzioni dei diversi stati, in quanto «ciascun livello di governo deve essere disarmato dei poteri che possano invadere i diritti»; al contrario, la presenza di un *Bill of Rights* federale accanto a quelli statali non farebbe che assicurare ai diritti stessi una «*double security*»[70], una doppia garanzia.

---

stituzione, una volta adottata, sarà «sotto ogni punto di vista razionale, e a tutti gli effetti, una Dichiarazione dei diritti» (cfr. A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., saggio n. 84, p. 679). Ulteriore argomento addotto dai federalisti durante la Convenzione, contro l'inserimento di una carta dei diritti nella Costituzione, fu che il corpo della Costituzione conteneva già diverse disposizioni di tutela dei diritti, quali l'art. I, sez. 3, cl. 7 sugli effetti limitati delle sentenze pronunciate dal Senato in caso di *empeachment*, o, dello stesso articolo, la sez. 9, cl. 2, che limitava la sospensione dell'*habeas corpus* ai casi di ribellione o invasione (vedi ancora il citato saggio n. 84 del *Federalist*, *passim*).

[69] Analizza tale discorso, riportandone degli stralci, L.W. Levy, in *Origins of the Bill of Rights*, Yale University Press, New Haven, 1999, p. 35 ss.

[70] Così Hamilton o Madison (il *paper* è di attribuzione incerta) nel saggio n. 51: vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., p. 459. Nel saggio citato in realtà l'autore non si riferisce al *Bill of Rights*, ma genericamente ad una doppia garanzia per i diritti che l'assetto federale comporterebbe: «Nella repubblica federale d'America, avviene che il potere cui il popolo rinunzia sia prima diviso tra due diversi sistemi costituzionali, indi, nell'ambito

All'argomento secondo cui l'enumerazione dei diritti avrebbe pregiudicato la tutela di quelli non tipizzati[71], Madison, infine, rispose che tale eventualità poteva essere evitata con un'apposita clausola che lo impedisse e ne propose anche il testo, poi confluito nel IX emendamento, in base al quale *l'enumerazione in Costituzione di certi diritti non potrà essere interpretata per negare o misconoscere altri diritti goduti dai cittadini*.

Proprio tale disposizione peraltro, come è stato notato[72], contiene, insieme al X emendamento, i principi fondanti del diritto costituzionale americano: inviolabilità dei diritti e, rispettivamente, sovranità popolare. Con «un impianto inequivocabilmente giusnaturalistico»[73], che fonda e legittima l'ordinamento costituzionale attraverso il popolo americano, le due disposizioni affermano l'una che i diritti spettano ai singoli anche se non positivizzati[74], l'altra, che i poteri di governo non assegnati alla federazione si intendono appartenere agli

---

di ciascuno di essi, nuovamente suddiviso in vari settori ed organi. Di qui doppia garanzia di libertà per il popolo».

[71] Uno degli argomenti addotti dai federalisti stessi durante la Convenzione di Filadelfia, contro l'inserimento di una carta dei diritti nella Costituzione, fu quello secondo cui l'enumerazione e quindi l'individuazione di alcuni diritti nel testo costituzionale sarebbe stata comunque incompleta, così negando protezione alle fattispecie di diritti non individuati.

[72] G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La costituzione liberale*, cit., p. 70.

[73] *Ivi*, p. 70, nota 3.

[74] Ancora dibattuta tuttavia è la possibilità che il IX emendamento possa costituire fondamento costituzionale autonomo per diritti non enumerati in Costituzione. La stessa Corte suprema ha raramente richiamato tale clausola e mai, sul suo uso, è stata raggiunta la maggioranza nella Corte. In tema vedi L.H. Tribe, M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 74 ss.; K.T. Lash, *The lost jurisprudence on the Ninth Amendment*, in «Texas L.R.», 2005, LXXXIII, p. 597 ss. Il dibattito, come evidente, riecheggia quello maturato nella dottrina italiana in riferimento all'art. 2 della Costituzione; nel nostro ordinamento tuttavia la Corte ha in alcune occasioni utilizzato tale disposizione per attribuire fondamento costituzionale a diritti non tipizzati negli artt. 13 ss. (cfr. ad esempio Corte cost. 561/1987; 139/1990; 13/1994). Sostiene la lettura dell'art. 2 quale clausola a fattispecie aperta A. Barbera di cui vedi *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 80 ss., nonché *"Nuovi diritti": attenzione ai confini*, in L. Califano (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 19 ss. Contesta invece la ricostruzione dell'art. 2 quale fattispecie aperta A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, p. 20 ss.

stati o al popolo stesso. L'idea giusnaturalista, e di Locke in particolare[75], di uno stato che nasce da un contratto tra gli uomini per la tutela dei loro diritti naturali, già enunciato nella Dichiarazione di Indipendenza del 1776[76], viene positivizzata nuovamente, ricevendo questa volta rango costituzionale nel *Bill of Rights*[77].

I restanti emendamenti, dal I all'VIII, sono rivolti invece, come noto, alla tutela delle singole libertà individuali: religione, parola, proprietà vengono garantite nei confronti dei possibili abusi del governo federale[78].

Lo stesso Madison, in realtà, aveva avanzato l'ipotesi che il nuovo catalogo di diritti tutelasse le libertà in esso contenute non solo nei confronti del governo federale, ma anche nei confronti di eventuali abusi statali. Egli infatti, mentre sollecitava l'adozione del *Bill of Rights*, sottolineava come alcuni stati fossero privi di una carta dei diritti e come altri ne possedessero una lacunosa, pur essendo proprio gli stati, in quanto più vicini ai cittadini, maggiormente idonei a violare i diritti di questi. Coerentemente con tali osservazioni propose un emendamento in base al quale nessuno stato avrebbe dovuto «violare i diritti di coscienza, la libertà di stampa, o il diritto alla valutazione di una giuria in un processo penale»[79].

Tale ultima proposta però non fu accolta e il *Bill of Rights* venne inteso dai più, nel momento della sua approvazione, come un documento «solidamente fondato sulla teoria del federalismo»[80], un

---

[75] Sul contrattualismo di John Locke e sulla sua influenza nel costituzionalismo moderno vedi fra gli altri G. Bongiovanni, *Diritti inviolabili e libertà*, in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 67 ss.

[76] Cfr. su tale aspetto della Dichiarazione di Indipendenza T. Bonazzi, *La Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America*, Marsilio, Venezia, 1999, p. 47 ss.

[77] Sulla consapevole positivizzazione del diritto naturale che fu alla base della Costituzione americana e del *Bill of Rights* in particolare vedi G. Floridia, *La Costituzione dei moderni*, cit., p. 65 ss.

[78] Per un'analisi dettagliata di ciascun emendamento vedi L.W. Levy, in *Origins of the Bill of Rights*, cit., *passim*.

[79] Il testo dell'emendamento proposto è riportato da N.H. Cogan, *The complete Bill of Rights: the drafts, debates, sources & origins*, cit., p. 1.

[80] Vedi K.T. Lash, *Commentary on Akhil Reed Amar's the Bill of Rights: Creation and Reconstruction two movements of a constitutional symphony*, in «U. Rich. L. Rev.», 1999, XXXIII, p. 488.

documento, cioè, non volto a limitare i poteri statali, ma a limitare il potere legislativo della federazione che, nella sua attività normativa, sarebbe stata costretta, da quel momento in poi, a rispettare il catalogo di diritti appena approvato.

Proprio tale aspetto, ossia l'applicabilità del *Bill of Rights* al solo governo centrale, è oggetto della prima *querelle* relativa alla neo-approvata carta dei diritti, che la Corte suprema risolve, nel caso *Barron vs. Mayor and City Council of Baltimore*[81] del 1833, escludendo categoricamente che il *Bill of Rights* vincoli anche l'operato dei governi statali[82].

In primo luogo, la Corte sottolinea che la Costituzione è stata creata dal popolo degli Stati Uniti per se medesimo, per il proprio governo e non per i singoli governi degli stati: mentre fondava un governo federale, il popolo statunitense ne definiva contemporaneamente i limiti[83]. A conferma di ciò è il dato testuale del *Bill of Rights*, che nel I emendamento[84] si riferisce esplicitamente al solo Congresso quale destinatario del catalogo.

Anche una lettura sistematica della Costituzione del 1787, tuttavia, a parere della Corte, suggerisce l'esclusione dell'applicabilità della carta dei diritti ai singoli stati. Allorquando, infatti, i padri

---

[81] 32 U.S. 243 (1833).

[82] Il *Bill of Rights*, a parere della Corte, «è concepito unicamente come un limite all'esercizio del potere del governo degli Stati Uniti e non è applicabile alla legislazione degli stati» (cfr. *Barron vs. Mayor and City Council of Baltimore*, cit., pp. 250-251). Il caso di specie riguardava un episodio di espropriazione senza indennizzo, realizzato dalla città di Baltimora, in violazione, secondo il ricorrente, del quinto emendamento della Costituzione americana, secondo il quale «nessuna proprietà privata potrà essere destinata a uso pubblico, senza equo indennizzo». Si trattava, esattamente, della deviazione ad opera della città di Baltimora del corso di alcuni fiumi, deviazione che aveva finito per comportare, da parte di tali fiumi, il deposito di vari detriti nella banchina di proprietà del *petitioner* (Barron), rendendola troppo poco profonda per continuare ad essere punto di attracco per le navi, così perdendo integralmente la sua stessa funzione. La questione sottoposta alla Corte era, in definitiva, se il *Bill of Rights* fosse applicabile anche alla città di Baltimora: tale questione, afferma la Corte stessa, è «di grande importanza, ma di non molta difficoltà» (cfr. *ivi*, p. 247).

[83] *Ibidem*.

[84] «*Il Congresso* non potrà porre in essere leggi per il riconoscimento ufficiale di una religione o per proibirne il libero culto, o per limitare la libertà di parola o di stampa o il diritto dei cittadini di riunirsi in forma pacifica e d'inoltrare petizioni al governo per la riparazione d'ingiustizie».

fondatori hanno inteso limitare l'azione dei governi statali, come nei casi indicati nella decima sezione del primo articolo[85], lo hanno fatto esplicitamente, «percependo che in una Costituzione disegnata dal popolo degli Stati Uniti per il governo di tutti, nessun limite dell'azione di governo (di ciascuno stato) sul suo popolo dovrebbe essere applicato se non espresso in termini espliciti»[86]. Conseguentemente, qualora gli autori dei primi dieci emendamenti avessero voluto estendere le limitazioni che da essi derivano anche all'azione degli stati, avrebbero imitato i redattori della Costituzione originale ed espresso tale intenzione nel corpo stesso delle norme[87].

Esauriti gli argomenti testuali la Corte adduce nel caso *Barron*, quale ultimo elemento a favore della sua lettura restrittiva, la ricostruzione del significato storico che il *Bill of Rights* ebbe al momento della sua adozione: sposando una tecnica interpretativa che oggi verrebbe definita dalla dottrina americana *intentionalism*[88], la Corte ricostruisce il contesto dell'adozione della carta dei diritti, rintracciandone così il significato che ad essa attribuirono i costituenti stessi. Il contesto, spiega il giudice Marshall, redattore dell'*opinion*, era quello di timore nei confronti del neonato stato federale: «in quasi ogni convenzione attraverso cui la Costituzione era stata ratificata si raccomandò infatti

[85] Dell'art. I, sez. X vedi ad esempio la prima clausola: «*Gli stati* non potranno concludere trattati, alleanze o patti confederali; né accordare permessi di preda e rappresaglia, né battere moneta; né emettere titoli di credito; né consentire che il pagamento dei debiti avvenga in altra forma che non sia con monete d'oro o d'argento; né approvare *bill of attainder*, né leggi con valore retroattivo, né leggi che disconoscano in qualche modo l'efficacia delle obbligazioni contrattuali; né potranno conferire titoli nobiliari». Di tenore analogo sono le clausole successive, 2 e 3.

[86] Vedi *Barron vs. Mayor and City Council of Baltimore*, cit., pp. 248-249.

[87] Con termini quasi identici si esprime la Corte: vedi *ivi*, p. 250.

[88] L'*intentionalism* che, come suggerisce lo stesso termine, mira ad individuare la volontà originaria dei costituenti, costituisce insieme al *testualismo* uno dei due filoni che alimentano quello che viene identificato più complessivamente come *originalismo*, la tecnica di interpretazione costituzionale che mira a rintracciare il significato originario del testo costituzionale sottraendolo ad interpretazioni evolutive. Su quest'ultimo criterio ermeneutico vedi A. Scalia, *Originalism: the lesser evil*, in «U. Cin. L. Rev.», 1989, LVII, p. 849 ss. In generale, sul tema dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento statunitense si rinvia, fra gli altri, a L.F. Goldstein, *In defense of the text: democracy and constitutional theory*, Rowman & Littlefield, Savage (Maryland), 1991; L.H. Tribe, M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, cit.; B. Ackerman, *Oliver Wendell Holmes lecture: the Living Constitution*, in «Harv. L. Rev.», 2007, CXX, p. 1737 ss.

l'adozione di emendamenti che vigilassero contro eventuali abusi di potere. Questi emendamenti richiedono garanzie contro gli abusi del governo generale, non contro quelli dei governi locali»[89].

La decisione della Corte suprema, in definitiva, rispecchiava perfettamente le convinzioni prevalenti nell'epoca in cui fu adottato il *Bill of Rights*, nato come limite per i poteri della sola federazione: come scriverà John Hart Ely, «secondo l'originario accordo, il caso *Barron* era stato deciso correttamente»[90].

Soltanto più di un secolo dopo[91], come vedremo, dinanzi a ripetute violazioni dei diritti ad opera degli stati, la Corte suprema comprenderà che il caso *Barron* «aveva lasciato una vasta gamma di controversie tra stati e cittadini al di là della competenza del giudiziario federale ed in definitiva della stessa Costituzione federale»[92], e deciderà così di sovvertirne di fatto il principio, creando un nuovo potente strumento di unificazione tramite l'*incorporation* del *Bill of Rights*[93].

2d. *La* privilege and immunity clause *dell'art. IV: tutela federale dei diritti naturali?*

Ancor prima dell'approvazione del *Bill of rights*, il testo costituzionale americano conteneva già una norma che, costruendo «un ponte tra il federalismo e i diritti individuali»[94], predisponeva uno strumento dalle forti potenzialità unificanti: l'art. IV, sez. II prevede infatti che *i cittadini di ogni stato avranno il diritto di godere negli altri stati di tutti i privilegi e di tutte le immunità inerenti alla condizione di cittadini*.

Con la doppia finalità di promuovere l'unità della neonata Unione ed evitare le discriminazioni di ciascuno stato nei confronti dei cittadini degli altri, la Convenzione di Filadelfia aveva approvato

---

[89] Cfr. *Barron vs. Mayor and City Council of Baltimore*, cit., p. 250.

[90] Vedi J.H. Ely, *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1980, p. 196, nota. 58.

[91] La prima tappa in realtà è l'approvazione, tra il 1865 e il 1870, degli emendamenti XIII, XIV e XV adottati al termine della guerra civile: su questo vedi *infra*, §§ 4-5.

[92] Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 1294.

[93] Vedi *infra*, § 8.

[94] Cfr. L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 1250.

tale disposizione e fissato quella che Hamilton definì addirittura «la base dell'Unione stessa»[95]. Come sottolineerà la Corte suprema alcuni decenni dopo l'adozione della Costituzione, «senza una previsione di tal tipo, idonea a sottrarre i cittadini di ogni stato dai disagi dell'essere straniero negli altri stati, la Repubblica avrebbe costituito poco più di una lega di stati»[96].

Per quanto concerne il portato normativo di tale disposizione, la prima pronuncia in materia adottata da un giudice federale contiene alcune affermazioni in grado di riconoscere alla norma *de qua* un significato dirompente. Nel caso *Corfield*[97], deciso da una corte di circuito[98] nel 1823, il giudice Washington afferma infatti che tale disposizione tutela interessi «che sono nella loro stessa natura *fondamentali*, che appartengono di diritto ai cittadini di tutti i governi liberi e di cui hanno goduto i cittadini dei vari stati che compongono l'Unione, dal tempo in cui sono divenuti liberi, indipendenti e sovrani»[99].

Come la dottrina[100] ha sottolineato, legando i diritti fondamentali della cittadinanza alla *privilege clause*, il giudice Washington apriva potenzialmente la via ad una protezione giurisdizionale federale dei *diritti naturali dei cittadini*. Si creavano cioè le precondizioni per fissare un catalogo nazionale uniforme di diritti, protetti dal governo federale contro le intrusioni statali[101].

---

[95] Vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., saggio n. 80, p. 637. La norma ripeteva peraltro il contenuto di quanto già previsto dal quarto degli Articoli della confederazione.

[96] Vedi *Paul vs. Virginia*, 75 U.S. 168 (1869), p. 180.

[97] *Corfield vs. Coryell*, 6 Fed. Cas. 546 (1823).

[98] Le corti di circuito erano previste dal *Judiciary Act* del 1789 (1 Stat. 73), quale livello intermedio tra le corti distrettuali e la Corte suprema. Sul punto vedi M. Marcus, *Organizing the federal judiciary: legislation and commentaries*, Columbia University Press, New York, 1992, p. 22 ss.

[99] Cfr. *Corfield vs. Coryell*, cit., p. 552.

[100] Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 1251 ss., nonché Note, *Membership has its privileges and immunities: congressional power to define and enforce the rights of national citizenship*, in «Harv. L. Rev.», 1989, CII, p. 1933.

[101] Lo stesso giudice Washington esemplifica tali diritti, stilando un catalogo idoneo a includere molteplici fattispecie. Afferma in particolare il giudice: «Identificare quali siano questi principi fondamentali è forse più noioso che difficoltoso da fare. Essi, comunque, potrebbero tutti essere compresi nei seguenti capi generali: protezione da parte del governo; il godimento della vita e della libertà, con il diritto di acquisire e possedere proprietà di ogni tipo, e di perseguire ed ottenere la felicità e il benessere […]. Possono essere menzionati tra i privilegi e le immunità dei citta-

La Corte suprema, tuttavia, non accolse mai la dottrina dei diritti naturali sottesa all'*opinion* del giudice Washington, sottolineando invece come la *ratio* della clausola non fosse creare una competenza federale per la tutela dei diritti naturali, ma evitare discriminazioni normative degli stati contro i cittadini di altri stati.

Nel caso *Paul vs. Virginia*[102] del 1869, la Corte per la prima volta rifiuta esplicitamente la teoria dei diritti naturali, spiegando invece che finalità della *privilege and immunity clause* è «porre i cittadini di ciascuno stato nella stessa posizione dei cittadini degli altri stati […]. Essa li affranca dagli svantaggi di essere stranieri in altri stati; vieta contro di loro discriminazioni legislative»[103].

Tale lettura della Corte non muterà nei decenni successivi, quando anzi i supremi giudici ribadiranno, con molta chiarezza, che la finalità della disposizione «è quella di assicurare ad un cittadino di uno stato A che dovesse capitare nello stato B, le stesse garanzie di cui i cittadini dello stato B godono»[104].

2e. (Segue) *L'interesse sostanziale degli stati a discriminare i non residenti*

Pur concordando sulla finalità della *privilege and immunity clause*, volta a precludere agli stati trattamenti discriminatori nei confronti dei cittadini di altri stati, la dottrina si è divisa invece, fin dalle prime applicazioni, sull'individuazione dei *privileges* tutelati dalla norma stessa: quali diritti, cioè, richiedono, da parte dei governi statali, la parità di trattamento tra cittadini e non cittadini?

Diverse sono le locuzioni identificative dei diritti tutelati dalla di-

---

dini, che sono chiaramente inclusi dalla generale definizione di garanzie fondamentali, il diritto del cittadino di uno stato ad attraversare o risiedere in ogni altro stato per finalità di scambio, agricoltura, professionali, o qualunque altra; di reclamare il diritto di *habeas corpus*; di iniziare e proseguire azioni di ogni tipo nelle corti dello stato; a questi può essere aggiunto il diritto di voto, come regolato dalle leggi o dalla Costituzione dello stato nel quale tale diritto deve essere esercitato» (cfr. *Corfield vs. Coryell*, cit., pp. 551-552).

[102] 75 U.S. 168 (1869).

[103] Cfr. *Paul vs. Virginia*, cit., p. 180. Per affermazioni analoghe vedi *Downham vs. Alexandria Council* (77 U.S. 173, 1870) nonché gli *Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1873).

[104] Vedi *Toomer vs. Witsell* (334 U.S. 385, 1948), p. 395.

sposizione *de qua* che compaiono nella giurisprudenza della Corte suprema: dai diritti «che incidono sulla vitalità di una Nazione come un'entità unica»[105] a quelli che sono «sufficientemente fondamentali per la promozione dell'armonia tra gli stati»[106]. La Corte suprema ha, tuttavia, evitato di concretizzare tali formule stilando un catalogo dei diritti tutelati da tale disposizione. Ciò nonostante, l'insieme delle decisioni sull'argomento permette di identificare i due contesti nei quali la Corte suprema ha ritenuto violata la *privilege clause*: nel caso di discriminazioni nell'esercizio dei diritti costituzionali e in caso di trattamenti differenziati nell'esercizio di importanti attività economiche[107].

Il primo riferimento, nell'individuazione dei *privileges* protetti dalla norma dell'art. IV, è quindi proprio il *Bill of Rights*: il catalogo dei diritti tutelati nella Costituzione federale è «il più ovvio e basilare»[108] strumento di identificazione dei diritti fondamentali che ogni stato deve riconoscere anche ai cittadini degli altri stati[109].

La maggior parte dei casi, però, nei quali la *privilege clause* ha trovato applicazione sono quelli in cui uno stato ha trattato in modo ineguale i non cittadini limitando le loro possibilità di guadagno sul

---

[105] Vedi *Baldwin vs. Fish and Game Commission of Montana* (436 U.S. 371, 1978), p. 383.

[106] Vedi *United Building and Construction Trades vs. Mayor and Council of Camden* (465 U.S. 208, 1984), p. 218.

[107] Sono esclusi, come è stato sottolineato, i *welfare benefits* (che non godono infatti di garanzia costituzionale), quali l'accesso a scuole pubbliche, università e ospedali statali, nonché l'accesso ai pubblici impieghi, riservabili ai soli residenti: vedi G.F. Ferrari, *La Corte suprema degli Stati Uniti durante la Presidenza Burger (1969-1986)*, in «Giur. cost.», 1987, p. 1925. Per alcune rilevanti decisioni vedi *Martinez vs. Bynum*, 461 U.S. 321 (1983); *Starns vs. Malkerson*, 401 U.S. 985 (1971); *Baldwin vs. Fish and Game Commission of Montana*, 436 U.S. 371 (1978). L'autore tuttavia ricorda come il requisito della *durata* della residenza per accedere ai *welfare benefits* possa essere censurato per contrasto con il diritto alla circolazione sul territorio: su tale aspetto vedi infatti *infra*, cap. IV, nota 105.

[108] E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Law & Business, New York, 2001, p. 370.

[109] Coerentemente con tale ricostruzione la Corte suprema ha di volta in volta incluso tra i diritti tutelati dalla *privilege clause* il diritto all'azione giudiziaria (*Ward vs. Maryland*, 79 U.S. 418, 1871; *Cole vs. Cunningham*, 133 U.S. 107, 1890; *United States vs. Wheeler*, 254 U.S. 281, 1920; *Angel vs. Bullington*, 330 U.S. 183, 1947), all'*equal protection of the law* (*Paul vs. Virginia*, cit., *Canadian N.R. Co. vs. Eggen*, 252 U.S. 553, 1920; *Hicklin vs. Orbeck*, 437 U.S. 518, 1978), il diritto di proprietà (*Williams vs. Bruffy*, 96 U.S. 176, 1878; *Maxwell vs. Bugbee*, 250 U.S. 525, 1919).

territorio statale, ad esempio discriminandoli nel diritto di proprietà[110], nella capacità di ereditare[111], nella concessione di licenze[112] o con alcune forme di tassazione[113]. Proprio in tali tipi di giudizi emerge chiaramente la natura del controllo esercitato dalla Corte suprema nel verificare il rispetto della *privilege clause*. Quest'ultima infatti, a partire dalla decisione *Toomer vs. Witsell*[114], del 1948, è stata ricostruita come una disposizione inidonea a costituire un limite *assoluto* contro eventuali discriminazioni di uno stato nei confronti di coloro che risiedano fuori da esso: pur in presenza di una discriminazione in merito ad un *privilege* o a una *immunity* di cui all'art. IV, infatti, occorre l'assenza di un *interesse statale sostanziale*[115] che la possa eventualmente giustificare.

In particolare, perché la discriminazione contro gli *out-of-staters* non violi la *privilege clause*, occorre che sia superato il c.d. *substantial reason test*, articolato in tre fasi[116]. Una volta verificata la sussistenza di un *interesse per lo stato a realizzare la discriminazione*, occorre infatti verificare tre elementi: il legame tra la tutela di tale interesse e la discriminazione stessa, dimostrando, cioè, che i non residenti costituiscono una specifica fonte di danno per l'interesse stesso[117]; l'utilità effettiva della discriminazione praticata rispetto

---

[110] Vedi *Paul vs. Virginia*, cit.; *Blake vs. McClung*, 172 U.S. 239 (1898); *Maxwell vs. Bugbee*, cit.; *Hiclin vs. Orbeck*, cit.

[111] *Maxwell vs. Bugbee*, cit.; *Blackstone vs. Miller*, 188 U.S. 189 (1903).

[112] Vedi *Supreme Court of Virginia vs. Friedman*, 487 U.S. 59 (1988); *Toomer vs. Witsell*, 334 U.S. 385 (1948).

[113] Vedi *Travis vs. Yale & Towne Mfg. Co.*, 252 U.S. 60 (1920); *Austin vs. New Hampshire*, 420 U.S. 656 (1975); *Pennsylvania vs. New Jersey*, 426 U.S. 660 (1976).

[114] Vedi *Toomer vs. Witsell*, cit.

[115] Tanto in dottrina quanto in giurisprudenza manca una disamina degli interessi sostanziali che possano giustificare discriminazioni contro i non residenti. L'assenza di indicazioni deriva probabilmente dallo scarso uso della stessa *privilege clause* cui, come si accennerà alla fine di questo paragrafo, vengono spesso preferite altre clausole costituzionali.

[116] I tre gradi del controllo di costituzionalità sono identificati da L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 1256.

[117] «La finalità della clausola è invalidare classificazioni basate sulla non cittadinanza a meno che non ci sia qualcosa che indica che i non cittadini costituiscono una fonte peculiare del problema alla cui risoluzione è finalizzata la legge»: vedi *Toomer vs. Witsell*, cit., p. 398.

alla tutela dell'interesse statale[118] e, in ultimo, l'inesistenza di mezzi meno restrittivi per preservarlo.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla fattispecie analizzata proprio nel citato caso *Toomer vs. Witsell*: oggetto del controllo di costituzionalità è una legge del South Carolina che, per tutelare la fauna marina statale, prevedeva un sistema di licenze per la pesca avente costi radicalmente differenti a seconda che le navi appartenessero o meno a residenti nello stato[119]. In tal caso, secondo la Corte suprema, manca la dimostrazione che i non residenti incidano in modo peculiare sull'interesse tutelato: nessun elemento, infatti, indica che questi utilizzino navi più grandi o tecniche di pesca peculiari tali da incidere sulla fauna marina in modo differente dai cittadini statali e così da giustificare la discriminazione[120]. L'unico elemento che potrebbe giustificarla è il fatto che i non residenti non contribuiscono alle spese statali per la conservazione della fauna ittica, così da legittimare per questi un costo superiore. Nel caso di specie, però, la scelta di richiedere ai non cittadini il pagamento di una somma pari a cento volte quella dei cittadini del South Carolina, non rappresentando evidentemente la soluzione meno restrittiva per garantire l'interesse tutelato, ma una «soluzione così drastica da essere quasi equivalente ad una esclusione totale»[121], appare palese strumento di discriminazione contro gli *out of staters* e, conseguentemente, misura illegittima.

La *privilege and immunity clause* non rappresenta tuttavia l'unico strumento costituzionale tramite cui l'ordinamento previene le discriminazioni statali a carico dei non residenti; al contrario, esso è

---

[118] «Come molte altre previsioni costituzionali, la *privilege and immunity clause* non ha un contenuto assoluto. Non preclude discriminazioni verso i cittadini degli altri stati quando ci sia una "ragione sostanziale" per la differenza di trattamento. L'indagine in ogni caso deve individuare se esistano tali ragioni e se il grado di discriminazione sia coerente con essi. […] Occorre dimostrare che i non residenti costituiscono una specifica fonte di aggravio della situazione per la cui risoluzione è stata adottata la legge»: *United Building & Construction Trades Council of Camden County and Vicinity vs. Mayor and Council of the City of Camden et al.* (465 U.S. 208, 1984), p. 222.

[119] In particolare la legge prevedeva che la licenza per le navi adibite alla pesca dei gamberetti costasse venticinque dollari per i residenti e ben duemilacinquecento per i non residenti.

[120] Vedi *Toomer vs. Witsell*, cit., p. 398.

[121] *Ibidem*.

probabilmente quello meno utilizzato. Per quanto concerne i diritti costituzionali, infatti, l'azione viene proposta più frequentemente richiamando direttamente il *Bill of Rights* applicato agli stati attraverso il XIV emendamento[122], mentre, nel caso delle discriminazioni nell'esercizio di attività economiche, lo strumento alternativo e spesso preferito alla *privilege clause* è quello, fondamentale, della *dormant commerce clause*[123] cui dedicheremo una trattazione specifica nel corso del secondo capitolo.

2f. *Una competenza negata: il potere di legiferare per «gli interessi generali dell'Unione» di fronte al* police power *statale*

Come visto sinora, il disegno costituzionale americano, pur prevedendo vari strumenti tipizzati di tutela delle istanze unitarie, è privo di una clausola generale che permetta di legiferare ogni volta che sussistano esigenze di unità. Tale assenza non è casuale; in seno alla Convenzione di Filadelfia fu discussa infatti l'opportunità di assegnare al nascente governo federale una competenza generale di tal tipo.

La proposta, sostenuta dal delegato Bedford, era quella di conferire al Congresso il potere «di legiferare in tutti i casi in cui ciò si rendesse necessario per gli interessi generali dell'Unione, e in quei casi nei quali gli stati fossero gravemente inadeguati o nei quali l'armonia degli Stati Uniti potesse essere interrotta dall'adozione di discipline differenti (a livello statale)»[124].

---

[122] Su questo cfr. *infra*, § 8.

[123] La funzione della *privilege clause* può essere in effetti analoga a quella della *dormant commerce clause*, al punto che la Corte suprema ha parlato di «relazione di reciproco rinforzo» tra le due disposizioni (*Hicklin vs. Orbeck*, 437 U.S. 518, 1978; p. 531). Vi sono comunque, tra le tutele apprestate dalle due norme, differenze residue: la *privilege clause* può essere utilizzata solo per le discriminazioni contro i non residenti e solo da singoli individui che siano cittadini statunitensi (escludendo così persone giuridiche e stranieri) in quanto l'art. IV si riferisce esplicitamente ai «citizens», ma contrariamente alla *dormant commerce clause* può trovare applicazione in qualunque contesto senza che sia coinvolto in qualche misura il commercio interstatale: sulla differente applicazione delle due clausole vedi C.R. Sunstein, *Naked preferences and the Constitution*, in «Colum. L. Rev.», 1984, LXXXIV, p. 1710.

[124] «To legislate in all cases for the general interests of the Union, and also in those to which the States are severally incompetent, or in which the harmony of the United States may be interrupted by the exerxcise of individual legislation». Ben

La proposta non venne accolta: la federazione nasceva infatti non per adottare tutte le leggi opportune per il benessere generale dei cittadini degli Stati Uniti d'America, ma per perseguire, come abbiamo visto, specifici obiettivi che la Convenzione riteneva non realizzabili a livello dei singoli stati[125].

Illuminanti, a tal proposito, sono le pagine di Madison il quale, nel saggio numero 45 del *Federalist*, afferma che i poteri delegati al governo federale sono pochi e definiti, mentre numerosi e indefiniti sono quelli che dovrebbero rimanere ai governi statali. In particolare, l'autore si sofferma sulle finalità per le quali la federazione e gli stati eserciteranno le loro competenze, ricordando che la prima lo farà per motivi essenzialmente «esterni», mentre i poteri dei secondi si estenderanno «a tutti gli oggetti che, in un ordinario andamento delle cose, concernono la vita, la libertà, le proprietà dei cittadini, nonché il miglioramento e la prosperità dello stato stesso»[126]. Agli stati Madison affida, chiaramente, il complesso di competenze riconducibili alla categoria del *police power*. Con tale espressione la dottrina e la giurisprudenza statunitensi indicano la potestà generale di governo, il potere «di regolare i diritti personali e proprietari per proteggere e promuovere la salute, la moralità ed il benessere generali»[127].

La Corte suprema, tentando di chiarire tale nozione, affermerà che «tale potere è insuscettibile per la sua stessa natura di una esatta

---

quattro furono in realtà le risoluzioni presentate a tal fine. La norma proposta da Bedford è citata e discussa da R.E. Cushman, *The national police power under the commerce clause of the Constitution*, in «Minn. L. Rev.», 1919, III, p. 292 ss.

[125] Tale aspetto dei poteri federali non è alterato dall'ampia dicitura del preambolo («Noi Popolo degli Stati Uniti, al fine di […] promuovere il benessere generale») né, come si potrebbe ritenere, dalla *general welfare clause* contenuta nell'art. I relativo ai poteri enumerati del Congresso. Il primo non è infatti parametro per il *judicial review*, mentre la seconda, come vedremo, è riferita al potere di tassare e spendere. Sul valore del preambolo vedi W.W. Crosskey, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, I, University of Chicago Press, Chicago, 1953, pp. 365-366 e 374 ss.; C.M. Lawson, *The literary force of the Preamble*, in «Mercer L. Rew.», 1988, XXXIX, p. 879 ss. Sull'interpretazione della *general welfare clause* dell'art. I invece vedi *infra*, cap. IV, § 2.

[126] Vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., p. 359.

[127] Vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, Praeger, New York-Westport, 1992, p. 35.

definizione o limitazione. Da esso dipende la sicurezza dell'ordine sociale, la vita e la salute dei cittadini, il benessere di una esistenza in una comunità densamente popolata, il godimento della vita privata e sociale, e i benefici derivanti dall'uso della proprietà. Esso si estende alla protezione delle vite, della salute, del benessere e della quiete di tutte le persone, e alla protezione di tutte le proprietà all'interno di uno stato; e le persone e la proprietà sono soggette a tutte le specie di limitazioni e imposizioni necessarie ad assicurare il benessere, la salute, la prosperità generale dello stato»[128].

Ernst Freund, autore di uno dei testi più celebri sull'argomento, affermerà che «due sono le principali caratteristiche che contraddistinguono il *police power*: esso mira ad assicurare e promuovere il benessere generale, e lo fa con il controllo e la costrizione»[129].

Ciò che caratterizza tale potere sono pertanto le finalità: l'ente titolare del *police power* persegue il benessere della popolazione e nel farlo può disciplinare qualunque materia connessa a tale fine; a tale potere, in breve, si lega la potestà generale di adottare le leggi.

Sullo sfondo della decisione adottata a Filadelfia, di escludere una competenza per gli interessi generali in capo alla federazione, stava proprio la convinzione che il *police power* spettasse agli stati: la federazione non nasceva, come si è detto, per surrogare questi ultimi, ma solo per realizzare specifici obiettivi, lasciando in capo alle ex colonie il potere generale di governo.

Sono le stesse costituzioni statali ad attribuire esplicitamente ai governi il *police power*: la *welfare clause*, presente in alcune di esse, è la disposizione che assegna all'assemblea legislativa di ciascuno stato la competenza a legiferare per il *welfare*, per il benessere e la sicurezza della comunità[130].

---

[128] Vedi *Butchers' Benevolent Association of New Orleans vs. Crescent City Livestock Landing and Slaughter House Company*, 83 U.S. 36 (1873), p. 62.

[129] Vedi E. Freund, *The police power. Public policy and constitutional rights*, Callaghan & Company, Chicago, 1904, p. 3.

[130] Per queste osservazioni vedi G. Amato, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello stato e della regione (alla luce dell'esperienza statunitense)*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 29. A titolo esemplificativo vedi parte II, cap. I, sez. I, art. IV della Costituzione del Massachusetts.

Non è un caso che nel 1827[131], quando per la prima volta, in un *opinion* del giudice Marshall, comparirà il termine *police power* in una decisione della Corte suprema, sarà proprio per ricordare che esso «indubbiamente è rimasto e dovrebbe rimanere in capo agli stati»[132]. Marshall tuttavia, proprio mentre ribadisce l'appartenenza di tale potere ai governi statali, sembra prefigurare ciò che accadrà nel secolo successivo: egli infatti sottolinea l'opportunità che tale potere resti in capo agli enti federati, proprio poiché ne prevede, probabilmente, il futuro trasferimento in mano alla federazione. Come vedremo, infatti, l'aumentare delle istanze unitarie e lo sviluppo degli strumenti di tutela di queste condurranno parte della dottrina a riconoscere l'esistenza di un vero e proprio *federal police power* o, secondo altra espressione, *national police power*[133].

3. *Stato "minimo" e federalismo duale. Uso limitato degli strumenti di tutela delle istanze unitarie*

Più che nel testo costituzionale, contenente, come sottolinea certa dottrina[134], diversi elementi idonei a sostenere la sovranità della sola federazione, l'idea di una sovranità condivisa e soprattutto di una titolarità autenticamente statale del *police power*, sembra concretarsi nella prassi del federalismo duale che caratterizzò i rapporti tra il governo federale e gli stati dal momento dell'approvazione del testo costituzionale, fino alla guerra di secessione, conclusasi come noto nel 1865.

In questa fase gli stati si pongono come enti equiordinati rispet-

---

[131] Vedi *Brown vs. Maryland*, 25 U.S. 419 (1827). Alla titolarità statale del *police power* è dedicato il testo di R.L. Roettinger, *The supreme Court and the state police power*, Public Affairs Press, Washington, 1957: vedi in particolare p. 10 ss.

[132] Vedi *Brown vs. Maryland*, cit., p. 443.

[133] Vedi P. Fuller, *Is there a federal police power?*, in «Colum. L. Rev.», 1904, IV, p. 563 ss.; R.E. Cushman, *The national police power under the commerce clause of the constitution*, cit.; B.I. Bittker, *Bittker on the regulation of interstate and foreign commerce,* Aspen Law and Business, New York, 1999, p. 2.15, il quale utilizza anch'egli l'espressione «national police power». Vedi *infra*, cap. II, § 4.

[134] Vedi, fra gli altri, G. de Vergottini, *Stato federale*, cit., p. 838 ss. e *supra*, nota 19.

to alla federazione, nei confronti della quale agiscono in un regime di netta separazione di competenze. Edward Corwin, che per primo formulò una definizione chiara del *dual federalism*[135], ne indica le quattro caratteristiche essenziali[136]: il governo nazionale ha solo poteri enumerati; le finalità che può perseguire sono circoscritte; la federazione e gli stati sono, ciascuno nella propria sfera, sovrani (*sovereign*) ed uguali (*equal*); le relazioni tra questi sono di tensione più che di collaborazione. Non è un caso che, in riferimento ai rapporti tra centro e periferia, la dottrina[137] si riferisca a tale fase anche come a quella del *competitive federalism*, per sottolineare la separazione, e quasi la competizione appunto, esistente tra la federazione e gli stati.

Tale assetto di tendenziale separazione delle competenze, caratterizzato in particolare da un ruolo estremamente circoscritto per il governo federale, fu indubbiamente favorito, in questo periodo, dalla filosofia dominante del *laissez-faire*[138]. La struttura federale di governo rispondeva alle esigenze del modello liberale, che richiede una netta separazione tra società civile e stato-apparato.

---

[135] Vedi E.S. Corwin, *The twilight of the Supreme Court: A history of our constitutional theory*, Yale University Press, New Haven, 1934, pp. 47-48.

[136] Vedi E.S. Corwin, *The passing of dual federalism*, in A.T. Mason, G. Garvey (a cura di), *American constitutional history, Essays by Edward S. Corwin*, cit., p. 148.

[137] Vedi E.S. Corwin, *The passing of dual federalism*, cit., p. 158, ma anche P. Biscaretti di Ruffia, *Profili costituzionali fondamentali del federalismo negli Stati Uniti d'America*, in Aa.Vv., *Il federalismo statunitense fra autonomie e centralizzazione*, Clueb, Bologna, 1979, p. 42. Una lettura del federalismo duale caratterizzato da una netta separazione di competenze tra federazione e stati rischierebbe, però, di risultare semplicistica. Come gli studiosi più attenti hanno sottolineato, diverse erano, già in questa fase, le forme di (inevitabile) cooperazione tra i diversi livelli territoriali: nacquero ad esempio, per realizzare opere pubbliche, società per azioni cui tanto la federazione quanto gli stati partecipavano; più di una volta il governo nazionale assunse su di sé i debiti di singoli stati, e i funzionari statali e federali cooperavano sistematicamente, in via informale o in base a precise disposizioni legislative: vedi M. Grodzins, *The American System*, cit., p. 24 ss. La tesi della natura da sempre cooperativa del federalismo americano è sostenuta da D.J. Elazar, in *The American Partnership*: *intergovernmental co-operation in the nineteenth-century United States*, University of Chicago Press, Chicago, 1962.

[138] Sul punto vedi P. Tesauro, *Lezioni di Diritto pubblico americano*, a cura di C. Decaro, E. D'Onghia, Libreria Scientifica Editrice, Napoli, 1969, p. 18 ss.

Come la dottrina[139] ha notato, infatti, la struttura federale della Costituzione, più che assegnare alla federazione ciò che prima era affidato agli stati, ebbe l'effetto di sottrarre alla regolamentazione pubblica, federale o statale, diversi aspetti della società civile. Alle ex colonie era stata sottratta la possibilità di fissare dazi, imporre la propria carta moneta quale mezzo di pagamento, frapporre ostacoli alla circolazione di beni e persone, mentre alla federazione si riconosceva il potere sull'*interstate commerce* per evitare ogni disciplina statale protezionistica: pur volendo escludere un'univoca «interpretazione economica della Costituzione»[140], è indubbio che lo stato federale fu, in questa fase, strumento di garanzia del libero mercato.

I valori dominanti dello stato liberale erano sostanzialmente tutelati da una struttura policentrica come quella dello stato federale, e non sollecitavano pertanto l'emersione di istanze unificatrici a livello centrale.

L'idea di uno stato "minimo"[141] non interventista e il perseguimento delle c.d. libertà dallo stato rappresentavano, ci sembra, «i valori politici fondamentali attorno a cui si costruiva l'unità dello stato»[142] stesso e trovavano spesso garanzia, oltre che nella separazione orizzontale dei poteri, anche in quella verticale delle competenze.

Parziale, tuttavia, sarebbe una lettura dei primi decenni della storia costituzionale americana come caratterizzata unicamente da istanze centrifughe; soprattutto nell'attività giurisprudenziale della Corte suprema è infatti visibile il tentativo di evidenziare e potenzia-

---

[139] Si sofferma sul legame tra federalismo duale e ideali liberali G. Bognetti, *Federalismo*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, VI, Utet, Torino, 1991, p. 277 ss.

[140] C.A. Beard, *Interpretazione economica della Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Feltrinelli, Milano, 1959. Contro un'interpretazione strettamente economica della Costituzione vedi L. Levi, *La federazione: costituzionalismo e democrazia oltre i confini nazionali*, cit., p. 27; A. Garosci, *Il pensiero politico degli autori del "Federalist"*, Comunità, Milano, 1954, p. 217.

[141] L'espressione, qui genericamente utilizzata per intendere uno stato non interventista, si deve come noto a Robert Nozick, teorico dello "stato minimo" le cui funzioni sono ridotte alla protezione contro la forza, il furto, la frode, nonché all'esecuzione dei contratti. Dell'autore vedi *Anarchia, Stato e Utopia*, Il Saggiatore, Milano, 2000.

[142] Vedi A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 89.

re alcuni tra i principali strumenti di tutela delle istanze unitarie a disposizione del governo federale.

Si pensi alla decisione *Gibbons vs. Ogden*[143] del 1824 che diede un'interpretazione fortemente estensiva del *commerce power*, riconoscendo alla federazione la competenza a disciplinare tutte le «relazioni»[144] intercorrenti tra più di uno stato; in quell'occasione, come vedremo[145], la Corte riconobbe al governo federale il potere di "governare" e non semplicemente di "disciplinare" il commercio interstatale, riconoscendogli così di fatto la possibilità di normare anche su fattispecie relative al commercio intra-statale. La *ratio* della decisione è piuttosto evidente: affinché la federazione possa adeguatamente garantire la libera circolazione di persone e cose deve poter adottare discipline uniformi in tutta la federazione, estendendo il suo potere normativo non solo alle fattispecie interstatali, ma anche a quelle interne agli stati stessi.

Altrettanto significative sono le prime applicazioni della *preemption*[146], e la già citata[147] sentenza *McCulloch vs. Maryland* del 1819 in cui, come abbiamo visto, la Corte riconosce la necessità di una banca federale ed estende a tal fine la nozione di poteri impliciti nazionali.

Insieme alla volontà di consolidare e amplificare i poteri della federazione, emersa soprattutto durante la presidenza Marshall, la Corte suprema mostrò tuttavia anche di voler preservare l'autonomia degli stati, tentando in alcune circostanze di definire confini precisi e separazioni nette tra le sfere di competenza del centro e della periferia. Durante la presidenza del *Chief Justice* Taney[148], in particolare, la Corte si mostrò meno incline a sacrificare i poteri degli stati e, nel far ciò, recuperò anche categorie, come quella della sovranità stata-

---

[143] 22 U.S. 1 (1824).

[144] La Corte utilizza la parola *intercourse*: vedi *Gibbons vs. Ogden*, cit., *passim*.

[145] Vedi *infra*, cap. II, § 2.

[146] Vedi *Prigg vs. Pennsylvania* (41 U.S. 539, 1842), nonché *Houston vs. Moore*, 18 U.S. 1 (1820). Sulla *preemption* vedi *supra*, § 2b e *amplius* cap. III, § 2.

[147] Vedi *supra*, § 2a.

[148] Per un'articolata analisi del pensiero del giudice Taney vedi F. Frankfurter, *The commerce clause under Marshall, Taney and Waite*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1937, p. 46 ss.

le, inutilizzate durante le presidenze Marshall e Story. In quest'ottica va letta la sentenza *Ableman vs. Booth*[149] del 1859, che contiene la formulazione forse più chiara dello spirito del *dual federalism.* In essa la Corte affermò che, sebbene ogni stato sia «sovrano fino a un certo punto nei suoi confini territoriali, quella sovranità è comunque limitata e ristretta dalla Costituzione degli Stati Uniti. E i poteri del governo generale e di uno stato, sebbene entrambi esistano e siano esercitati negli stessi territori, sono comunque sovranità distinte e separate, agenti separatamente ed indipendentemente l'una dall'altra, ognuna nelle sue rispettive sfere»[150].

4. *La guerra civile e la natura dell'Unione: dalla* compact theory *alla* national theory

L'uso complessivamente limitato, che il governo federale fece degli strumenti di tutela delle istanze unitarie fino alla metà dell'Ottocento, non si legava tuttavia solo alla scarsa presenza di esigenze di unità, ma trovava forse una ragione più profonda nella fisionomia ancora incerta dell'Unione stessa.

Sottolinea proprio questo aspetto Morton Grodzins quando afferma che gli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione furono in realtà dedicati «all'esplorazione del significato delle premesse costituzionali»[151]: molte erano, infatti, le questioni ancora aperte nella definizione dei rapporti tra federazione e stati.

Sintomo di questa incertezza, circa la natura del neonato stato federale, era la coesistenza sulla scena politica nazionale di due posizioni opposte: quella hamiltoniana, che aspirava alla costruzione di un forte governo centrale, e quella jeffersoniana che, al contrario, perseguiva la limitazione dei poteri federali. Emblematica dei due orientamenti è la *querelle*, già vista, circa il significato della *necessary and proper clause*[152].

Le divergenze fra hamiltoniani e jeffersoniani fanno da sfondo,

149 62 U.S. 506 (1859).
150 *Ivi*, p. 516.
151 M. Grodzins, *The American System*, cit., p. 18.
152 Vedi *supra*, § 2a.

poi, a un altro episodio, che mostra con chiarezza come i connotati dello stato federale siano, in tale fase, ancora incerti. Quando, infatti, su pressioni di Hamilton, il Congresso approvò nel 1798 gli *Alien and Sedition Acts*[153] con cui veniva colpita la propaganda jeffersoniana favorevole alla Rivoluzione francese, la Virginia e il Kentucky, su suggerimento dello stesso Jefferson, dichiararono, con due risoluzioni, *nulle* le leggi federali appena approvate, applicando così la teoria della *nullification*[154] che di lì a poco Calhoun[155] avrebbe inserito in una compiuta elaborazione teorica dello stato federale.

In base a quest'ultima, l'Unione era un patto, un *constitutional compact*[156], tra stati e non tra cittadini, la cui esistenza era condizionata dalle deleghe di potere degli stati stessi. Conseguentemente, il governo federale non poteva essere arbitro finale di tali deleghe, ma era ogni stato a poter interpretare la Costituzione in relazione alle competenze enumerate, potendo, qualora ritenesse lesa la propria sovranità, dichiarare la corrispondente legge federale "nulla"[157]. Corollario della

---

[153] 1 Stat. 566; 1 Stat. 570; 1 Stat. 577; 1 Stat. 596.

[154] Sull'episodio e sulla teoria della nullificazione vedi K.E. Whittington, *The Political constitution of federalism in antebellum America: the nullification debate as an illiustration of informal mechanism of constitutional change*, in «Publius», 1996, XXVI, p. 1 ss.

[155] Vedi J. C. Calhoun, *Disquisizione sul governo e Discorso sul governo e la Costituzione degli Stati Uniti*, cit., su cui vedi M. Surdi, *"Mark the boundary" John C. Calhoun, Il "Federalist" e la costituzione dell'89*, in G. Negri (a cura di), *Il Federalista: 200 anni dopo*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 225 ss.

[156] Sulle tesi contrattualistiche in riferimento all'esperienza statunitense vedi l'intero lavoro di A. La Pergola, *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1969, e in particolare p. 37 ss.

[157] Sebbene in quella circostanza la Corte suprema non ebbe modo di pronunciarsi, in quanto gli *Alien e Sedition Acts* cessarono di essere in vigore prima che la relativa questione di legittimità potesse arrivare alla Corte suprema, successivamente essa ebbe comunque l'occasione di smentire la teoria della nullificazione, ribadendo che l'interpretazione delle disposizioni costituzionali e l'eventuale giudizio di incostituzionalità di leggi federali o statali compete alla Corte stessa, un organo del governo centrale. Afferma la Corte suprema in *Martin of Fairfax vs. Hunter's Lessee* (14 U.S. 304, 1816) che l'articolo III della Costituzione «crea e definisce il potere giudiziario degli Stati Uniti. Esso è la voce, solennemente dichiarata, dell'intero popolo americano nell'istituire un grande dipartimento di quel governo che era, sotto diversi aspetti, nazionale e, in tutti, supremo. È un aspetto di quello stesso strumento che consisteva nell'agire non solo sugli individui ma anche sugli stati, nel privare questi ultimi dell'esercizio di alcuni poteri inerenti alla sovranità e nel limitarli in funzione dell'esercizio di altri poteri»: p. 328. Ma vedi anche *Os-*

natura pattizia dell'Unione è infine, secondo Calhoun, la possibilità per ogni repubblica di distaccarsi dall'Unione stessa[158].

Le questioni rimaste irrisolte nei decenni che seguirono l'entrata in vigore della Costituzione vengono in gran parte definite dall'esito della guerra civile. Classica, infatti, in dottrina[159], è l'indicazione della guerra di secessione quale *turning point*, momento di svolta della storia costituzionale americana.

Come ha sintetizzato Laurence Tribe «la guerra civile risolse almeno due questioni: l'esistenza della schiavitù e la supremazia del governo nazionale»[160].

Il tema fondamentale del conflitto era stato, in realtà, la natura dell'Unione; la teoria della *nullification* e il presunto diritto di recedere dei singoli stati venivano smentiti dal conflitto e dal suo esito: l'Unione rappresentava ormai uno stato sovrano inseparabile[161]. Sulla *compact theory*, secondo cui l'Unione era nata da un trattato fra stati, prevale la *national theory*[162], in base alla quale il governo federale è nato da un atto del popolo sovrano che ha creato, a sua volta, un sistema non unitario ma duale, autorizzando ed investendo di poteri due livelli di governo, «un governo generale per il tutto, e i governi statali per le parti»[163]. Certa dottrina, sottolineando l'impor-

---

born vs. Bank of United States, 22 U.S. 738 (1824), pp. 820-823. Parimenti la Corte stabilì che ad essa era possibile fare ricorso contro sentenze di corti statali che fossero in contrasto con i fini della Costituzione federale: vedi *Cohen vs. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821).

158 Su tale profilo delle tesi di Calhoun vedi anche S. Mancini, *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 201 ss.

159 Vedi B. Ackerman, *We, the People* (I), *Foundations*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1991, p. 58 ss.

160 L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 1297.

161 In modo significativo, la stessa Corte suprema, tre anni dopo la fine della guerra, ne suggellerà il significato affermando chiaramente che l'Unione, pur costituita da stati che mantengono il diritto all'autogoverno, è indissolubile: «la Costituzione, in tutte le sue disposizioni, guarda ad un'Unione indistruttibile composta di indistruttibili stati» (vedi *Texas vs. White*, 74 U.S. 700, 1868, p. 725). Si sofferma sulla decisione e sul suo significato in relazione alla guerra civile E.S. Corwin, *National supremacy-treaty power v. state power*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1965, p. 166 ss.

162 Vedi S.H. Beer, *To make a Nation. The Rediscovery of American Federalism*, cit.; in particolare pp. 1 ss.; 245 ss.; 317 ss.

163 *Ivi*, p. 1.

tanza di tale fase, affermerà che solo dopo la guerra civile gli Stati Uniti hanno completato l'iter che li ha trasformati da confederazione in stato federale[164].

Conseguenza del conflitto fu così il rafforzamento del governo centrale[165]. Segno tangibile del nuovo ruolo della federazione fu la crescita del sistema amministrativo federale che, durante la guerra e negli anni immediatamente successivi, non solo conobbe una forte espansione numerica per quanto riguarda gli impiegati, ma vide anche la nascita delle prime agenzie federali: il Dipartimento dell'Agricoltura (1862), l'Agenzia delle Entrate (1862), l'Agenzia della valuta nazionale (1863), l'Ufficio per l'Istruzione (1867). Alla fine del XIX secolo nasceranno anche le prime commissioni amministrative indipendenti (c.d. *independent regulatory commissions*), con dirigenti nominati per periodi prefissati dal Presidente ed aventi funzioni non meramente esecutive, ma anche regolamentari e giudiziarie[166]. La prima, *l'Interstate Commerce Commission*, verrà istituita nel 1887 per controllare le attività delle compagnie ferroviarie, tanto fissando tariffe quanto dirimendo controversie[167].

La guerra civile, ad ogni modo, non incide solo sulla natura giuridica dell'Unione, ma anche sulle sue finalità. Le finalità «esterne»[168] indicate da Hamilton nei saggi del *Federalist* si ampliano, toccando tematiche tradizionalmente "interne" come la tutela dei diritti civili.

La schiavitù sudista aveva mostrato che gli stati stessi potevano limitare le libertà dei propri residenti, così da rendere necessario che il governo di Washington, prima visto solo quale potenziale oppressore, si trasformasse ora in garante dei diritti degli individui. Tra il

---

164 Vedi G. Lombardi, *Lo Stato federale. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 43.

165 Secondo alcuni studiosi è solo nella seconda metà dell'Ottocento che negli Stati Uniti comincia un vero e proprio processo di *state building*: in questo senso vedi S. Skowronek, *Building a new American State. The expansion of national administrative capacities, 1877-1920*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

166 In tema vedi più ampiamente G. D'Ignazio, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 68 ss.; P. Tesauro, *Le* «Independent Regulatory Commissions». *Organi di controllo dei pubblici servizi negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 1966.

167 Sull'azione del governo federale nella seconda metà dell'Ottocento vedi tuttavia *infra*, § 6.

168 Vedi *supra*, § 2f.

1865 e il 1870 il Congresso approvò i c.d. *civil war amendments*, gli emendamenti XIII, XIV e XV, che vietavano la schiavitù, riconoscevano alla popolazione di colore il diritto al voto e a tutti i cittadini la garanzia del *due process of law*, ma soprattutto ponevano la responsabilità della tutela dei diritti nelle mani del governo federale. È capovolta l'ottica del *Bill of Rights*, approvato quale catalogo di diritti degli individui e degli stati contro possibili violazioni nazionali. La schiavitù aveva evidenziato che gli stati potevano infrangere i diritti dei propri residenti e aveva fatto emergere la necessità di un nuovo ruolo unificante per la federazione: la tutela dei diritti civili. Proprio in quest'ottica, in tutti i nuovi emendamenti, viene riconosciuta al Congresso federale «la facoltà di porre in essere la legislazione opportuna, per dare esecuzione»[169] alle nuove norme di tutela dei diritti.

Nonostante il significato dei nuovi emendamenti sia stato poi fortemente dibattuto dalla dottrina, l'opinione prevalente è che nell'intento dei *framers* tali norme dovessero diventare «la base per un programma federale propositivo e totale – un programma che definisse i diritti civili fondamentali, protetti dalla macchina federale contro violazioni sia statali che dei privati»[170].

---

[169] Vedi emend. XIII, sez. II; emend. XIV, sez. V, emend. XV, sez. II.

[170] Vedi R.K. Carr, *Federal protection of civil rights*, Cornell University Press, Ithaca (New York), 1947, p. 36. Analogamente vedi B. Schwartz, *The great rights of mankind. A history of American Bill of Rights*, Oxford University Press, New York, 1977, p. 207 ss.; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 1295. Il ruolo della federazione quale garante fattiva dei diritti, sotteso ai *civil war amendments*, è dimostrato dal fatto che subito dopo l'approvazione delle nuove norme costituzionali, furono approvati sette provvedimenti legislativi che davano corpo, appunto, ad un programma federale di tutela dei diritti, prevedendo ad esempio sanzioni per chi impedisse il libero esercizio del diritto di voto agli afroamericani o garantendo a questi ultimi il diritto ad accedere ad ogni luogo aperto al pubblico, vietando così ogni forma di segregazione. Subito dopo aver approvato i nuovi emendamenti, il Congresso riteneva, quindi, di essersi dato gli strumenti idonei ad intervenire positivamente per la tutela dei diritti civili; per una disamina di tutti i provvedimenti: vedi R.K. Carr, *Federal protection of civil rights*, cit., p. 36 ss. Ancor più significativa, a tal proposito, è la sospensione nel 1865 della votazione di una legge federale volta a modificare leggi statali discriminatorie contro la popolazione di colore: la votazione non si svolse, infatti, per richiesta dello stesso proponente della legge, il senatore Sherman, che preferì presentare il disegno alle Camere dopo l'approvazione dei nuovi emendamenti, sicuro che questi ultimi avrebbero fornito al legislativo nazionale il potere, fino ad

5. *Il XIV emendamento: un "mandato costituzionale" per la tutela federale dei diritti?*

La norma più significativa, in riferimento al nuovo ruolo della federazione di garante dei diritti civili, è probabilmente il XIV emendamento, il quale crea esplicitamente lo *status* di cittadino statunitense, collegando a tale status la titolarità di diritti garantiti contro ogni abuso dei singoli stati.

In base a tale disposizione, infatti, *tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e soggette alla loro giurisdizione, sono cittadini degli Stati Uniti e dello stato nel quale risiedono. Nessuno stato dovrà approvare o dare esecuzione a leggi che possano ridurre i privilegi e le garanzie dei cittadini degli Stati Uniti*[171].

Come la dottrina[172] ha sottolineato, tale disposizione considera la cittadinanza statale derivazione di quella federale e trasferisce al governo federale una porzione del controllo che ciascuno stato esercita sui diritti civili e politici: prima della guerra civile la «*national citizenship*»[173] era un concetto vago, che la Costituzione menzionava[174] senza definirne il significato. Creando la cittadinanza federale invece, il XIV emendamento autorizza il governo nazionale a proteggere i diritti alla vita, alla libertà e alla proprietà che da tale cit-

---

allora ancora dubbio, di far rispettare i diritti civili. Come spiegò infatti lo stesso senatore, i nuovi emendamenti «non erano solo una garanzia di libertà per ogni abitante degli Stati Uniti, ma un espresso riconoscimento di potere al Congresso per garantire queste libertà con una adeguata legislazione»: le parole del senatore John Sherman, dello stato dell'Ohio, sono riportate da J. Chambers, *Protection of civil rights and civil liberties: a constitutional mandate for the federal government*, in «Mich. L. Rev.», 1989, LXXXVII, 1989, p. 1605. Tradizionale oppositore di tale ricostruzione dei *civil war amendments* è invece C. Fairman, di cui vedi *Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights?*, in «Stan. L. Rev.», 1949, II, p. 132 ss.

[171] Come evidente, tale parte della sezione I del XIV emendamento riproduce il dettato dell'art. IV, sez. II e, come quello, viene indicata come *privilege and immunity clause*.

[172] L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 1297 ss.

[173] *Ivi*, p. 1298.

[174] Vedi art. I, sez. II, cl. 2 (condizioni di eleggibilità dei Rappresentanti); art. I, sez. III, cl. 3 (condizioni di eleggibilità dei Senatori); art. II, sez. I, cl. 5 (condizioni di eleggibilità del Presidente); art. I, sez. VIII, cl. 4 (potere del Congresso di disciplinare la naturalizzazione).

tadinanza scaturiscono, assegnandogli un vero e proprio «mandato costituzionale»[175] per la protezione dei diritti.

La finalità dichiarata del XIV emendamento è proprio quella di superare quanto stabilito dalla Corte suprema nella citata decisione *Barron vs. Mayor and City Council of Baltimore* del 1833[176], nel corso della quale i giudici avevano esplicitamente negato l'applicabilità del *Bill of Rights* agli stati. Il deputato Bingham, autore della prima sezione del XIV emendamento, afferma chiaramente[177] di trarre spunto, per la formulazione della norma, da quanto affermato in quell'occasione dal giudice Marshall. Nella sua *opinion* il giudice aveva infatti negato l'applicabilità del *Bill of Rights* agli stati, sottolineando come il costituente, allorquando aveva voluto imporre dei limiti agli stati, lo aveva fatto esplicitamente, come nei casi contenuti nella decima sezione dell'articolo I. Sulla scia di tali argomentazioni Bingham scrive la nuova disposizione prevedendo così, esplicitamente, che «*nessuno stato* dovrà approvare o dare esecuzione a leggi che possano ridurre i privilegi e le garanzie dei cittadini degli Stati Uniti».

L'intento del deputato era quello di "nazionalizzare" i diritti individuali, compresi quelli elencati nel *Bill of Rights*, attraverso la *privilege and immunity clause*[178] del XIV emendamento; Bingham non nascose alle Camere la *ratio* della norma che proponeva: al contrario affermò chiaramente che l'emendamento avrebbe implicato per gli stati l'obbligo di rispettare il *Bill of Rights*[179].

Le enormi potenzialità del XIV emendamento vengono, però,

---

[175] Vedi J. Chambers, *Protection of civil rights and civil liberties: a constitutional mandate for the federal government*, cit.

[176] Vedi *supra*, § 2c.

[177] La posizione a tal proposito di John A. Bingham è illustrata da B. Schwartz, *The great rights of mankind. A history of American Bill of Rights*, cit., p. 207.

[178] Anche la scelta di utilizzare la locuzione contenuta nell'art. IV si inserisce nel significato che il XIV emendamento aveva agli occhi del suo estensore: Bingham, infatti, scelse tale formula, che a suo parere già nell'art. IV tutelava i diritti naturali contro eventuali abusi statali, per rendere esplicita tale lettura nella Costituzione attraverso il XIV emendamento. Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 1295.

[179] Per le affermazioni di Bingham sul punto vedi A.R. Amar, *The Bill of Rights and the Fourteenth amendment*, in «Yale L.J.», 1992, CI, p. 1233 ss.; nonché L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., pp. 1295 e 1299 ss.

negate dalla Corte suprema la quale, in due storiche decisioni, nega sia che la nuova disposizione incorpori il *Bill of Rights* imponendone il rispetto agli stati, sia che essa attribuisca al Congresso la competenza per adottare provvedimenti legislativi che direttamente tutelino e promuovano i diritti costituzionali.

Nella prima di tali decisioni, adottata nel 1873 e nota come *Slaughter House Cases*[180], la Corte suprema circoscrive la *ratio* del XIV emendamento, legandola unicamente alla lotta alla schiavitù: oggetto del giudizio era una legge della Louisiana che garantiva ad una unica compagnia il monopolio sulla macellazione nella città di New Orleans, così violando, secondo i ricorrenti, il diritto ad un eguale accesso al lavoro delle compagnie escluse e, conseguentemente, l'*equal protection clause*[181] del XIV emendamento. La Corte, escludendo la violazione della norma, coglie l'occasione per circoscrivere il portato normativo dei *civil war amendments*.

La *ratio* di tali disposizioni deve essere ricondotta, secondo il giudice Miller redattore dell'*opinion*, agli avvenimenti storici dai quali sono scaturite, ossia la lotta alla schiavitù. Secondo la Corte, in particolare, «nessuno può mancare di essere impressionato dalla pervasiva finalità presente negli emendamenti, che giace alle fondamenta di essi e senza la quale nessuno di essi sarebbe mai stato proposto: […] la libertà dalla schiavitù […] e la protezione dei neo uomini liberi e cittadini dalle oppressioni di coloro che in passato hanno esercitato un dominio illimitato su di loro»[182].

La limitazione della *ratio* dei nuovi emendamenti alla sola lotta alla schiavitù diventa, nelle argomentazioni della Corte, presupposto per la distinzione tra una cittadinanza federale garantita dal XIV emendamento, ma circoscritta dalla *ratio* dell'emendamento stesso, e una più generale cittadinanza statale. Le due cittadinanze hanno contenuti diversi: a quella federale si collegano la libertà dalla schia-

---

[180] *Butchers' Benevolent Association of New Orleans vs. Crescent City Livestock Landing and Slaughter House Company*, 83 U.S. 36 (1873).

[181] Il concetto di *equal protection of the laws* svolge, come noto, nell'ordinamento statunitense una funzione simile al principio d'eguaglianza. Per una trattazione generale vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1988, p. 1436 ss.

[182] *Butchers' Benevolent Association of New Orleans vs. Crescent City Livestock Landing and Slaughter House Company*, cit., p. 71.

vità e alcuni altri diritti che la Costituzione impone esplicitamente agli stati di rispettare, come nel caso del divieto di leggi retroattive[183]; alla cittadinanza statale, al contrario, si collega la generalità dei diritti civili che spettano ad ogni individuo.

Il XIV emendamento, riferendosi ai «privilegi e alle immunità» dei «cittadini degli Stati Uniti», garantisce solo i diritti collegati alla cittadinanza federale, non imponendo per il resto alcun obbligo agli stati membri.

La Corte esclude, così, che la *privilege clause* del XIV emendamento possa essere la via per imporre agli stati il rispetto della generalità dei diritti civili, e in primo luogo di quelli elencati nel *Bill of Rights*. Le garanzie legate alla cittadinanza statale, come sottolinea la Corte, «sono invece lasciate per la loro sicurezza e protezione ai governi statali, e non poste da questo articolo sotto la speciale cura del governo federale»[184]. Il XIV emendamento di conseguenza non ha scalfito, secondo la ricostruzione della Corte suprema, il *police power*[185] degli stati: l'obiettivo di coloro che avevano proposto l'emendamento, cioè trasferire una parte di tale potere alla federazione, così da permettere a quest'ultima la tutela dei diritti individuali[186], era palesemente negato. L'intera *opinion* del giudice Miller, come è stato scritto[187], è dominata dall'idea che gli stati abbiano la stessa generale potestà di governo, ossia il medesimo *police power*, che competeva loro prima della guerra civile, senza

---

[183] Vedi art. I, sez. X, cl. 1.

[184] *Butchers' Benevolent Association of New Orleans vs. Crescent City Livestock Landing and Slaughter House Company*, cit., p. 75. «Con l'eccezione di poche restrizioni, l'intero dominio delle garanzie e delle immunità dei cittadini degli stati giacciono sotto il potere costituzionale e legislativo degli stati, e al di fuori di quella del governo federale»: *ivi*, p. 77. Sulla "concorrenza" di una «cittadinanza statale» e una «cittadinanza federale» negli ordinamenti federali vedi G. Cordini, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza. Profili di Diritto pubblico comparato*, Cedam, Padova, 1998, p. 181 ss. Sul caso statunitense vedi in particolare p. 190 ss.

[185] Vedi *supra*, § 2f.

[186] Per questa lettura vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 1310.

[187] Vedi E.S. Corwin, *The Supreme Court and the Fourteenth amendment*, in A.T. Mason., G. Garvey (a cura di), *American constitutional history: essays by Edward S. Corwin*, cit., p. 74.

restrizioni derivanti da nuove competenze del Congresso o della stessa Corte suprema[188].

Dopo aver escluso che il XIV emendamento fosse la via per imporre agli stati il rispetto del *Bill of Rights*, la Corte circoscrive ulteriormente il portato normativo di tale disposizione nel 1883, con la decisione nota come *Civil Rights Cases*[189], nella quale considera incostituzionale il *Civil Rights Act*[190] del 1875 che vietava e puniva comportamenti discriminatori nei confronti della popolazione di colore in luoghi pubblici, alberghi, mezzi di trasporto.

Presupposto di tale provvedimento era, come è stato notato[191], che la nuova norma costituzionale, nella sezione quinta[192], attribuisse al Congresso non solo la competenza ad adottare misure che rimediassero a leggi statali discriminatorie, modificandole o annullandole, ma anche quella ad adottare misure positive volte a colmare lacune della legislazione statale, incidendo direttamente sulle condotte dei privati come su quelle dei funzionari pubblici.

La Corte, chiamata a giudicare sulla legittimità del provvedimento federale, coglie invece l'occasione per smentire tale presupposto e negare al Congresso la competenza a disciplinare, attraverso il XIV emendamento, le condotte dei privati cittadini: la V sezione di tale disposizione, che riconosce al legislativo federale la facoltà di

---

[188] La Corte, infatti, da un lato richiama il significato del *police power*, ricordando come la legge della Louisiana sia legittimo esercizio di tale potere e ribadendo la pienezza della potestà legislativa statale nelle materie escluse dai poteri enumerati (cfr. *Butchers' Benevolent Association of New Orleans vs. Crescent City Livestock Landing and Slaughter House Company*, cit., p. 62), dall'altro esclude che il XIV emendamento garantisca la totalità dei diritti civili contro eventuali abusi statali, perché questo farebbe della Corte stessa «un perpetuo censore della legislazione degli stati, sui diritti civili dei loro stessi cittadini, con il potere di annullare ciò che non ritenga coerente con quei diritti» (*ivi*, p. 78). A parere del giudice Miller un ruolo sì fatto per la Corte suprema rappresenta «un enorme allontanamento dalla struttura e dallo spirito delle istituzioni» (*ibidem*), un mutamento così radicale da far escludere all'interprete che esso fosse nella volontà del Congresso, che invece approvava il nuovo emendamento sulla scia della sola problematica della schiavitù.

[189] 109 U.S. 3 (1883).

[190] 18 Stat. 335.

[191] E.S. Corwin, *The Supreme Court and the Fourteenth amendment*, cit., p. 70.

[192] «Il Congresso avrà il potere di dare esecuzione, con la legislazione appropriata, alle previsioni di questo articolo».

adottare la legislazione opportuna per dare esecuzione al contenuto dell'intero articolo, non conferisce al Congresso il potere di legiferare su materie di competenza tradizionalmente statale, ma solo quello di adottare una legislazione che corregga gli effetti di quella degli stati. Così, «nel caso considerato, finché non verrà approvata una legge statale [...] che violi i diritti dei cittadini tutelati dal XIV emendamento, nessuna legislazione degli Stati Uniti in base a tale norma potrà essere approvata, in quanto i divieti dell'emendamento sono rivolti a leggi ed atti statali»[193].

Il XIV emendamento, in breve, conferisce alla federazione la possibilità di vincolare gli stati, ma non quella di disciplinare i rapporti tra privati che continuano, invece, ad appartenere alla competenza del legislatore statale: «è una azione statale di particolare natura quella proibita dal XIV emendamento della Costituzione statunitense. La violazione ad opera di singoli dei diritti individuali non è oggetto di tale emendamento. Esso annulla ed invalida invece tutte le legislazioni ed azioni statali che violino i "privilegi e le immunità" dei cittadini degli Stati Uniti, assegnando al Congresso il potere di attuare tutto ciò con adeguata legislazione. Non conferisce a questo, però, il potere di legiferare su materie che appartengono al dominio della legislazione statale»[194].

---

[193] *Civil Rights Cases*, cit., p. 13.

[194] Vedi *Civil Rights Cases*, cit., p. 11. Tale lettura restrittiva della V sezione del XIV emendamento è, a parere di parte della dottrina, messa in dubbio nella decisione *United States vs. Guest* (383 U.S. 745, 1966) nella quale il giudice Clark, in un'opinione concorrente cui si uniscono altri due componenti della Corte, suggerisce che la V sezione del XIV emendamento darebbe al Congresso il potere di disciplinare anche le condotte dei privati: «Sebbene la Corte specificatamente rifiuti tale connotazione, è, io credo, appropriato e necessario nelle circostanze del caso dire che ora non possono esserci dubbi che il linguaggio specifico della quinta sezione del XIV emendamento dà al Congresso il potere di adottare leggi che puniscano tutti gli ostacoli – con o senza azione statale – che interferiscono con i diritti tutelati dal XIV emendamento»: vedi in particolare p. 762. Su tale decisione cfr. S. Estreicher, *Note, Federal Power to Regulate Private Discrimination: the Revival of the Enforcement clauses of the Reconstruction Era Amendments*, in «Colum. L. Rev.», LXXIV, 1974, p. 449 ss. La lettura data nei *Civil Rights Case* è invece ribadita chiaramente nel recente caso *United States vs. Morrison* (529 U.S. 598, 2000), nel quale si legge: «[…] il XIV emendamento, in base alle sue stesse parole, vieta solo le azioni statali. Il principio fermamente radicato nella nostra legge costituzionale è che l'azione vietata dalla prima sezione del XIV emendamento è solo quella che può essere chiaramente detta degli stati. Quell'emendamento non erige nessu-

6. *Emergono nuove istanze unitarie: dalla garanzia del* free market *al* New Nationalism

Il consolidamento dell'autorità centrale e l'accrescimento delle sue funzioni, verificatisi negli anni successivi alla guerra civile, erano destinati a trovare ulteriore conferma a seguito dello sviluppo economico e sociale che avrebbe caratterizzato gli Stati Uniti a partire dalla seconda metà dell'Ottocento.

Proprio in questo periodo si verificava infatti la fine dell'agricoltura in piccola scala, anche grazie alla meccanizzazione delle campagne, e l'avvio della seconda rivoluzione industriale, accompagnata da imponenti fenomeni di inurbamento e dalla nascita dei primi cartelli fra aziende. A partire dagli anni Ottanta del XIX secolo si presentano fenomeni di fortissima concentrazione societaria che portano alla nascita delle grandi *corporation* e dei *trust*[195].

Le dimensioni sovrastatali di questi fenomeni sollecitano forme di regolamentazione da parte del governo federale, i cui primi provvedimenti sono rivolti a garantire il principio del libero mercato: si attenua la separazione di competenze tra i vari livelli territoriali, ma solo per realizzare interventi federali volti «a perfezionare la libera economia»[196]. Il primo intervento del Congresso è infatti l'*Interstate Commerce Act*[197] che, nel 1887, per contrastare monopoli e cartelli tra le aziende dei trasporti, disciplina il trasporto ferroviario istituendo a tal fine un'apposita agenzia, l'*Interstate Commerce Commission*; tre anni dopo, lo *Sherman Antitrust Act*[198] mira a controllare la formazione dei monopoli.

La tutela del libero mercato è chiave di lettura non solo dei primi interventi legislativi del Congresso, ma anche, forse più marcatamente, delle decisioni adottate nello stesso periodo dalla Corte suprema. Quest'ultima in determinati casi amplia le competenze fe-

---

na protezione contro condotte dei semplici privati, comunque discriminatorie o errate»: cfr. p. 621.

[195] Per un inquadramento storico del periodo cfr. A. Testi, *Il secolo degli Stati Uniti*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 15 ss.

[196] Così S.H. Beer, *The modernization of American federalism*, in «Publius», 1973, III, pp. 68-69.

[197] 24 Stat. 379.

[198] 26 Stat. 209.

derali, scegliendo invece in altri di circoscriverle, anche smentendo l'ampia ricostruzione del potere sul commercio proposta da Marshall in *Gibbons vs. Ogden*[199] nel 1824. E così, da un lato, la Corte distingue tra commercio e *manufacture*, negando al Congresso la possibilità di disciplinare quest'ultimo anche quando i prodotti manifatturieri vengono poi immessi nel commercio interstatale[200], dall'altro, elabora la dottrina dello *stream of commerce*[201], in grado di ampliare notevolmente il raggio d'azione della legislazione federale.

Gli esiti dell'applicazione di tali nuove categorie interpretative appaiono, secondo parte della dottrina[202], non sempre coerenti. Di fatto la Corte sembra voler sì difendere il disegno costituzionale originario, che nello spirito dei padri fondatori escludeva un ruolo invasivo del governo federale, ma essa sembra maggiormente rivolta alla difesa dei principi del libero mercato che escludono un ruolo correttivo e ridistributivo dei pubblici poteri. La Corte così, in base alla sue letture del potere sul commercio, riconosce al Congresso il diritto di contrastare i monopoli[203], di disciplinare il trasporto ferroviario[204] e punire tutti i reati commessi con l'uso di mezzi di trasporto e di comunicazione interstatali[205], ma gli nega la possibilità di disciplinare i contratti di lavoro[206] o di creare un sistema pensionistico per coloro che lavorano per le ferrovie federali[207]. Una lettura in parte "ideologica" della giurisprudenza del tempo è avallata, peraltro,

---

[199] Il caso, già ricordato *supra*, nel § 3, è ampiamente commentato nel capitolo II, § 2.

[200] Vedi ad esempio *United states vs. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895).

[201] In base a tale dottrina il Congresso può disciplinare anche attività commerciali intrastatali in quanto potenzialmente parti del «corso del commercio interstatale»: vedi *infra*, cap. II, § 3.

[202] Vedi E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 106; G. Bognetti, *Federalismo, Proprietà e libertà*, in Aa.Vv., *Il federalismo statunitense fra autonomie e centralizzazione*, Clueb, Bologna, 1979, p. 61.

[203] Vedi *Addystone Pipe and Steel Co. vs. United states*, 175 U.S. 211 (1899), *Northern Securities Co vs. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

[204] Vedi *Southern Raylway vs. United States*, 222 U.S. 20 (1911).

[205] Cfr. *Hoke vs. United States*, 227 U.S. 308 (1913).

[206] Vedi *Employers Liability Cases*, 207 U.S. 463 (1908), *Adair vs. United States*, 208 U.S. 161 (1908), *Hammer vs. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

[207] Cfr. *Railroad Retirement Board vs. Alton R.R. Co.*, 295 U.S. 330 (1935).

dalle parallele decisioni della Corte suprema in materia di *freedom of contract*. La Corte infatti, mentre invalida la *regulation* federale, sostenendo di difendere l'autodeterminazione statale, cassa le disposizioni degli stati, aventi le stesse finalità correttive del mercato, per violazione della libertà contrattuale e del diritto di proprietà[208].

Le rapide evoluzioni della società e dell'economia sono destinate però a chiedere nuovi interventi al potere pubblico.

Le rivendicazioni e gli scioperi delle classi operaie nell'ultimo trentennio dell'Ottocento determinano un processo di allargamento della partecipazione alla vita politica: l'estensione del diritto al voto[209], l'affermarsi della politica di massa e la crescita dei grandi organismi sindacali stanno costituendo le precondizioni per l'evoluzione dello stato liberale verso quello democratico-sociale. Già nell'ultimo ventennio dell'Ottocento la federazione comincia ad essere garante non del solo libero mercato: la crescita del *Pension Office* e, nel 1884, l'istituzione del *Bureau of Labor*[210], sono segnali di un governo che inizia ad essere attento anche alla condizione dei lavoratori.

Il ruolo del governo federale viene amplificato nei primi anni del Novecento durante la presidenza di Theodore Roosevelt[211], protagonista di un attivismo riformatore che lo conduce, ad esempio, a promuovere l'estensione dell'attività dell'*Interstate Commerce Commission* non solo alle ferrovie, ma ad altri servizi interstatali,

---

[208] Vedi *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 45 (1905) nel quale la Corte invalida una legge dello stato di New York che imponeva un orario massimo di lavoro ai panettieri o *Adkins vs. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923) in cui viene dichiarata l'incostituzionalità di una legge statale che imponeva una paga minima per il lavoro femminile. Sul ruolo "regolatore" degli stati vedi R. Baritono, *Oltre la Politica. La crisi politico-istituzionale negli Stati Uniti fra Otto e Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 46 ss.

[209] L'allargamento del suffragio era avvenuto in realtà già negli anni Trenta; durante la presidenza Jackson, conclusasi nel 1836, il diritto di voto, che era materia di competenza statale, era stato ovunque ampliato e in molti casi svincolato dal censo: vedi A. Giardina, G. Sabbatucci, V. Vidotto, *Storia, 1650-1900*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 867.

[210] Il *Bureau of Labor*, che aveva funzioni sostanzialmente statistiche, rispondeva in parte alle richieste sindacali di raccogliere e rendere noti i dati sulla condizione industriale del paese: vedi O. Bergamini, *Breve storia del federalismo americano*, cit., p. 145 ss.

[211] Su cu vedi A. Testi, *Il secolo degli Stati Uniti*, cit., p. 82 ss.

quali gli oleodotti, i telegrafi e i telefoni. Theodore Roosevelt, tuttavia, è sensibile anche ai temi della legislazione sociale: firma ad esempio, nel 1908, una legge di assicurazione contro gli infortuni per i dipendenti federali. Il nascente stato democratico-sociale richiede prestazioni in materia di assistenza, istruzione, previdenza: funzioni che non tutti gli stati membri sono in grado di garantire[212] e che richiedono un nuovo ruolo per la federazione. Il progetto più chiaro in questo senso è in particolare quello con cui Theodore Roosevelt si ricandida alle presidenziali nel 1912, il progetto del *New Nationalism*[213], tramite cui propone salari minimi e orari massimi di lavoro, abolizione del lavoro infantile, assicurazioni contro la disoccupazione e pensioni di vecchiaia. Roosevelt non viene rieletto, ma alcune delle sue proposte vengono sostenute dal nuovo Presidente Woodrow Wilson: si pensi alla normativa federale contro il lavoro minorile, il *Child Labor Act*[214], approvato nel 1916.

Proprio all'inizio della presidenza Wilson, tuttavia, si conclude l'iter di approvazione di un emendamento costituzionale destinato a mutare completamente il ruolo del governo federale. Quest'ultimo, limitato dalla Costituzione nella capacità di esigere imposte dirette[215], era stato infatti fino ad allora privo dei mezzi finanziari necessari per realizzare interventi di welfare sostanziali. La situazione muterà completamente nel 1913, quando entrerà in vigore il XVI emendamento, in base al quale «il Congresso ha la facoltà di imporre e riscuotere tasse sui redditi derivanti da qualunque fonte, senza ripartirle tra i vari stati e senza dover tenere conto di alcun censimento»[216].

---

[212] Fu a livello statale infatti che avvennero i primi esperimenti di *welfare state*; in tema vedi T. Skocpol, *Protecting soldiers and mothers. The political origins of social policy in the United States*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1992.

[213] Vedi T. Roosevelt, *The New Nationalism*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1961.

[214] 39 Stat. 675.

[215] In base all'art. I, sez. II, cl. 3, le imposte dirette, dovevano essere ripartite «fra i diversi stati che fanno parte dell'Unione in rapporto al numero rispettivo degli abitanti»: sul punto vedi *infra*, cap. IV, § 1.

[216] Per dettagli vedi ancora *infra*, cap. IV, § 1.

7. *Il* New Deal *e il federalismo cooperativo*

Nel 1913 cambia ancora una volta la fisionomia dello stato federale americano e si apre la fase del «trionfo del federalismo cooperativo»[217].

In quell'anno, infatti, oltre ad acquisire – come abbiamo appena ricordato – il diritto di imporre tributi su qualunque tipo di reddito, il governo federale attenua la dipendenza dei suoi senatori dalle *élite* politiche locali, stabilendo con il XVII emendamento l'elezione popolare diretta dei senatori, al posto di quella ad opera delle assemblee legislative statali. Già l'anno successivo, nel 1914, il Congresso approva lo *Smith-Lever Act*[218] che, creando il Servizio per lo sviluppo dell'Agricoltura, rappresenta il primo organico programma di aiuti finanziari agli stati: nel giro di un biennio si afferma così, irrevocabilmente, la teoria dell'*active government*[219] negli Stati Uniti d'America.

Tali tendenze regolatrici del governo federale erano destinate però ad amplificarsi in maniera esponenziale, a partire dagli anni Trenta, durante i quattro mandati di Franklin Delano Roosevelt. La Grande Depressione, scoppiata con il "giovedì nero" a Wall Street il 24 ottobre 1929, era dilagata in tutto il mondo: la soluzione sostenuta dal nuovo Presidente è quella di un *New Deal,* un nuovo patto, che prevede obiettivi di ripresa economica e riforma sociale, assegnando un ruolo prevalente al governo federale. La crisi del '29 aveva confutato le teorie economiche classiche di Adam Smith, secondo cui il mercato tenderebbe spontaneamente a produrre l'equilibrio tra domanda e offerta, raggiungendo così la piena occupazione. Come avrebbe spiegato Keynes[220] di lì a pochi anni, lo stato ha invece il compito di accrescere il volume della domanda, manovrando in senso espansivo la spesa pubblica e finanziando quest'ultima anche con i deficit di bilancio.

La strategia del nuovo Presidente era riconducibile a due principi fondamentali: i pubblici poteri possono contribuire alla risolu-

---

[217] M. Grodzins, *The American System*, cit., p. 41.

[218] 38 Stat. 372.

[219] Vedi M. Grodzins, *The American System*, cit., p. 42 ss.

[220] Vedi J.M. Keynes, *Occupazione, interesse, moneta. Teoria generale*, Utet, Torino, 1953.

zione dei problemi economici della società e il governo federale deve assumere in tale attività un ruolo guida[221].

Già nei primi «cento giorni»[222] fu ristrutturato il sistema creditizio, furono aumentati i sussidi di disoccupazione e concessi prestiti. Gli interventi più organici nel 1933 furono *l'Agriculture Adjustment Act*[223] che, per limitare la sovrapproduzione, assicurava premi in denaro a chi diminuisse le coltivazioni, e il *National Industrial Recovery Act*[224] che, fra l'altro, fissava minimi salariali, riconoscendo ai lavoratori il diritto di organizzarsi per contrattare collettivamente con i datori di lavoro.

Oltre che per motivazioni prettamente economiche, la crescita del potere federale, tipica del federalismo cooperativo, viene favorita, come già accennato, dal nuovo modello dello stato democratico-sociale, che richiede l'intervento pubblico per realizzare i valori di solidarietà ed eguaglianza. Il *New Deal* realizza una «rivoluzione ideologica»[225] che assegna al governo il dovere di garantire a tutti i cittadini la sicurezza economica che è precondizione per l'esercizio di ogni altra libertà costituzionale[226].

Dopo la guerra civile, il ventennio della presidenza Roosevelt segna nuovamente un momento di svolta nella storia costituzionale americana[227]: il modello democratico-sociale altera la divisione del potere tanto a livello orizzontale, quanto a livello verticale. Nel

---

221 Vedi T. Conlan, *From New Federalism to Devolution*, Brookings Institution Press, Washington, 1998, p. 8.

222 Sui primi cento giorni del mandato vedi D.M. Kennedy, *Freedom from fear. The American people in depression and war, 1929-1945*, Oxford University Press, New York, 1999, p. 131 ss.

223 48 Stat. 31.

224 48 Stat. 195.

225 Vedi E.S. Corwin, *The passing of dual federalism*, cit., p. 146.

226 Nasceva, come è stato notato, una forma di democrazia sociale non prevista né esclusa dal disegno costituzionale; su pressioni del potere politico, e non della Costituzione o della giustizia costituzionale, cominciano ad essere tutelate affianco alle *freedoms of*, le *freedoms from*: la libertà dalla paura, la libertà dal bisogno. Vedi, con parole quasi analoghe, A. La Pergola, *Un momento del federalismo statunitense: entra in scena il New Deal*, in Aa.Vv., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 672.

227 Sui mutamenti prodotti dal *New Deal* sul sistema costituzionale americano vedi C.R. Sunstein, *Constitutionalism after the New Deal*, in «Harv. L. Rev.», 1987, CI, p. 421 ss.

primo caso il potere esecutivo si rafforza[228] e la forma di governo americana, dopo una fase di *congressional government*[229], diventa compiutamente presidenziale. Nel secondo caso, l'attuazione dei nuovi valori richiede degli sforzi organizzativi e finanziari che solo il governo federale può realizzare; le competenze non possono più essere distinte: i nuovi obiettivi richiedono l'abbandono del modello dualistico e l'adozione di schemi collaborativi.

Si afferma così quello che Jane Perry Clark[230] definirà, per prima, nel 1938, il modello del federalismo cooperativo. Quest'ultimo si consoliderà definitivamente negli anni Quaranta, al punto che nel 1950, sulla *Virginia Law Review*, apparirà il celebre articolo di Edward Corwin dedicato al definitivo «superamento del federalismo duale»[231]. Le cause che portarono al compimento di questo processo furono, ricorda l'autore, molteplici: le due guerre mondiali, la grande crisi economica, il superamento del tradizionale isolazionismo ottocentesco, il nuovo ruolo degli USA nella guerra fredda e, infine, l'accettazione senza riserve, da parte del potere sindacale[232], di una concezione rivoluzionaria del ruolo del governo.

Come noto, il progetto del *New Deal* e del federalismo cooperativo ad esso collegato incontrarono, in una prima fase, una forte resistenza da parte della Corte suprema, che invalidò tanto gli inter-

---

[228] Il rafforzamento del potere esecutivo rispetto ai Parlamenti si verificò nel corso degli anni Trenta in diversi paesi occidentali: gli interventi dello stato in economia che seguirono la crisi del 1929 richiedevano infatti l'efficienza e la concretezza dell'azione amministrativa. Sul punto vedi S. Merlini, *Il Governo*, in G. Amato, A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, II, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 184 ss.

[229] Vedi V.W. Wilson, *Congressional government: a study in American politics*, Legal Classic Library, New York, 1993. In tema vedi anche S. Fabbrini, *Il presidenzialismo degli Stati Uniti*, Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 59 ss. e, sulle tendenze più recenti, M. Comba, *Il Presidente degli Stati Uniti d'America: la persistenza del modello rooseveltiano*, in A. Di Giovine, A. Mastromarino, *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 9 ss.; C. Lodici, *Stati Uniti*, in S. Vassallo (a cura di), *Sistemi politici comparati*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 249 ss. Sulla forma di governo statunitense in un'ottica diacronica vedi ampiamente A. Lucarelli, *Teorie del presidenzialismo: fondamento e modelli*, Cedam, Padova, 2000.

[230] Vedi J.P. Clark, *The rise of a new federalism: federal-state cooperation in the United States*, Columbia University Press, New York, 1938.

[231] E.S. Corwin, *The passing of dual federalism*, cit., p. 145 ss.

[232] Secondo Corwin «il più grande interesse politico organizzato del Paese»: *ivi*, p. 146.

venti di programmazione economica quanto la legislazione sociale, ritenendoli non legittimati dalla competenza federale sul *commerce power* cui il Congresso si richiamava. Tale competenza infatti era estesa solo al commercio, da intendersi, in senso restrittivo, quale «rapporto finalizzato allo scambio»[233].

La frattura tra il Presidente Roosevelt e la Corte divenne ben presto incolmabile: la crisi economica rendeva anacronistico il sostegno che il potere giudiziario federale continuava a fornire ai principi del *laissez-faire*. La rielezione plebiscitaria di Roosevelt, nel 1936, palesò l'esistenza di una frattura tra la stessa Corte suprema e l'opinione pubblica. Incoraggiato dal sostegno ricevuto, Roosevelt in un messaggio al Congresso del 5 febbraio 1937 chiese l'approvazione di una legge in base alla quale sarebbe stato aggiunto un giudice per ogni componente della Corte stessa che fosse, al momento della proposta, di età superiore ai settant'anni e che non accettasse di ritirarsi. Grazie alla *Court packing proposal* il Presidente avrebbe potuto nominare sei nuovi giudici e garantirsi il *placet* della giustizia costituzionale al *New Deal*[234].

L'inevitabile situazione di tensione istituzionale, alimentata dai dissensi sulla proposta provenienti anche dal partito del Presidente, fu però risolta da un giudice della Corte, Owen Roberts, che mutò la sua posizione nei confronti del *New Deal* e, più in generale, nei con-

---

[233] Vedi *Carter vs. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).

[234] L'operazione sarebbe stata tecnicamente non difficoltosa, considerando che la Costituzione americana non contiene alcun riferimento al numero dei membri della Corte definito invece, nel corso del tempo, da leggi del Congresso. Quest'ultimo, però, nel secolo e mezzo precedente, aveva gestito tale potere con molto equilibrio, accrescendo il numero dei componenti della Corte solo con l'espandersi del numero degli stati e la susseguente creazione di nuovi circuiti di Corti d'appello. Conseguentemente, nonostante l'assenza di riferimenti costituzionali al numero dei giudici della Corte suprema, la proposta di Roosevelt fu contestata quale palese violazione dell'indipendenza del potere giudiziario finanche da una parte dell'opinione pubblica che lo aveva sostenuto alle presidenziali. Relativamente alla proposta di Roosevelt di riformare la Corte suprema vedi M. Kennedy, *Freedom from fear. The American people in depression and war, 1929-1945*, cit., p. 325 ss., nonché diffusamente R.H. Jackson, *The struggle for judicial supremacy*, Random House, New York, 1941, p. 75 ss. Sul rapporto tra potere giudiziario e legislativo vedi anche l'ormai classico E. Lambert, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti: l'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1996.

fronti del ruolo regolatore dei pubblici poteri. La prima decisione[235] in cui egli votò con i giudici *liberal* ebbe per oggetto, in effetti, una legge dello stato di Washington che imponeva un salario minimo per le lavoratrici. Il giudice Roberts si allontana dalla giurisprudenza costante degli anni precedenti che, come abbiamo visto[236], aveva cassato gli interventi regolatori statali considerandoli in violazione della libertà contrattuale, e vota sostenendo la legittimità della legge statale, a favore di uno storico *overruling*. Circa due settimane dopo, il 12 aprile 1937, la stessa maggioranza voterà la costituzionalità di una legge federale di disciplina delle relazioni sindacali[237], il *National Labor Relations Act*[238], confermando che il *New Deal* di Roosevelt aveva trovato nella Corte suprema il quinto, decisivo, voto.

8. *La fine della separazione delle competenze: dalla* layer cake *alla* marble cake

La sentenza-manifesto del nuovo orientamento giurisprudenziale della Corte suprema è emessa nel 1941: in *United States vs. Darby*[239] viene sostenuta la legittimità costituzionale del *Fair Labor Standards Act*[240] che, prevedendo salari minimi e orari massimi di lavoro, vietava il commercio interstatale di beni prodotti in aziende che non rispettassero tali standard. In questa pronuncia la Corte non solo recupera alcune affermazioni risalenti alla storica sentenza *Gibbons vs. Ogden* che, come ricordato in precedenza, forniva una già ampia interpretazione del *commerce power*, ma va oltre, ampliando ulteriormente le possibili applicazioni di tale competenza e fornendo un'interpretazione restrittiva del X emendamento che, di fatto, lo privava di qualunque capacità limitativa del potere legislativo federale[241].

---

235 Vedi *West Coast Hotel vs. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

236 Vedi *supra*, § 6.

237 *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin*, 301 U.S. 1 (1937), su cui vedi *infra*, cap. II, § 5.

238 49 Stat. 449 (1935).

239 312 U.S. 100 (1941).

240 52 Stat. 1060 (1938).

241 Vedi *infra*, cap. III, § 4.

Superata l'ostilità della Corte suprema, può svilupparsi compiutamente la filosofia del federalismo cooperativo: in base ad essa «il governo nazionale e gli stati sono parti complementari di un unico meccanismo governativo, in cui tutti i poteri tendono a realizzare le finalità attuali del governo»[242]. La teoria della cooperazione tra i diversi livelli, sostituitasi a quella della competizione, ha come immediata conseguenza lo stravolgimento del principio fondamentale del federalismo duale: scompare una netta separazione delle competenze; salvo poche eccezioni tutte le materie sono aperte ad una competenza concorrente. È ben nota, a tal proposito, la metafora di Morton Grodzins, secondo il quale l'allocazione delle competenze, prima paragonabile ad una *layer cake*, una torta a strati ben distinti, sia ora avvicinabile ad una *marble cake*, una torta "marmorizzata" nella quale i diversi strati si intersecano confondendosi [243].

Il modello cooperativo esclude l'idea di una netta separazione delle competenze le quali, al contrario, vengono esercitate congiuntamente, in modo concorrente, da federazione e stati: proprio il mescolarsi delle leggi federali e statali rappresenta anzi, come è stato sottolineato[244], il *background* di ogni ulteriore condivisione tra i vari livelli territoriali. Tale "concorrenza" legislativa si concretizza in più modalità; una di queste è costituita dai casi in cui il Congresso espande le proprie competenze in nuove materie, integrando preesistenti discipline statali ed attribuendo, così, alla legislazione federale, una natura «interstiziale»[245]. Essa, infatti, non occupa un campo giuridico completamente, ma detta disposizioni che si avvalgono del substrato della legislazione statale in materia: tipico esempio è il diritto penale, materia non inclusa nelle competenze centrali, e nella quale la federazione legifera traendo categorie e standard sostanziali da precedenti normative statali.

Proprio la creazione di una nuova fattispecie di reato federale

---

[242] Vedi E.S. Corwin, *The passing of dual federalism*, cit., p. 160.

[243] Vedi M. Grodzins, *Centralization and decentralization in the United States*, in R. Goldwin (a cura di), *A Nation of states: essays on the American Federal System*, Rand McNally College Pub., Chicago, 1963, p. 1 ss.; M. Grodzins, *The American System*, cit., p. 59 ss.

[244] Vedi M. Grodzins, *The American System*, cit, p. 80.

[245] Vedi H.M. Hart, H. Wechsler, *The federal courts and the federal system*, Foundation Press, Brooklyn, 1953, p. 435.

è oggetto di una pronuncia[246] nella quale la Corte suprema, sostenendo la legittimità della fattispecie quale esercizio del potere sul commercio interstatale, riassume la filosofia sottesa a tutta la produzione legislativa del periodo cooperativo. Essa, dopo aver ricordato l'esistenza della separazione di competenze tra centro e periferia, aggiunge, però, che: «deve essere tenuto in mente che (gli americani) sono un popolo, e che i poteri riservati agli stati e quelli conferiti alla nazione, sono adatti ad essere esercitati tanto in modo indipendente quanto concorrente, per promuovere il benessere generale (*general welfare*) materiale e morale»[247].

La linea di separazione tra le materie federali e statali, che è mobile, dovrebbe essere definita dall'accordo tra federazione e stati. Due sono infatti gli elementi, secondo la dottrina[248], che caratterizzano il modello cooperativo: la condivisione di competenze e la negoziazione delle modalità attraverso cui realizzare tale condivisione.

Nella prassi, però, è in molti casi il legislatore federale a determinare gli ambiti del suo intervento, valutando quali fattispecie necessitano una disciplina e un trattamento nazionale e quali possono, invece, essere lasciate all'autonomia statale[249]. La modalità più frequente di attuazione della cooperazione legislativa non è quindi quella, appena citata, in cui il governo federale legifera sulla falsa riga delle discipline statali; al contrario, nella maggior parte dei casi, sono queste ultime a riprodurre o integrare leggi federali che, appunto, richiedono normative corrispondenti o complementari a livello statale[250]. I vari enti territoriali sono infatti legati da moduli di

---

[246] Vedi *Hoke vs. United States* 227 U.S. 308 (1913). In tale decisione la Corte ritiene legittima la trasformazione del sequestro in un reato federale ogniqualvolta il sequestratore oltrepassi i confini dello stato nel quale il reato è stato realizzato, creando così una fattispecie *sui generis* di circolazione interstatale, riconducibile alla competenza congressuale sull'*interstate commerce*.

[247] *Ivi*, p. 322.

[248] Vedi D.J. Elazar, *Federalism: an overview*, HSRC Publishers, Pretoria, 1995, p. 41 ss. Secondo l'autore l'assenza di negoziazione per la definizione delle competenze trasforma il presunto federalismo cooperativo in federalismo «coercitivo o antagonista»: *ivi,* p. 41.

[249] Vedi G. Bognetti, *Federalismo, Proprietà e libertà*, cit., p. 70 ss.

[250] Meno rilevante, anche se comunque da segnalare, è il fenomeno frequente per cui gli stati adottano leggi aventi un contenuto esattamente identico a quelle fe-

collaborazione nei quali, per lo più, il governo nazionale usa le sue superiori risorse per attivare programmi che vengono poi attuati, principalmente, da stati ed enti locali.

Il principale strumento con cui il governo di Washington riesce a disciplinare anche materie non di sua competenza, lasciando agli stati solo l'attuazione e specificazione di quanto deciso a livello nazionale, è costituito dai c.d. finanziamenti condizionati o *conditional grants in aid*. Questi ultimi consistono in trasferimenti di fondi che la federazione concede agli stati previa negoziazione con gli stessi governi statali, per il perseguimento di specifiche finalità, la cui realizzazione viene verificata con sistemi di supervisione federale. Così il Congresso, concedendo finanziamenti *sub condicione* in materie quali l'istruzione o la sanità, tradizionalmente statali, riesce di fatto a disciplinare materie che la Costituzione non gli attribuisce[251].

Come la dottrina[252] ha notato, i *conditional grants in aid* concretano il significato stesso del federalismo cooperativo statunitense, termine che potrebbe far pensare a schemi collaborativi tra enti equiordinati e che invece sottolinea l'uso di incentivi finanziari al posto di strumenti autoritativi, per controllare a livello nazionale attività tipicamente statali e locali.

Esemplifica tale *modus procedendi* il *Social Security Act*[253] del 14 agosto 1935, in cui i fondi federali vengono utilizzati per sostenere economicamente gli stati che cooperino legislativamente nell'isti-

---

derali. Gli standard federali per classificare i prodotti agricoli e la caccia sono esempi di materie non enumerate nella Costituzione tra quelle appartenenti al governo di Washington, ma nelle quali viene riconosciuta una prevalenza alla federazione dagli stati stessi che adottano normative identiche a quelle nazionali. Emblematica di tale deferenza è, secondo Grodzins, una legge del Montana del 1921 che disciplinando la stagione della caccia afferma: «Le leggi relative agli uccelli migratori sono prescritte dal Dipartimento dell'Agricoltura degli Stati Uniti. L'apertura della stagione, i limiti di caccia ed altre regole sono annunciate ogni anno da una dichiarazione del Presidente degli Stati Uniti. Dopo ogni dichiarazione, la commissione statale per la caccia e la pesca adotterà, pubblicizzerà e darà esecuzione a tale disciplina in quanto applicabile allo stato del Montana» (Montana Laws 1921, cap. 238, sez. 20: riportato in M. Grodzins, *The American System*, cit., p. 83).

[251] Sul tema vedi *amplius* cap. IV e, in particolare, § 7.

[252] Vedi G. de Vergottini, *Stato federale*, cit. p. 851.

[253] 49 Stat. 620.

tuzione di pensioni d'anzianità, sussidi di disoccupazione, tutela della maternità, assistenza agli invalidi.

Tale provvedimento federale è oggetto della sentenza *Carmichael*[254] nella quale la Corte suprema analizza la legittimità del condizionare l'erogazione di finanziamenti all'istituzione, da parte degli stati, di un fondo per la disoccupazione, le cui caratteristiche vengono disciplinate nel dettaglio dalla legge federale[255].

La Corte, in tale circostanza, esclude l'illegittimità dell'atto federale e della corrispondente legge dell'Alabama istitutiva del fondo, sottolineando come quest'ultima non sia frutto di una "coercizione" federale ma di una scelta del singolo stato, e chiarendo che «gli Stati Uniti e lo stato dell'Alabama non sono governi estranei. Essi coesistono nello stesso territorio. La disoccupazione è un loro comune interesse. Le due leggi (quella del Congresso e quella statale) danno corpo ad uno sforzo di cooperazione legislativa dei due governi per portare avanti una finalità pubblica comune ad entrambi, che nessuno può perseguire pienamente senza la cooperazione con l'altro. La Costituzione non proibisce tale cooperazione»[256].

Per quanto concerne i rapporti tra legislazione federale e statale occorre sottolineare come la prevalenza della prima sulla seconda sia garantita in questo periodo anche da un uso massiccio, da parte della Corte suprema, della *supremacy clause* e della correlata dottrina della *preemption* che permette alla federazione, come vedremo[257], di "occupare il campo", precludendo agli stati di disciplinare anche fattispecie riconducibili alle loro competenze residuali pur di garantire discipline nazionali uniformi.

---

[254] *Carmichael vs. Southern Coal & Coke Co.*, 301 U.S. 495 (1937).

[255] Il *Social Security Act* stabilisce, nel titolo IX, una tassa sull'impiego a carico dei datori di lavoro che abbiano almeno otto dipendenti, prevedendo che i datori di lavoro possano non pagarla qualora abbiano versato i contributi ad un fondo per la disoccupazione previsto da una legge statale ed approvato in base a determinati requisiti dal dipartimento federale della Sicurezza sociale. Nel titolo III, invece, tale atto prevede l'erogazione di finanziamenti agli stati che si adeguino al *Social Security Act*, adottando una disciplina che istituisca fondi statali per la disoccupazione.

[256] Cfr. *Carmichael vs. Southern Coal & Coke Co.*, cit., p. 526.

[257] Su cui vedi *infra*, cap. III, § 2.

9. *Strumenti e sedi della cooperazione*

Nonostante i finanziamenti condizionati siano considerati dalla dottrina il principale strumento di collaborazione tra federazione e stati, le forme con le quali il federalismo cooperativo prende corpo sono in realtà diverse. Morton Grodzins, autore di una delle massime opere su tale fase del federalismo statunitense[258], ne individua almeno altre due: la professionalizzazione degli impiegati di tutti i livelli governativi e l'uso di *regulatory agencies*.

Per quanto concerne il primo aspetto[259], l'autore nota come sin dall'inizio il governo di Washington capì che il sistema dei *grants in aid* richiedeva, a livello d'attuazione e quindi a livello statale, personale altamente qualificato e decise così di esercitare forme di controllo certificando, attraverso agenzie nazionali, l'idoneità dei funzionari ad agire per il governo federale. Ma tale professionalizzazione aveva non solo una ricaduta positiva immediata sulle modalità di esecuzione dei programmi federali; ben presto fu chiaro che essa portava i vari impiegati e dirigenti a identificarsi nella funzione che svolgevano, più che nel livello di governo per il quale operavano. La professionalità di coloro che erano coinvolti nella sanità, nella previdenza, nella sicurezza sociale era stata controllata e certificata da un'unica agenzia nazionale, stimolando così, tra i vari operatori, alti livelli di collaborazione: l'ente territoriale per il quale essi lavoravano rappresentava ormai poco più di un accidente. Su questa linea, il Congresso ha poi cominciato ad imporre non più il controllo *ex post* degli impiegati già selezionati dalle amministrazioni statali, ma gli stessi metodi di selezione del personale. Nuova condizione per i finanziamenti diventa così, dalla fine degli anni Cinquanta, l'adozione di sistemi di selezione tramite concorso per tutto il personale amministrativo statale, ad eccezione dei soli incarichi di alta dirigenza.

Ulteriore strumento di collaborazione è, come accennato, quello delle *regulatory agencies* nate alla fine dell'Ottocento e aumentate nel corso dei decenni successivi[260]. Proprio tali istituzioni diventano

---

258 Vedi M. Grodzins, *The American System*, cit.
259 *Ivi*, p. 71 ss.
260 Vedi *supra*, § 4 e la bibliografia ivi citata.

sede di ulteriori forme di collaborazione tra livello federale e statale[261]. Nella maggior parte dei casi tale cooperazione è richiesta da espliciti interventi legislativi del Congresso: il *Transportation Act* del 1920 richiede ad esempio, alla Commissione per il commercio interstatale, la collaborazione con le corrispondenti commissioni statali prima di adottare decisioni che coinvolgano uno stato, prevedendo in ogni caso la possibilità di organizzare conferenze e audizioni congiunte. Prevedono forme di collaborazione anche la legge che riorganizza la Commissione federale per l'energia (1930), e quella che istituisce la Commissione federale per le comunicazioni (1934)[262].

In altri casi, come per la *Federal Trade Commission,* pur non essendo previsti esplicitamente obblighi di cooperazione, le commissioni statali scambiano con quella federale informazioni, segnalazioni e testimonianze. Si realizza, così, spiega Grodzins, una condivisione delle funzioni attraverso la «vicinanza»[263]: in assenza di finanziamenti, supervisioni, trasferimenti di personale e quindi di ogni forma di incentivo materiale, la cooperazione si sviluppa semplicemente favorendo i contatti tra i diversi livelli.

Strumento fondamentale di tale tipo di cooperazione, anche definita «cooperazione informale»[264], sono le conferenze tra funzionari federali e statali. Queste vengono convocate tanto dai rappresentanti del governo nazionale, quanto da quelli dei governi degli stati, per discutere problemi di interesse comune. Ancor più frequente è che il loro svolgimento sia richiesto direttamente dalla legislazione federale o statale, che utilizza tali conferenze quali strumento d'incontro *una tantum* o come parte di programmi continuativi di informazione e consulenza fra i vari livelli di governo. Elemento essenziale del sistema delle conferenze è, a parere della dottrina[265], la sua flessibilità che, come vedremo, non viene meno neanche nella più stabile delle sedi di cooperazione informale: la Conferenza dei Governatori.

---

261 M. Grodzins, *The American System*, cit, p. 75 ss.

262 Cfr., rispettivamente, *Transportation Act*, 41 Stat. 456 (1920); *Federal Power Act*, 46 Stat. 799 (1930); *Communication Act*, 48 Stat. 1064 (1934).

263 L'autore afferma, con più esattezza, che si tratta di uno *sharing (of functions) through proximity*: *ivi*, p. 75.

264 Vedi J.P. Clark, *The rise of a new federalism: federal-state cooperation in the United States*, cit., p. 12.

265 *Ivi.*, p. 16 e, in generale, sulle conferenze p. 16 ss.

Non episodico, ma costante, è invece il confronto che si realizza tra i vari livelli territoriali in seno all'*Advisory Commission on Intergovernmental Relations*, istituita dal Congresso nel 1959 per svolgere funzioni consultive in materia di relazioni intergovernative[266], e oggi non più operativa[267]. Essa era composta da ventisei membri: tre rappresentanti per ogni ramo del Congresso, quattro governatori, quattro sindaci, tre componenti dei legislativi statali, tre rappresentanti di contea, tre membri del *Cabinet* presidenziale e, infine, tre cittadini[268]. Tale organo, che come previsto dalla stessa legge istitutiva aveva natura «bipartisan»[269], costituiva un forum di discussione e proposta circa l'allocazione delle funzioni che ri-

[266] Con l'espressione "intergovernativo", qui e nel seguito del lavoro, viene tradotta la parola *intergovernmental*, con cui nella dottrina statunitense ci si riferisce ai rapporti tra i vari livelli territoriali.

[267] L'*Advisory Commission* ha cessato di svolgere le sue funzioni nel 1996: il clima di attenuata cooperazione tra federazione e stati, la riduzione del numero delle agenzie per fronteggiare il deficit federale e l'emersione di altre sedi di confronto, quali la Conferenza dei Governatori, hanno fatto venir meno uno dei maggiori laboratori di proposte e analisi relative al federalismo statunitense: vedi B.D. McDowell, *Advisory Commission on Intergovernmental Relations in 1996: The end of an era*, in «Publius», 1997, XXVII, p. 111 ss.

[268] I ventisei componenti venivano così selezionati (42 USC sez. 4273): a) sei nominati dal Presidente degli Stati Uniti, tre dei quali devono essere funzionari dell'Esecutivo e tre privati cittadini, tutti aventi esperienza o familiarità con le relazioni fra i vari livelli di governo; b) tre senatori nominati dal Presidente del Senato stesso; c) tre componenti della Camera dei Rappresentanti nominati dallo *Speaker*; d) quattro nominati dal Presidente all'interno di una rosa di almeno otto governatori indicati dalla Conferenza dei Governatori; e) tre nominati dal Presidente all'interno di una rosa di almeno sei componenti dei legislativi statali indicati dal direttivo del Consiglio delle Autorità statali (*Council of State governments*); f) quattro nominati dal Presidente all'interno di una rosa di almeno otto sindaci indicati congiuntamente dalla Lega Nazionale delle Città (*National League of Cities*) e la Conferenza dei sindaci degli Stati Uniti (*Unites States Conference of Mayors*); g) tre nominati dal Presidente all'interno di una rosa di almeno sei funzionari elettivi di contea indicati dall'Associazione Nazionale delle Contee (*National Association of Counties*).

[269] «There is hereby established a permanent bipartisan commission […]»: vedi 42 USC sez. 4271. Per realizzare tale risultato la legge prevede che, a parte i componenti del *Cabinet* e i privati cittadini per i quali nulla si specifica lasciando al Presidente di fatto la scelta, vi siano spazi di rappresentanza per le minoranze: tra i senatori e i deputati non possono appartenere alla maggioranza più di due dei tre nominati, mentre per le altre categorie si stabilisce che non più di due rappresentanti appartengano al medesimo partito: vedi 42 USC sez. 4273.

chiedono cooperazione tra i vari enti territoriali[270]. Il lavoro della Commissione confluiva poi in una relazione annuale sottoposta sia al Congresso sia al Presidente.

La condivisione delle competenze, decisa nelle varie sedi, prende spesso corpo durante il federalismo cooperativo attraverso strumenti organizzativi formali[271]: i patti per azioni di cooperazione (*compacts for cooperative action*), i contratti per la condivisione di attività operative (*contracts for operational sharing*) e lo scambio di personale (*interchange of personnel*). I primi due strumenti sono vere e proprie relazioni contrattuali, essenziali per una cooperazione intergovernativa su larga scala. Solo lo strumento contrattuale, infatti, ha la flessibilità di condizioni e contenuti necessaria per il perseguimento di molteplici finalità, in contesti eterogenei quali quelli dei diversi stati. I patti per azione di cooperazione vengono stipulati per le finalità più svariate quali svolgere ricerche, dividere costi di attività, scambiare servizi, dare esecuzione congiunta a provvedimenti legislativi. I contratti per la condivisione di attività operative, come indica lo stesso nome, sono invece accordi formali per dividere lo svolgimento di mere attività, senza alcun trasferimento di fondi da un governo all'altro. Essi sono utilizzati per evitare la duplicazione di attività e servizi: rapporti sulle coltivazioni, scambi di informazioni sui prelievi fiscali, ispezioni nei servizi pubblici sono esempi di attività frequentemente oggetto di tali accordi. Come accennato, infine, forma ulteriore di cooperazione è quella che consiste in accordi

[270] Erano in particolare finalità della Commissione (42 USC sez. 4272): a) riunire rappresentanti dei governi locali, statali e federali per considerare problemi comuni; b) costituire un forum di discussione sull'amministrazione e il coordinamento dei *federal grants* e di altri programmi che richiedono cooperazione fra i vari governi; c) monitorare le condizioni e i sistemi di controllo previsti nei programmi di *federal grants*; d) fornire assistenza tecnica al ramo esecutivo e legislativo del governo nazionale al fine di verificare gli effetti dei disegni di legge sul sistema federale; e) incoraggiare la discussione e lo studio, nel loro stadio iniziale, dei problemi pubblici che emergono e che richiedono cooperazione tra i governi; f) raccomandare, nel rispetto del dettato costituzionale, la più adeguata allocazione tra i diversi livelli di governo di funzioni, responsabilità, entrate; g) raccomandare metodi di coordinamento e semplificazione della legislazione fiscale e dell'amministrazione per ottenere relazioni fiscali tra i vari livelli più ordinate e meno competitive nonché per ridurre la difficoltà dei contribuenti nel rispettare tale legislazione.

[271] Vedi D.J. Elazar, *American federalism. A view from the states*, cit., p. 67 ss.

tra i diversi livelli governativi per lo scambio di personale, pagato congiuntamente dal governo federale e dagli stati, oppure dipendente da un ente territoriale e letteralmente "prestato" agli altri.

Un ultimo aspetto del federalismo cooperativo è quello dell'adozione di moduli collaborativi non tra federazione e stati, ma tra gli stati stessi: una sorta di collaborazione orizzontale tra enti del medesimo livello. Storicamente tale collaborazione ha assunto quattro forme[272]: accordi fra gli stati, leggi statali uniformi, reciprocità nell'applicazione delle leggi, cooperazione amministrativa. Parte degli schemi già illustrati nel rapporto tra federazione e stati si ripropongono fra gli stati stessi creando, in questo caso sì, una collaborazione paritaria tra enti territoriali equiordinati.

10. *L'Associazione nazionale dei Governatori: cooperazione attraverso il* lobbying*?*

Tra le sedi nelle quali si svolge la cooperazione fra le istituzioni federali e statali, merita particolare attenzione la Conferenza dei Governatori.

Questa fu convocata per la prima volta da Theodore Roosevelt nel 1908 per discutere la salvaguardia delle risorse naturali[273]. Il Presidente, in effetti, aveva bisogno di dare visibilità a questo tema, che non aveva ricevuto dal Congresso la disciplina e i finanziamenti che egli aveva auspicato; per questo motivo decise di convocare una conferenza dei governatori presso la Casa Bianca al fine di discutere il tema dell'eccessivo sfruttamento delle risorse nazionali. In quell'occasione i governatori approvarono all'unanimità una risoluzione che sollecitava le Camere ad affrontare tale questione con un'adeguata disciplina ed adeguati finanziamenti[274].

---

[272] Vedi M. Grodzins, *The American System*, cit., p. 151 ss. Si sofferma su questo aspetto "orizzontale" della cooperazione A. La Pergola, in *Sistema federale e* compact clause: *premesse allo studio degli accordi conclusi dagli Stati membri della Federazione statunitense*, Giuffrè, Milano, 1961.

[273] Vedi J.P. Clark, *The rise of a new federalism: federal-state cooperation in the United States*, cit., p. 17.

[274] Vedi G.E. Brooks, *When Governors Convene: The Governors' Conference and National Politics*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1961, pp. 10-11.

Il significato di quel primo incontro viene esplicitato dallo stesso Roosevelt che, nel discorso di apertura, sottolineò come l'importanza del tema considerato richiedesse un'attenzione congiunta degli stati e della federazione: la questione era «così vitale che, per affrontarla, si incontravano per la prima volta i vertici degli esecutivi degli stati, considerati nella loro individualità, e il vertice degli stati considerati in modo unitario, costituiti cioè in Nazione»[275]. Dopo quella prima convocazione, i governatori hanno continuato ad incontrarsi autonomamente, ogni anno, stabilendo esplicitamente, fin dal 1912, che la Conferenza dei Governatori avrebbe costituito un'organizzazione permanente[276]. Dal 1977 essa prende il nome di Associazione nazionale dei Governatori.

Tale organizzazione rappresenta in realtà solo la più significativa tra una serie di associazioni che riuniscono esponenti delle autonomie territoriali[277] e che sono sorte quasi tutte nella prima metà del Novecento per migliorare i propri servizi tramite la condivisione delle rispettive *best practices*[278].

Accanto a tale finalità, tuttavia, queste organizzazioni hanno cominciato ben presto a svolgere un'ulteriore funzione, quella di sede di rappresentanza del rispettivo livello territoriale nei confronti del governo federale. Per questo motivo la dottrina ha paragonato tali organizzazioni ad associazioni professionali che agiscono nei confronti delle istituzioni federali come gruppi di interesse, esercitando su queste vere e proprie attività di *lobbying*[279].

Sotto questo profilo le più influenti organizzazioni sono le c.d. *Big*

---

[275] Il testo del discorso del Presidente Roosevelt è disponibile sul sito dell'Associazione nazionale dei Governatori (www.nga.org), all'indirizzo http://www.subnet.nga.org/centennial/: per il brano citato vedi in particolare p. 3.

[276] C.S. Weissert, *The National Governors' Association: 1908-1983*, in «State Government», 1983, LVI, p. 46.

[277] Sul tema vedi D. Nugent, *Public Officials' Associations*, in J.R. Marbach, E Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, Greenwood Press, Westport (Conn.), 2006, p. 518 ss.

[278] Cfr. E. Garrett, *States in a Federal System: Enhancing the Political Safeguards of Federalism? The Unfunded Mandates Reform Act of 1995*, in «Kan. L. Rev.», 1997, XLV, p. 1121.

[279] Vedi ampiamente A.E. Cammisa, *Government as interest groups. Intergovernmental lobbying and the Federal System*, Praeger, Westport (Connecticut)-Londra, 1995.

Seven, le "Sette Grandi"[280], che riuniscono rispettivamente: i governatori (*National Governors'Association*), i rappresentanti dei corpi legislativi statali (*National Conference of State Legislatures*), i funzionari locali (*National League of Cities*), i sindaci delle città con popolazione superiore ai trentamila abitanti (*U.S. Conference of Mayors*), i *city managers* (*International City-County Management Association*), i rappresentanti delle contee (*National Association of Counties*). A queste si aggiunge il *Council of State Governments* che non costituisce un'associazione rappresentativa di un solo livello, ma più che altro un centro di ricerca a servizio dei poteri legislativi, esecutivi e giudiziari di tutti gli stati[281]. Tra tali organizzazioni, come si diceva, un ruolo peculiare spetta all'Associazione nazionale dei Governatori che, pur continuando ad essere un luogo di coordinamento interstatale, si è trasformata negli anni in una sede fondamentale di mediazione all'interno della quale sono maturate, spesso tramite il confronto con le istituzioni federali, fondamentali politiche nazionali.

Mentre infatti i primi due decenni di attività della Conferenza sono stati segnati dall'idea che essa fosse un'organizzazione volta ad analizzare unicamente questioni di interesse strettamente statale, a partire dagli anni Trenta gli incontri annuali hanno cominciato ad avere per oggetto tematiche più ampie, di interesse nazionale, sulle quali la Conferenza ha cominciato ad approvare risoluzioni pubbliche. Se nei primi anni gli incontri annuali dei governatori erano infatti dedicati a temi come l'organizzazione dei governi statali, le leggi statali uniformi e la potestà amministrativa del governatore, a partire dagli anni Trenta essi hanno avuto oggetti come la sicurezza sociale, le infrastrutture, e finanche la politica estera[282].

---

[280] La qualifica di *Big Seven*, ormai estremamente comune, è riconducibile a D. Wright, *Revenue Sharing and Structural Features of Federalism*, in «Annals», 1975, CCCCXIX, p. 111.

[281] Coerentemente con tale struttura e funzione il *Council of State Governments* è, tra le sette organizzazioni, quella che svolge in misura minore funzioni di rappresentanza o *lobbying.* Per informazioni sulle singole associazioni, oltre alle fonti già ricordate (in particolare D. Nugent, *Public Officials' Associations*, cit.), vedi i relativi siti web. Cfr. rispettivamente: www.nga.org; www.ncsl.org; www.nlc.org; www.usmayors.org; icma.org; www.naco.org.; www.csg.org.

[282] L'elenco completo degli incontri plenari svolti a partire dal 1908 e le trascrizioni dei relativi lavori sono disponibili sotto la voce *NGA Meeting Summaries* all'interno del citato sito dell'Associazione nazionale dei Governatori.

Sollecitati dalle dinamiche del federalismo cooperativo ed in particolare dal Presidente Franklin Delano Roosevelt, che era stato a sua volta governatore e aveva sostenuto la necessità che la Conferenza prendesse posizione anche su questioni di interesse nazionale, i vertici degli esecutivi statali si trovarono gradualmente «nel vortice delle questioni nazionali»[283]: attualmente l'Associazione dei Governatori ha posizioni ufficiali su tutte le principali questioni di interesse nazionale, inclusi il trasporto aereo e il cambiamento climatico[284].

Su tali questioni l'associazione assume ovviamente posizioni che tendono a garantire l'autodeterminazione statale, ma sarebbe errato leggere l'attività dell'organizzazione solo in quest'ottica: come la dottrina[285] ha notato, infatti, se tale associazione ha in molti casi difeso l'autonomia degli stati, in altre circostanze ha saputo sostenere la necessità di un intervento nazionale. Così accadde, ad esempio, negli anni Cinquanta, quando la Conferenza rinunciò esplicitamente ad avocare competenze in materia di organizzazione autostradale e sostenne addirittura l'opportunità di un aumento dell'accisa federale sul carburante, riconoscendo che solo il livello federale aveva la forza organizzativa, politica e finanziaria per gestire adeguatamente la rete.

La ricchezza dei temi di cui l'Associazione nazionale dei Governatori si occupa ormai da decenni emerge anche dall'organizzazione interna, predisposta per fornire posizioni ufficiali in modo continuativo, su tutte le principali questioni nazionali.

L'associazione[286] opera infatti tramite quattro commissioni permanenti competenti su temi che vanno dall'istruzione allo sviluppo

---

[283] Vedi G.E. Brooks, *When Governors Convene: The Governors' Conference and National Politics*, cit., p. 22, il quale si sofferma sull'evoluzione del ruolo della Conferenza e sulle varie tematiche affrontate da questa prima e dopo il *New Deal*: cfr. pp. 30 ss., 53 ss., 109 ss.

[284] Le posizioni ufficiali dell'Associazione sulle varie tematiche, le c.d. *policy positions*, sono pubblicate nel citato sito dell'organizzazione, nel settore dedicato alle *Federal Relations*.

[285] Vedi G.E. Brooks, *When Governors Convene: The Governors' Conference and National Politics*, cit., p. 77 ss.

[286] Sul funzionamento interno dell'Associazione dei Governatori, oltre al sito dell'associazione stessa vedi diffusamente J. Nugent, *Safeguarding Federalism: How State Governments Protect their Interests in the National Policy-Making Process*, University of Oklahoma Press, Norman (Ok), 2009.

economico[287], più una commissione esecutiva, autorizzata ad adottare a maggioranza di due terzi linee di indirizzo per conto dell'associazione nel lasso di tempo che trascorre tra un incontro e l'altro del *plenum*[288].

Ogni governatore appartiene a una delle commissioni permanenti e da queste vengono predisposte le linee di indirizzo approvate poi in via definitiva dall'assemblea; il momento principale si svolge tuttavia proprio in commissione, dove le linee di indirizzo devono essere approvate con la maggioranza assoluta: quando ciò avviene la proposta è di fatto sempre accettata dal *plenum*, che fino ad ora ha accolto le indicazioni delle commissioni con decisioni praticamente unanimi[289].

Insieme alla divisione in commissioni, l'organizzazione interna dell'associazione prevede anche che si individuino *lead governors*, "governatori guida", che si specializzano su un singolo tema, al fine di porsi quali interlocutori qualificati nelle eventuali audizioni davanti alle commissioni del Congresso. Ad ogni tema comunque si dedica un gruppo di governatori, all'interno del quale sono rappresentati tutti i partiti, così da costituire un'interlocuzione non solo qualificata, ma anche politicamente trasversale.

A differenza della sua attività interna, che segue come abbiamo visto procedure rigorose, l'attività esterna dell'associazione è invece fortemente informale, essendo priva di rapporti stabili con i rappresentanti del livello federale[290]. Anche gli incontri tra i governatori

---

[287] Le quattro commissioni si occupano rispettivamente di: Istruzione, Infanzia e Lavoro (*Education, Early Childhood and Workforce*); Sviluppo economico e Commercio (*Economic Development and Commerce*); Salute e Servizi sociali (*Health and Human Services*); Risorse naturali (*Natural Resources*).

[288] Gli incontri della Conferenza sono semestrali; dal 1966 infatti si svolgono di norma due incontri plenari: oltre all'*annual meeting*, che si svolge in estate, nei mesi invernali ha luogo un altro incontro definito appunto *winter meeting*. Per l'elenco degli incontri plenari svolti a partire dal 1908 e le trascrizioni dei relativi lavori vedi la voce *NGA Meeting Summaries* all'interno del citato sito dell'Associazione nazionale dei Governatori.

[289] La maggioranza richiesta tuttavia, fin dal 1954, è quella di due terzi dei presenti: G.E. Brooks, *When Governors Convene: The Governors' Conference and National Politics*, cit., p. 45.

[290] Diverso è il caso in cui sia una legge della stessa federazione, per sollecitare forme di cooperazione, a prevedere gruppi di lavoro o commissioni che coinvolgano rappresentanti dei livelli territoriali o comunque membri da questi nominati. In questi casi è la stessa legge nazionale a prevedere poteri di nomina in capo

e il Presidente, che all'inizio avvenivano senza alcuna regolarità e adesso si svolgono almeno una volta all'anno, non hanno luogo in virtù di una partecipazione istituzionale del capo dell'esecutivo nazionale alle sessioni dell'associazione, ma sulla base di inviti reciproci ad incontrarsi che le due parti si scambiano di volta in volta[291].

Altrettanto informali sono poi gli strumenti con i quali l'Associazione dei Governatori riesce a influenzare il processo politico nazionale: a parte i casi nei quali si verifica una sorta di negoziazione del provvedimento perché è la stessa Presidenza a cercare un accordo con gli esecutivi statali[292], o i casi in cui i governatori sono convocati per audizioni davanti alle commissioni congressuali, lo strumento fondamentale con il quale l'Associazione dei Governatori riesce a influenzare il processo politico nazionale è l'attività di *lobbying*[293].

Questa viene svolta sia attraverso lobbisti assunti dall'associazione[294], sia, soprattutto, attraverso i singoli governatori. Questi

---

all'Associazione nazionale dei Governatori, nonché, spesso, in capo alle varie associazioni rappresentative degli enti locali. Si veda ad esempio il gruppo di lavoro previsto dalla normativa federale sul trasporto di materiale pericoloso all'interno del territorio nazionale, che include rappresentanti della *National Governors' Association*, della *National Association of Counties*, della *National League of Cities*, della *United States Conference of Mayors* e della *National Conference of State Legislatures* (49 USC sez. 5119).

[291] Sul carattere saltuario dei primi incontri tra Presidente e governatori vedi G.E. Brooks, *When Governors Convene: The Governors' Conference and National Politics*, cit., p. 89. Sulla prassi più recente, che mostra come il Presidente sia solito invitare i governatori alla Casa Bianca durante lo svolgimento del *meeting* autunnale dell'associazione, vedi la raccolta dei testi presidenziali che documenta per intero l'attività del capo dell'esecutivo, nel sito del *Government Printing Office*, all'indirizzo http://www.gpoaccess.gov/nara/index.html.

[292] Per alcuni esempi di negoziazione diretta tra la Presidenza e l'Associazione dei Governatori vedi B.D. McDowell, *Advisory Commission on Intergovernmental Relations in 1996: The end of an era*, cit., 125.

[293] Sulle varie modalità tramite cui l'Associazione dei Governatori esercita la sua attività di *lobbying* vedi J. Nugent, *Safeguarding Federalism: How State Governments Protect their Interests in the National Policy-Making Process*, cit., p. 126 ss.

[294] Si consideri che l'attività di *lobbying* presso il Congresso è negli Stati Uniti regolata fin dal 1995 attraverso un registro contente l'elenco dei lobbisti che vi operano: sul punto vedi C. McGrath, *Lobbying in Washington, London and Brussels: the persuasive communication of political issues*, The Edwin Mellen Press, Lewinston, 2005, nonché il dossier del Servizio Biblioteca Camera dei Deputati, *Il lobbying parlamentare*, Materiale di Legislazione comparata, n. 111, 28, 2005.

hanno infatti nella maggior parte dei casi uffici a Washington, il cui personale collabora con i lobbisti dell'associazione in maniera sistematica, al punto da effettuare riunioni organizzative all'inizio di ogni settimana di lavoro parlamentare[295]. A tali riunioni vengono spesso invitati funzionari e membri dello staff del Congresso, sia per esporre le linee di indirizzo dei governatori sia per rispondere ad eventuali domande.

Lo strumento più incisivo è però, probabilmente, l'attività diretta dei singoli governatori, che contattano i parlamentari[296] provenienti dal loro stato: la loro posizione di leader eletti direttamente dalla cittadinanza statale garantisce loro, infatti, la massima attenzione da parte dei parlamentari stessi che, a loro volta, come evidente, hanno un elevato interesse politico a mantenere forti rapporti con il territorio nel quale sono stati eletti[297].

Tramite l'Associazione dei Governatori, gli stati, in definitiva, riescono spesso ad essere protagonisti della definizione di politiche nazionali. Un significativo esempio è costituito dall'approvazione della riforma del welfare nel 1996, il *Personal Responsibility and Work*

---

[295] Tali riunioni sono coordinate da colui che dirige il settore Relazioni con la Federazione dell'Associazione nazionale dei Governatori.

[296] Non stupisce che, nella letteratura dedicata all'attività di *lobbying* svolta dall'Associazione dei Governatori, non emerga un ruolo di interlocutori privilegiati in capo ai senatori, che pur dovrebbero, rispetto ai componenti della Camera bassa, essere i veri rappresentanti degli stati a Washington. Dall'approvazione del XVII emendamento, invece, che come abbiamo visto (*supra*, § 7) ha sottratto nel 1913 l'elezione dei senatori alle assemblee legislative statali affidandola alla popolazione, i componenti della seconda Camera federale rispondono non più in modo peculiare alle istituzioni statali, ma, esattamente come i membri della Camera dei Rappresentanti, all'elettorato del loro collegio: vedi L. Kramer, *Understanding Federalism*, in «Vand. L. Rev.», 1994, XLVII, p. 1510. Sono i componenti della Camera dei Rappresentanti peraltro, secondo alcuni osservatori, che rappresenterebbero le istanze delle piccole comunità, poiché provengono prevalentemente da distretti rurali. I senatori invece, rappresentando elettoralmente interi stati, finiscono per essere più attenti alle esigenze dei popolosi agglomerati urbani: così M.A. Krasner, S.G. Chabersky, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America. Profili istituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 116.

[297] Il desiderio di rispondere adeguatamente alle esigenze dei residenti del collegio nel quale si è stati eletti e la promessa di un futuro supporto elettorale sono, secondo alcuni autori, gli incentivi principali perché un *congressman* si attivi per perorare le istanze locali: vedi L. Kramer, *Understanding Federalism*, cit., p. 1553.

Opportunity Reconciliation Act[298]. In quell'occasione il progetto votato dal Congresso è stato infatti fortemente influenzato dalla proposta proveniente dall'Associazione dei Governatori. Quest'ultima è riuscita a far pesare le proprie proposte, secondo gli osservatori, poiché ha presentato ciò che le Camere non erano riuscite a produrre: una proposta *bipartisan.* Solo una soluzione politicamente condivisa avrebbe potuto infatti essere votata da un Congresso a maggioranza repubblicana e non ostacolata, tramite veto, dal Presidente che era, in quella fase, democratico[299].

L'influenza dell'Associazione dei Governatori sull'iter legislativo è ricordata finanche in una decisione della Corte suprema, seppur in un'opinione dissenziente: nel caso *New York vs. United States*[300], in cui un provvedimento federale viene in parte dichiarato incostituzionale per violazione del X emendamento, il giudice White[301], dissentendo, sottolinea come la disciplina oggetto di giudizio sia stato il frutto di confronti continui tra l'Associazione dei Governatori e il Congresso. Il giudice, in particolare, sostiene che il provvedimento in questione, costituito da un piano nazionale per lo smaltimento dei rifiuti tossici, non rappresenterebbe una forma di incostituzionale coercizione federale[302], proprio perché nella sua elaborazione i vertici degli esecutivi statali hanno avuto un ruolo centrale.

L'influenza dell'Associazione dei Governatori sul procedimento legislativo nazionale è ormai in effetti, secondo certa dottrina[303], elemento essenziale nella definizione delle competenze tra i vari li-

---

[298] 110 Stat. 2105. In tema vedi *infra*, § 10.

[299] Si trattava, come noto, di Bill Clinton. Dopo una prima fase di divisione tra governatori democratici e repubblicani all'interno dell'Associazione e un'interlocuzione privilegiata dei secondi con il Congresso, che era appunto a maggioranza conservatrice, il Presidente dell'Associazione dei Governatori convinse questi ultimi a superare le divisioni politiche cercando una soluzione di sintesi che il *plenum* dell'associazione puntualmente votò nel *meeting* del 6 febbraio 1996: sulla vicenda vedi J. Nugent, *Safeguarding Federalism: How State Governments Protect their Interests in the National Policy-Making Process*, cit., p. 146 ss.

[300] 505 U.S. 144 (1992).

[301] Vedi *New York vs. United States*, cit., p. 188 ss.

[302] Vedi *infra*, cap. III, § 8.

[303] È questa la tesi centrale del testo di J. Nugent, *Safeguarding Federalism: How State Governments Protect their Interests in the National Policy-Making Process*, cit.

velli; gli stessi autori, tuttavia, riconoscono i limiti di tale strumento di rappresentanza degli interessi statali: il procedimento legislativo del Congresso statunitense non è aperto infatti solo alle pressioni degli enti territoriali, ma a quelle di svariati gruppi di interesse, le cui esigenze, spesso puramente economiche, possono essere in conflitto con quelle degli stati e, eventualmente, su queste anche prevalere[304].

11. *Gli anni Sessanta, una stagione di unificazione per i diritti civili: il* Civil Rights Act *(rinvio) e l'*incorporation *del* Bill of Rights

Gli anni Sessanta del Novecento furono caratterizzati, nell'esperienza statunitense, da forti spinte centripete dovute alla tutela, ad opera della federazione, di nuove istanze unitarie legate alla tutela dei diritti fondamentali: diversi furono ad esempio gli interventi a favore dei diritti sociali[305]. Tali anni, tuttavia, furono soprattutto una stagione storica per i diritti civili. Ha luogo infatti in questi anni la *Civil Rights Revolution*, con la quale il Presidente Kennedy e il legislativo federale raccolsero l'invito di Martin Luther King, che incitava il governo centrale a difendere i diritti civili della popolazione di colore, dichiarando la necessità di un intervento nazionale per superare le resistenze degli stati del sud[306].

Il Congresso federale interviene così con due provvedimenti storici, il *Civil Rights Act*[307] e il *Voting Rights Act*[308], per garantire, dopo secoli di segregazione, i diritti civili e politici degli afroamericani. Ed è per l'adozione del primo di questi provvedimenti che, come vedremo[309], il Congresso, sostenuto dalla Corte suprema, adotterà una delle letture più estensive del potere sul commercio.

Mentre il legislativo federale contrastava la segregazione raz-

---

304 Note, *The lesson of Lopez: The political dynamics of federalism's political safeguards*, in «Harv. L. Rev.», 2005, CXIX, p. 622.

305 Per alcuni riferimenti vedi *infra*, § 12.

306 Vedi M.L. King, *Stride toward freedom*, 1958, Harper, New York, p. 198.

307 78 Stat. 241 (1964).

308 79 Stat. 437 (1965).

309 Si rinvia a cap. II, § 5b. Sul *Voting Rights Act* vedi invece ampiamente C. Casonato, *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese*, Università degli studi di Trento, Trento, 1998, p. 216 ss.

ziale, conquistando spazio nelle competenze statali, anche la Corte suprema limitava l'autodeterminazione statale, imponendo agli stati il rispetto degli standard federali di tutela dei diritti, tramite l'obbligo di rispettare il *Bill of Rights*. Tale risultato fu ottenuto dalla Corte presieduta dal giudice Warren[310] tramite una più compiuta *incorporation*, «incorporazione» dello stesso *Bill of Rights* nella clausola del *due process* prevista dalla prima sezione del XIV emendamento.

In base agli *Slaughter House cases*, come abbiamo visto[311], era infatti escluso che il catalogo costituzionale dei diritti fosse richiamato dalla *privilege clause* del XIV emendamento, secondo la quale nessuno stato può porre in essere leggi che disconoscano *i privilegi e le garanzie* dei cittadini statunitensi. Non restava quindi che considerare il *Bill of Rights* richiamato da un'altra parte del XIV emendamento, quella in base alla quale «nessuno stato priverà alcuna persona della vita, della libertà o delle sue proprietà, senza *due process of law*».

Il *due process*, come noto, appresta nella dottrina costituzionale americana, due tipi di protezioni: il *procedural due process*, relativo alle procedure che i poteri pubblici devono seguire per privare qualcuno della vita, della proprietà, della libertà, e il *substantive due process*, in base al quale il governo deve avere adeguate ragioni per privare qualcuno della vita, della proprietà, della libertà. Il primo aspetto riguarda le garanzie procedurali che devono essere rispettate per limitare i diritti dei cittadini, mentre il secondo richiede sufficienti giustificazioni per limitarli[312].

Il primo caso in cui la Corte discute chiaramente del fenomeno dell'«incorporazione» è la decisione *Twining vs. New Jersey*[313] del 1908, nella quale si interroga sull'applicabilità allo stato del New Jersey del V emendamento, nella parte in cui riconosce il diritto, in un procedimento penale, a non deporre contro se stessi. La Corte afferma chiaramente che: «alcuni dei diritti individuali, tutelati dai primi otto emendamenti contro eventuali abusi nazionali, possono

---

[310] Sulle caratteristiche essenziali della giurisprudenza della Corte Warren cfr. M.J. Horwitz, *The Warren Court and the pursuit of justice*, in «Wash. & Lee L. Rev.», 1993, L, p. 5 ss.

[311] Vedi *supra*, § 5b.

[312] Sul punto vedi E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 451.

[313] 211 U.S. 78 (1908).

essere tutelati anche contro azioni statali, in quanto la negazione di essi comporterebbe la negazione del *due process of law*. Se ciò accade non è perché tali diritti siano enumerati nei primi otto emendamenti, ma perché sono di tal natura da essere inclusi nel concetto del *due process*»[314]. Essi, conclude la Corte, sono pertanto da ritenersi inclusi quando costituiscano un «fondamentale principio di libertà e giustizia, che inerisce all'idea stessa di un governo libero, e un diritto inalienabile dei cittadini di questo governo»[315].

La Corte suprema, nonostante neghi nel caso di specie l'applicazione del V emendamento agli stati, ritenendo che il diritto a non deporre contro se stessi «non sia fondamentale nel *due process*, né parte essenziale di esso»[316], con il caso *Twining* riapre la sopita[317] questione della nazionalizzazione del *Bill of Rights*, aprendo la porta alle decisioni che, di lì a pochi anni, di fatto la realizzeranno.

Nel 1925, nel caso *Gitlow*[318], la Corte, pur respingendo la questione di illegittimità costituzionale, ammette chiaramente che il diritto alla libertà di parola riconosciuto dal I emendamento si applica anche agli stati attraverso la *due process clause* del XIV emendamento e, due anni dopo, nel caso *Fiske vs. Kansas*[319], per la prima volta ritiene incostituzionale una legge statale in quanto limita indebitamente la libertà di parola e vìola di conseguenza il principio del *due process of law.*

Ma, come accennato, è nel corso degli anni Sessanta, durante la presidenza del giudice Warren, che la dottrina dell'incorporazio-

---

[314] *Twining vs. New Jersey*, cit., p. 99.

[315] *Ivi*, p. 106.

[316] *Ivi*, p. 110.

[317] La questione dell'applicabilità del *Bill of Rights* agli stati, dopo la sentenza *Slaughter House*, era infatti scomparsa dalle decisioni della Corte suprema, con la sola eccezione di alcune *dissenting opinions* del giudice Harlan. Vedi i casi *Hurtado vs. California* (110 U.S. 516, 1884) e *Maxwell vs. Dow* (176 U.S. 581, 1900). Nel primo in particolare il giudice afferma che «vi sono principi di libertà e giustizia che sono il fondamento delle nostre istituzioni civili e politiche che nessuno stato può violare in base al *due process of law* richiesto dal XIV emendamento nei procedimenti che coinvolgano la vita, la libertà, la proprietà»: cfr. p. 546.

[318] Vedi *Gitlow vs. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

[319] 274 U.S. 380 (1927). Nella decisione viene dichiarata incostituzionale una legge del Kansas che limitava in modo particolarmente stringente la propaganda politica.

ne riceve una vastissima applicazione; al termine del decennio sono infatti "incorporati" il diritto all'indennizzo nel caso di espropriazione, la libertà di parola, di stampa, di religione, la libertà personale, la libertà dall'autoincriminazione[320]: era stato pienamente realizzato il progetto del giudice Warren il quale aveva previsto che il *Bill of Rights*, dopo la sua presidenza, «non avrebbe avuto lo stesso significato che aveva al momento in cui lo ricevettero dai loro padri»[321].

Un punto nodale, ed in parte ancora irrisolto, della dottrina dell'*incorporation* è il *quantum* della stessa incorporazione del *Bill of Rights* nella clausola del *due process*, ossia in che misura il catalogo dei diritti sia richiamato dal XIV emendamento: esso è vincolante per gli stati in ogni sua parte, oppure solo alcune delle garanzie da esso tutelate sono sufficientemente fondamentali da richiederne l'applicazione anche ai governi subfederali? Proprio quest'ultima posizione, quella dell'incorporazione selettiva[322], è quella prevalente nelle decisioni della Corte suprema sin dal caso *Palko*[323] del 1937; in quell'occasione il giudice Cardozo, scrivendo l'opinione di maggioranza, escluse esplicitamente la fondatezza del principio in base al quale «qualunque comportamento che integra una violazione dell'originario *Bill of Rights* se tenuto dal governo federale, è ora parimenti un comportamento illegittimo se tenuto da uno stato, in forza del XIV emendamento»[324]. Al contrario, tale disposizione costituzionale protegge nei confronti degli stati solo quei diritti che siano «così fondamentali alla protezione della giustizia e della libertà che non può essere garantito il *due process of law* senza essi»[325].

Come è stato notato[326], tale approccio, che affida alla Corte l'individuazione «dei principi fondamentali di libertà e giustizia che sono

---

[320] È la stessa Corte a riassumere le proprie decisioni, indicando tutti i diritti incorporati nel corso degli anni attraverso il *due process*, nella decisione *Duncan vs. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

[321] La citazione è riportata da B. Schwartz, *The great rights of mankind. A history of American Bill of Rights*, cit., p. 218.

[322] Su tale interpretazione *ivi*, p. 214 ss.

[323] *Palko vs. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

[324] Vedi *Palko vs. Connecticut*, cit., p. 323.

[325] Vedi *Duncan vs. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968), p. 174.

[326] Così il giudice Hugo L. Black nella sua *dissenting opinion* nel caso *Adamson vs. California*, 332 U.S. 46 (1947), p. 69.

alla base delle istituzioni civili e politiche»[327], sembra quasi riscoprire il diritto naturale, rendendone depositaria la stessa Corte, libera di dilatare o restringere i confini della tutela federale dei diritti.

Proprio l'eccessiva discrezionalità lasciata alla Corte suprema è tra gli argomenti di coloro che invece sostengono la totale incorporazione del *Bill of Rights*. Il maggior fautore di tale teoria è il giudice Black, il quale stilando un'opinione concorrente nel 1968[328], sostiene chiaramente che il XIV emendamento incorpora l'intero *Bill of Rights*, garantendo i diritti in esso contenuto anche contro eventuali abusi statali, in quanto ciò costituisce il minimo di equità in un sistema democratico. Punto essenziale di tale ricostruzione è, come si accennava, il rifiuto dell'uso da parte del potere giudiziario di una sorta di diritto naturale, per individuare le libertà meritevoli di tutela non solo nei confronti del governo federale, ma anche di quelli statali[329]: l'incorporazione, conseguentemente, deve essere non solo estesa ma anche rigorosamente circoscritta alle garanzie specificamente elencate nei primi otto emendamenti, così da evitare tanto limitazioni quanto ampliamenti di tutela affidati ad estemporanee discrezionalità della Corte suprema[330].

---

[327] Così la stessa Corte suprema identifica il criterio in base al quale essa seleziona i diritti meritevoli di essere "incorporati": vedi *Powell vs. State of Alabama*, 287 U.S. 45 (1932), p. 67.

[328] Vedi *Duncan vs. Louisiana*, cit., p. 162 ss.

[329] «Io sostengo che la formula della legge naturale che la Corte usa per raggiungere le sue conclusioni in questo debba essere abbandonata come un'incongrua escrescenza sulla nostra Costituzione»: vedi del giudice Black la *dissenting opinion* in *Adamson vs. California*, cit., p. 75.

[330] Assegnano invece un ruolo determinante al giudice altre due posizioni dottrinali sull'incorporazione: la regola del "caso per caso" e la c.d. "incorporazione totale allargata" (su entrambe vedi H.J. Abraham, B.A. Perry, *Freedom and the Court. Civil rights and liberties in the United States*, Oxford University Press, New York, 1998, p. 84 ss.). In base alla prima, la *case by case rule*, occorre esaminare in ogni singolo caso la presunta violazione del *due process of law*, verificando se la legge statale viola un principio legato a tale garanzia costituzionale (la dottrina individua questo approccio nelle decisioni *Adamson vs. California*, cit., e *Rochin vs. California*, 342 U.S. 165, 1952). In realtà per i fautori di tale teoria l'eventuale decisione di illegittimità costituzionale dovrebbe avvenire senza alcun riferimento all'incorporazione del *Bill of Rights* o ad uno degli emendamenti che lo compongono, ma unicamente riferendosi alla clausola del *due process* contenuta nel XIV emendamento, "riempita" di significato normativo dalla Corte stessa. In base alla seconda ricostruzione, la teoria della *total incorporation plus*, mai accolta dal-

Nonostante, come già sottolineato, sia la teoria dell'incorporazione selettiva ad essere prevalsa, durante la presidenza Warren, in realtà, i fautori dell'incorporazione totale hanno visto di fatto concretizzarsi il loro obiettivo: tranne alcune eccezioni[331], la totalità delle libertà che la Costituzione impone di rispettare alla federazione si è trasformata, infatti, in limite per l'operato di tutti i governi statali, creando di fatto

---

la Corte in un'opinione di maggioranza, le garanzie riconosciute nel *Bill of Rights* potrebbero non essere sufficienti a garantire adeguatamente il *due process*, così da rendere necessaria l'applicazione agli stati anche di garanzie non previste nel catalogo costituzionale dei diritti. Tale ricostruzione è stata esposta per la prima volta compiutamente dai giudici Murphy e Rutledge, nella loro opinione dissenziente nel caso *Adamson*, nel corso della quale affermarono che, pur concordando sul fatto che il *Bill of Rights* debba ritenersi incorporato nella prima sezione del XIV emendamento, non è possibile affermare che l'incorporazione «sia interamente e necessariamente limitata al *Bill of Rights*. Possono infatti sorgere occasioni in cui un procedimento si conforma così poco agli standard procedurali fondamentali da giustificare un'invalidazione costituzionale per violazione del *due process*, pur in assenza di previsioni specifiche nel *Bill of Rights*» (cfr. *Adamson vs. California*, 332 U.S. 46, 1947, p. 124). Nonostante le soluzioni dottrinali appena ricordate (sia nel testo sia in nota) siano le principali e quelle che in qualche misura hanno avuto riscontro in opinioni della Corte suprema, la questione dell'*incorporation* è ancora ampiamente dibattuta in dottrina; fra le proposte più note e discusse vi è quella del Professor Amar, sostenitore della c.d. *refined incorporation*, "incorporazione perfezionata", in base alla quale la *due process clause* dovrebbe considerarsi comprensiva anche di diritti non tutelati nel *Bill of Rights* ma altrove garantiti in Costituzione, come l'*habeas corpus*, così come comprensiva di libertà non testualmente riconosciute. Sarebbe da escludere invece secondo Amar, dal *due process*, l'*establishment clause* del I emendamento in base alla quale «il Congresso non può porre in essere leggi per il riconoscimento ufficiale di una religione o per proibirne il libero culto»: vedi A.R. Amar, *The Bill of Rights as a constitution*, in «Yale L.J.», 1991, C, p. 1131 ss.; Id., *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, in «Yale L.J.», 1992, CI, p. 1193 ss.; Id., *The Bill of Rights: creation and reconstruction*, Yale University Press, New Haven, 1998 e, per un'analisi della *refined incorporation*, vedi K.T. Lash, *Commentary on Akhil Reed Amar's the Bill of Rights: Creation and Reconstruction two movements of a constitutional symphony*, cit., p. 485 ss.

[331] Cinque previsioni del *Bill of Rights* sono attualmente escluse dall'*incorporation*: il diritto di possedere armi (II emendamento), il diritto a non avere in tempo di pace acquartierati soldati in una casa privata (III emendamento), il diritto ad una grande giuria nei processi penali (V emendamento), il diritto al giudizio di una giuria nei casi civili (VII emendamento), il diritto a non vedersi richieste cauzioni eccessivamente onerose (VIII emendamento). Per quanto concerne il diritto di possedere armi tuttavia la Corte suprema il 30 settembre del 2009 (decisione n. 08-1521) ha accettato di esaminare il caso *McDonald vs. Chicago* nel quale la questione è appunto se il II emendamento vincoli o meno gli stati. Per un primo commento sulla questione vedi M.C. Dorf, *Does the Second amendment bind the states?*, in «Findlaw» (6 ottobre 2009), http://writ.news.findlaw.com/dorf/20091007.html.

un catalogo uniforme di diritti federali, garantiti a tutti i cittadini statunitensi indipendentemente dallo stato di provenienza[332].

L'idea di un bagaglio di diritti competenti ad ogni cittadino nei confronti di ogni livello di governo è accentuata dal fatto che, seguendo le idee del giudice Warren, convinto che il *Bill of Rights* dovesse essere interpretato e applicato in modo uniforme su tutto il territorio federale, la Corte suprema, nell'applicarlo agli stati, lo ha fatto assegnando ad ogni sua disposizione il medesimo significato assegnatogli nei confronti del governo nazionale. Fin dai primi casi di *incorporation*, infatti, era sorta la questione se il *Bill of Rights* dovesse essere applicato agli stati con un contenuto identico a quello fatto valere nei confronti della federazione, oppure se la Corte

[332] Da segnalare, in controtendenza, è il c.d. *new judicial federalism*, che valorizza un'autonoma interpretazione delle costituzioni statali ad opera delle corti supreme dei singoli stati, per garantire diritti non tutelati a livello federale. Il *new judicial federalism* contesta l'opportunità di una lettura uniforme dei diritti assegnata alla Corte suprema, sostenendo invece la necessità di letture ermeneutiche differenti ad opera delle corti supreme statali. In base a tale dottrina tali corti potrebbero e dovrebbero discostarsi dalle interpretazioni della Corte suprema federale, per fornire letture diverse dei diritti sanciti dai *Bill of Rights* degli stati e riconoscere a tali diritti tutele maggiori degli standard fissati dal giudiziario federale. Tale teoria, formulata per la prima volta dal giudice Brennan nel 1977, prende spunto da una reale tendenza delineatasi proprio in quegli anni nella giurisprudenza delle corti supreme statali: in risposta, infatti, ai nuovi orientamenti restrittivi in materia di diritti che emergevano nella Corte suprema presieduta dal giudice Burger, tali corti hanno in vari casi interpretato le previsioni dei *Bill of Rights* statali in senso più ampio di quanto facesse la Corte suprema con la corrispondente disposizione federale, anche qualora il dettato dei due *Bill of rights* relativo al diritto considerato fosse identico. Non si è mai affermato infatti, se non periodicamente e in via di fatto, nella dottrina e nella giurisprudenza statunitensi, il principio secondo cui le corti statali devono adeguarsi alle interpretazioni fornite dalla Corte suprema. Punto fondamentale del *judicial federalism* propugnato da Brennan è, peraltro, la possibilità per le corti statali di derogare solo *in melius* ai parametri federali, distaccandosi dalle interpretazioni della Corte di Washington solo qualora questo implichi una maggiore tutela, secondo il principio del *favor libertatis.* Vedi di W.J. Brennan l'articolo nel quale propose per la prima volta la sua teoria: *State constitutions and the protection of individual rights*, in «Harv. L. Rev », 1977, XC, p. 489 ss. e, dello stesso autore, *The Bill of Rights and the states: the revival of state constitutions as guardians of individual rights*, in «N.Y.U. L. Rev.», 1986, LXI, p. 535 ss. Sull'attuale affermarsi di tale teoria nella giurisprudenza delle corti supreme statali vedi R.E. Fugate, *The Florida Constitution: still champion of citizens'rights?*, in «Fla.St.U. L.Rev.», 1997, XXV, p. 87 ss. Il tema è poi organicamente trattato da M. Comba, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 1996.

dovesse utilizzare per gli stati categorie ermeneutiche differenti. I supremi giudici, pur evitando di prendere esplicitamente posizione a riguardo, hanno di fatto optato per un'interpretazione unica delle disposizioni del *Bill of Rights*, indipendentemente dal livello di governo nei confronti del quale è fatto valere[333].

L'idea sottesa agli *Slaughter House Cases*[334] della coesistenza di due cittadinanze, una federale ed una statale, dove la prima comportava la sola libertà dalla schiavitù e solo la seconda portava con sè la generalità dei diritti civili, è definitivamente superata; la cittadinanza federale contiene ormai la quasi totalità dei diritti costituzionali, legittimando «una politica nazionale di tutela dei diritti fondamentali»[335]. Come è intuibile infatti, l'incorporazione del *Bill of Rights* non solo permetteva alla Corte suprema di cassare le leggi statali che non lo rispettassero ma, parallelamente, concedeva al Congresso il potere di porre in essere, in base all'ultima sezione del XIV emendamento, la legislazione opportuna per correggere gli interventi legislativi statali che violassero qualunque diritto garantito nel *Bill of Rights.* Non si dimentichi[336] che tale potere correttivo nei confronti della legislazione statale, ribadito dalla Corte suprema nei *Civil Rights Cases*, era tuttavia concesso in precedenza al Congresso solo per i provvedimenti degli stati che violassero sostanzialmente il divieto di schiavitù, che dava come abbiamo visto contenuto alla cittadinanza federale. Nel momento però in cui quest'ultima si arricchisce di contenuto, includendo quasi tutti i diritti sanciti nel *Bill of Rights*, anche il correlato potere legislativo del Congresso in materia di diritti risulta notevolmente ampliato[337].

---

[333] Sulla questione vedi E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 400 ss. Nel caso *Malloy vs. Hogan* (378 U.S. 1, 1964) la Corte afferma con una certa chiarezza che «le garanzie del I emendamento, il divieto di perquisizioni e sequestri ingiustificati del IV, ed il diritto alla difesa garantito dal VI devono essere fatti valere nei confronti degli stati attraverso il XIV emendamento, in base agli stessi standard che proteggono quei diritti individuali contro violazioni federali»: *ivi*, p. 10.

[334] Su cui vedi *supra*, § 5.

[335] Note, *Membership has its privileges and immunities: congressional power to define and enforce the rights of national citizenship*, cit., p. 1943.

[336] Vedi ancora *supra*, § 5.

[337] Nel 1997 la Corte suprema ha specificato ulteriormente la natura dei poteri derivanti al Congresso dalla quinta sezione del XIV emendamento. Nella decisione *City of Boerne vs. Flores* (521 U.S. 507, 1997), infatti, la Corte suprema

ha, per la prima volta dopo decenni, ritenuto una legge federale, il *Religious Freedom Restoration Act* del 1993 (107 Stat. 1488), esercizio illegittimo del potere riconosciuto dalla V sezione del XIV emendamento. In tale decisione la Corte, allontanandosi dai suoi precedenti orientamenti (*Katzenbach vs. Morgan*, 384 U.S. 641, 1966), sostiene che la competenza derivante al Congresso da tale norma non gli conferirebbe la possibilità di garantire un surplus di tutela rispetto all'interpretazione di un diritto fornita dalla Corte stessa, ma unicamente la possibilità di tutelare per via legislativa, contro discipline restrittive degli stati, i diritti come definiti dal potere giudiziario. Eventuali tutele ulteriori restano nella competenza degli stati. Nel caso di specie la Corte invalida il *Religious Freedom Restoration Act* in quanto tutela la libertà di culto, superando la criminalizzazione, sostenuta in alcune leggi statali, dell'uso di droghe nell'esercizio dell'attività religiosa. La criminalizzazione dell'uso di droghe nell'esercizio di culti religiosi era invece stata considerata dalla Corte suprema compatibile con la libertà religiosa tutelata dal primo emendamento della Costituzione statunitense nella decisione *Employment Division vs. Smith* (494 U.S. 872, 1990). Il *Religious Freedom Restoration Act*, in realtà, viene approvato dal Congresso federale nel 1993 appositamente per superare quanto stabilito dalla Corte suprema in quest'ultima sentenza. In essa veniva sostenuta la legittimità di una disciplina statale che negava benefici economici alle confessioni che utilizzavano droghe, includendo tra queste il *peyote*, ampiamente utilizzato dalla Chiesa Nativa Americana. Quest'ultima aveva impugnato la legge statale davanti alla Corte suprema per violazione della libertà religiosa ricevendo tuttavia dalla Corte il rigetto della questione proposta. La legge federale adottata dopo questa sentenza proibiva invece alle autorità statali ogni limitazione all'esercizio della libertà religiosa, anche se il limite derivasse da una norma generale, a meno che tale limite all'esercizio della libertà religiosa non servisse a tutelare un pressante interesse governativo e rappresentasse il mezzo meno restrittivo per tutelarlo (analizza il caso M.S. Greve, *Real federalism. Why it matters, how it could happen*, American Enterprise Institute, Washington, 1999, p. 33 ss.). La Corte suprema a sua volta, interpellata nel citato caso *City of Boerne vs. Flores* sulla costituzionalità di questa normativa federale, nega la legittimità del provvedimento, ritenendo che il Congresso abbia ecceduto le competenze riconosciutegli dalla quinta sezione del XIV emendamento. Il dato letterale di questa disposizione chiarisce che spetta al Congresso solo il potere di *enforce*, ossia di dare esecuzione ai diritti costituzionali, non quello di definirne il contenuto. In tal modo la Corte suprema aderisce alla lettura più restrittiva della disposizione, quella in base alla quale essa fornirebbe al legislativo federale unicamente *remedial powers*, ossia il potere di adottare la legislazione opportuna a rimediare a violazioni di diritti, quali definiti dalla Corte suprema, per cui «ogni azione congressuale, adottata in base alla quinta sezione, che definisca diritti costituzionali in modo difforme dalle interpretazioni giudiziarie, è vista come una usurpazione dell'esclusivo potere del giudiziario di interpretare la Costituzione» (vedi M.W. McConnell, *Institutions and interpretation: a critique of City of Boerne vs. Flores*, in «Harv. L. Rev.», 1997, CXI, p. 170). Esclusa invece è la c.d. lettura "sostanziale" dei poteri congressuali, in base alla quale il legislativo federale avrebbe il pieno potere di definire quali diritti spettano ai cittadini statunitensi in base al XIV emendamento, avendo contemporaneamente la competenza per tutelarli da violazioni statali. Come la stessa Corte ha chiarito: «il disegno dell'emendamento e il testo della quinta sezione sono incoeren-

12. *Istanze di differenziazione dopo la* Great Society: *il* New Federalism *tra razionalizzazione e neoliberismo*

Il federalismo cooperativo, cresciuto nel substrato delle esigenze unitarie del *New Deal*, si era espanso nei decenni successivi, divenendo un meccanismo ipertrofico e a tratti inefficiente.

Le tendenze centripete delineatasi nettamente durante il *New Deal* avevano subìto una nuova accelerazione durante la presidenza di Lyndon Johnson. Il progetto di una *Great Society*[338], che eliminasse la povertà e l'emarginazione, era stato il filo conduttore del *creative federalism*[339], un insieme di nuovi interventi attraverso i quali il governo centrale aveva esteso la sua azione nella gestione di tutte le attività pubbliche, anche quelle di carattere spiccatamente locale: avviamento professionale, assistenza sociale, educazione primaria e secondaria. In quegli anni veniva infatti completata la costruzione dello stato sociale americano[340]: nel 1965 vengono approvati il *Medicare*[341] e il *Medicaid*[342] che disciplinano l'assistenza sanitaria per

---

ti con l'idea che il Congresso abbia il potere di definire la sostanza delle restrizioni derivanti agli stati dal XIV emendamento. Una legislazione che alteri il significato della libertà religiosa non può dirsi attuazione della clausola. Il Congresso non dà esecuzione a un diritto costituzionale modificando ciò che il diritto è. Ad esso è stato riconosciuto il potere di evitare, non di determinare cosa costituisce una violazione costituzionale» (cfr. *City of Boerne vs. Flores*, cit., p. 519).

[338] Cfr. in tema S.M. Milkis, J.M. Mileur, *The Great Society and the high tide of liberalism*, University of Massachusetts, Amherst-Boston, 2005.

[339] Fu definito così dallo stesso Presidente Johnson nel 1964, in un discorso tenuto il 22 maggio presso l'Università del Michigan: vedi L. Johnson, *Remarks at the University of Michigan*, in *Public Papers of the Presidents: Lyndon B. Johnson 1963-1964*, I, Office of the Federal Register, p. 706. Tale fase, come sottolinea la dottrina (vedi D. Walker, *Toward a functioning federalism*, Winthrop, Cambridge, 1981, p. 101) non ha un'autonomia dogmatico-teorica rispetto al modello della cooperazione avviata negli anni Trenta: Carl Friedrich, sottolineando questo aspetto, sostiene che il termine *federalismo creativo* usato dallo stesso Johnson è inadatto a definire tale nuova fase, durante la quale viene semplicemente *esteso* l'utilizzo di modelli precedentemente adottati; così che l'autore propone quale definizione più adatta proprio quella di *extensive federalism*: C.J. Friedrich, *Trends of federalism in theory and practice*, cit., p. 28, nota 19.

[340] Sull'argomento vedi ampiamente G. Amato, *Democrazia e redistribuzione. Un sondaggio nel welfare statunitense*, Il Mulino, Bologna, 1983.

[341] *Health Insurance for the Aged Act*, 79 Stat. 286.

[342] *Grants to States for Medical Assistance Programs Act*, 79 Stat. 343. Il *Medicare* e il *Medicaid* sono in realtà, rispettivamente, i titoli XVIII e XIX della legge

pensionati e fasce più deboli della popolazione; nello stesso anno l'*Housing Act*[343] introduce il concorso federale al pagamento del canone di locazione per le famiglie indigenti e l'*Elementary and Secondary Education Act*[344] stanzia nuovi finanziamenti per l'istruzione primaria e secondaria.

Il federalismo creativo accentua ed esaspera il ruolo egemone del governo federale come mai era avvenuto in precedenza: tra il 1960 e il 1968 il numero dei *federal grants* viene triplicato; la dipendenza finanziaria degli stati da Washington aumenta del trentacinque per cento; gli stati cominciano ad essere addirittura esclusi dalla gestione dei fondi, essendo la maggior parte degli interventi realizzata attraverso *grants in aid* assegnati direttamente ai governi locali[345].

Comincia ad essere stravolto, così, il senso stesso del federalismo cooperativo che ha prodotto forme di collaborazione efficaci, esaltando sia la funzione regolatrice del governo nazionale sia, parallelamente, il valore degli stati, quali amministratori più vicini alla collettività e per tale motivo più efficienti.

In una relazione del 1967, l'*Advisory Commission on Intergovernmental Relations*[346] sottolineava le disfunzioni e le inefficienze amministrative del sistema, concludendo che esse erano frutto dell'accresciuta tortuosità del meccanismo dei *grants in aid*, concessi per finalità sempre più specifiche e previo rispetto di requisiti sempre più complessi, realizzando peraltro un sistema che stava ormai *bypassando* gli stati[347]. Come sintetizzerà dopo qualche anno John Kincaid, in un celebre saggio, il federalismo cooperativo era scomparso e si era ormai trasformato in federalismo «coercitivo»[348]. Sotto

---

sulla Sicurezza Sociale, così come risulta emendata dalla legge del 30 luglio 1965 (Pub. L. 89-97).

343 79 Stat. 451.

344 79 Stat. 27.

345 Vedi T. Conlan, *From New Federalism to Devolution*, Brookings Institution Press, Washington, 1998, p. 5 ss.

346 Vedi *supra*, § 9.

347 Vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Fiscal balance in the American federal system*, A-31, 1967, p. 260.

348 Vedi J. Kincaid, *From cooperative to coercive federalism*, in «Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.», 1990, DIX, p. 139 ss. Di federalismo "cooptativo" parla invece D.B. Walker, *The rebirth of federalism: slouching toward Washington*, Cha-

accusa, quindi, era lo strumento principale del modello cooperativo, il sistema dei *conditional grants in aid*[349]. Le condizioni poste dal governo federale, infatti, sempre più dettagliate e stringenti, avevano finito con l'esautorare gli amministratori locali e statali: gli apparati da questi dipendenti ricevevano ormai istruzioni direttamente dagli uffici federali dislocati sui territori statali[350].

Alle oggettive disfunzioni organizzative, denunciate tanto dagli studiosi quanto dagli operatori, si sommarono ulteriori fattori che generarono, a partire dalla fine degli anni Sessanta, tendenze centrifughe nella società e nella politica statunitensi. La guerra in Vietnam, la crisi petrolifera e la recessione economica dei primi anni Settanta generarono sia sfiducia verso il governo centrale sia insofferenza per i prelievi fiscali che, inevitabilmente, avevano accompagnato le misure perequative della federazione. Si erano ormai create le precondizioni per una nuova metamorfosi del federalismo americano: iniziava la fase del *New Federalism*.

Sarebbe un errore però considerare in modo unitario le politiche dei Presidenti Nixon e Reagan, considerate paradigmatiche di questa nuova tendenza[351]. In comune, i "nuovi federalismi" dei due

---

tam House Publishers, Chatham (New Jersey), 1995, p. 151, per sottolineare come tutti i livelli di governo e di gruppi di interesse fossero ormai "cooptati" nel sistema nazionale a discapito dell'alterità e della dialettica cui la separazione verticale dei poteri, disegnata in Costituzione, aspirava. Sottolineando tale aspetto, Edward Rubin e Malcom Feeley, in un citatissimo articolo, disegnano invece l'assetto federale americano come un caso di «nevrosi nazionale». Degli autori vedi *Federalism: some notes on a national neurosis*, in «UCLA Law Rev.», 1994, XLI, p. 903 ss.

[349] Vedi *supra*, § 8 e *amplius* cap. IV, § 7.

[350] Sulle inefficienze del sistema dei *conditional grants* vedi *infra*, cap. IV, § 7.

[351] Già all'indomani del *New Deal* in realtà i repubblicani avevano cominciato a prospettare l'opportunità di un recupero dell'autonomia degli stati (in controtendenza peraltro con quanto tradizionalmente sostenuto da tale partito fin dalla guerra civile: vedi S. Verba, G. Orren, *Equality in America: the view from the top*, Harvard University Press, 1985, p. 128 ss.). Il primo Presidente repubblicano del dopoguerra, Dwight Eisenhower, eletto nel 1953, quando il federalismo cooperativo non aveva ancora mostrato le sue disfunzioni, nominò una commissione sulle relazioni interfederali (nota come commissione Kestnbaum, dal nome del suo presidente), con il compito di identificare le materie di cui era possibile restituire la gestione agli stati, recuperando almeno in parte lo schema della separazione di competenze. La commissione, invece, in linea con la maggior parte degli studiosi e con l'opinione pubblica, che vedevano nella cooperazione un modello ancora funzionale, concluse nel suo rapporto finale che «in una società così ricca di interdi-

Presidenti hanno le cause e il contesto, meno simili sono invece le soluzioni proposte.

Richard Nixon, in particolare, che inizia il suo mandato nel 1969, non mira ad azzerare gli interventi centrali, ma a ottimizzarli: il *New Federalism* viene considerato dal nuovo Presidente uno strumento per rafforzare il governo centrale, permettendogli di operare in modo più incisivo e con minor dispendio di risorse. Lo scopo è razionalizzare le funzioni del governo federale e, nel far ciò, recuperare quando opportuno il ruolo degli stati, preservando parallelamente l'azione del governo di Washington ogni volta che questa possa rivelarsi più efficiente[352].

Nell'ottica del perseguimento dell'efficienza, e non del decentramento fine a se stesso, Nixon progettò di potenziare l'intervento nazionale in ambiti dove questo, a suo parere, poteva realizzare migliori risultati. Emblematica a tal proposito è la legislazione ambientale che estese la *regulation* federale, limitando fortemente, in materia, l'autonomia degli stati membri[353]. Nel 1970 Nixon firma il

---

pendenze come quella attuale sono davvero molto poche le attività di governo nelle quali non entri in qualche misura l'*interesse nazionale*» e propose di conseguenza un aumento piuttosto che una riduzione delle attività federali. Fallimentare fu, parimenti, l'esito dei lavori della "Commissione operativa congiunta" che il Presidente Eisenhower formò con i governatori nel 1957, per individuare funzioni da affidare interamente agli stati: vedi J.S. Sundquist, *Il "nuovo federalismo" di Ronald Reagan*, in «Quad. cost.», 1982, p. 267 ss.

[352] Alla luce di tali premesse, non sorprende che tra gli elementi caratterizzanti il *New Federalism* nixoniano vi furono misure di c.d. *management reform*, per razionalizzare e coordinare i programmi governativi. Furono istituiti *Federal Regional Councils* per migliorare il coordinamento tra i dipartimenti e i diversi livelli di governo; fu promulgata la circolare "A 95" che prevedeva criteri di coordinamento dei diversi programmi federali a livello statale e substatale; fu infine emanato il *Joint Funding Simplification Act* (88 Stat. 1604) nel 1974 che prevedeva semplificazioni procedurali per le richieste di programmi di assistenza nazionale: vedi T. Conlan, *From New Federalism to Devolution*, cit., p. 22 ss.

[353] Parimenti significativa fu la proposta da parte di Nixon del *Family Assistance Plan*, un piano di assistenza famigliare che prevedeva, per le famiglie indigenti, un reddito minimo versato direttamente dal governo centrale. Tale progetto era stato in realtà proposto dall'economista conservatore Milton Friedman, il quale riteneva necessario sostituire l'esistente struttura del welfare con un sistema di integrazioni salariali progressive, in maniera da evitare che i cittadini rifiutassero, come accadeva, lavori a basso reddito per evitare di perdere l'accesso ai programmi di assistenza per indigenti. Nella formula proposta da Nixon il piano di assistenza, che prevedeva ulteriori fondi per anziani e disabili, avrebbe accresciuto la spesa fe-

National Environmental Policy Act[354] che istituisce un Consiglio per la tutela dell'Ambiente nell'*Executive Office* presidenziale, richiedendo il rispetto di determinati standard ambientali sia alle agenzie federali che ai beneficiari dei finanziamenti nazionali. Nello stesso anno vengono approvati gli emendamenti[355] al *Clean Air Act*, che stabiliscono gli standard nazionali di qualità dell'aria, imponendo agli stati piani di risanamento idonei a raggiungere tali parametri e regolando direttamente le emissioni degli autoveicoli. Nel 1972 viene approvato il *Federal Water Pollution Control Act*[356] e due anni dopo il *Safe Drinking Water Act*[357].

Nonostante parte della dottrina ritenga tali provvedimenti come radicalmente in contrasto con l'essenza del federalismo[358], la legislazione federale trova un diffuso sostegno in altri studiosi che sottolineano invece la necessità di un intervento centrale, ricordando come: «gli stati individualmente avevano fallito nella risoluzione dei problemi ambientali, in particolare in riferimento all'inquinamento atmosferico e idrico, che hanno ricadute negative anche sugli altri stati»[359].

Danno invece corpo alle tendenze centrifughe, insite nel nuovo federalismo, le due misure più tipiche dell'amministrazione Nixon: i *block grants* e il *revenue sharing*.

I primi consistono nella riunificazione di più programmi di finanziamenti vincolati in alcuni "blocchi" concernenti ampie aree (occupazione e formazione; sviluppo della comunità, ecc.): nell'ambito di tali erogazioni finanziarie, destinate ad ampi settori, sono gli stati a diventare arbitri della destinazione dei fondi federali. In tali programmi, inoltre, a differenza dei *conditional grants in aid*, la

derale di quattro miliardi di dollari all'anno: vedi T. Conlan, *From New Federalism to Devolution*, cit., p. 78 ss.

354 83 Stat. 852.

355 84 Stat. 1676.

356 86 Stat. 816.

357 88 Stat. 1660.

358 Vedi per tutti M. Dubnick, A. Gitelson, *Nationalizing State Policies*, in J. Hanus (a cura di), *The Nationalizing of State Government*, D.C. Heath, Lexington (Mass.), 1981, p. 56 ss.

359 J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 58.

supervisione federale è ridotta a controlli di mera legalità, accompagnati da ispezioni contabili[360].

Il 22 giugno 1972 viene invece approvato lo *State and Local Fiscal Assistance Act*[361], il c.d. *general revenue sharing*, considerato lo strumento più tipico del nuovo federalismo il quale ha infatti, tra i suoi punti cardine, proprio il decentramento delle decisioni di spesa. Tale misura[362] consiste in un programma di trasferimenti non condizionati da parte del governo federale a stati ed enti locali; trasferimenti derivanti da una ripartizione dei proventi dell'imposta federale sul reddito individuale (c.d. *Individual Income Tax*): l'obiettivo del sistema del *revenue sharing* è quello di combinare i vantaggi di un drenaggio fiscale effettuato a livello nazionale[363] con i vantaggi della discrezionalità locale sulla spesa.

I segni di una rinnovata attenzione per le tematiche del federalismo compaiono in questi anni non solo nel circuito politico, ma anche in alcune pronunce della Corte suprema[364].

Nel 1970, nella decisione *Oregon vs. Mitchell*[365], la Corte nega al legislativo federale la competenza ad abbassare l'età per l'elettorato attivo nelle elezioni statali, dichiarando invalidi gli emendamenti[366] al *Voting Rights Act* che fissavano a diciotto anni l'età per il suffragio

---

360 Vedi *infra*, cap. IV, § 8.

361 86 Stat. 919.

362 Vedi *infra*, cap. IV, § 9.

363 Vedi cap. IV, §§ 4, 5a.

364 La simmetria tra i fermenti filo-statali del sistema politico e quelli della Corte suprema è stata sicuramente favorita dalla nomina alla Corte, in quel periodo, di diversi giudici repubblicani. Tramite questi, scientemente, la presidenza aveva mirato a modificare la fisionomia del più alto organo giudiziario federale: durante la campagna presidenziale del 1968 i candidati repubblicani si erano esplicitamente impegnati a garantire una svolta conservatrice nella giurisprudenza in materia processual-penalistica, condizionando la magistratura secondo i poteri attribuiti loro dalla Costituzione. Tra il 1969 e il 1972 Richard Nixon nominava ben quattro giudici di quella Corte suprema che la stampa e l'opinione pubblica etichettarono subito come *Nixon Court* e che cominciò, forse non casualmente, ad accogliere le istanze di un *Nuovo federalismo*: vedi G.F. Ferrari, *La Corte suprema degli Stati Uniti durante la Presidenza Burger (1969-1986*), cit., p. 1898. Sui rapporti tra processo di nomina dei giudici della Corte suprema ed evoluzione del federalismo statunitense si veda se si vuole C. Bologna, Advice and consent *nell'evoluzione del federalismo americano*, in «Le istituzioni del federalismo», 2002, p. 395 ss.

365 400 U.S. 112 (1970).

366 *Voting rights Act amendments*, 84 Stat. 314.

sia nelle elezioni federali che in quelle statali[367]. Nel 1976, invece, nel caso *National League of Cities vs. Usery*[368] la Corte, come vedremo[369], sembra recuperare il portato normativo del X emendamento, riconoscendogli il valore di limite autonomo per i poteri enumerati federali.

Nel 1981 il federalismo americano appare destinato a una nuova svolta. In quell'anno viene infatti eletto alla presidenza Ronald Reagan, il quale rilancia il progetto di un "nuovo federalismo" che miri a recuperare una divisione più netta tra le responsabilità nazionali e statali e, nel far ciò, riduca nettamente il coinvolgimento federale in attività di natura locale.

Il ripristino dell'autodeterminazione statale non nasce però come un progetto autonomo; il nuovo federalismo è in realtà strumento per il perseguimento del più ampio progetto liberista reaganiano, che contesta completamente il moderno *welfare state,* opponendosi all'attivismo del settore pubblico in ogni livello di governo[370]. L'obiettivo non è più quello nixoniano di razionalizzazione dell'attività governativa, ma un suo smantellamento a tutti i livelli, federale e sub-federale.

La chiave di lettura degli anni Ottanta è la massima sussidiarietà orizzontale e verticale: come il Presidente spiegò nel suo primo messaggio in materia economica al Congresso, occorreva lasciare ai privati la gestione di tutte le attività che questi potevano svolgere, rivolgendosi agli stati solo se strettamente necessario per affrontare pubbliche necessità; l'intervento federale, in questo contesto, diventava evidentemente l'*extrema ratio*[371].

In coerenza con le sue priorità, il primo intervento dell'amministrazione Reagan fu una netta riduzione della pressione fiscale sui

---

[367] Le decisione della Corte sarà superata l'anno seguente dall'approvazione del XXVI emendamento il quale stabilisce che diciotto anni sia l'età di acquisizione del diritto al voto, tanto nelle elezioni federali, quanto in quelle statali.

[368] 426 U.S. 833 (1976).

[369] Vedi, *infra*, cap. III, § 5.

[370] Si ricordi che nel dibattito politico americano del periodo l'espressione *New Federalism* era equivalente a quella di *reaganomics*, ossia l'insieme delle proposte reaganiane per lo smantellamento dello stato sociale: vedi A. Barbera, G. Miglio, *Federalismo e secessione. Un dialogo*, Mondadori, Milano, 1997, p. 46.

[371] In T. Conlan, *From New Federalism to Devolution*, cit., pp. 3-4, 93 ss.

cittadini, coniugata a tagli nelle spese federali. Già nel 1981 veniva approvato l'*Economic Ricovery Tax Act*[372] che avrebbe ridotto nei tre anni successivi l'imposta sul reddito individuale del ventitré per cento e che, parallelamente, decurtava i fondi precedentemente concessi agli stati per istruzione, previdenza sociale e addestramento all'impiego, chiudendo sessantadue programmi di finanziamenti vincolati. Accanto alla riduzione di questi ultimi, i tagli del nuovo federalismo reaganiano prevedono anche la conclusione del *general revenue sharing*, il principale strumento dell'amministrazione Nixon.

Elementi essenziali del federalismo reaganiano sono invece: i *block grants*[373], la netta separazione delle competenze tra centro e periferia (c.d. *"sorting out" initiative*), nonché una generale *deregulation*.

In relazione ai primi, di cui abbiamo già brevemente illustrato il funzionamento, occorre sottolineare che Reagan non li adottò come misura per la razionalizzazione delle spese, come avvenne durante la presidenza Nixon, ma vide in essi un metodo per allentare la responsabilità e la gestione federale in materie che riteneva di competenza statale.

Uno dei punti principali dell'agenda del nuovo Presidente era poi, come accennato, una vera ristrutturazione dei rapporti tra federazione e stati, attraverso una riallocazione chiara delle competenze, ispirata al modello del federalismo duale. In particolare, a tal proposito, egli propose il cosiddetto "Grande scambio" (*Grand swap*)[374], in base al quale la federazione lasciava agli stati le erogazioni finanziarie per le famiglie con prole a carico e per i buoni alimentari, mentre Washington avrebbe assunto interamente il carico dell'assistenza sanitaria agli indigenti. Parte integrante del progetto era poi

---

[372] 95 Stat.172.

[373] I *block grants* furono adottati soprattutto nei primi anni dell'amministrazione Reagan. Nel 1981 viene infatti approvato il maggior intervento in questo senso: l'*Omnibus Budget Reconciliation Act* (95 Stat. 357). Con tale provvedimento furono fatti confluire ben settantasette programmi di *grants in aid* in nove *block grants*, operando parallelamente un taglio del venticinque per cento ai finanziamenti verso gli stati: vedi *infra*, cap. IV, § 8.

[374] Vedi J.S. Sundquist, *Il "nuovo federalismo" di Ronald Reagan*, cit., p. 268; P. Laxalt, *Reagan Federalism*, in R.B. Hawkins (a cura di), *American federalism: a new partnership for the republic*, Institute for Contemporary Studies, San Francisco, 1983, p. 79 ss.; A.M. Rivlin, *Reviving the American Dream. The Economy, the States & the Federal Government*, The Brookings Institution, Washington, 1992, p. 123 ss.

l'interruzione di quarantatrè programmi di finanziamenti vincolati, sostituiti dal gettito di una serie di imposte federali, fatto confluire in un fondo comune e poi ripartito tra i diversi stati[375].

Se realizzato, il Grande scambio avrebbe riportato l'assetto del federalismo fiscale americano ad una condizione simile a quella esistente prima del *New Deal*, ma divisioni nella stessa amministrazione Reagan, la difficoltà di trovare un accordo con i governatori degli stati, e l'opposizione del Congresso fecero sì che la proposta non venne mai formalizzata e inviata alle Camere[376].

Ultimo pilastro del nuovo federalismo reaganiano è la *deregulation*[377], che costituisce uno dei capisaldi del programma economico della nuova amministrazione, e che produce inevitabilmente conseguenze anche nei rapporti tra federazione ed enti territoriali inferiori.

La *deregulation* ha motivazioni sia teoriche sia pratiche[378]: sotto il primo punto di vista il neo Presidente riteneva che il governo avesse eroso le libertà di scelta dei singoli, mentre, sotto il secondo profilo, reputava che la deregolamentazione potesse ridurre i costi di produzione, favorendo la lotta all'inflazione e una maggiore occupazione.

Il secondo giorno del suo mandato, il 22 gennaio 1981, Ronald Reagan istituì così la *Presidential Task Force on Regulatory Relief* perché studiasse la normativa esistente e proponesse modifiche volte alla semplificazione e allo snellimento di procedure e legislazione. Furono così ridotti i controlli sulle imprese delle agenzie federali, come quelli dell'Agenzia per la Protezione dell'Ambiente, o quelli

---

375 Sulle origini del *Grand Swap* nonché sulle reazioni che esso suscitò vedi dettagliatamente T. Conlan, *From New Federalism to Devolution*, cit., p. 170 ss.

376 Si trattava effettivamente di un riassetto completo delle relazioni tra federazioni e stati che inevitabilmente trovò l'opposizione di quello che già Nixon definiva «il triangolo di ferro», composto dai gruppi d'interesse, dalla burocrazia federale che gestiva i finanziamenti agli stati, nonché dalle stesse commissioni che al Congresso ne decidevano le destinazioni: vedi R.B. Hawkins, *American Federalism: again the crossroads*, in R.B. Hawkins (a cura di), *American federalism: a new partnership for the republic*, cit., p. 3 ss.

377 Per alcune riflessioni sulla *deregulation* statunitense vedi R. Valiani, *L'economia della deregolamentazione*, in S. Cassese, E. Gerelli (a cura di), *Deregulation. La deregolamentazione amministrativa e legislativa*, Franco Angeli, Milano, 1984, p. 31 ss.

378 Su queste si sofferma L. De Alessi, *Cronache dagli Stati Uniti: il programma di deregolamentazione di Reagan*, in «Economia pubblica», 1981, pp. 417-418.

dell'Amministrazione per la Sicurezza del Traffico, rivolti in particolare all'industria automobilistica[379]. Furono adottate misure di deregolamentazione in vari settori, quali trasporti[380], telecomunicazioni[381], industria del credito[382].

La *deregulation*, come si diceva, ha inevitabilmente applicazioni specifiche anche nei rapporti tra federazione e stati: nasce in questo contesto quale reazione all'ipertrofia della produzione normativa della federazione che, nei decenni precedenti, fornendo finanziamenti, aveva parallelamente imposto regole e standard di ogni tipo, esautorando l'autogoverno degli enti territoriali[383]. Vengono così realizzati alleggerimenti tanto a livello amministrativo, interrompendo ispezioni e supervisioni federali nei confronti degli stati, quanto a livello legislativo con strumenti quali la *preemption* "parziale" che, come vedremo, pur mirando a realizzare su determinate materie l'unità giuridica tra gli stati, non esclude per questi ultimi la possibilità di legiferare[384].

13. *La differenziazione diventa competizione? La* Devolution Revolution

Una nuova fase di dibattito in tema di federalismo si apre nel 1994, quando durante la prima presidenza Clinton, il partito repubblicano riesce, per la prima volta dopo quarant'anni, a conquista-

---

[379] *Ivi*, p. 417. Sull'attività di *deregulation* delle agenzie vedi più ampiamente A.C. Aman, Jr., *Administrative law in a global era: progress, deregulatory change, and the rise of the administrative Presidency*, in «Cornell L. Rev.», 1988, LXXIII, p. 1101 ss.

[380] Su questo vedi P.S. Dempsey, *The empirical results of deregulation: a decade later, and the band played on*, in «Transp. L. J.», 1988, XVII, p. 31 ss.

[381] Vedi T.M. Hagelin, K.A. Wimmer, *Broadcast deregulation and the administrative responsibility to monitor policy change: an empirical study of the elimination of logging requirements*, in «Fed. Comm. L.J.», XXXVIII, 1986, p. 201 ss.

[382] Su questo tema vedi S. Wilentz, *The age of Reagan. A history, 1974-2008*, Harper Collins, New York, 2008, p. 196 ss.

[383] Vedi S.L. Schechter, *The state of American Federalism in the 1980s*, in R.B. Hawkins (a cura di), *American federalism: a new partnership for the republic*, cit., p. 70 ss.

[384] Vedi *infra*, cap. III, §§ 2a, 3c.

re entrambe le Camere[385]. Proprio al Centoquattresimo Congresso viene così associata una reviviscenza del "nuovo federalismo": la *Devolution Revolution*[386].

Il progetto sostenuto dai repubblicani in campagna elettorale, nel «Contratto con l'America»[387], è radicale: riduzione della spesa federale e del carico fiscale, pareggio del bilancio federale in sette anni, riunificazione dei trecentoquarantanove programmi di *grants in aid* esistenti in soli dieci *block grants* e, per rendere permanente la riduzione delle spese federali, un emendamento costituzionale che imponga ogni anno il pareggio in bilancio. Secondo il nuovo *Speaker* della Camera dei Rappresentanti Gingrich occorreva ripensare l'intera struttura della società e del governo americani, «occorreva sostituire il *welfare state* con una società delle opportunità»[388].

Anche se la presenza di un Presidente democratico, insieme al carattere estremamente radicale delle proposte, ha condotto ad una realizzazione solo parziale del programma repubblicano, il Congresso ha approvato comunque due provvedimenti che miravano ad incidere radicalmente sulla fisionomia del federalismo americano: l'*Unfunded Mandates Reform Act*[389] nel 1995 e, l'anno seguente, il *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act*[390].

---

[385] La fase iniziale del primo mandato di Bill Clinton non è segnata infatti da particolari spinte riformistiche in materia di federalismo. Mentre vengono ribadite le tematiche dell'efficienza amministrativa e l'importanza della riduzione del disavanzo federale, attraverso una politica di tagli alle spese, il nuovo Presidente democratico presenta, però, tra i punti essenziali del suo programma, la necessità di combattere il degrado sociale adottando provvedimenti a tutela dell'ambiente, aumentando le spese per l'istruzione ed introducendo la riforma sanitaria. Quest'ultima, che avrebbe costituito, se varata, l'intervento federale più invasivo dai tempi del *Creative Federalism*, non ottenne però l'appoggio del Congresso, a causa dell'opposizione di diverse lobby (in primo luogo le società di assicurazione) e di coloro che contestavano il neocentralismo del provvedimento. Vedi T. Conlan, *From New Federalism to Devolution*, cit., pp. 230-231.

[386] Vedi R.P. Nathan, *The "Devolution Revolution": an overview*, in «Rockefeller Institute Bulletin», 1996, p. 5 ss.

[387] In tema Vedi E. Gillespie, B. Schellhas, *Contract With America*, Times Books, New York, 1996.

[388] N. Gingrich, *Speech to the Washington Research Symposium*, 11 novembre 1994: lo stralcio del discorso è riportato in T. Conlan, *From New Federalism to Devolution*, cit., p. 14.

[389] 109 Stat. 48.

[390] 110 Stat. 2105.

Il primo, come vedremo meglio in seguito[391], interviene a circoscrivere un fenomeno fortemente stigmatizzato dai sostenitori dell'autodeterminazione statale, quello dei c.d. *unfunded federal mandates*, provvedimenti federali che, disciplinando in modo uniforme una determinata materia, impongono agli stati lo svolgimento di determinate azioni o l'esecuzione di determinate funzioni, senza fornire i finanziamenti necessari all'esecuzione del mandato stesso.

Il provvedimento che ha avuto la maggiore eco è, però, il *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act*[392], con il quale è stato rivoluzionato il sistema dell'assistenza sociale agli indigenti. Con esso, non solo vengono ridotti vari programmi di sicurezza e previdenza sociale[393], ma soprattutto il programma federale di sostegno per le famiglie a basso reddito, l'*Aid to families with dependent children*, viene sostituito dal *Temporary assistance for needy families* che, dopo più di sessanta anni, affida agli stati, in gran parte, la responsabilità del sistema di welfare[394]. Viene abrogata infatti la legislazione federale che indica i requisiti (*entitlements*) per l'ottenimento dei sussidi, lasciandone la definizione agli stati e, coerentemente, viene modificato il modello di erogazione dei finanziamenti agli enti territoriali: i preesistenti programmi federali di finanziamenti vincolati, caratterizzati da condizioni particolarmente stringenti, vengono trasformati in *block grants* i quali, come è stato già notato, con la loro flessibilità, permettono a ciascuno stato di disegnare il proprio sistema di *welfare*[395].

---

[391] Vedi, *infra*, cap. IV, § 10.

[392] Su tale provvedimento vedi A. Pierini, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 225 ss.

[393] Vedi I. Lurie, *Temporary Assistance for Needy Families: a green light for the States*, in «Publius», 1997, XXVII, p. 74.

[394] In realtà, come è stato notato, l'atto non costituisce un puro atto di devoluzione di competenze agli stati. La disciplina del 1996 impone infatti limiti al recepimento di sovvenzioni da parte degli adulti, i quali peraltro devono essere coinvolti in attività *lato sensu* lavorative. Il provvedimento vieta inoltre l'erogazione di sussidi a coloro che non lavorino per più di due anni, prevedendo un limite complessivo di cinque anni per l'ottenimento dei sussidi nell'arco dell'intera vita. Vedi S.F. Schram, *Introduction. Welfare reform: a race to the bottom?*, in «Publius», 1998, XXVIII, p. 1 ss.

[395] Vedi M.S. Greve, *Real federalism. Why it matters, how it could happen*, cit., p. 120 ss. Sulle caratteristiche dei *block grants* vedi brevemente *supra*, § 12 e più diffusamente *infra*, cap. IV, § 8.

Il sistema dei *block grants* non risponde tuttavia solo alle istanze centrifughe del nuovo federalismo, ma anche alle esigenze di razionalizzazione dei costi imposte dalla crisi dello stato sociale. Con tale tipologia di trasferimento, infatti, il governo federale fissa la somma da erogare agli stati, commisurata ad appositi piani preventivi, potendo così razionalizzare le proprie uscite; con i preesistenti programmi di finanziamenti vincolati invece, il governo federale, impegnandosi a coprire per intero o in percentuale il costo dei servizi, non era in grado di prevedere né tantomeno di limitare le uscite finanziarie legate a quei tipi di programmi[396].

Secondo parte della dottrina[397] la filosofia sottesa a questa riforma, come al generale uso di *block grants* che il Centoquattresimo Congresso promuove fortemente, non è più tuttavia quella reaganiana, secondo cui ogni livello di governo è, in quanto potere pubblico, amministratore inadatto, ma quella che vede invece, negli stati, delle «istituzioni creative, là dove il governo federale è ritratto come il luogo della burocrazia»[398]. Per questi motivi, probabilmente, la *devolution revolution*, meglio del federalismo reaganiano, si avvicina allo spirito delle emergenti teorie del *federalismo competitivo*. In base a queste ultime infatti, la riduzione di regole predefinite a livello nazionale favorisce una sorta di "competizione" tra i diversi stati i quali, offrendo condizioni differenti[399], danno vita ad un sistema che la dottrina ha icasticamente definito di *jurisdiction shopping*, all'interno del quale cioè il cittadino può scegliere l'ordinamento a lui più confacente. Costui, quindi, accanto ai tradizionali diritti politici, avrebbe la possibilità, secondo i sostenitori di tale teoria, di "votare con le gambe" (*voting with*

---

[396] Su queste differenze tra i vari tipi di finanziamento vedi *infra*, cap. IV, §§ 6-8.

[397] Vedi M.C. Gordon, *Construing a new federalism: jurisdictional competence and competition*, in «Yale L. & Pol'y Rev.», 1996, XIV, p. 192 ss.

[398] *Ivi*, p. 194.

[399] La competizione avverrebbe sicuramente sulla differente pressione fiscale e inevitabilmente anche sull'offerta dei servizi: vedi *infra*, cap. IV, § 5. Sui vari profili del federalismo competitivo vedi G. Brosio, *Equilibri instabili. Politica ed economia nell'evoluzione dei sistemi federali*, Bollati Boringhieri, Torino, 1994, p. 106 ss.; per alcune osservazioni, in parte critiche, cfr. D.A. Farber, P.P. Frickey, *Law and Public Choice*, The University of Chicago Press, Chicago-Londra, 1991, p. 73 ss.

feet), trasferendosi nel territorio che offre il rapporto servizi-costi più vicino alle sue esigenze[400].

Alla fine dei mandati di Bill Clinton le nuove tendenze centrifughe sono ormai così radicate nel sistema politico e nell'opinione pubblica americani che lo stesso Presidente democratico dedicherà uno degli ultimi atti della sua amministrazione, *l'executive order* n. 13132[401], proprio al tema del federalismo. In tale provvedimento, volto a fornire nuove linee guida a agenzie e dipartimenti federali, il Presidente ricorderà che tutte le «questioni che non siano nazionali nella finalità o nel significato sono risolte in modo più appropriato al livello più vicino alla cittadinanza» e che «i costituenti riconobbero che gli stati hanno poteri, caratteristiche e capacità uniche per soddisfare i bisogni della popolazione e devono funzionare quali laboratori della democrazia»[402].

La definitiva affermazione della filosofia del "nuovo federalismo" è stata favorita sicuramente, negli anni Novanta, da alcune decisioni adottate dalla Corte suprema. Questa, infatti, ha iniziato un rivoluzionario percorso di "neointerventismo" a favore delle competenze statali: la Corte, presieduta dal giudice Rehnquist, ha accolto in diverse pronunce i dettami del nuovo federalismo[403], mettendo in discussione soluzioni ermeneutiche che apparivano ormai pacifiche.

Nel 1992, aprendo una nuova stagione della giurisprudenza costituzionale, la Corte, come vedremo, dà nuovo vigore al X emen-

---

[400] Vedi C.M. Tiebout, *A pure theory of local expenditures*, in «J. Pol. Econ.», 1956, LXIV, p. 416 ss. Sul tema del federalismo competitivo vedi il simposio comparso nel *Journal of Economic Perspectives*, 1997, XI, p. 43 ss ed in particolare R.P. Inman, D.L. Rubinfeld, *Rethinking Federalism*; R.A Musgrave., *Devolution, grants, and Fiscal Competition*; Donahue J.D., *Tiebout? Or not Tiebout? The market metaphor and America's Devolution Debate*. Sulla reale applicabilità del modello Tiebout al sistema statunitense vedi H.S. Rosen, T. Gayer, *Public Finance*, McGraw Hill, New Tork, 2008, p. 511 ss. Sul federalismo competitivo vedi inoltre G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 296 ss.

[401] *Executive order* n. 13132 del 5 agosto 1999 (64 Fed. Reg. 43255).

[402] *Ivi*. Vedi in particolare sez. 2, lett. a, e.

[403] Vedi, per un *excursus* delle pronunce e un loro rapido inquadramento dottrinale, T.J. Conlan, F.V De Chantal, *The Rehnquist Court and the contemporary American Federalism*, in «Pol. Sc. Quar.», 2001, CXVI, p. 253 ss.

damento, deducendo da questo, nella sentenza *New York vs. United States*[404], l'*anti-commandeering principle* a tutela dell'autodeterminazione statale.

Nel 1995 viene emessa poi la sentenza che sembra mettere in discussione decenni di giurisprudenza sul federalismo e sulla quale ci soffermeremo lungamente[405]: nella pronuncia *United States vs. Lopez*[406] la Corte suprema, per la prima volta dopo sessant'anni, dichiara costituzionalmente illegittima una legge federale in quanto eccedente il *commerce power* del Congresso.

14. *Un nuovo ciclo per la tutela delle istanze unitarie? Da Bush a Obama, tra lotta al terrorismo e crisi economica*

Nell'ultimo decennio è possibile individuare una certa controtendenza rispetto alle istanze di decentramento del *New Federalism*. Tanto la presidenza di George W. Bush, quanto l'avvio di quella di Barack Obama sembrano assegnare un ruolo circoscritto al tema del federalismo.

George W. Bush, in realtà, in linea con la tradizione repubblicana, ha aperto il suo mandato sostenendo la necessità di preservare il diritto all'autodeterminazione degli stati[407], ma, ciò nonostante, ha rivelato nei fatti scarsa attenzione per questo tema[408].

La contingenza storica nella quale ha operato tale presidenza ha sicuramente favorito nuove istanze centripete: l'attacco al *World Trade Centre* l'11 settembre 2001 ha avviato una lunga stagione di lotta al terrorismo, assegnando inevitabilmente un ruolo centrale al governo di Washington. La nascita di un nuovo dipartimento per la sicurezza, il *Department of Homeland Security*, che ha avocato nuo-

---

404 505 U.S. 144 (1992): vedi *infra*, cap. III, § 8.

405 Vedi *infra*, cap. II, § 6.

406 514 U.S. 549 (1995).

407 Vedi J. Kincaid, *The state of U.S. federalism: continuity in crisis*, in «Publius», 2001, XXXI, p. 47 ss.

408 Vedi T. Conlan, J. Dinan, *Federalism, the Bush administration, and the transformation of American conservatism*, in «Publius», 2007, XXXVII, p. 279 ss.

ve competenze verso il centro[409], o il *Patriot Act*[410] che, adottando misure di prevenzione del terrorismo ha incluso *unfunded federal mandates*[411] a carico degli stati, sono esempi di come l'attacco alle Torri Gemelle abbia inevitabilmente invertito le istanze di decentramento dei decenni precedenti[412].

Accanto ad interventi centripeti dettati da pressioni esterne, si pensi al cosiddetto *Sarbanes-Oxley Act*[413], che dopo lo scandalo Enron aumenta i controlli federali sui bilanci delle *public company*, vi sono stati tuttavia anche provvedimenti "neo centralisti" che l'amministrazione Bush ha deciso autonomamente di sostenere. Il più significativo fra questi è sicuramente il *No Child Left Behind Act*[414], che interviene in materia di istruzione primaria e secondaria toccan-

---

[409] L'avocazione di competenze in capo al *Department of homeland security* è stato secondo gli osservatori motivo di confusione nella ripartizione delle competenze tra federazione, stati ed enti locali riguardo la gestione delle emergenze nazionali. Proprio tale confusione sarebbe stata una delle cause dei ritardi nel soccorso alla popolazione in occasione dell'uragano Katrina che ha sconvolto la Louisiana nell'agosto del 2005. In tema vedi ampiamente T. Birkland, S. Waterman, *Is federalism the reason for policy failure in hurricane Katrina?*, in «Publius», 2008, XXXVIII, p. 692 ss.; C. Scavo, R.C. Kearney, R.J. Kilroy, Jr., *Challenge to federalism: homeland security and disaster response*, in «Publius», 2007, XXXVIII, p. 81 ss.

[410] 115 Stat. 272.

[411] Su questo profilo del *Patriot Act* vedi E.G. Williams, *USA Patriot Act of 2001*, in J.R. Marbach, E Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, cit., p. 680. Sui mandati federali privi di adeguato finanziamento vedi *supra,* § 13 e ampiamente *infra*, cap. IV § 10.

[412] Si noti tuttavia che a loro volta gli stati hanno mostrato di non ripiegarsi sulle misure adottate dal Congresso, adottando invece misure ulteriori o complementari a quelle della federazione. Si pensi, ad esempio, che la maggior parte degli stati ha adeguato il proprio codice penale, prevedendo nuove fattispecie e nuove sanzioni, ivi compresa la pena di morte, in relazione ai reati di terrorismo: vedi in questo senso le osservazioni di D.A. Krane, *The state of American Federalism, 2001-2002: resilience in response to crisis*, in «Publius», 2002, XXXII, p. 8.

[413] Il provvedimento, così denominato dai senatori Oxley e Sarbanes che lo proposero, è formalmente denominato *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act* (116 Stat. 745) e viene firmato dal Presidente il 30 luglio 2002. In tema vedi L.E. Ribstein, *International implications of Sarbanes-Oxley: raising the rent on US law*, in «J. Corp. L. Stud.», 2003, III, p. 299 ss.; P.L. Welsh, The *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act*, in «The Federalist society for law and public policy studies», 8 agosto 2002, http://www.fed-soc.org/publications/pubID.55/pub_detail.asp.

[414] 115 Stat. 1425 (2001).

do una competenza tradizionalmente locale, come era avvenuto solo durante gli anni Sessanta con la *Great Society* di Lyndon Johnson. Il provvedimento del 2001 si pone peraltro in palese contrasto con le posizioni emerse solo cinque prima in seno al Congresso guidato dai repubblicani, che aveva auspicato addirittura la chiusura del Dipartimento federale dell'Istruzione[415]. La nuova disciplina, mirando a migliorare gli standard di apprendimento nelle scuole pubbliche, prevede in sostanza un sistema di "mandati federali"[416] che impone il raggiungimento di standard conoscitivi fissati a livello nazionale, la cui verifica è affidata agli stati che devono realizzare idonee procedure per testare gli allievi delle scuole pubbliche. Il mancato raggiungimento di questi standard può implicare per gli stati la perdita dei fondi che il provvedimento stanzia a loro favore; tuttavia anche le singole scuole, nelle quali non siano ottenuti adeguati risultati, vanno incontro alla cessazione di corposi finanziamenti federali. Questi ultimi vengono invece trasferiti nella disponibilità dei genitori degli allievi, per servizi di supporto alla didattica[417]. Il provvedimento implica indubbiamente una forte limitazione di autonomia in materie tradizionalmente locali, limitazione che è stata indicata da parte della dottrina come una palese violazione del X emendamento ed un uso illegittimo del potere di spesa federale. L'erogazione dei fondi a stati e scuole sarebbe infatti un esempio di *conditional grants in aid*[418] che avrebbe, secondo queste ricostruzioni, un eccessivo effetto coercitivo, incostituzionale anche alla luce della pur permissiva giurisprudenza della Corte suprema[419].

---

[415] Vedi P. Posner, *The politics of coercive federalism in the Bush era*, in «Publius», 2007, XXXVII, p. 393.

[416] Sui mandati federali, obblighi imposti dalla federazione agli stati, vedi *infra*, cap. III, § 3.

[417] Sul contenuto del provvedimento vedi D.A. Krane, *The state of American Federalism, 2001-2002: resilience in response to crisis*, cit., p. 10 ss.; D. Nash, *Improving No Child Left Behind: Achieving Excellence and Equity in Partnership with the States*, in «Rutgers L. Rev.», 2002, LV, p. 252 ss.

[418] Sui *conditional grants in aid* vedi brevemente *supra*, § 8 e diffusamente cap. IV, §§ 7, 11, 12.

[419] Vedi G. Austin, *Leaving Federalism behind: How the No Child left Behind Act usurps States'rights*, in «T. Jefferson L. Rev.», 2005, XXXVII, p. 337 ss. Sui limiti di legittimità costituzionale del potere di spesa vedi *infra*, cap. IV, §§ 2, 11.

Con l'elezione di Barack Obama nel 2008, preceduta nel 2007 dall'insediamento del Congresso a maggioranza democratica, le tendenze neocentraliste sembrano destinate ad aumentare. Determinante è ancora una volta il contesto: la crisi economica e finanziaria che ha travolto l'economia americana e poi mondiale a partire dagli ultimi mesi del 2008 ha richiesto inevitabilmente le risorse finanziarie, la forza politica e amministrativa del governo di Washigton.

Le prime misure vengono adottate negli ultimi mesi della presidenza Bush: flussi di fondi federali per sostenere istituti finanziari e grandi aziende automobilistiche[420]; con la presidenza Obama, poi, nel febbraio 2009, viene adottato un piano organico di incentivi finanziari all'economia, l'*American Recovery and Reinvestment Act*[421], che include, fra le varie misure, stanziamenti per trasporti e innovazioni tecnologiche, erogazioni agli stati per istruzione e sanità, finanziamenti ai singoli cittadini[422].

Gli interventi non possono tuttavia essere solo finanziari: la crisi dei mutui *subprime* e il fallimento della *deregulation*[423] pongono il problema di normare ciò che non è adeguatamente regolato, e così l'amministrazione propone regolamentazioni più stringenti dei mercati finanziari e delle compagnie di assicurazione, tradizionalmente affidate, queste ultime, alla disciplina degli stati[424].

Sarebbe un errore tuttavia identificare l'avvio della presidenza

---

[420] Su tali provvedimenti vedi J. Dinan, S. Gamkhar, *The state of American federalism 2008-2009: the presidential election, the economic downturn, and the consequences for federalism*, in «Publius», 2009, XXXIX, p. 379.

[421] 123 Stat. 115. In tema vedi J. Dinan, S. Gamkhar, *The state of American federalism 2008-2009: the presidential election, the economic downturn, and the consequences for federalism*, cit., p. 375 ss. Anche gli stati tuttavia hanno approvato misure analoghe: vedi R. Flandez, *States plan their own stimulus package to aid small businesses*, in «Wall Street Journal», 11 febbraio 2009.

[422] I finanziamenti ai cittadini vengono erogati quale sostegno per il pagamento dei mutui, al fine di arginare il crescere vorticoso dei pignoramenti immobiliari. Su questa parte del provvedimento, nota come *housing plan*, vedi in particolare S.G. Stolberg, E.L. Andrews, *$ 275 Billion planseeks to address housing crisis*, in «New York Times», 18 febbraio 2009.

[423] In tema vedi R.H. Brescia, *Capital in chaos: the subprime mortgage crisis and the social capital response*, «Clev. St. L. Rev.», 2008, LVI, p. 271 ss.

[424] Su queste proposte vedi J. Dinan, S. Gamkhar, *The state of American federalism 2008-2009: the presidential election, the economic downturn, and the consequences for federalism*, cit., pp. 379-380.

Obama come un univoco percorso verso il neocentralismo. Nel suo primo discorso dinanzi all'Associazione nazionale dei Governatori, nel dicembre 2008, il Presidente ha invece sottolineato l'utilità di un sistema federale dove ogni stato può fungere da «laboratorio che sperimenta soluzioni innovative ai problemi economici del paese»[425].

Nei primi mesi del suo mandato, in effetti, Obama è intervenuto per correggere alcuni provvedimenti dell'amministrazione Bush che, utilizzando lo strumento della *preemption*, o "preclusione federale", avevano esplicitamente escluso, su alcuni temi, ogni forma di sperimentazione statale. In base alla dottrina della *preemption*, come vedremo[426], la federazione può infatti intervenire su una materia, precludendo contestualmente, sulla stessa, ogni intervento legislativo statale che pur sarebbe legittimato da competenze residuali degli stati. In particolare, già nei primi mesi del 2009, l'amministrazione Obama aveva allargato le possibilità di sperimentazione statale in materia di: fissazione dei limiti di emissioni degli autoveicoli, concessione della copertura sanitaria ai minori immigrati, distribuzione di marijuana per finalità terapeutiche[427].

Anche dal punto di vista finanziario, come abbiamo già ricordato, la nuova amministrazione, allontanandosi da quella precedente che aveva ostacolato provvedimenti analoghi promossi dal Congresso alla fine del 2008, è andata incontro alle istanze degli stati, concedendo aiuti finanziari sottoforma di aumenti degli stanziamenti per il *Medicaid* e prevedendo finanziamenti vincolati per scuole e infrastrutture.

La natura vincolata di questi finanziamenti chiarisce tuttavia l'approccio della nuova presidenza al tema del federalismo. In quest'occasione, infatti, l'esecutivo non sceglie modalità di finanziamento che garantiscono l'autonomia di spesa degli enti percipienti,

---

425 Il discorso è disponibile sul sito *The American Presidency project* (http://www.presidency.ucsb.edu/index.php), curato dall'Università della California, all'indirizzo http://www.presidency.ucsb.edu/transition2009.php.

426 Sul tema si rinvia al cap. III, § 2.

427 J. Dinan, S. Gamkhar, *The state of American federalism 2008-2009: the presidential election, the economic downturn, and the consequences for federalism*, cit., pp. 373-374.

ma sceglie un modello di erogazione che limita l'autodeterminazione statale, individuando precisi obiettivi federali. Come è stato osservato, dietro questi primi provvedimenti, non c'è «una visione dei diritti degli stati generale e caratterizzante», piuttosto «l'amministrazione Obama affronterà questi temi volta per volta» e «supporterà gli stati fintantoché essi saranno strumentali» «with his view of *national interest*», «alla sua visione dell'interesse nazionale»[428].

Questa lettura è confermata in effetti dalla proposta di riforma sanitaria della nuova amministrazione, proposta che secondo i detrattori forzerebbe i limiti delle competenze federali come raramente è stato fatto in precedenza.

Il *bill* presentato alle Camere[429], infatti, non utilizza solo strumenti già applicati nei decenni passati, quali i finanziamenti vincolati[430] o la *preemption*[431], ma prevede, come elemento essenziale della riforma stessa, una disposizione senza precedenti: ciò che la dottrina ha definito un *individual mandate*. L'intera proposta si fonda infatti sull'obbligo per ogni cittadino di possedere una assicurazione sanitaria, costituendo appunto un "mandato individuale" ad acquistarne una. Sulla base di quale competenza però la federazione può costringere i suoi cittadini ad acquistare un bene[432]? Sulla base del

---

[428] Così J.E. Tierney, della Columbia Law School, citato in J. Schwartz, *Obama seems to be open to a broader role of states*, in «New York Times», 29 gennaio 2009.

[429] Il provvedimento, denominato *Affordable Health Care for America Act*, è stato introdotto alla Camera dei Rappresentanti il 29 ottobre 2009. Il testo della proposta (HR 3962) è consultabile nel sito della *House of Representatives*, all'indirizzo http://docs.house.gov/rules/health/111_ahcaa.pdf. Mentre questo lavoro andava in stampa, tuttavia, la riforma è stata approvata il 21 marzo 2010 dalla Camera dei Rappresentanti e firmata dal Presidente due giorni dopo. Per il testo definitivo vedi *Patient Protection and Affordable Care Act* (Pub. L. 111-148).

[430] Vengono infatti potenziati i trasferimenti erogati nell'ambito dei già esistenti programmi del *Medicaid* e *Medicare*: *ivi*, cfr. l'intera *division* B.

[431] È preclusa agli stati l'adozione di una disciplina in materia di assicurazioni sanitarie, preclusione (*preemption*) che tuttavia non è totale ma parziale, in quanto gli stati possono intervenire con propri provvedimenti purché rispettino gli standard federali: *division* A, *title* III, *subtitle* A, *section* 308.

[432] L'unica norma analoga, quella sull'assicurazione obbligatoria per i guidatori, è infatti una disciplina adottata dai legislativi statali, titolari – ricordiamolo – secondo il disegno costituzionale originario del *police power*, ossia del generale potere di tutela del benessere dei cittadini. Negli ordinamenti statali, ad ogni modo, l'assicurazione viene considerata quale onere per l'ottenimento della licenza di guida. In tema vedi P. Urbanowicz, D.G. Smith, *Constitutional implications of "in-*

potere di disciplinare il commercio[433]? Ma chi traccerà allora i limiti, si chiede parte della dottrina, al potere federale di imporre l'acquisto di beni economici?

Secondo altri autori, il fondamento di tale disposizione sarebbe invece il potere di imposizione fiscale[434], poiché il modello scelto è quello del *pay or play*, "paga o accetta", dal momento che il mancato acquisto di un'assicurazione sanitaria viene sanzionato con l'imposizione di un tributo pari ad una percentuale del reddito individuale. Anche questa opzione, tuttavia, presuppone un uso secondo alcuni "coercitivo" del potere di tassare[435] che desterebbe dubbi di costituzionalità[436].

La proposta di riforma sanitaria dell'amministrazione Obama, ad ogni modo, è estremamente emblematica per il tema di questa ricerca. Nel tentativo di realizzare uno dei più grandi interventi di unificazione della storia dello stato sociale americano, infatti, il governo federale sta tentando di utilizzare tutti i principali strumenti di tutela delle istanze unitarie di cui esso stesso si è avvalso nei decenni e secoli precedenti. Potere sul commercio, potere di preclusione federale, potere di spesa e potere di imposizione tributaria sono infatti i principali strumenti attraverso i quali si è realizzato in passato un «processo tramite cui, da molti stati, si è creata una sola nazione»[437].

---

dividual mandate" in health care reform (10 luglio 2009), disponibile nel sito web de *The Federalist society for law and public policy studies*, http://www.fed-soc.org/publications/pubid.1502/pub_detail.asp, p. 2.

[433] Vedono nel *commerce power* il fondamento dell'*individual mandate* M. Dorf, *The Constitutionality of Health Insurance Reform, Part II: Congressional Power*, in «Findlaw» (2 novembre 2009), http://writ.news.findlaw.com/dorf/20091102.html; T.S. Jost, *Healthcare: Is "mandatory insurance" unconstitutional?*, in «Politico» (18 settembre 2009), http://www.politico.com/arena/perm/Timothy_Stoltzfus_Jost_720E1BE2-3EFE-448A-A519-968F31212226.html.

[434] Vedi ad esempio M.A. Hall, *The constitutionality of mandate to purchase health insurance*, nel sito web dell' *O'Neill Institute for national and global health law* (Georgetown University), http://www.law.georgetown.edu/oneillinstitute/national-health-law/legal-solutions-in-health-reform/Individual_Mandates.html, p. 7.

[435] Sull'uso regolatore del potere di tassare vedi *infra,* cap. IV, § 3.

[436] P. Urbanowicz, D.G. Smith, *Constitutional implications of "individual mandate" in health care reform*, cit., pp. 5-6.

[437] Vedi M. Cappelletti, *Foreword*, in P. Hay, R.D. Rotunda, *The United States Federal System*, cit., p. IX.

A questi strumenti, passati e futuri, di tutela delle istanze unitarie nell'ordinamento federale statunitense sono appunto dedicati i capitoli che seguono. In essi approfondiremo l'analisi di disposizioni costituzionali, dottrine e decisioni giurisprudenziali che hanno permesso l'avvicendarsi delle tendenze centrifughe e centripete analizzate in questo primo capitolo.

Capitolo II

LA TUTELA DELLE ISTANZE UNITARIE ATTRAVERSO LA RILETTURA DELLE COMPETENZE FEDERALI. IL CASO DELLA *COMMERCE CLAUSE*

Sommario: 1. Una norma ancipite: la *commerce clause*. – 2. Prime interpretazioni della *commerce clause* nel caso *Gibbons*: emergono i temi ricorrenti del federalismo americano. – 2a. Lettura delle competenze e rifiuto dello *strict constructionism*. – 2b. La competenza su una materia coincide con il *power to regulate*. – 2c. Distinzione tra *commerce power* e *police power*. – 2d. Il commercio è una competenza esclusiva della federazione? Il presupposto della *dormant commerce clause*. – 2e. La definizione delle competenze: una questione politica. – 2f. Il potere sul commercio all'indomani del caso *Gibbons*: una giurisprudenza rara e altalenante. – 3. Primi passi del potere sul commercio. L'interpretazione materiale e quella teleologica. – 4. (Segue) L'interpretazione strumentale: la competenza sul commercio per perseguire valori estranei alla *ratio* della norma. – 5. La terza "evoluzione" della *commerce clause*. – 5a. Espansione della lettura teleologica. – 5b. (In particolare) Il caso del *Civil Rights Act*. La competenza sul commercio per la tutela dei diritti civili. – 5c. Conferme per la lettura strumentale. Il *national police power*. – 6. Dopo sessanta anni l'incostituzionalità di una legge federale sul commercio: il caso *Lopez* e i nuovi limiti alla lettura teleologica delle competenze. – 7. Il caso *Gonzales vs. Raich*: la "controrivoluzione" del federalismo e la riscoperta dei poteri impliciti? – 8. L'aspetto "negativo" del potere sul commercio: la *dormant commerce clause*. – 9. Prime interpretazioni della *dormant commerce clause*. La distinzione tra fattispecie di "natura locale" e fattispecie di "natura nazionale". – 10. La *dormant commerce clause* dopo il *New Deal*: il bilanciamento tra *national interest* e *state interest*. – 11. Leggi discriminatorie verso i non residenti e "ostacoli eccessivi" al commercio interstatale: le tendenze più recenti nella giurisprudenza sulla *dormant commerce clause*.

1. *Una norma ancipite: la* commerce clause

Come abbiamo avuto modo di accennare già nel corso del capitolo precedente, una delle clausole costituzionali tramite cui la federazione è riuscita maggiormente ad accrescere il ruolo del gover-

no nazionale, intervenendo apparentemente anche in materie non esplicitate nei poteri enumerati, è la disposizione che riconosce al Congresso il potere di disciplinare il commercio interstatale. Proprio su tale clausola ci soffermeremo nel corso di questo capitolo, analizzandone le varie interpretazioni e applicazioni che l'hanno resa strumento centrale per la protezione delle istanze unitarie.

Fondamento costituzionale del *commerce power* è la terza clausola dell'VIII sezione dell'articolo I della Costituzione statunitense, in base alla quale il Congresso ha l'attribuzione di *disciplinare il commercio con le Nazioni straniere, fra i diversi stati dell'Unione e con le tribù indiane*.

Tale disposizione fu approvata durante la Convenzione di Filadelfia in un contesto di sostanziale accordo: nessuno dei delegati, infatti, dubitava che il potere di disciplinare il commercio interstatale dovesse essere assegnato al nascente governo federale. Come la dottrina[1] ha sottolineato, le problematiche condizioni del commercio, ostacolato dalle singole politiche statali, avevano costituito il motivo principale per la convocazione della stessa Convenzione di Filadelfia[2]. L'assegnazione di tale potere al Congresso nasceva inequivocabilmente con la precisa finalità di garantire il libero mercato, affrancandolo dalle politiche protezionistiche degli stati.

Proprio la *ratio* della norma, coincidente con la volontà di sottrarre i traffici interstatali alle diversificate legislazioni statali, avrebbe richiesto, secondo parte della dottrina[3], un'esplicita esclusione per ogni forma di disciplina del commercio che non fosse di origine federale. La stessa Costituzione, in effetti, in altre circostanze, attribuisce determinate competenze al Congresso in modo chiaramente esclusivo, precludendone la disciplina agli stati. L'art. I, sez. VIII, cl.

---

[1] Vedi J.W. Walsh, *True scope and meaning of the commerce clause*, Barnard & Miller, Chicago, 1915, p. 10 ss.

[2] Già nel 1782, d'altro canto, Madison scriveva che la mancata attribuzione al Congresso confederale del potere di regolare gli scambi rappresentava il maggior limite e, conseguentemente, la riforma più urgente della neonata confederazione: vedi *Continentalist*, n. 5, 18 aprile 1782, *Paper 3*, oggi pubblicato in P.B. Kurland, R. Lerner (a cura di), *The Founders' Constitution*, II, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 2000, p. 477 ss.

[3] Vedi B.I. Bittker, *Bittker on the regulation of interstate and foreign commerce*, Aspen & Law Business, New York, 1999, p. 1.5.

17, ad esempio, prevede che il Congresso «eserciti *esclusivo* potere di legiferare nel distretto dove abbia sede il governo statunitense»[4]. I delegati, invece, non adottarono per il commercio una dicitura così netta, che escludesse *in toto* gli stati, e scelsero di lasciare mobili i confini della titolarità del *commerce power.*

Ciò nonostante, nella lettura fornitane dalla Corte suprema, gli stati vengono esclusi dall'esercizio del potere sul commercio: la *commerce clause* assume, infatti, sin dall'inizio, un contenuto ancipite, presentando un aspetto *positivo* ed uno *negativo.*

Il primo, trattato qui di seguito, è costituito dall'*interstate commerce power*, ossia il potere per la federazione di disciplinare il commercio fra i diversi stati; il secondo, trattato successivamente[5], è costituito dalla *dormant commerce clause* la cui funzione è quella, negativa appunto, di limitare il potere legislativo degli stati. In base ad essa sono infatti incostituzionali le leggi statali che incidano sulla materia "commercio", anche nei casi in cui tali leggi disciplinino fattispecie sulle quali la federazione non ha legiferato, lasciando il proprio *commerce power* inattivo o, appunto, *dormant*.

Il potere federale sul commercio interstatale, come si diceva, rappresenta sicuramente uno dei principali strumenti tramite cui la federazione sia riuscita a tutelare istanze unitarie, disciplinando materie non incluse apparentemente nel catalogo dei poteri enumerati. Tale competenza, peraltro, appare di particolare interesse in quanto, attraverso le varie letture che ne fornisce la Corte suprema, essa diventa quasi una competenza "paradigma", che mostra come qualunque catalogo di poteri enumerati sia suscettibile di diversi approcci ermeneutici che ne alterano completamente il portato normativo. Nell'*excursus* che segue si tenterà quindi di dar conto, più che di tutte le sfumature interpretative utilizzate dalla Corte suprema nella lettura della materia "commercio", del modo in cui la stessa categoria "competenza" è stata interpretata, cercando di evidenziare alcune potenziali chiavi di lettura degli elenchi di competenze nelle costituzioni dei sistemi decentrati. Il catalogo di poteri enumerati

[4] Vedi anche art. I, sez. VIII, cl. 4, in base alla quale il Congresso fissa «norme *uniformi* per la naturalizzazione» e l'elenco di preclusioni statali previste dall'art. I, sez. X. Ma sui poteri concorrenti ed esclusivi vedi *infra*, cap. III, §1.

[5] Vedi *infra*, §§ 8-11.

indica semplicemente gli oggetti della legislazione federale? O indica finalità, interessi che il governo centrale può tutelare disciplinando anche materie differenti? Può poi una competenza assumere la funzione di mero strumento, per la tutela di interessi che esulano completamente dalla *ratio* della competenza stessa?

Rispetto all'argomento trattato si è scelto un approccio diacronico: l'analisi delle varie letture della *commerce clause* avverrà cioè seguendone l'evoluzione, dall'entrata in vigore della Costituzione ad oggi. Tale metodo, ci sembra, consente non solo una più agevole esposizione, ma soprattutto una necessaria lettura storica della giurisprudenza in materia: come vedremo, infatti, le decisioni della Corte suprema relative a tale norma, più che quelle relative a tutte le altre disposizioni trattate, rispecchiano fedelmente ed in modo continuativo le dinamiche istituzionali e storiche illustrate nel precedente capitolo.

2. *Prime interpretazioni della* commerce clause *nel caso* Gibbons*: emergono i temi ricorrenti del federalismo americano*

Nell'indagine sull'evoluzione della giurisprudenza in materia di commercio interstatale si seguirà la divisione in tre fasi, tradizionalmente proposta dalla dottrina[6]: la prima, dall'entrata in vigore della Costituzione agli anni Novanta del XIX secolo (anni in cui la federazione come abbiamo visto[7] comincia ad utilizzare con una certa sistematicità i poteri legislativi che la Costituzione la riconosce); la seconda, da tale data al 1937 (anno della storica decisione *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin*[8]); la terza, iniziata alla fine degli anni Trenta e, per diversi aspetti, ancora in corso.

A tale tripartizione si aggiungerà nell'*excursus* che segue l'ana-

[6] Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, Foundation Press, New York, 2000, p. 808 ss.; E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Law & Business, New York, 2001, p. 102 ss.; D.M. O'Brien, *Constitutional law and politics*, II, Northon & Company, New York, 1997, p. 478 ss.

[7] Vedi *supra*, cap. I, § 6.

[8] Vedi *supra*, cap. I, § 7 e, ampiamente *infra*, § 5.

lisi di alcune recenti sentenze che si pongono rispetto alla terza fase in controtendenza, fornendo nuovi strumenti costituzionali alle istanze centrifughe del Nuovo Federalismo[9].

La prima fase è caratterizzata da una definizione fortemente estensiva del potere federale sul commercio, al punto che un autore[10], individuando le fasi del federalismo, definisce tale periodo come quello del *Nationalism*, per sottolineare proprio l'ampiezza dei poteri costituzionali[11] che la Corte presieduta dal giudice Marshall riconobbe al governo nazionale.

Il significato di tali interpretazioni è però depotenziato, e allo stesso tempo giustificato, dall'uso, quasi nullo, che il Congresso fece, nei primi decenni, del potere sul commercio: nella prassi, infatti, si affermava un rigido federalismo duale, con separazione netta di competenze tra centro e periferia; la fisionomia dell'Unione era in realtà, come abbiamo visto nel primo capitolo, ancora in bilico tra quella di uno stato federale e quella di una confederazione[12]. Le decisioni filo-federali del giudice Marshall[13], alla luce della scarsa attività legislativa del Congresso, erano quindi poco più che dichiarazioni di principio, la cui portata era destinata ad essere circoscritta, non a caso, dalla stessa Corte suprema, allorquando il Congresso avrebbe cominciato a legiferare nel 1887 con l'*Interstate Commerce Act*[14].

I primi orientamenti giurisprudenziali in materia di *commerce power* sono tutti enunciati nella decisione *Gibbons vs. Ogden*[15] del 1824, nella quale il giudice Marshall, come abbiamo già accenna-

---

[9] Vedi *supra*, cap. I, § 12.

[10] L. Fisher, *American Constitutional Law*, Carolina Academic Press, Durham (North Carolina), 2001, p. 366.

[11] Di questo periodo è anche la celebre sentenza *Mc Culloch vs. Maryland* (17 U.S. 316), con cui la Corte diede un'ampia lettura dei poteri impliciti previsti dall'art. I, sez. VIII, clausola 18, in base alla quale il Congresso ha il potere di porre in essere tutte le leggi necessarie e opportune per l'esercizio dei poteri enumerati. In tale decisione la locuzione *necessary and proper* fu interpretata nel senso di riconoscere al Congresso il potere di emanare leggi in materie non incluse nel catalogo delle competenze federali, purché *opportune* per l'adempimento delle sue competenze. Sulla *querelle* che precedette tale sentenza si veda *supra*, cap. I, § 2a.

[12] Vedi *supra*, cap. I, § 3.

[13] Vedi F. Frankfurter, *The commerce clause under Marshall, Taney and Waite*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1937, p. 14 ss.

[14] Vedi *supra*, cap. I, § 6.

[15] 22 U.S. 1 (1824).

to[16], fornisce un'ampia interpretazione del potere sul commercio, e tocca diversi aspetti dell'interpretazione di tale norma, anticipando anche soluzioni ermeneutiche che si affermeranno nella giurisprudenza della Corte suprema dopo diversi decenni.

Occasione per l'intervento della Corte è una legislazione dello stato di New York che garantiva a due operatori il monopolio per la gestione dei battelli a vapore sulle acque dello stato; Thomas Gibbons gestiva un servizio analogo, violando così il monopolio stabilito dalla legge statale, nel rispetto tuttavia di una licenza ottenuta sulla base di una normativa federale. Il contrasto fra la disciplina statale e quella federale diventa occasione per la più celebre disamina del *commerce power* nella storia della giurisprudenza della Corte suprema.

L'analisi del caso *Gibbons vs. Ogden* può avvenire, in modo forse più efficace, individuando i principali nodi interpretativi esaminati dal giudice Marshall e le soluzioni per questi proposte: tale decisione, infatti, costituisce un vero e proprio catalogo dei temi ricorrenti, dei *tòpoi* nell'interpretazione del *commerce power*. Saranno proprio i differenti approcci con cui tali questioni verranno trattate e risolte, nelle varie fasi della giurisprudenza della Corte suprema, a determinare modifiche radicali nel portato normativo della disposizione.

2a. *Lettura delle competenze e rifiuto dello* strict constructionism[17]

Il primo punto toccato è quello della tecnica interpretativa da utilizzare nella lettura delle competenze normative federali.

I sostenitori dell'illegittimità della legge approvata dal Congresso ritengono infatti che l'attribuzione di poteri enumerati al legislativo federale richieda una lettura fortemente restrittiva degli stessi, quella che essi definiscono una *strict construction*. Marshall, al contrario, sostiene che «la sovranità del Congresso, sebbene limitata a specifici oggetti, è, rispetto ad essi, piena» e il potere sul commercio appartiene al Congresso «in modo assoluto, come se si trattasse di uno stato unitario, che trova nella propria Costituzione le stesse restrizioni all'esercizio di tale potere quali sono quelle che si trovano

[16] Vedi *supra*, cap. I, § 3.

[17] Sottolinea tale aspetto della decisione L. Fisher, *American Constitutional Law*, cit., p. 344.

nella Costituzione degli Stati Uniti»[18]. In breve, la struttura federale dello stato non può incidere sull'interpretazione delle competenze nazionali le quali sono «complete in se stesse, possono essere esercitate nella loro massima estensione e non conoscono altre limitazioni tranne quelle prescritte in Costituzione»[19].

Tale lettura, come è stato notato[20], sembra riconoscere solo dei limiti «esterni» alla competenza sul commercio; quest'ultima garantirebbe, cioè, un pieno potere al Congresso, permettendogli di disciplinare qualunque oggetto che ragionevolmente si leghi ad esso, non avendo altri limiti se non quelli derivanti da espliciti divieti costituzionali.

D'altro canto, però, la Corte si sofferma anche sui limiti "interni" del *commerce power*, circoscrivendo cioè l'oggetto di tale competenza attraverso una definizione delle fattispecie concrete in esso incluse. Anche in tale operazione la Corte, sempre in linea con il rifiuto di uno *strict constructionism,* fornisce comunque letture molto estensive: il *commerce*, ad esempio, non deve essere circoscritto ai traffici, ma comprende l'*intercourse*[21], ossia tutte le relazioni e i contatti legati al commercio, così che anche le leggi relative alla navigazione, come nel caso di specie, rientrano nella competenza federale.

2b. *La competenza su una materia coincide con il* power to regulate

Chiedendosi che cosa comporti il potere sul commercio, la Corte afferma che la competenza su una materia coincide con il potere di "regolare" la materia stessa, con il *power to regulate*; nel caso del *commerce power* esso riconoscerebbe pertanto «il potere di indicare le regole attraverso cui il commercio interstatale deve essere *governato*»[22].

Coerentemente con tale premessa, secondo la quale spetta alla federazione non la semplice *disciplina* ma il *governo* del commer-

---

[18] Vedi *Gibbons vs. Ogden*, cit., p. 197.
[19] *Ivi*, p. 196.
[20] Vedi G.R. Stone *et al.*, *Constitutional Law*, Aspen Law & Business, New York, 2001, p. 146.
[21] Vedi *Gibbons vs. Ogden*, cit., p. 189.
[22] *Ivi*, p. 196.

cio interstatale, Marshall propone una lettura ampia della locuzione *among states* contenuta nella *commerce clause*. In base a quest'ultima, come si ricorderà, al Congresso spetta appunto la competenza a disciplinare il commercio "tra gli stati". Proprio di tale espressione viene fornita un'interpretazione che di fatto estende il potere sul commercio anche a fattispecie distinte dai traffici interstatali, purché a questi legate: l'espressione *among states*, infatti, viene considerata equivalente a *intermingled with*, ossia mescolato, frapposto agli stati, così che la competenza normativa federale non si ferma ai confini esterni degli stati stessi, ma può introdursi al loro interno, disciplinando anche i traffici che si esauriscono in uno stato allorquando questi comunque «*abbiano effetti* sugli altri stati»[23].

Tale parte della decisione, riconducibile a un mero *obiter dictum*, contiene tuttavia alcuni schemi ermeneutici ampiamente utilizzati dalla Corte suprema a partire dal secolo successivo. Marshall, infatti, intravede già la possibilità che anche i traffici interni agli stati possano essere inclusi nella competenza federale, a causa del loro impatto sui traffici interstatali[24], prefigurando ciò che in seguito emergerà chiaramente, ossia una nozione *teleologica*[25] della competenza sul commercio. Quest'ultimo cioè, come vedremo, sarà interpretato non come materia in senso stretto, ma come valore, come finalità da perseguire, coincidente con la tutela del libero mercato, così che, in virtù di esso, potranno essere disciplinate anche materie differenti che in qualche modo su tale valore dovessero avere effetti.

2c. *Distinzione tra* commerce power *e* police power

Nella decisione della Corte emerge, sebbene non nominalmente, il riferimento ad un concetto chiave della successiva giurisprudenza in materia di commercio: il *police power.* Questo, come abbiamo già

[23] *Ivi*, p. 194.

[24] Evidenziano questo aspetto L. Fisher, *American Constitutional Law*, cit., p. 344; L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 808 («congressional power extended to all commercial activity having any interstate *component* or *impact*»).

[25] Sottolinea l'adozione di un "criterio teleologico" in *Gibbons vs. Ogden*, G. Amato, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione (alla luce dell'esperienza statunitense),* Giuffrè, Milano, 1964, p. 42.

visto[26], è indicato dalla stessa Corte suprema come «il potere di uno stato di proteggere le vite, la salute, la proprietà dei suoi cittadini, di proteggere l'ordine pubblico e la pubblica morale, il potere di governare gli uomini e le cose che si trovino all'interno dei propri confini»[27].

In *Gibbons vs. Ogden*, Marshall, pur volendo sostenere i poteri del neonato stato federale, non manca di riconoscere che la disciplina dei problemi di natura locale appartiene agli stati e, intravedendo la capacità espansiva della *commerce clause* che egli stesso andava disegnando, individua una fonte di inequivocabile autorità per il potere legislativo statale. Si tratta del potere di disciplinare gli «affari puramente interni agli stati», del «potere riconosciuto agli stati di regolare il loro *police*, i loro traffici interni, e governare i loro stessi cittadini»[28].

Il giudice non utilizza esplicitamente l'espressione *police power*, che verrà utilizzata per la prima volta tre anni dopo nel caso *Brown vs. State of Maryland*[29], ma già richiama chiaramente la generale potestà di governo degli stati, derivante a sua volta dalla somma dei poteri non enumerati che ad essi competono.

2d. *Il commercio è una competenza* esclusiva *della federazione? Il presupposto della* dormant commerce clause

Marshall dedica parte della sua *opinion* alla discussione circa l'esistenza o meno di un divieto, per gli stati, di adottare discipline attinenti al commercio interstatale anche qualora il Congresso non abbia legiferato sull'argomento: la Costituzione, autorizzando il legislativo federale a regolare il commercio interstatale, implicitamente, ha vietato agli stati ogni disciplina in materia?

La posizione del giudice è chiaramente favorevole a quella che in seguito verrà definita dottrina dell'*exclusiveness*, dell'*esclusività*, in base alla quale, pur in assenza di indicazioni esplicite in Costituzione, il potere federale sul commercio deve essere interpretato

---

[26] Vedi *supra*, cap. I, § 2f.
[27] Vedi *United States vs. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895).
[28] Vedi *Gibbons vs. Ogden*, cit., p. 208.
[29] 25 U.S. 419 (1827).

come esclusivo, con conseguente invalidità di tutte le leggi statali riguardanti tale materia.

Nella sentenza si legge, infatti, che l'attribuzione al governo centrale di tale competenza «è un'investitura di potere per il vantaggio generale, nelle mani di agenti selezionati per questa finalità; tale potere non può mai essere esercitato dal popolo, ma deve essere posto nelle mani di tali agenti o restare inattivo (*dormant*)»[30].

Nonostante tali premesse, però, il giudice Marshall non assume una posizione netta e, dinanzi alle parti che esplicitamente sostenevano l'illegittimità di qualunque regolazione statale del commercio tra i diversi stati, evita di pronunciarsi sulla fondatezza di tale teoria. Egli infatti da un lato afferma che «vi è grande forza in tale argomento e la Corte non è convinta che tale tesi sia stata confutata»[31], dall'altro, però, evita di dirimere la questione, sottolineando che nel caso di specie il Congresso ha esercitato la sua competenza, creando così un problema di conflitto attuale tra discipline federali e statali che rende superflua l'analisi dell'illegittimità intrinseca delle legislazioni statali in materia di commercio. La prevalenza della legge federale su quella dello stato di New York può infatti più semplicemente essere sancita in base alla *supremacy clause* che attribuisce alle leggi degli Stati Uniti lo status di *supreme law of the land*, fissando a livello costituzionale, come vedremo meglio nel capitolo successivo, una regola di risoluzione per le antinomie normative tra leggi statali e federali[32].

Molto più netta è invece la posizione del giudice Johnson, autore di un'opinione concorrente; egli infatti afferma esplicitamente che non può esservi effettiva disciplina del commercio da parte del Congresso senza un'attribuzione esclusiva di tale competenza. La regolamentazione dei traffici, infatti, altro non è che un alternarsi di scelte circa cosa debba essere disciplinato e cosa debba essere lasciato alle dinamiche del mercato: parte integrante del potere è la discrezionalità di decidere cosa debba rimanere privo di regolamentazione, così che il suo esercizio da parte della fede-

[30] *Gibbons vs. Ogden*, cit., p. 189.
[31] *Gibbons vs. Ogden*, cit., p. 209.
[32] Vedi *supra*, cap. I, § 2b e ampiamente *infra*, cap. III, § 1.

razione richiede ineludibilmente che nulla in materia sia lasciato agli stati[33].

Come ha notato la dottrina[34], il *Chief Justice* Marshall, esattamente come il giudice Johnson, aveva probabilmente intuito le potenzialità dell'aspetto negativo della *commerce clause*, e per questo ad esso fa riferimento in alcuni *obiter dicta*: la trasformazione di questa intuizione in una dottrina costituzionale era però in quel momento un'operazione precoce ed avrebbe provocato, nella maggioranza dei giudici della Corte, un radicale dissenso.

2e. *La definizione delle competenze: una questione politica?*

Nel caso *Gibbons*, infine, viene toccato un altro *tòpos* della giurisprudenza americana sul federalismo: il dibattito sulla natura politica oppure giuridica (e quindi giustiziabile) delle modalità con cui il Congresso esercita le proprie competenze. Come vedremo in seguito[35], dottrina e giurisprudenza si sono infatti interrogate e continuano ad interrogarsi sulla giustiziabilità delle leggi federali che siano frutto di letture estensive dei poteri enumerati.

Nella decisione *Gibbons vs. Ogden* Marshall sembra considerare tale tipo di leggi come materie che la Corte non dovrebbe sottoporre a *judicial review*, identificandole quasi come *political question*[36].

Egli, infatti, dopo aver affermato che il potere federale sul com-

---

[33] Afferma letteralmente il giudice Johnson: «Il potere di uno stato sovrano sul commercio consiste in nulla più che il potere di limitarlo e contenerlo a suo piacere. Dal momento che il potere di indicare dei limiti alla sua libertà, implica necessariamente il potere di determinare che cosa deve rimanere irregolato, ne segue che il potere deve essere esclusivo; esso può risiedere in un solo potere sovrano e dunque il riconoscimento di questo potere porta con sé l'intera materia, senza lasciare nulla su cui gli stati possano intervenire» (*Gibbons vs. Ogden*, cit., p. 227).

[34] Vedi F. Frankfurter, *The commerce clause under Marshall, Taney and Waite*, cit., p. 16 ss.

[35] Vedi *infra*, cap. III, § 6.

[36] In base alla *political question doctrine* la Corte suprema ha ritenuto che l'interpretazione e applicazione di alcune norme costituzionali dovessero essere affidate alla discrezionalità dei poteri politici e sottratti al *judicial review*. In generale sul tema vedi M.R. Redish, *Judicial review and the "political question"*, in «Nw. U. L. Rev.», 1985, LXXIX, p. 1022 ss.; per una critica circa l'esistenza di parti della Costituzione escluse dalla *judicial review* vedi L. Henkin, *Is there a "political question" doctrine?*, in «Yale L. J.», 1976, LIIIV, p. 597 ss.

mercio è completo e non conosce altri limiti se non quelli indicati in Costituzione, sottolinea che «la saggezza e la discrezionalità del Congresso, l'identità (degli stati) con i cittadini, e l'influenza che i loro elettori posseggono in sede elettorale sono, in questo come in altri casi, quale ad esempio il dichiarare la guerra, i soli limiti sui quali (gli stati stessi) devono fare affidamento per tutelarsi da eventuali abusi del Congresso»[37]. Marshall addirittura avvicina la tematica delle relazioni intergovernative a quella, squisitamente politica, dell'eventuale adesione a conflitti armati[38], assegnando al *processo politico* il ruolo di unico argine all'esercizio congressuale dei poteri enumerati, secondo lo schema di un *process federalism*[39], *ante litteram.*

2f. *Il potere sul commercio all'indomani del caso* Gibbons*: una giurisprudenza rara e altalenante*

Nei decenni immediatamente successivi al caso *Gibbons* ben poche sono le decisioni concernenti il *commerce power* dal momento che, come accennato, il Congresso stesso fa scarso uso di tale competenza. In tali rare circostanze, però, nota la dottrina[40], la giurisprudenza della Corte suprema, non più presieduta da Marshall[41], ha un andamento poco coerente. In alcuni casi, infatti, la Corte ribadisce che i limiti del *commerce power* sono essenzialmente politici[42] e che tale competenza può essere estesa a situazioni interne ai singoli stati purché queste abbiano un'eco sui traffici interstatali, mentre, in altri casi, la Corte sembra anticipare le posizioni con le quali, di lì a pochi anni, cercherà di preservare un federalismo duale, caratterizzato cioè da una rigida separazione di competenze.

---

[37] *Gibbons vs. Ogden*, cit., p. 197.

[38] La politica estera, e in particolare l'adesione ai conflitti, è indicata come uno dei campi tradizionali delle *political question*: vedi T. Blumoff, *Judicial review, Foreign Affairs, and Legislative Standing*, in «Ga. L. Rev.», 1991, XXV, p. 227 ss.

[39] Vedi *infra*, cap. III, § 6.

[40] L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 808, nota 6.

[41] Il *Chief Justice* Marshall fu seguito dai *Chief Justices* Taney, Chase and Waite che morì nel 1888. In tema vedi F. Frankfurter, *The commerce clause under Marshall, Taney and Waite*, cit., p. 1 ss.

[42] Vedi *United States vs. Marygold,* 50 U.S. 560 (1850), in cui viene ribadito che «il potere una volta concesso può operare su ogni aspetto del commercio al quale la discrezionalità del legislatore possa applicarlo»: *ivi,* p. 567.

Emblematico della prima tendenza è il caso *Daniel Ball*[43] del 1870, in cui la Corte addirittura riconosce al Congresso, sulla base del potere disciplinare il commercio interstatale, l'autorità di concedere licenze a navi che operano esclusivamente all'interno di uno stato, in quanto queste trasportano beni destinati ad altri stati o da questi originariamente importati.

Proprio la distinzione tra attività che si svolgono all'interno di uno stato ed attività che coinvolgono più stati, sostanzialmente disapplicata nel caso appena citato, è invece, nel 1879, alla base della pronuncia di illegittimità dei *Trade-mark cases*[44], nei quali viene dichiarato incostituzionale il sistema di registrazione dei marchi, contenuto in una normativa federale, in quanto non limitato alla disciplina dei marchi di prodotti destinati al commercio interstatale. Tale provvedimento infatti, secondo la Corte, fornendo una disciplina generale, si riferiva anche a prodotti destinati solo al traffico interno agli stati, oltrepassando così i limiti del *commerce power*[45].

Insieme alla natura interstatale o meno degli scambi, la Corte, nelle occasioni in cui decide di cassare l'attività legislativa del Congresso, utilizza un altro argomento, già evidenziato da Marshall, e destinato a svolgere un ruolo crescente nella giurisprudenza: la distinzione tra *commerce power* e *police power*.

Proprio questo, anzi, è l'argomento utilizzato nella prima pronuncia in cui la Corte dichiarò illegittima una legge federale perché eccedente il potere sul commercio: il caso *United States vs. Dewitt*[46] del 1869. Nella decisione, in particolare, la Corte suprema disapplica una legge federale che vieta il commercio di olii facilmente infiammabili, sostenendo che tale disciplina ecceda le competenze

---

[43] *The Daniel Ball*, 77 U.S. 557 (1870).

[44] 100 U.S. 82 (1879).

[45] «Quando il Congresso adotta una legge che può essere valida solo in quanto disciplina del commercio, è ragionevole aspettarsi di trovare dall'evidenza della legge o dalla sua natura che si tratta di una regolazione del commercio tra […] nazioni straniere, tra i diversi stati o con le tribù indiane. Se non è così circoscritta, si tratta di un eccesso di potere del Congresso. Se il suo principale obiettivo è stabilire una regolazione applicabile a tutti i traffici, specialmente se è evidente che è volta a regolare il commercio tra i cittadini dello stesso stato, è ovviamente l'esercizio di un potere non assegnato al Congresso»: *Trade-mark cases*, cit., pp. 96-97.

[46] 76 U.S. 41 (1869).

del Congresso, il cui potere esclude la possibilità «di interferire con i traffici e gli affari interni di uno stato»[47]. La legge considerata, invece, attenendo alla sicurezza e alla salute dei cittadini, è chiaramente, secondo i giudici, una *regulation of police*, che non compete al Congresso tranne nell'ipotesi, eccezionale, in cui su un territorio sia esclusa ogni legislazione degli stati, come nel caso sancito in Costituzione del distretto della Columbia[48].

3. *Primi passi del potere sul commercio. L'interpretazione* materiale *e quella* teleologica

Nel 1887 il Congresso approva l'*Interstate Commerce Act*, inaugurando il nuovo ruolo interventista del governo federale[49] e dando inizio ad un crescente e sistematico utilizzo della *commerce clause*, che solleciterà forti censure da parte della Corte suprema.

Il periodo dal 1890 al 1937, che abbiamo già identificato come la seconda fase della giurisprudenza sul *commerce power*[50], è caratterizzato, secondo la lettura tradizionale, da molteplici dichiarazioni di incostituzionalità di leggi federali, considerate eccedenti la competenza sul commercio interstatale. In realtà, nota certa dottrina, le pronunce di tal tipo furono numericamente esigue[51], ma, ciò nonostante, esercitarono tanto sulle corti inferiori, quanto sul Congresso una forte influenza: «come la proverbiale spada di Damocle», scrive Laurence Tribe, «tali pronunce esercitavano i loro effetti semplicemente pendendo sui loro capi e non cadendo su di essi»[52].

---

[47] *United States vs. Dewitt*, cit., p. 44.

[48] La clausola 17 dell'art. I, sez. VIII, riconosce infatti al Congresso il diritto di «esercitare esclusivo potere di legiferare in merito a qualsiasi materia, in quel distretto (non eccedenti le dieci miglia quadrate) che per cessione di singoli stati e dietro approvazione del Congresso, divenga sede del governo degli Stati Uniti».

[49] Vedi *supra*, cap. I, § 6.

[50] Vedi *supra*, § 2.

[51] Vedi In re *Heff*, 197 U.S. 488 (1905); *Employers Liability Cases*, 207 U.S. 463 (1908); *Adair vs. United States,* 208 U.S. 161 (1908); *Keller vs. United States,* 213 U.S. 138 (1909); *Hammer vs. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918); *A.L.A. Schechter Poultry corp. vs. United States,* 295 U.S. 495 (1935); *Railroad Retirment Board vs. Alton R.R. Co.,* 295 U.S. 330 (1935); *Carter vs. Carter Coal Co.,* 298 U.S. 238 (1936).

[52] Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 810, nota 8.

Un'interpretazione univocamente restrittiva delle decisioni della Corte suprema sarebbe però scorretta: quest'ultima, infatti, utilizza diversi criteri ermeneutici per delineare il portato normativo della clausola sul commercio, addivenendo in alcuni casi anche a letture espansive dei poteri del Congresso. A tal proposito, in primo luogo occorre notare che la Corte accoglie, già in questo periodo, tutte le connotazioni con le quali la competenza "commercio" può essere intesa; in particolare essa viene interpretata come *materia* da disciplinare, come *finalità* da tutelare e, episodicamente, come vedremo nel prossimo paragrafo, come *strumento* per regolare oggetti lontani dalla stessa *ratio* della norma.

Nella decisione *United States vs. Knight Company*[53] del 1895 la Corte suprema, ad esempio, sembra fornire una ricostruzione rigorosamente *materiale* della competenza sul commercio: in essa infatti esclude l'applicabilità della disciplina federale antimonopolistica ad una compagnia che gestiva la quasi totalità della produzione di zucchero raffinato, sostenendo che l'attività dell'azienda fosse attività di *manufacture*, di produzione, che precede e si distingue da quella del commercio. Esplicitamente la Corte nega un approccio finalistico, affermando che estenderebbe illimitatamente le competenze congressuali la posizione secondo cui «il potere di occuparsi di monopoli può essere esercitato direttamente dal governo generale ogni volta che il commercio interstatale possa essere in ultima analisi influenzato»[54]: il fatto che i beni prodotti in regime di monopolio siano destinati anche al commercio tra gli stati non è elemento sufficiente per creare una competenza centrale. Da segnalare, nel caso di specie, è invece il tentativo del governo federale di ancorare il proprio potere alla natura dello zucchero quale *bene essenziale* (*necessary of life*)[55]: da tale caratteristica deriverebbe infatti la necessità di garantire la circolazione di questo bene tra i vari stati e, conseguentemente, la competenza legislativa del Congresso su di esso. La Corte, invece, approfitta di tale argomentazione governati-

[53] 156 U.S. 1 (1895).
[54] *United States vs. Knight Company*, cit., p. 13.
[55] *Ivi*, p. 12.

va per definire il contenuto del *police power*[56], legato appunto alla cura del generale benessere dei cittadini, e per ricordarne la piena titolarità in capo agli stati: la natura essenziale del bene "zucchero" e il suo conseguente legame con il benessere dei cittadini – sembra sottintendere la Corte – richiederebbe piuttosto interventi legislativi degli stati, unici responsabili delle vite e della salute dei cittadini.

La ricostruzione della competenza come "materia" in senso stretto sembra invece scomparire in diverse altre pronunce in cui la Corte riconosce chiaramente al Congresso la possibilità di disciplinare anche materie diverse dai traffici interstatali, qualora queste abbiano *effetto* sui traffici stessi. Il commercio interstatale, come già era stato prospettato nel caso *Gibbons*[57], cessa di essere semplice oggetto della potestà legislativa federale e diventa invece *télos*, finalità, per perseguire la quale il Congresso può disciplinare anche ambiti materiali differenti, purché idonei a incidere sul commercio stesso.

Tre sono poi gli schemi con cui tale lettura *teleologica* prende forma: un criterio che distingue tra effetti *diretti* ed *indiretti,* uno che riconduce la competenza al *flusso del commercio*, e un ultimo che potremmo definire *teleologico puro*.

In base al primo criterio il Congresso può disciplinare le attività che si svolgono anche all'interno di uno stato, purché queste abbiano un effetto *diretto* sul commercio interstatale. Tale criterio viene già evocato nel citato caso *Knight Company* dove la Corte, insieme alle argomentazioni sopra riportate, afferma tra l'altro, in un *obiter dictum*, che la disciplina *antitrust* federale non era legittimata neanche «dal fatto che i traffici o il commercio potessero essere *indirettamente* influenzati»[58] dal monopolio sulla produzione di zucchero.

La Corte non fornisce però alcun criterio per distinguere gli ef-

---

[56] «Non può essere negato che il potere di uno stato di proteggere le vite, la salute e la proprietà dei suoi cittadini, di preservare l'ordine e la pubblica moralità, il potere di governare gli uomini e le cose nei suoi limiti territoriali, è un potere originariamente e da sempre appartenente agli stati, non consegnato da essi al governo generale, non limitato dalla Costituzione degli Stati Uniti ed essenzialmente esclusivo»: *ivi*, p. 11. In tema vedi *supra*, in questo stesso capitolo, § 2c e, nel cap. I, § 2f.

[57] Vedi *supra*, § 2b.

[58] *United States vs. Knight Company,* cit., p. 17.

fetti diretti da quelli indiretti[59] fino al caso *Carter*[60] del 1936, nel quale, cassando un provvedimento che sulla base del *commerce power* riconosceva i diritti sindacali dei lavoratori nell'industria del carbone, afferma che «il termine *diretto* implica che l'attività […] funziona in modo immediato – non mediato, remoto o collaterale – per produrre l'effetto. Esso implica l'assenza di una causa efficiente o di una condizione che intervenga. E l'entità dell'effetto non ha nessuna relazione logica con la sua natura. La distinzione tra un effetto diretto ed indiretto non si basa sulla grandezza della causa o dell'effetto, ma semplicemente sul modo in cui tale effetto è stato prodotto»[61]. Nel caso di specie, a parere della Corte, le relazioni sindacali, e gli eventuali disordini e scioperi connessi, hanno un carattere essenzialmente locale; gli effetti di tali fenomeni sui traffici interstatali, quali l'irregolarità nella produzione, sono a parere della Corte effetti non diretti, mancando un rapporto causa-effetto immediato. Anche la notevole entità di tali fenomeni non è in grado di alterare la natura rigorosamente indiretta del modo con cui essi incidono sui traffici commerciali[62].

Una seconda modalità con la quale la Corte suprema interpreta il criterio teleologico è quella in base alla quale viene riconosciuta sussistente la competenza federale su tutto ciò che concerne lo *stream of commerce*, il "corso del commercio"[63]. Tale schema viene adottato per la prima volta nel caso *Swift & Company vs. United States*[64], nel quale la Corte sostiene la legittima applicazione della disciplina federale antimonopolistica ad una compravendita di bestiame interamente intra-statale, in quanto fase di un più ampio traffico

[59] Tale criterio viene comunque applicato ancora una volta in *A.L.A. Schechter Poultry corp. vs. United States,* cit.

[60] Vedi *Carter vs. Carter Coal Company*, cit., in cui la Corte censura il *Bituminous Coal Conservation Act* del 1935 (49 Stat. 991), il quale regolava sotto svariati aspetti l'industria del carbone, compresi la produzione, la distribuzione, i prezzi e le relazioni sindacali.

[61] *Ivi*, pp. 307-308.

[62] *Ivi*, p. 308.

[63] Che il criterio dello *stream of commerce* abbia una connotazione finalistica, in cui cioè rilevano gli effetti sul commercio e non la natura commerciale della materia regolata, è sottolineato da B.I. Bittker, *Bittker on the regulation of interstate and foreign commerce*, cit., p. 5.7.

[64] 196 U.S. 375 (1905).

interstatale. La singola compravendita, cioè, sarebbe una parte della «corrente del commercio tra gli stati»[65]. In particolare, spiega la Corte, ciò che conta è che il bestiame sia destinato ai traffici interstatali, mentre non rileva che lo scambio considerato si svolga interamente all'interno del territorio di Chicago: la compravendita dei capi in tal luogo è comunque parte di un più ampio commercio fra i vari stati.

L'approccio della Corte, nell'interpretazione del *commerce power*, è chiaramente non formalista[66]: gli stessi giudici esplicitamente affermano che il commercio tra gli stati «non rappresenta un concetto tecnico giuridico (*techhnical legal conception*), ma un criterio pratico, esso stesso delineato dal corso effettivo degli affari»[67].

Una disciplina analoga a quella oggetto del caso *Swift* è occasione per una nuova applicazione, nel 1922[68], del criterio dello *stream of commerce*. Ancora una volta è oggetto di disciplina la compravendita di bestiame svolta all'interno di uno stato. La Corte, cogliendo la *ratio* del *commerce power,* sottolinea che finalità della disciplina federale sia assicurare la libera circolazione dei capi dall'ovest verso l'est, evitando manipolazioni artificiali di prezzi e monopoli. In quest'ottica i singoli centri di compravendita sono tasselli del "flusso" del commercio interstatale.

La Corte, poi, dopo aver esplicitamente legato la competenza del Congresso alla finalità perseguita, più che alla materia disciplinata, sottolinea come lo stesso oggetto regolato, ossia le rivendite di bestiame interne ai singoli stati, vedano alterata la propria natura a causa del bene sovrastatale che concorrono a tutelare: la finalità generale di garanzia del libero scambio, che le rivendite contribuiscono a perseguire, modifica la stessa *natura locale* dell'oggetto, trasformandolo in uno di carattere *nazionale*, richiedente di conseguenza una disciplina del Congresso federale. Spiega chiaramente la Corte: «la legge (federale) si riferisce ai vari centri di smistamento di bestiame del paese come a grandi *servizi pubblici nazionali* per promuovere il flusso del commercio dalle fattorie dell'ovest ai

---

[65] *Ivi*, p. 399.

[66] Sottolineano questo aspetto G.R. Stone *et al.*, *Constitutional Law*, cit., p. 164.

[67] *Swift & Company vs. United States*, cit., p. 398.

[68] Vedi *Stafford et al. vs. Wallace*, 258 U.S. 495 (1922).

consumatori dell'est. Essa considera che essi svolgano un'attività condizionata da una utilità pubblica di carattere nazionale (*of a national character*) e soggetta a regolazione nazionale (*national regulation*)»[69].

In altri casi la Corte suprema applica, invece, quello che si è sopra indicato come il criterio *teleologico puro*: la competenza congressuale viene dedotta unicamente dai generici effetti che l'oggetto regolato eserciterebbe sul commercio interstatale. Vengono meno, quindi, gli ulteriori requisiti, quali gli "effetti diretti" o l'appartenenza al "flusso del commercio", idonei (almeno in linea teorica) a circoscrivere l'impatto di una lettura puramente finalistica della competenza "commercio".

Emblematica di tale orientamento è la decisione nota come *Shreveport Rate Case*[70], nella quale la Corte valuta la legittimità della disciplina federale che consentiva all'*Interstate Commerce Commission* di controllare le tariffe ferroviarie anche dei percorsi interni agli stati. Nel caso in questione, in particolare, l'agenzia aveva censurato le minori tariffe previste per percorsi interni rispetto a quelle più alte applicate a direzioni extrastatali, poiché tale differenza di costi favoriva i commerci interni a discapito di quelli interstatali.

Come si accennava, nelle argomentazioni, il giudice Hughes, autore dell'*opinion*, non fa alcun riferimento ad ulteriori canoni ermeneutici, ma semplicemente «rigetta l'artificiosa distinzione tra *intrastate* ed *interstate* sostenendo che il Congresso può regolare attività che si svolgono all'interno di uno stato qualora siano *correlate* al commercio interstatale»[71].

La trasformazione della competenza federale da materia in finalità è evidentissima nelle parole della Corte; essa afferma infatti che il Congresso ha il potere di adottare «tutta la legislazione appropriata per la protezione e lo sviluppo del commercio», «per promuovere la sua crescita e garantirne la sicurezza». In particolare la sua autorità si estende «a quegli aspetti che abbiano una relazione stretta (*close*) e sostanziale (*substantial*) con i traffici interstatali, aspetti il

---

[69] *Ivi*, p. 516.

[70] *Houston, East and West Texas Railway Company vs. United States*, 234 U.S. 342 (1914).

[71] Vedi L. Fisher, *American Constitutional Law*, cit., p. 355.

cui controllo è essenziale (*essential*) o appropriato (*appropriate*) per la sicurezza e l'efficienza di tali traffici»[72].

Nell'espandere la lettura del *commerce power* la Corte, peraltro, non cita esplicitamente *ad adiuvandum* neanche la clausola dei poteri impliciti che, appunto, assegna al Congresso le competenze «necessarie e opportune» per l'esercizio dei poteri enumerati: la Corte in questa, come nella maggior parte delle decisioni del periodo[73], considera infatti «autoevidente»[74] la legittimità di un'interpretazione teleologico-espansiva, ritenendo superfluo, per sostenerla, il richiamo agli *implied powers*.

4. *(Segue) L'interpretazione* strumentale: *la competenza sul commercio per perseguire valori estranei alla* ratio *della norma*

La giurisprudenza di questa fase offre, come già accennato, anche esempi di un uso meramente *strumentale* del potere sul commercio interstatale: il Congresso cioè non solo supera l'idea della competenza come materia, come *settore* nell'ambito del quale esercitare il suo potere legislativo, per considerarla invece un *valore* tutelabile anche regolando settori differenti, ma la trasforma addirittura in un *mezzo* per tutelare valori completamente avulsi dalla *ratio* della norma.

In tal senso la sentenza più significativa è *Champion vs. Ames*[75] del 1903, meglio nota come *Lottery Case*; oggetto di giudizio è infatti la legislazione approvata dal Congresso nel 1895 per vietare la circolazione tra i vari stati di biglietti della lotteria.

Tale disciplina fu in realtà approvata a Washington su richiesta degli stessi stati i quali, non avendo competenza sui traffici esterni al loro territorio, si erano di fatto scoperti incapaci di controllare e vietare effettivamente tale circolazione. Charles Champion, incrimi-

---

[72] Vedi *Houston, East and West Texas Railway Company vs. United States*, cit, p. 351.

[73] Fanno eccezione le decisioni *United States vs. Coombs*, 37 U.S. 72 (1838) e *Northern Securities Co vs. United States,* 193 U.S. 197 (1904), nelle quali viene invece richiamata la clausola dei poteri impliciti (art. I, sez. VIII, cl. 18).

[74] Vedi B.I. Bittker, *Bittker on the regulation of interstate and foreign commerce*, cit., p. 5.7.

[75] 188 U.S. 321 (1903).

nato sulla base delle disposizioni federali, sostiene la loro illegittimità in quanto eccedenti il *commerce power*.

In tale sentenza la Corte suprema affronta preliminarmente una questione: il potere sul commercio include quello di vietarlo? Il potere di regolare un oggetto include quello di proibire l'attività da regolare? La risposta appare non scontata, alla luce soprattutto della funzione che i delegati assegnarono a tale competenza, ossia quella, opposta, di rimuovere ogni impedimento allo svolgimento del commercio stesso. Nonostante tali premesse, la Corte suprema, richiamando ampiamente le argomentazioni del giudice Marshall in *Gibbons vs. Ogden*[76], ribadisce che il potere di regolare il commercio coincide con quello di limitarlo e contenerlo come si ritiene opportuno, ed afferma per la prima volta esplicitamente che il potere sul commercio può essere esercitato, a volte, con l'effetto di escludere determinati articoli dal commercio stesso[77].

Ciò che più rileva, nel caso *de quo*, sono però le motivazioni sottese a tale divieto. La finalità del provvedimento, evidentemente, non è, come nei casi già analizzati, legata alla tutela del libero mercato; paradossalmente il potere sul commercio diventa strumento per limitare il libero scambio che con esso si voleva tutelare. Lo scopo è, secondo la stessa Corte suprema, quello di «tutelare la moralità del popolo degli Stati Uniti»[78]: la disciplina dei traffici diventa strumento per perseguire finalità ben lontane da quelle per cui i delegati avevano affidato al governo federale il *commerce power*.

Come la dottrina ha notato[79], nel *Lottery Case* la Corte suprema sembra addirittura superare le ampie interpretazioni dei poteri congressuali fornite da Marshall nella prima fase della giurisprudenza

---

[76] Vedi *supra*, § 2.

[77] *Champion vs. Ames*, cit., pp. 362-363.

[78] *Ivi*, p. 357. Sostiene la Corte che: «(Il Congresso), con questo atto, non intende interferire con le vicende completamente interne di ciascuno stato, ha solo legiferato su un argomento che concerne il popolo degli Stati Uniti. Come uno stato può, con lo scopo di tutelare la moralità della sua gente, vietare la vendita di biglietti della lotteria all'interno del suo territorio, così il Congresso, con lo scopo di tutelare il popolo degli Stati Uniti contro la dilagante pestilenza delle lotterie e per proteggere il commercio che concerne tutti gli stati, può proibire il trasporto di biglietti della lotteria da uno stato ad un altro».

[79] Vedi G.R. Stone *et al.*, *Constitutional Law*, cit., p. 166.

della Corte. Nel caso *McCulloch vs. Maryland*[80], ad esempio, pur riconoscendo la legittimità dell'istituzione di una banca federale quale strumento *necessary and proper* per l'esercizio di svariati poteri federali[81], il giudice Marshall spiegava che l'interpretazione estensiva dei poteri impliciti non si sarebbe tradotta in un'usurpazione dei poteri statali, in quanto il potere giudiziario avrebbe controllato la *relazione* tra gli *strumenti* utilizzati dal Congresso e il *fine* perseguito, per evitare che gli *implied powers* si trasformassero in «pretesto per il raggiungimento di fini non affidati al governo federale»[82].

L'uso del potere sul commercio per vietare le lotterie, nel *Lottery case*, sembra invece rappresentare ciò che Marshall stigmatizzava, ossia la trasformazione del *commerce power* in un "pretesto" per promuovere un obiettivo non incluso nei poteri enumerati, obiettivo coincidente, nel caso di specie, con la tutela dei valori etico-sociali del tempo.

Il *Lottery Case* rappresenta così la decisione più innovativa del periodo, proprio in quanto legittima, per la prima volta, una lettura assolutamente "strumentale" del potere sul commercio, dove la regolazione dei traffici è via per la tutela di valori quali la moralità o la salute generale, evidentemente distanti dalla *ratio* della *commerce clause*: utilizzando questa lettura, la Corte suprema sostiene infatti anche la legittimità di leggi federali che, attraverso la competenza sul commercio, vietano il trasporto di prostitute[83] e di veicoli rubati[84], così come la vendita di cibi adulterati[85].

Il salto della Corte suprema verso un'interpretazione estensiva della competenza sul commercio è però solo parziale; come già detto[86], la cosiddetta seconda fase della giurisprudenza sul *commerce*

---

[80] 17 U.S. 316 (1819).

[81] Si pensi al potere di esigere le tasse, quello di prendere in prestito, regolare il commercio o condurre una guerra: vedi *McCulloch v. Maryland*, cit., p. 407.

[82] Afferma più esattamente la Corte: «Dovesse il Congresso, nell'esercizio dei suoi poteri, adottare misure che sono vietate dalla Costituzione, o dovesse il Congresso, con il pretesto di esercitare i suoi poteri, adottare leggi per il raggiungimento di fini non affidati al governo (federale), sarebbe dovere doloroso di questo tribunale […] dire che tale atto non è una *law of the land*»: *ivi*, p. 423.

[83] Vedi *Hoke vs. United States*, 220 U.S. 45 (1913); *Caminetti vs. United States*, 242 U.S. 470 (1917).

[84] Vedi *Brooks vs. United States*, 267 U.S. 432 (1925).

[85] Vedi *Hippolite Egg Co. vs. United States*, 220 U.S. 45 (1911).

[86] Vedi *supra*, § 3.

power, più o meno collocabile tra l'adozione dell'*Interstate Commerce Act* e il 1937, è nota per il fatto che la Corte censura leggi federali, applicando restrittivamente varie categorie interpretative: censura, ad esempio, la disciplina che prevede un sistema pensionistico per i ferrovieri, perché non ha una «relazione ragionevole»[87] con il trasporto interstatale, così come censura il *Live Poultry Code*[88], che proibisce il lavoro minorile, fissa orari massimi di lavoro e paghe minime, in quanto estraneo al flusso del commercio e attinente ad attività che solo indirettamente hanno effetti sui traffici interstatali.

Il caso più emblematico dell'orientamento restrittivo della Corte suprema è la decisione *Hammer vs. Dagenhart*[89]del 1918, in cui la Corte si trova a valutare un uso strumentale del potere sul commercio esattamente come nel *Lottery Case*: in questo caso, tuttavia, decide in maniera totalmente antitetica.

Oggetto di giudizio è una legge federale che vieta il commercio di beni prodotti con lavoro minorile. Come nel *Lottery Case* la regolazione del commercio consiste nel vietare la circolazione di determinati beni e, come in quel caso, il divieto non persegue la tutela del libero mercato, ma quella di altri valori, coincidenti, nel caso *Hammer*, con la sottrazione dei minori alle attività lavorative e, nel caso *Lottery*, con la cessazione di una forma di gioco d'azzardo.

Nonostante le analoghe premesse, la Corte decide diversamente, dichiarando incostituzionale la legge federale limitativa del lavoro minorile perché eccedente la competenza sul commercio riconosciuta al Congresso. In particolare, la Corte ritiene che nel caso dei biglietti della lotteria, come in quello della circolazione delle prostitute o dei veicoli rubati, il trasporto interstatale fosse necessario complemento delle attività dannose, creando così un legame tra esse e il potere di regolare il commercio. Nel caso *Hammer* invece questo elemento, a giudizio della Corte, mancherebbe, essendo la circolazione dei beni prodotti da minori irrilevante rispetto alla precedente attività di produzione[90] ed estranea quindi alla portata dannosa del fenomeno.

---

[87] Vedi *Railroad Retirement Board vs. Alton R.R. Co*., 295 U.S. 330 (1935).

[88] Vedi *A.L.A. Schechter Poultry Corp. vs. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

[89] 247 U.S. 251 (1918).

[90] *Hammer vs. Dagenhart*, cit., p. 271.

Inoltre, aggiunge la Corte, il divieto del Congresso di far circolare i biglietti della lotteria è giustificato dalla natura in sé dannosa dei beni stessi[91], là dove i manufatti dei minori non hanno invece tale caratteristica: in breve, la disciplina federale oggetto di giudizio non rappresenta in alcun senso una regolazione dei traffici, ma unicamente una regolazione dei rapporti di lavoro, costituente una materia di interesse squisitamente locale[92].

Già i commentatori del tempo[93] sottolinearono la natura quasi sofistica delle argomentazioni della Corte, evidenziando peraltro l'erroneità del presupposto secondo cui il traffico dei beni prodotti dai minori non fosse parte integrante della dannosità del lavoro minorile: che senso avrebbe infatti utilizzare i minori se i loro manufatti non potessero essere venduti?

In realtà la dottrina attuale[94] riconosce che la giurisprudenza di questo periodo fu in alcuni casi *formalista*, interpretando la competenza sul commercio in modo strettamente legato al *nomen legis*, mentre in altri fu chiaramente *realista*, non guardando cioè al dettato normativo, ma alla *ratio* della norma, ed arrivando anche ad oltrepassare quest'ultima quando il *commerce power* appariva l'unica competenza idonea a disciplinare materie non incluse nei poteri enumerati, ma meritevoli, secondo la Corte, di un intervento federale.

Tanta varietà interpretativa produce esiti che fanno apparire la giurisprudenza della Corte suprema quasi «arbitraria»[95]; come abbiamo già sottolineato nel capitolo precedente[96], in tali decisioni è tuttavia probabilmente rinvenibile una scelta di merito: tutte le sentenze limitative di poteri federali appaiono infatti condizionate dall'ostilità verso un ruolo regolatore del governo centrale e in generale di tutti i pubblici poteri, ostilità dimostrata dalle parallele pronunce con cui la Corte invalida anche gli interventi regolatori degli stati, sostenendone la contrarietà alla libertà di contratto[97].

---

91 *Ivi*, p. 272.

92 *Ivi*, p. 276.

93 Vedi T.R. Powell, *Child Labor, Congress, and the Constitution,* in «N.C.L. Rev.», 1922, I, p. 61 ss.

94 Vedi G.R. Stone *et al.*, *Constitutional Law*, cit., p. 164.

95 Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 811.

96 Vedi *supra*, cap. I, § 6.

97 Vedi *supra*, cap. I, § 6, nota 208.

5. *La terza "evoluzione" della* commerce clause

L'ostilità della Corte suprema nei confronti del ruolo regolatore dei pubblici poteri e in particolare nei confronti della federazione, cui il *New Deal* rooseveltiano aveva nel frattempo assegnato un ruolo fortemente interventista[98], viene superata nel 1937 con la celebre decisione *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin*[99].

Con tale decisione ha inizio la terza "evoluzione"[100] della giurisprudenza sul *commerce power*[101], sostanzialmente segnata da una lettura fortemente estensiva dei poteri del governo centrale.

Come già ricordato[102], il *revirement* giurisprudenziale, a seguito del quale la Corte sosterrà interamente le politiche rooseveltiane, fu favorito, se non determinato, dalla proposta dello stesso Presidente di modificare la composizione della Corte suprema, al fine di nominare un numero di giudici sufficiente a creare una maggioranza pronta a sostenere il nuovo ruolo regolatore di Washington. Come noto, la modifica non fu necessaria, in quanto uno dei giudici ostili alla legislazione federale, Owen Roberts, mutò orientamento e, proprio in occasione della decisione su citata, accolse un'ampia lettura teleologica del potere sul commercio con cui tramontava definitivamente il mito dello «stato minimo»[103].

5a. *Espansione della lettura teleologica*

Oggetto di giudizio nel caso *Jones & Laughlin* è il *National Labor Relations Act*[104] del 1935, il quale disciplina le relazioni sindacali, riconoscendo il diritto dei lavoratori ad organizzarsi e contrattare collettivamente. Esso istituisce, parallelamente, un dipartimento avente

---

98 Vedi *supra*, cap. I, § 7.

99 301 U.S. 1 (1937).

100 Vedi D.J. Merrit, *Textualism and federalism. The third translation of the commerce clause: Congressional power to regulate social problems*, in «Geo. Wash. L. Rev.», 1998, LXVI, p. 1206 ss.

101 Sulle fasi nelle quali è stata divisa la giurisprudenza sul *commerce power* vedi *supra,* § 2.

102 Vedi *supra*, cap. I, § 7.

103 Vedi *supra*, cap. I, § 3.

104 49 Stat. 449 (1935).

l'incarico di individuare e punire comportamenti discriminatori nei confronti dei membri delle associazioni sindacali[105].

L'*opinion* viene redatta dal *Chief Justice* Hughes, il quale fornisce una lettura chiaramente teleologica della competenza "commercio", sostenendo che la disciplina delle relazioni sindacali produce effetti sui traffici interstatali, risultando così inclusa nella competenza congressuale sul *commerce power*. Il potere di regolare tali relazioni scaturisce, in particolare, dagli innegabili effetti negativi che il conflitto tra lavoratori e datori di lavoro, nell'ambiente industriale, produce sui commerci interstatali, e dal fatto che il conflitto stesso si riduca tutelando la contrattazione collettiva e i diritti sindacali[106].

Nell'estendere la competenza congressuale, la Corte suprema esclude esplicitamente l'applicazione di categorie ermeneutiche utilizzate in precedenza. In particolare essa nega che l'eventuale natura "intrastatale" dei disordini sindacali precluda *in toto* la competenza del Congresso[107], e supera, per la prima volta esplicitamente, anche l'applicazione della categoria del "flusso del commercio", sostenendo la possibilità per la federazione di disciplinare anche materie completamente estranee ai traffici. Il giudice Hughes afferma chiaramente che: «l'autorità del Congresso di proteggere il commercio interstatale da ostacoli ed ostruzioni non è limitata alle transazioni che possono essere ritenute parte essenziale del flusso del commercio interstatale e straniero. Gli ostacoli e le ostruzioni possono essere dovuti ad azioni dannose scaturenti da altre fonti. Il principio fonda-

[105] Proprio il licenziamento di lavoratori sindacalmente attivi ad opera della società Jones & Laughlin, sanzionato dal *National Labor Relations Board*, è occasione per la pronuncia della Corte suprema.

[106] Aggiunge la Corte: «L'esperienza ha abbondantemente dimostrato che il riconoscimento dei diritti dei lavoratori ad autorganizzarsi e ad avere propri rappresentanti scelti per la contrattazione collettiva è spesso una condizione essenziale per la pace industriale. Il rifiuto di riconoscerli e di negoziare è stata una delle cause più prolifiche di conflitto. Questo è un fatto così evidente nella storia dei disordini nelle relazioni di lavoro che è oggetto degno di nota da parte del giudice e non richiede la citazione di esempi». Vedi *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin*, cit., p. 42.

[107] «Sebbene le attività possano essere di natura intrastatale quando considerate separatamente, se esse hanno una relazione così stretta e sostanziale con il commercio interstatale che il loro controllo è essenziale o appropriato a proteggere quel commercio da ostacoli ed ostruzioni, il Congresso non può vedersi negato il potere di esercitare quel controllo»: *ivi*, p. 37.

mentale è che il potere di regolare il commercio coincide con il potere di adottare tutta la legislazione appropriata per la sua protezione e per il suo sviluppo, […] il potere di incoraggiar(lo), protegger(lo), controllar(lo) e limitar(lo). Tale potere è pieno e può essere esercitato per proteggere il commercio interstatale qualunque sia la fonte del pericolo che lo minacci»[108].

Nonostante tali parole facciano pensare ad un accoglimento incondizionato di quello che abbiamo precedentemente definito criterio teleologico "puro"[109], la Corte suprema, in realtà, nel caso *Jones & Laughlin*, non rinuncia a indicare un criterio residuo di delimitazione della competenza congressuale e richiama la categoria degli effetti "diretti". In particolare la Corte chiarisce che lo scopo del *commerce power* deve essere analizzato «alla luce del sistema duale di governo» e non può quindi essere esteso in modo da comprendere gli effetti «così indiretti e remoti, che includerli cancellerebbe la distinzione tra ciò che è nazionale e ciò che è locale, creando un governo completamente centralizzato»[110]. La Corte, così, lega all'essenza stessa dello stato federale, l'illegittimità delle discipline nazionali che concernano fattispecie aventi solo effetti *indiretti* sui traffici interstatali.

Pur richiamando modelli interpretativi precedenti, la decisione *de qua* fornisce una lettura molto ampia della competenza federale e segna indubbiamente una svolta nella giurisprudenza della Corte suprema, provocando in dottrina valutazioni radicalmente differenti. Al di là, infatti, dell'opportunità politica della legge federale, è la stessa interpretazione giuridica della sentenza a dividere gli studiosi. Secondo alcuni di questi la decisione non rappresenta uno snaturamento della competenza "commercio", ma solo l'adozione, nella sua lettura, di un approccio «realista»[111], in base al quale la Corte sceglie un criterio «economico e pragmatico»[112] per determinare se un'attività incida sul commercio: i conflitti sociali, soprattutto nel periodo considerato, costituiscono effettivamente un fenomeno notevole in grado, secondo tale posizione, di intaccare la produzione e successi-

---

108 *Ivi*, pp. 36-37.
109 Vedi *supra*, § 3.
110 *Ivi*, p. 37.
111 Vedi G.R. Stone *et al.*, *Constitutional Law*, cit., p. 181.
112 *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin*, cit., p. 37.

vamente il commercio. Accanto a tale lettura, che interpreta la decisione come un superamento dell'approccio formalista a favore di una lettura «pratica»[113] del potere sul commercio, ve ne sono altre che considerano invece i presunti effetti dei disordini sindacali sui traffici una mera «finzione legale»[114]. Quest'ultima nasconderebbe, in realtà, una valutazione politica del Congresso, accettata dalla Corte, in base alla quale il processo di sindacalizzazione del sistema industriale richiederebbe necessariamente, per la sua realizzazione, l'intervento del potere federale.

La distinzione tra effetti diretti e indiretti sul commercio, quale discrimine per la legittimità dell'intervento federale, fatta salva come visto anche nella decisione *Jones & Laughlin*, viene superata, solo pochi anni dopo, nel 1942, nel caso *Wickard vs. Filburn*[115].

Oggetto di valutazione della Corte è l'*Agriculture Adjustment Act*[116], il quale mirava a limitare la sovrapproduzione per stabilizzare i prezzi, destinati altrimenti a crollare a causa della crisi economica. Tale finalità è perseguita dal legislatore federale fissando delle quote di produzione che, nel caso di specie, riguardavano la produzione di grano non destinato al commercio, ma prodotto dalle aziende agricole per il solo consumo interno.

Viene così disciplinata attraverso il *commerce power* un'attività di natura non commerciale e non avente con il commercio stesso alcuna relazione diretta; secondo la Corte, tuttavia, il Congresso ha il potere di disciplinare la produzione interna in quanto la somma delle eventuali molteplici produzioni interne di grano può, ragionevolmente, alterare l'equilibrio tra domanda e offerta nei traffici interstatali. Un'attività singolarmente irrilevante si trasforma, per effetto del suo aggregarsi ad attività analoghe, in una condotta rilevante per il commercio: ciò che conta è il c.d. *aggregation or cumulative effect*[117].

La Corte dichiara esplicitamente obsoleta la distinzione tra effetti diretti ed indiretti, affermando che «l'attività può essere disciplinata dal Congresso se ha un effetto economico sostanziale, e

---

113 *Ivi*, pp. 41-42.

114 Vedi R.A. Epstein, *The proper scope of the commerce power*, in «Va. L. Rev.», 1987, LXXIII, p. 1444.

115 *Wickard, Secretary of Agriculture vs. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942).

116 50 Stat. 246.

117 Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 813.

questo indipendentemente dal fatto che tale effetto possa essere stato, qualche tempo prima, definito diretto o indiretto». Smentendo quanto sostenuto nella decisione *Carter vs. Carter*[118] di pochi anni prima, in cui aveva chiarito che la distinzione tra i due tipi di effetti «non si basa sulla grandezza della causa o dell'effetto, ma semplicemente sul modo in cui quest'ultimo è stato prodotto», il giudice Jackson, estensore della sentenza, fa leva proprio sulle dimensioni degli effetti prodotti sul commercio interstatale, e scrive che «il fatto che il contributo di una persona alla domanda di grano possa essere per sé irrilevante, non è sufficiente ad escluderla dalle finalità della regolazione federale allorquando il contributo, considerato insieme a molti altri analoghi, è lungi dall'essere irrilevante»[119].

Le applicazioni più significative del criterio teleologico non si ebbero tuttavia, probabilmente, nel periodo del *New Deal*. Sarà infatti negli anni Sessanta, durante la battaglia del governo centrale contro la segregazione praticata negli stati meridionali, che il *commerce power* diventerà, addirittura, come vedremo fra un attimo, strumento di garanzia dei diritti civili.

5b. *In particolare: il caso del* Civil Rights Act. *La competenza sul commercio per la tutela dei diritti civili*

In relazione alla lettura finalistica del potere sul commercio, affermatasi definitivamente nel periodo del *New Deal*, meritano tuttavia particolare attenzione le decisioni *Heart of Atlanta Motel vs. United States*[120] e *Katzenbach vs. McClung*[121], adottate nel corso degli anni Sessanta. Entrambi i giudizi hanno per oggetto il *Civil Rights Act*[122] del 1964 che vieta ogni forma di segregazione per motivi di razza, religione o nazionalità in locali, scuole, mezzi di trasporto sia pubblici sia privati[123].

---

[118] Vedi *supra*, in questo capitolo, § 3.

[119] *Wickard, Secretary of Agriculture vs. Filburn*, cit., pp. 127-128.

[120] 379 U.S. 241 (1964).

[121] 379 U.S. 294 (1964).

[122] 78 Stat. 241.

[123] Vedi per un'ampia analisi del provvedimento M. Berger, *Equality by statute* (*The Revolution in Civil Rights*), Doubleday & Co., Garden City (N.Y.), 1967, p. 32 ss.

Tale provvedimento, come abbiamo visto in precedenza[124], fu espressione di una storica stagione per la protezione dei diritti civili, che vide contemporaneamente lo sviluppo della dottrina dell'*incorporation* del *Bill of rights* e l'adozione di atti legislativi ad opera del Congresso federale. Sulla scia degli orientamenti liberali[125] della Corte suprema, maturati nei confronti della popolazione afro-americana già nel corso degli anni Cinquanta, il Congresso aveva approvato una legge che rappresentava un vero spartiacque nella storia della segregazione.

Il significato del *Civil Rights Act* del 1964 è evidenziato da Daniel Elazar che sottolinea come esso abbia rappresentato una sorta di «trattato tra gli stati ed il governo federale per una riallocazione formale delle competenze in materia di segregazione»[126]. Fino ad allora, infatti, tale materia era stata di fatto affidata alla discrezionalità degli stati. Con la legge del '64, continua l'autore, la maggioranza degli stati stessi, rappresentata dai senatori, decise di affidare a Washington il compito di tutelare i diritti delle minoranze, per costringere gli stati contrari ad uniformarsi agli standard costituzionali federali. Era chiaro che il problema della discriminazione razziale non sarebbe stato risolto per via endogena dagli stati: l'unico strumento rimasto era un intervento imposto *ab externo* dall'autorità federale.

Il provvedimento, mirando a disciplinare direttamente le condotte dei privati, non poteva essere tuttavia adottato sulla base della

---

[124] Vedi *supra*, cap. I, § 11.

[125] Basti ricordare la celebre sentenza *Brown vs. Board of Education of Topeka* (344 U.S. 1, 1954) in cui la Corte supera la dottrina del *separate but equal,* secondo la quale la parità di trattamento era assicurata alle persone di colore purché venissero loro garantiti gli stessi servizi, anche se le strutture erano distinte da quelle utilizzate dai bianchi (*Plessy vs.* Ferguson, 163 U.S. 537, 1896). Nel caso *Brown* la Corte afferma invece che la separazione nelle scuole víola l'*equal protection clause* (XIV emendamento), richiedendo quindi la cessazione di ogni forma di segregazione e, a tal fine, l'intervento positivo delle istituzioni scolastiche statali e locali. Ma si veda anche la precedente decisione *Smith vs. Allwright* (321 U.S. 649, 1944), nella quale la Corte applica finalmente il XV emendamento che garantisce il diritto di voto a tutti i cittadini americani, ritenendo che una legge del Texas, che escludeva gli elettori di colore dalle primarie, fosse incostituzionale. Sul tema vedi G.F. Ferrari, *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Cedam, Padova, 1984, p. 139 ss.

[126] Vedi D. Elazar, *American federalism. A view from the states*, Crowell Co., New York, 1966, p. 24.

V sezione del XIV emendamento[127], e venne così approvato dal Congresso quale esercizio del *commerce power*: l'uso, evidentemente "anomalo", di tale competenza per la garanzia dei diritti civili fece sì che, lo stesso anno in cui fu pubblicato, tale atto fu oggetto di controllo di costituzionalità nelle due citate decisioni *Heart of Atlanta Motel* e *Katzenbach vs. McClung*.

La prima di esse viene tradizionalmente[128] indicata come la sentenza in cui è più evidente l'uso del potere sul commercio per la tutela di valori lontani dalla *ratio* della competenza stessa: il potere nato per garantire il libero mercato diventa fondamento per l'approvazione di un imponente intervento legislativo contro la segregazione razziale.

---

[127] Il *Civil Rights Act* poneva problemi riguardo alla competenza in base alla quale il Congresso potesse adottare un atto del genere: nei *Civil rights cases*, infatti, la Corte suprema aveva negato alla federazione la possibilità di disciplinare, attraverso la V sezione del XIV emendamento, le condotte dei privati (vedi *supra*, cap. I, § 5). Dopo un lungo dibattito, di conseguenza, il Congresso decise di adottare la nuova legge contro la segregazione utilizzando una competenza che, senza dubbi, gli riconosceva la possibilità di regolare i comportamenti degli individui: la *commerce clause*. Sostenendo gli effetti negativi che la segregazione ha sulla circolazione di beni e persone fra uno stato e l'altro, il legislativo federale sceglie di vietare tale fenomeno con il potere di regolare il commercio interstatale. Il potere sul commercio non è utilizzato solo nella tutela dei diritti degli afroamericani; anche altri fondamentali interventi federali in materia di diritti sono stati infatti adottati attraverso tale competenza, in virtù di presunti effetti negativi che le violazioni dei diritti tutelati esercitavano sui traffici interstatali. A titolo esemplificativo si considerino l'*Age Discrimination in Employment Act* del 1967 (81 Stat. 602; 29 USC sez. 621) e l'*Americans with Disabilities Act* del 1990 (104 Stat. 327; 42 USC sez. 12101). Il primo è un provvedimento del 1967, poi ripetutamente emendato, che tutelava coloro che avessero più di quaranta anni da discriminazioni sul posto di lavoro. Nelle premesse del provvedimento il Congresso sottolinea «l'esistenza in industrie che hanno effetti sul commercio, di discriminazioni arbitrarie nell'impiego a causa dell'età, (discriminazioni che) ostacolano il commercio e la libera circolazione di beni» (vedi *Statement of findings and purpose*, sez. 621, (a), 4): esplicitamente il legislatore federale richiama la consolidata lettura teleologica del *commerce power*, sottolineando presunti effetti negativi che le discriminazioni sul lavoro eserciterebbero sui traffici interstatali e così giustificando il proprio intervento in materia. Il secondo provvedimento citato, del 1990, rappresenta un'organica legislazione contro le discriminazioni che colpiscono i disabili, quali quelle sul posto di lavoro, nei trasporti, nell'accesso ai pubblici servizi. Anche in questo caso il legislatore federale si riferisce al potere di regolare il commercio quale strumento «per affrontare le maggiori aree di discriminazione affrontate ogni giorno dalle persone con disabilità» (vedi *Findings and purposes*, sez. 12101, (b), 4).

[128] Vedi fra i tanti J.H. Choper *et al.*, i quali parlano chiaramente di *protection of other interests through the commerce clause*, in *Constitutional Law*, West Group, St. Paul (Minnesota), 2001, p. 89 ss.

La Corte suprema, tuttavia, nel sostenere la legittimità costituzionale dell'atto, considera la sua decisione applicazione scontata del principio, già sostenuto in precedenza, secondo cui la competenza sul commercio si estende a tutte le attività che abbiano effetti sul commercio interstatale: la segregazione sui mezzi di trasporto, come nei luoghi di pubblico ritrovo, incide negativamente sui traffici tra uno stato e l'altro, implicando così una competenza a legiferare per il Congresso federale. Nelle argomentazioni della Corte, ad ogni modo, appare la consapevolezza che la *commerce clause* sia ormai il veicolo per tutelare interessi non altrimenti tutelabili dalla federazione.

Il giudice Clark, autore dell'*opinion*, dopo aver richiamato il criterio degli "effetti sul commercio", quale via per la disciplina di materie differenti dal commercio stesso, aggiunge infatti che elemento determinante per l'individuazione della competenza federale è l'esistenza, nel caso di specie, di una «relazione reale e sostanziale con *l'interesse nazionale*»[129]. Egli, poche righe dopo, sostiene che l'interesse tutelato sia quello al libero mercato ma, ambiguamente, cita, quali casi analoghi, una serie di decisioni, come il *Lottery Case* o *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin*, nelle quali la stessa Corte aveva invece riconosciuto che i valori tutelati dalla legge federale fossero diversi da quelli economici.

Più diretti sono invece i giudici Douglas e Goldberg i quali, stilando un'opinione concorrente, affermano, rispettivamente, che nel caso considerato l'interesse tutelato è quello «dei diritti umani»[130] e «della dignità umana»[131]: i due giudici superano così non solo nella sostanza, ma anche nominalmente, la necessità di un nesso teleologico tra l'attività disciplinata e il commercio interstatale.

Nella seconda sentenza su citata, *Katzenbach vs. McClung*, la Corte ribadisce la legittimità del provvedimento, ricordando che «il rifiuto di servire le persone di colore e la loro perdita totale come clienti ha, a prescindere dall'assenza di prove dirette, una stretta connessione con il commercio interstatale»[132].

Nel richiamare la lettura finalistica della competenza "commer-

---

129 *Heart of Atlanta Motel vs. United States*, cit., p. 255.
130 *Ivi*, p. 279.
131 *Ivi,* p. 291.
132 *Katzenbach vs. McClung*, cit., p. 300.

cio", la Corte spiega anche quale sia il suo ruolo nel relativo giudizio di legittimità: quale controllo, cioè, deve svolgere la Corte dinanzi alle discipline federali di attività diverse dagli scambi che, secondo il Congresso, producono effetti sul commercio? Il controllo, risponde la stessa Corte, deve essere quello di verificare solo la sussistenza di una *rational basis*[133], un «fondamento ragionevole» per ritenere la disciplina considerata necessaria alla protezione del commercio. La «deferenza»[134] della Corte alle scelte del legislatore è pressoché totale; essa aggiunge infatti che: «il potere del Congresso in questo campo è ampio e generale; quando esso si mantiene nella sua sfera e non viola espresse limitazioni costituzionali, è sempre stato compito della Corte, tornando indietro ai giorni fondanti della repubblica, non interferire»[135].

5c. *Conferme per la lettura* strumentale. *Il* national police power

La giurisprudenza successiva al 1937 è caratterizzata non solo da un ampio uso della lettura teleologica, ma anche dalla definitiva affermazione di una lettura meramente strumentale del potere sul commercio.

Sicuramente da segnalare, in questo senso, è la decisione *United States vs. Darby*[136] del 1941, nella quale la Corte suprema sostiene che il *Fair Labor Standards Act*[137], che fissa orari massimi di lavoro e salari minimi, sia legittimo esercizio del potere sul commercio. In particolare, il provvedimento vieta il commercio interstatale di beni prodotti da impiegati cui non siano applicati gli standard lavorativi indicati nella legge.

---

[133] *Ivi*, p. 304. Si tenga presente che il *rational basis test* trova generalmente applicazione nello scrutinio di costituzionalità che la Corte suprema effettua in base all'*equal protection clause*; soprattutto si noti che, fra le varie tipologie di test elaborate dalla Corte in materia, «il *rational basis* test è il livello minimo di scrutinio» cui i provvedimenti dei pubblici poteri vengono sottoposti: vedi E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 623 ss.

[134] L'atteggiamento della Corte è definito di *deference to congressional findings* da L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 815.

[135] *Katzenbach vs. McClung*, cit., p. 305.

[136] 312 U.S. 100 (1941).

[137] 52 Stat. 1060 (1938).

Come evidente, la decisione *de qua* interviene su un atto legislativo federale analogo a quello censurato nella sentenza *Hammer vs. Dagenhart*[138] del 1918: in quel caso il Congresso aveva vietato lo scambio di prodotti realizzati con il lavoro minorile, mentre in questa circostanza il divieto tocca manufatti di aziende che non rispettino i salari e gli orari fissati dalla federazione. Nel caso *Darby*, però, la Corte suprema decide in modo opposto, dichiarando l'atto federale legittimo e la decisione precedente esplicitamente *overruled*.

L'approccio nelle argomentazioni è, come è stato notato, rigorosamente formalista[139]: il potere di regolare il commercio, a parere della Corte, include anche quello di interdirlo, così che la natura dei beni vietati e le motivazioni di tale divieto restano irrilevanti nel giudizio di legittimità costituzionale. Tale posizione, nota il giudice Stone autore dell'*opinion*, si inserisce in realtà in un approccio che la Corte ha già ampiamente legittimato nel *Lottery Case* e in altre decisioni analoghe[140]: l'anomalia, secondo il giudice, è stata invece la decisione *Hammer* che ha rappresentato una deviazione dalla tradizionale posizione della Corte, secondo cui «il potere sul commercio non conosce altre limitazioni se non quelle esplicitate in Costituzione»[141].

Nel caso *Darby* la Corte riconosce come ordinario e legittimo l'uso meramente strumentale del potere sul commercio: essa afferma esplicitamente che la finalità della legge, secondo lo stesso legislatore, non è quella di disciplinare fenomeni che possono incidere sul commercio, ma quella di prevenire la produzione di beni «prodotti in condizioni dannose per il mantenimento degli standard minimi di vita, necessari per la salute ed il benessere generali». Il Congresso, aggiunge la Corte, è libero di «seguire il proprio concetto di *public policy*» e «vietare il commercio dei beni che ritiene dannosi per la salute, la morale o il benessere pubblici»[142].

La lettura sistematica della giurisprudenza sulla *commerce clause* nel periodo successivo al *revirement* del 1937 ha suscitato uniformi riflessioni in dottrina: il potere sul commercio acquisisce in questo

---

138 247 U.S. 251 (1918). Su tale decisione vedi *supra*, § 4.
139 Vedi G.R. Stone *et al.*, *Constitutional Law*, cit., p. 181.
140 *United States vs. Darby*, cit., p. 116.
141 *Ivi*, 114.
142 *Ibidem*.

periodo «scopi illimitati»[143], trasformandosi secondo alcuni autori nello strumento di esercizio di un vero e proprio *national police power*[144]: il potere generale di cura e governo dei cittadini, affidato dai padri fondatori agli stati, appartiene ormai alle istituzioni federali.

Già decisioni come il *Lottery Case* avevano, seppur episodicamente[145], stimolato nella dottrina più attenta riflessioni analoghe; nel 1919, Robert Cushman pubblicava un articolo fortemente innovativo in cui sottolineava l'esistenza di un *police power* federale esercitato dal Congresso tramite la *commerce clause*[146]. In particolare l'autore sosteneva che il legislativo federale avesse gradualmente normato in materie sulle quali non avrebbe dovuto avere competenza, al fine di «assumersi la responsabilità della sicurezza, salute, moralità, ordine pubblico e benessere generale della nazione, esercitando così quello che potrebbe essere definito il *national police power*»[147].

La giurisprudenza successiva al caso *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin* del 1937 non fa che trasformare l'intuizione di Cushman in una realtà lapalissiana. Il tema del *police power* nazionale riemerge nella giurisprudenza costituzionale anche dopo il *New Deal*, ad esempio nel caso *Perez vs. United States*[148] del 1971, nel quale la Corte suprema sostiene la legittimità di una legge federale, il *Consumer Credit Protection Act*[149], che punisce l'usura. La legge *de qua* tocca inequivocabilmente una materia tradizionalmente appartenente alle competenze statali: l'individuazione delle condotte penalmente rilevanti è sempre stata, infatti, parte essenziale del *police power*, il potere degli stati di «assicurare e promuovere il benessere generale attraverso limiti o costrizioni» ai membri della

---

[143] Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 816, nota 31.

[144] Vedi B.I. Bittker, *Bittker on the regulation of interstate and foreign commerce*, cit., p. 2.15, il quale utilizza esattamente l'espressione *national police power*; ma vedi anche D.J. Merrit, *Textualism and federalism: the third translation of the commerce clause: Congressional power to regulate social problems*, cit., p. 1206 ss.

[145] Vedi P. Fuller, *Is there a federal police power?,* in «Columbia L. Rev.», 1904, IV, p. 563 ss.

[146] Vedi R.E. Cushman, *The national police power under the commerce clause of the constitution,* in «Minn. L. Rev.», 1919, III, p. 289 ss.

[147] *Ivi*, p. 290.

[148] 402 U.S. 146 (1971).

[149] 82 Stat.146 (1968).

comunità[150]. Ciò nonostante, la Corte suprema sostiene la legittimità del provvedimento, sottolineando che l'usura sia disciplinabile dal Congresso «nella misura in cui nel giudizio di quest'ultimo essa possa avere effetti sul commercio interstatale»[151]. Ma non solo. L'argomento sul quale la Corte sembra fondare maggiormente la sua decisione è il fatto che si tratti di un reato, originariamente avente un'eco locale, ma ormai «nazionale nei luoghi di svolgimento […] e nelle operazioni»[152]. Chiarisce la *ratio* della decisione il giudice Stewart, il quale, redigendo una *dissenting opinion*, afferma che fondamento della pronuncia di costituzionalità della Corte sia stata l'identificazione dell'usura quale *national problem*, «problema nazionale», e contesta l'opportunità di tale pronuncia sottolineando come tutti i crimini, tradizionalmente disciplinati dagli stati, costituiscano potenzialmente problemi di natura nazionale[153].

L'adozione di questo criterio, come ebbe a sottolineare uno dei senatori contrari all'approvazione della legge in oggetto, apre la strada «al Governo federale verso l'occupazione del campo dell'intero diritto penale e verso l'esercizio di un generale *police power* federale»[154].

L'affermazione della competenza sul commercio come strumento di attuazione di un *police power* nazionale divide inevitabilmente la dottrina: accanto a coloro che sostengono che la Corte debba rinunciare completamente a tracciare limiti al potere sul commercio, adottando un rigoroso *self restraint*[155], vi è infatti chi sottolinea i possibili abusi che il governo federale potrebbe realizzare con questo strumento[156], nonché lo snaturamento che il potere sul commer-

---

[150] Vedi E. Freund, *The police power. Public policy and constitutional rights*, Callaghan & Company, Chicago, p. 3.

[151] *Perez vs. United States*, cit., p. 155.

[152] *Ivi*, p. 157.

[153] *Ivi*, p. 158.

[154] L'opinione è di Eckardt, componente, ai tempi della presentazione della legge, della Camera dei Rappresentanti. Vedi 114 Cong. Rec. 1610 (il testo è peraltro riportato nella stessa decisione *Perez vs. United States*, cit., p. 149).

[155] Vedi J.H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago, 1980, p. 171 ss.

[156] Vedi R.A. Epstein, *The proper scope of the commerce power*, in «Va. L. Rev.», 1987, LXXIII, p. 1387 ss.

cio, così inteso, implica per l'essenza stessa dello stato federale[157]. Proprio questi ultimi autori hanno quindi salutato come un auspicato «rinascimento del federalismo»[158] le decisioni adottate dalla Corte suprema a partire dal 1995, anno in cui, come vedremo fra un attimo, per la prima volta dopo quasi sessanta anni, la Corte ha dichiarato incostituzionale una legge federale perché eccedente il *commerce power* riconosciuto al Congresso.

6. *Dopo sessanta anni l'incostituzionalità di una legge federale sul commercio: il caso* Lopez *e i nuovi limiti alla lettura teleologica delle competenze*

È del 1995, come si accennava, la sentenza che sembra mettere in discussione diversi decenni di giurisprudenza sul federalismo: nella pronuncia *United States vs. Lopez*[159] la Corte suprema, per la prima volta dopo sessanta anni, dichiara incostituzionale una legge federale in quanto eccedente il *commerce power* del Congresso. Oggetto del giudizio è il *Gun Free School Zones Act*[160] del 1990, che proibisce il possesso di armi in luoghi circostanti una scuola.

Nell'*opinion*, redatta dal *Chief Justice* Rehnquist, la Corte riesamina la competenza del Congresso sotto il profilo della *commerce clause*, ripercorrendo le decisioni essenziali nell'evoluzione della giurisprudenza ad essa relativa. A conclusione dell'*excursus* la Corte sottolinea come, anche nelle decisioni in cui tale disposizione ha ricevuto le interpretazioni più estensive, sia comunque rintracciabile, nelle parole della Corte stessa, l'idea, fondante per uno stato federale, secondo cui i poteri del Congresso, per quanto estesi, non possano essere illimitati: il potere garantito dalla *commerce clause* deve, infatti, essere soggetto ad *outer limits*[161], a limiti esterni.

---

[157] Vedi R.F. Nagel, *The implosion of American federalism*, Oxford University Press, NewYork, 2001, *passim* e, in particolare, p. 15 ss.

[158] Vedi M.S. Greve, *Real Federalism. Why it matters, how it could happen*, AEI Press, Washington, 1999, p. 19.

[159] 514 U.S. 549 (1995).

[160] 104 Stat. 4844.

[161] *United States vs. Lopez*, cit., p. 557.

Proprio la ricerca e la definizione di tali limiti costituiscono il *Leitmotiv* dell'intera decisione.

Il primo passo compiuto dal *Chief Justice* è quello di richiamare un principio già ampiamente sostenuto in passato dalla Corte: il potere sul commercio può validamente costituire il fondamento per la disciplina di attività intrastatali solo quando tali attività siano «*parte* del commercio interstatale o su questo abbiano dimostrabili *effetti*»[162].

In particolare, scorrendo le principali sentenze sul *commerce power*, la Corte afferma che sono identificabili tre categorie di attività che il Congresso potrebbe disciplinare attraverso tale competenza: i «*canali*[163] del commercio interstatale»; «gli *strumenti*[164] di questo e le persone e le cose in (esso coinvolte), anche quando la minaccia (per esso) possa venire da attività intrastatali»; e, infine, «quelle attività aventi una *relazione sostanziale* con il commercio» stesso[165]. Proprio tale ultima categoria è quella da considerare nel caso sottoposto alla Corte: la legge federale che vieta il possesso di armi nei pressi delle scuole non costituisce, infatti, una regolamentazione né dei canali né degli strumenti del commercio interstatale[166].

A questo punto, però, la Corte avanza e risolve un dubbio interpretativo rispetto alla giurisprudenza precedente: ciò che non è chiaro, scrive Rehnquist, nelle decisioni del passato, è se un'attività, per poter essere regolata dal Congresso, debba semplicemente avere effetti sul commercio oppure sia necessario che questi effetti siano "sostanziali"[167].

---

[162] L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 817.

[163] La stessa Corte cita quale esempio evidente di tale categoria la decisione *United States vs. Darby* (312 U.S. 100, 1941) nella quale la legge federale considerata controllava appunto i canali del commercio escludendo in essi la circolazione di determinati beni (nella fattispecie quelli prodotti in aziende che non rispettavano gli standard di orari e salari fissati dalla federazione). Sulla tale decisione vedi *supra,* § 5c.

[164] Gli esempi nel caso degli strumenti sono molteplici; la Corte fra gli altri ricorda il caso *Perez* (402 U.S. 146, 1971) in cui essa considerò una legge federale che puniva la distruzione di apparecchi aerei quale esempio di una legittima protezione di uno strumento del commercio interstatale.

[165] *United States vs. Lopez*, cit., pp. 558-559.

[166] *Ivi*, p. 559.

[167] «In questa ultima categoria la nostra giurisprudenza non è stata chiara nello stabilire se un'attività debba semplicemente incidere o incidere *sostanzialmente* sul commercio interstatale per essere inclusa nel potere del Congresso di regolarla sotto la *commerce clause*»: così la Corte a p. 559.

La risposta più coerente con il complesso della giurisprudenza in materia, secondo la Corte, è quella per cui la verifica da svolgere è se l'attività incida o meno *in modo sostanziale* sul commercio[168]. Viene corretta, cioè, quell'ampia lettura del criterio teleologico, in base alla quale la competenza sussisteva allorquando le fattispecie da regolare avessero generiche influenze sul commercio: l'effetto, invece, deve essere "sostanziale".

Ma è nel passo successivo che la Corte fornisce lo strumento per quella che alcuni hanno definito una «rivoluzione del federalismo»[169]: essa indica infatti un criterio per individuare (e circoscrivere) la categoria degli effetti sostanziali, idonei, come ricordato, a legittimare l'intervento del Congresso.

L'attività vietata dal *Gun Free School Zones Act*, ossia «il possesso di armi nelle zone circostanti le scuole locali» è, scrive la Corte, «in nessun senso un'attività economica che può, attraverso la ripetizione in altri luoghi, esercitare effetti sostanziali sul commercio interstatale»[170]: ciò che Rehnquist suggerisce, quindi, è che un'attività possa esercitare effetti sostanziali sul commercio solo qualora sia essa stessa un'attività di natura economica[171]. Il divieto contenuto nel *Gun Free Act*, non avendo tale natura, non può esercitare effetti sostanziali sul commercio interstatale ed è, quindi, esercizio illegittimo del *commerce power*. Una lettura di questo tipo, come evidente, se portata alle estreme conseguenze, potrebbe costituire il fondamento per lo smantellamento della maggior parte delle leggi federali approvate in base al potere sul commercio: libertà, reati, stato sociale sono alcune delle materie disciplinate attraverso il *commerce power* e che, difficilmente, potrebbero essere classificate quali attività di natura intrinsecamente economica[172].

---

[168] *Ibidem*.

[169] Vedi E. Chemerinsky, *The Federalism Revolution*, in «N.M. L. Rev.», 2001, XXXI, p. 7 ss.; ma vedi anche S.G. Calabresi, *A Government of limited and enumerated powers. In defense of United States v. Lopez,* in «Mich. L. Rev.», 1995, XCIV, p. 752 ss.

[170] *United States vs. Lopez*, cit., p. 567.

[171] Vedi M.S. Greve, *Real Federalism. Why it matters, how it could happen*, cit., p. 28.

[172] Si noti tuttavia che alcuni studiosi sottolineano la portata circoscritta della sentenza poiché, in ogni caso, essa non toccherebbe i poteri congressuali su strumenti e canali del commercio: vedi L. Fisher, *American Constitutional Law*, cit., p. 385.

Secondo un'altra lettura[173], invece, la *ratio* sottesa alla decisione del caso *Lopez* è rintracciabile nell'opinione concorrente del giudice Kennedy, il quale sottolinea che la legge federale concerne il diritto penale, un'area, al pari della famiglia e dell'istruzione, di *traditional state concern*, di «interesse tradizionalmente statale», e che esclude quindi l'opportunità e la legittimità di una disciplina federale[174].

Scrive in particolare il giudice Kennedy che qualora «il governo federale dovesse assumere su di sé la regolazione di intere aree di interesse tradizionalmente statale, aree non aventi nulla in comune con la regolazione delle attività commerciali, i confini tra le sfere dell'autorità federale e statale si offuscherebbero e la responsabilità diventerebbe illusoria»[175].

Sembra riemergere in queste parole l'essenza del *police power*, la generale potestà di governo sui cittadini, tradizionalmente spettante agli stati e, come abbiamo visto nel precedente paragrafo, di fatto transitata tra le competenze federali. La *ratio* del caso *Lopez* sarebbe appunto questa: un recupero della piena titolarità del *police power* in capo ai soli governi statali.

La sentenza *de qua* tuttavia, secondo altri studiosi[176], non avrebbe invece una portata realmente innovativa; la natura non commerciale dell'attività disciplinata rappresenterebbe un *obiter dictum*, nell'ambito dell'applicazione, pur restrittiva, di test già impiegati dalla Corte, quale quello della distinzione tra effetti diretti ed indi-

---

173 Vedi M.S. Greve, *Real Federalism. Why it matters, how it could happen*, cit., p. 30.

174 Analizza le possibili conseguenze, in materia di disciplina dei diritti civili, della lettura restrittiva data nel caso *Lopez* del *commerce power* congressuale J.C. Smith, *Shifts of Federalism and its implications for Civil Rights*, in «How. L.J.», 1996, XXXIX, p. 750 ss. La significativa conclusione dell'autore è che la decisione non inciderebbe sulla legislazione federale in materia di diritti, in quanto tale materia non costituirebbe più, dal secondo dopoguerra in poi, una *materia di interesse tradizionalmente statale*, conseguentemente sottratta alla disciplina federale sul commercio, ma al contrario ormai, una materia di interesse federale: vedi *ivi*, p. 753.

175 Vedi *United States vs. Lopez*, cit., p. 577.

176 Vedi B.I. Bittker, *Bittker on the regulation of interstate and foreign commerce*, cit., p. 5.33; anche Laurence Tribe considera la possibilità di un significato più circoscritto del caso *Lopez*, quale riaffermazione del criterio degli effetti indiretti, in *American Constitutional Law,* I, cit., p. 832.

retti, richiamata dallo stesso Rehnquist[177]. La Corte, d'altro canto, non dichiara *overrulled* alcuna precedente decisione[178].

La posizione secondo cui il caso *Lopez* non costituirebbe il germe di una rivoluzione del federalismo[179] sembra in parte confermata

[177] *United States vs. Lopez*, cit., p. 557. La Corte, d'altro canto, non dichiara *overrulled* alcuna precedente decisione, ma al contrario richiama precedenti come *Wickard vs. Filburn* (317 U.S. 111, 1942), nei quali veniva esplicitamente affermato che «anche se l'attività è locale e sebbene essa non possa essere considerata attività commerciale, può comunque, qualunque sia la sua natura, essere raggiunta dal Congresso, se esercita un effetto economico sostanziale sui traffici interstatali»: vedi in particolare p. 125.

[178] Al contrario, notano i sostenitori di tale lettura, la Corte suprema richiama precedenti come *Wickard vs. Filburn*, del 1942, nei quali veniva esplicitamente affermato che «anche se l'attività è locale e sebbene essa non possa essere considerata attività commerciale, può comunque, qualunque sia la sua natura, essere raggiunta dal Congresso, se esercita un effetto economico sostanziale sui traffici interstatali»: vedi *Wickard vs. Filburn*, cit., p. 125. Su tale decisione vedi *supra*, § 5a.

[179] Tra le letture restrittive della sentenza *Lopez* si segnala anche quella (vedi L. Fishr, *American Constitutional Law*, cit., p. 385) secondo cui la sentenza non aumenterebbe il potere di intervento della Corte suprema nella valutazione della legittimità degli atti federali; essa, invece, non farebbe che censurare il Congresso per aver scarsamente argomentato il legame tra la circolazione di armi e il commercio interstatale. In particolare mancherebbe quello che la stessa Corte definisce *jurisdictional element* (*United States vs. Lopez*, cit., p. 562), l'elemento di collegamento con la competenza federale, «in grado di assicurare, attraverso una ricerca caso per caso, che il possesso di armi incida sul commercio interstatale» (*ibidem*). Come la dottrina ha chiarito (D. McGimsey, *The commerce clause and Federalism after Lopez and Morrison. The case for closing the jurisdictional element loophole*, in «Cal. L. Rev.», 2002, XC, p. 1679 ss.), il *jurisdictional element*, che potremmo forse tradurre come "nesso competenziale", richiede che la legge federale circoscriva esplicitamente la propria applicazione solo a cose o persone coinvolte o aventi effetti sul commercio interstatale, facendo sì che i giudici stessi possano, caso per caso, valutare la sussistenza di tali effetti e quindi l'applicabilità della disciplina del Congresso. Tale lettura, tuttavia, ridurrebbe notevolmente la portata della sentenza *Lopez*, trasformando la decisione quasi in una indicazione di *drafting* legislativo per il Congresso stesso, il quale, una volta introdotto il *jurisdictional element*, «può ancora regolare quasi ogni persona, bene o attività che implichi l'attraversamento di linee statali in qualche punto o momento» (*ivi*, p. 1680). Tale requisito, infatti, quando previsto in altre normative federali, «è stato spesso interpretato come richiedente solo che la persona o il bene soggetto a regolamentazione, o perfino una persona o un bene legati all'oggetto regolato, avessero attraversato a un certo punto un confine fra stati» (*ivi*, p. 1679). Confermerebbe tale ricostruzione del caso *Lopez*, secondo i suoi sostenitori, l'approvazione, pochi mesi dopo la decisione della Corte, nel 1996, di alcuni emendamenti al *Gun Free Act*, volti a sottolineare un legame tra l'*interstate commerce* e il divieto di armi vicino alle scuole, nonché a richiedere una connessione tra le armi stesse e il traffico fra gli stati, per l'applicazione della disciplina. Nelle nuove nor-

dal fatto che, dopo di esso, in una sola altra occasione[180] la Corte ha dichiarato una legge del Congresso incostituzionale in quanto eccedente il potere sul commercio: in *United States vs. Morrison*[181] la Corte ha dichiarato incostituzionale la parte del *Violence against Women Act*[182] che prevedeva per le donne la possibilità di un'azione civile nei casi in cui fossero vittime di violenze.

Ancora una volta redige la sentenza il *Chief Justice* Rehnquist, il quale riutilizza le argomentazioni del caso *Lopez*[183], chiarendo però alcuni aspetti lì solo accennati. Viene così richiamata, in primo luogo, la tripartizione delle materie disciplinabili dal Congresso in base al potere sul commercio[184]; molto più netto tuttavia, rispetto alla decisione del 1995, è l'uso dell'argomento secondo cui solo attività intrinsecamente economiche potrebbero esercitare effetti sostanziali

---

me si legge, infatti, che il crimine a livello locale «è esacerbato dal movimento, fra uno stato e l'altro, di droghe, armi, e bande criminali» e che «deve considerarsi contrario alla legge per ogni individuo possedere consapevolmente un'arma che sia circolata nel commercio interstatale o che su questo in altro modo incida, in un luogo che l'individuo sappia o abbia causa di credere sia la zona di una scuola». Le modifiche sono ricordate e commentate in L. Fisher, *American Constitutional Law*, cit., p. 385.

[180] In altre due decisioni la Corte suprema ha evitato di affrontare la costituzionalità di leggi federali esercizio del potere sul commercio, interpretando in modo restrittivo le leggi stesse e sostenendone la non applicabilità alle fattispecie oggetto di giudizio: vedi *Jones vs. United States* (529 U.S. 848, 2000) e *Solid Waste Agency vs. United States Army Corps of Engineers* (531 U.S. 159, 2001). Su tale ultima decisione in rapporto alla recente giurisprudenza della Corte vedi E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 35. In *Reno vs. Condon* (528 U.S. 141, 1999), invece, la Corte ha sostenuto la legittimità, rispetto al potere sul commercio, del *Driver's Privacy Protection Act* (108 Stat. 2099, 1994), la legislazione federale sul trattamento dei dati personali dei guidatori da parte delle amministrazioni statali.

[181] 529 U.S. 598 (2000).

[182] 108 Stat. 1902 (1994).

[183] Anche in questo caso ad esempio la Corte sottolinea l'assenza, nel *Violence Act*, di un *jurisdictional element* (vedi *supra*, nota 179) che «affermi che il motivo dell'azione federale è in conformità con il potere del Congresso di regolare il commercio interstatale»: *ivi*, p. 613.

[184] «La moderna giurisprudenza in tema di *commerce clause* ha identificato tre ampie categorie di attività che il Congresso può regolare in base al suo potere sul commercio. In primo luogo, il Congresso può regolare l'uso dei *canali* del commercio. In secondo luogo, il Congresso ha il potere di regolare e proteggere gli *strumenti* del commercio interstatale, o le persone e le cose nel commercio interstatale […]. Infine, il potere sul commercio del Congresso include il potere di regolare quelle attività che hanno una *relazione sostanziale* con il commercio interstatale»: vedi *United States vs. Morrison*, cit., pp. 608-609.

sul commercio interstatale, legittimando quindi una loro disciplina da parte del Congresso. La Corte, infatti, scrive che «i crimini di violenza a sfondo sessuale non sono, in alcun senso, attività economiche»[185] e, rileggendo la propria giurisprudenza, afferma che nelle sue decisioni passate «ha sostenuto la validità della regolazione di attività intrastatali adottate in base alla *commerce clause* solo quando quelle attività fossero nella loro natura economiche»[186].

Nel prosieguo della decisione Rehnquist esplicita un altro tema apparso solo in filigrana nella sentenza *Lopez*: il processo di rafforzamento del federalismo passa infatti attraverso l'esplicito recupero della categoria del *police power*, solo implicitamente rievocata nella sentenza precedente. La Corte suggerisce che vi sono alcune aree che dovrebbero rimanere comunque al di là della disciplina federale, indipendentemente dai loro effetti sul commercio[187]; sostiene infatti la Corte che «nessun migliore esempio di esercizio del *police power*, che i Padri Fondatori negarono al Governo Nazionale e riposero negli Stati, è costituito dalla soppressione dei crimini violenti e dalle rivendicazioni delle loro vittime»[188].

Un ultimo tema, emerso debolmente in *Lopez*, viene invece affrontato e risolto con nettezza nel caso *Morrison*: il ruolo della Corte suprema nella definizione di ciò che ha effetti sostanziali sul commercio. La decisione circa la presenza del nesso teleologico tra fattispecie regolata e commercio interstatale, cioè, deve essere affidata al Congresso o verificata dalla Corte? Nel caso *Morrison* la maggioranza sembra non avere dubbi: «semplicemente perché il Congresso conclude che una particolare attività esercita effetti sostanziali sul commercio interstatale, ciò non lo rende necessariamente vero. […] Al contrario se particolari operazioni incidano sul commercio interstatale in modo sufficiente da legittimare il potere costituzionale di regolarli è in ultima analisi una questione giudiziaria piuttosto che legislativa»[189].

---

185 *Ivi*, p. 613.

186 *Ibidem.*

187 Si soffermano su tale aspetto del caso *Morrison* J. Choper, J.C. Yoo, *The scope of the commerce clause after Morrison*, in «Okla. City U. L. Rev.», 2000, XXV, pp. 853-854.

188 *United States vs. Morrison*, cit., p. 618.

189 *Ivi*, p. 614.

Come evidente, la tradizionale deferenza alle scelte del Congresso è ormai abbandonata da una Corte che sembra voler passare, repentinamente, da uno stato di «abdicazione» dei suoi compiti ad un radicale *judicial activism*, «attivismo giudiziale»[190].

In ogni caso, al di là del nuovo ruolo che la Corte sembra annunciare per sé nella dialettica federazione-stati, un dato giuridico merita di essere sottolineato: l'eventuale sviluppo della teoria secondo cui solo attività *economiche* possono avere effetti *sostanziali* sul commercio si tradurrebbe in un contenimento radicale del potere congressuale[191]. In termini di categorie generali verrebbe affermato il principio secondo cui una competenza può essere fine, *télos* da perseguire, ma solo disciplinando materie ad essa omogenee: la lettura teleologica verrebbe radicalmente depotenziata poiché si affermerebbe il principio secondo cui solo attività omogenee possono influenzarsi reciprocamente.

7. *Il caso* Gonzales vs. Raich*: la "controrivoluzione" del federalismo e la riscoperta dei poteri impliciti?*

Nel 2005 la Corte suprema torna, ancora una volta, sulla questione dell'interpretazione del *commerce power*: questa volta, tuttavia,

[190] Utilizza queste espressioni A.J. Klein, *Commerce clause questions after Morrison: some observations on the new formalism and the new realism*, in «Stan. L. Rev.», 2002, LV, p. 606.

[191] Il riferimento alla necessaria natura economica dell'attività regolata rappresenta, come è stato sottolineato, il segno di un mutamento nel generale approccio ermeneutico della Corte suprema in materia di *commerce clause*: esso in particolare segnerebbe il passaggio da un approccio "formalista" ad uno "realista" della Corte. In base alla lettura formalista affermatasi definitivamente con il *New Deal* la Corte sosteneva la legittimità delle leggi federali in base a criteri appunto formali, quali la definizione di canali e strumenti del commercio, senza valutare l'effettivo impatto economico della legislazione congressuale. Con i casi *Lopez* e *Morrison* invece la Corte recupera un approccio realista, di fatto restrittivo, che non applica più semplicemente categorie formali, ma riavvicinandosi alla *ratio* del potere sul commercio, sembra avviarsi a riesaminare in termini rigorosamente economici l'influenza dei provvedimenti federali sul commercio interstatale. Sul punto vedi A.J. Klein, *Commerce clause questions after Morrison: some observations on the new formalism and the new realism*, cit., *passim*.

in controtendenza rispetto alla «rivoluzione del federalismo»[192] realizzata, secondo la dottrina maggioritaria, con le sentenze *Lopez* e *Morrison*.

Nella decisione *Gonzales vs. Raich*[193] la Corte suprema sostiene la costituzionalità di una normativa federale che, criminalizzando senza alcuna eccezione la produzione, la distribuzione e il possesso di sostanze stupefacenti, risulta applicabile anche ai casi di coltivazione e consumo di marijuana, finalizzati a personale uso terapeutico, resi leciti invece da una legge della California.

La Corte respinge le argomentazioni dei ricorrenti secondo cui la normativa federale, in quanto applicata al possesso di cannabis coltivata in casa per personale uso terapeutico e senza alcuna finalità commerciale, non avrebbe alcun legame con il commercio interstatale e sarebbe pertanto esercizio illegittimo del *commerce power*.

Nel respingere tale ricostruzione la Corte sembra allontanarsi da quanto emerge nei precedenti *Lopez* e *Morrison*: la maggioranza dei giudici infatti, pur utilizzando l'argomento secondo cui le attività disciplinabili tramite il potere sul commercio debbano essere esse stesse di natura economica, adotta di quest'ultima una nozione estremamente estensiva. "Attività economica" è infatti, a parere della Corte, tutto ciò che attiene alla produzione, alla distribuzione o al consumo di beni: in una lettura così ampia anche la produzione di marijuana non destinata ad alcuno scambio commerciale, ma al solo uso personale per fini terapeutici, si trasforma inevitabilmente in attività economica.

La decisione è stata inevitabilmente considerata da molti incoerente rispetto ai precedenti più immediati[194]; si pensi al caso *Lopez* in cui una legge che vieta il possesso di armi nelle zone circostanti le scuole viene invece dichiarata esercizio illegittimo del potere sul commercio: in che misura il possesso di cannabis che è stata coltivata localmente per uso personale è un'attività più economica del possesso di armi da fuoco che sono state invece acquistate?

---

[192] Cfr. *supra*, § 6, nota 169.

[193] 545 U.S. 1 (2005).

[194] Cfr. R.J. Jr. Pushaw, *The Medical Marijuana case: a Commerce Clause Counter-Revolution?*, in «Lewis & Clark L. Rev.», 2005, IX, p. 879 ss.; A.C. Bryant, *The Third Death of Federalism*, in «Cornell J. L. & Pub. Pol'y», 2007, XVII, p. 147 ss.

Ciò che tuttavia allontana maggiormente l'argomentazione del caso *Gonzales* dalle precedenti decisioni della Corte Rehnquist è l'ampio recupero del *rational basis test*[195] che, come abbiamo già ricordato[196], si traduce in una sostanziale deferenza della Corte suprema dinanzi alle decisioni del Congresso.

La Corte infatti afferma chiaramente che, nel definire le competenze del Congresso alla luce del potere sul commercio, il compito che le si presenta «è piuttosto modesto». I giudici infatti non devono «stabilire se le attività dei ricorrenti, considerate in modo cumulativo, hanno effetti sostanziali sul commercio interstatale, ma solo se esiste una base ragionevole per arrivare a questa conclusione»[197].

La distanza dai precedenti più recenti è dimostrata anche dalla composizione della maggioranza del caso *Raich*: a parte il giudice Kennedy, votano infatti a favore della costituzionalità della normativa federale tutti i giudici che erano stati dissenzienti nel caso *Lopez*, poiché avevano sostenuto che anche la normativa federale che vietava il possesso di armi da fuoco nei pressi delle scuole fosse esercizio legittimo del potere sul commercio.

Difficile individuare le motivazioni che hanno spinto il giudice Kennedy ad adottare in questa circostanza una giurisprudenza neocentralista: se certa dottrina[198] riconduce la posizione assunta nel caso *Raich* unicamente alle sue posizioni politiche, notoriamente contrarie all'uso di ogni sostanza stupefacente, altra dottrina[199] sottolinea come in realtà, già nell'opinione concorrente scritta per il caso *Lopez*[200], il giudice sottolineò la necessità di limitare a casi estremi le dichiarazioni di incostituzionalità delle leggi federali esercizio del *commerce power*: un'applicazione radicale della *ratio decidendi* dei casi *Lopez* e *Morrison* avrebbe infatti condotto all'in-

---

[195] Su questo profilo delle argomentazioni usate dalla maggioranza nel caso *Gonzales vs. Raich* vedi R.E. Barnett, *Limiting Raich*, in «Lewis & Clark L. Rev.», 2005, IX, p. 747.

[196] Su cui vedi *supra*, § 5b.

[197] Vedi *Gonzales vs. Raich*, cit., p. 22.

[198] Vedi R.E. Barnett, *The Ninth Circuit's Revenge*, in «Nat'l Rev. Online» (9 giugno 2005), http://www.nationalreview.com/comment/barnett200506090741.asp.

[199] R.J. Pushaw, Jr., *The Medical Marijuana case: a Commerce Clause Counter-Revolution?*, cit., p. 908.

[200] Vedi *United States vs. Lopez*, cit., p. 568 ss.

costituzionalità dei più importanti interventi legislativi federali del Novecento.

Motivazioni simili guidano probabilmente anche il giudice Scalia il quale, pur non condividendo l'iter argomentativo della maggioranza, vota a favore della costituzionalità della legge federale, allontanandosi anch'egli dal voto espresso nei casi *Lopez* e *Morrison*. Scalia, tuttavia, redige un'opinione concorrente che costituisce sicuramente la parte più innovativa dell'intera sentenza[201]. Il giudice infatti ritiene che la disciplina federale sia costituzionalmente legittima non in quanto esercizio del potere sul commercio in senso stretto, ma in quanto esercizio della *necessary and proper clause*.

Egli, in primo luogo, richiama la *ratio decidendi* dei casi *Lopez* e *Morrison* ricordando le tre categorie, lì citate, delle fattispecie disciplinabili in base al potere sul commercio: i *canali* del commercio interstatale, gli *strumenti* di questo e le attività aventi una *relazione sostanziale* con il commercio stesso[202]. Proprio quest'ultima categoria rappresenterebbe, a parere di Scalia[203], una fattispecie non disciplinabile in realtà attraverso il potere sul commercio, ma disciplinabile tramite la clausola dei poteri impliciti, che garantisce al Congresso il potere di porre in essere tutte le leggi necessarie e opportune per l'esercizio dei poteri enumerati[204]. In virtù di questa ricostruzione anche attività non prettamente economiche e che si svolgano interamente all'interno di uno stato, senza essere quindi "interstatali", potrebbero essere comunque oggetto di normazione federale quando la loro disciplina fosse uno strumento "necessario" per una più generale regolamentazione del commercio interstatale[205].

Tale lettura tuttavia, a parere del giudice, non implicherebbe una legislazione federale priva di limiti, poiché la stessa *sweeping*

---

[201] Sottolinea la centralità dell'*opinion* di Scalia M.C Dorf; dell'autore vedi *The Supreme Court upholds Congressional power to override California's Medical Marijuana Law: Judicial Federalism gets really interesting*, in «Findlaw» (8 giugno 2005), http://writ.lp.findlaw.com/dorf/20050608.html.

[202] Vedi *supra*, § 6.

[203] Vedi *Gonzales vs. Raich*, cit., pp. 34-35.

[204] Vedi art. I, cl. I, sez. 18 della Costituzione.

[205] Vedi *Gonzales vs. Raich*, cit., p. 37.

clause[206] prevede testualmente limiti applicativi: la legislazione adottabile sulla base della clausola dei poteri impliciti non potrebbe riguardare infatti fattispecie che semplicemente abbiano qualche effetto su una delle materie incluse nei poteri enumerati; essa potrebbe estendersi solo a quelle fattispecie la cui disciplina sia strettamente necessaria – come suggerisce la stessa disposizione costituzionale – *for carrying into execution*, cioè «per una regolamentazione efficace» delle materie enumerate e, nel caso concreto, del commercio. A ciò si aggiunga che l'intervento federale basato sulla clausola dei poteri impliciti deve essere *necessary and proper*, locuzione che, a parere di Scalia, anche alla luce del caso *McCulloch vs. Maryland*[207], impone limiti precisi: il provvedimento deve infatti essere «appropriato», «pienamente adatto», «non vietato dalla Costituzione», ma anzi «coerente con la lettera e con lo spirito di questa»[208].

Per avallare la sua ricostruzione, Scalia rilegge la giurisprudenza pregressa della Corte suprema[209]: quest'ultima avrebbe infatti, secondo il giudice, anche nelle decisioni passate, fondato proprio sulla clausola dei poteri impliciti la legittimità della discipline federali relative ad attività intra-statali, discipline che sarebbero state erroneamente considerate come letture estensive del *commerce power*.

L'opinione concorrente del giudice Scalia ha riacceso con forza[210]

---

[206] Sull'uso di tale espressione come sinonimo della *necessary and proper clause* vedi *supra*, cap. I, § 2a.

[207] 17 U. S. 316 (1819). Anche su tale sentenza vedi *supra*, cap. I, § 2a.

[208] Vedi *McCulloch vs. Maryland*, cit., p. 421.

[209] Tra le decisioni citate da Scalia riferimenti espliciti alla *necessary and proper clause* sono in realtà rintracciabili solo nelle sentenze: *United States vs. Coombs* (37 U.S. 72, 1838), p. 78; *United States vs. E.C. Knight Company* (156 U.S. 1, 1895), pp. 39-40; *Katzenbach vs. McClung* (379 U.S. 294, 1964), pp. 301-302.

[210] L'opinione concorrente del giudice Scalia, in realtà non rappresenta il primo caso di recupero della clausola dei poteri impliciti: gia nel caso *Garcia vs. San Antonio Metro. Transit Auth*. (469 U.S. 528, 1895, su cui vedi ampiamente *infra*, cap. III, § 6) nell'opinione dissenziente del giudice O'Connor, cui si erano uniti i giudici Rehnquist e Powell, si riconduceva a tale clausola la possibilità di disciplinare le attività che si svolgevano interamente all'interno di uno stato (vedi in particolare pp. 584-585, su cui vedi ampiamente *infra*, cap. III, § 6). La rinnovata attenzione della giurisprudenza si era accompagnata anche ad alcuni contributi della dottrina che sottolineavano appunto la necessità di recuperare la distinzione tra *commerce clause* e *necessary and proper clause* (D.E. Engdahl, *The necessary and proper clause as an intrinsic restraint on federal lawmaking power*, in «Harv. J.L. & Pub. Pol'y», 1998, XXII, p. 107 ss.; R.E. Barnett, *Necessary and proper*, in «UCLA

l'attenzione della dottrina sulla clausola dei poteri impliciti, oggetto negli ultimi anni di alcuni contributi che la indicano come reale fondamento della lettura estensiva sul *commerce power*[211]. Tali autori, in effetti, vedono nella *necessary and proper clause* la possibilità di realizzare una razionalizzazione della giurisprudenza sull'allocazione delle competenze tra federazione e stati, razionalizzazione che tuttavia non si traduca, come la *ratio decidendi* dei casi *Lopez* e *Morrison* suggerirebbe, in un radicale smantellamento della legislazione federale.

8. *L'aspetto "negativo" del potere sul commercio: la* dormant commerce clause

In base alla dottrina della *dormant commerce clause* la legge di uno stato è incostituzionale quando interferisce con il commercio interstatale[212]. Come accennato in altra sede[213], tale principio non è enunciato in alcuna disposizione costituzionale, ma è stato evinto quale risvolto "negativo" del *commerce power* che, a sua volta, come noto, è il potere, "positivo", appartenente al Congresso, di disciplinare il commercio fra gli stati.

In particolare, da tale competenza deriva l'incostituzionalità, pur in assenza di una disciplina federale in materia[214], della legislazione degli stati che incida sui traffici interstatali. Come ha sintetizzato Felix Frankfurter: «la dottrina (consiste nel fatto) che la

L. Rev.», 1997, XLIV, p. 745 ss.). L'opinione del giudice Scalia nel caso *Raich*, tuttavia, essendo interamente fondata sulla clausola dei poteri impliciti, ha rappresentato un vero spartiacque nell'attenzione dedicata dalla dottrina a tale tema, come dimostra la bibliografia citata nella nota successiva.

[211] Cfr. M.S. Paulsen, *The Original Meaning of the Commerce, Spending, and Necessary and Proper Clauses: a Government of Adequate Powers*, in «Harv. J.L. & Pub. Pol'y», 2008, XXXI, p. 991 ss.; R.E. Barnett, *Limiting Raich*, cit., p. 743 ss.; R.J. Pushaw, Jr., *The Medical Marijuana case: a Commerce Clause Counter-Revolution?*, cit., p. 879 ss. Ritiene invece esplicitamente superfluo il riferimento alla *necessary and proper clause*, ritenendo che anche in sua assenza l'interpretazione del *commerce power* non avrebbe potuto essere meno estensiva A. Graglia, *Lopez, Morrison and Raich: Federalism in the Rehnquist Court*, in «Harv. J.L. & Pub. Pol'y», 2008, XXXI, p. 785.

[212] Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 1029.

[213] Vedi *supra*, § 1.

[214] Per cui il *commerce power* congressuale è *dormant*, ossia inattivo.

commerce clause, attraverso la sua stessa forza e in assenza di legislazione nazionale, dà alla Corte il potere di porre limiti all'autorità degli stati»[215].

La peculiarità di tale ricostruzione deriva dal fatto che, come vedremo meglio più avanti[216], la dottrina maggioritaria statunitense ritiene che là dove la Costituzione non lo affermi esplicitamente, il riconoscimento di una competenza in capo alla federazione non esclude che su quella medesima materia possano legiferare anche gli stati, fatta salva, in caso di contrasto tra disciplina federale e statale, la prevalenza della prima. La competenza sul commercio interstatale sarebbe invece un potere esclusivo della sola federazione.

Gli argomenti tradizionalmente addotti dalla dottrina a favore di tale teoria sono riassunti dalla stessa Corte suprema nella decisione *Hood vs. Du Mond*[217] del 1949.

La Corte, in primo luogo, richiama un argomento storico: i padri fondatori, mentre assegnavano alla federazione il potere sul commercio, intendevano *in primis* sottrarre quest'ultimo alle interferenze delle legislazioni statali, così che non censurare le leggi degli stati che ostacolano il commercio implicherebbe uno svuotamento della *ratio* stessa del potere congressuale su di esso.

Fondamentale, in secondo luogo, per la Corte, è il positivo impatto economico della dottrina della *dormant commerce clause*: solo uno strumento negativo idoneo a cassare le leggi statali può infatti garantire realmente la tutela del mercato dalle politiche protezionistiche dei vari stati[218].

Ultimo argomento è quello di natura politica: gli stati e i loro cittadini non dovrebbero mai essere danneggiati da leggi provenienti da altri stati nei quali non sono rappresentati politicamente. Per questo motivo è quindi assolutamente necessario il controllo sulla

---

[215] Vedi F. Frankfurter, *The commerce clause under Marshall, Taney and Waite*, cit., p. 18.

[216] Vedi *infra,* cap. III, § 1.

[217] *Hood & Sons, Inc. vs. Du Mond, Commissioner of Agriculture and Markets of New York*, 336 U.S. 525 (1949). Evidenzia i tre temi nella decisione E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 321.

[218] Su tale aspetto vedi in particolare D.H. Regan, *The Supreme Court and State Protectionism: Making Sense of the Dormant commerce Clause*, in «Mich. L. Rev.», 1986, LXXXIV, p. 1091 ss.

legislazione statale che la Corte suprema esercita tramite la dottrina della *dormant commerce clause*. Proprio questo aspetto costituisce, secondo alcuni studiosi[219], il principale fondamento teorico della dottrina *de qua*: la premessa implicita della giurisprudenza della Corte suprema è l'idea che i legislatori locali siano portati, inevitabilmente, a proteggere gli interessi dei propri elettori, anche danneggiando gli interessi, economici e non, di coloro che abitano in stati diversi. Questi ultimi, privi del diritto di voto, finirebbero con l'essere influenzati da rappresentanti e decisioni sui quali non possono esercitare alcuna forma di controllo[220].

Nonostante le radici della dottrina della *dormant commerce clause*, come vedremo, affondino nelle prime pronunce della giurisprudenza della Corte suprema, tuttora vi sono diverse voci critiche che sottolineano invece la distanza di tale ricostruzione dal disegno costituzionale. Tra questi è il giudice Thomas che, in una *dissenting opinion* pronunciata alcuni anni fa[221], ha evidenziato le principali critiche mosse dagli studiosi a tale teoria. Egli in primo luogo ne ricorda l'assenza di fondamento costituzionale: là dove infatti la Convenzione di Filadelfia ha voluto precludere *in toto* interventi legislativi degli stati essa, come abbiamo già ricordato[222], lo ha fatto esplicitamente.

In secondo luogo, il giudice Thomas indebolisce il tradizionale argomento storico a favore della *dormant commerce clause*, secondo cui era così scontata la volontà dei padri fondatori di sottrarre il commercio ad ogni forma di disciplina statale, da rendere superflua un'esplicita indicazione costituzionale. Lo stesso Hamilton invece – ricorda il giudice – riferendosi ai lavori della Convenzione, smentiva la possibilità di preclusioni implicite, ricordando che: «si è prestata la

---

[219] Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 1051.

[220] Tale *ratio* della dottrina farebbe da sfondo, secondo Laurence Tribe (*ivi*, p. 1052), ad una serie di decisioni nelle quali la Corte avrebbe ritenuto violata la *dormant commerce clause* proprio in presenza di azioni statali che ostacolavano interessi esterni agli stati ed in nessun modo rappresentati nel processo politico statale: vedi *Gilman vs. Philadelphia*, 70 U.S. 713 (1866), p. 731; *Southern Pacific Co. vs. Arizona*, 325 U.S. 761 (1945), pp. 767-768, nota 2; *South Carolina State Highway Dep't vs. Barnwell Bros*., 303 U.S. 177 (1938), p. 184, nota 2.

[221] Vedi *Camps Newfound/Owatonna, Inc. vs. Town of Harrison*, 520 U.S. 564 (1997).

[222] Vedi *supra,* § 1.

più scrupolosa attenzione nell'inserire clausole che vietassero l'esercizio di determinate potestà da parte degli stati, per tutti quei casi in cui si è ritenuto che i singoli stati non dovessero avere uguali poteri»[223]. *A contrariis*, nei casi in cui tali clausole esplicite manchino, come nel caso della *commerce clause*, dovrebbe escludersi, in base all'argomentare del giudice Thomas, che una lettura esclusiva di una competenza sia stata parte del disegno costituzionale di Filadelfia[224].

Pur in assenza di ogni fondamento teorico, conclude il giudice, la Corte ha comunque aderito alla dottrina di un aspetto negativo della *commerce clause*, snaturando il controllo di costituzionalità e autoinvestendosi di un ruolo ben più incisivo, volto a «controllare le misure statali contrarie allo spirito, anche quando non al reale contenuto, della Costituzione»[225].

Per corroborare tali affermazioni il giudice svolge infine un rapido *excursus* delle evoluzioni giurisprudenziali circa la dottrina della *dormant commerce clause,* evoluzioni che, come vedremo, hanno fatto sì che essa divenisse strumento per realizzare un vero e proprio «bilanciamento»[226] tra gli interessi nazionali e quelli statali, avvicinando la Corte suprema, a parere del giudice Thomas, «più ad un legislatore che ad un giudice»[227].

9. *Prime interpretazioni della* dormant commerce clause*. La distinzione tra fattispecie di "natura locale" e fattispecie di "natura nazionale"*

Come visto in precedenza, già nella decisione *Gibbons vs. Ogden*[228], il giudice Marshall, pur evitando di sposare esplicitamente la teoria della *exclusiveness*, in base alla quale il potere federale sul

---

[223] Vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, Il Mulino, Bologna, 1997, saggio n. 32, p. 328.

[224] *Camps Newfound/Owatonna, Inc. vs. Town of Harrison*, cit., p. 612.

[225] *Ivi*, pp. 617-618.

[226] La dottrina più recente in tema di *dormant commerce clause* viene citata, quale esempio di bilanciamento costituzionale, da L. Henkin, di cui vedi *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, in «Colum. L. Rev.», 1978, LXXVIII, p. 1039.

[227] *Camps Newfound/Owatonna, Inc. vs. Town of Harrison*, cit., p. 619.

[228] 22 U.S. 1 (1824).

commercio deve essere interpretato come esclusivo, afferma comunque che «quando uno stato disciplina il commercio interstatale sta esercitando proprio il potere garantito al Congresso»[229]: si intravede cioè il fondamento della *dormant commerce clause* e della relativa esclusione degli stati dalla disciplina del commercio[230].

Le prime decisioni giurisprudenziali in materia di *dormant commerce clause*, adottate subito dopo il caso *Gibbons*, furono segnate dal tentativo di adottare categorie interpretative che individuassero i limiti dei poteri legislativi statali attraverso una lettura rigorosamente materiale[231] delle competenze.

La chiave di lettura, in particolare, è ancora una volta la distinzione tra *commerce power* e *police power*: la Corte cioè, quando è interrogata sulla legittimità di discipline statali presumibilmente interferenti con il commercio interstatale, cerca di utilizzare un criterio rigidamente "materiale", in base al quale sono incostituzionali le leggi statali che disciplinino fattispecie riconducibili al commercio, mentre sono valide quelle che, disciplinando materie quali sicurezza e benessere dei cittadini, siano esercizio del *police power* competente agli stati[232]. Il rifiuto di una lettura teleologica delle competenze è evidente in particolare nell'approccio del giudice Taney che, nel 1846, scrivendo per la maggioranza della Corte, afferma: «l'autorità di emanare una legge non può farsi dipendere dai motivi che si può ritenere abbiano influenzato il legislatore, nè può la Corte indagare se essa era diretta a salvaguardare i cittadini dello stato da pestilenza o malattia, oppure a regolare il commercio»[233]. Anche nell'applicazione dell'aspetto negativo del *commerce power*, tuttavia, come nell'applicazione di quello positivo[234], emerse però, fin dall'inizio, l'inadeguatezza di una lettura meramente materiale[235].

---

[229] *Ivi*, p. 199.

[230] Sulla rintracciabilità della dottrina della *dormant commerce clause* nel caso *Gibbons* vedi *supra*, § 2d.

[231] Vedi *supra*, § 3.

[232] Vedi *New York vs. Miln*, 36 U.S. 102 (1837); *Willson vs. Black Bird Creek Marsh Co.*, 27 U.S. 245 (1829).

[233] Vedi *Thurlow vs. Massachussetts* (c.d. *License Case*) 46 U.S. 504 (1846), p. 583.

[234] Vedi *supra*, §§ 3-4.

[235] Sulle prime decisioni in materia di *dormant commerce clause* e sulla lettura materiale in esse adottata vedi G. Amato, *Il sindacato di costituzionalità sulle*

Già in una delle prime decisioni, infatti, il caso *Willson*[236] del 1829, la Corte riconobbe al Delaware il diritto di tutelare la salute dei propri cittadini, prosciugando un fiume paludoso, nonostante questo fosse «tecnicamente una via d'acqua interstatale»[237]: la stessa Corte sembra evidenziare la difficoltà di una distinzione netta tra ciò che attiene al commercio e ciò che attiene alla generale potestà di governo degli stati.

La prima giurisprudenza in tema di *dormant commerce clause* è tuttavia segnata dal dibattito, ancora molto aperto, circa la stessa legittimità di tale dottrina. Gli interpreti infatti si distinguono tra i sostenitori della natura "esclusiva" del potere congressuale sul commercio, quali il giudice Marshall, e coloro che, come il giudice Taney, ne sottolineano invece la natura "concorrente"[238]. In base alla prima ricostruzione, il potere sul commercio apparteneva esclusivamente al Congresso ed ogni disciplina statale che incideva sui traffici era automaticamente incostituzionale; in base alla seconda, la *commerce clause* rappresentava invece unicamente il riconoscimento di un potere al Congresso, senza alcun effetto sulla legislazione degli stati là dove quest'ultimo non avesse legiferato.

In breve, attribuendo un potere al Congresso, la Costituzione intendeva precludere agli stati ogni intervento in materia? Oppure garantiva una competenza che gli permetteva solo di prevalere su eventuali discipline statali difformi? La prima lettura precludeva ogni intervento statale sul commercio, mentre la seconda, in assenza di normativa federale, ne legittimava ogni disciplina.

Sia la problematica distinzione tra *commerce* e *police* in termini rigorosamente materiali, sia il dibattito sulla natura esclusiva o meno del potere sul commercio, vengono superati e risolti con la decisione *Cooley vs. Board of Wardens of the Port of Philadelphia*[239]

---

competenze legislative dello Stato e della Regione (alla luce dell'esperienza statunitense), p. 44 ss.

[236] *Willson vs. Black Bird Creek Marsh Co.*, cit.

[237] Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 1047, nota 3.

[238] Sulle due teorie si sofferma M. Tushnet, *Rethinking the dormant commerce clause,* in «Wis.L. Rev.», 1979, MCMLXXIX, p. 150 ss. Ma vedi anche N.T. Dowling, *Interstate commerce and state power*, in «Va. L. Rev.», 1940, XXVII, p. 2 ss.

[239] 53 U.S. 299 (1851).

che nel 1851 getta, come la dottrina ha notato, «un ponte verso le sentenze moderne»[240]. In tale decisione viene sostenuta la validità di una legge della Pennsylvania che richiedeva alle navi con un grosso carico[241], che uscivano o entravano dal porto di Philadelphia, di assumere per tale manovra timonieri locali[242]. Il giudice Curtis, redattore dell'*opinion*, contesta in primo luogo la natura radicalmente esclusiva del potere congressuale sul commercio, affermando che «esso non implica il divieto per gli stati di esercitare lo stesso potere»[243]. Tuttavia egli aggiunge che la disciplina statale che incide sui traffici interstatali, e che è oggetto di giudizio della Corte, è valida solo in quanto essa disciplini una fattispecie «locale» e non una fattispecie «nazionale». Afferma nel dettaglio il giudice: «Qualunque oggetto del potere sul commercio che sia nella sua natura nazionale, o ammetta solo un sistema uniforme […] si può giustamente dire che sia di tale natura da richiedere legislazione esclusiva da parte del Congresso. Che questo non possa essere affermato per le leggi che disciplinano i piloti e il pilotaggio è evidente. […] La natura di tale oggetto è locale e non nazionale, è tale che probabilmente ad essa si possa meglio provvedere, non attraverso un unico sistema, o piano di disciplina, ma attraverso tanti (piani) quanti sono quelli che la discrezionalità delle assemblee legislative degli stati dovesse ritenere applicabili ai porti interni ai loro confini»[244].

La *ratio* della decisione, che gli studiosi indicano come dottrina *Cooley*, è quindi quella per cui gli stati sono liberi di disciplinare gli aspetti del commercio interstatale che siano di natura così locale (*local in character*) da richiedere discipline differenziate, mentre solo il Congresso può regolare quegli aspetti del commercio che siano di natura così nazionale (*national in character*), da rendere necessaria una regola uniforme nell'intera federazione[245].

---

[240] Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 1046.

[241] Almeno 75 tonnellate.

[242] O in alternativa pagare una multa, che sarebbe confluita in un fondo pensione per i piloti stessi.

[243] *Cooley vs. Board of Wardens of the Port of Philadelphia*, cit., p. 319.

[244] *Ibidem.*

[245] Così sintetizza la *ratio* del caso Cooley L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 1048; analogamente vedi B. Schwartz, *Commerce, the states, and the Burger Court*, 74 in «Nw. U. L. Rev.», 1979, LXXIV, p. 411 ss.

La decisione supera così le difficoltà di una rigida definizione materiale, ammettendo che oggetti tecnicamente appartenenti alla disciplina del commercio interstatale possano avere tanto la natura di materie locali, suscettibili di disciplina statale, quanto quella di materie nazionali per le quali è richiesta una disciplina uniforme in tutta la federazione.

Anche la *querelle* tra "esclusivisti" e "concorrentisti" è superata, nota la dottrina[246], da tale sentenza: la Corte, infatti, adotta una posizione intermedia in cui legittima discipline statali in materia di commercio, negando così la teoria dell'esclusività ma, contemporaneamente, smentisce la ricostruzione della competenza come potere concorrente, chiarendo che vi sono alcune materie di carattere nazionale che richiedono una disciplina uniforme e precludono l'intervento statale anche in assenza di una normativa federale[247].

La Costituzione, in base a tale giurisprudenza, nel momento in cui assegna il potere sul commercio al legislativo federale, senza specificarne la natura esclusiva, non preclude *in toto* discipline statali, ma consente interventi degli stati su aspetti di tale materia che abbiano natura locale, richiedendo, piuttosto che una normativa uniforme, regolamentazioni specifiche a livello territoriale.

Da notare, infine, nella sentenza *Cooley vs. Board of Wardens*, è la posizione ambigua della Corte suprema riguardo ad un elemento essenziale della dottrina che essa stessa va proponendo: a chi spetta decidere la natura locale o nazionale di una materia e, conseguentemente, la titolarità della relativa competenza? Chi, fra Congresso e Corte suprema ha il compito di identificare le materie che necessitano di una disciplina uniforme e quelle che richiedono invece differenziazione?

Pur avendo occasione nel caso *de quo* di riconoscere tale ruolo a sé o al potere legislativo federale, la Corte evita di assumere una posizione definitiva. L'occasione per tale riconoscimento nasce, nel corso dell'*opinion*, dal lungo riferimento fatto dalla Corte stessa ad

---

[246] Vedi M. Tushnet, *Rethinking the dormant commerce clause*, cit., p. 153.

[247] Proprio l'opportunità di una disciplina uniforme a livello nazionale è il filo conduttore delle decisioni successivamente adottate dalla Corte suprema: vedi *Welton vs. Missouri*, 91 U.S. 275 (1875); *Wabash, St. Louis and Pacific Ry. Co. vs. Illinois*, 118 U.S. 557 (1886).

un atto legislativo federale[248], che aveva appunto riconosciuto la natura *locale* della materia regolata nella legge del Delaware, oggetto del controllo di costituzionalità nel caso *Cooley.*

In presenza di un atto normativo del Congresso, che riconosce esplicitamente la natura locale della fattispecie considerata, la Corte avrebbe infatti potuto considerare dirimenti le indicazioni del legislativo federale e riconoscere quindi a questo, conseguentemente, il generale compito di individuare le fattispecie di natura locale e quelle di natura nazionale. Pur soffermandosi a lungo sul contenuto della legge federale[249], invece, la Corte suprema, come nota la dottrina[250], evita di indicare le valutazioni del Congresso circa la natura locale della fattispecie quale elemento determinante delle proprie valutazioni. Contemporaneamente, però, la lunga analisi del provvedimento federale, nelle sue argomentazioni, mostra con evidenza che essa non lo considera quale semplice argomento *ad adiuvandum*.

La distinzione tra questi due approcci interpretativi sarebbe ovviamente cruciale: nel primo caso il Congresso avrebbe il ruolo di «arbitro finale del carattere nazionale o locale di una data materia»[251], mentre nel secondo caso tale ruolo sarebbe di fatto riconosciuto alla Corte. Questa, invece, decide di non assumere una posizione netta ed alimenta il filone, già aperto nel caso *Gibbons*, della natura altalenante dei rapporti tra federazione e stati, storicamente in bilico tra la qualifica di *political question* e una connotazione giuridica e giustiziabile[252].

---

[248] Atto del Congresso 7 agosto 1789, sez. 4: «Tutti i piloti nei porti […] degli Stati Uniti continueranno ad essere disciplinati in conformità con le leggi esistenti degli stati, […] fino a che un'altra legislazione non verrà fatta dal Congresso» (citato dalla stessa Corte: cfr. *Cooley vs. Board of Wardens of the Port of Philadelphia*, cit., p. 317).

[249] *Ivi*, p. 317 ss.

[250] L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 1047, nota 7.

[251] *Ibidem.*

[252] Come è stato notato, la Corte in alcune decisioni della fine dell'Ottocento offrirà una versione del *Cooley* test maggiormente rispettosa della volontà del Congresso: nella decisione *Leisy vs. Hardin* (135 U.S. 100, 1890) sosterrà la possibilità, per il legislativo federale, di consentire anche su materie di carattere nazionale una disciplina statale. Il divieto di normare su tali materie non è quindi assoluto ed arbitro di eventuali deroghe è il Congresso stesso. Scrive la Corte: «poiché il commercio interstatale […] è per sua natura nazionale, e deve essere disciplinato attraverso un sistema uniforme, finché il Congresso non passa una legge per disciplinarlo, o concede agli stati la possibilità di farlo, esso con ciò indica la sua volontà di lasciar-

10. *La* dormant commerce clause *dopo il* New Deal*: il bilanciamento tra* national interest *e* state interest

Il test disegnato nella decisione *Cooley vs. Board of Wardens* fu risolutivo solo in apparenza; la distinzione tra aspetti del commercio di natura locale e aspetti del commercio di natura nazionale si dimostrò una formula «più conclusiva che esplicativa»[253], così che la Corte cominciò ad utilizzare, anche per la *dormant commerce clause*, alcune categorie parallelamente utilizzate per la circoscrizione del potere sul commercio quali, ad esempio, la distinzione tra effetti diretti e indiretti[254]. Le leggi degli stati, in questo modo, venivano considerate valide quando incidevano sul commercio solo indirettamente[255], mentre erano considerate incostituzionali quando creavano un ostacolo diretto, un *direct burden*[256], sui traffici interstatali[257].

L'intera giurisprudenza in materia di *dormant commerce clause* era tuttavia destinata ad una radicale svolta interpretativa. Nel 1940 compare sulla *Virginia Law Review* un articolo[258] di Noel Dowling, nel quale l'autore rilegge la giurisprudenza della Corte suprema relativa a tale dottrina, evidenziando quello che a suo parere è stato il criterio realmente sotteso alle decisioni assunte dalla Corte stessa

---

lo libero (da ogni disciplina)» (*ivi*, p. 109). Tale principio è stato successivamente applicato in In Re *Rahrer* (140 U.S. 545, 1891), nonché in *Clark Distilling Co. vs. Western M. Ry*. (242 U.S. 311, 1917). Individua e commenta questa posizione della Corte suprema N.T. Dowling, *Interstate commerce and state power*, cit., pp. 5-6.

253 L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 1049.

254 Sulla (precaria) distinzione tra effetti diretti ed indiretti vedi *supra,* § 3.

255 Vedi ad esempio *Erb vs. Morasch,* 117 U.S. 584 (1900) in base al quale le città potevano imporre limiti di velocità più severi ai treni che circolavano all'interno dei confini della città. Ma vedi anche *Smith vs. Alabama*, 124 U.S. 465 (1888); *Chicago, R.I. & Pacific Ry Co. vs. Arkansas,* 219 U.S. 453 (1911); *Atchinson T. & S.F. Ry. Co. vs. Railroad Commission*, 283 U.S. 380 (1931).

256 La traduzione "ostacoli" per l'espressione *burdens* utilizzata dalla Corte suprema viene proposta da G. Amato, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione (alla luce dell'esperienza statunitense)*, cit., p. 34.

257 Vedi *Seaboard Air Line Railway vs. Blackwell*, 224 U.S. 310 (1917), in cui viene dichiarata invalida una legge della Georgia che prevedeva che i treni delle ferrovie limitassero ulteriormente la loro velocità ad ogni incrocio con una strada, costringendo di fatto i treni quasi ad uno stop centoventiquattro volte nello spazio di centoventitrè miglia.

258 Vedi N.T. Dowling, *Interstate commerce and state power*, cit.

dal caso *Cooley* in poi: il bilanciamento tra gli interessi statali e gli interessi nazionali.

Anche il criterio dell'ostacolo diretto e indiretto, secondo lo studioso, non ha costituito un criterio certo, alimentando in realtà una giurisprudenza incoerente: le leggi sulla quarantena, ricorda a titolo esemplificativo l'autore[259], bloccando beni e persone ai confini degli stati, hanno evidentemente effetti diretti sulla circolazione interstatale, eppure rappresentano un caso tipico di legge statale considerata valida dai supremi giudici[260].

La reale chiave di lettura di questa, come di molte altre decisioni della Corte in materia di *dormant commerce clause*, è stata in parte già evidenziata – prosegue Dowling – da una *dissenting opinion* del giudice Stone nel caso *Di Santo vs. Pennsylvania*[261].

Il giudice, in particolare, critica l'adeguatezza del criterio degli effetti diretti e indiretti, applicato dalla maggioranza per valutare la violazione della *dormant commerce clause*, affermando che si tratta solo di «etichette per descrivere un risultato, più che di una formula affidabile attraverso cui raggiungerlo»[262]. In realtà, prosegue il giudice Stone, le discipline statali sono state ritenute valide dalla Corte, nel corso dei decenni, «in quanto la considerazione di tutti i fatti e le circostanze, quali la natura della disciplina, la sua funzione, il tipo di affare coinvolto, e l'effetto reale sul flusso del commercio, ha condotto alla conclusione che la disciplina concerneva *interessi peculiarmente locali* e non violava l'*interesse nazionale* a mantenere la libertà del commercio tra gli stati»[263].

Il giudice Stone tuttavia, a parere di Dowling, compie un errore nella sua ricostruzione: egli ritiene, infatti, che le discipline statali siano legittime quando tutelino interessi locali e non violino interessi nazionali. Le due categorie, degli interessi locali e nazionali, sembrerebbero così potersi escludere a vicenda, per cui su una medesima fattispecie solo uno dei due interessi può essere coinvolto.

---

259 *Ivi*, p. 6.

260 Vedi *Smith vs. St Louis & S.W.R.R.*, 181 U.S. 248 (1901).

261 273 U.S. 34 (1927).

262 *Di Santo vs. Pennsylvania*, cit., p. 44.

263 Il giudice Stone utilizza esattamente l'espressione «national interest in maintaining the freedom of commerce»: *ivi*, p. 44.

Al contrario, sottolinea lo studioso, i due interessi spesso coesistono e sono confliggenti, per cui la tutela degli interessi locali implica il sacrificio almeno parziale di un interesse nazionale. Il controllo da svolgere, pertanto, non è se la tutela dell'interesse locale non violi un interesse nazionale, ma piuttosto, e più realisticamente, se la protezione dell'interesse del singolo stato non sacrifichi eccessivamente (*unduly infringe*) quello dell'intera nazione[264].

Dowling propone così, quale codice per l'interpretazione delle decisioni passate, e criterio ermeneutico per le sentenze future, la dottrina che egli stesso definisce dell'*irragionevole interferenza con gli interessi nazionali*[265]. In base ad essa, nell'individuazione delle leggi statali contrarie alla *dormant commerce clause*, spetta alla Corte suprema «bilanciare gli interessi nazionali e locali, compiendo una scelta su quale dei due debba prevalere»[266].

Questa dottrina, secondo lo studioso, fornirebbe uno strumento flessibile per contemperare i confliggenti interessi nazionali e locali, preservando peraltro sia la funzione del potere giudiziario che quella del potere legislativo. La prima, evidentemente, sarebbe esaltata dalla funzione di ponderazione dei vari interessi assegnata ai giudici, la seconda sarebbe invece ampiamente preservata dalla possibilità lasciata al Congresso di avere comunque l'ultima parola. Quando infatti il potere giudiziario dovesse far salva una legge statale che interferisca con i traffici commerciali, il Congresso avrebbe sempre il potere di legiferare sulla materia in modo difforme dallo stato, vedendo prevalere la sua disciplina su quella dello stato stesso in applicazione della *supremacy clause*[267]. Nel caso opposto invece, in cui una legge statale dovesse essere dichiarata dai giudici in contrasto con la *dormant commerce clause*, il legislativo federale – se in disaccordo – potrebbe intervenire autorizzando la legge stessa con un suo provvedimento. Quest'ultima circostanza è resa infatti possibile dalla dottrina del c.d. *Congressional approval*, da tempo accolta

---

264 Vedi N.T. Dowling, *Interstate commerce and state power*, cit., pp. 7-8.

265 Letteralmente definita dall'autore dottrina dell'«unreasonable interference with national interest»: *ivi*, p. 21.

266 «[…] the Court is deliberately balancing national and local interests and making a choice as to which of the two should prevail»: *ibidem*.

267 Vedi *infra*, cap. III, § 1.

dalla Corte suprema[268], in base alla quale il Congresso, nell'esercizio del suo pieno potere di disciplinare il commercio, può anche autorizzare gli stati ad adottare discipline che interferiscano con il commercio stesso.

Alcuni anni dopo la pubblicazione dell'articolo di Dowling, il giudice Stone, autore della citata *dissenting opinion* nel caso *Di Santo*, divenuto *Chief Justice* della Corte suprema, accoglie sostanzialmente la teoria del bilanciamento degli interessi locali e nazionali prospettata dallo studioso. A partire dalla decisione *Southern Pacific Co. vs. Arizona*[269] del 1945, muta radicalmente il controllo svolto dalla Corte suprema in applicazione della dottrina della *dormant commerce clause*; i giudici infatti cessano di individuare rigide categorie di aree nelle quali la disciplina statale è preclusa o consentita[270], per trasformare chiaramente il loro controllo in un bilanciamento tra i benefici prodotti dalla legge statale e gli ostacoli posti da questa sul commercio interstatale.

Nel caso di specie la Corte si trova ad affrontare la questione della legittimità di una legge dello stato dell'Arizona che, per motivi di sicurezza, limita il numero delle carrozze di cui possono essere composti tanto i treni per passeggeri, quanto i treni merci.

In via preliminare, la Corte richiama la propria giurisprudenza in base alla quale il potere congressuale sul commercio non esclude le discipline statali relative a materie di interesse prettamente locale

---

[268] Vedi ad esempio la sentenza In re *Rahrer*, 140 U.S. 545 (1891), nella quale la Corte ritenne valida una legge statale che limitava l'importazione e la vendita di alcolici, in applicazione di una legge del Congresso che esplicitamente permetteva agli stati di adottare tale tipo di disciplina. Più di recente cfr. *Western & Southern Life Insurance Co. vs. State Board of Equalization of California*, 451 U.S. 648 (1981): sul tema vedi E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 359 ss., nonché *supra,* nota 245.

[269] 325 U.S. 761 (1945). Lo stesso Dowling, all'indomani di tale sentenza, ha scritto una nuova versione del suo articolo nella quale, alla luce della sentenza *Southern Pacific*, ripercorre in termini ancora più netti la storia della *dormant commerce clause* come la storia del continuo bilanciamento tra interessi locali e nazionali. Vedi N.T. Dowling, *Interstate commerce and state power. Revised version*, in «Colum. L. Rev.», 1947, XLVII, p. 547 ss.

[270] Si noti che quelli erano gli anni in cui la Corte suprema aveva definitivamente accolto la filosofia del *New Deal* e del federalismo cooperativo, secondo cui i rapporti tra stati e federazione non si basavano più sulla separazione delle competenze ma spesso sulla condivisione di queste: vedi *supra*, cap. I, § 8.

che pur, in qualche modo, incidano sui traffici interstatali. D'altro canto, però, fin dal caso *Gibbons*, prosegue la Corte, gli stati non sono mai stati autorizzati a disciplinare quegli aspetti del commercio che, «a causa del bisogno di uniformità nazionale, esigono che la disciplina venga fatta da un unico potere»[271].

In applicazione di questi principi, accanto a fattispecie nelle quali è evidente che la competenza sia federale o statale, vi è tuttavia anche «un'infinita varietà di casi, nei quali la disciplina degli aspetti locali può essere contemporaneamente disciplina del commercio, casi nei quali è possibile risolvere le confliggenti rivendicazioni di competenze degli stati e della federazione, solo attraverso la valutazione e il contemperamento dei confliggenti interessi statali e nazionali che sono coinvolti»[272].

Nel caso affrontato nella decisione *Southern Pacific* il bilanciamento che occorre compiere è tra l'ostacolo che la disciplina dell'Arizona pone al corso del commercio, limitando il numero di carrozze trascinabili da ciascuna motrice, e le esigenze di sicurezza alla base, secondo lo stato, del provvedimento stesso. L'incidenza sui traffici è evidente: i treni provenienti da altri stati con più vagoni non potrebbero circolare; ridurre le carrozze renderebbe necessarie più motrici, aggravando tanto i costi dei trasporti quanto lo stesso traffico sulla rete ferroviaria.

Dall'altro lato, invece, secondo la Corte, le positive implicazioni per la sicurezza sono scarsamente evidenti, poiché i dati mostrano un attenuarsi solo minimo degli incidenti nei casi in cui viene limitata la lunghezza dei treni. Il punto, spiega la Corte, non è se in assoluto tale misura risponda a esigenze di benessere generale, ma se l'impatto positivo, in termini di sicurezza, della legge stessa, sia tale da superare l'interesse nazionale a mantenere il commercio interstatale libero da interferenze[273].

---

[271] *Southern Pacific Co. vs. Arizona*, cit., p. 767.

[272] *Ivi*, pp. 768-769. Con le parole della stessa Corte: «[…] between these extremes lies the infinite variety of cases, in which regulation of local matters may also operate as a regulation of commerce, in which reconciliation of the conflicting claims of state and national power is to be attained only by some appraisal and accomodation of the competing demands of the state and national interests involved».

[273] *Ivi*, p. 776.

Le esigenze di uniformità non possono, scrive Stone, essere ignorate «semplicemente ricorrendo ad una conveniente apologia del *police power*»[274]: «gli interessi statali non possono essere preservati alle spese dell'interesse nazionale»[275]. Nel caso di specie, il ridotto apporto in termini di sicurezza della legge dell'Arizona non costituisce un interesse prevalente su quello nazionale, proclamato dallo stesso Congresso, a promuovere un sistema ferroviario adeguato, economico ed efficiente.

Con la sentenza *Southern Pacific* la Corte non dichiara *overruled* alcuna precedente decisione, ma rilegge, come aveva proposto Dowling nel suo saggio, la propria giurisprudenza passata, in termini di «bilanciamento dei fini»[276] statali e federali, indicando anche la *ratio* delle sue future decisioni in materia, basate tuttora su tale bilanciamento.

11. *Leggi discriminatorie verso i non residenti e "ostacoli eccessivi" al commercio interstatale: le tendenze più recenti nella giurisprudenza sulla* dormant commerce clause

Il test per verificare la violazione della *dormant commerce clause*, negli anni successivi alla decisione *Southern Pacific* si articola in due sottotipi, a seconda che la legge statale sia o meno discriminatoria nei confronti dei residenti in altri stati.

Le leggi statali vengono così distinte dalla Corte suprema in due categorie: quelle che incidono sul commercio discriminando[277] coloro che sono fuori dallo stato e quelle che, pur disciplinando un

---

[274] *Ivi*, p. 780.

[275] *Ivi*, p. 782.

[276] Vedi J.N. Eule, *Laying the dormant commerce clause to rest,* in «Yale L. J.», 1982, XCI, p. 427.

[277] Da questo punto di vista una legge statale può essere *facially discriminatory*, quando palesemente traccia una distinzione tra coloro che vivono all'interno e coloro che vivono all'esterno dei suoi confini, e *facially neutral*, quando, pur non contenendo criteri distintivi evidenti, sia, nello scopo o negli effetti, discriminatoria nei confronti dei non cittadini: in entrambi i casi comunque viene applicato lo scrutinio stretto della presunzione di incostituzionalità. Per approfondimenti sulle leggi statali discriminatorie e per una selezione delle decisioni più rilevanti a riguardo vedi E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 330 ss.

aspetto del commercio, non prevedono trattamenti differenti per gli *out-of-staters.*

Le prime sono oggetto di una presunzione di incostituzionalità: la *ratio* della *dormant commerce clause*, infatti, è proprio quella di evitare politiche protezionistiche degli stati, così che ogni disciplina che garantisca a coloro che vivono o lavorano nello stato un trattamento diversificato è caratterizzata da una "ontologica invalidità"[278]. Quest'ultima può essere superata solo quando lo stato giustifichi l'adozione della legge, evidenziando che da essa derivi la tutela di interessi locali (ovviamente non di tipo protezionistico) e dimostrando, parallelamente, l'assenza di alternative adeguate per tutelarli[279]. Uno schema simile viene applicato dalla Corte suprema anche nei casi in cui la legge statale, apparentemente neutrale, abbia effetti di fatto discriminatori nei confronti di coloro che vivono o esercitano la propria attività economica in un altro stato[280].

---

[278] *Per se invalidity,* la definisce L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 1050. Tra le decisioni che meglio illustrano lo stretto scrutinio cui sono sottoposte le leggi discriminatorie vedi *Oregon Waste Sys., Inc. vs. Department of Environmental Quality*, 511 U.S. 93 (1994), in particolare p. 99.

[279] Tra i pochi casi nei quali una legge discriminatoria sia stata ritenuta valida vedi *Maine vs. Taylor*, 477 U.S. 131 (1986), in cui è stata sostenuta la legittimità di una legge del Maine che vietava l'importazione da altri stati di pesce per esche perché il Maine non aveva altra via per prevenire il diffondersi di parassiti che tramite quello circolavano.

[280] Emblematico è il caso *Hunt, Governor of the State of North Carolina vs. Washington State Apple Advertising Commission* (432 U.S. 333, 1977): in questa circostanza la Corte dichiara invalida una legge del North Carolina che richiedeva che tutti i contenitori di mele venduti nello stato non avessero certificazioni o indicazioni di categorie differenti rispetto a quelle previste dal Dipartimento federale dell'Agricoltura. La legge, apparentemente neutrale, ostacolava in realtà le importazioni effettuate dallo stato di Washington, uno dei maggiori produttori nazionali, nella Carolina del Nord. Nel primo dei due stati, infatti, era previsto un sistema di certificazione di qualità per le mele molto più stringente di quello richiesto a livello federale, sistema che era ormai accettato e noto nel mercato. La legge oggetto di giudizio favoriva così chiaramente i produttori interni di mele, sia impedendo agli importatori dello stato di Washington di sfruttare sul mercato la certificazione ulteriore cui si sottoponevano, sia costringendoli a diversificare per il solo stato del Nord Carolina il sistema di etichettatura. La giustificazione per tale discriminazione di fatto è, a parere del governatore del North Carolina, la necessità di evitare negli acquirenti la confusione causata dalla presenza di sistemi di certificazione differenti. A parere della Corte suprema, tuttavia, tale legge avrebbe potuto comunque realizzare il suo scopo producendo un impatto inferiore sui traffici interstatali, per

Si inverte invece la presunzione nel caso in cui una legge di uno stato le disciplini un aspetto del commercio senza distinguere coloro che vivano all'interno o all'esterno dei suoi confini. In questo caso, infatti, vi è invece quella che la dottrina indica come una "ontologica accettabilità"[281], una presunzione di costituzionalità nei confronti della legge, che viene però superata allorquando il provvedimento ponga comunque un *undue burden*[282], un ostacolo eccessivo al commercio interstatale.

Tale modello ermeneutico è stato chiaramente adottato dalla Corte suprema nella decisione *Loren J. Pike vs. Bruce Church Inc*.[283] del 1970, nella quale la Corte ha affermato che in presenza di una legge non discriminatoria nei confronti dei non residenti e volta a tutelare un legittimo interesse pubblico locale, essa debba essere considerata costituzionalmente valida, a meno che l'ostacolo (*burden*) imposto al commercio interstatale non sia eccessivo rispetto ai supposti benefici locali. Una volta che viene rinvenuto un legittimo interesse locale, cioè, la questione diventa in qualche modo "quantitativa", poiché l'entità tollerata dell'ostacolo posto al commercio interstatale dipenderà dalla natura dell'interesse locale coinvolto e dalla possibilità di perseguirlo con un impatto inferiore sulle attività interstatali[284].

Il c.d. *Pike test*, applicato alle leggi che non discriminano gli *out-of-staters* ma che comunque incidono sul commercio interstatale, si articola quindi in due fasi: la prima è costituita dal controllo dei

esempio richiedendo agli importatori di affiancare, a eventuali certificazioni ulteriori, quella basata sugli standard federali.

[281] Vedi ancora L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 1051, nota 5 (*per se acceptable*).

[282] L'espressione, ormai di uso estremamente comune, sarebbe comparsa per la prima volta nella decisione *Dean Milk Co. vs. City of Madison* (340 U.S. 349, 1951), p. 353: così D.S. Day, *The "mature" Rehnquist Court and the dormant commerce clause doctrine: the expanded discrimination tier*, in «S.D. L. Rev.», 2007, LII, p. 1, nota 4.

[283] 397 U.S. 137 (1970). Nella decisione viene cassato un divieto dello stato dell'Arizona di trasportare meloni non imballati: la legge secondo la Corte non perseguiva in realtà nessuna finalità sanitaria, ma mirava unicamente a costringere coloro che producevano in Arizona per le particolari condizioni climatiche, ad avvalersi delle aziende locali di imballaggio, pur avendo, come spesso accadeva, proprie strutture per l'imballaggio nello stato di provenienza.

[284] *Loren J. Pike vs. Bruce Church Inc.*, cit., p. 142.

fini della legge statale, che devono coincidere con rilevanti interessi pubblici locali; la seconda consiste invece in un *bilanciamento* di questi ultimi con l'interesse federale, tramite un controllo di proporzionalità delle misure adottate rispetto alle finalità perseguite.

Questa giurisprudenza, che utilizza il bilanciamento quale criterio di applicazione della *dormant commerce clause*, è una delle principali fonti di critiche a tale dottrina cui, come abbiamo già detto[285], parte degli interpreti continua a negare fondamento costituzionale. Il ruolo "politico" che il *Pike test* riconosce al potere giudiziario è infatti ampiamente discusso[286], al punto che tanto una parte della dottrina[287] quanto alcuni componenti della Corte suprema[288] ritengono che la Corte dovrebbe tendenzialmente astenersi dal cassare le leggi statali in applicazione della *dormant commerce clause*, limitando semmai tale tipo di controllo solo alle leggi che risultino discriminatorie nei confronti degli *out-of-staters*.

Tale filone dottrinale, peraltro, sembra aver maturato anche un certo seguito nella maggioranza della Corte suprema che, da vari anni ormai, pur non avendo mai dichiarato *overruled* la giurisprudenza che sottopone a bilanciamento anche le leggi statali non discriminatorie, applica la dottrina della *dormant commerce clause* utilizzando solo il test per le leggi discriminatorie[289].

Anche in questo caso poi la tendenza a garantire l'autodeterminazione statale, che segna l'attività della Corte suprema dai tempi

---

[285] Vedi *supra,* § 8.

[286] Vedi ad esempio T.K. Anson, P.M. Schenkkan, *Federalism, the dormant commerce clause, and state-owned resources*, in «Texas L.Rev.», 1980, LIX, p. 71 ss.

[287] Vedi fra gli altri M. Tushnet, *Rethinking the dormant commerce clause*, cit., *passim* e in particolare p. 154 ss.

[288] Vedi la *concurring opinion* del giudice Scalia in *Bendix Antolite Corp vs. Midwesco Enterprises, Inc.*, 486 U.S. 888 (1988): in particolare p. 896 ss.

[289] Si tenga presente tuttavia che ciò non implica una diminuzione del numero delle pronunce di incostituzionalità poiché la Corte tende a forzare la definizione di leggi "discriminatorie"; si consideri che tra il 1992 e il 2005 la Corte suprema si è pronunciata tredici volte sull'eventuale violazione della *dormant commerce clause* dichiarando la Costituzione violata in dieci casi. Ciò che la Corte sembra rifiutare è il puro bilanciamento tra interessi federali e statali connesso al controllo svolto su leggi non discriminatorie: in tema vedi D.S. Day, *The "mature" Rehnquist Court and the dormant commerce clause doctrine: the expanded discrimination tier*, cit., *passim*.

della *Nixon Court*[290], ha fatto sì che venisse individuato un limite generale alla possibilità di dichiarare incostituzionali anche le leggi statali che discriminino gli *out-of-staters*. Già da vari anni, infatti, è emerso il filone giurisprudenziale della c.d. *market participant exception*, in base alla quale anche leggi statali che siano palesemente discriminatorie nei confronti di residenti o operatori esterni allo stato possono non essere considerate incostituzionali quando lo stato agisca come operatore nel mercato e non come regolatore dello stesso. Tale giurisprudenza è stata inaugurata dalla Corte suprema nel 1976, lo stesso anno in cui, come vedremo, le istanze autonomistiche degli stati e la filosofia del *New Federalism* hanno cominciato ad essere accolte anche nella sentenza *National League of Cities vs. Usery*[291].

Occasione per il pronunciamento sulla *market participant exception* è il caso *Hughes vs. Alexandria Scrap Corp.*[292], in cui è oggetto di controllo di costituzionalità una legge del Maryland che prevedeva che lo stato pagasse una quota ai demolitori per la distruzione di ogni autoveicolo che fosse stato precedentemente registrato nel Maryland, previa dimostrazione della proprietà di esso. Per quest'ultima condizione, tuttavia, la legge privilegiava chiaramente i demolitori che operavano all'interno dello stato, richiedendo a coloro che provenivano da altri stati una certificazione molto più complessa per dimostrare la proprietà dei veicoli. Alcuni demolitori della Virginia tuttavia impugnarono la legge, sostenendone la contrarietà alla *dormant commerce clause* per il suo carattere chiaramente discriminatorio, in grado di influenzare il libero scambio fra gli stati.

La Corte suprema, tuttavia, ritiene valida la legge del Maryland in quanto la *commerce clause*, in assenza di espliciti divieti del Congresso, non impedirebbe agli stati di partecipare al mercato, esercitando il diritto di favorire i propri cittadini rispetto ad altri[293]. Come verrà chiarito in una decisione immediatamente successiva[294], la distinzione che rileva è tra i casi in cui gli stati agiscano come "partecipanti al

---

290 Vedi *supra*, cap. I, § 12, nota 364.
291 426 U.S. 833 (1976): vedi *infra*, cap. III, § 5.
292 426 U.S. 794 (1976).
293 *Hughes vs. Alexandria Scrap Corp*, cit., p. 810.
294 *Reeves, Inc. vs. Stake*, 447 U.S. 429 (1980).

mercato" (*market participants*) e quelli in cui operino come "regolatori" (*regulators*) del mercato stesso[295]. Nel primo caso, a parere dei giudici, non c'è alcuna indicazione in Costituzione che precluda agli stati di operare liberamente[296] nel mercato e, nel far questo, di avere, insieme alle difficoltà, anche le libertà degli altri operatori[297].

Anche l'origine storica della *commerce clause* confermerebbe a parere della maggioranza della Corte[298] tale lettura, poiché notoriamente tale clausola fu inserita dai delegati di Filadelfia per evitare che imposte[299] o discipline statali potessero alterare il libero mercato tra gli stati, non per precludere a questi ultimi di operare nel mercato stesso, operando delle scelte favorevoli ai propri cittadini.

La *market participant exception* è tuttavia oggetto di forti perplessità da parte di alcuni studiosi che, ad esempio, sottolineano l'inappropriata equiparazione ad un qualunque operatore del mercato, degli stati, economicamente supportati invece dal potere di imposizione fiscale[300]. A ciò si aggiungano anche i problemi applicativi di tale dottrina, derivanti dalla difficoltà di distinguere i casi concreti in cui uno stato agisca come regolatore da quelli in cui agisca come operatore nel mercato[301]: il rischio, in breve, è che tale eccezione diventi il tramite per la realizzazione di quelle politiche protezionistiche che i padri fondatori, con la *commerce clause*, volevano appunto contrastare.

Come ricorda il giudice Powell nel 1980, dissentendo dalla maggioranza della Corte che per la seconda volta nella sua storia appli-

---

295 *Ivi*, p. 436.

296 *Ivi*, p. 437.

297 *Ivi*, p. 439.

298 *Ivi*, p. 437.

299 Proprio il controllo di costituzionalità applicato a imposte statali è uno degli ambiti in cui più frequente e difficoltosa è l'applicazione della *dormant commerce clause*: vedi nella dottrina più recente J. Muething, *An analysis of the disparate tax treatment of municipal bonds: Department of Revenue of Kentucky v. Davis*, in «U. Cin. L. Rev.», 2007, LXXV, p. 1711 ss. (si noti che la vicenda oggetto d'analisi nel saggio citato si è poi conclusa con la decisone *Department of Revenue of Kentucky vs. Davis* di seguito citata).

300 Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law,* I, cit., p. 1091.

301 Vedi S.G. Gey, *The political economy of the Dormant Commerce Clause*, in «N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change», 1989-1990, XVII, pp. 64-65; C. Hunter Kellett, *The market participant doctrine: no longer "good sense" or "sound law"*, in «Temple Envir. L. and Tech. J.», 1990, IX, p. 174.

cava la *market participant exception*, «la creazione di una economia nazionale libera era uno dei principali obiettivi degli stati quando questi decisero di unirsi sotto una Costituzione federale. Tale tipo di decisioni non può essere conciliata con quell'obiettivo»[302].

L'obiettivo dei padri fondatori di garantire il libero mercato e la libera circolazione di cose e persone fra gli stati è tuttavia, secondo parte della dottrina, ancor più compromesso da un ulteriore canone ermeneutico emerso nella più recente giurisprudenza della Corte suprema, dopo l'avvio della presidenza Roberts[303].

Nel caso *Department of Revenue vs. Davis*[304], deciso alla fine del 2007, emerge infatti chiaramente, nelle argomentazioni della maggioranza, il criterio secondo cui anche una misura che incida sul traffico interstatale e che sia palesemente discriminatoria verso gli *out-of-staters* può comunque essere legittima allorquando rappresenti l'esercizio di una tradizionale funzione governativa, una *traditional governmental function*[305].

Nel caso di specie lo stato del Kentucky aveva escluso dal reddito imponibile a fini fiscali gli interessi maturati da bond emessi da enti territoriali dello stato stesso, considerando invece inclusi nel

---

[302] Vedi *Reeves, Inc. vs. Stake*, cit., p. 454.

[303] John Roberts è stato nominato *Chief Justice* da George W. Bush, subentrando allo scomparso William Rehnquist: si noti che l'elenco completo dei giudici della Corte suprema è disponibile nel sito web della Corte stessa (http://www.supremecourtus.gov/about/members.pdf).

[304] 553 U.S. 328 (2007).

[305] Il tema delle *traditional governmental function* è in realtà già presente, seppur unito ad altri canoni ermeneutici, nella decisione *United Haulers Ass'n vs. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority* (550 U.S. 330, 2007). In questo caso, piuttosto discusso, la Corte suprema nega la violazione della *dormant commerce clause* in quanto non vi è un trattamento discriminatorio nei confronti di coloro che vivono o operano al di fuori dei confini statali. Vengono considerate legittime in particolare alcune ordinanze adottate da autorità locali che impongono che i rifiuti solidi prodotti nel loro territorio siano tutti smaltiti in un impianto di proprietà dei governi stessi. A parere della Corte, le ordinanze, poiché escludono tutti gli operatori privati sia interni sia esterni allo stato, affidando lo smaltimento ad un'impresa pubblica, non violerebbero la *dormant commerce clause*. A commento vedi B.C. Mank, *Are public facilities different from private ones? Adopting a new standard of review for the dormant commerce clause*, in «SMU L. Rev.», 2007, LX, p. 157 ss., nonché N.R. Williams, B.P. Denning, *The "new protectionism" and the American common market*, in «Notre Dame L.Rev.», 2009, LXXXV, p. 255 ss.

reddito imponibile gli interessi derivanti da bond emessi in altri stati della federazione.

Tale misura, che a parere dei ricorrenti contrasta palesemente con la *ratio* della *dormant commerce clause* poiché ostacola la circolazione di titoli tra uno stato e l'altro con una misura protezionistica, viene invece considerata legittima da un'ampia maggioranza dei giudici[306].

Le argomentazioni sono differenti[307], ma il tema che sembra prevalere è quello per cui l'emissione di bond all'interno di uno stato consiste in una tradizionale funzione di governo, legata alla necessità di finanziare opere pubbliche. Si tratta di uno strumento necessario, quindi, a «proteggere la salute, la sicurezza e il benessere dei cittadini»[308]. «Una funzione di governo – spiega la Corte – non può essere oggetto del controllo standard che viene effettuato sulla base della *dormant commerce clause*, a causa della motivazione che probabilmente è alla base di quella funzione di governo, e cioè fini legittimi e non il semplice protezionismo economico che la clausola (sul commercio) aborrisce»[309]. Nel caso di leggi statali che ostacolino il commercio, ma siano esercizio di tradizionali funzioni di governo, sembra – in sintesi – che la dottrina della *dormant commerce clause* non debba trovare applicazione.

L'ostilità della maggioranza della Corte nei confronti dell'"aspetto negativo"[310] del *commerce power* è ancora più palese nelle argomentazioni successive della sentenza, quando esamina l'opportunità di considerare il caso concreto bilanciando l'interesse federale al libero mercato e quello statale all'acquisizione di risorse finanziarie.

Scrive infatti la Corte: «siamo convinti che nel caso concreto il Ramo Giudiziario non è istituzionalmente adatto a tracciare con-

---

306 Sette giudici su nove sostengono la legittimità del provvedimento: il *Chief Justice* Roberts e con lui Souter, Stevens, Breyer, Ginsburg, Scalia, Thomas. Dissentono i giudici Kennedy e Alito.

307 A parte l'*opinion* del giudice Souter, ben quattro dei giudici (Stevens, Roberts, Scalia, Thomas) della maggioranza scrivono infatti un'opinione concorrente.

308 *Department of Revenue vs. Davis*, cit., p. 1811.

309 *Ivi*, p. 1810.

310 Sulla *dormant commerce clause* come aspetto negativo del potere sul commercio vedi *supra*, § 1.

clusioni affidabili rispetto a ciò che questo tipo di test richiede[311]. […] Bilanciare o quantificare in un'analisi costi-benefici sarebbe un esercizio estremamente sottile. […] E ciò che è più significativo di questa analisi non è la difficoltà o l'inevitabile incertezza […], ma l'inadeguatezza del procedimento giurisdizionale e dei fori giudiziari[312]. […] Il foro congressuale invece ha due vantaggi: il Congresso ha speranza di acquisire più informazioni di quanto la procedura giudiziaria possa fare e poi un'assemblea legislativa elettiva è l'istituzione preferibile per incorrere nei rischi economici che l'alterazione della situazione attuale comporterebbe»[313].

La Corte enuncia quindi un esplicito *self-restraint*, invocando il ruolo del Congresso quale miglior compositore degli interessi in conflitto; ciò che la Corte sembra suggerire è che la legge del Kentucky debba più opportunamente essere resa inapplicabile da una legge federale e non da una decisione del potere giudiziario. Il Congresso, dove i vari interessi coinvolti trovano rappresentanza politica, può cioè meglio soppesare le istanze coinvolte e adottare eventualmente una disciplina per correggere il provvedimento del Kentucky, disciplina destinata a prevalere sulla base della clausola di supremazia del diritto federale[314].

La decisione della maggioranza è oggetto di molteplici critiche da parte dei giudici dissenzienti[315]. A parere di questi, in primo luogo, nella decisione viene recuperata l'idea dei governi statali garanti «della salute, della sicurezza e del benessere dei cittadini»[316], viene recuperata cioè la nozione del *police power* che, come abbiamo visto[317], aveva già dato prova di essere inadeguata nell'applicazione della *dormant commerce clause*[318]. Ma la Corte recupera un altro canone ermenutico già superato[319]: quello delle "tradizionali funzio-

---

311 *Ivi*, p. 1817.

312 *Ivi*, p. 1818.

313 *Ivi*, p. 1819.

314 Vedi *supra*, cap. I, § 2b e *amplius infra*, cap. III, § 1.

315 L'opinione dissenziente è redatta dal giudice Kennedy; ad essa aderisce il giudice Alito: *ivi*, p. 1822 ss.

316 *Ivi*, p. 1811.

317 Vedi *supra*, § 9.

318 *Department of Revenue vs. Davis*, cit., p. 1824.

319 Per queste osservazioni cfr. N.R. Williams, B.P. Denning, *The "new protectionism" and the American common market*, cit., pp. 268-269.

ni governative". Tale criterio infatti, come vedremo nel capitolo successivo[320], è stato già utilizzato in riferimento al X emendamento, ma esplicitamente superato dalla Corte suprema nel caso *Garcia*[321] del 1985, in cui la maggioranza dei giudici ha ritenuto tale canone *unworkable*[322], inutilizzabile.

Il cuore dell'opinione dissenziente è tuttavia l'idea che le corti non possano esimersi dallo svolgere un controllo sulla base della *dormant commerce clause*, poiché il loro intervento, volto a verificare non solo la discriminazione dei non residenti, ma anche la presenza di un *undue burden*, un "ostacolo eccessivo" al commercio, è l'unico strumento con cui interrompere l'applicazione di leggi che ostacolino il libero mercato e che potrebbero, altrimenti, restare vigenti per decenni prima che il Congresso intervenga[323]. «Il libero commercio, non ostacolato da barriere statali e locali, è invece, – spiega il dissenziente giudice Kennedy – indispensabile per restare uniti, per assicurare le libertà e il progresso dell'intera nazione e del suo popolo»[324]. E così il *self restraint* e l'orientamento filostatale, palesato dalla maggioranza dei supremi giudici in questa applicazione della *dormant commerce clause*, rischiano, come denuncia parte della dottrina, di permettere, nello storico mercato comune americano, la nascita di un «nuovo protezionismo»[325].

---

320 Vedi in particolare §§ 5-6.

321 Vedi *Garcia vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority,* 469 U.S. 528 (1985).

322 *Ivi*, p. 531.

323 *Department of Revenue vs. Davis*, cit., p. 1824.

324 *Ivi*, p. 1822.

325 N.R. Williams, B.P. Denning, *The "new protectionism" and the American common market*, cit., *passim*.

Capitolo III

UNIFICAZIONE *VS*. AUTONOMIA STATALE[1]: LA CLAUSOLA DI SUPREMAZIA E IL X EMENDAMENTO

Sommario: 1. In caso di sovrapposizione di competenze: la *supremacy clause*. – 2. Il potere federale di "occupazione del campo": la dottrina della *preemption*. – 2a. L'"occupazione del campo" per volontà del Congresso: la *preemption* esplicita. – 2b. *Preemption* per "interferenza" nella legislazione federale. – 2c. Cresce il ruolo interpretativo della Corte: *preemption* per implicita occupazione del campo. – 2d. La *preemption* prescinde dalla volontà del Congresso: l'occupazione del campo per la tutela di interessi federali. – 2e. La *preemption*, in conclusione. – 3. Unità per mezzo degli stati: i mandati federali. – 3a. Ordini diretti per gli stati: i *direct orders.* – 3b. Sanzioni economiche "incrociate": *crossover sanctions* e *crosscutting requirements*. – 3c. Dare esecuzione a una disciplina federale o subire l'"occupazione del campo"? La *preemption* parziale. – 4. Prime letture del X emendamento. Da baluardo dell'autonomia statale a mero truismo. 5. Il X emendamento nel *National League of Cities*

[1] Nonostante, come vedremo (in tema cfr. §§ 5-8), la Corte suprema continui ad utilizzare in alcune circostanze il termine *sovranità*, si è scelto di utilizzare nel titolo del capitolo il termine *autonomia* in linea con le ricostruzioni dottrinali più recenti che riconoscono la titolarità del potere sovrano in capo alla sola federazione (vedi *supra*, cap. I, nota 21). La stessa Corte suprema peraltro, all'indomani dell'approvazione della Costituzione federale, si espresse esplicitamente per l'esclusione del carattere sovrano degli stati membri nella nota decisione *Chisholm vs. Georgia* (2 U.S. 419, 1793) nella quale lo stato della Georgia sostenne che l'art. III, sez. II, cl. 1 del testo costituzionale, che estende la competenza del giudiziario federale alle controversie tra uno stato e i cittadini di stati diversi, andava interpretata alla luce del principio di *common law* in base al quale un potere sovrano può essere portato in giudizio solo nelle sue corti e con il suo consenso. Conseguentemente, mancando nel caso di specie il consenso dello stato stesso, era esclusa ogni competenza della Corte suprema a giudicare la controversia nata tra la Georgia e due cittadini della Carolina del Sud. La Corte suprema, con un voto di quattro a uno, escluse tale interpretazione, affermando chiaramente che «ai fini dell'Unione la Georgia non è uno stato sovrano» (*ivi*, p. 457). Si sofferma sul significato della decisione *Chisholm vs. Georgia* e sulla conseguente approvazione dell'XI emendamento E.S. Corwin, *National supremacy. Treaty power v. state power*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1965, p. 39 ss.

test: un nuovo bilanciamento di interessi? – 6. Attivismo giudiziario della Corte suprema o *process federalism*? Il caso *Garcia*. 7. Il X emendamento quale "clausola di preclusione espressa": *Gregory vs. Ashcroft*. – 8. Nuovo vigore al X emendamento: l'*anti-commandeering principle* nei casi *New York* e *Printz*. – 8a. La riemersa sovranità statale e il divieto di mandati a legiferare. – 8b. L'obbligo a legiferare offusca la responsabilità dei rappresentanti: il diniego del bilanciamento con l'interesse federale. – 8c. Separazione o supremazia amministrativa federale? Il divieto di "arruolamento" nell'esercizio di attività esecutive.

1. *In caso di sovrapposizione di competenze: la* supremacy clause

Come ricordato nel primo capitolo la Costituzione statunitense prevede un catalogo di poteri enumerati federali e una clausola, il X emendamento, che affida agli stati i *residual powers*[2], i poteri non delegati al Congresso federale. Si è volutamente sorvolato, in quella sede, sulla natura di tali competenze.

In primo luogo occorre chiedersi se i poteri federali siano o meno esclusivi, ossia se sulle materie riconosciute al Congresso sia precluso ogni intervento agli stati. Nel momento cioè in cui la Costituzione riconosce alla federazione il potere di normare su determinate materie, essa sta automaticamente escludendo che gli stati possano legiferare sulle medesime? I poteri affidati alla federazione, in breve, sono poteri *exclusive* o *concurrent*, esclusivi o concorrenti?[3]

---

[2] J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, Praeger, New York-Westport (Connecticut), 1992, p. 30.

[3] Come evidente la nozione di *concurrent powers* della dottrina americana non coincide con la nozione di potestà legislativa "concorrente" tipica dell'esperienza regionale italiana, in base alla quale l'ente centrale (stato) fissa i principi fondamentali della materia e la legge dell'ente territoriale (regione) le norme di dettaglio. Vedi per tutti L. Paladin, *Diritto regionale*, Cedam Milano, 1997, p. 70 ss. I *concurrent powers* federali sono al più assimilabili alla competenza concorrente "alla tedesca", la *konkurrierende Gesetzgebung*, prevista dall'art. 72 del *Grundgesetz*, in base alla quale i *Länder* possono legiferare fintantoché e nella misura in cui il *Bund* non abbia esercitato il suo prevalente diritto a legiferare. In particolare il modello dei *concurrent powers* è assimilabile alla potestà concorrente, introdotta dalla *Föderalismusreform* del 2006, che non richiede per l'intervento del *Bund* la sussistenza della condizione di "necessità": vedi artt. 72 e 74 della Legge Fondamentale e, in argomento, F. Palermo, *Il nuovo riparto delle competenze legislative nell'ordinamento federale tedesco, tra retorica ed effettività*, in «DPCE», 2007, p. 102 ss. Su tale revisione vedi tuttavia la bibliografia ricordata *supra*, in Introduzione, §§ 1-2.

L'art. I, sezione ottava della Costituzione afferma semplicemente che «*Congress shall have the power to*», ossia che il Congresso avrà il potere di legiferare sulle materie elencate, ma non dà alcuna indicazione circa il carattere esclusivo di tali competenze. Tale esclusività si evince invece, come nota la dottrina[4], per alcuni dei poteri enumerati, dalla sezione decima del medesimo articolo I, in cui agli stati viene esplicitamente negata la possibilità di legiferare su determinate fattispecie, quali affari esteri, conio della moneta, uffici postali, dichiarazioni di guerra. La presenza di alcuni divieti espliciti in capo agli stati ha fatto sì che la dottrina[5] ritenesse, *a contrariis*, che in assenza di tali divieti i poteri enumerati si dovessero intendere quali poteri concorrenti, ossia esercitabili anche dagli stati.

Molto chiaro in tal senso è lo stesso Hamilton quando, nel saggio n. 32 del *Federalist*, ricorda che un potere può dirsi demandato esclusivamente agli Stati Uniti solo nei seguenti casi: «laddove la nuova Costituzione attribuisca espressamente all'Unione una competenza esclusiva su determinate materie; laddove, mentre assicura all'Unione un determinato potere in un caso, in un altro proibisca agli Stati di far uso dello stesso potere; laddove attribuisca all'Unione una competenza cui contrasti recisamente una identica competenza dei singoli stati»[6].

È da questa ricostruzione condivisa che scaturisce, ad esempio, l'anomalia della *dormant commerce clause* la quale, come si ricordava[7], rappresenta da questo punto di vista un *unicum* nell'esperienza costituzionale americana. In base alla dottrina della *dormant commerce clause*, infatti, la Corte suprema rende appunto "esclusivo" il

---

[4] Vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 32.

[5] Vedi C. Nelson, *Preemption*, in «Va. L. Rev.», 2000, LXXXVI, p. 225 ss.; J.F. Zimmerman, *Federal preemption. The silent revolution*, Iowa State University Press, Ames, 1991, p. 24.

[6] Vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, Il Mulino, Bologna, 1997, saggio n. 32, p. 325. Il terzo caso, esemplifica Hamilton, «si riscontrerà nella clausola che stabilisce che il Congresso potrà dare una regolamentazione uniforme della naturalizzazione per tutti gli Stati Uniti. Questa competenza non può che essere esclusiva, dacché qualora ciascuno stato potesse prescrivere norme separate, non potrebbe esistere una regolamentazione uniforme»: vedi p. 246.

[7] Vedi *supra*, cap. II, §§ 1, 2d, 8.

potere federale sul commercio, invalidando le leggi statali che incidano su tale materia, nonostante l'assenza di preclusioni costituzionali esplicite per gli stati ad esercitarlo[8].

Conseguenza della natura "concorrente" di un potere delegato alla federazione è la possibilità che una fattispecie, disciplinabile in base ad esso, sia regolata legittimamente tanto dalla federazione stessa quanto dagli stati, creando non una questione di legittimità costituzionale, ma il problema della risoluzione di un'antinomia tra due provvedimenti normativi parimenti legittimi[9], antinomia che, come vedremo fra un attimo, si risolve con la prevalenza della legge federale. In tali casi in effetti nessun esercizio della competenza è incostituzionale; ciò che accade è che due atti normativi, parimenti validi in base alla ripartizione delle competenze, si sovrappongano.

Un problema similare di conflitto tra norme si è posto, nel corso dell'esperienza federale statunitense non solo per i poteri enumerati federali che non siano esclusivi, ma anche per i poteri residuali statali. Per questi ultimi, che la dottrina[10] riconduce a tre competenze essenziali, ossia *police power*, servizi pubblici e sistema delle autonomie locali, sembrerebbe apparentemente non porsi una questione analoga. La Costituzione infatti appare chiara: in base al X emendamento i poteri non delegati agli Stati Uniti sono *reserved*, "riservati" ai singoli stati. Le materie residuali sembrano nascere quindi, nel disegno costituzionale, quali poteri esclusivi.

Ciò nonostante, come abbiamo visto nel capitolo precedente, frequente è stata ad esempio la sovrapposizione tra l'esercizio del potere federale sul commercio e quello statale del *police power*; molte fattispecie cioè sono risultate disciplinabili tanto nell'ambito della regolazione dei traffici interstatali, quanto nell'ambito del potere «di

---

[8] Anche in questo caso tuttavia, come abbiamo visto, la decisioni di *incostituzionalità* delle leggi statali per violazione della *dormant commerce clause* non vengono adottate *a priori*, ma solo dopo un bilanciamento tra gli interessi coinvolti, e con l'applicazione di alcune eccezioni: anche il potere federale di disciplinare il commercio fra gli stati, cioè, non può considerarsi come pienamente esclusivo.

[9] Per dettagli su questo punto vedi *infra*, nel corso di questo paragrafo, ed in particolare nota 18.

[10] J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 34 ss.

regolare i diritti personali e proprietari per proteggere e promuovere la salute, la moralità e il benessere generali»[11].

Il rapporto *commerce power-police power* non fa che rappresentare in modo evidente una problematica inevitabile nei sistemi che distribuiscono su più livelli la potestà legislativa: quello della sovrapposizione delle competenze.

La stessa fattispecie può, infatti, essere "raggiunta" e quindi disciplinata attraverso differenti competenze appartenenti l'una alla federazione, l'altra agli stati. D'altro canto, come la dottrina[12] ha sottolineato, negli stati decentrati che riconoscano poteri legislativi agli enti territoriali, è irrealistico pensare di poter ricondurre ogni fattispecie a un singolo ambito materiale e identificare così un unico titolare della competenza. Spesso, al contrario, la fattispecie da disciplinare può essere ricondotta a materie differenti, ricollegandosi quindi a competenze appartenenti a livelli territoriali diversi.

Come nel caso dei *concurrent powers* federali[13], anche in presenza di alcuni *reserved powers* statali può quindi verificarsi il c.d. *overlapping*[14], la sovrapposizione di competenze, il conflitto tra una legge federale e una statale, entrambe esercizio di legittime competenze dei diversi livelli territoriali. Si badi, tuttavia, che nel caso di *concurrent powers* si tratta della medesima competenza che può essere esercitata sia dagli stati sia dalla federazione, non essendo il

---

[11] Così definisce il *police power* J.F. Zimmerman: *ivi*, p. 35. Sul *police power*, vedi *supra*, cap. I, § 2f.

[12] L'inevitabile sovrapporsi delle competenze centrali e periferiche è sottolineato dalla dottrina canadese che infatti evidenzia come pur in assenza di una regola per dirimere tali conflitti, la Corte suprema canadese abbia costruito la dottrina della *paramountcy*, in base alla quale in caso di conflitto tra leggi provinciali e federali, le seconde prevalgono e quelle provinciali sono disapplicate. Come nella *preemption*, anche per la *paramountcy*, il presupposto è che tanto la legge federale quanto la provinciale siano valide. Vedi O. Macklem *et al.*, *Canadian Constitutional Law*, Emond Montgomery Pub., Toronto, 1997, p. 206 ss. e, più ampiamente, P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Carswell, Toronto, 2001, p. 401 ss. Per analoghe osservazioni in riferimento allo stato regionale italiano vedi A. Anzon, *«Leale collaborazione» tra Stato e Regioni, modalità applicative e controllo di costituzionalità*, in «Giur. cost.», 1998, p. 3531 ss.

[13] Vedi S.A. Gardbaum, *The nature of preemption*, in «Cornell L. Rev.», LXXIX, 1994, p. 774.

[14] Vedi C. Nelson, *Preemption*, cit., p. 225.

potere di quest'ultima esclusivo[15], mentre nel secondo caso la medesima fattispecie può essere disciplinata sulla base di due differenti titoli competenziali (per esempio *commerce power* e *police power*), spettanti l'uno alla federazione e l'altro agli stati.

In entrambi i casi di sovrapposizione tra legge federale e statale, tuttavia, sarà la prima ad essere applicata, essendo le leggi federali supreme. L'art. VI, clausola 2 contiene infatti la *supremacy clause*, in base alla quale *la Costituzione e le leggi degli Stati Uniti che seguiranno nel rispetto di questa, e tutti i trattati stipulati o da stipulare da parte degli Stati Uniti, in base alle loro competenze, costituiranno la legge suprema del Paese; e i giudici di ogni Stato saranno tenuti a conformarsi ad essi, quali che possano essere le disposizioni in contrario nella Costituzione o nella legislazione di qualsiasi singolo Stato*.

Tale clausola pertanto, risolvendo il duplice caso di sovrapposizione indicato, «garantisce non solo la prevalenza di una legge federale se esiste un conflitto nell'esercizio di una potestà concorrente ad opera del corpo legislativo di ciascun livello, ma anche la soccombenza[16] di una legge statale adottata sulla base di un potere riservato non concorrente, qualora la legge confligga con una legge federale approvata in base a un potere enumerato»[17].

La clausola di supremazia fornisce pertanto, come abbiamo già detto, un criterio di risoluzione di antinomie normative che non affronta una questione di costituzionalità[18], ma che sancisce, in pre-

[15] Fra i casi di *concurrent powers* la dottrina ricorda la competenza a disciplinare i fallimenti (*bankruptcies*) che la quarta clausola della sez. VIII dell'art. I della Costituzione riconosce alla federazione. In questo caso la natura concorrente della competenza è resa evidente dal fatto che tale materia sia stata regolata dagli stati per più di un secolo e solo nel 1898 il Congresso abbia adottato una disciplina, ovviamente prevalsa, in base alla *supremacy clause*, su tutte quelle statali vigenti: vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 38.

[16] L'autore in realtà usa il termine *nullification*, che farebbe pensare ad una sorta di incostituzionalità; su tale questione vedi però *infra*, nota 18.

[17] Così J.F. Zimmerman, *Federal preemption: the silent revolution*, cit., p. 63.

[18] Sottolineando questo aspetto Bittker scrive che pur essendoci una «componente costituzionale» costituita dalla *supremacy clause*, si tratta di una questione «*of statutory interpretation*» e non di una «*decision on constitutional ground*»: vedi B.I. Bittker, *Bittker on the regulation of interstate and foreign commerce*, Aspen Law and Business, New York, 1999, p. 5.54. Include analogamente la *supremacy clause* tra i criteri di risoluzione delle antinomie normative J.A.R. Nafziger, *Conflict*

senza di un conflitto attuale tra una norma federale ed una statale, entrambe valido esercizio di una competenza, la prevalenza della prima, fintanto che questa rimanga in vigore. La legge federale, infatti, in base a tale clausola è suprema, «più alta in autorità»[19].

Come ebbe modo di spiegare ancora una volta Hamilton, qualora non fosse stata sancita tale prevalenza gli Stati Uniti avrebbero costituito «un'alleanza fondata sulla buona fede delle parti contraenti e non un governo, che è puro sinonimo di potere e supremazia»[20].

---

of Laws. A Northwest Perspective, Butterworth Legal Publishers, Seattle, 1985, p. 22. Sintomatiche della natura non costituzionale dell'applicazione della *supremacy clause* sono alcune decisioni della Corte suprema. In esse è stato sostenuto che un giudizio in una corte distrettuale federale per la disapplicazione di una legge statale a favore di una legge federale confliggente, non necessiterebbe di una corte composta da tre membri, come richiesto dalla normativa vigente per le questioni sollevate sulla base dell'incostituzionalità di una legge statale: vedi Ex parte *Brandford*, 310 U.S. 354 (1940); *Rice vs. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947). In particolare, nella decisione Ex parte *Brandford*, vedi p. 359. Per la disciplina sulla composizione delle corti distrettuali nei giudizi sulla presunta incostituzionalità di una legge statale vedi: 37 Stat. 1013, (1913); 28 USC sez. 2281 (1958). Tale giurisprudenza è contestata da M.J. Lester, il quale ritiene invece che si tratti di una *constitutional question*; dell'autore vedi *Pre-emption as a Preferential Ground: A New canon of construction*, in «Stan. L. Rev.», 1959, XII, p. 208 ss. Il perpetuarsi della *querelle*, evidente anche nel lessico che la dottrina statunitense utilizza riferendosi alla legge statale soccombente, definita tanto *unconstitutional*, quanto *invalid* o *withouth effect*, è reso possibile dall'analogia degli effetti che le due ricostruzioni comportano. In entrambi i casi la legge statale torna ad essere applicata nel caso in cui quella federale venisse abrogata; non si dimentichi infatti che il controllo di costituzionalità nel sistema statunitense nasce come *cognitio incidentalis* (con efficacia limitata al caso concreto) nascente dall'obbligo del giudice, in presenza di una legge in contrasto con la Costituzione, di disapplicare la prima e applicare la seconda (*Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137; 1803). È il principio dello *stare decisis* ad avvicinare negli effetti il controllo diffuso americano a quello accentrato di tradizione europea. «[…] In altre parole, il principio dello *stare decisis* opera in guisa siffatta, che il giudizio di incostituzionalità della legge finisce, indirettamente, per assumere una vera e propria efficacia *erga omnes*, e non si limita quindi a portare con sè il puro e semplice effetto della disapplicazione della legge a un singolo caso concreto con possibilità, però, che in altri casi invece la legge sia di nuovo applicata. Una volta disapplicata dalla *Supreme Court* per incostituzionalità, una legge americana, pur rimanendo *on the books*, è divenuta *a dead law*, una legge morta, anche se sembra che non siano mancati taluni casi, peraltro eccezionalissimi, di reviviscenza di una tale legge a causa di un "mutamento di rotta" di quella Corte»: così M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 66 ss.

[19] Vedi C. Nelson, *Preemption*, cit., p. 225.

[20] Vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., saggio n. 33, p. 332.

La *supremacy clause*, tuttavia, non ha solo tale funzione nel sistema costituzionale americano; essa è infatti fondamento della più ampia dottrina della *preemption* in base alla quale non solo la legge federale prevale sulla statale, ma il Congresso può precludere ai governi statali la disciplina di determinate materie potenzialmente di competenza degli stati. Tale ricostruzione va quindi ben al di là dell'originaria funzione[21] della *supremacy clause*, nata invece con lo scopo di costituire un criterio di risoluzione delle antinomie normative che non impedisse agli stati, una volta evitati i conflitti con le leggi federali, di continuare a legiferare sulle materie di cui sono titolari.

2. *Il potere federale di "occupazione del campo": la dottrina della* preemption

La clausola di supremazia contenuta nel sesto articolo della Costituzione non rappresenta, come accennato, solo uno strumento di risoluzione delle antinomie normative tra leggi federali e statali, ma anche il fondamento costituzionale di uno dei maggiori strumenti di tutela delle istanze unitarie nel sistema costituzionale statunitense.

Sulla base di tale disposizione, si è infatti sviluppata la più ampia dottrina della *preemption*[22], in grado di garantire nell'intera federazione uniformità di disciplina attraverso un duplice strumento. Essa infatti, da un lato, implica la già vista prevalenza della legge federale su una legge statale confliggente, dall'altro, come si accennava, riconosce al Congresso anche la possibilità di precludere agli stati la disciplina di determinate materie, potenzialmente di loro competenza.

Il Congresso cioè può rendere esclusiva su una materia la pro-

[21] Su cui vedi ampiamente J. Story, *Commentaries on the Constitution*, § 1831, in P.B. Kurland, R. Lerner (a cura di), *The Founders' Constitution*, vol. IV, Liberty Fund. Inc., Indianapolis, 2000, p. 630.

[22] Il termine, dal latino *prae-emere*, significa letteralmente prelazione. Il verbo *preempt*, a sua volta, significa "prendere il posto di", "prevenire". L'espressione, in riferimento alla dottrina *de qua*, è tradotta con il termine *preclusione* da G. Amato, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione (alla luce dell'esperienza statunitense)*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 121; con quello di "occupazione preclusiva" da G. Bognetti, *Lo Spirito del costituzionalismo americano*, II, *La costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 216.

pria competenza, vietando su di essa ogni intervento statale, indipendentemente da eventuali contrasti con quella federale. Al Congresso viene così riconosciuto il potere di realizzare una sorta di "prevalenza preventiva" su eventuali leggi statali che dovessero toccare una materia di competenza della federazione.

In base alla *preemption doctrine*, la *supremacy clause* assegna al legislativo federale un vero e proprio potere di «spiazzamento»[23] della legislazione statale, un potere di «occupazione preclusiva»[24] di settori potenzialmente disciplinabili dagli stati e nei quali le leggi di questi ultimi diventano invece inapplicabili.

L'ambito delle materie in cui può operare la dottrina della *preemption* è quello, già visto nel paragrafo precedente, della supremazia in senso stretto: la sovrapposizione di competenze e il relativo potere di preclusione federale possono cioè avere luogo tanto in presenza di un potere federale concorrente, quanto in presenza di un potere riservato agli stati, qualora il suo esercizio si sovrapponga a quello di uno dei poteri delegati alla federazione[25].

Il senso della dottrina della *preemption* è che, in tutti i casi in cui la legislazione federale è destinata a prevalere su quella statale confliggente attraverso la clausola di supremazia, la federazione possa precludere agli stati di normare su quelle materie, anticipando così l'effetto di "scalzamento" della normativa statale che il Congresso potrebbe produrre adottando una disciplina difforme da quella adottata dagli stati.

Tale lettura della clausola di supremazia, come accennato, va ben al di là della sua originaria funzione; essa nasceva infatti quale strumento per dirimere conflitti *attuali* tra discipline centrali e statali, strumento che non precludeva tuttavia agli stati, una volta evitati i conflitti con le leggi federali, di continuare a legiferare nelle materie di loro competenza[26].

---

[23] Vedi G. Bognetti, *Lo Spirito del costituzionalismo americano*, II, *La costituzione democratica*, cit., p. 216.

[24] *Idem.*

[25] Vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 57.

[26] Vedi V.D. Dihn, *Reassesing the law of preemption*, in «Geo. L. J.», 2000, LXXXVIII, p. 2088 ss. Si sofferma lungamente sulla distinzione tra *supremacy* e *preemption* S.A. Gardbaum, *The nature of preemption*, cit., p. 767 ss.; l'autore, in parti-

La lettura originariamente più restrittiva della *supremacy clause* è confermata dal *locus legis* della norma. Essa, infatti, non è inserita nel catalogo dei poteri federali contenuto nel primo articolo della Costituzione, ma, come è stato scritto, «nei sobborghi»[27] dell'art. VI. Qualora infatti i delegati avessero voluto con tale disposizione riconoscere un autonomo potere al legislativo federale, l'avrebbero probabilmente inserita nell'ottava clausola dell'art. I, dedicata appunto alle attribuzioni del Congresso.

A dispetto, però, della funzione immaginata dai padri fondatori, la clausola sulla supremazia federale viene considerata tanto dalla giurisprudenza[28] quanto dalla dottrina maggioritaria[29] , fondamento, come vedremo, di molteplici categorie di "occupazione preclusiva".

La *preemption*, ad ogni modo, come nota la letteratura più accorta[30], non viene utilizzata dalla Corte suprema fin dall'inizio della storia costituzionale americana, ma comincia ad essere effettivamente applicata solo nel secondo decennio del Novecento, quando cioè si espande il ruolo del governo centrale ed emerge la necessità di discipline uniformi nell'intera federazione. Al di là della *querelle* sul fragile fondamento costituzionale di tale dottrina, «il più stringente argomento a favore del potere congressuale di *preemption* è indubbiamente uno di carattere pratico – il bisogno di una disciplina

---

colare, ritiene che fondamento costituzionale della dottrina della *preemption* sia non la clausola di supremazia, ma la *necessary and proper clause*, contenuta nella clausola 18 della sezione VIII del I articolo della Costituzione. Critico anche Caleb Nelson il quale sottolinea come anche i riferimenti legislativi alla *supremacy clause* contenuti nel *Judiciary Act* del 1789 (1 Stat. 73) confermino la lettura restrittiva di tale clausola; in tale provvedimento infatti ci si riferisce, nella sezione n. 25, all'obbligo delle corti statali di disapplicare le leggi degli stati solo quando queste siano *repugnant to*, inconciliabili con la legge federale: vedi C. Nelson, *Preemption*, cit., p. 253.

[27] Vedi V.D. Dihn, *Reassesing the law of preemption*, cit. p. 2088.

[28] Vedi *Fidelity Fed. Sav. & Loan Ass'n vs. de la Cuesta*, 458 U.S. 141 (1982), in cui la Corte suprema ricorda che la dottrina della *preemption* «ha le sue radici nella *Supremacy Clause*» (*ivi*, p. 152); nonché analogamente *Chicago & N.W. Transp. Co. vs. Kalo Brick & Tile Co.*, 450 U.S. 311 (1981) e *Philadelphia vs. New Jersey*, 430 U.S. 141 (1977), rispettivamente a p. 317 e p. 142.

[29] Vedi a titolo esemplificativo D.E. Engdhal, *Constitutional federalism*, West Pub., St. Paul (Minn.), 1987, p. 76; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, Foundation Press, New York, 2000, p. 1172; G. Gunther, K.M. Sullivan, *Constitutional Law*, Foundation Press, Westbury (NY), 1997, p. 337.

[30] Vedi S.A. Gardbaum, *The nature of preemption*, cit., p. 787 ss.

nazionale uniforme, per ottenere un unico sistema di regole, in determinati settori»[31].

La dottrina della *preemption*, come si accennava, ha trovato applicazione nel corso dei decenni sotto forma di varie tipologie, riassunte dalla stessa Corte suprema nella decisione *Gade vs. National Solid Waste Management Association*[32].

2a. *L'"occupazione del campo" per volontà del Congresso: la* preemption *esplicita*

Come spiega la Corte nel citato caso *Gade vs. National Solid Waste Management Association*, l'occupazione di un dato settore normativo, con relativa preclusione a legiferare per gli stati, può essere innanzitutto espressa o implicita[33].

Nel primo caso, la legge federale contiene clausole, definite appunto *preemption clauses*, che esplicitamente precludono alla legge statale la disciplina della materia su cui ha normato il Congresso[34]. Caso tipico è la clausola contenuta nell'*Employee Retirement Income Security Act*[35] del 1974, nella quale il Congresso afferma che il proprio provvedimento «prevale su tutte le leggi statali che ora o in seguito siano relative a qualunque piano di indennità per i lavoratori»[36].

La clausola citata permette di evidenziare un'ulteriore distinzione, compiuta dalla dottrina, tra i vari casi di preclusione esplicita:

---

[31] *Ivi*, p. 781.

[32] 505 U.S. 88 (1992).

[33] Sulla legittimità della *preemption* implicita sembra gettare un velo la decisione *Gregory vs. Ashcroft* (501 U.S. 452) del 1991. In essa la Corte suprema introduce il criterio della *clear statement rule*, in base alla quale la legge federale viene interpretata come volta a "soppiantare" la legislazione statale in presenza di fattispecie che attengono alle funzioni di governo dello stato, solo qualora dalla normativa federale emerga chiaramente tale intento del Congresso. Vedi Note, *Clear statement rules, federalism, and congressional regulation of states*, in «Harv. L. Rev.», 1994, CVII, p. 1959 ss.; D.M. O'Brien, *The Rehnquist Court and Federal Preemption: in Search of a Theory*, in «Publius», 1993, XXIII, p. 16 e *amplius infra*, § 7.

[34] Vedi *Cipollone, Executor of the Estate of Rose D. Cipolllone vs. Liggett Group, Inc.*, 505 U.S. 504 (1992).

[35] 88 Stat. 829.

[36] Letteralmente: «[…] it supersedes any and all state laws insofar as they may now or hereafter relate to any employee benefit plan»: 29 USC sez. 1144.

quella tra *preemption* totale[37] e *preemption* parziale. La norma riportata costituisce infatti un esempio della prima categoria, in quanto il Congresso preclude completamente agli stati di intervenire con un atto normativo sulla materia "occupata". Nel caso, invece, della *preemption* parziale, il legislativo federale preclude solo in parte l'attività normativa degli stati su una determinata materia. In particolare, la *preemption* può essere "parziale" in due modi: o quando il Congresso assume piena responsabilità normativa su un solo aspetto della materia da disciplinare, o quando tale organo fissa con un atto normativo degli standard, nel rispetto dei quali gli stati possono continuare a legiferare. Esempi di *preemption* parziale sono il *Water Quality Act*[38] del 1965, l'*Air Quality Act*[39] del 1967, il *Safe Drinking Water Act*[40] del 1974, che rappresentano in particolare casi di *minimum standards preemption*, in quanto gli stati possono adottare una legislazione che rispetti gli standard federali o adottarne di più rigidi. La *minimum standards preemption* ha, come evidente, il vantaggio di assicurare una comune base normativa a livello nazionale, pur preservando una residua autonomia normativa statale[41].

2b. Preemption *per interferenza nella legislazione federale*

La volontà di "occupazione preclusiva", tuttavia, come si accennava, può essere anche implicita; la Corte suprema, in particolare, pur in assenza di chiare indicazioni del Congresso, ritiene sussistente un'implicita volontà di "spiazzamento" della legislazione statale in due casi: nel caso di *conflict preemption* e in quello di *obstacle preemption*[42].

La prima altro non è che il caso-tipo di applicazione della *su-*

---

[37] Individua vari esempi e tipologie di *preemption* totale J.F. Zimmerman, in *Federal preemption: the silent revolution*, cit., p. 66 ss.

[38] 79 Stat. 903.

[39] 81 Stat. 485.

[40] 88 Stat. 1660.

[41] Esempi e tipologie di *preemption* parziale sono individuati ancora da J.F. Zimmerman, in *Federal preemption: the silent revolution*, cit., p. 91 ss. Dell'autore vedi anche *Preemption in the U.S. federal system*, in «Publius», 1993, XXIII, p. 1 ss. ed in particolare p. 8.

[42] Per motivi di chiarezza espositiva ci distacchiamo in parte dalle categorie indicate dalla Corte nel caso *Gade*, per adottare invece la classificazione di E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Law & Business, New York, 2001, p. 310 ss.

premacy clause; essa sussiste quando vi è un'antinomia tra la disciplina statale e quella federale o comunque quando non è possibile agire nel rispetto di entrambe le leggi. Quando una legge federale confligge con una statale la seconda, come previsto dall'art. VI della Costituzione, è pacificamente "scalzata" da quella federale[43].

L'*obstacle preemption* si realizza, invece, quando la legge statale impedisce il raggiungimento di un obiettivo del Congresso federale. In questo caso non vi è alcun conflitto attuale tra disciplina federale e statale, ma quest'ultima costituisce comunque una «interferenza»[44] con l'applicazione di una normativa federale. Esempio di tale schema interpretativo è la decisione *Felder vs. Casey*[45] del 1988, nella quale viene considerata *preempted* una legge dello stato del Wisconsin che prevedeva un aggravio procedurale nelle cause di risarcimento danni contro i funzionari governativi, in quanto tale provvedimento era in contrasto con la finalità della disciplina federale in materia volta a fornire, secondo la Corte, un effettivo rimedio giurisdizionale, favorendo il risarcimento del danno stesso[46].

Come evidente, il ruolo della Corte suprema, nelle decisioni relative alle diverse tipologie di *preemption*, muta radicalmente[47]. Nel caso di quella esplicita, il suo ruolo consiste unicamente nel valutare se la legge statale tocchi o meno il campo espressamente precluso

---

[43] Come ricordato nel precedente capitolo (§ 2d), la stessa decisione *Gibbons vs. Ogden* fu risolta con l'applicazione della *supremacy clause* nel contrasto tra due leggi, una federale e una statale, entrambe disciplinanti il traffico dei battelli a vapore. Tra i casi più significativi di tale tipo di *preemption* vedi *Florida Lime&Avocado Growers vs. Paul, Director, Department of Agriculture of California* (373 U.S. 132, 1963); *McDermott vs. Wisconsin*, 228 U.S. 115 (1913).

[44] Vedi K.L. Hirsch, *Toward a new view of federal preemption*, in «U. Ill. L. F.», 1972, III, p. 526.

[45] 487 U.S. 131 (1988).

[46] Un caso più recente di *obstacle preemption* è *Geier vs. American Honda Motor Co., Inc* (529 U.S. 861, 2000) in cui la Corte suprema ha ritenuto che la legislazione federale che permetteva ai produttori di automobili di scegliere se dotare o meno il lato del conducente con airbag "scalzava" le discipline statali che prevedevano la possibilità di ottenere risarcimenti per mancanza di airbag: si soffermano su tale decisione R.R. Gasaway, A.C. Parrish, *The problem of federal preemption: toward a formal solution*, in R.A. Epstein, M.S. Greve (a cura di), *Federal preemption. States'powers, national interests*, American Enterprise Institute, Washington, 2007, p. 222 ss.

[47] Si sofferma sul ruolo della Corte suprema nelle decisioni relative alla *preemption* K.L. Hirsch, *Toward a new view of federal preemption*, cit., p. 533.

dal Congresso[48]; nei casi di preclusione implicita le valutazioni della Corte devono essere guidate, invece, da una più delicata ricerca della volontà del Congresso. Soprattutto nel caso dell'*obstacle preemption* la Corte deve, infatti, individuare l'obiettivo della disciplina federale e valutare fino a che punto la normativa statale interferisca con quest'ultimo. Ovviamente meno problematica è la *conflict preemption*, nella quale l'antinomia tra due disposizioni «non richiede alcuna indagine nel disegno congressuale»[49].

[48] Una lettura particolarmente restrittiva del ruolo della Corte suprema in presenza di una *preemption clause* è suggerita dalla stessa Corte nella decisione *Cipollone vs. Liggett Group* 505 U.S. 504 (1992). In tale sentenza la Corte fa esplicito riferimento al principio interpretativo che la stessa dottrina statunitense definisce, con brocardo latino, *expressio unius est exclusio alterius*, per sostenere che in presenza di una *preemption clause* che indica esplicitamente le fattispecie precluse agli stati, le materie non indicate devono ritenersi escluse dalla volontà preclusiva del Congresso. Il fatto cioè che il Congresso esplicitamente occupi una materia con un suo provvedimento implicherebbe l'inidoneità dello stesso provvedimento a precludere agli stati la disciplina di fattispecie non indicate, a titolo di *preemption* implicita. La scelta del legislativo federale di occupare chiaramente un campo implicherebbe *a contrariis* la volontà di non occuparne degli altri. Nel caso di specie la disciplina federale sull'etichettatura dei pacchetti di sigarette relativa alla pericolosità del fumo e la *preemption clause* che impedisce agli stati di richiedere ulteriori avvertimenti nell'etichettatura di sigarette, non preclude l'applicazione della *common law* statale in materia di azioni civili contro i produttori di sigarette per motivi di frode, dichiarazioni false ecc. La Corte in particolare lega l'opportunità di una funzione restrittiva della *preemption clause* al fatto che il provvedimento federale inciderebbe sul *police power* statale. Scrive il giudice Stevens per l'opinione di maggioranza: «La considerazione delle questioni che sorgono in base alla *supremacy clause* cominciano con l'assunto che lo storico *police power* statale non può essere soppiantato da un atto a meno che questo non sia l'intento chiaro e manifesto del Congresso. […] Quando il Congresso ha considerato la questione della *preemption* e ha incluso nella legislazione adottata una previsione che fornisce un valido indizio dell'intento del Congresso in riferimento all'autorità statale, non c'è bisogno di dedurre l'intento congressuale di escludere le leggi statali da altre norme sostanziali del provvedimento. Tale ragionamento è una variante del noto principio *expressio unius est exclusio alterius*: l'adozione da parte del Congresso di una disposizione che definisce il campo di occupazione del provvedimento implica che le fattispecie al di là di quel campo non sono occupate» (citazioni giurisprudenziali omesse): vedi *ivi*, pp. 516-517. Sulla decisione vedi J.A. Chatowsky, *Cipollone and the Clear statement rule: doctrinal anomaly or new development in federal preemption?*, in «Syracuse L. Rev.», 1993, XLIV, p. 769 ss.; B.I. Bittker, *Bittker on the regulation of interstate and foreign commerce*, cit., p. 5.49.

[49] Vedi *Florida Lime&Avocado Growers vs. Paul, Director, Department of Agriculture of California*, cit., pp. 142-143.

2c. *Cresce il ruolo interpretativo della Corte:* preemption *per implicita occupazione del campo*

Ben più problematica, anche in relazione al ruolo interpretativo in essa svolto dalla Corte suprema, è un'ulteriore tipologia di preclusione implicita, la *field preemption*, nella quale non esiste alcun conflitto tra legge federale e statale, ma, ciò nonostante, quest'ultima non può essere applicata, essendo completamente precluso in una data materia l'intervento degli stati. Anche una disciplina eventualmente complementare e coerente con la regolamentazione nazionale, è infatti *preempted*, in quanto il Congresso ha implicitamente «occupato il campo»[50], escludendo ogni forma di regolamentazione non federale.

Tale volontà di "occupazione" è stata evinta dalla Corte suprema, in particolare, dalla presenza di una disciplina federale «così penetrante da rendere ragionevole la conclusione che il Congresso non abbia lasciato spazio agli stati per completarla»[51]. Esempio di applicazione di tale dottrina è il caso *City of Burbank vs. Lockheed Air Terminal*[52], nel quale viene considerata *preempted* una ordinanza adottata da una città californiana che, per ridurre l'inquinamento sonoro, stabiliva un divieto di decollo, nelle ore notturne, per i voli che partivano dall'Hollywood-Burbank Airport. La Corte ha ritenuto che, pur essendo la riduzione dell'inquinamento sonoro tradizionalmente parte del *police power* statale, l'ampiezza della legislazione federale in materia di rumorosità di aeroporti e aerei era di tal natura da permettere di dedurre che il Congresso aveva inteso occupare il campo, precludendo sia agli stati sia agli enti locali ogni residua potestà normativa in materia[53].

Come evidente, nelle tipologie sino ad ora analizzate, elemento

---

[50] La dottrina si riferisce comunemente al fenomeno come *federal occupation of the field*: vedi ad esempio L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 1204.

[51] Vedi *Rice vs. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947), p. 230; *Pennsylvania vs. Nelson*, 350 U.S. 497 (1956), p. 502.

[52] 411 U.S. 624 (1973).

[53] A tale argomento la Corte aggiunge che il compito della *Federal Aviation Administration* di promuovere la sicurezza regolando i traffici aerei, sarebbe minato se ogni comunità locale avesse il potere di controllare sul proprio territorio il numero

essenziale per l'applicazione della *preemption* è la ricerca, seppur difficoltosa, della volontà del Congresso di escludere il legislatore statale dalla disciplina di determinate materie[54]. Proprio alla centralità della volontà congressuale si collega l'uso da parte dello stesso Congresso delle c.d. *saving clauses*, "clausole di salvaguardia", grazie alle quali, pur in presenza delle condizioni di applicazione della *preemption doctrine*, il giudice deve comunque applicare le leggi statali.

Con tali clausole, in particolare, il legislativo federale esclude che la legge che sta adottando abbia effetti di preclusione preventiva, così che una eventuale legge statale sulla stessa materia sarà sempre applicabile a meno che non ci sia un conflitto diretto e attuale tra i due atti normativi, nel qual caso la clausola di supremazia imporrà come noto la prevalenza della legge federale[55].

---

e le fasce orarie dei voli: sulla decisione vedi C.N. May, A. Ides, *Constitutional Law. National Power and Federalism*, Aspen Law & Business, New York, 2001, p. 243.

[54] La ricerca della volontà preclusiva del Congresso, quale condizione per l'applicazione da parte dei giudici della dottrina della *preemption*, si afferma in realtà solo durante il *New Deal*. Nei primi anni di applicazione della dottrina era prevalsa infatti la *preemption* automatica che operava semplicemente in presenza di un intervento normativo federale su una determinata materia. Con la crescita esponenziale delle materie disciplinate dal Congresso durante il *New Deal* rooseveltiano è emersa l'esigenza di circoscrivere l'effetto preclusivo, destinato altrimenti a limitare in modo patologico le competenze normative degli stati. È in questo periodo infatti che compare per la prima volta nella giurisprudenza della Corte suprema la c.d. *presumption against preemption*, la "presunzione contro l'occupazione preclusiva", in base alla quale nelle materie di interesse tradizionalmente statale la Corte dovrebbe escludere la volontà preclusiva del Congresso salva un'esplicita indicazione in questo senso da parte del Congresso stesso: vedi *Rice vs. Santa Fe Elevator corp.*, cit., pp. 230-231 («Noi avviamo le nostre considerazioni con l'assunto che lo storico *police power* degli stati non deve essere soppiantato da una legge federale a meno che non sia questa la finalità chiara e manifesta del Congresso»). Sul tema vedi S.A. Gardbaum, *The nature of preemption*, cit., p. 806; J.A. Chatowsky, *Cipollone and the Clear statement rule: doctrinal anomaly or new development in federal preemption?*, cit., p. 773 ss.; Note, *New evidence on the Presumption against Preemption: an empirical study of congressional responses to Supreme Court Preemption decisions*, in «Harv. L. Rev.», 2007, CXX, p. 1604 ss. Sulla incoerente applicazione in giurisprudenza della *presumption against preemption*, confermata dalla recente decisione *Gonzales vs. Oregon* (546 U.S. 243, 2006) in cui la Corte suprema sembra negare autonomia a tale dottrina considerandola superflua (*ivi*, p. 274), vedi E.A. Young, *Federal preemption and state autonomy*, in R.A. Epstein, M.S. Greve (a cura di), *Federal preemption. States' powers, national interests*, cit., p. 261 ss.

[55] Vedi J.F. Zimmerman, in *Federal preemption: the silent revolution*, cit., p. 88.

Esempio di tale tipo di clausole è quella contenuta nel *Gun Control Act* del 1968[56], nel quale si legge che «nessuna disposizione deve essere interpretata come indicativa dell'intento da parte del Congresso di occupare il campo nel quale tale disposizione opera, ai fini dell'esclusione della legge di ogni stato sulla medesima materia, a meno che non ci sia un conflitto diretto e reale tra tali disposizioni e la legge dello stato così che le due non possono essere conciliate o coesistere coerentemente»[57].

2d. *La* preemption *prescinde dalla volontà del Congresso: l'occupazione del campo per la tutela di interessi federali*

L'individuazione della *voluntas legis*, nell'applicazione della dottrina della preclusione federale, sembra invece venir meno in una particolare tipologia di *field preemption*, episodicamente utilizzata dalla Corte suprema ed evidenziata da alcuni studiosi più attenti: l'occupazione del campo nei casi in cui la legislazione della federazione tuteli un interesse federale di particolare forza.

Nel 1947, nella decisione *Rice vs. Santa Fe Elevator*[58], la Corte prospettava la possibilità che «un atto del Congresso possa toccare un campo nel quale l'interesse federale è così prevalente che si riterrà che la federazione voglia precludere l'approvazione di leggi statali sulla stessa materia»[59].

Alcuni anni dopo, nella decisione *Florida Lime vs. Paul*[60] del 1963, la Corte, come nota la dottrina[61], distacca chiaramente il fenomeno della *preemption* dalla volontà esplicita o presunta del Congresso, per far valere, quale ulteriore motivo di occupazione del campo, la necessità di una disciplina uniforme a livello federale.

Nella decisione citata si realizza in particolare un vero e proprio «trapianto»[62] delle categorie individuate per la *dormant commerce*

---

[56] 82 Stat. 1226.

[57] 18 USC sez. 924 (lett. i).

[58] Vedi 331 U.S. 218 (1947).

[59] Vedi *Rice vs. Santa Fe Elevator*, cit., p. 230.

[60] 373 U.S. 132 (1963).

[61] Vedi W. Bratton, *The preemption doctrine: shifting perspectives on federalism and the Burger Court*, in «Colum. L. Rev.», 1975, LXXV, p. 623 ss.

[62] *Ivi*, p. 625, nota 18.

clause nella sentenza *Cooley vs. Board of Wardens*[63]. La Corte, in breve, non sembra più volta ad individuare la volontà del legislativo nazionale, ma ad analizzare la natura della materia regolata e la sua riconducibilità o meno alla categoria delle materie "di natura nazionale", richiedenti cioè discipline uniformi e non diversificate nei diversi sistemi statali[64].

La *supremacy clause*, da criterio di risoluzione delle antinomie, si trasforma prima in potere per il Congresso di precludere interventi legislativi statali, e poi in strumento per la Corte suprema idoneo a rendere inapplicabili leggi statali in materie più opportunamente disciplinate a livello federale.

Secondo alcuni studiosi[65], costituiscono esempi di *field preem-*

[63] 53 U.S. 299 (1851). Vedi *supra*, cap. II, § 9. Se nella decisione *Florida Lime* la ricorrenza di un interesse federale viene desunta dall'opportunità di una disciplina uniforme derivante dalla natura nazionale della fattispecie, riecheggiando *Cooley vs. Board of Wardens*, nel caso *Zschernig vs. Miller* (389 U.S. 429, 1968) la Corte sembra invece sposare la giurisprudenza in tema di *commerce power* in base alla quale la dottrina statale è *preempted* per la ricorrenza di un interesse federale solo quando la legislazione statale esercita un "effetto diretto" sulla materia di interesse nazionale. Nel caso di specie la Corte ritiene invalida una legge dell'Oregon che richiedeva alle corti statali di svolgere un controllo sui governi delle nazioni straniere prima di permettere che cittadini di quei paesi ereditassero da un cittadino dell'Oregon. I giudici in particolare dovevano verificare la sussistenza della condizione di reciprocità e che i beni non venissero confiscati dal paese stesso. A parere della Corte tale provvedimento ha «un impatto diretto sulle relazioni estere e può quindi incidere sul potere centrale di trattare tali questioni» (p. 441). Per alcune osservazioni sul caso vedi L. Henkin, *The Supreme Court, 1967 Term*, in «Harv. L. Rev.», 1968, LXXXII, p. 238 ss.

[64] Nel caso di specie la Corte esclude che la fattispecie considerata, relativa agli standard di maturazione degli avocado, richiedesse una disciplina uniforme a livello nazionale. Vedi, in particolare *Florida Lime vs. Paul*, cit., pp. 143-144.

[65] La catalogazione delle varie decisioni attraverso le varie tipologie di *preemption* è in realtà estremamente problematica. Difficilmente, infatti, la Corte utilizza un linguaggio che rinvii chiaramente ad una di esse. Soprattutto nei casi di occupazione del campo è facile che la Corte richiami più elementi che possano giustificare una preclusione totale a legiferare per gli stati. Il caso *Hines*, ad esempio, viene spesso considerato paradigmatico dell'*obstacle preemption.* Lo riconducono invece alla *field preemption* E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 315 e V.D. Dihn, *Reassesing the law of preemption*, cit., p. 2098. Quest'ultimo cita anche il caso *Nelson*, quale esempio di *preemption* per ricorrenza di un interesse federale. Su tale ultimo caso la dottrina è comunque più unanime: vedi R.C. Cramton, *Pennsylvania v. Nelson: a case study in federal preemption*, in «U. Chi. L. Rev.», 1958, XXVI, p. 85 ss.

ption per la ricorrenza di interessi federali le decisioni *Hines vs. Davidowitz*[66] e *Pennsylvania vs. Nelson*[67].

Nella prima, oggetto di valutazione è una legge della Pennsylvania che richiedeva agli stranieri di registrarsi presso le autorità statali, prevedendo una disciplina più stringente di quella prevista a livello federale.

Nonostante, come nota il giudice Stone nella sua *dissenting opinion*, la registrazione per motivi di sicurezza sia tradizionalmente inclusa nel *police power*, la Corte ritiene preclusa tale materia agli stati, in quanto è compresa «in un campo che incide sulle relazioni internazionali, un aspetto del governo che, sin dall'inizio, si è ritenuto richiedesse un'ampia disciplina a livello nazionale»[68]. «Solo il Governo federale», continua la Corte, «rappresentando come fa gli interessi collettivi di tutti gli stati, è depositario della piena ed esclusiva responsabilità per la condotta di affari con sovranità straniere. Per gli interessi locali i diversi stati dell'Unione esistono, ma per le finalità nazionali, comprese le relazioni con gli stati stranieri, noi siamo un solo popolo, una sola nazione, un solo potere»[69].

Nel caso *Nelson* viene invece considerata *preeempted* una legge della Pennsylvania in materia di sedizione, affermando che l'interesse federale è così prevalente da precludere l'approvazione di leggi statali sullo stesso oggetto. La «prevalenza in materia dell'interesse federale è evidenziata», spiega la Corte, «dai molteplici programmi federali contro le varie forme di aggressione totalitaria»[70]. Oltre alla presenza di un interesse di tipo nazionale, poi, aggiunge la Corte[71], anche la legislazione approvata dal Congresso in materia, con la sua natura penetrante, mostra implicitamente la volontà di occupazione del campo. La Corte, come spesso succede[72], richiama così più di un criterio di applicazione della *preemption*, riferendosi nel caso di specie, sia alla ricorrenza di un interesse fe-

66 312 U.S. 52 (1941).
67 350 U.S. 497 (1956).
68 *Hines vs. Davidowitz*, cit., p. 68.
69 *Ivi*, p. 63.
70 *Pennsylvania vs. Nelson*, cit., p. 504.
71 *Ivi*, p. 497 e p. 502.
72 Vedi *supra*, nota 64.

derale, sia alla volontà preclusiva del Congresso evidenziata dalla legislazione in materia.

La dottrina[73] indica poi ulteriori esempi di «interessi peculiarmente nazionali» che sono stati alla base di fenomeni di *preemption*; tra essi la protezione della fauna, la disciplina delle tribù indiane, le relazioni sindacali[74].

Come un autore[75] ha notato, la presenza di un interesse unicamente federale può essere anche alla base di un'ulteriore tipologia di *preemption* implicita: la preclusione ad opera della *common law* federale. In tali casi, pur in assenza di ogni disciplina federale sulla materia, la Corte suprema sostiene comunque la preclusione per la legge statale, in quanto contraria ad un interesse nazionale, e la sostituisce con principi evinti dalla *common law* federale. Pur mancando quindi un appiglio legislativo, anche solo in materie vicine a quella considerata, che in qualche modo possa denotare la volontà del Congresso di disciplinare una data materia, la Corte, in virtù della sussistenza di un interesse federale che risulterebbe violato dall'applicazione di una legge statale,[76] applica principi che lei stessa evince dalla *common law*[77].

Il caso più significativo, a tal proposito, è *Boyle vs. United Tech-*

---

[73] Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 1210, nota 29.

[74] Il riferimento è rispettivamente ai casi *North Dakota vs. United States*, 460 U.S. 300 (1983); *Ramah Navajo Sch. Board vs. Bureau of Revenue*, 458 U.S. 832 (1982); *San Diego Building Trades Council vs. Garmon*, 359 U.S. 236 (1959).

[75] Vedi V.D. Dihn, *Reassesing the law of preemption*, cit., p. 2107.

[76] In questi casi limite di *preemption*, la disciplina statale, mancando ogni normativa federale, non è *preempted a priori*, in quanto tocca una fattispecie di interesse federale, come nei restanti casi di *field preemption*, ma solo quando sia in contrasto con l'interesse federale stesso: *ivi*, p. 2109.

[77] I confini tra *common law* federale e *common law* statale sono chiariti dalla Corte suprema nel caso *Erie R.R.Co. vs. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938) nel quale la Corte sottolinea che nello stesso modo in cui manca un diritto federale generale perché il governo ha poteri enumerati, così non può esistere una *common law* federale generale perché le corti che agiscono applicando i principi di *common law* hanno lo stesso potere delle assemblee legislative. Le corti federali quindi possono individuare e applicare principi di *common law* purché limitino l'individuazione di questo diritto giurisprudenziale alle aree in cui il Congresso può legiferare: così P. Hay, R.D. Rotunda, *The United States federal system*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 290 ss. Gli autori in particolare, individuando i contesti nei quali tale *common law* federale è maturata, dedicano un'apposita trattazione alle sentenze la cui *ratio* è la garanzia del *Federal Interest* (cfr. in particolare l'omonimo paragrafo: *ivi*, p. 295 ss.).

nologies Corp[78] nel quale viene considerata *preempted* una legge statale sulla responsabilità civile nei confronti di un fornitore di equipaggiamenti militari. La Corte in questo caso crea *ex novo* una limitazione della responsabilità civile per i difetti di progettazione delle attrezzature militari federali, trattandosi, a suo parere, di un'area di interesse unicamente federale. La stessa Corte, rispondendo alle argomentazioni di chi sottolineava l'assenza di ogni legislazione federale che limitasse tale responsabilità, afferma che: «nella maggior parte dei campi di attività la Corte si è rifiutata di individuare la *preemption* in assenza o di una esplicita prescrizione legislativa o di conflitto diretto tra legge federale e statale. Eppure vi sono poche aree coinvolgenti interessi unicamente federali, le quali sono in base alla Costituzione o alle leggi degli Stati Uniti affidate in tal misura al controllo federale, che le leggi statali sono disapplicate e sostituite, dove necessario, da una legge federale il cui contenuto è indicato dalle corti, la cosiddetta *common law* federale»[79].

La Corte suprema in tale decisione si riconosce il potere di precludere agli stati la disciplina di materie nelle quali il Congresso non è mai intervenuto, evincendo la ricorrenza di un interesse della federazione o dalla Costituzione o dall'insieme della legislazione federale e facendo sì, nota la dottrina, che «una legge statale sia sostituita da una norma creata per via giurisdizionale ed affermata sulla base di interessi unicamente federali»[80].

2e. *La* preemption, *in conclusione*

Le varie categorie di *preemption* analizzate mostrano chiaramente come tale dottrina abbia allargato nel corso dei decenni le sue "maglie", finendo col diventare uno strumento duttilissimo di tutela delle istanze unitarie, in possesso in primo luogo del Congresso, ma anche della stessa Corte suprema.

La sua applicazione, iniziata come abbiamo visto per garantire «necessità nazionali»[81] individuate dal governo federale a partire dal

[78] 487 U.S. 500 (1988).
[79] *Ivi*, p. 504.
[80] Vedi V.D. Dihn, *Reassesing the law of preemption*, cit., p. 2109.
[81] Vedi S.A. Gardbaum, *The nature of preemption*, cit., p. 801.

New Deal, è aumentata a tal punto da trasformarsi nella «dottrina costituzionale maggiormente utilizzata nella prassi»[82], al punto che l'*Advisory Commission on Intergovernmental Relations*, in un suo studio del 1992, indica proprio, quale prima raccomandazione, un uso maggiormente razionalizzato di tale strumento.

In particolare, a parere della Commissione, è opportuno sia che i giudici rinvengano l'effetto preclusivo solo nei casi di *preemtion* espressa, sia che il Congresso torni a limitare l'uso di tale strumento solo «alla protezione dei diritti fondamentali civili e politici, alla gestione della difesa nazionale e delle relazioni internazionali, alla tutela del libero commercio fra gli stati, alla prevenzione degli interventi statali o locali che possano danneggiare altri stati o i loro cittadini, alla protezione dei programmi di finanziamenti federali nei quali i governi statali e locali dovessero entrare liberamente»[83].

3. *Unità per mezzo degli stati: i mandati federali*

La tutela delle istanze unitarie trova nel sistema statunitense uno strumento essenziale nei c.d. mandati federali, con i quali il governo centrale non assume direttamente la responsabilità di disciplinare e gestire le fattispecie che ritiene d'interesse federale, ma si avvale a tal fine dell'attività degli enti territoriali, realizzando quella che potremmo definire un'unità *per mezzo* degli stati.

La categoria dei *federal mandates*, o mandati federali, è tra le più problematiche della dottrina statunitense: la stessa *Advisory Commission on Intergovernmental Relations* ammette, in uno dei suoi studi sul tema, «che non esiste una definizione universalmente accettata di *mandato federale* e che, sorprendentemente, vi è ben poco consenso sulla materia»[84].

Con l'espressione *federal mandate*, generalmente, si intende

---

[82] *Ivi*, p. 768.

[83] Cfr. Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Federal statutory preemption of state and local authority. History, inventory, and issues*, A-121, 1992, p. 2.

[84] Vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Federally induced costs affecting state and local governments*, M-193, 1994, p. 3.

ogni obbligo giuridico, imposto da una norma costituzionale, legislativa o regolamentare, in base al quale gli stati e i governi locali devono compiere una specifica attività o fornire un servizio che rispetti degli standard minimi nazionali[85].

Proprio l'*Advisory Commission on Intergovernmental Relations* ha individuato quattro strumenti di coazione federale che comporrebbero la categoria dei *federal mandates*: i *direct orders*, le *crossover sanctions*, i *crosscutting requirements*, la *partial preemption*[86].

3a. *Ordini diretti per gli stati: i* direct orders

Con gli ordini diretti (*direct orders*), come suggerisce lo stesso termine, il Congresso federale impone direttamente agli stati un ordine di *facere* o *non facere*, prevedendo in alcuni casi sanzioni o multe per il mancato adempimento dell'obbligo stesso[87].

La Costituzione statunitense non prevede direttamente tale potere di coercizione della volontà statale, eppure esso viene esercitato dal governo centrale per il tramite della *preemption* totale[88], in quanto il Congresso, esercitando uno dei suoi poteri enumerati, occupa il campo, prescrivendo agli stati l'obbligo di adottare o meno un certo comportamento.

L'ordine "a fare" è peraltro potenzialmente molto penetrante

---

[85] Con parole praticamente analoghe si esprime J.F. Zimmerman, in *Federal preemption: the silent revolution*, cit., p. 152.

[86] Vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Regulatory federalism: policy, process, impact and reform*, A-95, 1984, p. 70 ss. La stessa ACIR tuttavia, in un report successivo, sembra considerare non esaustiva tale elencazione, ricordando ad esempio come possano essere associate alla categoria dei mandati anche le condizioni apposte ai *grants in aid* (su cui vedi *infra*, nota 85 e *amplius* cap. IV, §§ 7 e 11): vedi in particolare *Federally induced costs affecting state and local governments*, cit., p. 3.

[87] Vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Federally induced costs affecting state and local governments*, cit., p. 19; Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Regulatory federalism: policy, process, impact and reform*, cit., p. 88.

[88] Vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., pp. 63-64. Ma vedi anche M. Comba, secondo il quale «non solo la legge federale prevale su quella statale, ma addirittura impone obblighi positivi allo Stato. La *Federal preemption* diventa così un *Federal Mandate*». Dell'autore vedi *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia*, *Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 1996, p. 183.

poiché può implicare sia un mandato allo svolgimento di attività esecutive, configurando così un obbligo di carattere amministrativo, sia un mandato a legiferare, che richiede cioè ai legislativi statali di adottare una determinata disciplina, normalmente nel rispetto di parametri fissati dal Congresso federale[89].

Fornisce un esempio tanto di un ordine per un mandato esecutivo quanto di un ordine per un mandato legislativo il *Safe Drinking Water Act*[90], il quale, fissando gli standard di potabilità dell'acqua, richiede agli stati tanto un'attività amministrativa di controllo del rispetto della normativa, quanto un'attività legislativa che disciplini la sostituzione, ove necessario, delle tubature che contengano un quantitativo di piombo superiore alla soglia fissata nel provvedimento federale[91].

La *ratio* dei *direct orders* di questo genere, e più in generale dei *federal mandates*, è evidente: pur volendo la federazione in determinate materie dettare una disciplina unitaria per l'intero stato federale, essa al contempo necessita o del supporto amministrativo degli stati o che questi, tenendo conto della specificità di ogni situazione locale, dettino un'opportuna normativa di attuazione e integrazione[92].

Ulteriori esempi di *direct orders* sono il *Fair Labor Standards Act*[93] del 1938, che impone ai governi locali di applicare salari mi-

---

[89] A differenza dei *conditional grants in aid* gli stati non hanno modo di sottrarsi a tali obblighi, rinunciando ai finanziamenti e alle condizioni apposte a questi, ma sono costretti comunque ad adempiervi. Questa è la posizione della dottrina maggioritaria che, appunto, esclude le condizioni apposte ai finanziamenti dalla categoria dei mandati federali, essendo gli stati (almeno teoricamente) liberi di rifiutarle: vedi per tutti R.W. Adler, *Unfunded mandates and fiscal federalism: a critique*, in «Vand. L. Rev.», 1997, L, p. 1137 ss. Di diverso avviso è invece Posner che per mandato intende generalmente ogni responsabilità o procedura che sia imposta dalla federazione tramite un atto costituzionale, legislativo, amministrativo o giudiziario quale ordine diretto o quale condizione per l'ottenimento di aiuti: vedi P.L. Posner, *The Politics of federal mandates: Congress on the Frontiers of Federalism*, UMI, Ann Arbor (MI), 1995, p. 7 ss.

[90] Cfr. *supra*, § 2a.

[91] Sui *federal mandates* nel *Safe Drinking Water Act* vedi M. Comba, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia*, *Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, cit., p. 183 ss.

[92] *Ivi*, p. 185.

[93] 52 Stat. 1060.

nimi e orari massimi di lavoro ai propri impiegati, o il *Voting Accessibility for Elderly and Handicapped Act*[94] del 1984, che impone ai governi locali e statali che tutti i seggi elettorali utilizzati in occasione di elezioni federali siano resi accessibili ai disabili[95].

Non si dimentichi poi che il *direct order* può imporre anche un obbligo a non fare: è il caso ad esempio dell'*Equal Employment Opportunity Act*[96] del 1972, che sancisce per stati ed enti locali il divieto di operare discriminazioni sulla base della razza nei confronti dei loro dipendenti[97].

3b. *Sanzioni economiche "incrociate":* crossover sanctions *e* crosscutting requirements

La seconda tipologia di mandato federale individuata dall'*Advisory Commission on Intergovernmental Relations* è quella delle c.d. *crossover sanctions*, con le quali la federazione, prescrivendo un comportamento agli stati, li minaccia contestualmente di sospendere, in caso di inadempimento, l'erogazione di fondi precedentemente concessi: «una *crossover sanction* minaccia uno stato, che dovesse mancare di adempiere ad una legge del Congresso, con la perdita di finanziamenti federali previsti da una precedente legge federale»[98].

La legittimità costituzionale di tale strumento di coazione della volontà degli stati è stata sostenuta dalla Corte suprema nella decisione *South Dakota vs. Dole*[99] del 1987: oggetto di giudizio era una norma federale che prevedeva la riduzione dei fondi per la manutenzione delle autostrade agli stati che non avessero alzato a ventuno anni l'età minima per l'acquisto di alcolici.

In tale decisione la Corte sostiene la validità della "sanzione in-

---

[94] 98 Stat. 1678.

[95] Vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Federally induced costs affecting state and local governments*, cit., p. 19.

[96] 86 Stat. 103.

[97] Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Regulatory federalism: policy, process, impact and reform*, cit., p. 88.

[98] Così J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 132.

[99] 483 U.S. 203 (1987).

crociata", ricostruendola come una «condizione retroattiva»[100], apposta ai finanziamenti precedentemente erogati per la grande viabilità: le *crossover sanctions* non rappresenterebbero quindi una figura autonoma, ma una categoria particolare di condizioni apposte a trasferimenti intergovernativi, caratterizzate solo dall'essere cronologicamente successive allo stanziamento dei fondi stessi[101].

Così, mentre nella generalità dei *conditional grants*[102] le condizioni vengono fissate nella stessa legge federale che prevede l'erogazione dei fondi, nel caso delle *crossover sanctions*, secondo la Corte, queste condizioni sarebbero fissate, anche a distanza di tempo, da un secondo provvedimento federale, agendo appunto come condizioni retroattive.

L'anomalia delle *crossover sanctions* è accresciuta dal fatto che in alcuni casi sembra mancare una connessione tra l'obbligo imposto agli stati e la materia per la quale erano stati concessi i finanziamenti che si minaccia di interrompere: la sospensione delle erogazioni sembra presentarsi, cioè, come una pura sanzione non ragionevolmente collegata all'inadempimento del mandato federale. Nel 1974, ad esempio, a causa dell'embargo petrolifero dei Paesi arabi, il Congresso, per promuovere il risparmio energetico, indusse gli stati ad abbassare i limiti di velocità, minacciando di trattenere, altrimenti, il dieci per cento dei finanziamenti federali precedentemente stanziati

---

[100] Così efficacemente M. Comba, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, cit., p. 192.

[101] Nonostante l'equiparazione delle *crossover sanctions* alle condizioni apposte ai *grants* l'inserimento solo delle prime tra i mandati federali, da parte di alcuni autori, si giustifica probabilmente alla luce della minor possibilità per gli stati di scegliere di non adempiere le prescrizioni federali, perdendo conseguentemente i finanziamenti. Nel caso delle *crossover sanctions* infatti, trattandosi di finanziamenti già in corso di erogazione, gli stati hanno sostenuto costi di attivazione del programma, interrotto precedenti programmi statali a favore di quello federale o semplicemente organizzato il proprio piano di spesa, anche di fronte agli elettori, contando sui quei finanziamenti: vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Federally induced costs affecting state and local governments*, cit., p. 20. Ma sulla costituzionalità delle condizioni apposte ai finanziamenti vedi ampiamente *infra*, cap. IV, §§ 11-12.

[102] Sui finanziamenti condizionati o *conditional grants* vedi *supra*, cap. I, § 8 e *amplius infra*, cap. IV, §§ 7, 11 e 12.

per la costruzione e manutenzione delle autostrade[103]. Anche la fattispecie oggetto dell'appena citata decisione *South Dakota vs. Dole*, ad esempio, rappresenta secondo il *petitioner* un caso in cui manca una relazione ragionevole tra il comportamento imposto agli stati e la *ratio* del finanziamento che questi rischiano di perdere. Proprio nel caso *Dole*, tuttavia, che come vedremo[104] è occasione per un riepilogo dell'intera giurisprudenza in materia di finanziamenti condizionati, la Corte evita di sciogliere questo nodo, e chiarire, cioè, se siano valide o meno le condizioni apposte ai finanziamenti (e quindi anche le *crossover sanctions*) che non abbiano uno stretto legame con le finalità per le quali i finanziamenti sono (o sono stati) erogati[105].

Simili alle *crossover sanctions* sono i *crosscutting requirements*[106]: anch'essi infatti costituiscono condizioni apposte a trasferimenti federali. Essi, però, sono condizioni applicate non a un determinato *grant*, ma a tutti o a gran parte dei *grants* federali che uno stato riceve, al fine di perseguire obiettivi nazionali di natura economica o sociale.

Esempio di tale modello è il *Civil Rights Act*[107] del 1964 il quale, proibendo ogni forma di segregazione razziale, prevedeva contemporaneamente, per tutti i programmi che ricevessero forme di finanziamento federale, il divieto di operare discriminazioni quale condizione per l'erogazione del finanziamento stesso[108]: come evidente con tale provvedimento il divieto di misure discriminatorie diventa una condizione apposta a tutti i trasferimenti che la federazione eroga agli stati, al fine di contrastare la segregazione dei cittadini afroamericani.

---

[103] Per questo e diversi altri esempi vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 132.

[104] Cap. IV, § 11.

[105] Su questo punto specifico e sull'intera giurisprudenza in materia di condizioni apposte ai finanziamenti vedi *infra*, cap. IV, § 11.

[106] Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Regulatory federalism: policy, process, impact and reform*, cit., p. 71 ss.

[107] 78 Stat. 241.

[108] «Nessuna persona negli Stati Uniti deve, sulla base della razza, colore, o origine nazionale, essere esclusa dalla partecipazione, o vedersi negati i benefici, o essere soggetta a discriminazione in qualunque programma che riceva sovvenzioni finanziarie federali»: 42 USC sez. 2000d.

3c. *Dare esecuzione a una disciplina federale o subire l'"occupazione del campo"? La* preemption parziale

L'ultimo strumento indicato dalla Commissione consultiva per le relazioni intergovernative, quale esempio di mandato federale, è quello, già citato[109], della *preemption* parziale. In questi casi, infatti, generalmente la federazione fissa standard minimi in determinate materie, concedendo agli stati la possibilità di continuare a legiferare rispettando quegli standard (o eventualmente fissandone di più rigidi)[110]. Agli stati ovviamente competerà, qualora fosse necessaria, anche l'esecuzione delle discipline che essi stessi approvano[111].

In questi casi di *preemption* parziale, tuttavia, gli stati non sono obbligati a dare esecuzione al programma federale e a sopportarne, tra l'altro, i relativi costi[112]; essi possono infatti decidere di rimanere estranei alla disciplina e quindi alla gestione amministrativa della materia. In tali casi però subentrerà totalmente il governo nazionale, esautorando completamente gli stati sia nella normazione sia nell'implementazione[113].

Come evidente, la possibilità di normare su una materia sembra quasi concessa, in queste occasioni, quale "compenso" per l'assunzione della responsabilità, da parte dello stato, di dare esecuzione alla disciplina stessa: allo stato, in breve, viene concesso di non subire una *preemption* totale, in cambio dello svolgimento di attività esecutive. Conseguentemente gli stati potranno decidere di subire una completa "occupazione del campo", rinunciando alla possibilità

---

[109] Vedi *supra*, § 2a.

[110] Vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Federal statutory preemption of state and local authority. History, inventory, and issues*, cit., p. 16.

[111] Non farebbe parte invece dei mandati federali la *preemtion* totale, in quanto non obbliga gli stati a realizzare obiettivi federali, ma li esclude completamente dalla disciplina di determinate materie. Vedi per tutti R.W. Adler, *Unfunded mandates and fiscal federalism: a critique*, cit., p. 1213.

[112] Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Federally induced costs affecting state and local governments*, cit., p. 23.

[113] Vedi M.B. Jaber, *Unfunded federal mandates: an issue of federalism or a "brilliant sound bite"*, in «Emory L.J.», 1996, XLV, p. 290; Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Regulatory federalism: policy, process, impact and reform*, cit., p. 9.

di legiferare, ma liberandosi anche, contestualmente, dell'onere di gestire la fase esecutiva del programma[114].

Questo, ad esempio, è il meccanismo previsto dall'*Occupational Safety and Health Act*[115] del 1970 e dal *Surface Mining Control and Reclamation Act*[116] del 1977, che infatti hanno un'implementazione diversificata sul territorio con una responsabilità nell'esecuzione che è in alcuni casi federale e in altri statale.

Il carattere di mandato federale di questo tipo di *preemption* parziale si accentua nei provvedimenti in cui la facoltatività dell'esecuzione statale si attenua. Il *Clean Air Act*[117] del 1970, ad esempio, impone agli stati lo svolgimento dell'attività necessaria a rispettare i parametri fissati dalla federazione per ridurre l'inquinamento atmosferico, poiché l'agenzia federale per la protezione dell'ambiente è priva sia del personale sia delle risorse per dare esecuzione al programma. In questo caso, per sollecitare gli stati a realizzare il piano di tutela ambientale, la legge prevede che il governo federale possa, in caso di mancata esecuzione da parte degli stati stessi, sospendere l'erogazione dei fondi precedentemente concessi per la costruzione delle autostrade: in questo caso la *preemption* parziale si coniuga a una *crossover sanction* con un effetto doppiamente costrittivo nei confronti degli stati[118].

Come abbiamo visto, i mandati federali costituiscono uno strumento di garanzia delle istanze unitarie che non ha fondamento in un'unica norma costituzionale, ma rappresenta al contrario una categoria eterogenea cui fanno capo in realtà strumenti diversi, derivanti dalle varie competenze legislative della federazione, dal potere di spesa di questa, come dalla clausola di supremazia federale.

Proprio l'assenza di un autonomo fondamento costituzionale ha fatto sì che parte della dottrina abbia tradizionalmente contestato la legittimità dei mandati federali e che eco di tale dottrina sia arrivata anche nella recente giurisprudenza della Corte suprema.

---

[114] Su tali applicazioni della *partial preemtion* e sui provvedimenti specifici citati nel testo vedi: Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Federally induced costs affecting state and local governments*, cit., p. 23.

[115] 84 Stat. 1590.

[116] 91 Stat. 445.

[117] 84 Stat. 1676.

[118] Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Regulatory federalism: policy, process, impact and reform*, cit., p. 10.

La legittimità dei mandati federali, e in particolare dei *direct orders*, sembra infatti essere messa parzialmente in crisi da alcune decisioni[119] della Corte suprema che sembrano considerarli in contrasto con il X emendamento della Costituzione, posto a garanzia, come noto, delle competenze riservate agli stati.

4. *Prime letture del X emendamento. Da baluardo dell'autonomia statale a mero truismo*

In contrapposizione dialettica con la clausola di supremazia, strumento di vera e propria uniformità normativa nella federazione, è il X emendamento, in base al quale *i poteri non delegati dalla Costituzione agli Stati Uniti, o da essa non vietati agli Stati, sono riservati ai rispettivi Stati ovvero al popolo*.

Tale clausola, dal significato apparentemente piano e riconducibile alla garanzia dei poteri statali, ha invece avuto nel corso della storia costituzionale americana diverse letture che, come vedremo, ne hanno, a volte, annullato il portato normativo, rendendola invece, in altri casi, strumento di incisiva tutela dell'autonomia degli stati.

La lettura più lineare di tale disposizione è quella secondo cui essa rappresenterebbe semplicemente il corollario del principio in base al quale la federazione è un ente a poteri enumerati, per cui i poteri ad essa non delegati sono automaticamente riservati agli stati e al popolo. In base a tale interpretazione, definita *delegation construct*[120], il X emendamento rappresenta una norma di allocazione delle competenze legislative che, peraltro, non fa che esplicitare ciò che è insito nell'idea dei poteri enumerati federali. Come chiarito nel 1858 da Joseph Story, nel suo celebre Commentario alla Costituzione statunitense, «questo emendamento è una semplice affermazione di ciò che, sulla base di qualunque ragionamento lineare, è una regola necessaria di interpretazione della Costituzione. Essendo quest'ultima uno strumento che prevede poteri limitati e numerati,

[119] *New York vs. United States*, 505 U.S. 144 (1992) e *Printz vs. United States*, 521 U.S. 898 (1997). Ma vedi *infra*, § 8.

[120] Vedi T.R. McCoy, B. Friedman, *Conditional federal spending: federalism's Trojan horse*, in «Sup. Ct. Rev.», 1989, p. 91.

ne segue necessariamente che ciò che non è conferito (alla federazione) è trattenuto e appartiene all'autorità degli stati»[121].

La titolarità statale dei poteri non delegati, quale semplice «implicazione negativa»[122] del carattere enumerato dei poteri federali, è ammessa, come sottolinea certa dottrina[123], dagli stessi *framers* della Costituzione nei saggi del *Federalist*, ancor prima dell'approvazione del *Bill of Rights* e, quindi, del X emendamento. Scrive Madison, ad esempio, che «i poteri delegati al Governo federale in virtù della proposta Costituzione sono pochi e definiti. Quelli, invece, che dovrebbero rimanere ai governi statali sono numerosi e indefiniti»[124].

Il *delegation construct* del X emendamento è accolto anche in alcune pronunce della Corte suprema, che considera la disposizione come clausola di chiusura del sistema delle competenze, accanto al catalogo dei poteri enumerati federali contenuto nella sezione VIII del primo articolo.

Il X emendamento diventa cioè la norma costituzionale che la Corte assume violata ogniqualvolta il Congresso federale legiferi al di fuori delle sue competenze.

Si pensi al caso *Bailey vs. Drexel Furniture*[125] del 1922, in cui il *Child Labor Tax Act*[126] del 1919 viene considerato come eccedente il *taxing power* congressuale e pertanto contrario al X emendamento. Il caso riguardava in particolare il *Revenue Act* che al titolo XII, rubricato *Tax on Employment of Child Labor*, fissava un tributo, pari al dieci per cento del profitto netto, a carico delle imprese che non rispettassero i limiti d'orario e di età fissati dalla federazione nell'impiego di lavoratori minorenni. A parere della Corte suprema la normativa, pur dissimulata sotto forma di una misura fiscale, rappresenta invece un tentativo «di regolare il lavoro minorile negli stati – una funzione appartenente esclusivamente agli stati in base

---

[121] Vedi J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, II, The Lawbook Exchange, Ltd., Union (New Jersey), 2001, p. 682.

[122] S.A. Barber, *National League of Cities v. Usery: new meaning for the Tenth amendment?*, in «Sup. Ct. Rev.», 1976, p. 166.

[123] *Ibidem.*

[124] Vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., saggio n. 45, p. 425.

[125] 259 U.S. 20 (1922). Si tratta del c.d. *Child Labor Tax Case* n. 1.

[126] 40 Stat. 1138.

alla Costituzione Federale e in base alle competenze loro riservate dal X emendamento»[127].

Analogamente, nella decisione *Hammer vs. Dagenhart*[128] del 1918, la Corte ritiene che la disciplina federale sul lavoro minorile ecceda il potere sul commercio e ricorda che «il riconoscimento di una competenza su una materia puramente federale non è stato inteso come idoneo a distruggere le competenze territoriali, che continuano invece ad esistere e ad essere accuratamente riservate agli stati dal X emendamento della Costituzione»[129].

In tali decisioni, in breve, la clausola dei poteri residuali non ha altro significato che quello di «rovescio della medaglia dei poteri enumerati»[130].

Il X emendamento, tuttavia, mostra nelle pronunce della Corte suprema un secondo significato, molto più pregnante, in base al quale, come vedremo fra un attimo, tale disposizione costituirebbe un limite autonomo all'esercizio delle competenze federali, in grado di preservare una sfera di autonomia degli stati anche in presenza dell'esercizio da parte della federazione di uno dei suoi poteri enumerati.

Subito dopo la conclusione della guerra civile, in particolare, il X emendamento comincia infatti ad essere utilizzato quale fondamento di una *intergovernmental immunity*[131], quale baluardo cioè della residua autodeterminazione degli stati contro imposizioni nazionali realizzate nelle materie in cui il Congresso è competente. A tale clausola la Corte suprema riconosce cioè il significato di limite ulteriore per l'esercizio da parte della federazione dei suoi poteri enumerati, limite idoneo a rendere contrari alla Costituzione atti normativi congressuali che, pur essendo esercizio di una delle com-

---

127 *Bailey vs. Drexel Forniture*, cit., p. 36.

128 247 U.S. 251 (1918).

129 *Hammer vs. Dagenhart*, cit., p. 274.

130 Così L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 860.

131 Vedi M.S. Greve, *Real Federalism. Why it matters, how it could happen*, AEI Press, 1999, Washington, p. 48. L'espressione *intergovernmental immunity* è generalmente utilizzata per indicare la *intergovernmental tax immunity*, ossia la dottrina in base alla quale i singoli stati non possono tassare direttamente gli Stati Uniti (cfr. L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 1225 ss.). Michael Greve la utilizza invece quale sinonimo di autodeterminazione statale, immunità – appunto – da eccessive ingerenze federali.

petenze riservate al governo nazionale, siano in grado di minare le fondamenta dell'autonomia statale.

Un primo esempio di tale uso del X emendamento compare nella decisione *Collector vs. Day*[132] del 1870. In tale decisione la Corte suprema si chiede in particolare se il governo federale possa, quale esercizio del suo potere di imposizione fiscale previsto nella sezione VIII dell'art. I della Costituzione, tassare lo stipendio di un giudice statale. A parere del giudice Nelson, redattore dell'*opinion*, pur mancando «un'espressa previsione nella Costituzione che vieti al governo generale di tassare mezzi e strumenti dei governi statali», un'imposta di tal tipo viola l'autodeterminazione statale poiché «ogni governo, se soggetto al controllo di un altro governo distinto in relazione agli strumenti utilizzati per svolgere le sue funzioni essenziali, è alla mercé di quest'ultimo»[133]. La premessa di tale affermazione è proprio la nuova interpretazione che il giudice fornisce del X emendamento: in base ad esso la federazione e gli stati, «pur coesistendo sullo stesso territorio, sono *enti sovrani* separati e distinti»[134], così che si rende necessario, nel caso di specie, valutare se la normativa considerata, pur essendo esercizio di un potere enumerato federale, mini l'autodeterminazione degli stati.

Non è un caso ovviamente che, proprio all'indomani della guerra civile[135], quando cioè viene definitivamente accantonata la teoria della "nullificazione"[136], essenza della dottrina della sovranità statale, cominci ad essere valorizzato il significato di tale clausola: se gli stati infatti fossero, come nella ricostruzione teorica di Calhoun[137], arbitri dei loro poteri e di quelli della federazione, non avrebbero bisogno di cercare strumenti costituzionali di tutela delle loro com-

---

[132] 78 U.S. 113 (1870).

[133] *Collector vs. Day*, cit., p. 127.

[134] *Ivi*, p. 124.

[135] Sul significato della guerra civile nella storia costituzionale americana vedi *supra,* cap. I, § 4.

[136] Sulla dottrina della *nullification* vedi il saggio di K.E. Whittington, *The Political constitution of federalism in antebellum America: the nullification debate as an illustration of informal mechanism of constitutional change*, in «Publius», 1996, XXVI, p. 1 ss., nonché per alcune note, *supra*, cap. I, § 4.

[137] Vedi J.C. Calhoun, *Disquisizione sul governo e Discorso sul governo e la Costituzione degli Stati Uniti*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1986.

petenze; se potessero dichiarare nulle le leggi federali lesive della loro sovranità «non avrebbero bisogno di un X emendamento»[138].

Il caso *Collector*, come è stato sottolineato, illustra «l'intuizione costituzionale»[139] che la Corte suprema applica in alcuni casi relativi al X emendamento: allorquando essa percepisce la mancanza di limiti diretti sui poteri federali, utilizza tale clausola quale «secondo miglior strumento»[140] per tutelare l'autodeterminazione statale[141].

Tanto la lettura del X emendamento quale "baluardo" dell'autonomia statale, presente anche in decisioni successive della Corte suprema[142], quanto quella di garanzia costituzionale delle competenze residuali degli stati, vengono di fatto svuotate allorquando i supremi giudici con un *revirement* giurisprudenziale, decidono di sostenere la validità delle politiche rooseveltiane, accogliendo, in particolare, un'interpretazione estensiva del potere sul commercio[143].

Il substrato teorico delle decisioni è ancora quello del *delegation construct*, secondo cui, come abbiamo visto, il X emendamento tutela i poteri degli stati, coincidenti con quelli non delegati alla federazione. La lettura fortemente estensiva dei poteri enumerati federali, tuttavia, lo svuota di significato, in quanto anche la legislazione più invasiva viene considerata esercizio legittimo delle competenze fe-

---

138 Vedi W. Berns, *The meaning of the Tenth Amendment*, in R. Goldwin (a cura di), *A Nation of states: essays on the American federal system*, Rand McNally College Pub., Chicago, 1963, p. 130.

139 Vedi M.S. Greve, *Real Federalism. Why it matters, how it could happen*, cit., p. 48.

140 *Idem.*

141 Fortemente critico su questa lettura del X emendamento è invece Joseph Story il quale sottolinea che «i tentativi che sono stati fatti di tanto in tanto di forzarne il linguaggio evincendone un'influenza limitativa o restrittiva, sono radicalmente infondati in qualunque canone interpretativo»: cfr. J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, II, cit., p. 683.

142 Vedi in particolare *Ashton vs. Cameron County* 298 U.S. 513 (1936); in tale decisione la Corte invalida una legge federale che prevedeva in materia di bancarotta una disciplina specifica per alcuni enti locali, sottolineando come l'atto pur essendo «adeguatamente correlato alla materia della bancarotta» di competenza federale, avrebbe implicato con la sua applicazione che gli stati «non erano più liberi di gestire i loro propri affari»: vedi, in particolare, p. 527. Ma cfr. anche gli ulteriori casi ricordati da L.H. Tribe: *Keller vs. United States*, 213 U.S. 138 (1909); *Hopkins Federal Savings & Loan Assoc. vs. Cleary*, 296 U.S. 315 (1935). Dell'autore vedi *American Constitutional Law*, I, cit., p. 860 ss.

143 Vedi *supra*, cap. II, § 5.

derali e, in particolare, come abbiamo visto, della competenza sul commercio interstatale[144].

Le decisioni sopra citate, che valorizzavano il significato del X emendamento vengono tutte, non a caso, *overruled*[145]; la federazione può disciplinare ormai ogni aspetto della vita economica e sociale della nazione, così che la sua produzione normativa incontra solo i limiti dettati esplicitamente dalla Costituzione: la sezione 9 dell'articolo I e il *Bill of Rights*[146].

Il caso più significativo, riguardo alla nuova interpretazione del X emendamento, è sicuramente il caso *United States vs. Darby*[147] del 1940, nel quale viene analizzata la legittimità costituzionale del *Fair Labor Standards Act*[148] che, prevedendo salari minimi e orari massimi di lavoro, vietava il commercio interstatale di beni prodotti in aziende che non rispettassero tali standard. In tale decisione la Corte non solo adotta una lettura estensiva della competenza sul commercio[149], ma in modo speculare fornisce una lettura fortemente restrittiva del X emendamento. Quest'ultimo, secondo il giudice Stone, redattore dell'*opinion*, «non ha alcun effetto»[150] sulle conclusioni della Corte circa la lettura estensiva dell'*interstate commerce*. Il X emendamento, infatti, rappresenta «un truismo secondo cui è trattenuto tutto ciò che non è ceduto»[151], e non è in grado «di privare il governo nazionale del potere di far ricorso a tutti i mezzi necessari all'esercizio di un potere riservato, che risultino appropriati e adatti al perseguimento del suo legittimo obiettivo»[152].

---

144 Vedi T.R. McCoy, B. Friedman, *Conditional federal spending: federalism's Trojan horse*, cit., p. 92.

145 *Hammer vs. Dagenhart* è esplicitamente *overruled* in *United States vs. Darby* (312 U.S. 100, 1941). Il caso *Bailey* non è esplicitamente superato ma l'espansione del *commerce power* ha praticamente azzerato i limiti al *taxing power* (sul punto vedi *infra*, cap. IV, § 3). Il caso *Ashton* è *overruled* di fatto in *United States vs. Bekins* (304 U.S. 27, 1938) e la decisione *Collector* è esplicitamente *overruled* in *Graves vs. New York* (306 U.S. 466, 1939): vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 862.

146 L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 863.

147 312 U.S. 100 (1941).

148 52 Stat. 1060 (1938).

149 Vedi *supra,* cap. II, § 5c.

150 *United States vs. Darby*, cit., p. 123.

151 *Ivi*, p. 124.

152 *Idem*.

Il X emendamento non svolge più alcuna funzione di tutela dell'autonomia statale. Esso non può più essere violato e con lui non possono più essere violati i diritti degli stati; questi ultimi, infatti, sono trasformati in un «residuo»[153] che esiste solo in assenza di ogni competenza federale, espressa o implicita.

5. *Il X emendamento nel* National League of Cities test*: un nuovo bilanciamento di interessi?*

Nel 1976 la Corte suprema sembra restituire nuovo vigore normativo al X emendamento.

In linea con le tendenze centrifughe del Nuovo Federalismo[154], emergenti proprio nel corso degli anni Settanta, la Corte, nella decisione *National League of Cities vs. Usery*[155], dichiara l'incostituzionalità di un emendamento al *Fair Labor Standards Act*[156], in base al quale risultavano applicabili anche agli impiegati degli stati e degli enti locali le norme federali relative ai salari minimi e agli orari massimi di lavoro.

L'emendamento, come l'intero provvedimento, era esercizio del potere sul commercio interstatale, nella già vista interpretazione estensiva di tipo strumentale[157]. Ciò nonostante, la Corte non sceglie di cassare il provvedimento restringendo i confini (ormai irrintracciabili) dell'*interstate commerce*, ma afferma invece che l'atto federale, pur essendo incluso nella *ratio* di tale competenza, è comunque esercizio illegittimo di essa, in quanto incidente sulle funzioni di governo essenziali degli stati.

La Corte cioè, da un lato, richiama la giurisprudenza sulla lettura estensiva del potere sul commercio e la definizione del X emendamento quale truismo che rende i poteri statali un mero residuo, dall'altro, afferma che anche in presenza di un esercizio apparentemente legittimo di una competenza federale, l'atto normativo del

---

153 L'espressione è di L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 863.
154 Vedi *supra*, cap. I, § 12.
155 426 U.S. 833 (1976).
156 88 Stat. 55 (1974).
157 Vedi *supra*, cap.II, §§ 4, 5c.

Congresso può nondimeno risultare incostituzionale se in grado di minare la *sovranità* degli stati.

Come chiarisce il giudice Rehnquist, autore dell'*opinion*, la Corte ha «riconosciuto che ci sono *attributi della sovranità* competenti ad ogni governo statale che non possono essere scalfiti dal Congresso, non perché al Congresso possa mancare la competenza legislativa per disciplinare una determinata fattispecie, ma perché la Costituzione vieta al Congresso stesso di esercitare la sua competenza in modo»[158], da «minare l'integrità degli stati o la loro capacità di funzionare efficacemente in un sistema federale»[159].

Tale lettura del X emendamento, definita dalla dottrina *enclave construct*[160], rappresenta in qualche modo un'evoluzione delle prime pronunce della Corte suprema sulla *intergovernmental immunity*[161]; come quelle, infatti, essa considera tale disposizione quale limite per l'esercizio di competenze pacificamente federali. A differenza però delle decisioni più risalenti, la nuova lettura del X emendamento[162] si coniuga ad una interpretazione di fatto illimitata dei poteri del governo centrale. L'idea non è più quella di garantire l'autonomia degli stati circoscrivendo le materie di competenza della federazione ed eventualmente anche su queste apponendo dei limiti ulteriori di legittimità con il X emendamento, ma individuare invece dei settori

---

[158] Vedi *National League of Cities vs. Usery*, cit., p. 845. Così la Corte testualmente: «We have repeatedly recognized that there are *attributes of sovereignty* attaching to every state government which may not be impaired by Congress, not because Congress may lack an affirmative grant of legislative authority to reach the matter, but because the Constitution prohibits it from exercising the authority in that manner». Sull'uso della categoria "sovranità" riferita agli stati vedi *supra* la nota 1, esplicativa del titolo di questo capitolo e *infra*, § 6 (con particolare riferimento alla nota 215).

[159] *Idem* («in a fashion that impairs the States' integrity or their ability to function effectively in a federal system»).

[160] Vedi T.R. McCoy, B. Friedman, *Conditional federal spending: federalism's Trojan horse*, cit., p. 93.

[161] Vedi *supra*, § 4.

[162] Come sottolinea certa dottrina, nel caso *National League* la tutela dell'autodeterminazione statale non è legata univocamente al solo X emendamento; lo stesso giudice Rehnquist, redattore dell'*opinion*, cita in effetti una sola volta tale disposizione: vedi M.A. Field, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority: the demise of a misguided doctrine*, in «Harv. L. Rev.», 1985, XCIX, p. 90. Per l'unico riferimento nel caso *National League* al X emendamento vedi *National League of Cities vs. Usery*, cit., pp. 842-843.

specifici preclusi alla federazione anche se potenzialmente disciplinabili da questa in virtù dei suoi poteri ormai illimitati. Vengono cioè identificate delle aree, appunto *enclaves*, relative a funzioni di governo statali che, pur in presenza di una competenza legislativa federale, non possono essere invase da un atto normativo del Congresso.

Come è stato efficacemente scritto, la Corte sceglie non di restringere lo *stream of commerce*[163], il flusso del commercio e quindi di limitare gli ambiti materiali disciplinabili con tale competenza, «ma di creare isole in quel flusso – isole sulle quali solo gli stati possano normare, isole precluse al governo federale apparentemente onnipresente»[164].

Il punto di partenza della nuova dottrina è la sostanziale illimitatezza delle competenze legislative federali; ogni materia in realtà può essere raggiunta dal Congresso tramite il potere sul commercio e il nuovo ruolo che la Corte sembra ritagliarsi è quello di identificare i casi in cui l'attività legislativa del Congresso finisca per incidere sull'essenza stessa degli enti territoriali.

La Corte, nel far ciò, non recupera semplicemente l'idea del X emendamento quale limite autonomo per l'esercizio dell'attività normativa federale, ma individua, nella decisione *National League of Cities vs. Usery*, un vero e proprio *test* in tre parti in base al quale verificare se un provvedimento federale viola «il ruolo essenziale degli stati nel sistema federale»[165].

In primo luogo occorre appurare se il provvedimento del Congresso sia rivolto agli stati in quanto tali («*states qua states*»), ossia se si tratta di una disciplina che cerca di regolare non l'attività dei privati cittadini, ma direttamente l'attività del governo statale. Come chiarisce la Corte riferendosi al caso di specie, «il provvedimento, parlando direttamente agli stati in quanto tali, richiede che essi rico-

[163] Si tratta, come abbiamo visto, di una delle categorie ermeneutiche che ha permesso l'espansione delle competenze congressuali; in base ad essa si afferma sostanzialmente una lettura teleologica del potere sul commercio interstatale in base alla quale la federazione può disciplinare tutto ciò che influisce sullo *stream of commerce*: ma vedi *supra*, cap. II, § 3.

[164] Così L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 865.

[165] Vedi *National League of Cities vs. Usery*, cit., p. 844.

noscano a tutti i loro impiegati, tranne una limitatissima minoranza, lo stipendio minimo stabilito dal Congresso»[166].

In secondo luogo, perché sia violato il X emendamento, occorre che la normativa federale concerna «fattispecie che siano indiscutibilmente attribuzioni della sovranità statale»[167] e che – è questo il terzo requisito del test – qualora disciplinate dalla federazione, minino «la libertà degli stati di definire integralmente le attività attinenti alle tradizionali funzioni di governo»[168].

Al di là di una apparente linearità, l'*enclave construct*, quale ricostruito nel caso *National League*, presenta difficoltà interpretative e limiti applicativi che la dottrina non ha mancato di individuare.

Per quanto concerne i limiti applicativi, è stato rilevato[169] come l'incostituzionalità eventuale delle sole leggi federali che si rivolgano agli stati in quanto tali, è un criterio che esclude la maggior parte dei provvedimenti che nella prassi hanno minato l'autonomia degli stati. Storicamente, infatti, la forma più comune di ingerenza federale non è stata quella di disciplinare direttamente l'attività di governo degli stati, ma quella di regolare la condotta dei privati cittadini in materie dove tale compito, ragionevolmente, in base alla ripartizione costituzionale delle competenze, spettava agli stati. Il primo requisito del *National League of Cities test,* in particolare, esclude che il X emendamento possa tutelare la principale ragion d'essere del decentramento territoriale: l'interesse dei cittadini a vedere le pro-

---

166 *National League of Cities vs. Usery*, cit., pp. 847-848.

167 Tale espressione, con cui viene comunemente sintetizzato il secondo requisito del *National League* test, è in realtà contenuta nella decisione *Hodel vs. Virginia Surface Mining & Reclamation Assn., Inc.* (452 U.S. 264, 1981) dove la stessa Corte suprema individua la *ratio* della sentenza, individuando i tre requisiti del test: vedi pp. 287-288. In relazione alla fattispecie oggetto del caso *National League* spiega la stessa Corte: «Un attributo indiscusso della sovranità statale è il potere degli stati di determinare le paghe che devono essere riconosciute a coloro che gli stati stessi impiegano per svolgere le loro funzioni di governo, quante ore queste persone debbano lavorare e quale compenso debba essere loro riconosciuto qualora tali impiegati fossero chiamati a svolgere lavoro straordinario» (vedi *National League of Cities vs. Usery*, cit., p. 845).

168 Letteralmente la Corte: «the States' freedom to structure integral operations in areas of traditional governmental functions»: cfr. *National League of Cities vs. Usery*, cit., p. 852.

169 Cfr. T.R. McCoy, B. Friedman, *Conditional federal spending: federalism's Trojan horse*, cit., pp. 95-96.

prie attività regolate prevalentemente da rappresentanti politici localmente responsabili e non da un «distante governo nazionale»[170]. Riguardo poi il secondo e il terzo requisito del *test* la dottrina[171], unanimamente, ne sottolinea la fumosità e la conseguente difficoltà di rendere giustiziabili categorie come «attributi della sovranità statale» e «tradizionali funzioni di governo». Riguardo a queste ultime è lo stesso Rehnquist che, nel momento in cui indica alcuni esempi[172], sottolinea la non esaustività dell'elenco da lui stesso fornito, lasciando così irrisolto uno dei principali nodi interpretativi della *ratio decidendi*. Quali attività cioè sono così tradizionalmente statali che, qualora disciplinate dalla federazione, potrebbero comportare una violazione della sovranità degli stati?

La malleabilità del *National League of Cities* test è amplificata da quello che è stato indicato da alcuni[173] come il quarto elemento del test stesso: la ricorrenza o meno di un *interesse federale*. Anche in presenza dei tre elementi già indicati permane infatti un ulteriore margine di discrezionalità nelle valutazioni della Corte suprema, che può comunque rigettare la questione di costituzionalità relativa al X emendamento qualora l'intervento del Congresso sia giustificato dalla necessità di tutelare un interesse dell'intera federazione. Come ha affermato la stessa Corte suprema, chiarendo in una sentenza successiva[174] la *ratio* del caso *National League*, «dimostrare che siano presenti questi tre requisiti non garantisce che il provvedimento sarà ritenuto in contrasto con il X emendamento. Ci sono situazioni

[170] *Ivi*, p. 96. Concludono gli autori: «*National League of Cities* non è riuscito così a proteggere la triplice virtù dei governi locali: l'incorporazione di valori locali nelle scelte legislative, la partecipazione politica locale e il mantenimento degli stati quali laboratori per esperimenti legislativi» (*ibidem*).

[171] Vedi per tutti L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 865.

[172] «Prevenzione di incendi, ordine pubblico, misure igienico-sanitarie, salute pubblica, parchi e divertimenti»: vedi *National League of Cities vs. Usery*, cit., p. 851.

[173] Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 867, nota 48. La stessa Corte suprema nel 1985 nella celebre decisione *Garcia vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (469 U.S. 528), riferendosi alla *ratio* del caso *National League* afferma che «quattro condizioni devono essere soddisfatte perché un'attività statale possa essere considerata immune da una particolare regolamentazione federale che sia esercizio del potere sul commercio»: vedi p. 537.

[174] È ancora nel caso *Hodel vs. Virginia Surface Mining & Reclamation Assn., Inc.*, cit., del 1981, che la Corte chiarisce tale aspetto della decisione *National League*.

nelle quali la natura dell'interesse federale tutelato può essere tale da giustificare l'assoggettamento degli stati»[175].

Anche se non esplicitato, il quarto elemento del giudizio è in effetti ben chiaro anche nell'argomentazione svolta dal giudice Rehnquist nell'*opinion* del caso *National League*, allorquando sottolinea la differenza tra l'emendamento al *Fair Labor Standards Act*, che la Corte in questa decisione ritiene incostituzionale, e l'*Economic Stabilization Act*[176] che, in una sentenza precedente[177], la Corte aveva invece ritenuto legittimo. Anche l'*Economic Stabilization Act* del 1970, infatti, aveva inciso sulle paghe degli impiegati dei governi locali e statali, non fissando però minimi salariali come il *Fair Labor Standards Act*, ma congelandone temporaneamente ogni aumento al fine di combattere l'inflazione. In quell'occasione, spiega Rehnquist, il provvedimento «era scaturito da un problema estremamente serio che metteva in pericolo tutte le componenti del sistema federale e che solo un'azione collettiva ad opera del Governo Nazionale poteva prevenire»[178]. «I limiti imposti al potere sul commercio quando il Congresso cerca di applicarlo agli stati – continua il giudice – non sono così inflessibili da precludere provvedimenti temporanei volti a combattere una emergenza nazionale»[179]. La crisi economica, peraltro, è solo uno dei fattori che può limitare l'applicazione del X emendamento; lo stesso Rehnquist, come è stato notato[180], ricorda varie decisioni in cui una legge federale invasiva delle competenze statali è stata considerata, ciò nonostante, valida, in quanto volta a garantire istanze unitarie[181] quali la sicurezza nazionale e il progresso economico della federazione.

Nel caso di specie, invece, la prosperità nazionale indotta dal garantire salari minimi e orari massimi di lavoro con l'emendamento

---

[175] Vedi *Hodel vs. Virginia Surface Mining & Reclamation Assn., Inc.*, cit., p. 288, nota 29.

[176] 84 Stat. 799.

[177] *Fry vs. United States*: 421 U.S. 542 (1975).

[178] *National League of Cities vs. Usery*, cit., p. 853.

[179] *Ibidem.*

[180] S.A. Barber, *National League of Cities v. Usery: new meaning for the Tenth amendment?*, cit., p. 180.

[181] L'autore fa riferimento a «principi costituzionali» destinati a prevalere sulla sovranità statale: *ivi*, p. 176.

al *Fair Labor Standars Act* viene considerata dalla Corte cedevole rispetto all'autodeterminazione statale.

Evidente tuttavia, in queste argomentazioni, è la difficoltà, sottolineata anche dalla dottrina[182], di realizzare una sistemazione assiologica *a priori* delle istanze coinvolte. Nel caso considerato la prosperità socio-economica dello stato è subordinata all'autodeterminazione statale, che invece è stata sacrificata in vari casi ricordati dallo stesso Rehnquist. La miglior chiave di lettura del caso *National League*, allora, non è probabilmente quella di un *test* in base al quale verificare l'eventuale invasione della sovranità statale e dichiarare automaticamente l'incostituzionalità del relativo provvedimento federale; la *ratio* della decisione è probabilmente legata, invece, ancora una volta, ad un vero e proprio bilanciamento di interessi da realizzare caso per caso.

Lo stesso iter argomentativo del giudice Rehnquist sembra tradire un approccio di tal tipo; questi infatti sottolinea come l'emendamento al *Fair Labor Standards Act* sia uno strumento eccessivo rispetto all'interesse tutelato, contrariamente al già citato *Economic Stabilization Act* del 1970. Quest'ultimo infatti non solo tutelava l'interesse generale a combattere l'inflazione, ma rappresentava anche uno strumento atto a interferire il meno possibile con l'autonomia statale: era un provvedimento a tempo determinato, non si sostituiva a scelte statali, ma semplicemente ne precludeva di nuove per il periodo dell'emergenza e, ancora, non aggravava i bilanci statali ma al contrario li alleggeriva[183]. L'argomentare, come evidente, è quello tradizionale del bilanciamento tra interessi e della relati-

[182] *Ivi*, p. 180.

[183] Così testualmente il giudice Rehnquist: «Gli strumenti selezionati furono costruiti attentamente così da non interferire con la libertà degli Stati oltre un brevissimo e specifico periodo di tempo. L'effetto del congelamento autorizzato da quella legge, inoltre, non soppiantava scelte statali circa la modalità con cui funzioni di governo dovessero essere organizzate, né forzava gli stati a rivedere essi stessi le loro scelte. Al contrario esso richiedeva semplicemente che le scale salariali e i rapporti di lavoro che gli stati stessi avevano scelto fossero mantenuti durante il periodo dell'emergenza. Infine, l'*Economic Stabilization Act* operava così da ridurre le pressioni sui bilanci statali piuttosto che aumentarle. Tutti questi fattori distinguono il provvedimento oggetto del caso *Fry* dalle disposizioni discusse in questa sede»: vedi *National League of Cities vs. Usery*, cit., p. 853.

va proporzionalità[184] degli strumenti scelti per tutelare gli interessi stessi. Che dietro il complesso test disegnato dalla Corte si celi in realtà solo un bilanciamento *ad hoc* di istanze confliggenti è peraltro confermato proprio da un giudice della suprema Corte, il giudice Blackmun, il quale, pur concordando sull'esito della decisione, scrive una breve opinione concorrente per fornire una diversa lettura della *ratio decidendi*. A suo parere la Corte semplicemente «adotta una tecnica di bilanciamento (*balancing approach*) e decide di non dichiarare incostituzionali gli interventi della federazione nei quali l'interesse federale si dimostra prevalente e dove l'adeguamento degli stati agli standard federali risulti essenziale»[185].

La scarsa utilizzabilità del *test* in tre fasi, quale disegnato dal giudice Rehnquist, si palesa negli anni immediatamente successivi alla decisione *National League*: in nessun caso infatti viene cassata una legge federale in base al nuovo *test*, mancando nei vari casi[186] l'uno o l'altro dei tre requisiti. La difficoltà e soprattutto l'inopportunità di rendere giustiziabile la tutela della sovranità statale erano state peraltro già sottolineate dai giudici dissenzienti del caso *National League*, attraverso le parole del giudice Brennan. Quest'ultimo infatti, recuperando le indicazioni che già Marshall aveva fornito nel caso *Gibbons vs. Ogden*[187], aveva sottolineato come la sovranità statale non debba essere tutelata in un sistema federale tramite l'intervento dei giudici; gli stati infatti hanno modo di difendere le proprie attribuzioni attraverso la partecipazione al processo politico nazionale, dove più opportunamente deve aver luogo il bilanciamen-

---

[184] Sul bilanciamento di valori costituzionali vedi fra gli altri il noto saggio di L. Henkin, *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, in «Colum. L. Rev.», 1978, LXXVIII, p. 1022 ss. e la letteratura ivi richiamata.

[185] *National League of Cities vs. Usery*, cit., p. 856. Il *balancing approach* del caso *National League* è sottolineato anche da M.A. Field, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority: the demise of a misguided doctrine*, cit., p. 92.

[186] Vedi *United Transportation Union vs. Long Island R.R. Co.*, 455 U.S. 678 (1982); *Federal Energy Regulatory Commission vs. Mississippi*, 456 U.S. 742 (1982); *Equal Employment Opportunity Commission vs. Wyoming*, 460 U.S. 226 (1983). Motivo ulteriore della mancata applicazione della giurisprudenza elaborata nel caso *National League* è probabilmente, come nota la dottrina, la fragile maggioranza, solo 5 a 4, che la supportava: vedi M.A. Field, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority: the demise of a misguided doctrine*, cit., p. 87.

[187] Vedi *supra*, cap. II, § 2e.

to di valori, tra autodeterminazione statale ed eventuali interessi federali confliggenti. «I limiti del potere congressuale sul commercio – afferma testualmente Brennan – si trovano nel processo politico e non in quello giudiziario»[188]. Traspare nelle argomentazioni del giudice una teoria comparsa nel dibattito dottrinale vari anni prima[189], in base alla quale l'unico strumento appropriato di tutela dei diritti degli stati è la garanzia di una adeguata partecipazione di questi al processo politico nazionale, dove vengono appunto adottati gli atti che sulla loro autonomia possono incidere.

Proprio le argomentazioni della *dissenting opinion* del giudice Brennan diventeranno il cuore della *ratio decidendi* del caso con cui la Corte, nel 1985, supererà esplicitamente la decisione *National League* e riterrà non giustiziabile la garanzia dell'autonomia statale: il caso *Garcia vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority*[190].

6. *Attivismo giudiziario della Corte suprema o* process federalism*? Il caso* Garcia

Come accennato, solo nove anni dopo la sentenza *National League of Cities* la Corte suprema supera esplicitamente tale decisione nel caso *Garcia vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority* del 1985, nel quale ritiene applicabile ad una agenzia locale per il pubblico trasporto le norme relative a salari minimi e orari massimi di lavoro previste dalla normativa nazionale del *Fair Labor Standards Act*. L'agenzia si era appunto appellata alla *ratio* del caso *National League*, sottolineando come il trasporto pubblico fosse una tradizionale funzione del governo territoriale, pertanto immune da discipline dirette della federazione.

Il giudice Blackmun, definitivamente convertito alle ragioni dei dissenzienti del caso *National League*, scrive un solenne *overruling* di tale decisione, considerando preliminarmente la difficoltà appli-

---

188 *National League of Cities vs. Usery*, cit., p. 857.

189 H. Wechsler, *The political safeguards of federalism: the role of the states in the composition and selection of the national government*, in «Colum. L. Rev.», 1954, LIV, p. 543 ss. Ma vedi *infra*, § 6.

190 469 U.S. 528 (1985).

cativa del *test* tracciato dalla Corte in quell'occasione. In particolare, a parere del giudice, la categoria delle *traditional governmental functions* risulta poco utilizzabile, come dimostrano infatti le difficoltà riscontrate dai tribunali inferiori che hanno cercato con esiti incoerenti di identificarle, al fine di applicare il test sulla *intergovernmental immunity*[191]. Tale categoria, conclude il giudice, è pertanto «*unworkable*», «inutilizzabile» oltre che – ed è questo il cuore della decisione – «*inconsistent with principles of federalism*», «incoerente con i principi del federalismo»[192].

L'essenza e la ragione giustificatrice del sistema federale è infatti, a parere della Corte suprema, l'attività di sperimentazione politica che, nei limiti del quadro costituzionale, gli stati sono liberi di svolgere. Ogni dottrina giuridica, che si avvalga della nozione di "attività tradizionali di governo" al fine di circoscrivere il campo di autodeterminazione degli stati, invita un potere giudiziario non eletto democraticamente a decidere dove tale attività di sperimentazione si debba fermare; individuare quali attività gli stati possano svolgere in piena autonomia implica inevitabilmente favorire lo svolgimento di queste a discapito di altre. Sono invece gli elettori, – continua la Corte – attraverso i loro rappresentanti, a dover indicare le attività e i servizi di cui gli enti territoriali si devono occupare[193]. La

[191] Il giudice richiama la casistica eterogenea delle corti inferiori che hanno considerato, ad esempio, tradizionali funzioni di governo la gestione di aeroporti locali e non la disciplina del traffico sulle strade pubbliche (per questi ed altri esempi vedi *Garcia vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, cit., pp. 538-539). In particolare, a parere del giudice Blackmun, risultano inutilizzabili per identificare le "tradizionali funzioni di governo" tanto il criterio della *necessaria competenza governativa* del servizio quanto quello *storico.* In base al primo le funzioni tradizionali del governo consisterebbero in «quei servizi che se non resi dal governo risultano inadeguati o del tutto assenti», mentre in base al secondo criterio le funzioni tradizionali del governo coinciderebbero con quei servizi la cui gestione è tradizionalmente svolta ad opera degli enti territoriali. Il primo criterio è a parere del giudice inutilizzabile perché opinabile e perché non tiene conto di come vari servizi siano invece affidati dagli stessi governi locali ai privati; il secondo perché non permette ai giudici di tener conto di come evolvano nel tempo le funzioni svolte dai diversi livelli territoriali, rimanendo ancorati al criterio storico» (*ivi*, pp. 543-545).

[192] *Ivi*, p. 531.

[193] Così testualmente la Corte suprema: «L'essenza del nostro sistema federale è che nei limiti del regno che la Costituzione lascia agli stati, questi devono essere egualmente liberi di intraprendere qualunque attività che i loro cittadini scelgano per il comune benessere, non importa quanto altri – incluso il potere giudiziario –

funzione di laboratorio istituzionale di ciascuno stato trova il suo limite legittimo nella volontà dei cittadini dello stato stesso che, propriamente, attraverso il circuito rappresentativo, sollecitano o frenano l'intervento dei governi statali nei vari aspetti della loro esistenza. L'idea fondante del federalismo, che vede gli stati quali laboratori di sperimentazione economico-sociale, sarebbe quindi frustrata da un controllo giudiziario che, identificando le attività propriamente governative, limitasse a queste l'indipendenza degli stati dalla regolamentazione federale; sarebbe frustrata in breve l'essenza stessa della «scienza del governo» che è – conclude il giudice Blackmun – «la scienza della sperimentazione». «Gli stati non possono fungere da laboratori per la sperimentazione sociale ed economica se devono pagare un prezzo aggiuntivo ogni volta che vanno incontro ai bisogni che mutano della loro cittadinanza, bisogni che un giorno antecedente e una società differente lasciavano alle mani dei privati»[194].

La Corte rigetta con tali argomentazioni l'idea di una immunità degli stati quale quella disegnata nel caso *National League*, un'immunità dalla regolamentazione federale che si basi sulla valutazione ad opera del potere giudiziario della natura "tradizionale" di una funzione statale: una regola di tal genere, lungi dal servire il principio democratico dell'autogoverno, ne limita le potenzialità. L'inadeguatezza del potere giudiziario quale garante dell'autonomia statale non implica ovviamente che i poteri della federazione siano privi di limiti; implica solo che «occorre guardare altrove per cercarli»[195].

È a questo punto che la Corte suprema recupera un risalente *Leitmotiv* del federalismo americano: la questione della politicità e quindi non giustiziabilità della ripartizione di competenze tra federazione e stati[196].

---

possano ritenere il coinvolgimento statale non ortodosso o non necessario. Qualunque regola di immunità statale che guardi alla natura "tradizionale", "integrale" o "necessaria" delle funzioni di governo, invita inevitabilmente un potere giudiziario federale non eletto direttamente ad assumere decisioni circa quali politiche favorire e quali no»: *ivi*, p. 546.

194 *Ibidem*.

195 *Ivi*, p. 547.

196 Si ricordino le parole di Marshall nel caso *Gibbons vs. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824): «la saggezza e la discrezionalità del Congresso, l'identità (degli stati) con i

La Corte ricorda[197] come i principali strumenti scelti dagli stessi *Framers* per garantire i diritti degli stati, più che in un'astratta e giustiziabile nozione di sovranità, risiedevano nella struttura stessa del governo federale: il ruolo degli stati nell'elezione del Presidente[198], la rappresentanza paritaria e diretta nel Senato sono alcuni degli elementi che, come sottolineava Madison, rendevano il governo fe-

---

cittadini, e l'influenza che i loro elettori posseggono in sede elettorale, sono, in questo come in altri casi, quale ad esempio il dichiarare la guerra, i soli limiti sui quali (gli stati stessi) devono fare affidamento per tutelarsi da eventuali abusi del Congresso»: cfr. p. 197. Su questo aspetto vedi *supra*, cap. II, § 2e.

[197] *Garcia vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, cit., p. 551.

[198] Cfr. art. II, sez. I: *Each State shall appoint, in such manner as the Legislature threof may direct, a number of Electors, equal to the whole number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress* («Ogni Stato nominerà, nel modo che verrà stabilito dal suo organo legislativo, un numero di Elettori, pari al numero complessivo dei senatori e dei rappresentanti che lo Stato ha diritto di mandare al Congresso»). L'uso del termine *appoint*, "nominare", pone in evidenza la componente federale della carica presidenziale; la stessa Corte suprema, nel caso *McPherson vs. Blacker* (146 U.S. 1, 1892) ha interpretato l'espressione *shall appoint* in correlazione alla locuzione *in such manner as the Legislature thereof may direct*, così da includere non solo l'elezione popolare dei grandi elettori, ma tutti i procedimenti di nomina che uno stato volesse adottare. Nell'anno in cui la Corte redigeva la sentenza, come ricordano gli stessi giudici (cfr. *McPherson vs. Blacker*, cit., p. 27 ss.), affianco all'elezione popolare diretta dei grandi elettori era ancora in uso in alcuni stati la nomina di questi da parte delle assemblee legislative con votazione in seduta comune, la nomina con votazione separata di ciascuna camera, la nomina da parte di assemblee legislative tra una rosa di candidati indicati dal popolo tramite le elezioni, nonché la nomina con sistema misto, una parte dall'assemblea legislativa e una parte dal popolo (sul tema vedi ampiamente S. Villari, *L'elezione del Presidente nel sistema costituzionale degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 53 ss.). La componente federale della carica presidenziale emerge anche dal numero di grandi elettori assegnati a ciascuno stato, pari alla somma dei suoi senatori e rappresentanti, che finisce col sovra-rappresentare i piccoli stati che, come quelli maggiori, hanno due senatori ciascuno; a ciò si aggiunga che il XII emendamento stabilisce che in caso di mancato raggiungimento del quorum da parte di uno dei candidati la decisione sia assunta dalla Camera dei Rappresentanti, con la particolarità che la rappresentanza di ciascuno stato avrà un solo voto, indipendentemente dal numero di rappresentanti. Sul procedimento di elezione del Presidente vedi anche P.G. Lucifredi, *Appunti di Diritto costituzionale comparato. Il sistema statunitense*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 51 ss.; A. Russo, *Collegi elettorali ed uguaglianza del voto. Un'indagine sulle principali democrazie stabilizzate*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 163 ss.; D. Campus, G. Pasquino, *USA: elezioni e sistema politico*, Bononia University Press, Bologna, 2003, p. 59 ss.; A. Pierini, *I sistemi elettorali nell'ordinamento degli Stati Uniti*, in M. Oliviero, M. Volpi, *Sistemi elettorali e democrazie*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 384 ss.

derale «poco proclive a ledere i diritti dei singoli stati o a mettere in discussione le prerogative dei loro rispettivi governi»[199].

A parere della Corte il principale strumento che i delegati scelsero per tutelare i diritti degli stati fu quindi la partecipazione al processo politico: «il limite principale ed essenziale al potere federale sul commercio è quello intrinseco ad ogni azione del Congresso – ossia i controlli interni che il sistema fornisce attraverso la partecipazione degli stati all'azione di governo federale»[200]. Il limite che la Costituzione impone alla polimorfica *commerce clause*, conclude la Corte, «*is one of process rather than one of result*»[201], un limite legato alla procedura più che al risultato, che lega la fisionomia dello stato federale non al controllo di costituzionalità delle competenze, ma alla loro concreta definizione nel circuito democratico, trasformandolo così in un «*process federalism*»[202].

La Corte, oltre che richiamare esplicitamente le parole degli scritti del *Federalist* e dei deputati di Filadelfia, è influenzata altresì, nel suo argomentare, da quella dottrina che fin dagli anni Cinquanta, in modo chiaro, invocava l'esistenza di argini politici più che giuridico-costituzionali alle potenziali invasioni della federazione negli ambiti di autonomia degli stati. Il riferimento, in particolare, è a un celebre articolo di Herbert Wechsler[203], pubblicato sulla Columbia Law Review nel 1954, nel quale l'autore indica il «ruolo cruciale degli stati nella selezione e composizione del governo nazionale»[204], quale strumento principale di protezione delle loro competenze nel sistema federale. Il coinvolgimento degli stati nella selezione tanto

---

[199] Vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., saggio n. 46, p. 430.

[200] *Garcia vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, cit., p. 556.

[201] *Ivi*, p. 554.

[202] Vedi M.S. Greve, *Real Federalism. Why it matters, how it could happen*, cit., p. 14.

[203] H. Wechsler, *The political safeguards of federalism: the role of the states in the composition and selection of the national government*, cit., *passim.*

[204] *Ivi*, p. 546. Oltre alla rappresentanza degli stati in Senato e al ruolo di quest'ultimo nel processo di conferma dei giudici della Corte suprema (si veda art. II, sez. II, cl. 1 e in materia, se si vuole, C. Bologna, Advice and consent *nell'evoluzione del federalismo americano*, in «Le istituzioni del federalismo», 2002, p. 395 ss.), si ricordi il coinvolgimento degli stati anche nella selezione del potere esecutivo federale ricordato *supra*, in nota 197.

del potere legislativo quanto di quello esecutivo del governo federale fa sì che «lungi dall'avere un potere centrale naturalmente espansionista, la tendenza intrinseca del sistema sia esattamente quella opposta»[205], «essendo il processo politico intrinsecamente adatto a ritardare e frenare nuove intrusioni nel dominio degli stati»[206]. L'allocazione delle competenze tra stati e governo centrale, in breve, può e deve essere lasciata alle dinamiche del processo politico, dove gli interessi degli stati sono ampiamente rappresentati e dove i poteri dei diversi livelli territoriali si limitano e correggono vicendevolmente.

Quale è allora, secondo Wechsler, in questo contesto, il ruolo della giustizia costituzionale nella definizione e ripartizione delle competenze tra centro e periferia?

Come è stato sottolineato[207], l'autore, nella sua ricostruzione, non esclude *in toto* un intervento della Corte suprema, auspicando invece che quest'ultima, nell'esercitare la sua funzione correttiva, non sostituisca con leggerezza le sue valutazioni a quelle emerse dal processo politico e *in primis* dal Congresso.

Tuttavia Wechsler, suo malgrado, prende atto del forte ruolo di supplenza giudiziaria che la Corte si è invece trovata a svolgere nella prassi, ed auspica un potenziamento della definizione politica delle controversie, in linea con il disegno costituzionale e con la volontà dei *Framers*. La difficoltà di raggiungere accordi su tali materie nelle sedi politiche ha infatti aumentato – conclude l'autore – «l'attrattività di un giudizio *ad hoc* svolto dal potere giudiziario»[208].

Proprio in riferimento al ruolo della giustizia costituzionale la teoria di Wechsler, che argina ma non esclude il *judicial review* sulla ripartizione verticale delle competenze, si allontana da un'altra celebre elaborazione teorica del *process federalism*, che funge da substrato teorico all'*opinion* redatta dal giudice Blackmun nel caso

---

[205] *Ivi*, p. 558.

[206] *Ivi*, p. 547.

[207] M.A. Field, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority: the demise of a misguided doctrine*, cit., p. 109, nota 127.

[208] H. Wechsler, *The political safeguards of federalism: the role of the states in the composition and selection of the national government*, cit., p. 560.

Garcia[209]: quella elaborata da Jesse Choper nell'opera *Judicial review and the national political process*[210].

Analizzando nella sua totalità il ruolo della giustizia costituzionale nel sistema americano, Jesse Choper si sofferma anche sul tema della ripartizione dei poteri tra centro e periferia, in un capitolo significativamente intitolato: *Lo scopo del potere nazionale di fronte agli stati. Inutilità del* judicial review[211].

L'autore individua in particolare i vari elementi del processo politico che garantirebbero la tutela dei diritti degli stati, rendendo inutile il controllo di *judicial review* sulla ripartizione delle competenze tra federazione e stati. Oltre alla tradizionale rappresentanza nel Senato, l'autore ricorda le competenze statali in materia di definizione delle circoscrizioni nelle elezioni per la Camera dei rappresentanti; il peso degli stati nell'elezione del Presidente; nonché la c.d. lobby intergovernativa costituita dalla burocrazia federale e dagli amministratori locali, lobby da cui proviene la maggior parte delle proposte in materia di relazioni tra centro e periferia.

L'insieme di questi fattori renderebbe a parere di Choper assolutamente inopportuno l'intervento della giustizia costituzionale, al punto da considerare le relazioni tra federazioni e stati radicalmente non passibili di *judicial review*. Al contrario, un intervento della giustizia costituzionale in materia di rapporti tra centro e periferia rischierebbe di delegittimare il ruolo della stessa Corte suprema, che deve invece dedicarsi alla sua funzione principale, coincidente con la tutela dei diritti individuali. «Nel decidere questioni relative allo scopo del potere nazionale di fronte agli stati, la Corte rischia inutilmente di perdere la fiducia dell'opinione pubblica perché gli interessi costituzionali coinvolti – quelli degli stati – sono energicamente e accuratamente rappresentati nell'arena politica nazionale»[212].

Sarebbe un errore però associare la *ratio* del caso *Garcia* alla vi-

---

[209] Il giudice cita esplicitamente le sue fonti teoriche nella nota n. 11 dell'*opinion*: vedi *Garcia vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, cit., p. 551.

[210] Vedi J.H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago, 1980.

[211] Si tratta del capitolo IV, intitolato appunto *The Scope of National Power vis-à-vis the States. The dispensability of Judicial Review*. Vedi *ivi*, p. 171 ss.

[212] *Ivi*, p. 258.

sione radicale di Jesse Choper; la Corte infatti non esclude completamente il controllo giudiziario sulla ripartizione di competenze, ma lo indica invece come *extrema ratio*. Scrive infatti il giudice Blackmun che «ogni limite sostanziale all'esercizio dei poteri derivanti dalla *commerce clause* […] deve essere confezionato per compensare possibili fallimenti del processo politico nazionale»[213].

Come sottolinea parte della dottrina[214], permane dunque, anche nella *ratio* del caso *Garcia*, una funzione correttiva della giustizia costituzionale che deve intervenire, però, solo qualora il processo politico, principale sede di definizione delle competenze, dovesse fallire.

È a questo punto che si evidenzia però il limite della *ratio* del caso *Garcia*: quando il processo politico nazionale fallisce? Quando la definizione politica delle competenze necessita della funzione correttiva del *judicial review of legislation*?

Sotto tale aspetto, come è stato notato[215], la decisione *de qua* condivide un limite del caso *National League*: se infatti nel caso *Garcia* la Corte suprema supera opportunamente il riferimento alla categoria della sovranità statale[216], essa cade di nuovo nella tentazione di fornire categorie apparentemente risolutive senza però definirne il contenuto. Le "funzioni tradizionalmente statali" della sentenza *National League*, esattamente come il "fallimento del processo politico nazionale" del caso *Garcia* appaiono quali categorie evanescenti e di conseguenza difficilmente giustiziabili[217]. Non sono

---

[213] *Garcia vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, cit., p. 554.

[214] M.A. Field, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority: the demise of a misguided doctrine*, cit., p. 113; A. Rapaczynski, *From sovereignty to process: the jurisprudence of federalism after Garcia*, in «Sup. Ct. Rev.», 1985, p. 391.

[215] A. Rapaczynski, *From sovereignty to process: the jurisprudence of federalism after Garcia*, cit., p. 368.

[216] Oltre che difficilmente applicabile il *test* disegnato in *National League* veniva anche criticato dal punto di vista teorico in quanto costruito sulla presunta sovranità degli stati. Più autori all'indomani di tale decisione avevano criticato l'uso della «sterile idea di una sovranità statale, fondamentalmente più appropriata alla vecchia Confederazione che alla nuova Unione» (vedi *ivi*, p. 419). I poteri degli stati, infatti, fin dall'entrata in vigore della Costituzione, sono stati condizionati alla compatibilità con i poteri della federazione e «una sovranità condizionata non è una sovranità» (vedi S.A. Barber, *National League of Cities vs. Usery: new meaning for the Tenth amendment?*, cit., p. 181).

[217] La dottrina, pur nel vuoto argomentativo della sentenza *Garcia*, si è comunque interrogata sul ruolo che la giustizia costituzionale dovrebbe svolgere

d'aiuto peraltro, a tal proposito, le poche decisioni che, successive al caso *Garcia*, ne riassumono la *ratio decidendi*. Nel caso *South Carolina vs. Baker*[218] del 1988, ad esempio, la Corte ribadisce che i limiti al potere del Congresso sono «strutturali, non sostanziali – ossia gli stati devono trovare la loro protezione dalla regolamentazione federale attraverso il processo politico nazionale»; la Corte ricorda poi che il caso *Garcia* «ha lasciato aperta la possibilità che alcuni *straordinari difetti* del processo politico nazionale possano rendere non valida la regolamentazione congressuale delle attività statali, per violazione del X emendamento»[219], ma evita, accuratamente, di individuare quali possano essere tali «straordinari difetti». Il *process federalism*, in definitiva, anche a parere della dottrina che ne sottolinea l'opportunità e la corrispondenza con il disegno costituzionale, mostra i suoi limiti quando non identifica l'*an* e il *quantum* del residuo intervento correttivo ad opera del potere giudiziario.

Radicale è, invece, la contestazione che del federalismo procedurale compiono i giudici dissenzienti nel caso *Garcia*[220]; questi sot-

---

nell'ottica del *process federalism*. In particolare, lo scrutinio minimo che appare dalle argomentazioni del giudice Blackmun ricorderebbe secondo certa dottrina la c.d. *process jurisprudence*, che trae origine dalla *footnote four* del caso *United States vs. Carolene Products* (304 U.S. 144, 1938) e che è stata poi oggetto di rielaborazione dottrinale. L'idea fondante di tale approccio è che la Costituzione affida gli esiti concreti dell'azione di governo al processo politico e che il controllo di costituzionalità, a parte alcune eccezioni connesse a previsioni sostanziali della Costituzione, deve essere diretto a preservare l'integrità del processo politico stesso, più che entrare nel merito, privilegiando un risultato sostanziale rispetto ad un altro. Pur vedendo il caso *Garcia* come una *species* del *genus* "giurisprudenza procedurale", rimane aperta la questione di come concretamente tale teorica possa prendere forma nel contesto della separazione dei poteri tra centro e periferia. Per queste riflessioni vedi A. Rapaczynski, *From sovereignty to process: the jurisprudence of federalism after Garcia*, cit., p. 364 ss. Per l'elaborazione teorica della *process jurisprudence* vedi J.H. Ely, *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1980; L. Lusky, *By what right?: a commentary on the Supreme Court's power to revise the Constitution*, Michie Co., Charlottesville (Va.), 1975.

[218] 485 U.S. 505 (1988)

[219] *Ivi*, p. 512.

[220] Non mancano ovviamente anche in dottrina contestazioni radicali del caso *Garcia*. Fra tutti si veda il saggio di William W. Van Alstyne, il quale qualifica la decisione come «la seconda morte del federalismo», associando il caso *Garcia* alla decisione *United States vs. Darby* che, come abbiamo visto, accolse definitivamente una lettura meramente strumentale del potere sul commercio, rendendo quest'ultimo stru-

tolineano infatti come la struttura federale sia parte essenziale del disegno costituzionale e, pertanto, oggetto di protezione attraverso il *judicial review of legislation*. Il ruolo degli stati nel sistema di governo statunitense è – scrive il giudice Powell – «una questione di diritto costituzionale e non una concessione legislativa»[221], che trova un preciso riferimento testuale nel X emendamento il quale, esplicitamente, riserva agli stati i poteri non delegati alla federazione.

Anche una valutazione squisitamente pratica, insieme alla lettura del testo costituzionale, mostra, a parere del giudice O'Connor, autore di una seconda opinione dissenziente[222], l'inadeguatezza del *process federalism*: proprio il ventennio che ha preceduto il caso *Garcia* ha visto infatti crescere in modo esponenziale i poteri del governo centrale, tanto attraverso la normazione diretta quanto attraverso l'uso «coercitivo»[223] dei finanziamenti vincolati agli stati. Innumerevoli sono ormai le attività squisitamente locali che, in quanto disciplinate dalla federazione, mostrano la non autosufficienza del circuito politico per la tutela dei diritti degli stati. I *checks and balances* che riescono ad operare nella separazione orizzontale dei poteri sembrano aver mostrato invece i loro limiti nella ripartizione verticale delle competenze tra centro e periferia. L'approccio deve essere allora, conclude il giudice O'Connor, quello emerso di fatto nelle argomentazioni del caso *National League* e che lo stesso giudice Blackmun, ora autore dell'opinione di maggioranza nel caso *Garcia*, aveva individuato in quella circostanza quale reale *ratio decidendi*: il bilanciamento svolto dalla Corte suprema tra l'autodeterminazione degli stati ed un'eventuale interesse federale coinvolto. «La soluzione più appropriata consiste nel soppesare l'autonomia statale, considerandola un elemento del bilanciamento, nel momento in cui si interpretano gli strumenti attraverso cui il Congresso esercita i suoi poteri direttamente sugli stati»[224].

Al di là delle modalità tramite cui la Corte deve svolgere il suo

---

mento del *national police power* (vedi *supra*, cap. II, § 5c): vedi W.W. Van Alstyne, *The Second Death of Federalism*, in «Mich. L. Rev.», 1985, LXXXIII, p. 1709 ss.

221 *Garcia vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, cit., p. 567.

222 Opinione dissenziente cui anche Powell e Rehnquist aderiscono: *ivi*, p. 580.

223 *Ivi*, p. 587.

224 *Ivi*, p. 588.

ruolo di arbitro nella definizione delle competenze tra federazione e stati[225], uno sembra essere indiscutibilmente il filo conduttore delle opinioni dissenzienti: il potere giudiziario non può abdicare al suo dovere costituzionale di garantire alla Costituzione il rango di legge suprema del paese, legge che, nella fattispecie, prevede appunto un sistema federale di governo[226]. I giudici, infatti, pur riconoscendo le difficoltà derivanti dall'intersecarsi di interessi costituzionali quali l'autonomia degli stati e il potere federale di disciplinare il commercio, ricordano che «indipendentemente dalle difficoltà, è e rimarrà sempre dovere di questa Corte conciliare in ultima istanza tali interessi»[227].

7. *Il X emendamento quale "clausola di preclusione espressa":* Gregory vs. Ashcroft

Con ritmo ormai incalzante, nel 1991, la Corte suprema, in una nuova decisione, sembra suggerire un'altra sfumatura interpretativa del X emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America.

Solo pochi anni dopo aver affidato al processo politico la definizione delle competenze tra federazione e stati, la Corte, forse influenzata da una composizione mutata in senso maggiormente conservatore[228], afferma che il X emendamento, garante costituzionale dell'autodeterminazione statale, è strumento di temperamento di un consolidato potere federale, quello di *preemption*.

Gli antipodi dialettici della *supremacy clause* e del X emendamento si incontrano così nella *ratio* del caso *Gregory vs. Ashcroft*[229] del 1991.

---

[225] Sembra infatti discostarsi dalla ricostruzione dell'intervento giudiziario quale bilanciamento di interessi il giudice Rehnquist, nella sua breve *dissenting opinion*: *ivi*, p. 579.

[226] Così il giudice Powell nella sua opinione dissenziente cui aderiscono Rehnquist e O'Connor: *ivi*, p. 560.

[227] Vedi l'opinione dissenziente del giudice O'Connor cui aderiscono Powell e Rehnquist: *ivi*, p. 589.

[228] Reagan aveva nominato nel 1986 Antonin Scalia e nel 1987 Anthony Kennedy; Bush nominò David Souter nel 1990 e Clarence Thomas nel 1991.

[229] 501 U.S. 452 (1991).

La questione oggetto di giudizio era se il divieto a carico di ogni datore di lavoro di licenziare i propri dipendenti a causa dell'età avanzata, previsto nell'*Age Discrimination in Employment Act*[230] del 1967, impedisse allo stato del Missouri di prescrivere ai propri giudici, in qualità di "datore di lavoro", di ritirarsi all'età di settanta anni. In breve, la norma statale era *preempted*, preclusa, da quella federale?

Come hanno notato tanto i giudici che hanno proposto un'opinione concorrente[231] o dissenziente[232], quanto la dottrina maggioritaria[233], il caso avrebbe potuto essere risolto a favore della disciplina statale ricorrendo a semplici canoni ermeneutici. La disciplina federale prevede infatti una duplice eccezione nel suo campo di applicazione: per i funzionari eletti e per quelli nominati a livello politico. Le due categorie escluse dall'applicazione della disciplina federale erano, come è evidente, idonee ad esentare tanto i giudici eletti direttamente dal popolo quanto quelli nominati dal potere esecutivo statale[234]; eppure la Corte sceglie un percorso più tortuoso.

Il giudice O'Connor, redigendo l'opinione di maggioranza, inizia la sua argomentazione recuperando esplicitamente la categoria della sovranità statale e affermando che «la Costituzione stabilisce un sistema di *sovranità duale* tra gli Stati e il Governo Federale»[235]. Rispetto agli stati, però, continua il giudice, la federazione possiede un "vantaggio" costituito dalla clausola di supremazia federale, in virtù della quale, fintanto che il Congresso agisce nel rispetto delle competenze riconosciutegli dalla Costituzione, può imporre il suo volere agli stati. Tale potere costituisce, a parere della Corte, uno strumento «straordinario in un sistema federale»[236] e, per-

---

[230] 81 Stat. 602.

[231] White e Stevens.

[232] Marshall e Blackmun.

[233] C. Rothfeld, *Federalism in a conservative Supreme Court*, in «Publius», 1992, XXII, p. 24; W.N. Eskridge, P.P. Frickey, *Quasi-constitutional law: clear statement rules as constitutional lawmaking*, in «Vand. L. Rev.», 1992, XLV, p. 623.

[234] Sull'organizzazione del potere giudiziario vedi S. Volterra, *L'indipendenza del giudice negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 299 ss.

[235] *Gregory vs. Ashcroft*, cit., p. 457. Sull'uso della categoria "sovranità" riferita agli stati vedi *supra*, §§ 5-6.

[236] *Ivi*, p. 460.

tanto, l'interprete deve assumere che il Congresso non lo usi «con leggerezza»[237].

Come chiarito dal giudice O'Connor, il caso di specie ha per oggetto una norma statale con cui il popolo del Missouri ha stabilito un requisito per coloro che svolgono il ruolo di giudici statali; tale norma, quindi, non attiene semplicemente ad una «area tradizionalmente regolata dagli stati», ma si tratta di «una decisione del genere fondamentale per un'entità sovrana»[238]: è infatti «attraverso la struttura del suo governo e le caratteristiche di coloro che esercitano l'autorità del governo stesso, che uno stato definisce se stesso come sovrano»[239]. Manifestazione essenziale della sovranità è, a parere della Corte suprema, la definizione della struttura di governo, nonché l'individuazione dei requisiti necessari per ricoprire le cariche che quella struttura compongono.

La titolarità, in capo agli stati e alla loro popolazione, del potere di definire la propria struttura di governo viene, ancora una volta, esplicitamente connessa al X emendamento; la Corte afferma, infatti, che l'autorità del popolo degli stati di definire «le caratteristiche dei loro più importanti funzionari del governo» è un «potere riservato agli stati stessi dal X emendamento»[240].

Conseguenza inevitabile del fondamento costituzionale di tale potere è che l'interferenza federale con eventuali decisioni assunte in materia a livello statale, non può essere semplicemente dedotta dal giudice; la volontà del Congresso di interferire con «il consueto equilibrio costituzionale tra poteri federali e statali»[241] deve essere accertata in modo inequivocabile e obbliga il potere giudiziario ad essere certo dell'intento congressuale. In breve, le decisioni relative alla struttura dei poteri fondano la sovranità degli stati e sono riconosciute a questi ultimi direttamente dal X emendamento, così che l'interprete non può inferire un'ingerenza federale in materia, ma solo accertarla quando essa è esplicita e consapevole.

È a questo punto che la Corte recupera uno strumento ermeneu-

---

237 *Ibidem.*
238 *Ibidem.*
239 *Ibidem.*
240 *Gregory vs. Ashcroft*, cit., p. 463.
241 *Ivi*, p. 460.

tico o, come è stato scritto, «quasi-costituzionale»[242]: la *clear statement rule*[243].

La Corte considera cioè *preempted*, "scalzata", una legge statale relativa alle funzioni governative dello stato stesso, solo qualora il Congresso palesi la sua volontà in modo esplicito, attraverso, appunto, un *clear statement*, una "enunciazione chiara".

Il X emendamento trova così un nuovo significato: la sua lettura sistematica con la *supremacy clause* sembra rendere inapplicabile la dottrina della *preemption* implicita in presenza di discipline federali incidenti sugli «storici poteri degli stati»[244].

L'uso, senza precedenti[245], della *plain statement rule* in riferimento al potere di occupazione del campo è proposto dalla Corte stessa come conseguenza semplice e coerente del *process federalism* valorizzato nel caso *Garcia*. Come spiega il giudice O'Connor, proprio a causa del fatto che la Corte in quell'occasione ha ritenuto che debba essere il processo politico a proteggere gli stati contro le ingerenze eccessive della federazione, «riconoscere ad una legge federale la forza di spiazzamento della legge statale sulla base solo di una

---

[242] Vedi W.N. Eskridge, P.P. Frickey, *Quasi-constitutional law: clear statement rules as constitutional lawmaking*, cit., p. 612.

[243] Tradizionale ambito di applicazione della *clear statement rule* è quello dell'immunità giurisdizionale degli stati sancita dall'XI emendamento, in base al quale «Il potere giudiziario federale degli Stati Uniti non si intenderà esteso a qualsivoglia processo, di *common law* o di *equity*, iniziato o proseguito contro uno degli Stati Uniti da cittadini di un altro Stato o da cittadini o sudditi di qualsivoglia Stato straniero». Tale immunità può però venir meno sulla base della quinta clausola del XIV emendamento che prevede che «il Congresso ha facoltà di porre in essere la legislazione opportuna per dare esecuzione alle diverse clausole di questo articolo». Il legislativo federale può quindi, in attuazione delle garanzie del XIV emendamento, chiamare gli stati a rispondere davanti ai tribunali federali, derogando all'immunità di cui all'XI emendamento. Tale deroga però, come chiarito dalla Corte suprema nel caso *Atascadero State Hospital vs. Scanlon*, 473 U.S. 234 (1985), può avvenire solo in presenza di una *clear statement rule*, ossia di un esplicito riferimento da parte del Congresso alla deroga di tale immunità. In tema vedi M. Comba, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, cit., p. 216, nota 106 e *amplius* L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 549 ss.

[244] *Gregory vs. Ashcroft*, cit., p. 461.

[245] Sottolinea l'assenza di precedenti in giurisprudenza D.L. Ruddock, *Gregory v. Ashcroft: the Plain Statement Rule and Judicial Supervision of Federal-State Relations*, in «N.C.L. Rev.», 1992, LXX, p. 1565.

ambiguità del Congresso, eluderebbe il procedimento legislativo su cui il caso *Garcia* si basa per proteggere gli interessi degli stati»[246].

Proprio dalla centralità della definizione politica delle competenze, cioè, la Corte evince l'opportunità di una clausola di preclusione espressa che, da un lato, riduce l'arbitrio dell'interprete a favore della volontà dei rappresentanti, dall'altro costringe questi ultimi ad una maggior consapevolezza nel momento in cui incidono su funzioni statali connesse alla sovranità degli enti territoriali, promuovendo così, di fatto, il valore costituzionale del decentramento[247].

Anche parte della dottrina[248], effettivamente, considera il caso *Gregory* non come una frattura rispetto alla decisione *Garcia*, ma come una sua evoluzione, che in definitiva sembra rappresentare una soluzione intermedia tra il *process federalism* e l'*intergovernmental immunity* del caso *National League*[249].

In linea con una definizione sostanzialmente politica delle competenze, la Corte dichiara infatti sufficiente la volontà del Congresso perché questo possa incidere con un suo atto normativo su funzioni connesse alla sovranità degli stati; d'altro canto però esclude che l'occupazione preclusiva possa avvenire senza un atto consapevole del circuito politico, nei casi in cui si è in presenza di quelle «funzioni tradizionalmente regolate dagli stati», al centro della *ratio* del caso *National League*. Il limite che la decisione sembra porre alla preclusione implicita non è quindi – si badi bene – esteso generalmente al fenomeno della *preemption*, ma solo ai casi di "spiazzamento" delle attività che siano tradizionalmente statali[250]: «in *Gregory vs.*

---

[246] Vedi *Gregory vs. Ashcroft*, cit., p. 464. La Corte, peraltro, cita a sua volta testualmente il Professor Laurence Tribe; dell'autore vedi *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1988, p. 480.

[247] Vedi *The Supreme Court, 1990 Term: Leading cases*, in «Harv. L. Rev.», 1991, CV, p. 201.

[248] Vedi ad esempio R.W. Adler, *Unfunded mandates and fiscal federalism: a critique*, cit., p. 1230. Sottolinea invece la discontinuità tra il caso *Garcia* e la giurisprudenza successiva J.C. Yoo, *The judicial Safeguards of Federalism*, in «S. Cal. L. Rev.», 1997, LXX, pp. 1311-1312; e dello stesso autore vedi *Federalism and Judicial Review*, in M.R. Killenbeck, (a cura di), *The Tenth amendment and state sovereignty*, Rowman & Littlefield, Lanham (Maryland), 2002, p. 131 ss.

[249] Vedi *The Supreme Court, 1990 Term: Leading cases*, cit., p. 206.

[250] Sull'opportunità di estendere la *clear statement rule* all'intera dottrina della *preemption* vedi J.A. Chatowsky, *Cipollone and the Clear statement rule: doctrinal anomaly or new development in federal preemption?*, cit., p. 796 ss.

Ashcroft la Corte ha stabilito che interpreterà la legge federale come idonea a spiazzare le funzioni di governo statali solo se il Congresso dichiarerà esplicitamente la sua volontà di fare ciò» [251].

Critica con la decisione *de qua* è parte della dottrina[252] che fa notare, in modo molto acuto, la fragilità della stessa premessa teorica del caso *Gregory vs. Ashcroft*, ossia la presunta eccezionalità del potere di *preemption* che la *supremacy clause* riconosce alla federazione[253]. Proprio dal carattere eccezionale di tale potere, come abbiamo visto, conseguirebbe la necessità di una interpretazione restrittiva che conduca a non presumere l'esercizio di questo potere da parte del Congresso, in presenza di funzioni di governo statali. Ma la *supremacy clause*, si chiede questa dottrina, è veramente una disposizione eccezionale? Una volta che il potere di occupazione del campo viene pacificamente fondato dalla Corte suprema sulla clausola di supremazia, come può ritenersi tale potere eccezionale? La *supremacy clause* infatti, lungi dal rappresentare un elemento straordinario nel disegno federale, costituisce di questo disegno l'essenza stessa, «la premessa fondamentale tramite cui la Costituzione si è sostituita agli articoli della confederazione»[254]. Senza la clausola di supremazia – per ricordare ancora una volta[255] le parole di Hamilton – l'Unione sarebbe stata «una alleanza fondata sulla buona fede delle parti contraenti e non un vero governo»[256].

---

[251] Vedi *The Supreme Court, 1990 Term: Leading cases*, cit., pp. 196-197. Pur essendo la fattispecie oggetto del caso esempio di funzioni del «genere fondamentale per un'entità sovrana», la Corte premette infatti che il Congresso può incidere su tutte le funzioni tradizionalmente statali, ed è in tutti questi casi che la Corte non deve assumere che il Congresso abbia esercitato tale potere con leggerezza: vedi *Gregory vs. Ashcroft*, cit., p. 460. Sottolinea la non estendibilità della *plain statement rule* a tutto il fenomeno della *preemption* C.L. Fisk, *The last article about the language of ERISA preemption? A case study on the failure of textualism*, in «Harv. on Legis.», 1996, XXXIII, p. 44, nota 38.

[252] Vedi W.N. Eskridge, P.P. Frickey, *Quasi-constitutional law: clear statement rules as constitutional lawmaking*, cit., p. 624.

[253] Il giudice accoglie come pacifica la lettura tradizionale secondo cui la *preemption* trova il suo fondamento costituzionale nella clausola di supremazia del VI articolo della Costituzione. Su tale *querelle* vedi *supra*, § 2.

[254] W.N. Eskridge, P.P. Frickey, *Quasi-constitutional law: clear statement rules as constitutional lawmaking*, cit., p. 624.

[255] La citazione, in forma più estesa, è ricordata *supra*, § 1.

[256] Vedi A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, a cura di M. D'Addio, G. Negri, cit., saggio n. 33, p. 332.

Il dibattito sollevato dal caso *Gregory* è tuttavia destinato a scemare rapidamente[257], sostituito da nuovi confronti in dottrina; la Corte suprema infatti, ad un solo anno di distanza, nel 1992, si interroga nuovamente sul significato del X emendamento e ne evince un nuovo strumento di limitazione dei poteri federali: l'*anti-commandeering principle*.

8. *Nuovo vigore al X emendamento: l'*anti-commandeering principle *nei casi* New York *e* Printz

Nel 1992 e nel 1997, nelle decisioni *New York vs. United States*[258] e *Printz vs. United States*[259], la Corte suprema, cassando due fattispecie di *direct orders*[260], enuclea la dottrina dell'incostituzionalità del *federal commandeering*, "l'arruolamento federale". Quest'ultimo, in particolare, si verificherebbe allorquando il Congresso, "arruolandoli", impone agli stati di adottare determinati provvedimenti normativi o richiede ai funzionari statali di svolgere attività amministrative per l'esecuzione di una disciplina federale.

8a. *La riemersa sovranità statale e il divieto di mandati a legiferare*

Nella prima decisione, il caso *New York*, la Corte ha ritenuto incostituzionale una normativa federale[261] che, disciplinando lo smaltimento di rifiuti tossici, utilizzava tra i vari strumenti la c.d. *take*

---

[257] La *ratio* del caso *Gregory* non manca tuttavia di essere riproposta di tanto in tanto dalla Corte suprema; si pensi alla decisione *Nixon vs. Missouri Municipal League*, 541 U.S. 125 (2004), nella quale la Corte ritiene che il *Telecommunications Act* del 1996 (110 Stat. 56), essendo privo di una *clear statement rule* sul punto, non preclude agli stati il potere di restringere la loro erogazione di servizi di telecomunicazione: vedi p. 140 ss.

[258] 505 U.S. 144 (1992).

[259] 521 U.S. 898 (1997).

[260] Si tratta, come abbiamo già visto, di una delle tipologie dei mandati federali: vedi *supra*, § 3a. Analizza la portata delle due decisioni in riferimento alla problematica dei mandati federali R.W. Adler, *Unfunded mandates and fiscal federalism: a critique*, cit., p. 1197 ss.

[261] Si tratta del *Low-Level Radioactive Waste Policy Amendments Act* del 1985 (99 Stat. 1842).

title provision, una "clausola di assunzione della titolarità", la quale imponeva agli stati di adottare una disciplina ispirata ai parametri federali o, in alternativa, assumere l'immediata proprietà e responsabilità delle scorie che si trovassero sul loro territorio.

La legge federale, non invitando ma costringendo gli stati ad adottare quella disciplina, violava a parere della Corte suprema la sovranità statale tutelata dal X emendamento.

Come nel caso *Gregory*, oggetto del precedente paragrafo, la Corte scioglie il nodo interpretativo presentatole partendo dalla premessa teorica della titolarità di poteri sovrani in capo agli stati. Attraverso le parole del giudice O'Connor, la Corte ricorda che «la Costituzione lascia ai diversi stati una sovranità residua e inviolabile, esplicitamente riconosciuta agli stati stessi dal X emendamento»[262].

Manifestazione essenziale di tale sovranità è il controllo sull'attività legislativa; la Costituzione del 1787, infatti, a parere della maggioranza della Corte, ha innovato rispetto al disegno della confederazione riconoscendo al Congresso la possibilità di disciplinare direttamente le attività dei cittadini, ma non più, come avveniva nell'esperienza confederale, quelle degli stati.

La debolezza di una confederazione, regolata dalle norme del diritto internazionale e in grado di vincolare solo gli stati ma non gli individui, è stata superata con un modello di sovranità condivisa che ha riconosciuto tanto alla federazione quanto agli stati il potere di vincolare direttamente gli individui, entrambi però nelle sole materie di propria competenza[263]. È esclusa invece nella Costituzione, a parere della maggioranza della Corte suprema, la possibilità per il governo federale di continuare a regolare, oltre alle attività dei singoli, anche quelle degli stati.

Ciò non significa, tuttavia, sottolinea ancora la Corte, che la federazione non possa avvalersi di strumenti che "incoraggino" gli stati ad adottare una determinata disciplina; il giudice O'Connor, in particolare, ricorda due di tali strumenti: le condizioni imposte ai finanziamenti e la *conditional preemption*[264].

---

[262] *New York vs. United States*, cit., p. 188.

[263] *Ivi*, p. 166.

[264] Sulla *conditional preemption* nel caso *New York* vedi M.D. Adler, S.F. Kreimer, *The new etiquette of federalism: New York, Printz, and Yeskey*, in «Sup.

Con le prime, come vedremo meglio nel capitolo successivo[265], la federazione utilizza il suo potere di spesa ed eroga finanziamenti agli stati chiedendo quale controprestazione dei finanziamenti stessi l'esercizio di alcune attività, quali quella legislativa; nel secondo caso, invece, il Congresso offre agli stati la scelta di regolare una data attività conformemente agli standard federali oppure subire la *preemption*, l'occupazione preclusiva in quella data materia, ad opera della normativa federale[266].

Entrambi tali strumenti, a parere della Corte, integrerebbero forme di «incoraggiamento»[267] per il processo legislativo statale, dando corpo alla logica del federalismo cooperativo[268].

Supera invece la funzione di incoraggiamento, divenendo così «coercizione»[269] dell'attività legislativa statale, la norma considerata incostituzionale dalla Corte suprema nel caso *New York*; la disposizione, infatti, come anticipato, offre agli stati la scelta di acquisire la proprietà delle scorie radioattive o in alternativa disciplinarne lo smaltimento conformemente alle istruzioni del Congresso. Entrambe le opzioni, a parere della Corte, rappresentano una forma di illegittimo *commandeering* nei confronti del processo legislativo statale; il governo di ciascuno stato può infatti solo legiferare, rispettando gli standard imposti dalla federazione, o in alternativa assumere la responsabilità di tutte le scorie presenti sul suo territorio (anche quelle prodotte ma magari non ancora raccolte). In entrambi i casi gli stati sono di fatto costretti ad assumere una decisione politica da loro non voluta, decisione che semmai, come vedremo meglio nel paragrafo successivo, il Congresso fede-

---

Ct. Rev.», 1998, pp. 105-106, nonché R.M. Hills, *The Political economy of Cooperative Federalism: Why State autonomy makes sense and "Dual sovereignty" doesn't*, in «Mich. L. Rev.», 1998, XCVI, p. 921.

265 Vedi *infra*, cap. IV, §§ 7, 11.

266 Praticamente con le medesime parole la Corte suprema: *New York vs. United States*, cit., p. 145. Il fenomeno cui la Corte si riferisce con l'espressione *conditional preemption* è sostanzialmente quello della *preemption* parziale, come analizzato *supra*, § 3c. In tema vedi comunque R.S. Davis, *Conditional preemption, commandeering, and the values of cooperative federalism: an analysis of section 216 of EPACT*, in «Colum. L. Rev.», 2008, CVIII, p. 404 ss.

267 *Ivi*, p. 194.

268 *Ivi*, p. 167.

269 *Ivi*, p. 194.

rale avrebbe dovuto assumere direttamente, con un proprio atto legislativo[270].

Contesta la stessa premessa dell'opinione di maggioranza, invece, il giudice Stevens, secondo il quale la Costituzione non precluderebbe affatto la possibilità per il governo federale di continuare a disciplinare le attività degli stati insieme a quelle dei singoli. In base agli Articoli della confederazione, infatti, secondo il giudice, il governo federale aveva il potere di imporre obblighi agli Stati[271], ma «poiché quell'esercizio indiretto del potere federale si è mostrato inefficace, gli estensori della Costituzione diedero al Governo federale la possibilità di esercitare il suo potere legislativo direttamente sugli individui all'interno degli stati, anche se quel potere diretto costituiva una grande intrusione nella sovranità statale». Niente, tuttavia, conclude Stevens, «in quella vicenda suggerisce che il governo federale non possa anche imporre il suo volere sui diversi Stati come faceva quando vigevano gli Articoli della confederazione. La Costituzione ha aumentato piuttosto che diminuire i poteri del governo federale»[272].

8b. *L'obbligo a legiferare offusca la responsabilità dei rappresentanti: il diniego del bilanciamento con l'interesse federale*

Nel caso *New York*, a parere dei supremi giudici, l'incostituzionalità del provvedimento non è esclusa neanche dalla natura federale dell'interesse tutelato dalla disciplina in oggetto. Il giudice O'Connor, infatti, nell'opinione di maggioranza, contesta apertamente uno degli argomenti addotti dal governo statunitense a difesa della legittimità della normativa, quello secondo cui l'incostituzionalità del mandato federale a legiferare verrebbe meno in presenza di «un interesse federale sufficientemente importante, da giustificare la sottomissione degli stati»[273].

A parere del giudice tale argomentazione ha un fondamento di legittimità, essendo tale criterio comparso in casi come *National*

---

[270] Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., pp. 878-879.
[271] Sulle caratteristiche della confederazione vedi *supra,* cap. I, § 1.
[272] *New York vs. United States*, cit., p. 210.
[273] *Ivi*, p. 177.

League of Cities vs. Usery, in cui oggetto di giudizio era però una normativa federale non indirizzata solo agli stati, ma di generale applicazione. In quell'occasione[274] in effetti, prosegue O'Connor, pur in presenza di discipline federali che incidevano su funzioni tradizionalmente statali, la Corte individuò quale limite all'incostituzionalità dei provvedimenti la sussistenza di un interesse federale prevalente, che li rendeva eccezionalmente legittimi. Ciò nonostante, prosegue il giudice relatore, la fattispecie oggetto del caso *New York* è profondamente differente; quand'anche un interesse federale possa rendere valide delle leggi federali generali che incidano su funzioni di governo degli stati, in nessuna occasione la Corte ha suggerito invece che «tale interesse federale possa conferire al Congresso il diritto di imporre ad un governo statale l'adozione di una legge»[275].

Il giudice esclude categoricamente ogni forma di bilanciamento, così che né l'importanza dell'interesse federale coinvolto né il grado di ingerenza nell'autodeterminazione statale sono fattori valutabili in sede di controllo di costituzionalità[276]. «Non importa quanto potente sia l'interesse federale coinvolto, la Costituzione semplicemente non assegna al Congresso il potere di richiedere agli stati di adottare delle leggi»[277]; la via da seguire, suggerisce infine la Corte, è casomai quella della legislazione diretta ad opera del Congresso il quale, «quando un interesse federale è sufficientemente forte»[278], deve intervenire direttamente, occupando eventualmente il campo e precludendo interventi normativi agli stati.

A parere della Corte suprema, in breve, la sussistenza di un interesse federale e di una «*public necessity*»[279], non possono comunque legittimare un'ingerenza nei confronti degli stati che si traduca in vincoli diretti sull'attività normativa degli stati stessi; il Congresso, semmai, per tutelare istanze unitarie, deve disciplinare direttamente la materia, avvalendosi del suo potere di *preemption* per precludere

---

274 Vedi *supra*, § 5.

275 *New York vs. United States*, cit., p. 178.

276 Vedi M.D. Adler, S.F. Kreimer, *The new etiquette of federalism: New York, Printz, and Yeskey*, cit., p. 72.

277 *New York vs. United States*, cit., p. 178.

278 *Ibidem.*

279 Vedi M.D. Adler, S.F. Kreimer, *The new etiquette of federalism: New York, Printz, and Yeskey*, cit., p. 75.

interventi statali, e assumersi così direttamente la responsabilità politica della disciplina adottata. È questa infatti la *ratio* giustificatrice dell'*anti-commandeering principle*: il rapporto di responsabilità diretta tra elettori ed eletti.

«Quando infatti il governo federale costringe gli stati ad adottare determinate discipline, la responsabilità tanto dei rappresentanti federali quanto di quelli statali è attenuata. Se i cittadini dello stato di New York, per esempio, non ritengono che quel tipo di disciplina di smaltimento delle scorie radioattive sia nel loro interesse, possono eleggere rappresentanti che condividano il loro punto di vista. Punto di vista che può essere sempre *preempted*, grazie alla clausola di supremazia, quando sia contrario al punto di vista nazionale, ma in tali casi è il Governo federale che adotta la decisione dinanzi all'opinione pubblica e saranno i rappresentanti federali a soffrirne le conseguenze, qualora la decisione si dimostrasse controproducente o impopolare»[280]. In caso di coercizione federale, come nel caso di specie, si interrompe invece ogni legame di responsabilità tra elettori ed eletti, risultando i governi statali responsabili di discipline interamente definite a livello nazionale.

Non attenua il problema dell'irresponsabilità politica neanche l'eventuale *placet* dei rappresentanti statali: nel caso di specie, in effetti, la disciplina federale era stata adottata dopo una serie di audizioni nelle quali una delegazione dell'Ufficio per l'Energia dello stato di New York aveva testimoniato a favore dell'opportunità della disciplina stessa. La tutela dei valori del federalismo, tuttavia, spiega la Corte, non è fine a se stessa, così che gli stati possano disporne, ma è *funzionale* invece alla tutela delle libertà degli individui. Il *placet* del governo degli stati non può alterare l'allocazione delle competenze fissate dalla Costituzione; la sovranità degli stati non è il fine, ma lo strumento per tutelare, attraverso il carattere diffuso del potere sovrano, i diritti di libertà degli individui[281].

Come nella tradizionale separazione tra i poteri legislativo, ese-

[280] *New York vs. United States*, cit., p. 168.

[281] Sul rapporto tra federalismo e diritti nella dottrina e nella giurisprudenza americana vedi M. Comba, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, cit., *passim*; e in particolare sulle tesi c.d. funzionaliste che considerano appunto il decentramento territoriale funzionale alla

cutivo e giudiziario *le pouvoir arrête le pouvoir*[282], così «un salutare equilibrio di potere tra Stati e Governo federale, riduce il rischio della tirannia e dell'abuso su entrambi i fronti»[283].

8c. *Separazione o supremazia amministrativa federale? Il divieto di "arruolamento" nell'esercizio di attività esecutive*

Cinque anni dopo la decisione *New York vs. United States* la Corte suprema viene interpellata circa l'estendibilità dell'*anti-commandeering principle* ai tentativi del Congresso di influenzare non l'attività legislativa degli stati, ma quella amministrativa, imponendo ai funzionari statali di dare esecuzione a leggi federali.

In breve, appurato nel caso *New York* che il Congresso non può vincolare il potere legislativo degli stati, è interdetta alla federazione anche la possibilità di vincolare le attività amministrative degli stati stessi?

La risposta che la Corte suprema fornisce nel caso *Printz vs. United States* è positiva: il divieto di "arruolamento federale" si applica non solo ai tentativi del Congresso di vincolare il processo legislativo statale, ma anche ai tentativi di questo di richiedere ai componenti dell'amministrazione statale di dare esecuzione a leggi federali[284]. Nel caso *Printz*, in particolare, la Corte suprema ritiene incostituzionale una disciplina federale[285] sulla compravendita di armi che ordinava ai funzionari statali di raccogliere le domande di acquisto dai proprietari delle armerie, svolgendo indagini iniziali su coloro che avevano fatto tali domande: a parere della Corte, in base al X emendamento, la federazione non può disporre direttamente degli apparati amministrativi statali, imponendo ai funzionari di questi lo svolgimento di attività nell'esercizio delle loro pubbliche funzioni.

---

tutela dei diritti cfr. in particolare p. 132 ss. Sull'accoglimento di tali tesi nel caso *New York vs. United States* vedi nella stessa opera p. 220 ss.

[282] Vedi C.L. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), I, a cura di V. Goldschmidt, Flammarion, Parigi, 1979, p. 293.

[283] *New York vs. United States*, cit., p. 182.

[284] Più o meno con le stesse parole Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 880.

[285] Si tratta del *Brady Handgun Violence Prevention Act* (107 Stat. 1536), adottato nel 1993 per emendare il *Gun Control Act* del 1968 (82 Stat. 1213).

Nell'iter argomentativo la Corte suprema, attraverso le parole del giudice Scalia, recupera diverse argomentazioni del caso *New-York*[286]: la tutela della sovranità statale[287], l'esclusione di ogni bilanciamento di interessi contrapposti[288], la capacità del Congresso di vincolare con la sua legislazione gli individui ma non gli stati[289] ed, infine, il federalismo quale strumento di tutela delle libertà individuali[290]. La Corte insiste poi su come un'ingerenza nelle attività amministrative sia parimenti illegittima di un'ingerenza nelle attività legislative: «il Congresso non può costringere gli stati ad adottare o dare esecuzione a programmi di regolamentazione federale. […] Il Governo federale non può nè adottare direttive che richiedano agli stati di disciplinare particolari problematiche nè obbligare i funzionari degli stati o degli enti locali ad amministrare o dare esecuzione a discipline federali»[291].

Nelle argomentazioni del caso *Printz* emerge poi, con maggior chiarezza di quanto avvenisse nel caso *New York*, come la normativa del Congresso sia incostituzionale in quanto ha quali *diretti destinatari* gli stati. Non si tratta infatti di una disciplina di carattere generale che, in quanto tale, è rivolta *anche* agli amministratori lo-

---

[286] Nel caso *Printz* la Corte si avvale di un'ulteriore argomentazione rispetto al caso *New York*, ritenendo che il *federal commandeering* in materia esecutiva incida sull'unità del potere esecutivo federale, che la Costituzione affida al Presidente e ai funzionari che egli nomina (art. II, sezz. II e III). Su tale aspetto della *ratio* di *Printz* vedi diffusamente E.H. Caminker, *Printz, state sovereignty and the limits of formalism*, in «Sup. Ct. Rev.», 1997, pp. 223 e 230-232.

[287] «È incontestabile che la Costituzione stabilisca un sistema di "sovranità duale". […] La sovranità statale residuale era implicita ovviamente nel conferimento al Congresso, ad opera della Costituzione, non di tutti i poteri di governo, ma solo di alcuni enumerati e distinti (vedi art. I, sez. VIII), carattere implicito che è stato reso esplicito dal dettato del X emendamento»: vedi *Printz vs. United States*, cit., pp. 918-919.

[288] «Il Governo federale non può né adottare direttive che richiedano agli stati di affrontare particolari problemi, né imporre obblighi ai funzionari statali, per amministrare o dare esecuzione a programmi di regolamentazione federale. Non importa se si tratti o meno di decisioni politiche e non è necessario alcun bilanciamento di vantaggi e svantaggi da eseguirsi caso per caso; tali obblighi sono sostanzialmente incompatibili con il nostro sistema di sovranità duale»: vedi *Printz vs. United States*, cit., p. 935.

[289] *Ivi*, pp. 909-910.

[290] *Ivi*, p. 921.

[291] *Ivi*, p. 935.

cali, ma di una normativa *ad hoc*, volta a regolare unicamente e direttamente l'attività dell'amministrazione statale. La Corte chiarisce infatti che, nel caso analizzato, non si tratti di «un'incidentale applicazione agli stati di una legge federale di applicabilità generale»; «l'intero oggetto della legge invece è quello di dare direttive circa il funzionamento degli esecutivi statali, e così compromettere l'assetto strutturale della sovranità duale»[292].

Proprio il fatto di avere quale destinatari diretti gli stati, con la conseguente ingerenza nella sovranità di questi, rende assolutamente «inappropriato»[293] ogni bilanciamento con altri interessi, e allontana la fattispecie del caso *Printz* da quella della decisione *National League*. In quest'ultimo caso, infatti, come si ricorderà, era previsto un bilanciamento con valori contrapposti all'autodeterminazione statale poiché si era in presenza di norme federali *generali* che, solo incidentalmente, toccavano una tradizionale funzione di governo statale. Nel caso *Printz*, spiega la Corte, «non è necessario alcun bilanciamento caso per caso»; le imposizioni contenute nel *Brady Handgun Violence Prevention Act* sono infatti così «profondamente incompatibili con il sistema costituzionale di sovranità duale»[294] da precludere ogni valutazione circa la sussistenza di valori confliggenti. Si tratta, sembrerebbe, di una incostituzionalità "ontologica" che non potrebbe essere attenuata dalla sussistenza di alcun interesse contrastante[295].

Il modello di autonomia statale che la Corte sembra accogliere è quello c.d. della *separazione*[296] tra federazione e stati, in base al quale i governi dei due livelli territoriali operano entrambi sugli individui, ma non l'uno su l'altro[297]. Gli stati conseguentemente,

---

[292] *Ivi*, p. 932.

[293] *Ibidem*.

[294] *Ivi*, p. 935.

[295] La Corte fa invece salvi i modelli cooperativi in senso stretto, quelli cioè che prevedono il consenso degli stati: *ivi*, p. 923.

[296] *Congress-state separation* secondo la definizione di E.H. Caminker, di cui vedi *Printz, state sovereignty and the limits of formalism*, cit., p. 207. La separazione degli apparati amministrativi della federazione e degli stati, in base alla quale «ciascun ente ha il proprio apparato per dare esecuzione alle proprie leggi» è d'altro canto la ricostruzione più consolidata: vedi F. Pizzetti, *Federalismo, regionalismo e riforma dello stato*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 13 e 35.

[297] Vedi E.H. Caminker, *Printz, state sovereignty and the limits of formalism*, cit., p. 207.

anche nelle materie di competenza del Congresso, non potrebbero essere eterodiretti dalla federazione, se non quando la Costituzione lo prevedesse esplicitamente[298].

L'estensione dell'*anticommandeering principle* all'attività amministrativa statale, contrariamente a quanto era avvenuto per quella legislativa, divide profondamente la Corte, come evidenziato in particolare dalla *dissenting opinion* del giudice Stevens.

Questi dà inizio alle sue argomentazioni svolgendo *in primis* alcune valutazioni di carattere pratico e non giuridico. In base al *dictum* del caso *Printz*, infatti, sottolinea il giudice, è precluso al Congresso ogni tentativo di avvalersi dell'amministrazione statale per dare esecuzione a normative federali: quali sono però le conseguenze in «tempi di emergenza nazionale»[299]? Una vaccinazione di massa per evitare una epidemia, o la necessità di perseguire un terrorista internazionale, sono alcune delle occasioni, scrive il giudice, in cui può essere necessaria «una risposta nazionale, prima che il personale federale sia in grado di rispondere».

Cosa rappresenti poi un'emergenza è – continua Stevens – un «*policy judgement*», una valutazione politica e non giuridica. Ed è la Costituzione, attraverso una sua lettura sistematica a suggerire la soluzione giuridicamente più corretta per tali situazioni: il Congresso ha una serie di poteri enumerati le cui dimensioni sono amplificate dalla clausola dei poteri impliciti; attraverso tali poteri, continua Stevens, la federazione può disciplinare ampi settori della vita dei suoi cittadini. Il X emendamento non fa che assegnare agli stati i poteri non delegati al Congresso, senza imporre alcuna limitazione all'esercizio dei poteri federali. Tale emendamento, sintetizza il giudice, «non fornisce alcun fondamento per l'esistenza di una regola che renda immuni i funzionari locali dagli obblighi che invece possono essere imposti ai cittadini ordinari»[300]; al contrario, l'art. VI della Costituzione, richiedendo a tutti i funzionari amministrativi e

[298] Esempio di tali norme è la clausola della supremazia quando impone esplicitamente ai giudici statali di garantire la prevalenza del diritto federale.

[299] Per questa e le successive citazioni dall'*opinion* di Stevens vedi *Printz vs. United States*, cit., p. 940.

[300] *Ivi*, p. 942.

giudiziari di ogni singolo stato di difendere la Costituzione[301], «renderebbe più ragionevole dedurre che la legge federale possa imporre doveri più ampi ai funzionari statali, che ai cittadini privati»[302].

A parere della dottrina, sembra fare da sfondo alla ricostruzione del giudice Stevens non l'idea della separazione tra Congresso e stati, alla base dell'*opinion* di maggioranza, ma il diverso principio della *supremazia amministrativa*[303]. In base a quest'ultima la clausola di supremazia federale implicherebbe che il Congresso può sia disciplinare direttamente gli individui, sia vincolare i funzionari statali nelle loro funzioni esecutive e giudiziarie. Tale teoria distingue cioè tra produzione della legge (*law making*) ed esecuzione della stessa (*law enforcement*), sottolineando come l'essenza della sovranità degli stati sia l'attività normativa, così che solo questa deve essere preservata da ingerenze federali[304]. In particolare, come chiarisce il giudice Stevens, una lettura sistematica del disegno costituzionale conferma «l'esistenza del potere di avvalersi dei funzionari statali in situazioni occasionali nelle quali tale utilizzo sia nell'interesse nazionale»[305].

La decisione di maggioranza del caso *Printz vs. Unites States* non ha trovato detrattori solo tra i giudici della Corte; contrariamente al caso *New York* essa ha infatti sollevato critiche unanimi anche in dottrina: il parallelismo tra l'attività legislativa ed esecutiva

---

[301] «I Senatori e i Rappresentanti sopra menzionati, i membri dei vari Legislativi dei singoli Stati e tutti i funzionari esecutivi e giudiziari, sia degli Stati Uniti, che di ogni singolo Stato, saranno tenuti, con giuramento o con dichiarazione sul loro onore, a difendere la presente Costituzione […]»: art. VI, cl. 3.

[302] *Printz vs. United States*, cit., pp. 942-943.

[303] E.H. Caminker, *Printz, state sovereignty and the limits of formalism*, cit., p. 208. L'autore indica oltre alla *Congress-state separation* e all'*administrative supremacy*, anche un terzo modello di lettura della sovranità statale in presenza di una clausola di supremazia: quello degli *states as subsidiaries*, degli "stati quali ausiliari". In base a tale formulazione la supremazia federale implica che il Congresso può vincolare direttamente tanto gli individui, quanto i funzionari statali. Gli stati sono sovrani nella misura in cui gli stati sono autonome unità politiche, allorquando il Congresso non può occupare il campo con la sua legislazione. Ma allorquando una fattispecie è di competenza congressuale, gli stati devono essere visti come sussidiari del governo nazionale, così che il Congresso può direttamente vincolare i funzionari statali.

[304] *Ivi*, pp. 208 e 218.

[305] *Printz vs. United States*, cit., p. 962.

degli stati suscita infatti perplessità tanto di tipo pratico quanto di carattere giuridico.

Si pensi, dal primo punto di vista, alle osservazioni di chi sottolinea come un'amministrazione statale della normativa federale possa in varie circostanze ridurre i costi che deriverebbero invece dalla creazione di un'apposita struttura esecutiva federale, nonché assicurare i vantaggi di una implementazione della disciplina che, essendo svolta da amministratori locali, può tener conto delle peculiarità di ogni regione[306].

Altra parte della dottrina sottolinea invece come l'assenza di ogni bilanciamento di interessi contrapposti nei casi di *federal commandeering* di tipo amministrativo sia in realtà un approccio che ostacola e non garantisce i valori del federalismo; il divieto di avvalersi dell'apparato amministrativo statale richiede infatti l'ampliamento delle strutture esecutive federali decentrate, favorendo così lo sviluppo di «un vasto esercito di burocrati federali»[307] a livello statale.

Più radicale è invece la critica di coloro[308] che non contestano solo la *ratio* del caso *Printz*, ma l'intera validità dell'*anti-commandeering principle*, il divieto di arruolamento federale. A parere di questa dottrina, infatti, le varie distinzioni compiute dalla Corte suprema tra coercizione e cooperazione, nonché tra norme di generale applicabilità e mandati per i soli funzionari statali non avrebbero fondamento costituzionale, ma sarebbero dettate da valutazioni *ad hoc* svolte, nei due casi, dalla Corte. I valori del decentramento sarebbero in realtà, secondo tale dottrina, minati tanto da ordini diretti agli stati, quanto da strumenti c.d. cooperativi.

Alcuni autori[309], infine, sono critici sulla stessa distinzione tra disciplina generalmente applicabile e disciplina diretta ai funzionari statali. Tale distinguo infatti non farebbe che imporre al Congresso dei vincoli meramente formali, richiedendo una stesura delle leggi

---

[306] E.H. Caminker, *Printz, state sovereignty and the limits of formalism*, cit., p. 210.

[307] L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 891.

[308] M.D. Adler, S.F. Kreimer, *The new etiquette of federalism: New York, Printz, and Yeskey*, cit., *passim.*

[309] L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., pp. 893-894.

federali in termini generali, piuttosto che in termini di esclusivo riferimento agli impiegati statali[310]. L'esito ultimo dell'applicazione dell'*anti-commandeering principle* sarebbe in definitiva quello di incidere sul *drafting* delle leggi federali così da costringere a chiedersi, come fa Laurence Tribe, «se il gioco valga la candela»[311].

[310] Restringe ulteriormente le conseguenze del *dictum* di *Printz*, il caso *Reno vs. Condon* (528 U.S. 141, 2000) in cui la Corte dichiara legittimo il *Driver's Privacy Protection Act* (108 Stat. 2099) del 1994 che vieta a tutti gli uffici della motorizzazione, impiegati, funzionari e appaltatori statali di rivelare le informazioni personali degli automobilisti senza il loro consenso. A parere della Corte la legge è generalmente applicabile e quindi valida in quanto regola l'insieme dei soggetti che fungono da fornitori nel mercato delle informazioni su autoveicoli e automobilisti, considerando gli stati come fornitori iniziali e privati rivenditori delle informazioni stesse. Per un rapido commento alla decisione vedi E. Chemerinsky, *Constitutional Law*, cit., p. 178 ss.

[311] L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 894.

Capitolo IV

REGOLARE SENZA NORMARE. STRUMENTI FINANZIARI DI TUTELA DELLE ISTANZE UNITARIE

Sommario: 1. Il "cavallo di Troia" del federalismo statunitense: il potere di tassare e spendere. – 2. Spendere non equivale a legiferare: irrilevanza del catalogo dei poteri enumerati nell'esercizio dello *spending power*. – 3. L'uso regolatore del *taxing power*. – 4. Il sistema tributario tra federazione, stati ed enti locali: l'allocazione della potestà impositiva secondo le teorie del *fiscal federalism*. – 5. I trasferimenti della federazione verso i livelli territoriali inferiori: dibattito sulla finanza derivata. – 5a. Lo squilibrio fiscale verticale. – 5b. Le "fuoriuscite di benefici". – 5c. La "corsa verso il basso". – 5d. La perequazione. – 6. Trasferimenti "cofinanziati" e fondi a stanziamento aperto e chiuso: alcune preliminari distinzioni. – 7. Finanziamenti vincolati per il «*national interest*»: i *categorical grants*. – 8. Maggiore discrezionalità di spesa per gli stati: i *block grants*. – 9. Erogazioni senza vincoli di destinazione: il *general revenue sharing*. -10. Vincoli senza finanziamenti: gli *unfunded federal mandates*. – 11. La giurisprudenza sulle condizioni apposte ai finanziamenti: una questione irrisolta? – 12. Quale illegittimità per i finanziamenti condizionati? Le proposte della dottrina.

1. *Il "cavallo di Troia" del federalismo statunitense: il potere di tassare e spendere*

Il più rilevante strumento di perseguimento delle istanze unitarie è probabilmente il potere federale di imposizione fiscale e di spesa, cosiddetto *taxing and spending pow*er, che la Costituzione include tra gli *enumerated powers* del governo federale. In base all'art. I, sezione VIII, clausola 1, infatti, «*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*».

Evidente, in tale disposizione, è il riconoscimento alla federazione della potestà tributaria: «il Congresso ha il potere di imporre e

riscuotere tasse[1], imposte di bollo, dazi sulle importazioni e imposte indirette»[2]. Alla stessa clausola la dottrina maggioritaria[3] riconduce anche il potere di spesa; rilevante a tal fine sarebbe in particolare la locuzione in base alla quale il Congresso avrà il potere «di pagare i debiti pubblici e provvedere alla comune difesa e al benessere generale degli Stati Uniti»[4].

La centralità dello strumento finanziario nell'esperienza federale statunitense è evidenziata dal fatto che gli studiosi più attenti del federalismo americano, come è stato già ricordato[5], indichino quale *turning point*[6], punto di svolta dal federalismo duale verso quello cooperativo, il 1913, anno in cui la fisionomia della potestà tributaria federale è stata modificata radicalmente tramite l'approvazione del XVI emendamento. Prima dell'approvazione di tale norma, il governo federale, pur cominciando ad essere sensibile alle esigenze dell'incipiente modello dello stato democratico sociale[7], si era scontrato con la scarsità dei mezzi finanziari a sua disposizione per realizzare i valori solidaristici che a quel modello si legavano. Il sistema

---

[1] Il termine *tassa*, normalmente utilizzato per tradurre la parola *tax* contenuta nella Costituzione statunitense è usato come evidente, qui e di seguito, in modo a-tecnico, essendo la "tassa" nell'ordinamento italiano una delle sotto-categorie nelle quali si articola la generale categoria del tributo.

[2] La traduzione è tratta da G. Sacerdoti Mariani, A. Reposo, M. Patrono, *Guida alla costituzione degli Stati Uniti d'America*, Sansoni, Firenze, 1991, p. 89. Ma vedi anche, con leggere differenze lessicali, la traduzione proposta da R. Astraldi, *La Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Sansoni, Firenze, 1946, p. 41: «Il Congresso avrà il potere di imporre e percepire tasse, diritti, imposte e contribuzioni indirette».

[3] Vedi ad esempio C.N. May, A. Ides, *Constitutional law. National power and federalism*, Aspen Law & Business, New York, 2007, p. 234; R.E. Brownell, *Spending power*, in J.R. Marbach, E Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, Greenwood Press, Westport (Conn.), 2006, p. 583; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, Foundation Press, New York, 2000, p. 833. Riconduce invece lo *spending power* alla *property clause* dell'art. IV, sez. III, cl. 2 («Al Congresso sarà attribuito il potere di disporre del territorio o di altre proprietà appartenenti agli Stati Uniti») D.E. Engdahl, *The spending power*, in «Duke L.J.», 1994, XLIV, p. 53.

[4] Vedi ancora G. Sacerdoti Mariani, A. Reposo, M. Patrono, *Guida alla costituzione degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 89.

[5] Vedi *supra,* cap. I, § 7

[6] Vedi M. Grodzins, *The American System*, Rand Mc Nally & Company, Chicago, 1966, p. 42.

[7] Vedi *supra*, cap. I, § 6.

tributario dello stato centrale poteva infatti contare, essenzialmente, solo su tariffe daziarie, accise ed altre imposte indirette, poiché la Corte suprema aveva escluso, nel caso *Pollock vs. Farmers' Loan and Trust Co.*[8] del 1895, la costituzionalità di un'imposta federale sul reddito.

In base al testo della Costituzione approvata nel 1787, infatti, le *imposte dirette* federali dovevano essere ripartite tra gli stati membri «in rapporto al numero rispettivo degli abitanti»[9]. Tale criterio escludeva di conseguenza, secondo la Corte, la costituzionalità di un'imposta federale sul reddito che avrebbe gravato sui vari stati non solo in base alla loro popolazione, come la Costituzione richiedeva, ma soprattutto in base alla loro ricchezza. Nel caso *Pollock vs. Farmers' Loan and Trust Co.* viene così dichiarata incostituzionale la *Income*

[8] 158 U.S. 601 (1895).

[9] Il principio è contenuto in due disposizioni della Costituzione: art. I, sez. II, cl. 3 e art. I, sez. IX, cl. 4. In base alla prima disposizione tanto il numero dei rappresentanti nella prima Camera federale, quanto le imposte dirette, devono essere ripartiti «fra i diversi stati che facciano parte dell'Unione in rapporto al numero rispettivo degli abitanti»; in base alla seconda «non si applicherà testatico o altra imposta diretta, se non in rapporto al censimento». Come chiarisce Bruce Ackerman, tale regola non nasce durante i lavori della Convenzione da una riflessione sulla potestà federale di imporre tributi, ma nell'ambito del conflitto maturato tra stati del nord e del sud circa l'opportunità di rappresentare o meno gli schiavi nella prima Camera federale. Mentre infatti gli stati meridionali, ricchi di schiavi, sostenevano la necessità che questi dovessero essere computati ai fini dell'attribuzione del numero dei Rappresentanti che spettava a ciascuno stato nella Camera bassa, gli stati settentrionali ribattevano che, poiché proprio gli stati del sud consideravano ad altri fini gli schiavi equivalenti ad oggetti, essi non dovessero essere rappresentati. Come noto, fu stabilito che ciascuno schiavo contasse per tre quinti: «I rappresentanti saranno ripartiti – valido il principio anche per le imposte dirette – fra i diversi stati che facciano parte dell'Unione in rapporto al numero rispettivo degli abitanti, da computarsi aggiungendo al totale delle persone libere […] tre quinti del resto della popolazione» (vedi art. I, sez. II, cl. 3). Quale contropartita per la concessione fatta agli stati del sud emerse nella Convenzione l'idea che essi avrebbero dovuto pagare un prezzo per questa "sovra-rappresentazione": venne così accolta la proposta del delegato Morris, secondo cui la tassazione diretta sarebbe stata in proporzione alla rappresentanza. Tutti i delegati convennero sulla giustezza del principio che riecheggiava peraltro l'ideologia rivoluzionaria del *no taxation without representation*. Per ulteriori dettagli sull'iter di approvazione della norma e sul suo significato vedi B. Ackerman, *Taxation and the Constitution*, in «Colum. L. Rev.», 1999, XCIX, p. 6 ss.; sull'applicazione del principio del *no taxation without representation* nell'esperienza statunitense vedi invece A. Cattarin, *Dalla servitù alla sovranità. No taxation without representation*, Jovene, Napoli, 2009.

Tax[10] del 1894 che applicava a tutti i contribuenti un'aliquota del due per cento, esonerando i redditi inferiori ai quattromila dollari. Tale provvedimento, come evidente, richiedeva ai cittadini e quindi agli stati più abbienti un maggior sforzo contributivo, derogando alla regola, ribadita in questa decisione dai supremi giudici, secondo cui «nessuna imposta diretta deve essere esatta se non in base al solo criterio del numero degli abitanti»[11].

Agli inizi del XX secolo, tuttavia, la richiesta sociale per una tassazione federale sul reddito, che costringesse ad una maggiore contribuzione i cittadini più abbienti, era ormai pressante e, nel 1913[12], venne approvato il XVI emendamento al fine di superare i limiti che la Costituzione prevedeva per l'imposizione diretta federale. In base alla nuova disposizione «*il Congresso ha la facoltà di imporre e riscuotere tasse sui redditi derivanti da qualunque fonte, senza ripartirle tra i vari stati e senza dover tenere conto di alcun censimento*»: affianco alla già esistente capacità di fissare imposte indirette, la nuova norma consentiva al Congresso di utilizzare a pieno l'imposizione diretta, fissando tributi di ogni tipo, su ogni tipo di reddito e senza alcun vincolo di proporzionalità con le popolazioni statali.

È solo nel 1913, quindi, che il sistema fiscale americano evolve verso i modelli degli stati federali contemporanei, dotati di poteri di imposizione idonei a realizzare forme di perequazione tra i vari stati, e non limitati a forme di imposizione indiretta, tipiche invece

---

[10] Vedi *Tariff Act*, 28 Stat. 509 (1894). Ricostruisce la vicenda dell'approvazione e della dichiarazione di incostituzionalità di tale legge G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 213 ss.

[11] *Pollock vs. Farmers' Loan and Trust Co.*, cit., p. 621.

[12] La proposta di emendamento costituzionale fu approvata dal Congresso, nel 1909, nel sostanziale disinteresse dei repubblicani, convinti che l'emendamento non avrebbe ottenuto la ratifica da parte dei tre quarti degli stati, necessaria in base all'art. V della Costituzione per la revisione della stessa (sulla procedura di revisione costituzionale vedi ampiamente N. Olivetti Rason, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 1984). Nel 1912 tuttavia, con l'elezione del Presidente Wilson, si creò un *progressive sentiment* che coinvolse anche molte assemblee statali; l'emendamento fu così rapidamente ratificato nel 1913: vedi J.R. Marbach, M.W. Hail, J.L. Hall, *Sixteenth Amendment*, in J.R. Marbach, E Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, cit., p. 567. In tema cfr. anche B. Ackerman, *Taxation and the Constitution*, cit., p. 33 ss.

degli stati federali in epoca liberale[13]. Allargata la propria capacità impositiva tramite il XVI emendamento[14] e, conseguentemente, le risorse finanziarie a sua disposizione, il governo federale era pronto ad utilizzare a pieno il potere di tassare e quello di spendere che, come ricordato, la Costituzione gli riconosceva nella sezione ottava del primo articolo, dedicata ai poteri enumerati federali. Entrambi tali poteri in effetti si riveleranno, come vedremo, strumenti fondamentali per la garanzia delle istanze unitarie nel sistema statunitense. Ma se l'uso del potere di tassare come strumento di coazione dei governi statali avrà carattere episodico, sistematico, invece, sarà l'uso in questo senso del potere di spesa. Quest'ultimo, come vedremo in seguito, attraverso il sistema dei trasferimenti intergovernativi e le condizioni con questi imposte agli stati, diventerà il principale strumento tramite cui il governo centrale sia riuscito a regolare materie escluse dai poteri enumerati, imponendo discipline unitarie nell'intero territorio federale e trasformandosi in quello che certa dottrina[15] ha icasticamente definito il «cavallo di Troia del federalismo americano».

2. *Spendere non equivale a legiferare: irrilevanza del catalogo dei poteri enumerati nell'esercizio dello* spending power

La clausola che riconosce il *taxing and spending power*, ricordata nel paragrafo precedente, ha suscitato dubbi ermeneutici fin dai primi sforzi interpretativi, soprattutto in riferimento al potere di spesa. Incerto è infatti il significato della frase «*to* […] *provide for the* […] *general welfare of the United States*». In particolare, sin dalla fine

[13] Si sofferma sulle caratteristiche dei sistemi fiscali federali nello stato liberale e in quello democratico-sociale G. Bognetti, *Federalismo*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, VI, Utet, Torino, 1991, p. 283.

[14] Nel 1916 la Corte suprema viene nuovamente investita della questione di legittimità costituzionale di un'imposta federale sul reddito. Stavolta la decisione, alla luce del XVI emendamento, è di compatibilità con la Costituzione: vedi *Brushaber vs. Union Pacific Railroad* (240 U.S. 1, 1916) e sulla decisione B. Ackerman, *Taxation and the Constitution*, cit., p. 39 ss.

[15] Vedi T.R. McCoy, B. Friedman, *Conditional federal spending: federalism's Trojan horse*, in «Sup. Ct. Rev.», 1989, p. 85 ss.

dei lavori della Convenzione, due sono state le letture maggiormente sostenute[16]: la prima, proposta da James Madison, secondo la quale la *general welfare clause*, pur riconoscendo un potere di spesa alla federazione, doveva comunque essere letta alla luce del catalogo dei poteri enumerati, con la conseguenza che la federazione poteva spendere solo nell'attuazione delle competenze riconosciutele dalla Costituzione; la seconda, proposta invece da Alexander Hamilton, secondo cui il potere di spesa federale poteva essere esercitato per il «benessere generale», senza limitazioni nell'oggetto derivanti dal catalogo dei poteri enumerati federali.

Il nodo interpretativo raggiunge la Corte suprema solo nel 1936[17] con il caso *United States vs. Butler*[18]: oggetto di giudizio sono alcune disposizioni dell'*Agriculture Adjustment Act*[19] del 1933 il quale, per fronteggiare la sovrapproduzione in agricoltura ed il conseguente crollo dei prezzi, prevedeva sia la possibilità di tassare coloro che eccedevano determinate soglie di produzione, sia quella di riconoscere sussidi ai contadini che riducessero i propri raccolti.

Nel corso della decisione la Corte, in primo luogo, esclude la ricostruzione, rimasta da sempre minoritaria, secondo cui la *general welfare clause* avrebbe un portato normativo autonomo, garantendo alla federazione la possibilità di legiferare ogniqualvolta ciò fosse richiesto dal «benessere generale»[20]; se così fosse, afferma la Corte,

---

[16] In tema vedi D.E. Engdahl, *The spending power*, cit., p. 5 ss.; J.C. Eastman, *Restoring the "general" to the general welfare clause*, in «Chap. L. Rev.», 2001, IV, p. 66 ss.

[17] Sulla prassi e il dibattito nel periodo antecedente tale decisione vedi D.E. Engdahl, *The spending power*, cit., p. 26 ss.

[18] 297 U.S. 1 (1936).

[19] 48 Stat. 31.

[20] Teoricamente sostenibile è infatti la lettura secondo cui la *general welfare clause* («to provide for the general welfare») conferirebbe al Congresso il potere di legiferare in ogni caso in cui ciò fosse richiesto dal benessere generale (la difficoltà dell'interpretazione, oltre che dalla lunghezza del periodo, è accresciuta dal duplice significato che la parola *to* ha in lingua inglese: particella indicativa dell'uso di un verbo all'infinito o preposizione "per"). La lettura viene però esclusa dalla dottrina maggioritaria perché eccessivamente estensiva: un'interpretazione della clausola come attributiva anche di competenze legislative finirebbe per svuotare, come ritiene anche la Corte suprema nel caso *United States vs. Butler*, il significato dell'intera sezione VIII, dedicata ai poteri enumerati federali. Sul punto vedi A.J. Rosenthal, *Conditional federal spending and the Constitution*, in «Stan. L. Rev.», 1987, XXX-

«sotto il colore della generalità delle parole, il governo degli Stati Uniti sarebbe in realtà un governo di poteri generali e illimitati»[21]. Successivamente il giudice Roberts, redattore dell'*opinion* di maggioranza, affronta il nodo interpretativo relativo ai limiti dello *spending power*. Il giudice, peraltro, riferisce le sue argomentazioni sia al potere di tassare sia a quello di spendere, poiché, come vedremo fra un attimo, considera entrambi tali poteri fondati nella *general welfare clause*[22].

Di quest'ultima il giudice richiama esplicitamente le due letture proposte da Madison ed Hamilton. Secondo Roberts tuttavia, qualora fosse valida la prima, in base alla quale la federazione può spendere solo nelle materie oggetto dei poteri enumerati, la disposizione che riconosce il *taxing and spending power* sarebbe ridotta ad una mera «tautologia»[23], una locuzione senza un autonomo portato normativo, ripetitiva di quanto affermato altrove: l'imposizione fiscale e il potere di spesa sono infatti strumenti indefettibili per l'esercizio di ognuno dei poteri enumerati appartenenti alla federazione, così che risulterebbe superfluo riconoscere l'uso di tali strumenti in una sede autonoma.

La presenza invece di una norma distinta rispetto al catalogo di materie suggerisce che la costruzione più corretta sia la seconda, quella in base alla quale il potere di tassare e spendere costituirebbe un potere autonomo che non deve essere letto alla luce dell'elenco delle competenze legislative federali; non è in quest'ultimo che de-

---

IX, p. 1111 ss. Sull'esclusione consapevole, nella Convenzione di Filadelfia, di una clausola generale che permettesse alla federazione di legiferare ogni volta che sussistessero esigenze di unità vedi *supra*, cap. I, § 2f.

[21] La Corte in realtà richiama quanto affermato dal giudice Story nel suo celebre Commentario alla Costituzione: vedi *United States vs. Butler*, cit., p. 64, ed *ivi*, per i riferimenti al Commentario, nota 11.

[22] Pacifica in dottrina (cfr. A.J. Rosenthal, *Conditional federal spending and the Constitution*, cit., p. 1111 ss.; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 834 ss. e in particolare nota 2) è l'interpretazione che riferisce alla potestà tributaria la clausola del *general welfare*; questa anzi viene considerata una lettura piana della disposizione che invece suscita dubbi interpretativi quale fondamento del potere di spesa. Si ricordi che parte della dottrina contesta ancora la riconducibilità dello *spending power* all'art. I, sez. VIII, cl. 1 della Costituzione: vedi *supra*, nota 3.

[23] *United States vs. Butler*, cit., p. 65.

vono essere cercati i suoi limiti, ma nella disposizione che lo conferisce[24], ed in particolare nella clausola del *general welfare.* Proprio come spiegava Hamilton[25], le cui parole sono richiamate dalla Corte, le finalità per cui il governo federale può tassare e spendere devono essere «generali e non locali»[26], devono concernere – spiegano i giudici – «questioni di benessere nazionale, distinguibili da quelle legate al benessere locale»[27]. La federazione conseguentemente non è vincolata, nell'esercizio del suo potere di imposizione e spesa, dalle materie che la Costituzione le assegna; essa può, al contrario, esigere tributi e concedere sussidi anche in materie appartenenti agli stati: là dove il governo centrale non può normare esso può comunque tassare e spendere, purché nel perseguimento di finalità generali[28].

---

[24] *Ivi*, p. 66. Come evidente, coloro che sostengono che il fondamento del potere di spesa sia la *property clause* escludono che tale competenza debba essere esercitata con il limite delle finalità generali, connesso alla *welfare clause*: vedi D.E. Engdahl, *The basis of the spending power*, in «Seattle L. R.», 1995, XVIII, p. 215 e *supra*, nota 3.

[25] Sulla visione di Hamilton e Madison, nonché sul loro accoglimento nella giurisprudenza della Corte suprema vedi J.T. Renz, *What spending clause?: an examination of the views of Hamilton, Madison and Story on article I, section 8, clause 1 of the United States Constitution*, in «J. Marshall L. Rev.», 1999, XXXIII, p. 81.

[26] La parole di Hamilton sono riportate dalla stessa Corte: vedi *United States vs. Butler*, cit., p. 67.

[27] *Ibidem.*

[28] La visione hamiltoniana, che la maggioranza della Corte sembra accogliere pienamente nelle premesse teoriche del caso *Butler*, sembra tuttavia smentita nella decisione del caso concreto poiché la legge oggetto di controllo viene dichiarata incostituzionale. Il giudice Roberts infatti, applicando quello che egli definisce «un altro principio incorporato nella Costituzione» (*United States vs. Butler*, cit., p. 68), afferma che il provvedimento invade la sfera di competenza degli stati, poiché la sua finalità è regolare e controllare la produzione agricola, materia non inclusa nei poteri enumerati federali. La decisione di conseguenza, come è stato notato (J.C. Eastman, *Restoring the "general" to the general welfare clause*, cit., p. 71), sembrerebbe applicare nei fatti proprio la teorica di Madison che la Corte invece, nella sua premessa, sembra rigettare. Si tenga conto, tuttavia, per spiegare questa apparente incoerenza della Corte, che oggetto di giudizio non è semplicemente una legge di spesa ma una legge che impone condizioni a coloro che percepiscono i finanziamenti: su questo aspetto vedi però *infra*, § 11. A ciò si aggiunga che nel 1936 la maggioranza dei supremi giudici, nonostante le pressioni dell'amministrazione presidenziale, non era ancora arrivata alla piena accettazione del *New Deal* e del nuovo ruolo che esso prevedeva per i poteri pubblici, e in particolare per quello federale. Solo dopo la rielezione plebiscitaria di Roosevelt, avvenuta proprio alla fine del 1936, si porranno infatti le premesse per la radicale svolta giurisprudenziale della Corte suprema (vedi *supra*, cap. I, § 7). Già nel 1937 infatti la Corte considererà legittimo

Anche in alcune decisioni successive, la Corte suprema ha ribadito la necessità che il potere di spesa federale sia esercitato «per il bene comune, distinto da pure finalità locali»[29]; i supremi giudici tuttavia hanno mancato di chiarire in che modo tale formula possa limitare, di fatto, il potere di spesa centrale. Nessuna indicazione ulteriore è rintracciabile nelle decisioni successive della Corte, che infatti non ha mai dichiarato invalida alcuna decisione di spesa in quanto non volta a perseguire un *general purpose*[30].

Al contrario, la Corte ha adottato sul tema un rigoroso *self restraint*, del quale appare emblematica la decisione *Helvering vs. Davis*[31] del 1937, in cui i supremi giudici sostengono la legittimità delle pensioni federali di anzianità, rinunciando a verificare se sussista, nel caso considerato, il perseguimento del *general welfare* nell'esercizio del potere di spesa. Il controllo giudiziario circa la sussistenza di questo requisito è infatti secondo la Corte un'*extrema ratio* rispetto a una valutazione che deve essere sostanzialmente politica. Scrive in particolare il giudice Cardozo, autore dell'opinione di maggioranza: «deve essere tracciata una linea tra il benessere generale e quello particolare. Dove questa linea debba essere tracciata non può essere noto con una formula fissata prima degli eventi. C'è un terreno intermedio, una penombra nella quale la discrezionalità è ampia. La discrezionalità, comunque, non è affidata alle corti. La discrezionalità appartiene al Congresso fino a che la scelta non sia

---

un intervento di spesa incidente su una materia non inclusa nei poteri enumerati nel caso *Helvering vs. Davis* su cui ci soffermeremo fra un attimo, avente per oggetto le pensioni di anzianità previste dal *Social Security Act* del 1935. Sull'attività della Corte in questo periodo cfr. W.G. Ross, *When did the "switch in time" actually occur?: Re-discovering the Supreme Court's "forgotten" decisions of 1936-1937*, in «Ariz. St. L. J.», 2005, XXXVII, p. 1153.

[29] Vedi *United States vs. Gerlach Live Stock Co.*, 339 U.S. 725 (1950), p. 738.

[30] Non differente è la situazione in riferimento al *taxing power*: la Corte non ha mai dichiarato invalida una legge tributaria perché non rivolta a perseguire un *general purpose*. I supremi giudici sembrano fornire qualche indicazione sull'argomento solo in un *obiter dictum* della decisione *Cincinnati Soap Co. vs. United States* (301 U.S. 308, 1937) nella quale, pur sostenendo la validità di una tassa speciale a favore delle isole Filippine, affermano che «una tassa federale esatta con l'intento espresso di pagare i debiti o di provvedere al benessere di un solo stato può essere invalida» (cfr. p. 317): sul punto vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 837, nota 18.

[31] 301 U.S. 619 (1937).

chiaramente sbagliata, una dimostrazione di arbitrarietà, non frutto di una (ponderata) valutazione»[32].

Perfino tale limitata funzione censoria dell'operato del potere legislativo sembra infine essere rifiutata dalla Corte suprema nel caso *Buckley vs. Valeo*[33] del 1976, nel quale la maggioranza dei giudici sottrae a ogni forma di giustiziabilità la *general welfare clause*, affermando che «spetta al Congresso decidere quali spese promuovano il benessere generale»[34]. È la stessa Corte suprema peraltro ad interpretare in questo senso l'opinione del caso *Bucley* nella successiva decisione *South Dakota vs. Dole* del 1987, dove infatti, riferendosi a quella decisione, afferma che la Corte ha raggiunto «un tale livello di deferenza alle decisioni del Congresso da […] mettere addirittura in discussione che la clausola del *general welfare* sia un vincolo giustiziabile»[35].

Come evidente, la ricostruzione affermatasi nel caso *United States vs. Butler* del potere federale di imposizione e spesa, sciolto dai vincoli dei poteri enumerati, si presta ad un uso di tale competenza quale strumento idoneo a regolare, di fatto, materie tradizionalmente statali: imporre tributi su una certa attività può essere uno strumento per scoraggiarla, ed erogare finanziamenti a favore di determinati settori può equivalere a regolarli.

3. *L'uso regolatore del* taxing power

L'interpretazione estensiva proposta nel caso *Butler* del 1936, secondo cui il potere di tassare e spendere può essere esercitato indipendentemente dai vincoli dei poteri enumerati, rappresenta, in riferimento al potere di imposizione tributaria, una decisione in controtendenza rispetto alla giurisprudenza precedente. Sino a tale decisione, infatti, la Corte non aveva avuto modo di pronunciarsi sui limiti del potere di spesa federale, e in questa occasione, come abbiamo visto, ne ha ricondotto il fondamento e il limite al solo *ge-*

[32] *Helvering vs. Davis*, cit., p. 640.
[33] 424 U.S. 1 (1976).
[34] Vedi *Buckley vs. Valeo*, cit., p. 90.
[35] Vedi *South Dakota vs. Dole*, 483 U.S. 203 (1987), p. 207, nota 2.

neral welfare; in riferimento al potere di imposizione fiscale, invece, la Corte suprema, fino al caso *Butler*, aveva operato dei distinguo. Proprio le potenzialità del potere di tassare quale strumento di indiretta regolazione, infatti, avevano fatto sì che la Corte, nel periodo precedente il *New Deal*[36], cercasse di individuare dei criteri attraverso i quali circoscrivere l'uso regolatore del *taxing power*[37].

In primo luogo occorreva, secondo la Corte, distinguere i casi in cui una tassazione con finalità regolatrici toccasse una materia che competeva al Congresso in quanto inclusa nei poteri enumerati: in questi casi, evidentemente, anche un intento palesemente regolatore e non di mero prelievo fiscale non pregiudicava la costituzionalità dell'imposta, potendo il Congresso su quell'argomento anche esercitare un potere di normazione diretta[38].

Nei casi in cui, invece, il Congresso difettava di un'autonoma competenza legislativa sull'argomento, la classificazione dell'imposta come misura di prelievo e non di mera regolazione era determinante per la validità della tassa stessa. In particolare, secondo la Corte suprema, una tassa era una legittima misura d'imposizione tributaria quando l'eventuale effetto regolatore, da questa comunque prodotto, fosse determinato solo dall'entità dell'aliquota[39]; «una

---

[36] Su tale fase e sulla svolta giurisprudenziale maturata nel 1937 vedi *supra,* cap. I, § 7.

[37] Le coordinate essenziali della giurisprudenza in materia sono individuate da L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 844 ss.

[38] Vedi *Veazie Bank vs. Fenno*, 75 U.S. 533 (1869): in questa decisione la Corte suprema sostiene la legittimità di una tassa federale sulle banconote emesse dalle banche statali nonostante l'effetto fosse quello di farle uscire dalla circolazione, poiché il Congresso ha comunque tra i suoi poteri enumerati la competenza in materia di moneta (cfr. p. 547 ss.).

[39] Altrettanto legittime secondo la Corte erano le disposizioni regolatrici annesse a misure tributarie nei casi in cui tali disposizioni avessero una "ragionevole relazione" con l'applicazione dell'imposta stessa: vedi *United States vs. Doremus*, 249 U.S. 86 (1919), nella quale la Corte sostiene la legittimità del *Narcotics Drug Act* (38 Stat. 785) che, oltre a richiedere il pagamento di una tassa speciale a chiunque importasse, vendesse o comunque distribuisse oppio per finalità farmaceutiche, richiedeva, a chi fosse assoggettato al pagamento della tassa, di registrarsi presso il governo federale. Afferma in particolare la Corte che «se la legislazione adottata ha una relazione ragionevole con l'esercizio del potere di tassare riconosciuto dalla Costituzione, non può essere invalidata per i presunti motivi di regolazione che ne sono alla base», motivi che la stessa Corte riconosce essere legati, nel caso di specie, alla limitazione della diffusione di droghe tra soggetti non autorizzati (vedi p. 93).

tassa – spiegava la Corte – non cessa di essere tale perché regola, scoraggia, o perfino dissuade dallo svolgere l'attività tassata. […] Né una legge che impone una tassa è invalida perché tocca un'attività che il Congresso non potrebbe altrimenti regolare. […] Il carattere della tassa non è poi alterato dalla notevole entità dell'imposta stessa»[40]. Un'imposta diventava invece illegittimo strumento di disciplina, invalido se non autorizzato da una corrispondente competenza legislativa in materia, nei casi in cui la sua applicazione presupponesse, da parte del potenziale soggetto tassato, la violazione di una serie di specifiche condizioni indicate dalla stessa disposizione fiscale[41]. Esemplificativo di quest'ultima tipologia è il *Child Labor Tax Case*[42] del 1922, che dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge che applicava un aggravio del dieci per cento all'imposta sul reddito degli imprenditori che utilizzavano il lavoro dei minori sotto una certa età[43]. In quest'occasione la Corte afferma chiaramente l'incostituzionalità della *Child Labor Tax Law* in quanto «la cosiddetta tassa è una penalità per costringere la popolazione dei vari stati ad agire come il Congresso vuole che agisca, in riferimento ad una materia che è completamente affare dei governi statali in base alla Costituzione federale»[44].

---

[40] Così la Corte in una decisione del 1950: *United States vs. Sanchez*, 340 U.S. 42 (p. 44 ss.). In questa circostanza la Corte suprema sostiene la legittimità di una tassa di cento dollari all'oncia sul commercio della marijuana, anche destinata all'uso industriale e farmaceutico, escludendone la natura di sanzione penale, e catalogandola come un normale tributo. L'identificazione della tassa come sanzione avrebbe infatti comportato la potenziale incostituzionalità della norma, essendo il diritto penale materia tradizionalmente di competenza statale. Per un'applicazione del criterio nella fase precedente il *New Deal* vedi *McCray vs. United States*, 195 U.S. 27 (1904).

[41] Vedi C.N. May, A. Ides, *Constitutional law. National power and federalism*, cit., p. 238.

[42] Vedi *Bayley vs. Drexel Furniture Co. (Child Labor Tax Case)*, 259 U.S. 20 (1922). Si sofferma su tale decisione (e sui principali filoni giurisprudenziali degli anni Venti) A. Zorzi Giustiniani, *Diritti fondamentali e interessi costituiti. W.H. Taft Presidente della Corte suprema degli Stati Uniti (1921-1930)*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 26-27.

[43] Il provvedimento in particolare fissava l'età minima di quattordici anni per lavori meno faticosi, quali quelli in esercizi commerciali e l'età minima di sedici per i lavori più faticosi, come quello di minatore: vedi Titolo XII del *Revenue Act* del 1919, cl. 18 (40 Stat. 1138).

[44] *Child Labor Tax Case*, cit., p. 39.

Il potere di tassare, continua la Corte, «ha dei limiti che sorgono dagli stessi principi della Costituzione. È indubbiamente un abuso di potere se la potestà di imporre tasse viene esercitata così da danneggiare l'esistenza separata e indipendente dell'autogoverno degli stati oppure per finalità non legate ai poteri limitati riconosciuti (alla federazione) dalla Costituzione»[45].

La svolta verso un'interpretazione estensiva del potere di imposizione fiscale, libero cioè dal vincolo dei poteri enumerati federali, si intravede già, come abbiamo sottolineato[46], nel caso *Butler* del 1936. È dell'anno successivo tuttavia la decisione *Sonzinsky vs. United States*[47], in cui tale interpretazione estensiva si afferma definitivamente; la Corte infatti, nel 1937, discostandosi dall'iter argomentativo del *Child Labor Tax Case*, sostiene la legittimità di una tassa imposta ai commercianti di particolari armi da fuoco, delle quali il Congresso voleva scoraggiare la circolazione. Nelle sue argomentazioni la Corte abbandona ogni distinzione, pur ricordata dal *petitioner*[48], tra la tassazione nelle materie di competenza federale e quella nelle materie di competenza statale[49], per affermare semplicemente che la ricerca dei motivi reconditi che possono muovere il Congresso ad esercitare il suo potere di tassare «è al di là delle competenze delle corti»[50]. «Queste ultime – prosegue la Corte su-

[45] *Ivi*, p. 41. La *ratio* del *Child Labor Tax Case* viene applicata anche nel caso *United States vs. Constantine* (296 U.S. 287; 1935): su entrambe le decisioni vedi D.P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court: The New Deal, 1931-1940*, in «U. Chi. L. Rev.», 1987, LIV, p. 529 ss.

[46] Vedi *supra*, § 2.

[47] 300 U.S. 506 (1937).

[48] Il richiedente il controllo di costituzionalità – spiega la stessa Corte – «non nega che il Congresso possa tassarlo in quanto commerciante di armi. Egli insiste che l'imposta considerata non è una vera tassa, ma una penalità imposta con la finalità di scoraggiare il traffico di alcune armi particolarmente pericolose, la cui disciplina locale è riservata agli stati in quanto non riconosciuta al governo nazionale»: vedi *Sonzinsky vs. United States*, cit., p. 513.

[49] Distinzione chiaramente mantenuta nel *Child Labor Tax Case* nel quale si legge: «Quando un potere sovrano che adotta una legge ha la competenza di imporre tanto una tassa quanto una sanzione, la differenza tra un provvedimento tributario ed uno di mera regolazione può essere irrilevante, ma non così quando può solo imporre tasse e il potere di regolare la materia spetta ad un altro potere sovrano»: vedi *Child Labor Tax Case*, cit., p. 39.

[50] *Sonzinsky vs. United States*, cit., p. 514.

prema – non cercheranno, attraverso un'indagine collaterale degli effetti regolatori di una tassa, di assegnare al Congresso il tentativo di esercitare, sotto forma di tassazione, un potere negatogli dalla Costituzione federale»[51].

Dalla decisione *Sonzinsky* ad oggi, la Corte suprema non ha più dichiarato incostituzionale alcuna tassa federale in quanto avente finalità regolatrici su materie di competenza statale.

Come nota la dottrina[52] tuttavia, non è un caso che tale silenzio sia iniziato nel periodo in cui la Corte modificava la sua lettura del *commerce power* in senso espansivo, avviandosi a sostenere le politiche del *New Deal*[53]: l'ampiezza delle competenze legislative derivanti dal potere sul commercio ha reso infatti inutile l'indagine sulla natura regolatrice o meno dell'imposta, poiché comunque vi sarebbe stata una legittimazione anche legislativa sulla medesima materia attraverso la competenza sul commercio, eventualmente amplificata dalla clausola dei poteri impliciti[54].

Così ricostruito, il potere di imposizione fiscale si è prestato ad essere di fatto strumento di disciplina di materie escluse dal catalogo dei poteri enumerati, ma che tuttavia, a parere del Congresso,

---

[51] *Ibidem.* Si tenga presente tuttavia che, come sottolinea certa dottrina (C.N. May, A. Ides, *Constitutional law. National power and federalism*, cit., pp. 236-237), anche nella *ratio* della decisione *Sonzisky* è individuabile un caso residuo in cui l'imposta è illegittima qualora incida su una materia non inclusa nel catalogo dei poteri enumerati. Si tratta della circostanza in cui «l'imposta non opera come una tassa» (*Sonzinsky vs. United States*, cit., p. 514) nel senso che la misura adottata non produce alcun gettito. È il c.d. *some revenue test* in base al quale, affinché un'imposta federale sia legittima, è necessario che essa funzioni come una vera imposta e quindi che da essa sia ricavato un gettito anche minimo. Se una transazione venisse ad esempio tassata in misura tale da eliminare completamente quel tipo di transazione, così da non generare alcun gettito, si sarebbe in presenza di una misura che non opera come una tassa, ma come un divieto. Quest'ultimo non potrà trovare il suo fondamento nel *taxing power* ma dovrà trovarlo invece in uno dei poteri enumerati in cui si articola il potere legislativo federale.

[52] Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., pp. 845-846.

[53] Su questo vedi *supra*, cap. I, § 7; cap. II, § 5.

[54] Come nota la dottrina, la giurisprudenza restrittiva in tema di *commerce clause* inaugurata dal caso *United States vs. Lopez* (514 U.S. 549) del 1995, potrebbe rendere di nuovo attuale la distinzione tra tasse regolatrici e non, ponendosi nuovamente per le prime, in assenza dell'onnicomprensiva materia "commercio", il problema di un fondamento nelle competenze legislative enumerate. Vedi C.N. May, A. Ides, *Constitutional law. National power and federalism*, cit., p. 239.

richiedevano una disciplina unitaria a livello federale. Basti pensare al sistema di previdenza sociale costruito durante il *New Deal*, dal *Social Security Act*[55], attraverso un sistema di contributi a carico di lavoratori e datori di lavoro, imposti dalla federazione sotto forma di tributi, come esercizio del *taxing power*[56].

Il potere di tassare, tuttavia, non è solo strumento per disciplinare le condotte dei cittadini in materie escluse dai poteri enumerati; esso, infatti, si è trasformato episodicamente anche in strumento di coazione della volontà degli stati. Emblematiche di tale tendenza sono le c.d. *tax sanctions*[57], consistenti nell'uso dell'imposizione fiscale, quale conseguenza, "sanzione" appunto, per la mancata adozione da parte degli stati di un determinato comportamento. In particolare, la dottrina ha utilizzato per la prima volta la definizione di *tax sanction* in occasione dell'approvazione del *Tax Equity and Fiscal Responsibility Act* del 1982[58], il quale aveva stabilito che gli interessi derivanti da bond statali emessi al portatore sarebbero stati soggetti a tassazione federale, mentre quelli derivanti da bond nominativi avrebbero continuato a godere del tradizionale[59] regime di esenzione fiscale federale. Nella decisone *South Carolina vs. Baker*[60], adottata nel 1988, la Corte suprema sostiene la validità di tale provvedimento, richiamando le argomentazioni utilizzate pochi anni prima nella sentenza *Garcia*[61]. Secondo la Corte in particolare, nonostante la tassa federale abbia pacificamente la finalità di scorag-

---

[55] 49 Stat. 620 (1936). Sul *Social Security Act* vedi E.E. Witte, *The Development of the Social Security Act*, University of Wisconsin Press, Madison, 1962; W.I. Trattner, *From poor law to welfare state: A history of social welfare in America*, Free Press, New York, 1974, p. 237 ss.

[56] Sull'uso del *taxing power* nel *Social Security Act*, considerato legittimo dalla Corte suprema, vedi *Chas. C. Steward Mach. Co. vs. Davis*, 301 U.S. 548 (1937).

[57] Sull'argomento vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, Praeger, New York-Westport (Connecticut), 1992, p. 133; M. Comba, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 1996, p. 192 ss.

[58] 96 Stat. 324.

[59] Sul punto vedi *infra*, § 2, nota 83.

[60] 485 U.S. 505 (1988).

[61] *Garcia vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985).

giare l'emissione da parte degli stati di bond al portatore[62], essa non viola il X emendamento. I vari stati, infatti, hanno avuto la possibilità di sostenere la propria posizione nel procedimento legislativo tramite i loro rappresentanti al Senato: rinviando alla *ratio decidendi* del caso *Garcia*, il giudice Brennan, autore dell'*opinion*, ricorda che i limiti per la federazione derivanti dal X emendamento sono limiti «strutturali, non sostanziali; ossia gli stati devono trovare la loro protezione dalle norme del Congresso nel processo politico nazionale, non attraverso sfere di attività statali intoccabili, giudizialmente definite»[63]. Al di là delle motivazioni, che si legano all'idea sostenuta in quel periodo dalla Corte di un *process federalism*[64], ciò che rileva in tale decisione è la legittimazione dell'uso del potere federale di tassare quale strumento per obbligare gli stati a seguire determinate politiche finanziarie.

L'uso del *taxing power* come mezzo di limitazione dell'autonomia degli stati, pur essendo fondamentale, è tuttavia circoscritto se confrontato con l'analogo uso che la federazione ha fatto del potere di spesa; su quest'ultimo quindi ci soffermeremo diffusamente, analizzando le varie tipologie di finanziamenti erogati dalla federazione a favore di stati ed enti locali[65].

4. *Il sistema tributario tra federazione, stati ed enti locali: l'allocazione della potestà impositiva secondo le teorie del* fiscal federalism

Come si accennava in precedenza, uno degli strumenti principali di tutela delle istanze unitarie è il potere di spesa federale. In virtù di questo infatti il governo nazionale ha potuto erogare, a stati ed enti locali, finanziamenti che, come vedremo, hanno rappresentato il principale strumento di unificazione giuridica nell'ordinamento federale statunitense. L'importanza dei trasferimenti intergovernativi, costituenti la finanza derivata degli enti sub-federali, può

[62] La Corte si sofferma lungamente sulle ragioni reali dell'imposta: vedi *South Carolina vs. Baker*, cit., pp. 508-509.

[63] Vedi *South Carolina vs. Baker*, cit., p. 512.

[64] Vedi *supra*, cap. III, § 6.

[65] Vedi *infra*, §§ 6-11.

essere colta solo analizzando, seppur brevemente, l'organizzazione fiscale statunitense e in particolare la distribuzione della potestà impositiva tra i vari livelli territoriali.

La Costituzione federale, come abbiamo visto, riconosce il potere di imposizione fiscale al governo nazionale e, nel far ciò, non preclude l'esercizio del medesimo potere da parte degli stati[66].

In riferimento a questi ultimi il testo costituzionale prevede solo alcune limitazioni esplicite, finalizzate sostanzialmente ad evitare politiche protezionistiche: gli stati, ad esempio, non possono imporre dazi sulle importazioni o esportazioni, o tasse sul tonnellaggio delle navi[67].

A ciò si aggiunga che le autorità statali dovranno comunque rispettare tutti i vincoli generali derivanti dalla Costituzione federale: tra questi ad esempio la *dormant commerce clause* e la *due process clause*[68]. La prima risulterà violata ogni volta che una misura impositiva si dovesse trasformare in un ostacolo illegittimo al commercio interstatale[69]; la seconda richiede invece una connessione, un legame ragionevole tra l'autorità territoriale che impone una tassa e la persona, il bene o la transazione che risultano tassati[70].

Nessun riferimento è invece rintracciabile, nella Costituzione federale, alla potestà tributaria degli enti locali; questi ultimi sono infatti privi di riconoscimento nella Costituzione statunitense e la loro disciplina[71], anche sotto il profilo tributario, è interamente af-

---

[66] Vedi H.E. Abrams, R.L. Doernberg, *Essentials of United States taxation*, Kluwer Law International, L'Aja, 1999, p. 1-1.

[67] Vedi art. I, sez. X, cll. 2-3. Sui limiti imposti agli stati vedi M. Rey, *Aspetti finanziari del federalismo negli Stati Uniti d'America*, in Aa.Vv., *Il federalismo statunitense fra autonomie e centralizzazione*, Clueb, Bologna, 1979, p. 115.

[68] Su entrambi i limiti cfr. H.E. Abrams, R.L. Doernberg, *Essentials of United States taxation*, cit., p. 1-1. Per una trattazione più ampia dei limiti costituzionali alla potestà impositiva degli stati vedi M.D. Gelfand, J.A. Mintz, P.W. Salsich, *State and Local Taxation and Finance*, Thomson West, St. Paul, 2007, p. 8 ss.; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 1105 ss.

[69] Vedi *supra,* cap. II, § 11.

[70] Sulla riferibilità della *due process clause* agli stati e sul suo significato vedi *supra,* cap. I, § 11.

[71] Il sistema degli enti locali varia conseguentemente nei vari stati a seconda di come questi li disciplinano; ciò nonostante l'organizzazione più comune include: le contee (*counties*), che rappresentano il livello di governo locale intermedio tra lo stato e le città, organizzate queste ultime in *municipalities*, *townships* e, in alcuni

fidata agli stati[72]. Per quanto attiene invece l'organizzazione delle responsabilità tributarie tra federazione e stati, il quadro costituzionale originario favoriva una divisione piuttosto lineare tra il livello federale e quello statale, creando i presupposti per la c.d. separazione delle fonti, in virtù della quale una base imponibile è attribuita ad un solo livello di governo. Il prelievo fiscale federale infatti, limitato dalla *ratio* del caso *Pollock*, era sostanzialmente riconducibile, come abbiamo già avuto modo di sottolineare[73], ad accise e dazi sui beni commercializzati tra uno stato e l'altro, mentre agli stati restavano le imposte dirette, insieme a quelle sul commercio interno a ciascuno stato[74].

La situazione è mutata radicalmente sia con l'approvazione del XVI emendamento, che come abbiamo visto ha dato il via alla tassa-

---

casi, *metropolitan-level authorities* (R. Agranoff, *Local Government*, in J.R. Marbach, E Katz, T.E. Smith [a cura di], *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, cit., p. 393). Accanto a tali enti a finalità generali vi sono poi i distretti speciali (*special districts*). I vari enti possono sovrapporsi e coincidere anche territorialmente: il caso tipico è quello dei distretti speciali, unità guidate da funzionari eletti o nominati, preposte a fornire servizi pubblici. Tra i distretti speciali i più comuni sono quelli scolastici, quelli per la distribuzione dell'acqua e per la raccolta dei rifiuti. I loro confini coincidono in genere con città o contee, ma non necessariamente; la loro funzione è appunto quella di fornire servizi nel modo più efficiente, superando se necessario i confini geografici di città e contee per realizzare le migliori economie di scala sul territorio: in tema vedi J.L. Hall, M.W. Hail, *Special Districts*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, cit., p. 581 ss. Sull'organizzazione complessiva del governo locale vedi inoltre E. Balboni, *Problemi attuali del governo locale negli Stati Uniti d'America*, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Problemi attuali del governo locale in alcuni stati occidentali*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 463 ss.; G. D'Ignazio, *Amministrazioni locali e modelli di governo negli Stati Uniti d'America*, in S. Gambino (a cura di), *L'organizzazione del governo locale: esperienze a confronto*, Maggioli, Rimini, 1992, p. 325 ss.; M. Villone, *Modelli di governo locale negli Stati Uniti*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale», 1978, p. 15 ss.

[72] Vedi T. Ter-Minassian, *Fiscal Federalism in Theory and Practice*, International Monetary Fund, Washington, 1997, p. 364; M.D. Gelfand, J.A. Mintz, P.W. Salsich, *State and Local Taxation and Finance*, cit., p. 9. A titolo esemplificativo vedi art. 8, sez. 1-a Costituzione del Texas; art. III, sez. 51 Costituzione del Maryland.

[73] Vedi *supra*, in questo capitolo, § 1.

[74] Vedi D.A. Super, *Rethinking Fiscal Federalism*, in «Harv. L. Rev.», 2005, CXVIII, p. 2593. Sulla tassazione federale precedente l'approvazione del XVI emendamento vedi anche A.K. Mehrotra, *Tax policy in an era of rising inequality: envisioning the modern American fiscal state: progressive-era economists and the intellectual foundations of the U.S. income tax*, in «UCLA L. Rev.», 2005, LII, p. 1793 ss.

zione diretta federale[75], sia con l'espansione delle competenze della federazione nel periodo del *New Deal*, che si è associata ad una lettura sempre più estensiva della potestà tributaria nazionale[76].

Venuti meno i vincoli costituzionali per il potere impositivo federale, e con essi i presupposti per la c.d. separazione delle fonti, il sistema fiscale statunitense si è tuttavia sostanzialmente assestato, come nota la dottrina[77], sulla base dei dettami del *fiscal federalism*, teoria che, nella sua formulazione originaria[78], mira ad individuare la distribuzione ottimale delle funzioni e delle finanze in un sistema di governo multilivello[79].

La distribuzione della potestà tributaria è quindi uno degli aspetti essenziali del "federalismo fiscale", in base al quale, in particolare, i tributi che gravano su entità mobili devono essere imposti dal governo centrale e quelli che gravano su entità meno mobili da stati ed enti locali[80]. Si pensi ad esempio ad una imposta sul reddito individuale completamente statale o addirittura locale: la mobilità del soggetto passivo d'imposta produrrebbe inefficienze derivanti dall'inevitabile trasferimento dei contribuenti verso gli stati o le località a minor pressione fiscale. La dottrina prevalente[81] ritiene così che agli enti locali dovrebbero spettare tributi come l'imposta sulla proprietà, agli stati le imposte sui consumi e al governo centrale l'imposta sul reddito.

Come si diceva, l'assetto fiscale statunitense rispecchia tenden-

---

[75] Vedi *supra*, in questo capitolo, § 1.

[76] Vedi *supra*, in questo capitolo, § 3.

[77] D.A. Kenyon, *Fiscal Federalism*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, I, cit., p. 255.

[78] Cfr. W.E. Oates, *Fiscal federalism*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1972; R.A. Musgrave, "*Who should tax, Where, and What?*", in C.E. McLure (a cura di), *Tax assignment in federal countries*, Australian National University Press, Canberra, 1983, p. 2 ss.

[79] Con parole analoghe definisce la teoria del federalismo fiscale R.M. Bird, *Fiscal Federalism*, in J.J. Cordes, R.D. Ebel, J.G. Gravelle (a cura di), *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy*, Urban Institute Press, Washington, 1999, p. 151.

[80] Vedi D.A. Kenyon, *Fiscal Federalism*, cit., p. 252.

[81] Vedi R.A. Musgrave, "*Who should tax, Where, and What?*", cit., p. 6 ss.; R.M. Bird, *Fiscal Federalism*, cit., p. 151. In tema vedi anche G. Brosio, M. Maggi, S. Piperno, *Governo e finanza locale. Un'introduzione alla teoria e alle istituzioni del federalismo fiscale*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 96-97.

zialmente tali criteri: il gettito delle imposte sul reddito individuale e societario compete alla federazione per circa l'ottantacinque per cento; quello derivante da imposte sulle vendite e accise spetta agli stati per circa il settanta per cento, mentre il gettito derivante dall'imposta sulla proprietà degli immobili è destinato per oltre il novantacinque per cento agli enti locali[82]. Nonostante tale tendenza generale, non può dirsi però nettamente vigente il principio della separazione delle fonti; non mancano infatti fenomeni di doppia imposizione[83]. Si consideri, a titolo esemplificativo, l'imposta sul reddito individuale, istituita a livello federale dopo l'approvazione del XVI emendamento, e presente anche nella quasi totalità degli stati[84].

[82] Sulla distribuzione del gettito dei principali tributi tra i vari livelli di governo vedi i seguenti dati riferiti all'anno 2000 (vedi D.A. Kenyon, *Fiscal Federalism*, cit., p. 255):

	Federale (%)	Statale (%)	Locale (%)	Totale (%)
Reddito individuale	84	14	1	100
Reddito societario	87	12	1	100
Vendite e Accise	15	69	16	100
Successioni e donazioni	79	21	0	100
Proprietà immobili	0	4	96	100

[83] La situazione di *tax overlapping*, sovrapposizione tra imposte di diversi livelli territoriali (su cui vedi M. Rey, *Aspetti finanziari del federalismo negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 128-129; G. Brosio, *Equilibri instabili. Politica ed economia nell'evoluzione dei sistemi federali*, Bollati Boringhieri, Torino, 1994, p. 178 ss.) è risolta ad esempio dalla legislazione federale con forme di deduzione per quanto pagato dai contribuenti agli stati e con esenzioni che permettono ai governi statali di ottenere gettiti adeguati senza un'eccessiva competizione federale. È il caso ad esempio del reddito derivante dagli interessi dei bond emessi dai governi statali e locali, tradizionalmente sottratto all'imposizione tributaria della federazione: vedi D.A. Super, *Rethinking Fiscal Federalism*, cit., p. 2594. Sui problemi di coordinamento derivanti dalla tassazione multipla ad opera di più stati federati vedi M. Bertolissi, *Lineamenti costituzionali del "Federalismo fiscale"*, Cedam, Padova, 1982, p. 37 ss. e *amplius* H.M. Groves, *La finanza di uno stato moderno*, Sperling & Kupfer, Milano, 1953, p. 299 ss.: entrambi gli autori sottolineano l'importanza del negoziato fra i vari enti territoriali al fine di eliminare le possibile disarmonie del sistema.

[84] Più precisamente essa è presente in 43 stati e nel distretto di Columbia: vedi C. Rosenberg, *State Individual Income Tax* (26 marzo 2007), consultabile nel

Insieme alla citata imposta sul reddito individuale, per quanto concerne il governo nazionale, le principali fonti di gettito sono l'imposta sul reddito societario e le *payroll taxes* (imposte sul ruolo paga), richieste a datori di lavoro e lavoratori per finanziare il sistema nazionale di sicurezza sociale[85].

I singoli stati, che pur hanno organizzazioni tributarie in parte differenziate[86], vedono comunque generalmente, tra le loro principali fonti di introito, insieme alle imposte sul reddito individuale e societario, l'imposta generale sulle vendite[87].

A livello locale[88] è invece l'imposta sulla proprietà di beni immobili[89] a costituire la principale fonte di gettito, nonostante in casi limitati siano previste anche imposte sulle vendite e sul reddito[90].

Sulla base di questa organizzazione tributaria, stati ed enti locali sono destinatari di circa la metà del gettito complessivo nazionale.

---

sito web dell'*Urban Institute-Brookings Institution Tax Policy Center*, http://www.taxpolicycenter.org/.

[85] Il gettito federale per l'anno fiscale 2008 è stato costituito per il 48% dall'imposta sul reddito individuale, per il 36% dalle imposte sul ruolo paga, per il 14% dall'imposta sul reddito societario e per il restante 2% da accise ed altri tributi quali la tasse di successione: vedi *Current-Law Distribution of Taxes*, in *Tax Topics*, schede consultabili nel sito web dell'*Urban Institute-Brookings Institution Tax Policy Center*, http://www.taxpolicycenter.org/.

[86] Vedi T. Ter-Minassian, *Fiscal Federalism in Theory and Practice*, cit., p. 368 e per un approfondimento sulle principali imposte statali vedi J.R. Aronson, J.L. Hilley, *Financing state and local governments*, Brookings, Washington, 1986, p. 86 ss.

[87] Vedi i dati relativi alle fonti di gettito statale in D.S. Wright, *Intergovernmental Relations*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, cit., p. 346. In riferimento alla *general sales tax* si noti tuttavia che le possibilità di introito degli stati sono destinate a subire un forte decremento a causa di numerose limitazioni che il Congresso federale ha previsto a carico degli stati in riferimento alla tassazione delle vendite on-line. Queste ultime evidentemente sono destinate a sottrarre sempre più base imponibile agli stati: vedi D.A. Super, *Rethinking Fiscal Federalism*, cit., pp. 2595-2596.

[88] Sui tributi locali cfr. T. Ter-Minassian, *Fiscal Federalism in Theory and Practice*, cit., p. 368.

[89] Sulla *property tax* vedi J.R. Aronson, J.L. Hilley, *Financing state and local governments*, cit., p. 120 ss.

[90] Sono quindici gli stati che autorizzano gli enti locali ad esigere imposte sul reddito. Quelli che utilizzano tale possibilità sono concentrati per lo più in Ohio e Pennsylvania; l'aliquota è in genere compresa tra l'1 per cento e il 3 per cento: vedi M.D. Gelfand, J.A. Mintz, P.W. Salsich, *State and Local Taxation and Finance*, cit., p. 58 ss.

Nel 2006, ad esempio, la federazione ha ottenuto il cinquantun per cento del gettito totale, gli stati il ventinove per cento e gli enti locali il restante venti per cento. Tali cifre tuttavia non sono indicative della reale disponibilità finanziaria dei vari livelli territoriali: la federazione ha infatti utilizzato circa un quinto del suo prelievo fiscale per trasferimenti agli stati e, in minima parte, agli enti locali, là dove gli stati stessi hanno destinato quasi un terzo del loro gettito a contee, città e distretti[91].

Come evidente, i trasferimenti intergovernativi, i c.d. *grants*, rappresentano un elemento essenziale per l'equilibrio finanziario degli enti sub-federali. La loro presenza, peraltro, secondo le citate teorie del *fiscal federalism*, non rappresenterebbe una semplice opzione organizzativa, ma, come vedremo nel paragrafo successivo, un elemento indefettibile di ogni sistema fiscale multilivello.

5. *I trasferimenti della federazione verso i livelli territoriali inferiori: sull'opportunità di una finanza derivata*

Come si accennava al termine del paragrafo precedente, elemento essenziale nelle finanze degli enti territoriali statunitensi sono i trasferimenti dai livelli superiori, i c.d. *grants*.

Il fenomeno dei trasferimenti intergovernativi è in effetti molto risalente. Avviatosi all'inizio del XIX secolo, sotto forma di finanziamenti *una tantum*[92], si è accresciuto nel periodo della guerra di secessione[93], per poi conoscere un enorme sviluppo nel periodo del

[91] Vedi *State and Local Finances*, in *Tax Topics*, schede consultabili nel sito web dell'*Urban Institute-Brookings Institution Tax Policy Center*, http://www.taxpolicycenter.org/.

[92] Nel 1837 ad esempio la federazione, prendendo atto delle difficoltà economiche di vari stati impegnati nella costruzione delle infrastrutture, stabiliva con legge di distribuire agli stati l'attivo del bilancio federale sotto forma di finanziamenti non vincolati. Sui primi trasferimenti vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 113.

[93] Nel 1862 il Congresso approvò l'*Homestead Act* (12 Stat. 392) che disponeva il passaggio in proprietà delle terre dell'ovest a coloro che le avessero coltivate e, contemporaneamente, donava parte di tali terre agli stati perché questi, vendendole, ne utilizzassero il ricavato per istituire università agrarie. Successivamente, sempre per favorire l'agricoltura nelle terre dell'ovest, furono erogati direttamente

New Deal, in cui i *grants* hanno cominciato a diventare strumento di finanziamento delle funzioni pubbliche essenziali. I trasferimenti centrali in questo periodo cessano di essere fenomeni episodici e si trasformano in ciò che tuttora rappresentano: uno strumento ordinario di sostentamento delle economie statali. Esemplificativo di questa tendenza è il *Social Security Act* del 1935[94], che costruisce un sistema di sicurezza sociale a favore di anziani, non vedenti e famiglie con prole, prevedendo che, nel rispetto di alcuni tetti di spesa, la federazione rimborsi ogni anno agli stati la metà dei sussidi erogati alle prime due categorie, e un terzo, invece, di quelli concessi per i figli minori a carico[95].

L'uso di tali trasferimenti dalla federazione verso i livelli territoriali inferiori non rappresenta secondo le teorie del *fiscal federalism* una semplice opzione, ma una scelta necessitata, imposta, come vedremo fra un attimo, da vari fattori[96].

5a. *Lo squilibrio fiscale verticale*

Il primo argomento utilizzato a favore dei trasferimenti intergovernativi è la necessità di correggere il c.d. "squilibrio fiscale verticale".

Secondo la dottrina prevalente[97], infatti, mentre il livello nel quale è opportuno realizzare il maggior drenaggio fiscale è quello centrale (si pensi solo all'imposta sul reddito di cui si è parlato nel paragrafo precedente), sul fronte della spesa sarebbe la decentralizzazione la chiave per la ricerca di soluzioni ottimali. Sono infatti i livelli governativi più vicini ai cittadini quelli maggiormente in grado

fondi federali per istituire stazioni agricole sperimentali (*Hatch Act*, 24 Stat. 440, 1887) e poi per ampliarle (*Morril Act*, 26 Stat. 417, 1890; *Adams Act*, 34 Stat. 63, 1906): vedi G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La costituzione liberale*, cit., p. 217.

[94] Vedi *supra*, § 3.

[95] Per i dettagli vedi J.R. Aronson, J.L. Hilley, *Financing state and local governments*, cit., p. 66 ss

[96] Sui trasferimenti ai governi subnazionali vedi le organiche riflessioni di G. Brosio, M. Maggi, S. Piperno, *Governo e finanza locale. Un'introduzione alla teoria e alle istituzioni del federalismo fiscale*, cit., p. 119 ss.

[97] Vedi G.F. Break, *Financing government in a federal system*, Brookings, Washington, 1980, p. 80; M. Grodzins, *The American System*, cit., p. 62.

di valutare le diversità geografiche e le richieste di erogazioni di determinati servizi, nonché quelli maggiormente in grado di realizzare, in quanto in piccola scala, esperimenti nei metodi di produzione e offerta dei servizi stessi. Nei sistemi decentrati la funzione allocativa, ossia la produzione di beni e servizi, è quindi opportunamente affidata in gran parte, per motivi organizzativi, al livello locale[98].

Tale situazione produce però, come evidente, un'asimmetria tra le risorse e le funzioni dei vari livelli territoriali: la distribuzione ottimale della potestà tributaria implica un ruolo prevalente dell'imposizione federale, mentre una distribuzione ottimale della funzione allocativa prevede per la federazione un ruolo più circoscritto, così che stati ed enti locali si troveranno ad avere responsabilità di spesa superiori alle risorse che riescono a recuperare tramite i propri tributi[99].

Questa situazione costituisce il c.d. "squilibrio fiscale verticale" (*vertical fiscal imbalance*) che rende necessario, come evidente, un sistema di trasferimenti finanziari dai livelli territoriali superiori verso quelli inferiori, così che nei secondi possa essere colmato il *gap* tra risorse e spese[100].

5b. *Le "fuoriuscite di benefici"*

I trasferimenti intergovernativi vengono indicati dalla dottrina quale strumento idoneo a risolvere non solo lo squilibrio fiscale verticale, ma anche ulteriori problematiche.

Essi sarebbero in grado, ad esempio, di arginare le diseconomie derivanti dalle "fuoriuscite dei benefici", c.d. *benefit spillouts*[101], tipiche di un assetto regionale o federale caratterizzato dalla tendenziale autosufficienza finanziaria degli enti territoriali.

Ogniqualvolta, infatti, i benefici di un programma di un singolo

---

[98] Sulla funzione "allocativa" nei sistemi decentrati vedi D.A. Kenyon, *Fiscal Federalism*, cit., pp. 253-254.

[99] R.M. Bird, *Fiscal Federalism*, cit., p. 151. Si sofferma sull'irrealizzabilità di un modello di completa autonomia finanziaria degli enti territoriali in ragione dei servizi da questi erogati anche K.C. Wheare, *Federal Government*, Oxford University Press, London-New York, 1963, p. 109 ss.

[100] Vedi J.R. Aronson, J.L. Hilley, *Financing state and local governments*, cit., p. 51 ss; G.F. Break, *Financing government in a federal system*, cit., p. 80 ss.

[101] Vedi G.F. Break, *Financing government in a federal system*, cit., p. 77 ss.

stato si estendono anche a coloro che non vi risiedono e che quindi di quel programma non sostengono i costi, sorgono potenzialmente inefficienze organizzative[102]. È evidente infatti che le attività con forti *spillouts*, che cioè producono benefici non destinati necessariamente a "ricadere" sul territorio statale, tenderanno a ricevere, da parte degli enti territoriali, minor sostegno economico rispetto a quei servizi che implichino benefici per i soli residenti/elettori, anche se un adeguato finanziamento di tali attività provocherebbe complessivamente maggiori benefici all'intero sistema nazionale. Aree come l'ambiente o l'istruzione si prestano, secondo la dottrina, a tali rischi. Frequente, tra gli studiosi, in riferimento al sistema statunitense, è proprio l'esempio dell'istruzione: sostenere con fondi statali le scuole pubbliche può infatti rappresentare un servizio con forti "fuoriuscite di benefici", in quanto gli individui acquisiscono frequentemente la loro istruzione in uno stato, per poi utilizzarla lavorando in un altro. Così, nonostante l'intera federazione trarrebbe beneficio da una cittadinanza altamente istruita, gli stati sono portati a basare le loro decisioni di spesa sui benefici interni che il servizio produce, limitando le spese per la pubblica istruzione a favore di altri servizi il cui indotto permane all'interno dello stato.

I trasferimenti intergovernativi, come evidente, erogati dal governo federale a sostegno delle attività statali caratterizzate da forti "fuoriuscite di benefici", possono contribuire ad evitare tali inefficienze organizzative.

5c. *La "corsa verso il basso"*

La necessità di un sistema organico di trasferimenti intergovernativi non è sostenuta solo da chi evidenzia le diseconomie appena

[102] La tendenza dei vari enti territoriali, infatti, sarà in questi casi quella di estendere la propria spesa solo fino al punto in cui i benefici marginali che essi ne derivano eguagliano i loro costi marginali, piuttosto che spendere invece fino al punto, ottimale per l'intera federazione, in cui i benefici marginali totali eguagliano i costi marginali totali: vedi G.F. Break, *Financing government in a federal system*, cit., p. 77 ss. e sulla teoria marginale, impiegata per analizzare i costi e i benefici dei servizi tenendo conto dell'*output* prodotto, vedi fra gli altri A. Graziani, *Teoria economica (Prezzi e distribuzioni)*, ESI, Napoli, 1982, p. 248.

descritte, ma anche dai teorici del «*race to the bottom*»[103], la "corsa verso il basso", che sostengono la necessità di finanziamenti federali per sostenere il *welfare state*.

Secondo la teoria del *race to the bottom*, l'assenza di una regolazione e di un cofinanziamento da parte dello stato federale in materia di diritti sociali provocherebbe inevitabilmente una "corsa verso il basso", ossia un adeguamento, generalizzato, al livello assistenziale più basso tra quelli proposti dai governi statali.

Gli stati, infatti, che provassero ad offrire le migliori prestazioni in termini di stato sociale, rischierebbero di trasformarsi in veri e propri «*welfare magnets*»[104], "magneti dell'assistenza", catalizzatori di indigenti alla ricerca di alti livelli assistenziali, mentre i maggiori contribuenti sarebbero portati ad abbandonare i medesimi stati per evitare l'imposizione fiscale richiesta da una forte tutela dei diritti sociali. La conseguenza, evidentemente, sarebbe la tendenza degli stati ad evitare entrambi i fenomeni attraverso un'equiparazione del proprio sistema di welfare a quello degli stati meno assistenziali[105].

---

[103] Vedi P. Peterson, *The price of federalism*, Brookings, Washington, 1995, p. 108 ss.

[104] Vedi Id., *Welfare Magnets: A New Case for a national standard*, The Brookings Institution, Washington, 1990.

[105] Questa è a parere di molti studiosi la dinamica destinata a instaurarsi a seguito dell'adozione del *Temporary Assistance for needy families* del 1996 che, come abbiamo visto (vedi *supra*, cap. I, § 13), attribuisce agli stati maggiore autonomia e soprattutto maggiori responsabilità economiche per i sussidi. Sul punto vedi il simposio apparso in «Publius», 1998, XXVIII, con i seguenti contributi: S.F. Schram, *Introduction. Welfare reform: a race to the bottom?*, p. 1 ss.; S.H. Beer, *Welfare reform: revolution or retrenchment?*, p. 9 ss.; M.C. Rom, P.E. Peterson, K.F. Scheve, *Interstate competition and welfare policy*, p. 17 ss.; F.F. Piven, *The race among the states in welfare benefits: a comment*, p. 39 ss. Forse anche per arginare la "corsa verso il basso" il *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act* del 1996 ostacolava forme di "turismo assistenziale", ossia trasferimenti di residenza *ad hoc* per ricevere servizi. Esso concede agli stati infatti la facoltà di riconoscere ad una famiglia non più del livello di assistenza cui avevano diritto nello stato di provenienza, qualora la famiglia stessa si sia trasferita nello stato da meno di 12 mesi. La norma è stata però dichiarata incostituzionale dalla Corte suprema nel caso *Saenz vs. Roe* (526 U.S. 489) del 1999. In tale decisione la Corte ha ritenuto che tale disposizione limitasse indebitamente il *right to travel*, il diritto a viaggiare di ciascun cittadino americano. Secondo la Corte, in particolare, tale diritto includerebbe tre componenti: il diritto di un cittadino di uno stato ad uscire ed entrare da un altro stato; il diritto ad essere trattato come benvenuto piuttosto che come uno straniero temporaneamente presente in un secondo stato; il diritto, per coloro che

Solo l'erogazione di finanziamenti destinati al *welfare*, erogati dal livello centrale verso quelli inferiori, permetterebbe invece, secondo tale dottrina, di evitare tale corsa verso il basso, poiché sottrarrebbe gli stati a valutazioni meramente efficientiste, inevitabili in un assetto di autosufficienza finanziaria degli enti territoriali.

5d. *La perequazione*

Ultima evidente funzione dei finanziamenti federali può essere quella di realizzare forme di perequazione tra i vari stati, soprattutto quando tra i fattori di assegnazione dei *grants* vi sia la capacità fiscale media dei cittadini[106].

Si tenga presente, a tal proposito, che né la Costituzione né la legislazione fiscale statunitense prevedono sistemi stabili di perequazione tra i vari stati[107]; tradizionalmente, anzi, nella gestione finanziaria dei vari enti di governo, il principio applicato è stato quello del "beneficio della tassazione"[108], in base al quale i primi ad essere chiamati a pagare un certo servizio devono essere coloro che se ne avvantaggiano (residenti e/o utenti).

Anche il sistema dei trasferimenti intergovernativi, nelle sue pri-

---

viaggiano e decidono di modificare permanentemente la residenza, ad essere trattati come tutti gli altri cittadini di quello stato. La decisione, che fonda esplicitamente il *right to travel* sulla *privilege clause* dell'art. IV e del XIV emendamento, modifica così la *ratio* della celebre decisione *Shapiro vs. Thomson* (394 U.S. 618) del 1969, che in un caso analogo dichiarava violato il *right to travel* senza identificare chiaramente il fondamento costituzionale di tale diritto, e riferendosi invece alla violazione dell'*equal protection clause* per la disparità di trattamento tra i neoresidenti e i residenti di lunga data. Sulla questione vedi M.F. Davis, *The evolving right to travel: Saenz v. Roe*, in «Publius», 1999, XXIX, p. 95 ss.

[106] In realtà il riferimento alla capacità fiscale quale parametro per la perequazione appare semplicistico. Come spiega Musgrave in un suo saggio, diversi sono i modelli di perequazione: quelli che mirano alla perequazione della spesa o della performance effettiva offerta nei servizi ai cittadini dei vari stati, quelli che perseguono la perequazione dei potenziali per la finanza statale, nonché quelli che cercano invece di perequare i differenziali nel bisogno e nella capacità fiscale: vedi R.A. Musgrave, *Teoria fiscale del federalismo politico*, in R.A. Musgrave, *Finanza pubblica, equità, democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 219 ss.

[107] J.B. Shoven, J. Whalley, *Canada-U.S. Tax Comparisons*, The University of Chicago Press, Chicago-Londra, 1992, p. 371.

[108] Vedi M. Rey, *Aspetti finanziari del federalismo negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 115.

me applicazioni, non aveva la funzione perequativa tra le sue finalità essenziali; al contrario, nei primi programmi di finanziamenti agli enti sub-federali tale finalità era completamente assente. Ancora nel 1949, il *Council of State Governments*[109], conducendo uno studio sul tema, individuava tra i fattori che incidevano sull'assegnazione dei *grants* la popolazione, i cofinanziamenti statali e l'area geografica, sottolineando invece che «i finanziamenti distribuiti sulla base dei bisogni finanziari (come riflessi dal reddito pro capite) erano fattori molto meno importanti nel sistema di attribuzione»[110].

Sarà solo dagli anni Cinquanta in poi che i trasferimenti intergovernativi assumeranno, peraltro con una certa rapidità, carattere perequativo, così che già nei primi anni Sessanta un terzo di essi sarà caratterizzato dal tentativo esplicito di tenere conto della capacità fiscale dei vari stati.

6. *Trasferimenti "cofinanziati" e fondi a stanziamento aperto e chiuso: alcune preliminari distinzioni*

Nell'ambito del variegato sistema dei trasferimenti intergovernativi in cui, come vedremo, tanti sono gli elementi che possono caratterizzare e distinguere le varie categorie di finanziamenti, una prima distinzione può essere svolta, tra i vari tipi di *grants*, a seconda che i governi statali siano o meno chiamati a contribuire ai programmi finanziati.

In base a tale criterio la dottrina distingue in particolare tra *matching grants* e *non-matching grants*[111], là dove solo i primi richiedono, come suggerisce la stessa parola, la "sovrapposizione" di finanziamenti statali a quelli federali. Il programma di finanziamento cioè, in questi casi, prevede quale condizione per la sua erogazione un contributo finanziario da parte dell'ente percipiente. Tale prassi mira non solo a contenere lo sforzo finanziario della federazione, ma anche a ingenerare negli amministratori locali maggior attenzione al

[109] Su cui vedi *supra*, cap. I, § 10.

[110] Il parere del Consiglio è riportato da R.J. May, *Federalism and fiscal adjustment*, Clarendon Press, Oxford, 1969, p. 93.

[111] Vedi J.R. Aronson, J.L. Hilley, *Financing state and local governments*, cit., p. 59 ss.

programma: l'investimento di risorse appartenenti allo stesso ente territoriale, infatti, produce inevitabilmente più attenzione politica e amministrativa nella gestione del progetto[112]. Questo tipo di finanziamento, in effetti, non fa che ridurre il costo di determinati servizi per gli stati: un *match* di un dollaro per un dollaro, ad esempio, fa sì che i governi che percepiscono il finanziamento possano di fatto spendere una somma doppia di quella che essi erogano, poiché è il governo federale a coprire la differenza[113].

Nell'ambito dei *matching grants*, "trasferimenti cofinanziati", sono peraltro distinguibili altre due tipologie, a seconda che il cofinanziamento federale sia in quota fissa o in quota variabile. La distinzione, in particolare, è tra i *close-ended grants*, fondi "a stanziamento chiuso" e gli *open-ended grants*, fondi "a stanziamento aperto"[114]. Nei primi il governo federale fissa la somma annualmente erogata a ciascuno stato, mentre nei secondi si impegna al pagamento di una percentuale fissa dei costi di un dato programma, qualunque essi siano. Il *match* di un dollaro per un dollaro, sopra citato, costituisce ad esempio un *open-ended matching grant*, in cui la federazione si

---

[112] Gli studi dell'*Advisory Commission on Intergovernmental Relations* e del *General Accounting Office* confermano che i programmi cofinanziati dagli stati ottengono generalmente migliori risultati nella fase attuativa. Sul punto vedi P. Posner, *Matching Requirements*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, cit., p. 413.

[113] Il cofinanziamento erogato dalla federazione può essere fissato in misura analoga per tutti gli stati (c.d. *fixed matching ratio*) o essere variabile nei vari stati a seconda del bisogno (c.d. *variable matching ratio*). I criteri utilizzati in questo secondo caso per modulare l'entità del cofinanziamento federale sono il reddito procapite e, in molti casi, la maggiore o minore presenza di aree di povertà nell'ente percipiente il *grant*. A tali criteri generali si affiancano quelli specifici, derivanti di volta in volta dalle finalità del programma (es. il tasso di inquinamento dell'aria per un programma di tutela ambientale), nonché i criteri finalizzati a incoraggiare comportamenti virtuosi. La federazione per esempio, può aumentare il cofinanziamento agli stati che predispongano altri programmi coordinati a quello cofinanziato dal governo centrale. Sulle varie tipologie di cofinanziamenti vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Categorical Grants: Their role and design*, Washington, A- 52, 1977, p. 169 ss.

[114] S. Gamkhar, *Federal intergovernmental grants and the states*, Edward Elgar Publishing, Northampton (Mass.), 2002, p. 7. Le espressioni *open-ended* e *closed-ended*, elaborate per descrivere il tipo di finanziamento erogato dalla federazione nel caso di *matching grants*, vengono comunque utilizzate più genericamente per indicare, rispettivamente, i finanziamenti che prevedono o meno un tetto di spesa per l'ente erogante.

impegna a cofinanziare un programma nella misura del cinquanta per cento, qualunque sia il costo del programma stesso. Gli *open-ended grants*[115], in cui sono in definitiva gli stati con le loro decisioni di spesa a stabilire l'ammontare del finanziamento federale, impediscono evidentemente un controllo centrale dei costi e per questo motivo sono tendenzialmente utilizzati in misura minore dalla federazione. Essi tuttavia vengono applicati ad alcuni tra i più consistenti programmi di finanziamento, quali quelli nel settore sanitario, poiché tale modello di trasferimento viene considerato il più adeguato per sollecitare i finanziamenti statali in attività aventi forti *benefit spillouts*[116]: in questi casi gli stati sono infatti stimolati a spendere poiché quanto maggiori sono le risorse investite in quel settore, tanto maggiore sarà l'ammontare delle risorse provenienti dalla federazione.

Nonostante la rilevanza della distinzione tra *matching* e *non-matching grants*, la finalità della nostra ricerca, volta ad analizzare gli strumenti di tutela delle istanze unitarie, suggerisce un'analisi dei *grants* sulla base del maggior o minor grado di coazione della volontà statale che la federazione realizza con i vari modelli di finanziamento. Minore, infatti, è la discrezionalità lasciata agli stati, maggiori sono le possibilità di utilizzare i finanziamenti per regolare, di fatto, materie escluse dai poteri enumerati federali. Da tale punto di vista sono individuabili tre categorie: i *categorical grants*, che impongono rigidi vincoli di destinazione e controlli agli stati che li percepiscono, i *block grants* nei quali tali elementi, pur presenti, si attenuano; e il *general revenue sharing*, catalogabile come una forma di trasferimento non vincolato.

7. *Finanziamenti vincolati per il «*national interest*»: i* categorical grants

Lo scopo della nostra ricerca, come sottolineato nel paragrafo

[115] I termini *open-end* e *close-end*, rinvenibili nella letteratura statunitense sono equivalenti, rispettivamente, alle locuzioni *open-ended* e *close-ended*.

[116] Vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Categorical Grants: Their role and design*, cit., p. 169 e sulle c.d. fuoriuscite di benefici vedi *supra*, § 5b.

precedente, suggerisce una sistemazione e una trattazione dei trasferimenti intergovernativi sulla base dei vincoli di destinazione che la federazione pone o meno ad essi. Da questo punto di vista i trasferimenti, come si diceva, si distinguono in *categorical grants*, *block grants* e *general revenue sharing*[117].

Lo strumento finanziario in cui minore è l'autonomia decisionale degli stati sono i *categorical grants*, che, come tutti i *grants in aid*, consistono in trasferimenti che la federazione[118], in qualità di concedente (*grantor*), fornisce ad uno stato o ad un ente locale, il *grantee*. Questo tipo di trasferimenti tuttavia è finalizzato alla realizzazione di specifici programmi. Il termine *categorical* deriva appunto dal fatto che tali finanziamenti possono essere utilizzati solo per una ristretta *categoria* di attività, specificate nel provvedimento federale che concede i finanziamenti stessi[119].

Tale tipologia di trasferimenti costituisce il modello prevalente negli Stati Uniti; sebbene infatti, come vedremo, ad esso siano stati affiancati altri modelli, il *categorical grant* rappresenta tuttora la tipologia prevalente, al punto che oltre il novanta per cento dei programmi di finanziamenti attualmente esistenti ha tale forma[120].

Lo sviluppo di tale strumento non si lega solo alle generali ragioni di opportunità di una finanza derivata, che abbiamo analizzato in precedenza[121]; nel sistema statunitense, infatti, come nota in uno studio l'*Advisory Commission on Intergovernmental Relations*[122], altri fattori sono risultati essenziali per lo sviluppo di questo spe-

---

[117] Alcuni autori, anziché usare l'espressione *general revenue sharing*, utilizzano l'espressione *general purpose grants* per indicare appunto i "finanziamenti con finalità generali", equivalenti a trasferimenti senza vincolo di destinazione: vedi M.J. Rich, *Grants in Aid*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, I, cit., p. 295.

[118] Dato l'oggetto della nostra ricerca la trattazione sarà svolta considerando la sola possibilità che i *categorical grants* provengano dal governo federale; in realtà, come è stato notato, *grantor* sono stati nell'esperienza statunitense anche enti privati: vedi sul punto lo studio di J.W. Kalas, *The grant system*, State University of New York Press, Albany, 1987, p. 17 ss.

[119] M.J. Rich, *Categorical Grants*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, I, cit., p. 74.

[120] I dati sono riferiti al 2006: vedi M.J. Rich, *Categorical Grants*, cit., p. 75.

[121] Vedi *supra*, § 5.

[122] Vedi *supra*, cap. I, § 9.

cifico sistema di finanziamento: fra questi l'influenza dei gruppi di interesse, la rilevanza delle Commissioni congressuali e i limiti che la Costituzione pone all'esercizio del potere legislativo federale[123].

Dal primo punto di vista i trasferimenti vincolati costituiscono l'esito più naturale delle attività di *lobbying* dei vari gruppi di pressione, che ottengono finanziamenti specifici per la realizzazione di programmi specifici, coincidenti con gli interessi che il gruppo sostiene.

A ciò si aggiunga che la stessa struttura delle Camere facilita l'approvazione di finanziamenti settoriali piuttosto che trasferimenti senza vincoli di destinazione. Il potere all'interno del Congresso è infatti concentrato nelle Commissioni[124], specializzate per materia, da cui provengono la maggior parte dei provvedimenti di finanziamento a stati ed enti locali; tali provvedimenti inevitabilmente scaturiscono dalla tutela di specifiche situazioni che ogni Commissione, *ratione materiae*, finisce per tutelare.

Elemento essenziale per lo sviluppo dei *categorical grants* è stato poi l'assetto federale previsto in Costituzione: tale tipo di finanziamento ha permesso infatti alla federazione di incidere su materie tradizionalmente statali, garantendo istanze unitarie in materie non incluse nei poteri enumerati federali. Questa funzione dei *categorical grants* è stata notevolmente amplificata dalla prassi di collegare a tali trasferimenti condizioni che gli stati devono rispettare nella fase di esecuzione del programma. I *categorical grants* diventano cioè *conditional grants in aid*, "finaziamenti condizionati"[125] oltre che vincolati.

Tali condizioni, il cui rispetto è *condicio sine qua non* per ottenere i finanziamenti federali, sono di diversa natura, ma sempre for-

---

[123] Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Categorical Grants: Their role and design*, cit., p. 51 ss.

[124] In tema vedi G. Caravale, *Il Governo legislatore*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 123 ss.

[125] Si tenga presente che, nonostante le condizioni siano apposte normalmente ai *categorical grants*, nulla vieta (ed in effetti è accaduto) che condizioni, seppur poco stringenti, siano apposte anche ai finanziamenti nei quali i vincoli di destinazione si attenuano (*block grants*) o scompaiono (*general revenue sharing*): vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Categorical Grants: Their role and design*, cit., p. 6.

temente limitative dell'autodeterminazione statale. Esse consistono, ad esempio, nell'imposizione di supervisioni e controlli federali[126], nell'obbligo di affidare ad una sola e determinata agenzia statale la gestione del programma stesso, o nell'indicazione dei criteri di selezione degli amministratori statali dei programmi[127]. Con il *Social Security Act* del 1935[128], ad esempio, è stata imposto che la selezione degli amministratori dei programmi di finanziamento avvenisse sulla base di soli criteri meritocratici. Storicamente, infatti, la selezione di tali amministratori da parte dei governi statali, avveniva solo in base alla loro affiliazione politica (*spoils system*)[129]. Con il repentino aumento di erogazioni federali nel periodo del *New Deal*, tuttavia, le inefficienze gestionali legate a tale criterio di selezione emersero

[126] Il primo caso di finanziamenti concessi con la condizione che al governo federale spettasse un vero e proprio potere ispettivo risale al 1911, con l'erogazione di fondi per la silvicoltura: J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 114. Sui vari controlli svolti dalla federazione nei programmi di *categorical grants* vedi M. Grodzins, *The American System*, cit., p. 68 ss.

[127] Come evidente, traducendosi in obblighi imposti agli stati, le condizioni annesse ai finanziamenti sembrano riconducibili alla categoria dei *federal mandate*. In effetti la stessa *Advisory Commission on Intergovernmental Relations*, che pur in alcuni dossier esclude i *conditional grants* da tale categoria (vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Regulatory federalism: policy, process, impact and reform*, A-95, 1984, p. 70 ss.), in un *report* del 1994 associa alla categoria dei mandati anche le condizioni apposte ai *grants in aid* (vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Federally induced costs affecting state and local governments*, M-193, 1994, p. 3). La dottrina maggioritaria tuttavia esclude che le condizioni apposte ai finanziamenti facciano parte della categoria dei mandati federali, poiché gli stati (almeno teoricamente) sono liberi di rifiutarle. I mandati federali avrebbero invece un grado di coercitività assoluto nel caso di *direct orders* e *preemption* parziale, e molto elevato nel caso di *crossover sanctions* e *crosscutting requirements* che, applicandosi a finanziamenti già in corso di erogazione, rendono sostanzialmente impraticabile il rifiuto da parte degli stati: vedi per tutti R.W. Adler, *Unfunded mandates and fiscal federalism: a critique*, in «Vand. L. Rev.», 1997, L, p. 1137 ss. Di diverso avviso è invece altra dottrina che fa confluire nella categoria del "mandato" ogni responsabilità o procedura che sia imposta dalla federazione tramite un atto costituzionale, legislativo, amministrativo o giudiziario quale ordine diretto o quale condizione per l'ottenimento di aiuti: vedi P.L. Posner, *The politics of federal mandates: Congress on the frontiers of federalism*, UMI, Ann Arbor (MI-USA), 1995, p. 7 ss.

[128] Vedi *supra*, § 3.

[129] In tema vedi G. D'Ignazio, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 32 ss.

chiaramente, così che il governo di Washington cominciò ad imporre criteri di selezione, quali pubblici concorsi, che garantissero la professionalità e l'imparzialità degli amministratori[130].

Le condizioni apposte ai trasferimenti dal governo federale non sono tuttavia solo organizzative; al contrario esse sono spesso tali da incidere profondamente nel merito, ossia su come la materia per la quale vengono concessi i finanziamenti, debba di fatto essere regolata. Proprio il citato *Social Security Act* istituisce ad esempio, grazie a condizioni di tal tipo, un organico e unitario programma di sostegno economico per anziani, disoccupati e famiglie con minori a carico[131].

Tale provvedimento, infatti, in quattro degli undici titoli di cui si compone, prevede l'attribuzione di *grants* agli stati, destinandoli alle varie categorie tutelate dal provvedimento[132] e imponendo con-

---

[130] Vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American. The growth of national power*, cit., p. 114 ss.; nonché *amplius* M. Grodzins, *The American System*, cit., p. 71 ss.

[131] Proprio la tutela dei diritti sociali è estremamente rappresentativa del modo in cui la federazione sia riuscita a creare discipline unitarie in materie sulle quali la Costituzione non le concede alcuna potestà normativa. Si tenga presente che i diritti sociali, c.d. *positive rights* (su cui vedi fra gli altri C. Fried, *Right and wrong*, Harvard University Press, Cambridge [Mass.], 1978, p. 110 ss.), sono privi di garanzia nella Costituzione statunitense. Nonostante i suggerimenti di alcuni eminenti studiosi (cfr. F.I. Michelman, *On protecting the poor through the fourteenth amendment*, in «Harv. L. Rev.», 1968, LXXXIII, p. 78 ss.; L.H. Tribe, *Unraveling National League of Cities: the new federalism and affirmative rights to essential government service*, in «Harv. L. Rev.», 1977, XC, p. 1065 ss.) che hanno caldeggiato la tutela delle libertà "attraverso lo stato", la Corte suprema ha escluso infatti una protezione costituzionale per i diritti sociali. Valga per tutte la posizione assunta in materia di istruzione nel caso *Rodriguez* (cfr. *San Antonio Independent School district vs. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 1973), precedente tuttora vincolante. In esso la Corte ha affermato chiaramente che l'istruzione, pur rappresentando un bene fondamentale, «non è tra i diritti cui è riconosciuta esplicita protezione dalla Costituzione federale, né è possibile trovare alcuna base per sostenere che essa sia, almeno implicitamente, protetta come diritto individuale» (vedi in particolare p. 35). Nonostante l'assenza di riconoscimenti costituzionali per i diritti sociali e la tradizionale riconducibilità di tale materia alle competenze statali, il governo federale ha realizzato, proprio in tale campo, interventi estremamente incisivi.

[132] Vedi Titolo I- *Grants to states for old-age assistance*; Titolo III- *Grants to states for unemployment compensation administration*; Titolo IV- *Grants to states for aid to dependent children*; Titolo V- *Grants to states for maternal and child welfare*: la versione originale del *Social Security Act*, senza i successivi emendamenti, è disponibile sul sito federale dedicato alla sicurezza sociale all'indirizzo (*Social security online*), www.ssa.gov/history/35actinx.html.

testualmente agli stati condizioni che ne riducono fortemente l'autonomia sulle decisioni di spesa.

Nel primo titolo, ad esempio, dedicato allo stanziamento di fondi per il finanziamento delle pensioni di vecchiaia, il Congresso sembra richiedere, quali condizioni per l'erogazione dei fondi stessi, solo il rispetto di una serie di modalità di gestione[133]. Successivamente, però, nella sezione seconda del medesimo titolo, si legge che il *Social Security Board*, preposto al vaglio delle richieste di finanziamenti, dovrà accettare tutti i piani statali per il sostegno economico degli anziani che rispettino le prescritte modalità di gestione, escludendo – tuttavia – i piani degli stati che:

a) richiedano per la concessione dei benefici un'età superiore ai sessantacinque anni;

b) escludano coloro che abbiano risieduto nello stato per almeno un anno in modo continuativo prima dell'entrata in vigore della legge o, in modo non continuativo, per un totale di cinque anni nei nove precedenti l'entrata in vigore della legge stessa;

c) prevedano forme di esclusione per alcune categorie di cittadini degli Stati Uniti.

Come evidente, sotto forma di eccezioni rispetto ad un controllo teoricamente volto a verificare solo modalità organizzative, il governo di Washington pone delle condizioni tramite cui indica, di fatto, i criteri in base ai quali devono essere concesse dagli stati le pensioni di vecchiaia: età minima, divieto di discriminazioni, cittadinanza, tempo di residenza necessario per maturare i diritti in ogni stato, salva in ogni caso la possibilità per gli stati stessi di prevedere condizioni più favorevoli.

---

[133] Vedi Titolo I, sezione II, sottosezione (a): «Un piano statale per l'assistenza agli anziani deve (1) far sì che esso sia operativo in tutte le suddivisioni (*subdivisions*) politiche dello stato […]; (2) prevedere la partecipazione finanziaria dello stato; (3) provvedere alla designazione di una singola agenzia statale per l'amministrazione del progetto […]; (4) prevedere, per ogni individuo cui sia negato il beneficio della pensione di anzianità la possibilità di un'equa udienza davanti all'agenzia statale; (5) prevedere quei metodi di amministrazione […] ritenuti necessari dal Comitato federale per la Sicurezza Sociale per l'efficiente operatività del piani; (6) prevedere che l'agenzia statale farà dei resoconti che nella forma e nel contenuto risponderanno alle richieste avanzate di volta in volta dal Comitato, e che (tale agenzia) dovrà adeguarsi alle indicazioni che il Comitato potrà di volta in volta trovare necessarie per assicurare la correttezza e verificabilità dei resoconti».

La discrezionalità della federazione nel sistema dei *categorical grants* non emerge solo nella varietà di condizioni che essa può apporre ai finanziamenti, ma anche nella scelta dei destinatari degli stessi. I *categorical grants*, infatti, possono essere di due specie: *formula grants* e *project grants*[134]. I primi vengono distribuiti automaticamente agli enti percipienti sulla base, appunto, di una "formula", ossia di criteri fissati nella stessa legge che stanzia i finanziamenti. I *project grants* sono invece assegnati dagli amministratori federali, senza alcuna automaticità, sulla base dei progetti presentati dagli enti territoriali[135].

I *formula grants* sono così disponibili per tutti gli stati che rispondano ai criteri di assegnazione, normalmente riconducibili a parametri quali i bisogni specifici (definiti cioè in relazione alle finalità del programma)[136], la popolazione e il reddito pro capite; la distribuzione dei *project grants* avviene invece ad opera di amministratori federali in modo da creare competizione fra gli enti richiedenti, poiché vengono assegnati sulla base della valutazione delle richieste pervenute per il finanziamento stesso[137]. I *project grants* nascono in effetti non per finanziare tradizionali funzioni statali o locali, ma con funzione di stimolo, quali strumenti volti alla realizzazione di specifici progetti coerenti con le finalità di pubblico interesse indicate

---

[134] Vedi E.G. Williams, *Formula Grants*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, I, cit., p. 262 ss.

[135] La dottrina individua anche i *formula-project grants*, nei quali vengono identificate automaticamente, in base a criteri di allocazione, le zone dei vari stati destinatarie dei fondi, ma i destinatari specifici e l'ammontare delle erogazioni viene lasciato alla decisione degli amministratori federali o statali, i quali valutano tra varie domande concorrenti: vedi D.B. Walker, *The rebirth of federalism*, Chatham House Publishers, New York, 2000, p. 101.

[136] "Bisogno specifico" è, ad esempio, la percentuale di disoccupati nella popolazione statale, nel caso di un programma contro la disoccupazione: su questo e gli altri criteri di allocazione dei *formula grants* vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 115; S. Gamkhar, *Federal intergovernmental grants and the states*, cit., p. 20; Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Categorical Grants: Their role and design*, cit., p. 100 ss.

[137] Per osservazioni sul tema vedi J.R. Aronson, J.L. Hilley, *Financing state and local governments*, cit., p. 54. Sulle caratteristiche dei *project* e *formula grants* vedi ampiamente Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Categorical Grants: Their role and design*, cit., p. 93 ss.

nella legge federale istitutiva del programma: settori tipici di applicazione dei *project grants* sono ad esempio la tutela dell'ambiente o la promozione della ricerca scientifica. Per ricevere i finanziamenti il potenziale destinatario presenta un progetto indicando i finanziamenti necessari per la sua realizzazione. Tali proposte vengono poi esaminate da una agenzia federale che ne valuta l'utilità e l'adeguatezza rispetto al pubblico interesse perseguito con l'erogazione dei finanziamenti. Sarà poi la stessa agenzia ad esercitare ampi poteri di controllo e supervisione circa l'effettivo perseguimento delle finalità del progetto[138], una volta che questo sia stato approvato.

I vari tipi di *categorical grants* di cui abbiamo parlato vengono massicciamente utilizzati dalla federazione, soprattutto nella forma dei *conditional grants*, per regolare materie formalmente di competenza statale: nel 1974, dopo le forti tendenze centripete emerse con la *Great Society* di Lyndon Johnson[139], il Centro per gli studi sul federalismo non esiterà a pubblicare una ricerca sui *conditional grants*, indicandoli come il principale strumento tramite cui la federazione regola materie teoricamente statali, al fine di tutelare ciò che gli stessi ricercatori statunitensi definiscono il «*national interest*»[140].

Fin dagli anni Sessanta, tuttavia, il fenomeno dei finanziamenti federali aveva cominciato a mostrare alcune disfunzioni; nato per risolvere questioni nodali quali la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria, il sistema era diventato invece strumento ordinario di finanziamento per gli stati, anche per lo svolgimento di attività di interesse

---

[138] I controlli sono in effetti molto stringenti, ed articolati tanto in audizioni degli amministratori quanto nel controllo di documenti contabili. L'*agency* in particolare verifica il corretto impiego dei fondi, il rispetto delle condizioni, potendo anche, nel caso in cui le spese siano ingiustificate, dichiararle respinte e porle a carico dell'ente gestore del programma eventualmente decurtandole dai trasferimenti successivi. Vedi A. Pierini, *Federalismo e welfare state nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 97, nota 18.

[139] Solo tra il 1961 e il 1966 il Congresso varò trentanove nuovi programmi di trasferimenti vincolati: vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 116 e *amplius* sulla *Great Society* vedi *supra,* cap. I, § 12.

[140] Vedi E.M. Baker, B.A. Stevens, S.L. Schechter, H.A. Wright, *Federal grants, the National Interest and State response: a review of theory and research*, Center for the Study of Federalism, Temple University, Filadelfia, 1974, *passim* e in particolare p. 5 ss.

prettamente locale. Nel 1978 l'*Advisory Commission on Intergovernmental Relations* notava che «almeno durante gli anni Cinquanta il sostegno federale era circoscritto dallo sforzo di limitare gli aiuti a campi che coinvolgevano chiaramente l'*interesse nazionale* o un'importante priorità nazionale»; dagli anni Sessanta, invece, «ogni atto approvato dalle Camere e firmato dal Presidente veniva considerato appropriato»[141].

Proprio l'abuso dei trasferimenti vincolati fa emergere con maggior nettezza i profili problematici[142] di tale sistema di finanziamento degli stati.

In primo luogo vengono avanzate critiche di natura politica. Essi infatti, soprattutto nella forma dei finanziamenti condizionati, sono fonte di limitazione dell'autodeterminazione statale, ed in particolare di esautorazione dei rappresentanti del popolo a favore della burocrazia federale. A ciò si aggiunga che questi finanziamenti incidono gravemente sui bilanci statali, riducendo nettamente la discrezionalità di spesa degli stati a causa delle risorse assorbite dai cofinanziamenti dei progetti (*matching grants*). Ultimo elemento è che tanto gli stati quanto, a maggior ragione, gli enti locali hanno scarse possibilità di incidere sulla disciplina dei programmi, poiché questi, più che emergere da un attento esame da parte del Congresso, sono spesso frutto delle pressioni dei vari gruppi di interesse[143].

Oltre alle citate critiche di natura politica, il sistema dei *grants* viene contestato anche per le molteplici disfunzioni organizzative: la proliferazione dei programmi ha infatti dato luogo a confusioni e duplicazioni al punto che i vari enti subfederali si appoggiano sistematicamente a consulenti esterni per la comprensione del sistema.

---

[141] Il parere della Commissione è parzialmente riportato da J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 119.

[142] Su tali profili: *ibidem.*

[143] Parte della dottrina tuttavia sottolinea la complessità dei processi che precedono l'approvazione di programmi di finanziamenti vincolati, sottolineando come essi siano frutto di una complessa contrattazione che coinvolge, anche se informalmente, tutti i livelli territoriali (si considerino a tal proposito le attività delle associazioni di esponenti delle autonomie territoriali su cui vedi *supra*, cap. I, § 10): vedi R.P. Nathan, *State and local governments under federal grants: toward a predictive theory*, in «Pol. Sc. Quar.», 1983, XCVIII, p. 48; M.J. Rich, *Grants in Aid*, cit., p. 296.

Ancor più grave è che la presenza di rigidi vincoli di destinazione nei fondi fa sì che spesso continuino ad essere erogati ed utilizzati finanziamenti per la realizzazione di opere e servizi non più necessari, o comunque meno urgenti rispetto ad altre nuove esigenze.

Alla luce di tali disfunzioni diventa prioritaria, a partire dalla presidenza Nixon, la razionalizzazione del sistema[144]: viene istituito un *Ufficio per le Relazioni Intergovernative* per fornire assistenza ai governi statali e locali, e con la circolare A-102 viene semplificata la richiesta e la gestione dei programmi di *grants in aid*[145].

Ciò nonostante, le inefficienze dei finanziamenti vincolati, e con esse le critiche per tale sistema, permangono. I tempi sono ormai maturi per l'adozione di un nuovo modello di trasferimento intergovernativo che lasci maggiore discrezionalità di gestione agli stati: centinaia di programmi di *categorical grants* si avviano così ad essere riunificati in alcuni macroprogrammi, i *block grants*, volti a finanziare non più singoli servizi, ma intere funzioni pubbliche.

8. *Maggiore discrezionalità di spesa per gli stati: i* block grants

Già alla fine degli anni Quaranta la dottrina aveva identificato le distorsioni del sistema dei *categorical grants*, destinate ad amplificarsi, come abbiamo visto, nel corso degli anni Sessanta. «L'esigenza più impellente – scriveva uno studioso nel 1949 – era quella di riunificare i molteplici e separati programmi di finanziamento in trasferimenti riunificati, su base perequativa, per ciascuno dei principali settori di finanziamento»[146]: l'idea, cioè, era quella di far confluire i vari trasferimenti vincolati erogati in un determinato settore, quale la grande viabilità, l'istruzione, la salute, in un unico programma di finanziamento che, pur vincolando gli stati a spendere in quel

[144] Come altrove ricordato, parte integrante del Nuovo Federalismo nixoniano è proprio il tentativo, più che di smantellare lo *statu quo*, ormai inefficiente, di riorganizzarlo: vedi *supra*, cap. I, § 12.

[145] Vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 121.

[146] Vedi P. Studensky, *Federal grants in aid*, in «National Tax Journal», 1949, II, p. 211.

determinato settore, li lasciasse liberi di scegliere quali programmi, nell'ambito di questo, realizzare.

Il modello proposto era in sintesi quello del *block grant*, consistente in un programma attraverso il quale i finanziamenti sono erogati ai governi statali o locali, affinché siano usati in settori molto ampi: nell'ambito di questi settori saranno poi gli enti percipienti a specificare la destinazione dei fondi, sulla base delle loro scelte di spesa.

L'*Advisory Commission on Intergovernmental Relations*[147] individua cinque caratteristiche essenziali che distinguono i *block grants* dagli altri finanziamenti federali:

a) le sovvenzioni sono destinate ad un ampio ventaglio di attività all'interno di una macro-area funzionale;

b) i percipienti possono discrezionalmente decidere come allocare i fondi nell'ambito della macro-area del *block grant*;

c) i controlli amministrativi e finanziari della federazione verso l'ente percipiente sono ridotti al minimo necessario affinché sia effettivamente perseguito l'obiettivo alla base del programma;

d) i finanziamenti sono distribuiti sulla base di formule che restringono notevolmente la discrezionalità dei funzionari federali nell'erogazione delle risorse;

e) i destinatari dei finanziamenti sono sempre enti territoriali a finalità generali[148].

A parte l'evidente recupero di autodeterminazione da parte degli stati, diversi sono i vantaggi di tale sistema di finanziamento rispetto ai *categorical grants*[149]: vantaggi economici prima di tutto; la natura non vincolata dei finanziamenti esclude infatti il rischio di sovrapposizioni e duplicazioni nell'erogazione di servizi, e l'assenza di vincoli e obblighi di rendicontazione riduce i costi amministrativi del personale a livello statale e federale.

All'aspetto economico si aggiungono i vantaggi organizzativi del

---

[147] Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Block grants: a comparative analysis*, A-60, 1977, p. 6.

[148] Ad esempio stati e città; molto più variegato è invece l'insieme di enti che possono ricevere *categorical grants*: dai distretti speciali alle agenzie statali specializzate. Vedi M.J. Rich, *Block Grants*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, I, cit., p. 52.

[149] Cfr. Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Block grants: a comparative analysis*, cit., p. 8 ss.

decentramento decisionale, derivanti sia dal miglior monitoraggio delle esigenze del territorio sia, soprattutto, dalle innovazioni che il decentramento permette. Lo spostamento verso il basso delle decisioni di spesa incentiva infatti la sperimentazione statale di nuovi moduli organizzativi per la realizzazione degli obiettivi nazionali[150], esaltando il tradizionale ruolo degli stati come "laboratori"[151].

A ciò si aggiunga la possibilità di maggior coordinamento tra i vari servizi erogati all'interno di uno stesso macro-settore. Il livello statale o locale, divenuto arbitro delle decisioni di spesa, può infatti pianificare, in ogni macro-area oggetto di un *block gran*t, servizi complementari e coordinati con un effetto di *system-building*[152], "costruzione di un sistema", a differenza di quanto accade con i *categorical grants* in cui le decisioni di spesa vengono assunte in momenti differenti senza possibilità di un'organica pianificazione.

La necessità di introdurre formule di finanziamento con vincoli meno stringenti, emersa in dottrina – come abbiamo visto – già sul finire degli anni Quaranta, raggiunge ben presto anche il mondo politico, al punto che alcune proposte per introdurre *block grants* vengono avanzate già durante le amministrazioni Truman e Eisenhower[153].

È solo nel 1966, tuttavia, che viene approvato il primo *block grant*, il *Partnership for Health Act*[154], con il quale vengono com-

---

[150] P.L. Posner, M.T. Wrightson, *Block grants: a perennial, but instable, tool of government*, in «Publius», 1996, XXVI, p. 101.

[151] Sui legami tra il modello dei *block grants* e il federalismo competitivo vedi *supra*, cap. I, § 13. La metafora degli stati come "laboratori", ormai di uso comune in dottrina, è riconducibile al giudice Brandeis che la propose, difendendo l'autodeterminazione statale, nella sua opinione dissenziente nel caso *New State Ice Co. vs. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932): «Sperimentare nelle questioni sociali ed economiche è una grave responsabilità. Negare il diritto di sperimentare può comportare serie conseguenze per la Nazione. Una delle implicazioni positive di un sistema federale è che un singolo stato coraggioso può, se i suoi cittadini lo scelgono, fungere da laboratorio e sperimentare modelli sociali ed economici senza rischi per il resto del paese» (*ivi*, p. 311).

[152] Vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Block grants: a comparative analysis*, cit., p. 10.

[153] Vedi T. Conlan, *From new federalism to devolution*, Brookings Institution Press, Washington, 1998, p. 24.

[154] *Comprehensive Health Planning & Public Health Service Amendments* (noto anche come *Partnership for Health Act*), 81 Stat. 533.

pattati sedici *categorical grants* nel campo sanitario e diminuiti i controlli federali sulla gestione delle risorse. Negli anni successivi, però, nello stesso settore, vengono gradualmente reintrodotti finanziamenti vincolati[155], destinati a sottrarre gradualmente fondi al *block grant* appena istituito.

Proposte più organiche di riorganizzazione e razionalizzazione dei trasferimenti intergovernativi provengono, invece, dal Presidente Nixon e dal progetto di Nuovo Federalismo che, come abbiamo visto[156], egli sosteneva; nel 1971 l'amministrazione di Washington propose infatti di riunificare 129 programmi di *categorical grants* in sei *block grants*, relativi ad altrettante ampie aree di intervento: sviluppo delle comunità urbane; sviluppo delle comunità rurali; istruzione; addestramento professionale; trasporti; ordine pubblico[157].

Caratteristiche essenziali del progetto erano: l'assenza di cofinanziamenti statali, ossia la natura *non-matching*[158] dei trasferimenti stessi[159]; la ripartizione dei fondi in base a formule prefissate che

---

155 Sorte analoga ebbe il secondo *block grant* approvato nel 1968, l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* (82 Stat. 197); esso fu infatti svuotato tramite la graduale approvazione, da parte del Congresso, di leggi che restringevano la possibilità per gli stati di scegliere l'allocazione delle risorse e, contemporaneamente, imponevano crescenti controlli federali. Sui primi due *block grants* vedi J.R. Aronson, J.L. Hilley, *Financing state and local governments*, cit., p. 54.

156 Vedi *supra,* cap. I, § 12.

157 T. Conlan, *From new federalism to devolution*, cit., p. 37.

158 Vedi *supra*, § 6.

159 Si tenga presente che l'assenza di cofinanziamento non è un elemento essenziale dei *block grants* che infatti richiedono in alcuni casi un *match* da parte degli stati (vedi ad esempio il *New Child Health Block Grant* istituito con il *balanced budget act* nel 1997, 111 Stat. 251). Proprio questa peculiarità dei provvedimenti nixoniani conduce parte della dottrina a identificare un quarto tipo di finanziamento, lo *special revenue sharing* (nome con cui lo stesso Presidente Nixon definì i suoi provvedimenti), per indicare i finanziamenti erogati per macro-funzioni e caratterizzati sia da un numero minimo di condizioni e vincoli, sia dalla mancanza di cofinanziamenti da parte degli stati. La dottrina maggioritaria tuttavia considera le proposte nixoniane di *special revenue sharing* nient'altro che fattispecie riconducibili alla generale categoria del *block grant*: vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Categorical Grants: Their role and design*, cit., p. 9, nota 8; M.J. Rich, *Community Development Block Grants*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, I, cit., p. 104. Si tenga presente tuttavia che, quando il cofinanziamento è richiesto, nel caso dei *block grants*, esso tende ad essere minimo: P.L. Posner, M.T. Wrightson, *Block grants: a perennial, but instable, tool of government*, cit., p. 88.

escludevano la discrezionalità dei funzionari federali; la possibilità per i governi percipienti di spendere i fondi ricevuti in qualunque attività purché attinente al campo di intervento per cui le somme stesse erano state erogate[160].

Dei sei programmi proposti solo due, dato il contesto politico[161], riuscirono ad essere approvati: il *Comprehensive Employment and Training Act*[162] del 1973 e l'*Housing and Community Development Act*[163] del 1974.

Il primo riunifica diciassette preesistenti programmi in un unico "blocco di finanziamenti" per la formazione professionale e l'occupazione, prevedendo l'erogazione di finanziamenti direttamente agli enti locali, sulla base dei tassi di disoccupazione e povertà. Esso, però, non raccoglie pienamente le suggestioni della dottrina contraria ai *categorical grants* e viene approvato con la forma di un *block grant* «ibrido»[164], in quanto, pur riunificando finanziamenti vincolati preesistenti, comprende una serie di disposizioni satellite che prevedono programmi e finanziamenti speciali, ponendo rigidi vincoli di destinazione a favore di particolari categorie quali i nativi americani, gli immigrati e i giovani[165].

Più in linea con i critici dei *categorical grants* è invece l'*Housing and Community Development Act*, il quale non prevede alcun

---

[160] Vedi M. Rey, *Aspetti finanziari del federalismo negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 133.

[161] Non tutte le proposte della presidenza Nixon furono infatti accolte. Ciò derivò da molteplici fattori: la priorità attribuita dal governo alla politica estera (lo stesso Schlesinger, definendo "imperiale" la presidenza Nixon sottolinea come tale aspetto si leghi fondamentalmente alla politica estera: vedi A.M. Schlesinger,. *La Presidenza imperiale*, Comunità, Milano, 1980, p. 255), l'indebolimento che la Presidenza viveva in quegli anni nei confronti del potere legislativo (vedi M. Patrono, *La costituzione vivente*, in G. Sacerdoti Mariani, A. Reposo, M. Patrono, *Guida alla costituzione degli Stati Uniti d'America*, Sansoni, Firenze, 1991, p. 62 ss.) e la maggioranza democratica al Congresso.

[162] 87 Stat. 839.

[163] 88 Stat. 633.

[164] Così lo definisce T. Conlan, *From new federalism to devolution*, cit., p. 54.

[165] In particolare, alle attività poco vincolate, ossia il vero e proprio *block grant*, viene attribuito il quarantadue per cento delle risorse, là dove le cifre restanti vengono invece destinate ai programmi vincolati. La prima percentuale, peraltro, verrà decurtata annualmente, espandendo sempre più il finanziamento dei programmi specifici: *ivi*, p. 63.

programma specifico che limiti con vincoli di destinazione i percipienti, ma solo che questi ultimi debbano presentare una domanda al dipartimento responsabile del programma, il quale distribuirà automaticamente le risorse sulla base di una formula a tre fattori: popolazione e numero di unità abitative sovraffollate contano rispettivamente per il venticinque per cento, mentre il numero di coloro che sono sotto una determinata soglia della povertà pesa per il restante cinquanta per cento[166]. Nell'*Housing and Community Development Act* sono inoltre esclusi, a carico dei percipienti, sia l'onere di un cofinanziamento sia l'obbligo, una volta ottenuta la sovvenzione, di svolgere audizioni presso il dipartimento stesso.

Anche tale provvedimento, tuttavia, vede modificare in parte la propria natura nel corso degli anni, con l'aggiunta di supervisioni e vincoli federali volti, di fatto, ad indirizzare i finanziamenti verso le attività ritenute prioritarie dal Congresso.

Tale «condizionalismo furtivo»[167], ossia l'apposizione dissimulata di vincoli ai trasferimenti intergovernativi, sembra terminare con l'amministrazione Reagan, che propone modelli compiuti di *block grants*, affidandone peraltro la gestione agli stati e non più agli enti locali, come avveniva in entrambi i provvedimenti del governo Nixon[168].

Nel 1981 viene così approvato l'*Omnibus Budget Reconciliation Act*[169] che riunisce in nove *block grants* centotrentanove preesistenti programmi di finanziamenti vincolati nei settori della sanità, dell'istruzione, dei servizi sociali e dello sviluppo delle comunità locali[170]: agli stati viene riconosciuta piena libertà di allocare i fondi all'interno di ciascun settore e perfino la possibilità, entro certi margini, di spostarli da una categoria all'altra[171]. Anche tale provve-

---

166 Vedi G.F. Break, *Financing government in a federal system*, cit., p. 177.

167 Vedi D.B. Walker, *The rebirth of federalism*, cit., p. 245.

168 Proprio l'applicazione di tali programmi, in realtà, aveva, secondo alcuni, mostrato l'inadeguatezza della struttura amministrativa locale alla gestione di tali programmi in assenza di supporto e controllo federale: vedi J.R. Aronson, J.L. Hilley, *Financing state and local governments*, cit., p. 54.

169 95 Stat. 357.

170 Sul provvedimento vedi A. Pierini, *Federalismo e welfare state nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti*, cit., p. 216 ss.

171 Per queste osservazioni vedi J.R. Aronson, J.L. Hilley, *Financing state and local governments*, cit., p. 56.

dimento, tuttavia, già a partire dalla stessa presidenza Reagan, viene in parte "ricategorizzato" dal Congresso: tra il 1983 e il 1991 l'*Omnibus Budget Reconciliation Act* subisce ben cinquantotto interventi con cui il Congresso sottrae risorse ai *block grants* per destinarle a nuovi *categorical grants*, avallando la tesi di coloro che considerano i finanziamenti "in blocco" uno strumento "instabile", destinato cioè ad essere ritrasformato in finanziamenti vincolati più adatti a perseguire specifici obiettivi nazionali[172].

Una nuova stagione per i *block grants* si apre, come abbiamo già avuto modo di ricordare[173], con la *Devolution Revolution* e il Centoquattresimo Congresso. Solo una parte delle proposte repubblicane viene accolta[174], ma nel 1996 viene comunque approvato il maggior *block grant* tuttora esistente: il *Temporary Assistance for Needy Families*, che rivoluziona il programma federale di sostegno per le famiglie a basso reddito. L'*Aid to families with dependent children*, il sistema di finanziamenti vincolati e condizionati con cui il governo federale si impegnava a rimborsare agli stati un'ampia percentuale[175] delle spese sostenute per il sostegno agli indigenti, viene sostituito da un *block grant* erogato agli stati. La cifra stanziata dalla federazione[176] viene ripartita tra i vari stati sulla base delle spese storiche, mentre una quota ulteriore di fondi viene assegnata sulla base della crescita della popolazione e del tasso di povertà: una volta ricevuti i finanziamenti, gli stati hanno ampi margini di discrezionalità sia nelle scelte di spesa sia nella determinazione dei criteri di accesso al *welfare*[177].

---

[172] Vedi P.L. Posner, M.T. Wrightson, *Block grants: a perennial, but instable, tool of government*, cit., p. 92 ss.

[173] Vedi *supra*, cap. I, § 13.

[174] La proposta, fondamentale nel programma di *Devolution Revolution*, di trasformare in *block grant* anche i programmi relativi all'assistenza sanitaria viene infatti bloccata dal veto del Presidente Clinton: vedi M.J. Rich, *Block Grants*, cit., p. 52.

[175] La percentuale del rimborso andava da un minimo del cinquanta per cento ad un massimo dell'ottanta per cento delle spese totali sostenute da ciascuno stato: vedi S.F. Schram, *Temporary Assistance for Needy Families Act*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, cit., p. 636.

[176] Si tratta di 16,5 miliardi di dollari l'anno. Per questi e ulteriori dettagli sul provvedimento vedi *TANF (Temporary Assistance for Needy Families*), scheda disponibile nel sito della *National Governors Association*, all'indirizzo http://www.nga.org/Files/pdf/FACTTANF.pdf.

[177] Sulla *ratio* del provvedimento, legata, secondo la dottrina maggioritaria, al federalismo competitivo, vedi *supra,* cap. I, § 13.

Il sistema dei *block grants*, collaudato definitivamente all'inizio degli anni Ottanta e tuttora utilizzato in una ventina di programmi federali di finanziamento[178], sembra risolvere diverse problematiche legate ai *categorical grants*: restituisce autonomia agli stati sia nella gestione delle attività sia nelle decisioni di spesa, semplifica i rapporti burocratici con la federazione[179], rafforza i bilanci statali non più vincolati dai cofinanziamenti richiesti dalla federazione.

I *block grants* appaiono, in breve, come uno strumento in grado di soddisfare sia gli stati sia la federazione: i primi recuperano autonomia; la seconda, pur mantenendo un certo potere di intervento attraverso l'imposizione di obiettivi e linee guida agli stati, ha soprattutto la possibilità di contenere la propria spesa entro somme prestabilite. Il sistema dei *categorical grants in aid*, infatti, non permette un controllo delle erogazioni federali poiché, nelle materie più importanti ed economicamente più onerose, quelle relative al welfare, questi hanno la caratteristica di essere *open-ended*, "a stanziamento aperto"[180], esponendo la federazione all'alea finanziaria che potrebbe derivare dall'aumento sia della popolazione sia del costo dei servizi. Il carattere *open-ended* di tali programmi, d'altro canto, riflette la tradizionale funzione di "rete di protezione" che tali servizi esercitano nei confronti delle fasce di popolazione più vulnerabili[181]. Con i *block grants*, invece, il governo federale può controllare le proprie spese poiché eroga quote fisse di finanziamenti, lasciando agli stati la libertà di decidere come utilizzare i fondi e quali standard di tutela garantire: in questo modo saranno gli stati a sostenere il costo sia di un ampliamento dei servizi offerti, sia soprattutto dell'eventuale incremento dei costi delle prestazioni.

Tale razionalizzazione delle spese federali, però, rende probabile una minore erogazione di servizi per gli utenti finali: gli stati infatti, soprattutto in momenti di crisi finanziaria, avranno la tendenza

---

178 M.J. Rich, *Block Grants*, cit., p. 53.

179 Nel 1984 il Presidente Reagan, ad esempio, riferì che il numero di relazioni che gli stati e gli enti locali dovevano presentare era stato ridotto del novanta per cento a seguito dell'introduzione dei *block grants* del 1981: vedi J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 124.

180 Vedi *supra*, § 6 e in particolare nota 114.

181 Vedi P.L. Posner, M.T. Wrightson, *Block grants: a perennial, but instable, tool of government*, cit., p. 89.

a contenere le spese riducendo i servizi, esponendosi inoltre alle già viste dinamiche del *race to the bottom*[182]. L'aggravio della situazione delle categorie più deboli non deriverebbe solo da eventuali difficoltà economiche degli stati a sostenere il costo dei servizi, ma, secondo alcuni osservatori[183], anche dal fatto che l'erogazione di *block grants* subordina la scelta di tutelare tali categorie alla volontà politica dei singoli enti percipienti, allentando così la tutela federale dei diritti sociali costruita tra il *New Deal* e gli anni Sessanta. I *block grants*, infatti, pur finanziando servizi di pubblica utilità, conferiscono benefici all'intera popolazione di una data zona geografica, al contrario del sistema dei *categorical grants* che aveva garantito un'erogazione mirata di sussidi e finanziamenti alle categorie più deboli, formalmente per decisione statale, di fatto per volontà della federazione che inseriva tali tutele tra le condizioni che gli stati dovevano rispettare per ottenere i trasferimenti.

Un ulteriore profilo problematico del sistema dei *block grants* riguarderebbe poi le formule di allocazione dei fondi; una volta identificati i macrointeressi per cui la federazione decide di erogare finanziamenti, occorre infatti individuare i criteri per definire l'ammontare di questi per ogni stato: un criterio utilizzato in alcune circostanze è stato quello di fissare l'entità dei finanziamenti in base alle finalità del programma, per cui, ad esempio, i trasferimenti per favorire l'occupazione sono stati erogati, sostanzialmente, in base al numero dei disoccupati[184]. In altri casi, come per il citato *Partnership for Health Act*, l'unico fattore di allocazione dei fondi è stato invece la popolazione.

Il primo genere di criterio tuttavia, sebbene logico, non tiene conto né dell'«alta fungibilità»[185] dei fondi, che in alcuni program-

---

[182] Vedi P.L. Posner, M.T. Wrightson, *Block grants: a perennial, but instable, tool of government*, cit., pp. 101-102 e, sul fenomeno del *race to the bottom* vedi *supra*, § 5c.

[183] Vedi G.F. Break, *Financing government in a federal system*, cit., p. 174.

[184] *Ivi*, p. 175 ss. L'autore cita a titolo esemplificativo il *Comprehensive Employment and Training Act* del 1973 (82 Stat. 839), per la formazione professionale ed occupazione, i cui fondi vennero allocati tra gli stati in base al tasso di disoccupazione e all'incidenza delle famiglie a basso reddito, fattori entrambi correlati alle finalità del programma.

[185] *Ivi*, p. 175.

mi[186] possono essere destinati anche ad attività differenti da quelle per le quali sono stati concessi, né, soprattutto, della generale condizione economica dei vari stati. Di quest'ultima peraltro non tengono conto neanche i *block grants* erogati in base al solo dato demografico.

È per questi motivi che la dottrina sottolinea la necessità di utilizzare criteri allocativi che, più che basarsi sulle finalità specifiche del programma, tengano prevalentemente conto di fattori più generali, quali la già citata popolazione, ma anche la capacità fiscale. Entrambi tali fattori, sebbene utilizzati anche in alcuni programmi di *block grants*[187], sono in realtà la caratteristica peculiare del terzo modello di finanziamento intergovernativo, quello – non vincolato – del *general revenue sharing*.

9. *Erogazioni senza vincoli di destinazione: il* general revenue sharing

Durante l'amministrazione Nixon viene varato il primo programma di trasferimenti intergovernativi non vincolati: il *general revenue sharing*. Come suggerisce lo stesso termine, letteralmente traducibile come "condivisione delle entrate generali", tale sistema prevede l'erogazione agli enti territoriali di una quota delle entrate federali, con vincoli minimi o nulli a carico del percipiente[188].

Tale modello di finanziamento era stato proposto da alcuni autori sin dalla fine degli anni Trenta[189], ma solo all'inizio degli anni Settanta, sulla scia delle istanze di maggior autonomia statale fatte proprie dal Nuovo Federalismo e delle sollecitazioni provenienti da

---

186 Vedi il citato *Omnibus Budget Reconciliation Act.*

187 Vedi *supra*, il *Community Development Block Grant* la cui formula allocativa, come abbiamo visto, tiene conto delle unità abitative sovraffollate, ma anche della popolazione e del tasso di povertà.

188 Vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Categorical Grants: Their role and design*, cit., p. 6; R. Bamberger, *Revenue Sharing*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, cit., p. 544.

189 Vedi H.C. Simons, *Personal income taxation: the definition of income as a problem of fiscal policy*, University of Chicago Press, Chicago, 1938, p. 214 ss.

economisti quali Walter Heller[190], Richard Nixon riesce a far approvare lo *State and Local Fiscal Assistance Act*[191].

Con tale provvedimento legislativo, adottato nel 1972, viene istituito il primo programma statunitense di *general revenue sharing*[192], consistente in un programma di trasferimenti a stati ed enti locali che esclude, per i primi, ogni vincolo di destinazione e prevede invece, per i secondi, vincoli molto blandi. Gli enti locali infatti, in base alla sezione 103 del provvedimento, devono investire le risorse ricevute in «categorie prioritarie di spesa», coincidenti con: pubblica sicurezza, protezione ambientale, trasporti pubblici, sanità, spettacolo, biblioteche, servizi sociali per indigenti e anziani, servizi relativi all'amministrazione finanziaria dell'ente[193]. Salvo il divieto di spendere al di fuori di tali settori, gli enti locali godono di una completa discrezionalità sulle decisioni di spesa, avendo inoltre a disposizione buona parte delle risorse erogate dalla federazione. Il procedimento di allocazione disegnato dallo *State and Local Fiscal Assistance Act*, infatti, prevede l'individuazione dei fondi da destinarsi a ciascuno stato e, successivamente, l'assegnazione di un terzo di tale importo ai governi statali, mentre i restanti due terzi vengono assegnati direttamente agli enti locali.

---

[190] Secondo Heller il *general revenue sharing* era necessario per superare il *fiscal drag*, l'aumento eccessivo del prelievo federale a causa dell'inflazione. Quest'ultima infatti "gonfiando" i redditi produceva, a causa della progressività dell'imposta sul reddito, un'eccessiva pressione fiscale sui cittadini. Gli stati, invece, la cui fiscalità era determinata in misura minore dall'imposta sul reddito, affrontavano nello stesso periodo il problema opposto della bassa crescita delle entrate così che le risorse mancavano proprio negli enti territoriali preposti all'erogazione dei maggiori servizi: vedi W.W. Heller, *New dimensions of political economy*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1966, pp. 144-145; G.F. Break, *Financing government in a federal system*, cit., pp. 143-144.

[191] 86 Stat. 919.

[192] L'espressione *general revenue sharing* richiama il concetto della ripartizione del gettito dell'imposta federale sul reddito individuale. Il provvedimento adottato dall'amministrazione Nixon prevede però non la distribuzione di una quota del gettito ma di una percentuale della base imponibile ed in particolare l'1,3 per cento: vedi M. Rey, *Aspetti finanziari del federalismo negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 130 e 134.

[193] Sul punto vedi la pubblicazione curata dallo stesso ufficio del *Revenue Sharing* istituito presso il Dipartimento del Tesoro: vedi Department of the Treasury-Office of Revenue Sharing, *What is General Revenue Sharing?*, Washington, 1973, p. 14 ss.

All'assenza di vincoli di destinazione si unisce, per tutti gli enti percipienti, l'assenza sia di ogni forma di cofinanziamento sia di controlli ad opera dell'amministrazione federale: «con il *general revenue sharing* – come è stato scritto – la discrezionalità dei percipienti è realmente priva di controllo»[194].

Diverse sono le esigenze cui il nuovo sistema va incontro. Esso, in primo luogo, «porta a compimento la logica dei *block grants*»[195], prendendo atto della maggiore idoneità della federazione a realizzare il drenaggio fiscale e di quella invece degli enti territoriali ad ottimizzare l'*an* e il *quantum* della spesa; in secondo luogo tale sistema incrementa notevolmente l'autodeterminazione statale sia in quanto rafforza l'autonomia decisionale degli organi politici, ormai affrancati dalle ingerenze della burocrazia federale, sia in quanto sottrae i bilanci statali ai vincoli eterodeterminati derivanti dal cofinanziamento dei programmi federali. Grazie ai criteri di allocazione delle risorse, infine, il *general revenue sharing* ha funzioni di perequazione tra enti territoriali con diversa capacità fiscale.

Proprio i criteri di assegnazione delle risorse furono tuttavia, prima dell'approvazione del provvedimento, oggetto di ampio dibattito, al termine del quale i parametri generali che emersero furono essenzialmente tre: necessità[196], capacità fiscale e sforzo fiscale[197].

La specificazione di tali criteri generali, al momento dell'individuazione della formula allocativa tra i vari stati[198], divise il Congresso, mostrando in particolare una cesura tra le proposte che prevalevano alla Camera e quelle che prevalevano al Senato[199]. Il compromesso fu realizzato includendo nel provvedimento due for-

---

194 Vedi D.B. Walker, *The rebirth of federalism*, cit., p. 244.

195 Vedi T. Conlan, *From new federalism to devolution*, cit., p. 65.

196 Elemento di misura della necessità è come vedremo, in tutto il provvedimento, l'entità della popolazione.

197 Su tali criteri e più specificatamente sulle formule di allocazione delle risorse vedi ampiamente M. Rey, *Aspetti finanziari del federalismo negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 135 ss.

198 Le risorse tra gli enti locali venivano distribuite in base alla popolazione, al reddito pro capite (ovviamente in proporzione inversa) e allo sforzo fiscale: vedi J.R. Aronson, J.L. Hilley, *Financing state and local governments*, cit., p. 57.

199 I criteri di allocazione parzialmente differenti proposti nei due rami rispecchierebbero, come è stato notato, i diversi interessi sostenuti in questa circostanza da Camera e Senato; la prima si è mostrata infatti più incline a tutelare le

mule differenti, ciascuna proposta in un ramo del legislativo, con la clausola che sarebbe stata applicata a ciascuno stato la formula più vantaggiosa, salvo gli adeguamenti in diminuzione percentuale, uniforme per tutti gli stati, necessari ad evitare il superamento del tetto di spesa fissato dal provvedimento stesso. La formula che era stata proposta dal Senato, in particolare, prevedeva la ripartizione dei fondi tra i vari stati in base alla popolazione, allo sforzo fiscale[200] e al reddito relativo, costituito dal rapporto tra reddito pro capite nazionale e reddito pro capite statale. Nella formula della Camera dei Rappresentanti, a tali fattori se ne aggiungevano altri due: la popolazione urbanizzata ed il gettito dell'imposta statale sul reddito individuale.

Entrambe tali formule, peraltro, sono state oggetto di critica da parte della dottrina per quanto concerne i fattori indicativi del bisogno, ossia la popolazione ed il reddito personale. È stato notato, infatti, come questi criteri siano parziali e andrebbero completati con altri maggiormente indicativi della condizione economica dello stato, quali la percentuale delle famiglie sotto la soglia della povertà o il costo spesso differente che nei diversi stati i governi devono sopportare per fornire gli stessi standard di servizi[201].

Tali imprecisioni segnalate dalla dottrina sono state forse una delle cause dello scarso effetto perequativo realizzato di fatto dal progetto nixoniano: nel 1982, dieci anni dopo l'approvazione della legge, l'Ufficio del Bilancio del Congresso calcolava che le disparità fiscali tra i vari stati erano state ridotte tramite il *general revenue sharing* del solo due per cento. Tale fallimento, tuttavia, è stato dovuto anche, secondo alcuni osservatori[202], al breve tempo di sperimentazione del modello: nel 1980, infatti, le buone condizioni eco-

---

aree urbane, il secondo a favorire quelle rurali: così M. Rey, *Aspetti finanziari del federalismo negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 135.

[200] Calcolato come rapporto tra il gettito complessivo delle imposte statali e locali, e il reddito personale dei residenti nello stato: sono escluse dalla misura dello sforzo fiscale le entrate tariffarie. Sul punto *ivi*, p. 144, nota 27.

[201] Per una disamina delle principali critiche mosse dalla dottrina ai criteri di allocazione del *general revenue sharing* varato nel 1972 vedi G.F. Break, *Financing government in a federal system*, cit., p 148 ss.

[202] Vedi J.R. Aronson, J.L. Hilley, *Financing state and local governments*, cit., p. 58.

nomiche degli stati, unite al crescente deficit federale, condussero il Congresso ad escludere gli stati dal programma di finanziamento, per poi interromperlo definitivamente, anche per gli enti locali, sei anni dopo[203].

A queste lacune del programma, emerse in sede di attuazione, se ne aggiungono altre evidenziate dagli studiosi[204] già al varo del progetto: il *general revenue sharing*, in particolare, accrescerebbe l'autonomia degli stati diminuendone però parallelamente la responsabilità. Con tale sistema non solo, come in tutti i trasferimenti intergovernativi, il governo che spende non è lo stesso che esige le tasse, risultando così politicamente deresponsabilizzato, ma manca anche ciò che nelle altre forme di finanziamento è almeno presente: l'obbligo per gli stati di rendere conto del proprio operato alla federazione. A chi, in breve, rispondono gli amministratori statali e locali per le loro decisioni di spesa? Alla federazione in modo pressoché inesistente; ai loro elettori in modo molto blando poiché non sopportano la responsabilità politica della tassazione, che è svolta infatti dal governo nazionale.

A tali critiche, ispirate dagli ideali di un federalismo competitivo[205], che massimizzi autonomia e responsabilità per gli stati, si aggiungono quelle, di ispirazione *liberal*, di coloro che, pur vedendo il potenziale effetto perequativo del programma fra i vari enti territoriali, ne sottolineano tuttavia l'assoluta inadeguatezza a realizzare politiche mirate di sostegno alle classi indigenti. Come già sostenuto in riferimento ai *block grants*, la dottrina sottolinea, con più vigore in relazione al *general revenue sharing*, l'impossibilità di incidere sulle scelte politiche degli stati per imporre, come può essere fatto solo con i *categorical grants*, politiche di promozione dei diritti sociali.

---

[203] Si tenga presente che il *general revenue sharing* non era mai diventato una fonte prevalente per le finanze statali. Al termine degli anni Settanta, quando ormai il programma era attivo da vari anni e prima che venisse cessato nei confronti degli stati esso rappresentava solo il 12% delle erogazioni federali, mentre il 15% era composto di *block grants* e il 73% di *categorical grants*: R. Bamberger, *Revenue Sharing*, cit., p. 545.

[204] Individua le principali critiche mosse al sistema del *general revenue sharing* J.F. Zimmerman, *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, cit., p. 125.

[205] Su cui vedi *supra*, cap. I, § 13.

Dopo l'interruzione del programma nixoniano, avvenuta come abbiamo visto tra il 1980 e il 1986, il modello di finanziamento del *general revenue sharing* non ha trovato ulteriori applicazioni. Solo nel 2003 il dibattito politico-istituzionale, sollecitato dalla crisi fiscale che gli stati attraversavano in quel periodo[206], ha dedicato nuova attenzione a tale strumento: lo squilibrio fiscale verticale, i rigidi vincoli di bilancio che gli stati prevedono spesso nelle stesse costituzioni, la centralità degli enti sub-federali come erogatori di servizi sono alcuni degli argomenti riproposti in quell'occasione a favore di una forma di finanziamento non vincolato[207]. L'esito nel 2003 fu tuttavia solo un provvedimento *una tantum*: il Congresso stanziò infatti dieci miliardi di dollari da erogare agli stati sulla base dell'entità della popolazione[208]. Il tema, tuttavia, potrebbe essere nuovamente oggetto di attenzione: la generale crisi finanziaria, palesatasi negli ultimi mesi del 2008, e la crescente crisi fiscale degli stati sembrano infatti aver riacceso il dibattito sull'opportunità di un programma federale di *general revenue sharing*[209].

Ancora aperta, in definitiva, è la questione della forma più adeguata tra i modelli di finanziamenti intergovernativi, che, come abbiamo visto, rispondono ciascuno ad esigenze differenti. Non è un caso forse che, nel 1967, l'*Advisory Commission on Intergovernmental Relations* sostenne in uno dei suoi pareri l'opportunità di un sistema di finanziamento agli enti territoriali che comprendesse tutte le tipologie di trasferimenti: erogazioni generali senza vincoli, per perequare tra i vari stati e permettere agli enti territoriali di

---

[206] In tema cfr. W.F. Fox, *Three Characteristics of Tax Structures Have Contributed to the Current State Fiscal Crises*, (4 agosto 2003), consultabile nel sito dell'*Urban Institute-Brookings Institution Tax Policy Center*, http://www.taxpolicycenter.org/.

[207] Vedi il seguente dossier dell'Ufficio Studi del Congresso: S. Maguire, *General Revenue Sharing: Background and Analisys*, 23 maggio 2003 (*order code* RL 31936), p. 8 ss., disponibile nel sito web dell'*Open Congressional Research Service,* http://opencrs.cdt.org.

[208] Vedi l'aggiornamento del citato dossier: S. Maguire, *General Revenue Sharing: Background and Analisys*, 9 gennaio 2009 (*order code* RL 31936), p. 2, disponibile nel sito web dell'*Open Congressional Research Service*, http://opencrs.cdt.org.

[209] Tale opportunità è appunto causa e oggetto della seconda edizione del dossier dell'Ufficio Studi del Congresso i cui estremi sono ricordati nella nota precedente.

destinare fondi alla risoluzione dei problemi specifici del loro territorio; *block grants* per concedere flessibilità di decisione e spesa «in ampie aree funzionali di interesse nazionale»; e finanziamenti vincolati, per sostenere programmi «in specifiche aree di interesse nazionale» e promuovere la sperimentazione «dove l'interesse nazionale lo suggerisce»[210].

10. *Vincoli senza finanziamenti: gli* unfunded federal mandates

Estremamente interessanti, nell'ottica di una analisi degli strumenti di tutela delle istanze unitarie sono, come abbiamo già visto[211], i mandati federali, i *federal mandates*.

Tale tipologia di provvedimento è spesso oggetto di forti critiche non solo perché, come si è detto, rappresenta una forma di coazione della volontà degli stati, ma anche perché spesso, pur richiedendo comportamenti onerosi agli enti territoriali, non prevede alcun finanziamento a sostegno degli obblighi imposti, costituendo in questo modo un *unfunded federal mandate*, un mandato federale non finanziato. Il risultato, così, è che la federazione realizza politiche di unificazione senza sopportarne i costi, che gravano invece sugli stati. Si pensi ad esempio all'attività esecutiva spesso richiesta dai *direct orders*, i cui costi organizzativi, salvo parziali finanziamenti federali, incidono sostanzialmente sui bilanci degli enti territoriali[212].

---

[210] L'opinione dell'ACIR è ricordata dalla stessa Commissione in Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *General Revenue Sharing: an ACIR re-evaluation*, A-48, 1974, pp. 47-48: «In 1967 this Commission called for a three-part Federal aid mix consisting of: 1) A reformed system of categorical grants in aid to stimulate and support programs in specific areas of national interest (such as air and water pollution abatement) and to promote experimentation and demonstration where the national interest dictates. 2) Block grants, through both the consolidation of existing categories and through starting initially in appropriate new fields to give states and localities greater flexibility in meeting needs in broad functional areas of national interest. 3) General support payments (no-strings general revenue sharing) to equalize fiscal resources and to allow states and localities to devise their own priorities to help solve their own unique and most crucial problems».

[211] Vedi *supra*, cap. III, § 3.

[212] I finanziamenti federali in questi casi sono minimi o più spesso assenti: vedi Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Federally induced costs affecting state and local governments*, cit., p. V.

Esempio di *unfunded federal mandate* è il provvedimento adottato dal Congresso dopo l'attacco terroristico avvenuto a New York l'11 settembre del 2001: lo *USA Patriot Act*[213] infatti, fra le tante misure previste per impedire nuovi attacchi terroristici, impone a stati ed enti locali il rispetto di ampi programmi di prevenzione che implicano l'acquisto di sistemi di sicurezza, la formazione di personale e vari costi amministrativi, senza tuttavia erogare risorse sufficienti a coprire tali costi[214].

Altro esempio di *unfunded federal mandate* è la *crossover sanction* prevista nello *State Comprehensive Mental Health Service Plan Act*[215] del 1986, che ha richiesto agli stati, con una copertura economica solo parziale, di sviluppare un organico piano di servizio per la salute mentale, prevedendo, quale sanzione in caso di inadempimento del mandato, una decurtazione dei finanziamenti già spettanti agli stati in base all'*Alcohol, Drug, Abuse and Mental Health Block Grant*.

Diverse e di varia natura sono le critiche mosse alla categoria degli *unfunded federal mandates*. In primo luogo essi vengono contestati per il forte aggravio che costituiscono per i bilanci statali: l'effetto cumulativo del crescente numero di mandati federali ha rappresentato, infatti, soprattutto dopo l'interruzione del programma del *revenue sharing* nel 1980, un motivo di grande difficoltà per gli stati, le cui costituzioni spesso richiedono il rispetto di un limite per il debito pubblico se non addirittura il pareggio di bilancio[216]. Si consideri, a titolo esemplificativo, che solo tra il 1983 e il 1990 è stato calcolato che i mandati federali abbiano aggravato i bilanci di stati ed enti locali di oltre ventotto miliardi di dollari[217].

---

[213] 115 Stat. 272.

[214] Sul *Patriot Act* come *unfunded federal mandate* vedi E.G. Williams, *USA Patriot Act of 2001*, in J.R. Marbach, E Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, cit., p. 680.

[215] 100 Stat. 3794.

[216] *Ivi*, p. 131. I mandati federali più onerosi sono spesso quelli in materia ambientale: è stato calcolato, ad esempio, che il *National Primary Drinking Water Regulations* del 1993, imponendo nuovi standard di purificazione dell'acqua potabile, sarebbe costato solo alla cittadina di Columbus nell'Ohio ottanta milioni di dollari: vedi P. Gillmor, F. Eames, *Reconstruction of federalism: a constitutional amendment to prohibit unfunded mandates*, in «Harv. J. on Legis.», 1993, XXXI, p. 395 ss.

[217] P. Posner, *Unfunded mandates*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, cit., p. 654.

Oltre alle perplessità di natura finanziaria la prassi degli *unfunded federal mandates* ha sollevato forti critiche di natura politica, in quanto, creando vincoli per i bilanci statali, disattende ancora una volta la logica dell'autonomia politica di ciascuno stato[218], autonomia che si estrinseca *in primis* nelle decisioni di spesa. Tali provvedimenti, inoltre, sono stati contestati anche in termini di efficienza poiché tale sistema, impegnando varie risorse degli enti territoriali, impedisce loro di destinare fondi a servizi e attività che rispondano a esigenze più impellenti in ciascuna realtà locale.

A tali valutazioni politico-economiche se ne aggiunge una di carattere prettamente giuridico: l'uso di *unfunded federal mandates* violerebbe il X emendamento, inteso – ne abbiamo già discusso in una parte precedente del volume[219] – non semplicemente quale criterio residuale di attribuzione delle competenze, ma quale limite autonomo all'esercizio dei poteri federali, limite in grado di preservare una sfera di autonomia per gli stati anche in casi in cui un potere enumerato sia in grado di legittimare potenzialmente la legislazione federale[220].

Tali valutazioni critiche degli *unfunded mandates*, fatte proprie tanto dalla dottrina quanto dai governi territoriali, hanno sollecitato a tal punto il dibattito politico che nel 1995, nel contesto della *Devolution Revolution*[221], è stato approvato l'*Unfunded Mandates Reform Act*[222], al fine di circoscrivere tale fenomeno.

Il dibattito era ormai così maturo che già due anni prima il deputato repubblicano Gillmor aveva addirittura avanzato la proposta di un apposito emendamento costituzionale che vietasse al Congresso «di adottare ogni previsione normativa che avesse l'effetto di richiedere agli stati o ai governi locali la spesa di fondi non federali per conformarsi ad una legge federale», a meno che il Congresso non prevedesse

---

[218] Vedi E.A. Zelinsky, *Unfunded mandates, hidden taxation and the Tenth amendment: on public choice, public interest, and public service*, in «Vand. L. Rev.», 1993, XLVI, p. 1355 ss.

[219] Vedi *supra*, cap. III, §§ 4-8.

[220] Analizza questo profilo e anche le altre criticità degli *unfunded federal mandates* R.W. Adler, *Unfunded mandates and fiscal federalism: a critique*, cit. Sulla potenziale violazione del X emendamento vedi in particolare p. 1193 ss.

[221] Vedi *supra*, cap. I, § 13.

[222] 109 Stat. 48.

forme di rimborso[223]. Non fu percorsa, tuttavia, una soluzione così radicale: venne invece adottato, nel 1995, un provvedimento legislativo ordinario che peraltro non vietava l'adozione di tali strumenti[224], ma la razionalizzava, aggravandone la procedura parlamentare per la loro approvazione[225].

La principale finalità del provvedimento, individuata nella sezione seconda dell'atto stesso, è quella di porre fine, in assenza di una ponderata valutazione da parte del Congresso, all'imposizione, a governi statali e locali, di *direct orders*[226] privi di un adeguato finanziamento federale, e destinati quindi a sacrificare altre priorità essenziali di quei governi[227].

Sono escluse dall'applicazione di tale disciplina, però, alcune tipologie di mandati federali poste a tutela di interessi che il legislatore ha ritenuto prevalenti rispetto alle difficoltà di varia natura che gli *unfunded mandates* cagionano agli stati; la disciplina, ad esempio, non è applicata ai mandati federali che garantiscano diritti costituzionali, a quelli che vietino ogni forma di discriminazione, impongano forme di rendicontazione e relazioni per la concessione di fondi federali o che siano comunque «necessari per la sicurezza nazionale»[228].

---

[223] Vedi il testo dell'emendamento proposto e un commento dello stesso deputato Gillmor in P. Gillmor, F. Eames, *Reconstruction of federalism: a constitutional amendment to prohibit unfunded mandates*, cit., *passim*.

[224] Sottolinea questo profilo, già all'indomani dell'adozione della legge, P. Peterson, *The price of federalism*, cit., p. XI.

[225] Su questo vedi R.W. Adler, *Unfunded mandates and fiscal federalism: a critique*, cit., p. 1151; Note, *Congress requires a separate, recorded vote for any provision establishing an unfunded mandate*, in «Harv. L. Rev.», 1995, CIX, p. 1472; T. Conlan, *From new federalism to devolution*, cit., p. 258 ss.

[226] Nonostante il titolo del provvedimento sembri riferirsi a tutte le categorie note di *federal mandates*, l'*Unfunded Mandate Reform Act* incide in realtà solo sull'approvazione degli ordini diretti. Sono infatti esclusi dall'applicazione del provvedimento sia le condizioni apposte ai *grants* sia i casi di *preemption* parziale: vedi P.L. Posner, *Unfunded Mandates Reform Act: 1996 and Beyond*, in «Publius», 1997, XXVII, p. 54.

[227] Vedi sez. 2, punto (2).

[228] Sono altresì esclusi: i provvedimenti necessari a fornire assistenza a stati o enti locali in situazioni di emergenza, quelli necessari alla ratifica o esecuzioni di obblighi internazionali, quelli relativi ai programmi di sicurezza sociale per anziani, superstiti e disabili: vedi del provvedimento (109 Stat. 48) la sezione 4 (*Exclusions*). Critica tali esclusioni Michael Greve secondo cui *l'Unfunded Mandates Reform Act* è «così pieno di eccezioni e definizioni da renderlo completamente ineff-

Lo scopo di ridurre o quantomeno razionalizzare l'adozione di *unfunded mandates* è perseguito prevedendo che i «provvedimenti contenenti obblighi giuridicamente vincolanti»[229] per i governi territoriali debbano essere sottoposti, prima della loro approvazione, al controllo del *Congressional Budget Office*, il quale valuterà gli effetti di ogni mandato che si prospettasse oneroso per gli stati, riferendo su quelli che possano avere un costo d'attuazione superiore ai cinquanta milioni di dollari l'anno. Ogni membro di ciascuna Camera, a sua volta, potrà sollevare una mozione d'ordine ogniqualvolta dovesse mancare tale analisi preventiva oppure quando questa dovesse rivelare un costo superiore ai cinquanta milioni di dollari, in assenza di un pieno finanziamento federale. In entrambi i casi il provvedimento potrà essere comunque adottato, ma solo tramite un apposito voto delle due Camere[230].

L'*Unfunded Mandate Reform Act* non impedisce pertanto l'adozione di *direct orders* onerosi per gli stati, ma mira, quantomeno, ad incrementare la responsabilità politica del Congresso nell'adozione di tali provvedimenti.

Anche tale finalità, tuttavia, sembra essere stata raggiunta solo parzialmente poiché il Congresso tende ad evitare la procedura prevista dall'*Unfunded Mandate Reform Act* utilizzando le tipologie di mandati federali escluse dal provvedimento[231] o, in alternativa, mantenendo il costo per gli stati, di ciascun *federal mandate*, al di sotto dei cinquanta milioni di dollari l'anno[232].

---

ficace»: vedi M.S. Greve, *Real Federalism. Why it happens, How it could happen*, American Enterprise Institute, Washington D.C., 1999, p. 121.

[229] Letteralmente: *provision that impose an enforceable duty*. Vedi sez. 421 del *Congressional Budget and Impoundment Act* del 1974, come modificato dal tit. I dell'*Unfunded Mandates Reform Act*.

[230] Vedi sez. 101, 425 (a) (2). Sul punto anche Note, *Congress requires a separate, recorded vote for any provision establishing an unfunded mandate*, cit., p. 1471.

[231] P.L. Posner, *Unfunded mandates*, cit., p. 654.

[232] Id., *Unfunded Mandates Reform Act: 1996 and Beyond*, cit, p. 57 ss.

11. *La giurisprudenza sulle condizioni apposte ai finanziamenti: una questione irrisolta?*

Come già ampiamente sottolineato, i trasferimenti intergovernativi, soprattutto nella forma dei *conditional grants,* si sono trasformati in veri strumenti di regolamentazione nelle mani del governo federale, idonei ad incidere su materie escluse dai poteri enumerati.

L'inevitabile questione giuridica sottesa a tale uso del potere di spesa è la legittimità delle condizioni imposte agli stati, proprio nella misura in cui esse si trasformano in strumenti di "normazione di fatto".

La questione ha cominciato a porsi in particolare all'attenzione della Corte suprema dopo l'introduzione, nel 1913, del XVI emendamento che, come abbiamo visto[233], consentendo al Congresso di imporre tributi su ogni tipo di reddito e senza alcun vincolo di proporzionalità con le popolazioni statali, ha assicurato alla federazione ampi mezzi finanziari, dei quali era stata sprovvista fino ad allora. L'aumento del potenziale di spesa federale, insieme agli ideali dello stato democratico sociale che cominciavano ad affermarsi, spingono infatti il governo di Washington ad utilizzare il potere di spesa per intervenire su materie tradizionalmente statali, aumentando il numero dei trasferimenti intergovernativi e con esso le condizioni per erogarli: nel 1923 la Corte suprema decide per la prima volta sulla costituzionalità dei trasferimenti condizionati.

Oggetto di giudizio, nel caso *Massachusetts vs. Mellon*[234], è il *Maternity Act*[235] del 1921 che prevedeva sistemi di finanziamento per ridurre la mortalità infantile e delle partorienti, imponendo contestualmente, alle agenzie statali competenti, di fornire alla federazione relazioni periodiche sulle modalità di impiego dei fondi. La legge prevedeva inoltre che un'agenzia federale appositamente istituita potesse sospendere i finanziamenti agli stati che adottassero decisioni di spesa inadeguate.

La materia oggetto di finanziamento, secondo il *petitioner*, è

---

233 Vedi *supra*, § 1.
234 262 U.S. 447 (1923).
235 42 Stat. 224.

inequivocabilmente di competenza statale e le condizioni contenute nella legge costituiscono conseguentemente, in violazione del X emendamento, «un efficace strumento per indurre gli stati a rinunciare ad una porzione dei diritti di sovranità»[236].

A tali argomentazioni la Corte risponde che il provvedimento «non richiede agli stati di fare o cedere alcunché. E anche nel caso in cui il Congresso abbia approvato il provvedimento con il fine ulteriore di costringere (gli stati) a cedere, quella finalità può essere efficacemente frustrata con la scelta di non cedere»[237]. In breve, a parere della Corte, l'erogazione di finanziamenti previo rispetto di determinate condizioni non è incostituzionale, poiché gli stati non sono obbligati ad accettare tali condizioni, ma possono evitarle rinunciando ai finanziamenti stessi: gli stati che non gradiscono le condizioni sono liberi di non accettarle e ciò esclude invasioni di competenza da parte della federazione[238]. Come spiegherà esplicitamente la Corte suprema in una successiva decisione, lo schema è sostanzialmente quello di «un contratto: in cambio di fondi federali gli stati accettano di adempiere le condizioni imposte dalla federazione»[239].

Negli anni che seguono il caso *Mellon*, tuttavia, la crescente dipendenza economica degli stati dai trasferimenti federali fa sì che la

---

[236] *Massachusetts vs. Mellon*, cit., p. 480.

[237] *Ivi*, p. 482.

[238] La *ratio decidendi* del caso *Mellon* venne ribadita nella decisione *Oklahoma vs. Civil Service Commission* (330 U.S. 127, 1947), nella quale la Corte sostenne la legittimità dell'*Hatch Act* (53 Stat. 1147, 1939; emendato da 54 Stat. 767, 1940) che riconosceva fondi federali ai governi statali a condizione che gli stati limitassero la possibilità di svolgere attività politica a molte categorie di loro impiegati. Scrive la Corte che «il fine perseguito dal Congresso attraverso l'*Hatch Act* è un miglior servizio pubblico richiedendo a coloro che amministrano i fondi per esigenze nazionali di astenersi dall'attività politica. Così anche se l'azione adottata dal Congresso ha effetti su certe attività all'interno dello stato, non si è mai pensato che questo effetto possa rendere invalido l'atto federale». L'Oklahoma, prosegue la Corte, ha scelto di non rimuovere un suo impiegato che svolgeva attività politica, preferendo rinunciare ai finanziamenti; in ciò «noi non vediamo alcuna violazione della sovranità statale […]. L'Oklahoma ha adottato "il semplice espediente" di non cedere a ciò che esso vedeva come una coercizione federale»: *ivi*, pp. 143-144.

[239] Vedi *Pennhurst State School and Hospital et al. vs. Halderman et al.*, 451 U.S. 1 (1981), p. 17 e sulla *contract thesis* D.E. Engdahl, *The contract thesis of the federal spending power*, in «S. D.L. Rev.», 2007, LII, p. 496 ss.

Corte suprema cominci ad elaborare una giurisprudenza più complessa che sembra prevedere limiti all'apponibilità di condizioni ai finanziamenti intergovernativi.

Nel 1936, infatti, nella decisione *United States vs. Butler*[240], la Corte dichiara incostituzionale l'*Agriculture Adjustment Act*[241], un programma di finanziamenti condizionati. Il caso, già in parte analizzato[242], riguardava un provvedimento varato dal governo Roosevelt per combattere il fenomeno del crollo dei prezzi dei prodotti agricoli; esso prevedeva sia la tassazione di coloro che eccedevano determinate soglie di produzione, sia l'erogazione di sussidi a coloro che invece avessero ridotto i propri raccolti, intervenendo così in una materia, l'agricoltura, tradizionalmente di competenza statale. In quell'occasione, pur offrendo, come abbiamo visto, un'interpretazione estensiva del *taxing and spending power*, la Corte rileva l'incostituzionalità delle condizioni apposte ai sussidi, affermando che «se al posto di una disciplina obbligatoria su materie riservate agli stati, cosa vietata, il Congresso potesse invocare il potere di tassare e spendere come strumento per raggiungere il medesimo fine, la clausola (che garantisce tale potere) diventerebbe lo strumento per un totale sovvertimento dei poteri di governo riservati agli stati»[243].

La Corte tuttavia, secondo parte della dottrina, non censura *tout court* l'uso di condizioni, ma distingue tra l'erogazione di fondi, associata a condizioni che definiscono solo le loro modalità di spesa, e un vero e proprio «acquisto coercitivo del consenso»[244], che si realizzerebbe quando coloro che percepiscono i fondi sono di fatto costretti a mantenere comportamenti che altrimenti non adotterebbero[245]. Solo questa seconda fattispecie sarebbe, secondo la Corte, illegittima. L'*Agriculture Adjustment Act*, poiché non prevede semplici condizioni che mirino a definire le modalità di spesa dei finan-

---

240 297 U.S. 1 (1936).

241 48 Stat. 31.

242 Vedi *supra*, § 2.

243 *United States vs. Butler*, cit., p. 75.

244 L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 836. Per un'interpretazione più piana del caso *Butler*, riconducibile alla mera incostituzionalità delle condizioni, vedi K.M. Sullivan, *Unconstitutional conditions*, in «Harv. L. Rev.», 1989, CII, p. 1431.

245 *United States vs. Butler*, cit, pp. 70-74.

ziamenti, ma prevede invece forme di tassazione per i lavoratori in agricoltura che eccedano determinate soglie di produzione e sovvenzioni ai contadini che al contrario riducano i propri raccolti[246], ha l'evidente finalità di indurre l'adozione di determinati comportamenti negli agricoltori, costituendo appunto un «acquisto coercitivo del consenso» e, pertanto, un provvedimento incostituzionale.

La distinzione accennata dai supremi giudici nel caso *Butler* sembra però scomparire nella giurisprudenza successiva della Corte che, dopo questa sentenza, non dichiarerà più incostituzionale alcun programma di spesa federale e sceglierà, a partire dal 1937, in questa come in molte altre materie, di sostenere un'interpretazione estensiva dei poteri federali e con essa il *New Deal* di Franklin Delano Roosevelt.

Nonostante l'assenza di decisioni di illegittimità costituzionale, la Corte suprema ha tuttavia continuato ad elaborare criteri atti a circoscrivere l'uso dei finanziamenti condizionati: il caso che la dottrina indica come riassuntivo delle attuali posizioni della giurisprudenza è *South Dakota vs. Dole*[247] del 1987, nel quale la Corte richiama in generale i limiti del potere di spesa e in particolare quelli dei finanziamenti condizionati. In tale decisione la Corte individua, a proposito della legittimità di questi ultimi, il c.d. «test in quattro parti»[248] in base al quale i finanziamenti condizionati sono validi purché: il programma di spesa sia nell'interesse generale, non vengano violate altre norme costituzionali, sia esplicita la natura condizionata dei finanziamenti e le condizioni da adempiere siano coerenti con la finalità del programma di spesa stesso.

In primo luogo, come evidente, viene richiamato il limite generale dello *spending power* federale, il quale, come richiesto dall'art. I, deve essere esercitato nel perseguimento del benessere generale[249].

In secondo luogo, la Corte sottolinea come, ovviamente, il Con-

---

[246] *Ivi*, pp. 74-75.

[247] 483 U.S. 203 (1987). Per la descrizione del caso concreto vedi *supra*, cap. III, § 3b.

[248] Vedi K. Sayers-Fay, *Conditional federal spending: a back door to enhanced free exercise protection*, in «Cal. L. Rev.», 2000, LXXXVIII, p. 1296 ss.

[249] Vedi *supra*, § 2.

gresso non possa utilizzare le condizioni per indurre gli stati a svolgere attività che siano contrarie alla Costituzione federale[250].

Tale criterio non esclude tuttavia che le condizioni imposte possano contravvenire alle costituzioni statali, richiedendo per il loro adempimento una revisione delle costituzioni stesse: ciò è dimostrato dalla sentenza *North Carolina vs. Califano*[251], adottata nel 1977 da una corte distrettuale del North Carolina e confermata dalla Corte suprema federale l'anno seguente[252].

In tale decisione i giudici federali ritengono non incostituzionale una legge del Congresso, il *National Health Planning and Resources Development Act*[253] del 1974 che subordinava l'erogazione di fondi per la sanità all'istituzione di apposite agenzie statali che avessero, tra l'altro, il compito di rilasciare una sorta di autorizzazione, definita "certificato di necessità", a coloro che intendessero costruire strutture o erogare servizi nel settore sanitario. Proprio tale tipo di certificazione autorizzatoria, già prevista da una precedente legislazione statale del North Carolina, era stata però oggetto di una specifica dichiarazione di incostituzionalità[254] da parte della Corte suprema di quello stato, così che solo un emendamento alla Costituzione statale avrebbe reso possibile adempiere le condizioni imposte dalla federazione. Alla luce di tali premesse, nel citato caso *Califano*, viene chiesto ai supremi giudici federali di dichiarare l'incostituzionalità della legge federale che, imponendo il rilascio di tali certificati come *conditio sine qua non* per l'ottenimento dei fondi, implicava una modifica costituzionale della carta fondamentale

---

[250] Vedi *South Dakota vs. Dole*, cit., p. 210.

[251] 445 F. Supp. 532 (1977). L'importanza della decisione è sottolineata da M.D. Gelfand, J.A. Mintz, P.W. Salsich, *State and Local Taxation and Finance*, cit., p. 133.

[252] 435 U.S. 962 (1978).

[253] 88 Stat. 2225.

[254] Vedi *In Re Certificate of Need for Aston Park Hospital* (282 N.C. 542, 1973). Nella sentenza la Corte suprema del North Carolina dichiara incostituzionale una norma statale sulla base della quale era possibile negare l'autorizzazione ad aprire nuovi ospedali privati in virtù della valutazione, svolta da una agenzia statale, che l'area prescelta dai privati fosse già servita da un numero sufficiente di strutture sanitarie: tale disposizione contrasta secondo la Corte con il principio del *due process* che richiede che ogni limitazione di libertà (in questo caso evidentemente di natura economica) debba essere fondata su un ragionevole motivo.

del North Carolina. I giudici, tuttavia, come anticipato, rigettano la questione ritenendo che «non è un motivo sufficiente per invalidare una condizione legittimamente correlata ad un interesse nazionale, il semplice fatto che a uno stato sia vietato adempiere a causa delle stranezze della sua Costituzione. […] La validità del potere costituzionale federale di imporre condizioni ai finanziamenti non può essere alla mercé delle costituzioni degli stati o delle decisioni delle loro corti»[255].

Il divieto, sopra ricordato, di indurre, tramite le condizioni apposte ai finanziamenti, condotte contrarie alla Costituzione federale, rappresenta tuttavia, come si diceva, solo il secondo dei quattro elementi richiesti dal caso *Dole* nel test di costituzionalità delle condizioni: il terzo requisito è che il Congresso, esigendo l'adempimento di certi comportamenti quale condizione per i trasferimenti, «lo faccia in modo non ambiguo, così da mettere in condizione gli stati di esercitare la loro scelta coscientemente, consapevoli delle conseguenze della loro accettazione»[256].

Quarto e ultimo requisito di validità, secondo la Corte, è che le condizioni debbano essere legate «all'interesse federale in particolari progetti o programmi nazionali»[257]: su tale ultimo elemento tuttavia la Corte non sembra esprimersi con nettezza. Nella decisione, infatti, i giudici, pur enunciando tale requisito, non specificano

---

[255] *North Carolina vs. Califano*, cit., p. 533.

[256] *South Dakota vs. Dole*, cit., p. 207. La stessa Corte cita quale precedente il caso *Pennhurst State School and Hospital vs. Halderman*, 451 U.S. 1 (1981). In quell'occasione la Corte sostenne la legittimità delle condizioni ai finanziamenti solo qualora fossero esplicite. Oggetto di giudizio era il *Developmentally Disabled Assistance and Bill of Rights Act* del 1975 (89 Stat. 486); tale provvedimento creava un programma di finanziamento federale per gli stati per fornire migliori cure ai disabili e includeva una Carta dei diritti per i disabili. La scuola statale di Pennhurst, gestita dal governo della Pennsylvania, era stata citata in giudizio per la violazione di tale Carta dei diritti. La Corte suprema, pronunciandosi a favore dello stato, sostenne che qualora il Congresso avesse voluto condizionare l'erogazione dei fondi al rispetto del catalogo dei diritti, avrebbe dovuto esplicitarlo chiaramente. Mancando tale requisito, lo stato della Pennsylvania non era tenuto a rispettarlo.

[257] La stessa Corte suprema, pur citando tale elemento tra quelli emersi nella propria giurisprudenza, sottolinea la scarsa elaborazione che tale concetto ha ricevuto nelle precedenti decisioni: cfr. *Massachussetts vs. United States* (435 U.S. 444, 1978; p. 461) nonché *Ivanhoe Irrigation Dist. vs. McCracken* (357 U.S. 275, 1958; p. 295).

se l'interesse federale cui le condizioni sono legate debba essere il medesimo sotteso all'erogazione dei finanziamenti. In sintesi: la federazione può condizionare l'erogazione di finanziamenti all'adozione di comportamenti che nulla hanno a che vedere con la *ratio* del trasferimento stesso?

Nel caso *South Dakota vs. Dole* oggetto di giudizio è, come si è già avuto modo di osservare[258], una norma federale che prevede la riduzione dei fondi per la manutenzione delle autostrade, agli stati che non alzino l'età minima per l'acquisto di alcolici a ventuno anni. La fattispecie concreta sembra quindi porre la Corte dinanzi a un caso tipico di condizione[259] slegata dalla *ratio* dei fondi: età minima per l'acquisto degli alcolici, da un lato, e costruzione di infrastrutture, dall'altro. Diverso è tuttavia il parere dei giudici supremi, i quali sostengono che la differenza di età per l'acquisto di alcolici, esistente tra i vari stati, incentiverebbe i giovani a viaggiare verso quegli stati, vicini al proprio, che richiedono un'età inferiore, favorendo quindi episodi di guida in stato di ebbrezza. La condizione imposta dal Congresso – afferma così la Corte – appare quindi «direttamente correlata ad una delle principali finalità per le quali sono stati concessi i fondi per le autostrade: la sicurezza nella circolazione interstatale»[260]. Pur avendone l'occasione, tuttavia, la Corte non afferma che l'identità tra la *ratio* delle condizioni e quella dei fondi sia *conditio sine qua non* per la validità della sanzione; al contrario, esplicitamente, in una nota a piè di pagina, pur richiamando la propria precedente giurisprudenza richiedente una "relazione", una "pertinenza" tra condizione e scopo dei trasferimenti[261], afferma che nel caso considerato l'evidente sussistenza del requisito e il mancato richiamo di esso da parte del *petitioner*, rendono inuti-

[258] Vedi *supra*, cap. III, § 3b.

[259] Apposta peraltro nella forma di *crossover sanction*: vedi ancora *supra*, cap. III, § 3b.

[260] *South Dakota vs. Dole*, cit., p. 208. A tale argomentazione la Corte aggiunge quella secondo cui favorire la guida in stato di ebbrezza dei giovani tra uno stato e l'altro costituirebbe «un problema interstatale richiedente una soluzione nazionale».

[261] *Massachussetts vs. United States*, 435 U.S. 444 (1978); *Ivanhoe Irrigation Dist. vs. McCracken,* 357 U.S. 275 (1958).

le l'approfondimento della questione[262]. Non concorda invece sulla sussistenza del requisito nel caso *de quo* il giudice O'Connor, autore di un'articolata *dissenting opinion*. Quando infatti la federazione concede fondi per la costruzione di autostrade essa può, a parere del giudice, imporre condizioni perché queste vengano costruite in modo sicuro, ma non può imporre agli stati di modificare discipline di altre aree economiche e sociali a causa di una «relazione attenuata o tangenziale»[263] con la sicurezza sulle strade. Con una tale ricostruzione, prosegue O'Connor, «il Congresso potrebbe effettivamente regolare quasi ogni area della vita sociale, politica ed economica degli stati, sulla base dell'argomentazione secondo cui il sistema dei trasporti interstatali è in qualche modo coinvolto»[264].

Il requisito della relazione tra condizione e scopo dei finanziamenti è fra l'altro ribadito dai supremi giudici, alcuni anni dopo, in un *obiter dictum* nella decisione *New York vs. United States*[265] del 1992, dove si legge che le condizioni apposte ai fondi federali devono «avere una relazione con lo scopo della spesa federale […] in quanto altrimenti, ovviamente, il potere di spesa può rendere puramente formale gli altri poteri e limiti che la Costituzione prevede per l'autorità federale»[266]. Tale requisito, tuttavia, come nota la dottrina[267], resta sempre nelle argomentazioni della Corte suprema puramente teorico: i giudici cioè non ne forniscono definizioni circostanziate né esempi anche solo ipotetici di violazione,

---

[262] Vedi *South Dakota vs. Dole*, cit., p. 209, nota 3: «I nostri precedenti non hanno richiesto che noi definissimo i confini esterni del limite della "pertinenza" e della "relazione" delle condizioni all'esercizio del potere di spesa. Gli *Amici curiae* richiedono che noi cogliamo questa occasione per stabilire che una condizione a un fondo federale è legittima solo se correlata direttamente alla finalità della spesa alla quale è collegata. Dato che il *petitioner* non ha fatto riferimento a tale limitazione, e dato che noi riteniamo in ogni caso soddisfatto tale requisito in questo caso, noi non affrontiamo la questione se le condizioni correlate meno direttamente alla finalità della spesa possano eccedere i limiti del potere di spesa stesso».

[263] *South Dakota vs. Dole*, cit., p. 215.

[264] *Ibidem*.

[265] 505 U.S. 144 (1992).

[266] *New York vs. United States*, cit., p. 167: tale principio tuttavia, come abbiamo visto, non è quello applicato nella risoluzione del caso concreto, dove la *ratio decidendi* è il c.d. *anti-commandeering principle*: vedi *supra*, cap. III, § 8.

[267] L.A. Baker, *Conditional federal spending and states rights*, in «Annals of the American Academy of Political and Social Science», 2001, DLXXIV, p. 106.

così da non riuscire a trasformarlo in una categoria effettivamente giustiziabile.

Tornando all'analisi del caso *Dole* occorre ricordare che, nonostante tale decisione sia nota per il citato «test in quattro parti», in essa è individuabile un quinto elemento che la Corte sembra indicare come presupposto della legittimità delle condizioni: l'assenza di coercizione[268]. I giudici in particolare sostengono che «in alcune circostanze lo stimolo finanziario offerto dal Congresso può essere così coercitivo da superare il livello della pressione e diventare costrizione»[269].

Proprio questo quinto elemento è valorizzato da certa dottrina[270] che sottolinea come, al di là di una relazione tra condizioni e finalità del programma di spesa, ciò che rileva è proprio la possibilità per gli stati di rifiutare gli incentivi federali e con essi le condizioni: la legittimità dei trasferimenti condizionati dipenderebbe quindi dal fatto che l'induzione (*inducement*) da parte della federazione ad accettare fondi e condizioni non rappresenti in realtà un obbligo inderogabile, una coercizione (*coercion*). In tali ultimi casi il provvedimento non potrà essere inteso come esercizio del potere di spesa, ma dovrà essere giustificato in quanto esercizio di uno dei poteri legislativi enumerati. Tale teoria, però, si scontra con la difficoltà di individuare i casi in cui i trasferimenti condizionati non lascino reali alternative, rendendo impossibile la rinuncia statale, e trasformandosi così da opzionali in obbligatori. La stessa giurisprudenza della Corte suprema non offre in tal senso indicazioni; nel caso *Dole*, in cui pure vi è esplicito riferimento alla questione, la Corte esclude la natura coercitiva delle condizioni analizzate nel caso di specie, facendo leva sulla scarsa entità della decurtazione dei fondi che gli stati subirebbero qualora non accettassero le condizioni: l'esiguità della sanzione sembra escludere, nel caso considerato, la natura

---

[268] La prima formulazione di tale requisito è rintracciabile tuttavia nella *opinion* del caso *Steward Machine Co vs. Davis* (301 U.S. 548) del 1937: sul punto vedi D.J. Mizerk, *The Coercion Test and Conditional Federal Grants to the States*, in «Vand. L. Rev.», 1987, XL, p. 1179.

[269] *South Dakota vs. Dole*, cit., p. 211.

[270] Vedi L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, I, cit., p. 840.

coercitiva delle condizioni stesse[271]. D'altro canto, però, la Corte evita di sciogliere il nodo interpretativo, scegliendo di non indicare che tipo di decurtazione avrebbe invece trasformato le condizioni in un obbligo di fatto, rendendo quindi il provvedimento federale non strumento di semplice induzione, ma illegittimo strumento di coercizione della volontà degli stati[272].

La ricostruita giurisprudenza in materia di condizioni apposte ai finanziamenti è, come intuibile, oggetto di frequenti critiche da parte della dottrina che ne sottolinea la fumosità, adducendo quale argomento di prova la mancata applicazione che tali criteri hanno trovato nelle decisioni della stessa Corte suprema. Non si dimentichi infatti che, come già sottolineato, dopo il caso *Butler* del 1936 la Corte suprema non ha mai più dichiarato incostituzionale alcun programma di finanziamenti condizionati.

12. *Quale illegittimità per i finanziamenti condizionati? Le proposte della dottrina*

Come si ricordava al termine del paragrafo precedente, la giurisprudenza della Corte suprema in materia di condizioni apposte ai finanziamenti si traduce in un sostanziale e totale *self-restraint* dinanzi alle scelte del legislatore federale. Anche le recenti tendenze filostatali della Corte non hanno coinvolto il *taxing and spending power* che tuttavia, rappresentando uno dei massimi strumenti di espansione dei poteri federali, è da tempo al centro di ampi dibattiti in dottrina. Quest'ultima appare divisa tra chi[273] sostiene l'op-

[271] Scrive Rehnquist nel paragrafo finale dell'*opinion*: «Le nostre decisioni hanno riconosciuto che in alcune circostanze l'induzione finanziaria offerta dal Congresso possa essere così coercitiva da oltrepassare il segno al punto che la pressione si trasforma in costrizione», ma «tutto quello che il South Dakota perderebbe è il cinque per cento dei fondi altrimenti ottenibili attraverso specifici programmi di finanziamento delle autostrade […]. Noi non possiamo concludere che un finanziamento condizionato di tale entità è incostituzionale semplicemente in ragione della sua idoneità a raggiungere l'obiettivo del Congresso»: *South Dakota vs. Dole*, cit., p. 211.

[272] Sul c.d. *coercion test* vedi K. Sayers-Fay, *Conditional federal spending: a back door to enhanced free exercise protection*, cit., p. 1299 ss.

[273] Vedi E. Chemerinsky, *Protecting the spending power*, in «Chap. L. Rev.», 2001, IV, p. 89 ss.

portunità dell'attuale giurisprudenza, chi[274] sottolinea la necessità di un'applicazione più rigorosa dei criteri enunciati nel caso *Dole*, e chi sollecita invece una razionalizzazione della materia che possa fornire binari più sicuri alla Corte suprema.

Si muove in quest'ultimo senso la dottrina[275] che mira a una radicale circoscrizione dell'uso dello *spending power* considerando illegittima ogni forma di *regulatory spending*, ossia di spesa federale che abbia un effetto regolatore su materie non incluse nel catalogo dei poteri enumerati.

Secondo tale ricostruzione la limitazione dell'uso delle condizioni sarebbe resa necessaria da vari motivi[276]: in primo luogo, dalla dipendenza economica degli stati dal gettito dei tributi federali, che rende sostanzialmente impossibile da parte degli stati il rifiuto delle condizioni e quindi, queste ultime, inevitabilmente coercitive; in secondo luogo, dal fatto che spesso le condizioni poste dalla federazione mirano a incidere sulla normativa di pochi stati i quali quindi, essendo minoranza, non hanno strumenti adeguati per difendere i loro interessi contro la maggioranza degli altri stati. A questi due motivi viene aggiunto poi l'effetto omologatore che le condizioni hanno sulle discipline statali, effetto che può, secondo tale dottrina, mortificare la funzione degli stati come laboratori, ossia come sedi di sperimentazione per la tutela di nuovi diritti[277].

La soluzione per razionalizzare l'uso condizionato dello *spen-*

---

[274] C.R. McConville, *Federal Funding conditions: bursting through the Dole Loopholes*, in «Chap. L. Rev.», 2001, IV, p. 163.

[275] L.A. Baker, *Conditional federal spending and states rights*, cit., *passim*.

[276] *Ivi*, p. 106 ss.

[277] In effetti non mancano, a proposito dei diritti individuali, alcuni casi estremamente problematici nei quali sono coinvolti, peraltro, non "nuovi diritti", ma garanzie già riconosciute dalla stessa Corte suprema: si pensi ad esempio al caso *Harris vs. McRae* (448 U.S. 297) del 1980 in cui i supremi giudici sostengono la legittimità di una norma federale che prevede l'erogazione di fondi per spese sanitarie condizionata al non utilizzo dei fondi stessi per le interruzioni di gravidanza. In quella decisione la Corte sottolinea come il rifiuto di finanziare attività garantite dalla Costituzione, quali l'interruzione di gravidanza, costituzionalmente tutelata a partire dal celebre caso *Roe vs. Wade* (410 U.S. 113, 1973), non equivale ad imporre una multa per lo svolgimento di quella attività e di conseguenza non viola il diritto individuale. La condizione, al contrario, è secondo la Corte correlata invece «alla legittima finalità del governo di tutelare la vita potenziale» (cfr. *Harris vs. McRae*, cit., p. 325).

ding power sarebbe quella di presumere l'invalidità delle condizioni che, se accettate, hanno l'effetto di far regolare alla federazione materie che essa non può disciplinare direttamente. Tale presunzione di incostituzionalità sarebbe superata solo nel caso in cui le condizioni indicassero unicamente le finalità per le quali i fondi devono essere spesi, così che i finanziamenti stessi rappresenterebbero un mero rimborso per le spese individuate dalla federazione (*reimbursement spending*) e non uno strumento di regolazione di materie escluse dai poteri enumerati (*regulatory spending*)[278]. Affinché il finanziamento in materie escluse dai poteri enumerati sia un mero rimborso per le spese sostenute è inoltre necessario, secondo tale ricostruzione, che il suo ammontare non ecceda la cifra necessaria, allo stato, per realizzare le finalità sancite dalla federazione: un rifiuto da parte di questo implicherebbe altrimenti un danno finanziario che va oltre la mancata realizzazione del piano oggetto del programma di spesa nazionale, precludendo la disponibilità di risorse ulteriori che lo stato potrebbe gestire a sua discrezione. In quest'ultimo caso sarebbe altamente probabile l'accettazione da parte dello stato non per una reale condivisione del programma di spesa federale e delle condizioni per la sua realizzazione, ma per l'esigenza di acquisire risorse ulteriori da destinare ad altre finalità, con un evidente effetto di coercizione della volontà statale[279].

Un'ulteriore ricostruzione dottrinale dello *spending power*, che mira a rendere più efficace il controllo della Corte suprema sui finanziamenti condizionati, è quella che sostiene la necessità di individuare nell'autodeterminazione degli stati un limite autonomo alla possibilità di apporre condizioni[280].

Premessa di tale teorica è l'interpretazione estensiva che le competenze legislative federali hanno ricevuto nelle decisioni della Corte suprema: una giurisprudenza che anche volesse invalidare tutti i finanziamenti condizionati che incidono su materie non incluse nei poteri enumerati si scontrerebbe con l'ampia interpretazione affer-

[278] L.A. Baker, *Conditional federal spending and states rights*, cit., p. 111.
[279] *Idem*.
[280] Vedi A.J. Rosenthal, *Conditional federal spending and the Constitution*, in «Stan. L. Rev.», 1987, XXXIX, p. 1103 ss.

matasi del potere sul commercio, rischiando paradossalmente di trovare proprio in uno dei poteri enumerati l'avallo e non il limite per i trasferimenti condizionati[281].

Secondo tale dottrina sarebbe quindi necessario valorizzare, come parametro autonomo del controllo di costituzionalità, l'autodeterminazione statale che peraltro emerge nelle decisioni della stessa Corte suprema[282]. La Corte, infatti, pur senza giungere, in caso di leggi di spesa, ad una pronuncia di illegittimità su questa base, ha varie volte[283] ribadito la limitatezza dei poteri federali, considerando la possibile infrazione del principio dell'autonomia statale ed escludendone semmai, nei casi concreti, la violazione. Tale parametro di controllo di costituzionalità dovrebbe poi prendere corpo attraverso la *ratio* del caso *National League of Cities vs. Usery*[284], nel quale, come abbiamo visto[285], la Corte, pur riconoscendo al Congresso il potere di normare su una fattispecie, ha dichiarato comunque incostituzionale la relativa disciplina della federazione poiché incideva su «materie essenziali per l'esistenza separata e indipendente degli stati». Il *National League of Cities test* diventerebbe così parametro di legittimità anche dei *conditional grants*, i quali, pur concessi nel rispetto dello *spending power*, potrebbero comunque scalfire l'autonomia degli stati quale individuata nella *ratio decidendi* del caso citato. La verifica dell'eventuale violazione della sovranità statale dovrebbe però, secondo tale dottrina, essere svolta dalla Corte in modo blando, poiché gli stati possono tutelare i loro interessi attra-

---

[281] Si tenga presente che la dottrina proposta viene elaborata alla fine degli anni Ottanta. Il requisito della pertinenza tra condizioni e interessi federali potrebbe ovviamente acquistare nuova attualità ed efficacia alla luce delle decisioni adottate dalla Corte suprema a partire dal 1995, che sembrano aver circoscritto la funzione di "competenza *factotum*" della *commerce clause*: vedi *United States vs. Lopez* (514 U.S. 549, 1995); *United States vs. Morrison* (529 U.S. 598, 2000), già analizzate nel cap. II, § 6.

[282] Vedi A.J. Rosenthal, *Conditional federal spending and the Constitution*, cit., p. 1141.

[283] Vedi *Penhurst State School & Hosp. vs. Halderman*, 451 U.S. 1 (1981), p. 17 nota 13; *Lau vs. Nichols*, 414 U.S. 563 (1974), p. 569; *Steward Machine Co. vs. Davis*, 301 U.S. 548 (1937), pp. 590-591.

[284] *National League of Cities vs. Usery*, 426 U.S. 833 (1976) su cui vedi A.J. Rosenthal, *Conditional federal spending and the Constitution*, cit., p. 1139 ss.

[285] Vedi *supra*, cap. III, § 5.

verso il circuito politico che li vede protagonisti in primo luogo con i loro rappresentanti al Senato.

Ancora una volta, anche in riferimento al potere di spesa, il tema del controllo di costituzionalità della legislazione federale si incrocia con quello del *process federalism*[286], con la definizione politica, e non giurisdizionale, delle competenze tra i vari livelli territoriali. Ed è proprio in riferimento al potere di spesa che compaiono le proposte a tal proposito più radicali: l'inadeguatezza del *judicial review* ad arginare gli abusi esercitati con lo *spending power* renderebbe necessaria, secondo certa dottrina, una deliberazione a maggioranza qualificata delle leggi di spesa che prevedano condizioni[287]. Un emendamento costituzionale che richiedesse "super maggioranze" per l'adozione di tali leggi potrebbe essere quindi, secondo tale lettura, l'opportuno rimedio politico all'inadeguatezza del controllo giuridico.

Questa teoria, come quelle precedentemente ricordate, testimoniano la vivacità di un dibattito tuttora aperto, dibattito che non nasce solo dall'insoddisfazione verso l'attuale giurisprudenza sui finanziamenti condizionati, ma anche, e anzi soprattutto, dalla centralità del potere di spesa nell'assetto del federalismo statunitense.

---

[286] Vedi *supra*, cap. III, § 6.

[287] L.A. Baker, *The Spending power and the federalist revival*, in «Chap. L. Rev.», 2001, IV, p. 225 ss.

Il national interest *come limite negativo per la legislazione statale: tipizzazione degli interventi federali per unificare senza uniformare*

La conclusione di questa ricerca ci conduce innanzitutto a confermare come anche gli Stati Uniti d'America siano stati parte del processo di *Unitarisierung* ricordato nell'introduzione[1]: la dottrina d'altro canto, già da tempo[2], inserisce tale ordinamento federale tra quelli che hanno vissuto una delle più emblematiche tendenze centripete. Lo stato federale americano, nato con poteri enumerati e, come abbiamo visto, appositamente privato dalla Convenzione di Filadelfia della competenza a legiferare «per gli interessi generali dell'Unione»[3], ha comunque svolto, nel corso dei secoli, un ruolo di garante dell'unità giuridica e politica della federazione. Prova ne è la convergenza di vari autori sulla configurabilità di un *national police power*[4], di un potere generale cioè, in capo alla federazione, di legiferare per la sicurezza e la salute della nazione: la potestà di adottare norme per il benessere generale, che rappresentava il nucleo essenziale dei poteri statali, è ormai condivisa con il governo federale.

Questa evoluzione dello stato federale americano viene ricordata in una ricerca pubblicata[5], nel 1974, dal Centro per gli Studi sul Federalismo diretto da Daniel Elazar. In una sezione intitolata *Federalism and the National Interest*[6], gli autori ripercorrono la storia

---

[1] Vedi *supra*, Introduzione, § 1.

[2] K.C. Wheare, *Federal Government*, Oxford University Press, London-New York, 1963, p. 209 ss.

[3] Vedi *supra*, cap. I, § 2f.

[4] Vedi *supra*, cap. II, § 5c.

[5] Vedi E.M. Baker *et al.*, *Federal Grants, the National Interest and State Response: a review of theory and research*, Center for the Study of Federalism, Temple University, Philadelphia, 1974.

[6] *Ivi*, p. 5 ss.

del federalismo statunitense: quest'ultimo, mostrando l'impraticabilità della rigida separazione di competenze del federalismo duale, avrebbe assistito ad una crescente richiesta politica di risposte federali a problemi sociali, richiesta cui è corrisposta un'espansione delle materie regolate dal governo centrale. «La giustificazione costituzionale di tale azione nazionale è il *national interest*», in base al quale «i problemi che incidono sui singoli o sulle comunità territoriali possono essere definiti *locali*, ma quando tutti gli individui e le comunità affrontano i medesimi problemi può essere sostenuto che la natura cumulativa di tale problema lo renda *nazionale*»[7].

Espressioni come *national interest*, *federal interest* o il sinonimo *national concern*, sono in effetti presenti non solo nello studio appena citato ma, come abbiamo visto nel corso di questo lavoro, anche nelle pagine di vari autori[8] e in alcune decisioni della Corte suprema.

L'analisi dei vari strumenti di tutela delle istanze unitarie permette tuttavia di chiarire la reale portata di questi riferimenti: gli interessi federali, cioè, sono stati solo il presupposto politico dell'azione federale o si sono trasformati in canone ermeneutico nella definizione delle competenze tra federazione e stati?

L'indagine diacronica circa gli strumenti di tutela delle istanze unitarie ha in realtà, in primo luogo, messo in luce alcune fondamentali revisioni costituzionali: i *civil war amendments* e il XVI emendamento relativo al *taxing power* hanno sicuramente contribuito a mutare la fisionomia del potere federale, riconoscendogli finalità e strumenti molto più ampi di quelli che gli erano stati riconosciuti dai padri fondatori.

Tali revisioni, tuttavia, hanno rappresentato solo alcuni dei presupposti dell'azione federale volta a regolare fattispecie apparentemente non incluse nel catalogo dei poteri enumerati. Gli strumenti più incisivi sono nati infatti da soluzioni legislative del Congresso e ricostruzioni ermeneutiche della Corte suprema.

---

[7] *Ivi*, p. 7.

[8] Vedi N.T. Dowling, *Interstate commerce and state power*, in «Va. L. Rev.», 1940, XXVII, p. 1 ss.; Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *General Revenue Sharing: an ACIR re-evaluation*, A-48, 1974, pp. 47-48; R.A. Epstein, M.S. Greve, *Federal preemption. States' powers, National interests*, American Enterprise Institute, Washington, 2007.

Tra queste vi è sicuramente la rilettura delle competenze e in particolare della *commerce clause* che, come abbiamo visto, ha ricevuto un'interpretazione *materiale*, *teleologica* e *strumentale*, essendo considerata, nei vari casi, oggetto da disciplinare, interesse da tutelare o, addirittura, strumento per regolare fattispecie completamente estranee alla sua *ratio*[9].

È in questa giurisprudenza che già l'interesse federale diventa canone interpretativo: l'uso più esteso del potere sul commercio è stato infatti realizzato tramite una ridefinizione teleologica del riparto di competenze. In base ad essa alla federazione è assegnato il potere di legiferare su ogni fattispecie che possa avere effetti sui traffici interstatali: una delle applicazioni più emblematiche di questa riallocazione teleologica delle competenze è probabilmente l'approvazione, grazie al *commerce power*, della legislazione contro la segregazione razziale nel 1964, in virtù degli effetti negativi che la discriminazione produceva sulla circolazione di beni e persone[10].

Ancora aperta è poi la definizione dei limiti di questa interpretazione: la distinzione tra effetti diretti e indiretti, o la più recente teoria degli effetti "sostanziali", costituiscono un esempio di come la Corte suprema abbia tentato di circoscrivere la lettura teleologica delle competenze. A parte tali tentativi, tuttavia, l'atteggiamento in materia della giurisprudenza costituzionale sembra essere di sostanziale *self-restraint*: rare sono infatti le decisioni di incostituzionalità a carico di leggi federali che siano esercizio del potere sul commercio.

A spiegazione di ciò, oltre a una generale tendenza all'autolimitazione del potere giudiziario, è sicuramente anche il fatto che i grandi interventi legislativi nazionali siano stati adottati in momenti in cui vi erano forti istanze per un'azione centrale: il *revirement* filofederale nel periodo del *New Deal*, con cui la Corte suprema avvia il suo *self-restraint* dinanzi alla legislazione federale, ad esempio, era stato preceduto non solo dal braccio di ferro tra Presidente e Corte suprema, ma anche e soprattutto da una rielezione plebiscitaria di Roosevelt, che conferiva a quella legislazione un forte avallo poli-

[9] Vedi *supra*, cap. II, §§ 3-5.
[10] Vedi *supra*, cap. II, § 5b.

tico; nel caso del *Civil Rights Act* del 1964, al fine di superare la segregazione negli stati meridionali, vi fu addirittura – lo abbiamo già ricordato – una sorta di «trattato» tra la maggioranza degli stati, rappresentati dai loro senatori, e il governo federale, «per una riallocazione formale delle competenze in materia di segregazione»[11].

Quando, però, anche una lettura estensiva delle competenze non è idonea a disciplinare materie escluse dai poteri enumerati, si fanno strada altri strumenti: il potere di tassare e il potere di spesa. Il primo è stato fondamentale non solo perché ha permesso di raccogliere risorse, ma anche perché la federazione, imponendo tributi su attività che voleva scoraggiare, è riuscita a regolare comportamenti che non avrebbe potuto disciplinare con legge[12].

Lo strumento più incisivo tuttavia è stato il potere di spesa. La premessa della Corte suprema è chiara: il potere di normare e quello di spendere sono poteri distinti che si fondano su diverse disposizioni costituzionali, e i limiti che la carta fondamentale prevede per il primo non possono automaticamente essere estesi al secondo[13]. La federazione così può spendere anche nelle materie escluse dal catalogo degli *enumerated powers* e nel farlo può imporre condizioni agli stati (*conditional grants*). Lo schema è assimilabile a quello di un contratto: la federazione offre fondi, ma chiede in cambio il rispetto di determinate condizioni; gli stati sono liberi di rifiutare o, viceversa, di accettare i finanziamenti e con essi i vincoli federali[14].

I *conditional grants*, tuttavia, non rispondono solo all'esigenza di regolare senza normare nelle materie in cui è più difficoltoso sostenere la competenza legislativa federale: essi assecondano infatti un'altra tendenza del federalismo americano che è quella di utilizzare, per quanto possibile, strumenti che non esautorino gli stati, ma li coinvolgano nell'attuazione della disciplina. Anche i *federal mandates*[15] rispondono alla stessa esigenza: fissare obiettivi nazionali, lasciando agli stati la possibilità di tenere conto delle proprie

---

[11] Vedi D. Elazar, *American Federalism. A view from the States*, Crowell Co., New York, 1966, p. 24.

[12] Vedi *supra*, cap. IV, § 3.

[13] Vedi *supra*, cap. IV, § 2.

[14] Vedi *supra*, cap. IV, § 11.

[15] Vedi *supra*, cap. III, § 3.

specificità attraverso l'adozione di adeguati moduli organizzativi o discipline integrative e attuative. La garanzia di unità, cioè, tende a non essere trasformata necessariamente in *uniformità* di disciplina. In un sistema in cui convivono realtà territoriali eterogenee vengono appunto potenziati quegli strumenti che, pur *unificando*[16], lasciano agli stati margini di autonomia sufficienti affinché questi possano tenere conto delle peculiarità di ciascuna realtà locale.

I moduli organizzativi dei *conditional grants in aid*, considerati strumento essenziale della fase cooperativa, ci permettono di soffermarci anche su un aspetto peculiare di tale fase del federalismo americano: il fatto che la cooperazione venga intesa più come «collaborazione di risultato» che non come «compartecipazione provvedimentale»[17]. Si pensi solo ai vari strumenti della cooperazione, individuati dalla migliore dottrina statunitense[18]: la collaborazione tra agenzie federali e statali, i patti per azioni di cooperazione, i contratti per la condivisione di attività operative, lo scambio di personale. In questi istituti non sembra esservi codecisione paritaria sull'*an* della misura legislativa ma, semmai, sul *quomodo* della sua implementazione.

Sull'*an* del provvedimento ha tuttavia deciso il Congresso, la cui funzione di rappresentanza degli stati, seppur depotenziata dal XVII emendamento che ha previsto l'elezione popolare dei senatori, non manca di essere sottolineata di tanto in tanto dalla Corte suprema[19]. A tale sede formale di confronto si è aggiunto poi, dal *New Deal* in avanti, il sistema delle associazioni rappresentative dei vari livelli territoriali, ed *in primis* quella rappresentativa dei governatori, la *National Governors Association*. Gli strumenti di incidenza di quest'ultima sulle decisioni del circuito politico nazionale, sempre rigorosamente informali, sono oggetto degli studi più attuali che ne

---

[16] Sulla distinzione tra "uniformità" ed "unificazione" vedi A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 41 e 88.

[17] La distinzione fra le due categorie è sottolineata da S. Bartole, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in «Riv. trim. dir. pubb.», 1971, p. 163.

[18] Vedi M. Grodzins, *The American system. A new view of government in the United States*, Rand Mc Nally & Company, Chicago, 1966, p. 71 ss.; D.J. Elazar, *American federalism: A view from the states*, cit., p. 67 ss.

[19] Vedi ad esempio *South Carolina vs. Baker*, 485 U.S. 505 (1985).

sottolineano la crescente importanza nel sistema federale statunitense[20]. La decisione nazionale, nella quale le istanze delle autonomie statali sono così già confluite in vario modo, è poi preservata dalla clausola di *supremazia*. Tale norma non fa che prendere atto della possibilità che una stessa fattispecie sia regolabile sulla base di diverse competenze, appartenenti a diversi livelli territoriali, e risponde a questi casi di sovrapposizione o interferenza delle competenze sancendo la prevalenza della decisione federale. La clausola di supremazia, però, si badi bene, nasce per risolvere conflitti attuali tra norme: nel disegno costituzionale originario una legge statale, esercizio legittimo di un potere non enumerato, continua ad essere applicata, nonostante incida anche su fattispecie includibili nei poteri centrali, fintanto che non sia in antinomia con una legge federale[21].

Questo disegno iniziale, però, viene stravolto da due dottrine: quella della *preemption* implicita e quella della *dormant commerce clause*. In entrambi i casi la Corte suprema, in assenza di contrasti puntuali tra norme, si ritaglia la possibilità di disapplicare leggi statali che tocchino una materia di interesse federale o che, soprattutto nel caso della *dormant commerce clause*, tutelino un interesse locale cedevole rispetto ad un interesse nazionale.

È in questa giurisprudenza che il *federal interest* diventa con chiarezza canone ermeneutico: nella funzione di "censore" della legislazione statale la Corte individua per sé il ruolo più attivo, utilizzando gli interessi federali come limite *negativo* per la legislazione statale. Con la *preemption* implicita[22], ad esempio, l'anomalo strumento dell'«occupazione del campo», ossia la possibilità per il Congresso di precludere agli stati l'attività normativa su materie che essi potrebbero teoricamente disciplinare, viene fatto proprio dalla Corte suprema che dichiara *preempted*, "precluse", le leggi statali che interferiscano con interessi federali. In base alla dottrina della *dormant commerce clause* , invece, le leggi statali che siano esercizio

[20] J. Nugent, *Safeguarding Federalism: How State Governments Protect their Interests in the National Policy-Making Process*, University of Oklahoma Press, Norman (Ok), 2009.

[21] Fanno eccezione come abbiamo visto le competenze che la Costituzione assegna in modo esplicito alla sola federazione: vedi *supra,* cap. III, § 1.

[22] Vedi *supra*, cap. III, § 2.

legittimo di competenze residuali, vengono comunque considerate in contrasto con la Costituzione quando, in un'operazione di bilanciamento, i benefici prodotti dalla legge statale siano minori degli ostacoli posti da questa al commercio interstatale.

L'analisi di questo tipo di giurisprudenza della Corte sulle leggi statali fa emergere con chiarezza un risultato: il fallimento della delimitazione delle competenze non solo attraverso una criterio materiale, ma anche attraverso la distinzione tra la dimensione nazionale e quella locale degli interessi coinvolti. Si pensi proprio alla *dormant commerce clause* e al tentativo, esperito dai giudici della Corte suprema, di distinguere le fattispecie "di natura locale" (*local in character*) da quelle "di natura nazionale" (*national in character*), al fine di considerare valide le leggi statali che incidessero sulle prime e cassare quelle che disciplinassero le seconde[23]. Il tentativo come abbiamo visto fallisce, e dottrina e giurisprudenza prendono atto del fatto che su una medesima fattispecie possono convivere tanto interessi degli stati quanto interessi della federazione, così che solo un *bilanciamento* di questi può condurre ad una adeguata delimitazione di competenze fra i vari livelli territoriali[24].

Pur svolgendo un ruolo piuttosto attivo nella disapplicazione delle leggi statali, la Corte suprema non manca però di mostrare, di tanto in tanto, insofferenza per questo ruolo quasi arbitrale che si trova a svolgere. Si pensi alla dottrina proposta nel caso *Gregory vs. Ashcroft* in cui la Corte trasforma il X emendamento in una "clausola di preclusione espressa", chiedendo al Congresso di esplicitare la sua volontà di prevalere sulla legislazione statale[25]. Proprio tale dottrina è emblematica di una tendenza che sembra potersi individuare nella giurisprudenza della Corte: quella di sollecitare soluzioni politiche alla questione della definizione delle competenze. Significativo è, altresì, il *federal commandeering* legislativo, che la Corte suprema dichiara incostituzionale non perché la federazione non possa incidere sulle fattispecie analizzate, ma perché il Congresso, se ritiene di volere regolare una materia, deve farlo non imponendo un'attività

[23] Vedi *supra*, cap. II, § 9.
[24] Vedi *supra*, cap. II, § 10.
[25] Vedi *supra*, cap. III, § 7.

legislativa agli stati, ma assumendosene la responsabilità politica e, quindi, legiferando direttamente[26].

Le decisioni politiche della federazione non sono solo sollecitate, ma anche preservate dalla Corte, ad esempio quando asseconda la lettura estensiva delle competenze o si ritrae dal sindacare l'uso ardito che la stessa federazione fa del potere di spesa. Sembra quasi che la Corte, preso atto della difficoltà di dirimere le questioni di competenza in base a soli criteri giuridici, soprattutto nel caso di tutela delle istanze unitarie, cerchi di assecondare e stimolare una loro definizione di carattere politico.

Nel far questo, tuttavia, la Corte non asseconda *in toto* il legislatore federale e quello statale ma, come abbiamo visto, nei confronti del secondo interviene con una certa frequenza. La ragione di tale atteggiamento è probabilmente la mancanza, nel caso delle sole leggi statali, di adeguati meccanismi che garantiscano quella "responsabilità politica" cui la stessa Corte in più occasioni fa riferimento. Il discrimine per un maggior interventismo giudiziario sarebbe cioè la possibilità o meno di rintracciare un meccanismo di *accountability*, ossia la presenza di strumenti di controllo democratico sul decisore politico. Per quanto concerne le leggi statali, dal momento che la maggioranza dei cittadini statunitensi non può esercitare alcuna forma di controllo politico su di esse, è necessario nei confronti di queste un rigido controllo giudiziario. È la stessa Corte suprema a suggerire questa chiave di lettura quando ricorda la *ratio* della dottrina della *dormant commerce clause*: le leggi di un singolo stato devono essere sottoposte alle verifiche più attente da parte della giurisprudenza poiché la generalità dei cittadini della federazione non può incidere sulle loro decisioni, e finirebbe per essere influenzata da scelte su cui non può esercitare alcuna forma di controllo[27].

Nel caso delle leggi federali invece, vi è la possibilità di un controllo democratico generalizzato, sia da parte degli stati stessi sia da parte del popolo intero, così che potrebbe giustificarsi, in questo contesto, un ruolo meno interventista della Corte suprema che non dovrebbe riequilibrare, come avviene nel caso delle leggi stata-

[26] Vedi *supra*, cap. III, § 8.
[27] Vedi *supra*, cap. II, § 8.

li, il mancato controllo democratico da parte dell'intera federazione. Questa visione, come abbiamo visto, viene portata alle estreme conseguenze nella dottrina del *process federalism*[28], in cui la Corte rievocando il potere di influenza degli stati membri sulle istituzioni federali, sembra escludere quasi radicalmente il controllo giurisdizionale sulle leggi federali che incidano sul riparto verticale delle competenze. Tale idea, tuttavia, viene presto superata e, anzi, nei casi *Lopez* e *Morrison* la Corte, per la prima volta dopo decenni, dichiara alcune leggi federali esercizio incostituzionale del potere sul commercio[29]. Lo stesso significato originario del federalismo, d'altro canto, non ammetterebbe un'abdicazione totale della Corte a favore di un *process federalism*. La ripartizione verticale delle competenze, come ricordano gli stessi giudici in altre occasioni[30], non è fine a se stessa ma, esattamente come la divisione orizzontale dei poteri, è funzionale alla tutela dei diritti.

Quale deve essere allora il ruolo della giustizia costituzionale nel sindacare l'uso degli strumenti che garantiscono l'unità? Il *judicial review* sulle leggi statali è, come abbiamo visto, piuttosto incisivo, mentre il sindacato sulle leggi federali sembra in bilico tra un tendenziale *self restraint* e la necessità di limitare i poteri federali, ribadita nelle decisioni *Lopez* e *Morrison*. Nel caso *Garcia*, interamente dedicato a questo tema, Sandra O'Connor, dissentendo dall'"abdicazione" sostenuta dalla maggioranza della Corte, rifiuta l'idea di un *process federalism* e sembra suggerire una via. Il giudice ricorda che alla Corte suprema, nel corso dei decenni, è stato richiesto di sindacare un'impressionante espansione dei poteri del Congresso e che nel farlo essa ha «correttamente compreso che gli artefici della Costituzione volevano che il Congresso avesse sufficiente potere per affrontare i problemi nazionali»[31]. Tuttavia, prosegue il giudice, i costituenti, «hanno anche previsto una repubblica la cui vitalità fosse assicurata dalla divisione del potere non solo tra i rami del Governo

[28] Vedi *supra*, cap. III, § 6.
[29] Vedi *supra*, cap. II, § 6.
[30] Vedi *New York vs. United States* su cui *supra,* cap. III, § 8.
[31] Vedi *Garcia vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (469 U.S. 528, 1985), p. 581.

federale, ma anche tra il Governo Federale e gli Stati»[32]. Il punto di equilibrio, conclude O'Connor, quando si giudica la legittimità degli interventi federali, «consiste allora nel soppesare l'autonomia statale considerandola un elemento di *bilanciamento*»[33]: l'approdo interpretativo, cui la Corte è pacificamente addivenuta nel sindacato sulle leggi statali, ossia la definizione delle competenze tramite il bilanciamento tra interessi nazionali e interessi locali, sembra essere proposto, quale possibile soluzione, anche nel sindacato sulle leggi federali.

La reale portata innovativa dei casi *Lopez* e *Morrison*, in riferimento al ruolo della giustizia costituzionale, è tuttavia ancora da definire: le argomentazioni fortemente restrittive dei poteri federali, utilizzate in quelle decisioni, sono state infatti disapplicate nel più recente caso *Gonzales vs. Raich*[34]. L'attuale composizione della Corte suprema, fortemente conservatrice[35], suggerisce tuttavia di non escludere *a priori* nuove future decisioni nel segno di una rinnovata tutela dell'autonomia statale[36].

Ciò nonostante, sembra comunque che possa individuarsi, al termine di questa ricerca, un punto fermo: il *national interest*, ossia l'interesse federale, è categoria ermeneutica per la definizione delle competenze tra federazione e stati, nella misura in cui tale definizione tende a concretizzarsi in una ricomposizione di interessi confliggenti. Tale elemento è tuttavia evidente soprattutto nel sindacato delle leggi statali in cui gli interessi federali emergono quindi come limite *negativo* per l'esercizio di competenze legislative di cui gli stati sono formalmente titolari. Per quanto concerne invece la presenza del *national interest* in funzione di presupposto – *positivo* – dell'azione legislativa federale, il suo ruolo è decisamente più circoscritto: l'interesse federale compare infatti nella lettura teleologica del potere

[32] *Ibidem.*

[33] *Ivi*, p. 588.

[34] Cap. II, § 7.

[35] Nel momento in cui scriviamo la Corte suprema è composta dai sei giudici nominati da Presidenti repubblicani e solo tre nominati da Presidenti democratici; per la composizione e indicazioni circa la loro nomina vedi il sito della Corte suprema all'indirizzo http://www.supremecourtus.gov/about/biographiescurrent.pdf.

[36] Il rinnovato interesse per l'interpretazione della clausola dei poteri impliciti sembra in realtà andare proprio in questo senso: vedi *supra*, cap. II, § 7.

sul commercio, che da materia diventa valore da perseguire, ma non si concretizza in una clausola generale. Gli strumenti principali con cui la federazione ha garantito l'unità sono infatti, come abbiamo visto, il *commerce power*, il potere di tassare e quello di spendere. Gli strumenti di tutela delle istanze unitarie restano dunque *tipizzati* e ciò avviene nonostante il dettato costituzionale offra possibilità interpretative in senso diverso.

Si pensi alla *general welfare clause* e alla lettura che la Corte suprema ne offre nel caso *United States vs. Butler*: i supremi giudici, proprio mentre riconoscono alla federazione la possibilità di spendere anche in materie diverse da quelle dei poteri enumerati, negano tuttavia alla *general welfare clause* la natura di competenza a legiferare "per il benessere generale"[37]. Anche la clausola degli *implied powers*, che pur ha contribuito all'interpretazione estensiva dei poteri federali, non si è trasformata in una clausola generale ma, coerentemente con la *ratio* della norma, è stata utilizzata dalla Corte per ampliare, in alcuni casi, il portato normativo delle singole specifiche competenze[38].

Le ragioni di tali scelte sono probabilmente da attribuirsi alle peculiarità del modello statunitense, il suo essere, come è stato scritto[39], un sistema non centralizzato tanto nella sua origine storica quanto in quella filosofica. L'idea del *foedus* sembra improntare di sé la giurisprudenza della Corte suprema che è spinta a non scardinare l'idea fondante di quel patto, l'idea di un governo con poteri enumerati. Essa, semmai, asseconda i cambiamenti di equilibrio che maturano nel circuito rappresentativo. La filosofia della "non centralizzazione", peraltro, appartiene anche al Congresso che infatti, quando è possibile, come già sottolineato, sceglie strumenti di tutela delle istanze unitarie che lascino agli stati margini di discrezionalità, normativa o organizzativa, cercando di *unificare* senza *uniformare*: unità e differenziazione diventano così la chiave di lettura della più longeva esperienza costituzionale federale.

---

[37] Cap. IV, § 2.

[38] Cap. I, § 2a.

[39] E.M. Baker *et al.*, *Federal Grants, the National Interest and State Response: a review of theory and research*, cit., p. 4.

BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977.

Aa.Vv., *Il federalismo statunitense fra autonomie e centralizzazione*, Clueb, Bologna, 1979.

Abraham H.J., Perry B.A., *Freedom and the Court. Civil rights and liberties in the United States*, Oxford University Press, New York, 1998.

Abrams H.E., Doernberg R.L., *Essentials of United States taxation*, Kluwer Law International, L'Aja, 1999.

Ackerman B., *Oliver Wendell Holmes lecture: the Living Constitution*, in «Harv. L. Rev.», 2007, CXX, p. 1737 ss.

Ackerman B., *Taxation and the Constitution*, in «Colum. L. Rev.», 1999, XCIX, p. 1 ss.

Ackerman B., *We, the People* (I), *Foundations*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1991.

Adler M.D., Kreimer S.F., *The new etiquette of federalism: New York, Printz, and Yeskey*, in «Sup. Ct. Rev.», 1998, p. 72 ss.

Adler R.W., *Unfunded mandates and fiscal federalism: a critique*, in «Vand. L. Rev.», 1997, L, p. 1137 ss.

Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Block grants: a comparative analysis*, A-60, 1977.

Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Categorical Grants: their role and design*, Washington, A-52, 1977.

Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Federal statutory preemption of state and local authority. History, inventory, and issues*, A-121, 1992.

Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *General Revenue Sharing: an ACIR re-evaluation*, A-48, 1974.

Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR), *Regulatory federalism: policy, process, impact and reform*, A-95, 1984.

Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Federally induced costs affecting state and local governments*, M-193, 1994.

Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Fiscal balance in the American federal system*, A-31, 1967.

Agranoff R., *Local Government*, in Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, Greenwood Press, Westport, 2006, p. 392 ss.

Aja E., *El estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

Allegretti U., *Perché una Camera regionale per l'Italia*, in «Democrazia e diritto», 2003, n. 3, p. 115 ss.

Aman A.C., Jr., *Administrative law in a global era: progress, deregulatory change, and the rise of the administrative Presidency*, in «Cornell L. Rev.», 1988, LXXIII, p. 1101 ss.

Amar A.R., *The Bill of Rights and the Fourteenth amendment*, in «Yale L.J.», 1992, CI, p. 1193 ss.

Amar A.R., *The Bill of Rights as a constitution*, in «Yale L.J.», 1991, C, p. 1131 ss.

Amar A.R., *The Bill of Rights: creation and reconstruction*, Yale University Press, New Haven, 1998.

Amato G., Barbera A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1997.

Amato G., *Democrazia e redistribuzione. Un sondaggio nel welfare statunitense*, Il Mulino, Bologna, 1983.

Amato G., *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello stato e della regione (alla luce dell'esperienza statunitense)*, Giuffrè, Milano, 1964.

Ambrosini G., *Un tipo intermedio di Stato tra l'unitario e il federale*, in «Rivista di diritto pubblico», 1933, p. 93 ss.

Anson T.K., Schenkkan P.M., *Federalism, the dormant commerce clause, and state-owned resources*, in «Texas L. Rev.», 1980, LIX, p. 71 ss.

Antonini L., *Il regionalismo differenziato*, Giuffrè, Milano, 2000.

Anzon A., *«Leale collaborazione» tra Stato e Regioni, modalità applicative e controllo di costituzionalità*, in «Giur. cost.», 1998, p. 3531 ss.

Anzon A., *La* Bundestreue *e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, Giuffrè, Milano, 1995.

Anzon Demmig A., *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel «secondo regionalismo»: le sentt. n. 303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito*, in «Le Regioni», 2008, p. 779 ss.

Anzon Demmig A., *La "modernizzazione" del federalismo in Germania: spunti di riflessione per l'attuazione e l'aggiornamento del regime delle competenze legislative nell'ordinamento italiano* (11 ottobre 2006), in www.federalismi.it.

Aronson J.R., Hilley J.L., *Financing state and local governments*, Brookings, Washington, 1986.

Astraldi R., *La Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Sansoni, Firenze, 1946.

Austin G., *Leaving Federalism behind: How the No Child left Behind Act usurps States'rights*, in «T. Jefferson L. Rev.», 2005, XXXVII, p. 337 ss.

Baker E.M., Stevens B.A., Schechter S.L., Wright H.A., *Federal grants, the National Interest and State response: a review of theory and research*, Center for the Study of Federalism, Temple University, Philadelphia, 1974.

Baker L.A., *Conditional federal spending and states rights*, «Annals of the American Academy of Political and Social Science», 2001, DLXXIV, p. 104 ss.

Baker L.A., *The Spending power and the federalist revival*, in «Chap. L. Rev.», 2001, IV, p. 195 ss.

Balboni E., *Problemi attuali del governo locale negli Stati Uniti d'America*, in Biscaretti di Ruffia P. (a cura di), *Problemi attuali del governo locale in alcuni stati occidentali*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 463 ss.

Baldi B., *Stato e territorio. Federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

Bamberger R., *Revenue Sharing*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, cit., p. 544 ss.

Barber S.A., *National League of Cities v. Usery: new meaning for the Tenth amendment?*, in «Sup. Ct. Rev.», 1976, p. 161 ss.

Barbera A. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

Barbera A., *"Nuovi diritti": attenzione ai confini*, in Califano L. (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 19 ss.

Barbera A., *Art. 2*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 50 ss.

Barbera A., *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in «Quad. cost.», 2001, pp. 345-346.

Barbera A., *Il Titolo V tra attuazione e riforma*, in «Forum di Quaderni costituzionali» (11 dicembre 2006), www.forumcostituzionale.it.

Barbera A., *L'assetto territoriale delle istituzioni regionali e locali nell'era della globalizzazione*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Antonino Pensovecchio Li Bassi*, I, Giappichelli, Torino, 2004, p. 119 ss.

Barbera A., Miglio G., *Federalismo e secessione. Un dialogo*, Mondadori, Milano, 1997.

Barbera A., *Regioni e interesse nazionale*, Giuffrè, Milano, 1973.

Baritono R., *Oltre la Politica. La crisi politico-istituzionale negli Stati Uniti fra Otto e Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1993.

Barnett R.E., *Limiting Raich*, in «Lewis & Clark L. Rev.», 2005, IX, p. 743 ss.

Barnett R.E., *Necessary and proper*, in «UCLA L. Rev.», 1997, XLIV, p. 745 ss.

Barnett R.E., *The Ninth Circuit's Revenge*, in «Nat'l Rev. Online» (9 giugno 2005), http://www.nationalreview.com/comment/barnett200506090741.asp.

Bartholini S., *Interesse nazionale e competenza delle regioni*, Cedam, Padova, 1967.

Bartole S., *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in «Le Regioni», 2004, p. 578 ss.

Bartole S., *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in «Riv. trim. dir. pubb.», 1971, p. 84 ss.

Bassani L.M., Stewart W., Vitale A., *I concetti del federalismo*, Giuffrè, Milano, 1995.

Bassu C., *Stato e comunità autonome in Spagna*, in «Amministrare», 2004, p. 423 ss.

Beard C.A., *Interpretazione economica della Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Feltrinelli, Milano, 1959.

Beer S.H., *The modernization of American federalism*, in «Publius», 1973, III, p. 49 ss.

Beer S.H., *To make a Nation. The Rediscovery of American Federalism*, Belknap Press, Cambridge (Mass.), 1993.

Beer S.H., *Welfare reform: revolution or retrenchment?*, in «Publius», 1998, XXVIII, p. 9 ss.

Beermann J.M., *Congressional Administration*, in «San Diego L. Rev.», 2006, XLIII, p. 61 ss.

Beeson M., *Institutions of the Asia-Pacific: ASEAN, APEC and beyond*, Routledge, London-New York, 2009.

Benelli F., *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006.

Bergamini O., *Breve storia del federalismo americano*, Marcos y Marcos, Milano, 1996.

Berger M., *Equality by statute* (*The Revolution in Civil Rights*), Doubleday & Co., Garden City (New York), 1967.

Berns W., *The meaning of the Tenth Amendment*, in Goldwin R. (a cura di), *A Nation of states: essays on the American federal system*, Rand McNally College Pub., Chicago, 1963, p. 126 ss.

Bertolissi M., *Lineamenti costituzionali del "Federalismo fiscale"*, Cedam, Padova, 1982.

Bertolissi M., *La delega per l'attuazione del federalismo fiscale: ragionamenti in termini di diritto costituzionale*, in «Federalismo fiscale», 2008, n. 2, p. 89 ss.

Bifulco R., *Il federalismo nel secolo XXI: un resoconto della riforma costituzionale tedesca del 2006*, in «Riv. trim. dir. pubb.», 2007, p. 225 ss.

Bifulco R., *La cooperazione nello Stato unitario composto*, Cedam, Padova, 1995.

Bilancia P. (a cura di), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione europea e Mercosur*, Giuffrè, Milano, 2006.

Bin R., *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in «Le Regioni», 2001, p. 1213 ss.

Bin R., *Prevalenza senza criterio*, in «Le Regioni», 2009, p. 618 ss.

Bin R., Ruggiu I., *La rappresentanza territoriale in Italia. Una proposta di riforma del sistema delle conferenze, passando per il definitivo abbandono del modello Camera delle Regioni*, in «Le Istituzioni del federalismo», 2006, p. 903 ss.

Bird R.M., *Fiscal Federalism*, in Cordes J.J., Ebel R.D., Gravelle J.G., *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy*, Urban Institute Press, Washington, 1999, p. 127 ss.

Birkland T., Waterman S., *Is federalism the reason for policy failure in hurricane Katrina?*, in «Publius», 2008, XXXVIII, p. 692 ss.

Biscaretti di Ruffia P. (a cura di), *Le costituzioni di dieci stati di democrazia stabilizzata*, Giuffrè, Milano, 1994.

Biscaretti di Ruffia P. (a cura di), *Problemi attuali del governo locale in alcuni stati occidentali*, Giuffrè, Milano, 1977.

Biscaretti di Ruffia P., *Confederazione di stati,* in *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 854 ss.

Biscaretti di Ruffia P., *Profili costituzionali fondamentali del federalismo negli Stati Uniti d'America*, in Aa.Vv., *Il federalismo statunitense fra autonomie e centralizzazione*, Clueb, Bologna, 1979, p. 23 ss.

Bittker B.I., *Bittker on the regulation of interstate and foreign commerce*, Aspen Law and Business, New York, 1999.

Blumoff T., *Judicial review, Foreign Affairs, and Legislative Standing*, in «Ga. L. Rev.», 1991, XXV, p. 227 ss.

Bobbio N., *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 1976.

Bodin J., *Les six Livres de la République*, Fayard, Parigi, 1986.

Bognetti G., *Federalismo*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, VI, Utet, Torino, 1991, p. 273 ss.

Bognetti G., *Federalismo, Proprietà e Libertà*, in Aa.Vv., *Il federalismo statunitense fra autonomie e centralizzazione*, Bologna, Clueb, 1979, p. 47 ss.

Bognetti G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 1994.

Bognetti G., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998.

Bognetti G., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, *La costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 2000.
Bolis L. (a cura di), *La nascita degli Stati Uniti d'America*, Edizioni di Comunità, Milano, 1957.
Bologna C., Advice and consent *nell'evoluzione del federalismo americano*, in «Le istituzioni del federalismo», 2002, p. 395 ss.
Bonazzi T., *La Costituzione statunitense e il suo significato odierno*, Il Mulino, Bologna, 1988.
Bonazzi T., *La Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America*, Marsilio, Venezia, 1999.
Bonazzi T., *Un «costituzionalismo» rivoluzionario. Il Demos Basileus e la nascita degli Stati Uniti*, in «Fil. pol.», 1991, n. 2, p. 283 ss.
Bongiovanni G., *Diritti inviolabili e libertà*, in Barbera A. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 67 ss.
Bowie C.D., *Miracle at Philadelphia: the Story of the Constitutional Convention, May to September 1787*, Little Brown, Boston, 1966.
Bowie R.R., Friedrich C.J., *Studi sul federalismo*, Comunità, Milano, 1959.
Bratton W., *The preemption doctrine: shifting perspectives on federalism and the Burger Court*, in «Colum. L. Rev.», 1975, LXXV, p. 623 ss.
Break G.F., *Financing government in a federal system*, Brookings, Washington, 1980.
Brennan W.J., *State constitutions and the protection of individual rights*, in «Harv. L. Rev», 1977, XC, p. 489 ss.
Brennan W.J., *The Bill of Rights and the states: the revival of state constitutions as guardians of individual rights*, in «N.Y.U. L. Rev.», 1986, LXI, p. 535 ss.
Brescia R.H., *Capital in chaos: the subprime mortgage crisis and the social capital response*, in «Clev. St. L. Rev.», 2008, LVI, p. 271 ss.
Brooks G.E., *When Governors Convene: The Governors' Conference and National Politics*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1961.
Brosio G., *Equilibri instabili. Politica ed economia nell'evoluzione dei sistemi federali*, Bollati Boringhieri, Torino, 1994.
Brosio G., Maggi M., Piperno S., *Governo e finanza locale. Un'introduzione alla teoria e alle istituzioni del federalismo fiscale*, Giappichelli, Torino, 2003.
Brownell R.E., *Spending power*, in Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, Greenwood Press, Westport (Conn.), 2006, p. 583 ss.
Bruno F., *Le autonomie territoriali e l'Unione Europea: prime riflessioni*, in «Nomos», 2002, n. 3, p. 99 ss.
Bryant A.C., *The Third Death of Federalism*, in «Cornell J.L. & Pub. Pol'y», 2007, XVII, p. 101 ss.
Bryce J., *Studies in History and Jurisprudence*, Clarendon, Oxford, 1891.

Caia G., Giupponi T.F., Morrone A. (a cura di), *Quale ordinamento per gli enti locali? Organizzazione, servizi pubblici e "federalismo fiscale"*, Bononia University Press, Bologna, 2009.
Calabresi S.G., *A Government of limited and enumerated powers: In defense of United States v. Lopez*, in «Mich. L. Rev.», 1995, XCIV, p. 752 ss.
Calamo Specchia M., *Un nuovo regionalismo in Europa: il decentramento territoriale della Repubblica francese*, Giuffrè, Milano, 2004.
Calhoun C., *Disquisizione sul governo e Discorso sul governo e la Costituzione degli Stati Uniti*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1986.
Califano L. (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004.
Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, Giuffrè, Milano, 1988.
Caminker E.H., *Printz, state sovereignty and the limits of formalism*, in «Sup. Ct. Rev.», 1997, p. 199 ss.
Cammelli M., *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in «Le Regioni», 2001, p. 1273 ss.
Cammisa A.E., *Government as interest groups. Intergovernmental lobbying and the Federal System*, Praeger, Westport (Connecticut)-Londra, 1995.
Campus D., Pasquino G., *USA: elezioni e sistema politico*, Bononia University Press, Bologna, 2003.
Cappelletti M., *Foreword*, in Hay P., Rotunda R.D., *The United States Federal System*, Giuffrè, Milano, 1982, p. IX ss.
Cappelletti M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1968.
Caravale G., *Il Governo legislatore*, Giuffrè, Milano, 2004.
Caravita B., *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2002.
Carbonell M., *Il federalismo in Messico: principi generali e distribuzione di competenze*, in «DPCE», 2001, p. 501 ss.
Caretti P., *Rapporti fra Stato e regioni: funzione di indirizzo e coordinamento*, in «Le Regioni», 2002, p. 1325 ss.
Carli M., *I limiti alla potestà legislativa*, in «Le Regioni», 2002, p. 1357 ss.
Carr R.K., *Federal protection of civil rights*, Cornell University Press, Ithaca (New York), 1947.
Carrozza P., Di Giovine A., Ferrari G.F. (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009.
Carrozza P., *I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomie*, in Carrozza P., Di Giovine A., Ferrari G.F. (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 763 ss.
Cartabia M., Weiler J., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000.

Casonato C., *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese*, Università degli Studi di Trento, Trento, 1998.
Cassese S., Gerelli E. (a cura di), *Deregulation. La deregolamentazione amministrativa e legislativa*, Franco Angeli, Milano, 1984.
Cattarin A., *Dalla servitù alla sovranità. No taxation without representation*, Jovene, Napoli, 2009.
Cavaleri P., *La nuova autonomia legislativa delle regioni*, in «Foro it.», 2001, V, p. 199 ss.
Ceccanti S., *Devolution: una possibile ipotesi per uscirne con un compromesso alto*, in «Forum di Quaderni costituzionali» (17 gennaio 2003), www.forumcostituzionale.it.
Ceccherini E., *Le relazioni intergovernative in Austria, Belgio, Germania e Spagna*, in «Amministrare», 2006, p. 259 ss.
Cerrina Feroni G., Frosini T.E., Torre A. (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, I, Giappichelli, Torino, 2009.
Chambers J., *Protection of civil rights and civil liberties: a constitutional mandate for the federal government*, in «Mich. L. Rev.», 1989, XXXVII, p. 1599 ss.
Chatowsky J.A., *Cipollone and the Clear statement rule: doctrinal anomaly or new development in federal preemption?*, in «Syracuse L. Rev.», 1993, XLIV, p. 769 ss.
Chemerinsky E., *Protecting the spending power*, in «Chap. L. Rev.», 2001, IV, p. 89 ss.
Chemerinsky E., *Constitutional Law*, Aspen Law & Business, New York, 2001.
Chemerinsky E., *The Federalism Revolution*, in «N.M. L. Rev.», 2001, XXXI, p. 7 ss.
Choper J.H., Fallon R.H., Kamisar Y., Shriffin S.H., *Constitutional Law*, West Group, St. Paul (Minnesota), 2001.
Choper J.H., *Judicial Review and the National Political Process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago, 1980.
Choper J.H., Yoo J.C., *The scope of the commerce clause after Morrison*, in «Okla. City U. L. Rev.», 2000, XXV, p. 843 ss.
Clark J.P., *The rise of a new federalism: federal-state cooperation in the United States*, Columbia University Press, New York, 1938.
Coffey P. (a cura di), *Latin America-MERCOSUR*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1998.
Coffey P., Colin Dodds J., Lazcano E., Riley R., *NAFTA: past, present and future*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1999.
Cogan N.H., *The complete Bill of Rights: the drafts, debates, sources & origins*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1997.
Comba M., *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 1996.

Comba M., *Il Presidente degli Stati Uniti d'America: la persistenza del modello rooseveltiano*, in Di Giovine A., Mastromarino A., *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 9 ss.

Conlan T., Dinan J., *Federalism, the Bush administration, and the transformation of American conservatism*, in «Publius», 2007, XXXVII, p. 279 ss.

Conlan T., *From New Federalism to Devolution*, Brookings Institution Press, Washington, 1998.

Conlan T.J., De Chantal F.V., *The Rehnquist Court and the contemporary American Federalism*, in «Pol. Sc. Quar.», 2001, CXVI, p. 253 ss.

Cordes J.J., Ebel R.D., Gravelle J.G. (a cura di), *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy*, Urban Institute Press, Washington, 1999.

Cordini G., *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza. Profili di Diritto pubblico comparato*, Cedam, Padova, 1998.

Corwin E.S., *The Progress of constitutional theory between the Declaration of Independence and the meeting of the Philadelphia Convention*, in Mason A.T., Garvey G. (a cura di), *American constitutional history, Essays by Edward S. Corwin*, Harper and Row, New York, 1964, p. 1 ss.

Corwin E.S., *National supremacy. Treaty power v. state power*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1965.

Corwin E.S., *The passing of dual federalism*, in Mason A.T., Garvey G. (a cura di), *American constitutional history. Essays by Edward S. Corwin*, Harper and Row, New York, 1964, p. 145 ss.

Corwin E.S., *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment*, in Mason A.T., Garvey G. (a cura di), *American constitutional history, Essays by Edward S. Corwin*, Harper and Row, New York, 1964, p. 67 ss.

Corwin E.S., *The twilight of the Supreme Court: A history of our constitutional theory*, Yale University Press, New Haven, 1934.

Costanzo P., Mezzetti L., Ruggeri A., *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2008.

Costanzo P., Ruggeri A., *Unione europea ed autonomie territoriali*, in Costanzo P., Mezzetti L., Ruggeri A., *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 445 ss.

Cramton R.C., *Pennsylvania v. Nelson: a case study in federal preemption*, in «U. Chi. L. Rev.», 1958, XXVI, p. 85 ss.

Crosskey W.W., *Politics and the Constitution in the History of the United States*, I, University of Chicago Press, Chicago, 1953.

Currie D.P., *The Constitution in the Supreme Court: The New Deal, 1931-1940*, in «U. Chi. L. Rev.», 1987, LIV, p. 529 ss.

Cushman R.E., *The national police power under the commerce clause of the constitution*, in «Minn. L. Rev.», 1919, III, p. 289 ss.

D'Atena A. (a cura di), *I cantieri del federalismo in Europa*, Giuffrè, Milano, 2008.

D'Atena A., *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in «Quad. cost.», 2003, p. 15 ss.

D'Ignazio G., *Amministrazioni locali e modelli di governo negli Stati Uniti d'America*, in Gambino S. (a cura di), *L'organizzazione del governo locale: esperienze a confronto*, Maggioli, Rimini, 1992, p. 325 ss.

D'Ignazio G., *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 2004.

D'Orlando E., Zwilling C., *L'arbitro dell'unitarietà e della differenziazione: il sindacato di costituzionalità sulla* Erforderlichkeitklausel *alla luce del novellato art. 93 GG*, in «DPCE», 2007, p. 120 ss.

Davis M.F., *The evolving right to travel: Saenz v. Roe*, in «Publius», XXIX, 1999, p. 95 ss.

Davis R.S., *Conditional preemption, commandeering, and the values of cooperative federalism: an analysis of section 216 of EPACT*, in «Colum. L. Rev.», 2008, CVIII, p. 404 ss.

Day D.S., *The "mature" Rehnquist Court and the dormant commerce clause doctrine: the expanded discrimination tier*, in «S.D. L. Rev.», 2007, LII, p. 1 ss.

De Alessi L., *Cronache dagli Stati Uniti: il programma di deregolamentazione di Reagan*, in «Economia pubblica», 1981, pp. 417-418.

de Vergottini G., *Stato federale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 831 ss.

de Vergottini G., *Diritto costituzionale comparato*, I, Cedam, Padova, 2007.

Delpérée F. (a cura di), *L'ordinamento federale belga*, Giappichelli, Torino, 1996.

Dempsey P.S., *The empirical results of deregulation: a decade later, and the band played on*, in «Transp. L. J.», 1988, XVII, p. 31 ss.

Department of the Treasury-Office of Revenue Sharing, *What is General Revenue Sharing?*, Washington, 1973.

Depré S., *La cooperazione*, in Delpérée F. (a cura di), *L'ordinamento federale belga*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 177 ss.

Di Benedetto E., Bund *e* Länder *in Austria*, in «Amministrare», 2004, p. 399 ss.

Di Giovine A., Mastromarino A., *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Giappichelli, Torino, 2007.

Dicey A.V., *Introduction to the study of Law of the Constitution*, McMillan, Londra, 1915.

Dihn V.D., *Reassesing the law of preemption*, in «Geo. L. J.», 2000, LXXXVIII, p. 2085 ss.

Dinan J., Gamkhar S., *The state of American federalism 2008-2009: the*

presidential election, the economic downturn, and the consequences for federalism, in «Publius», 2009, XXXIX, p. 369 ss.

Donahue J.D., *Tiebout? Or not Tiebout? The market metaphor and America's Devolution Debate*, in «J. Econ. Persp.», 1997, XI, p. 73 ss.

Dorf M., *The Constitutionality of Health Insurance Reform, Part II: Congressional Power*, in «Findlaw» (2 novembre 2009), http://writ.news.findlaw.com/dorf/20091102.html.

Dorf M.C., *Does the Second amendment bind the states?*, in «Findlaw» (6 ottobre 2009), http://writ.news.findlaw.com/dorf/20091007.html.

Dorf M.C., *The era of Big Government is starting over: will the Obama administration transform American constitutionalism in the way that Franklin Delano Roosevelt did?*, in «Findlaw» (30 dicembre 2008), http://writ.news.findlaw.com/dorf/20081230.html.

Dorf M.C., *The Supreme Court upholds Congressional power to override California's Medical Marijuana Law: Judicial Federalism gets really interesting*, in «Findlaw» (8 giugno 2005), http://writ.lp.findlaw.com/dorf/20050608.html.

Dowling N.T., *Interstate commerce and state power. Revised version*, in «Colum. L. Rev.», 1947, XLVII, p. 547 ss.

Dowling N.T., *Interstate commerce and state power*, in «Va. L. Rev.», 1940, XXVII, p. 1 ss.

Dubnick M., Gitelson A., *Nationalizing State Policies*, in Hanus J. (a cura di), *The Nationalizing of State Government*, D.C. Heath, Lexington (Mass.), 1981.

Eastman J.C., *Restoring the "general" to the general welfare clause*, in «Chap. L. Rev.», 2001, IV, p. 63 ss.

Elazar D.J., *American federalism. A view from the states*, Thomas Crowell Company, New York, 1966.

Elazar D.J., *Federalism: an overview*, HSRC Publishers, Pretoria, 1995.

Elazar D.J., *Idee e forme del federalismo*, Comunità, Milano, 1995.

Elazar D.J., *The American Partnership: intergovernmenyal co-operation in the nineteenth-century United States*, University of Chicago Press, Chicago, 1962.

Ely J.H., *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1980.

Engdahl D.E., *The basis of the spending power*, in «Seattle L. R.», 1995, XVIII, p. 215 ss.

Engdahl D.E., *The contract thesis of the federal spending power*, in «S. D.L. Rev.», 2007, LII, p. 496 ss.

Engdahl D.E., *The necessary and proper clause as an intrinsic restraint on federal lawmaking power*, in «Harv. J.L. & Pub. Pol'y», 1998, XXII, p. 107 ss.

Engdahl D.E., *The spending power*, in «Duke L.J.», 1994, XLIV, p. 1 ss.
Engdhal D.E., *Constitutional federalism*, West Pub., St. Paul (Minn.), 1987.
Epstein R.A., Greve M.S., *Federal preemption. States'powers, national interests*, American Enterprise Institute, Washington, 2007,
Epstein R.A., *The proper scope of the commerce power*, in «Va. L. Rev.», 1987, LXXIII, p. 1387 ss.
Eskridge W.N., Frickey P.P., *Quasi-constitutional law: clear statement rules as constitutional lawmaking*, in «Vand. L. Rev.», 1992, XLV, p. 593 ss.
Estreicher S., *Note, Federal Power to Regulate Private Discrimination: the Revival of the Enforcement clauses of the Reconstruction Era Amendments*, in «Colum. L. Rev.», 1974, LXXIV, p. 449 ss.
Eule J.N., *Laying the dormant commerce clause to rest*, in «Yale L. J.», 1982, XCI, p. 425 ss.

Fabbrini S., *Il presidenzialismo degli Stati Uniti*, Laterza, Roma, 1993.
Fairman C., *Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights?*, in «Stan. L. Rev.», 1949, II, p. 132 ss.
Falcon G., *Il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione*, in «Le Regioni», 2001, p. 3 ss.
Falcon G., *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione*, in «Le Regioni», 2001, p. 1247 ss.
Farber D.A., Frickey P.P., *Law and Public Choice*, The University of Chicago Press, Chicago-Londra, 1991.
Farrand M., *The Records of the Federal Convention of 1787* (4 voll.), (1911-1937), Yale University Press, New Haven, 1966.
Feeley M., Rubin E., *Federalism: some notes on a national neurosis*, in «UCLA Law Rev.», 1994, XLI, p. 903 ss.
Ferrari G.F., *Federalismo, regionalismo e decentramento del potere in una prospettiva comparata*, in «Le Regioni», 2006, p. 589 ss.
Ferrari G.F., *La Corte suprema degli Stati Uniti durante la Presidenza Burger (1969-1986)*, in «Giur. Cost.», 1987, p. 1896 ss.
Ferrari G.F., *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Cedam, Padova, 1984.
Ferrari G.F. (a cura di), *Sviluppi del modello federale in Germania alla luce della revisione costituzionale del luglio 2006*, sezione monografica pubblicata in «DPCE», 2007, p. 79 ss.
Field M.A., *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority: the demise of a misguided doctrine*, in «Harv. L. Rev.», 1985, XCIX, p. 84 ss.
Fisher L., *American Constitutional Law*, Carolina Academic Press, Durham (North Carolina), 2001.
Fisk C.L., *The last article about the language of ERISA preemption? A case study on the failure of textualism*, in «Harv. on Legis.», 1996, XXXIII, p. 35 ss.

Flandez R., *States plan their own stimulus package to aid small businesses*, in «Wall Street Journal», 11 febbraio 2009.

Floridia G., *La Costituzione dei moderni*, Giappichelli, Torino, 1991.

Fossas E., *Il principio unitario come riserva di competenza allo Stato centrale secondo la giurisprudenza costituzionale*, in Rolla G. (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 133 ss.

Fox W.F., *Three Characteristics of Tax Structures Have Contributed to the Current State Fiscal Crises*, (4 agosto 2003), consultabile nel sito dell'*Urban Institute-Brookings Institution Tax Policy Center*, http://www.taxpolicycenter.org/.

Frankfurter F., *The commerce clause under Marshall, Taney and Waite*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1937.

Freund E., *The police power. Public policy and constitutional rights*, Callaghan & Company, Chicago, 1904.

Fried C., *Right and wrong*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1978.

Friedman M., *Capitalism and freedom*, University of Chicago Press, Chicago, 1962;

Friedrich C.J., *Il fondamento europeo della Costituzione americana*, in Bolis L. (a cura di), *La nascita degli Stati Uniti d'America*, Edizioni di Comunità, Milano, 1957, p. 17 ss.

Friedrich C.J., *Trends of federalism in theory and practice*, Pall Mall Press, London, 1968.

Frosini T.E., *Federalismo e Bicameralismo*, in Id., *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 101 ss.

Fugate R.E., *The Florida Constitution: still champion of citizens'rights?*, in «Fla. St. U. L. Rev.», 1997, XXV, p. 87 ss.

Fuller P., *Is there a federal police power?*, in «Colum. L. Rev.», 1904, IV, p. 563 ss.

Fusaro C., *Il processo federale in Italia: opportunità e rischi. Cosa apprendere, cosa evitare* (19 febbraio 2010), pubblicato nel sito del Ministero per le Riforme e per il Federalismo, http://www.riformeistituzionali.it/media/72081/fusaro.pdf.

Gallez L., Gors B., *Aspetti recenti del federalismo regionale e del decentramento territoriale in Belgio*, in «Le Regioni», 2005, p. 1055 ss.

Gambino S. (a cura di), *L'organizzazione del governo locale: esperienze a confronto*, Maggioli, Rimini, 1992.

Gambino S. (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali. La distribuzione territoriale delle competenze*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 1998.

Gamkhar S., *Federal intergovernmental grants and the states*, Edward Elgar Publishing, Northampton (Mass.), 2002.

Gardbaum S.A., *The nature of preemption*, in «Cornell L. Rev.», LXXIX, 1994, p. 767 ss.

Garosci A., *Il pensiero politico degli autori del "Federalist"*, Comunità, Milano, 1954.

Garrett E., *States in a Federal System: Enhancing the Political Safeguards of Federalism? The Unfunded Mandates Reform Act of 1995*, in «Kan. L. Rev.», 1997, XLV, p. 1113 ss.

Gasaway R.R., Parrish A.C., *The problem of federal preemption: toward a formal solution*, in Epstein R.A., Greve M.S., *Federal Preemption. States'Powers, National Interests*, American Enterprise Institute, Washington, 2007, p. 219 ss.

Gelfand M.D., Mintz J.A., Salsich P.W., *State and Local Taxation and Finance*, Thomson West, St. Paul, 2007.

Gey S.G., *The political economy of the Dormant Commerce Clause*, in «N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change», 1989-1990, XVII, p. 1 ss.

Giannini M.S., *L'esperienza regionale all'aprile 1971*, in «Riv. trim. dir. pubb.», 1971, 231 ss.

Giannini M.S., *Osservazioni alla sentenza n. 7 del 1957*, in «Giur. cost.», 1957, p. 50 ss.

Giardina A., Sabbatucci G., Vidotto V., *Storia, 1650-1900*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

Gillespie E., Schellhas B., *Contract With America*, Times Books, New York, 1996.

Gillmor P., Eames F., *Reconstruction of federalism: a constitutional amendment to prohibit unfunded mandates*, in «Harv. J. on Legis.», 1993, XXXI, p. 395 ss.

Gobbo M., *Costituzioni federali anglosassoni*, Giappichelli, Torino, 1994.

Goldstein L.F., *In defense of the text: democracy and constitutional theory*, Rowman & Littlefield, Savage (Maryland), 1991.

Goldwin R. (a cura di), *A Nation of states: essays on the American federal system*, Rand McNally College Pub., Chicago, 1963.

Gordon M.C., *Construing a new federalism: jurisdictional competence and competition*, in «Yale L. & Pol'y Rev.», 1996, XIV, p. 187 ss.

Graglia A., *Lopez, Morrison and Raich: Federalism in the Rehnquist Court*, in «Harv. J.L. & Pub. Pol'y», 2008, XXXI, p. 761 ss.

Graziani A., *Teoria economica (Prezzi e distribuzioni)*, ESI, Napoli, 1982.

Greve M.S., *Real federalism. Why it matters, how it could happen*, American Enterprise Institute, Washington, 1999.

Grodzins M., *Centralization and decentralization in the United States*, in Goldwin R. (a cura di), *A Nation of states: essays on the American federal system*, Rand McNally College Pub., Chicago, 1963, p. 1 ss.

Grodzins M., *The American system. A new view of government in the United States*, Rand Mc Nally & Company, Chicago, 1966.

Groppi T., *Canada*, Il Mulino, Bologna, 2006.

Groppi T., *Federalismo e Costituzione. La revisione costituzionale negli Stati federali*, Giuffrè, Milano, 2001.
Groppi T., Olivetti M., *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Giappichelli, Torino, 2003.
Groves H.M., *La finanza di uno stato moderno*, Sperling & Kupfer, Milano, 1953.
Gunther G., Sullivan K.M., *Constitutional Law*, Foundation Press, Westbury (NY), 1997.

Hagelin T.M., Wimmer K.A., *Broadcast deregulation and the administrative responsibility to monitor policy change: an empirical study of the elimination of logging requirements*, in «Fed. Comm. L.J.», XXXVIII, 1986, p. 201 ss.
Hall J.L., Hail M.W., *Special Districts*, in Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, Greenwood Press, Westport, 2006, p. 581 ss.
Hall M.A., *The constitutionality of mandate to purchase health insurance*, nel sito web dell'*O'Neill Institute for national and global health law* (Georgetown University), http://www.law.georgetown.edu/oneillinstitute/national-health-law/legal-solutions-in-health-reform/Individual_Mandates.html.
Hamilton A., Madison J., Jay J., *Il Federalista*, a cura di Sacerdoti Mariani G., Giappichelli, Torino, 1997.
Hamilton A., Madison J., Jay J.,*Il Federalista*, a cura di D'Addio M., Negri G., Il Mulino, Bologna, 1997.
Hamilton A., *Opinion on the Constitutionality of the Bank* (23 febbraio 1791), in Kurland P.B., Lerner R. (a cura di), *The Founders' Constitution*, III, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 2000, p. 247 ss.
Hanus J. (a cura di), *The Nationalizing of State Government*, D.C. Heath, Lexington (Mass.), 1981.
Hart H.M., Wechsler H., *The federal courts and the federal system*, Foundation Press, Brooklyn, 1953.
Hawkins R.B. (a cura di), *American federalism: a new partnership for the republic*, Institute for Contemporary Studies, San Francisco, 1983.
Hawkins R.B., *American Federalism: again the crossroads*, in Hawkins R.B. (a cura di), *American federalism: a new partnership for the republic*, Institute of Contemporary Studies, San Francisco, 1983, p. 3 ss.
Hay P., Rotunda R.D., *The United States federal system*, Giuffrè, Milano, 1982.
Heller W.W., *New dimensions of political economy*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1966.
Henkin L., *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, in «Colum. L. Rev.», 1978, LXXVIII, p. 1022 ss.

Henkin L., *Is there a "Political Question" doctrine?*, in «Yale L. J.», 1976, LIIIV, p. 597 ss.

Henkin L., *The Supreme Court, 1967 Term*, in «Harv. L. Rev.», 1968, LXXXII, p. 63 ss.

Hesse K., *Der unitarische Bundestaat* (1962), ora in K. Hesse, *Ausgewählte Schriften*, Müller, Heidelberg, 1984, p. 116 ss.

Hills R.M., *The Political economy of Cooperative Federalism: Why State autonomy makes sense and "Dual sovereignty" doesn't*, in «Mich. L. Rev.», 1998, XCVI, p. 813 ss.

Hirsch K.L., *Toward a new view of federal preemption*, in «U. Ill. L. F.», 1972, III, p. 515 ss.

Hogg P.W., *Constitutional Law of Canada*, Carswell, Toronto, 2001.

Horwitz M.J., *The Warren Court and the pursuit of justice*, in «Wash. & Lee L. Rev.», 1993, L, p. 5 ss.

Hunter Kellett C., *The market participant doctrine: no longer "good sense" or "sound law"*, in «Temple Envir. L. and Tech. J.»,1990, IX, p. 169 ss.

Inman R.P., Rubinfeld D.L., *Rethinking Federalism*, in «J. Econ. Persp.», 1997, XI, p. 43 ss.

Jaber M.B., *Unfunded federal mandates: an issue of federalism or a "brilliant sound bite"*, in «Emory L.J.», 1996, XLV, p. 281 ss.

Jackson R.H., *The struggle for judicial supremacy*, Random House, New York, 1941.

Johnson L., *Remarks at the University of Michigan*, in *Public Papers of the Presidents: Lyndon B. Johnson 1963-1964*, I, Office of the Federal Register, p. 704 ss.

Jorio E., Gambino S., D'Ignazio G., *Il federalismo fiscale. Commento articolo per articolo alla legge 5 maggio 2009, n. 42*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2009.

Jost T.S., *Healthcare: Is "mandatory insurance" unconstitutional?*, in «Politico» (18 settembre 2009), http://www.politico.com/arena/perm/Timothy_Stoltzfus_Jost_720E1BE2-3EFE-448A-A519-968F31212226.html.

Kalas J.W., *The grant system*, State University of New York Press, Albany, 1987.

Kennedy D.M., *Freedom from fear. The American people in depression and war, 1929-1945*, Oxford University Press, New York, 1999.

Kenyon D.A., *Fiscal Federalism*, in Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, Greenwood Press, Westport (Conn.), 2006, p. 252 ss.

Keynes J.M., *Occupazione, interesse, moneta. Teoria generale*, Utet, Torino, 1953.

Killenbeck M.R. (a cura di), *The Tenth amendment and state sovereignty*, Rowman & Littlefield, Lanham (Maryland), 2002.
Kincaid J., *From cooperative to coercive federalism*, in «Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.», 1990, DIX, p. 139 ss.
Kincaid J., *The state of U.S. federalism: continuity in crisis*, in «Publius», 2001, XXXI, p. 1 ss.
King M.L., *Stride toward freedom*, Harper, New York, 1958.
King P., *Federalism and Federation*, Johns Hopkins University Press, Baltimora, 1982.
Klein A.J., *Commerce clause questions after Morrison: some observations on the new formalism and the new realism*, in «Stan. L. Rev.», 2002, LV, p. 571 ss.
Kramer L., *Understanding Federalism*, in «Vand. L. Rev.», 1994, XLVII, p. 1485 ss.
Krane D.A., *The state of American Federalism, 2001-2002: resilience in response to crisis*, in «Publius», 2002, XXXII, p. 1 ss.
Krasner M.A., Chabersky S.G., *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America, Profili istituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994.
Kurland P.B., Lerner R. (a cura di), *The Founders' Constitution*, Liberty Fund, Indianapolis, 2000 (5 voll.).

La Pergola A., *Sistema federale e* compact clause: *premesse allo studio degli accordi conclusi dagli Stati membri della Federazione statunitense*, Giuffrè, Milano, 1961.
La Pergola A., *L'«empirismo» nello studio dei sistemi federali: a proposito di una teoria di Carl Friedrich*, in «Diritto e Società», 1973, p. 7 ss.
La Pergola A., *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1969.
La Pergola A., *Un momento del federalismo statunitense: entra in scena il New Deal*, in Aa.Vv., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 663 ss.
Lambert E., *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti: l'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1996.
Lash K.T., *Commentary on Akhil Reed Amar's the Bill of Rights: Creation and Reconstruction two movements of a constitutional symphony*, in «U. Rich. L. Rev.», 1999, XXXIII, p. 485 ss.
Lash K.T., *The lost jurisprudence on the Ninth Amendment*, in «Texas L.R.», 2005, LXXXIII, p. 597 ss.
Lawson C.M., *The literary force of the Preamble*, in «Mercer L. Rev.», 1988, XXXIX, p. 879 ss.
Lawson G., Granger P.B., *The "proper" scope of federal power: a jurisdictional interpretation of the sweeping clause*, in «Duke L.J.», 1993, XXXXIII, p. 267 ss.

Laxalt P., *Reagan Federalism*, in Hawkins R.B. (a cura di), *American federalism: a new partnership for the republic*, Institute for Contemporary Studies, San Francisco, 1983, p. 79 ss.

Lester M.J., *Pre-emption as a Preferential Ground. A New canon of construction*, in «Stan. L. Rev.», 1959, XII, p. 208 ss.

Levi L., *La federazione: costituzionalismo e democrazia oltre i confini nazionali*, in Hamilton A., Madison J., Jay J., *Il Federalista*, a cura di D'Addio M., Negri G., Il Mulino, Bologna, 1997, p. 9 ss.

Levy L.W., *Origins of the Bill of Rights*, Yale University Press, New Haven, 1999 .

Lloyd G., Lloyd M., *The essential Bill of Rights. Original arguments and fundamental documents*, University Press of America, Lanham (Mar.)-Oxford, 1998.

Lodici C., *Stati Uniti*, in Vassallo S. (a cura di), *Sistemi politici comparati*, Il Mulino Bologna, 2005, p. 249 ss.

Lombardi G., *Lo Stato federale. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1987.

Losco V., *La riforma dei compiti comuni e degli strumenti di finanza mista*, in «DPCE», 2007, p. 146 ss.

Louvin R., *Legami federativi e declino della Sovranità. Quattro percorsi costituzionali emblematici*, Giappichelli, Torino, 2001.

Lucarelli A., *Teorie del presidenzialismo: fondamento e modelli*, Cedam, Padova, 2000.

Lucatello G., *Stato federale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVIII, Utet, Torino, 1971, p. 338 ss.

Lucatello G., *Confederazione di stati*, in *Enciclopedia giuridica*, VIII, Istituto dell'Enciclopedia italiana Treccani, Roma, 1988, p. 1 ss.

Luciani M., *L'autonomia legislativa*, in «Le Regioni», 2004, p. 356 ss.

Luciani M., *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in «Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni», 2002, suppl. n. 1, p. 7 ss.

Lucifredi P.G., *Appunti di Diritto costituzionale comparato. Il sistema statunitense*, Giuffrè, Milano, 1997.

Lurie I., *Temporary Assistance for Needy Families: a green light for the States*, in «Publius», 1997, XXVII, p. 73 ss.

Lusky L., *By what right? A commentary on the Supreme Court's power to revise the Constitution*, Michie Co., Charlottesville (Va.), 1975.

Luther J., *La riforma del federalismo in Germania all'esame del Parlamento italiano*, in D'Atena A. (a cura di), *I cantieri del federalismo in Europa*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 129 ss.

Macklem O., Swinton K.E., Risk R.C.B., Weinrib L.E., Rogers C.J., White

J.D., *Canadian Constitutional Law*, Emond Montgomery Pub., Toronto, 1997.

Maguire S., *General Revenue Sharing: Background and Analisys*, 23 maggio 2003 (*order code* RL 31936), disponibile nel sito web dell'*Open Congressional Research Service,* http://opencrs.cdt.org.

Maguire S., *General Revenue Sharing: Background and Analisys*, 9 gennaio 2009 (*order code* RL 31936), disponibile nel sito web dell'*Open Congressional Research Service*, http://opencrs.cdt.org.

Mahon P., *Il quadro generale della nuova impostazione della perequazione finanziaria e della ripartizione dei compiti tra Confederazione e Cantoni (NPC) come riforma del federalismo svizzero*, in «DPCE», 2008, p. 317 ss.

Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, Giuffrè, Milano, 1996.

Mank B.C., *Are public facilities different from private ones? Adopting a new standard of review for the dormant commerce clause*, in «SMU L. Rev.», 2007, LX, p. 157 ss.

Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America. An Encyclopedia*, Greenwood Press, Westport (Conn.), 2006.

Marbach J.R., Hail M.W., Hall J.L., *Sixteenth Amendment*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, Greenwood Press, Westport (Conn.), 2006, pp. 567-568.

Marcus M., *Organizing the federal judiciary: legislation and commentaries*, Columbia University Press, New York, 1992.

Mason A.T., Garvey G. (a cura di), *American constitutional history. Essays by Edward S. Corwin*, Harper and Row, New York, 1964.

Matteucci N., *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1987.

May C.N., Ides A., *Constitutional Law. National power and federalism*, Aspen Publishers, New York, 2007.

May C.N., Ides A., *Constitutional law. National power and federalism*, Aspen Law & Business, New York, 2001.

May R.J., *Federalism and fiscal adjustment*, Clarendon Press, Oxford, 1969.

Mazza M., *Decentramento e riforma delle autonomie territoriali in Francia*, Giappichelli, Torino, 2004.

Mazziotti M., *Studi sulla potestà legislativa delle Regioni*, Giuffrè, Milano, 1961.

McConnell M.W., *Institutions and interpretation: a critique of City of Boerne v. Flores*, in «Harv. L. Rev.», 1997, CXI, p. 153 ss.

McConville C.R., *Federal Funding conditions: bursting through the Dole Loopholes*, in «Chap. L. Rev.», 2001, IV, p. 163 ss.

McCoy T.R., Friedman B., *Conditional federal spending: federalism's Trojan horse*, in «Sup. Ct. Rev.», 1989, p. 85 ss.

McDowell B.D., *Advisory Commission on intergovernmental relations in 1996: the end of an era*, in «Publius», 1997, XXVII, p. 111 ss.

McGimsey D., *The commerce clause and Federalism after Lopez and Morrison: the case for closing the jurisdictional element loophole*, in «Cal. L. Rev.», 2002, XC, p. 1679 ss.

McGrath C., *Lobbying in Washington, London and Brussels: the persuasive communication of political issues*, The Edwin Mellen Press, Lewinston, 2005.

McIlwain C.H., *La Rivoluzione americana: una interpretazione costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1965.

McIlwain C.H., *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna, 1990.

McLure C.E. (a cura di), *Tax assignment in federal countries*, Australian National University Press, Canberra, 1983.

Mehrotra A.K., *Tax policy in an era of rising inequality: envisioning the modern American fiscal state: progressive-era economists and the intellectual foundations of the U.S. income tax*, in «UCLA L. Rev.», 2005, LII, p. 1793 ss.

Merlini S., *Il Governo*, in Amato G., Barbera A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, II, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 169 ss.

Merrit D.J., *Textualism and federalism. The third translation of the commerce clause: Congressional power to regulate social problems*, in «Geo. Wash. L. Rev.», 1998, LXVI, p. 1206 ss.

Mezzetti L., *L'"abbraccio fatale" del* Bund*: sistema federale e tendenza "centripeta" dei rapporti fra stato centrale e stati membri nell'esperienza tedesca*, in S. Gambino (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali. La distribuzione territoriale delle competenze*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 1998, p. 659 ss.

Michelman F.I., *On protecting the poor through the fourteenth amendment*, in «Harv. L. Rev.», 1968, LXXXIII, p. 78 ss.

Milkis S.M., Mileur J.M., *The Great Society and the high tide of liberalism*, University of Massachusetts, Amherst-Boston, 2005.

Mistò M., Bund *e* Länder *in Germania*, in «Amministrare», 2004, p. 377 ss.

Mistò M., *Il principio unitario nella Germania riunificata quale emanazione della "clausola di necessità" ex art. 72, c. 2* Grundgesetz, in «DPCE», 2003, p. 36 ss.

Mizerk D.J., *The Coercion Test and Conditional Federal Grants to the States*, in «Vand. L. Rev.», 1987, XL, p. 1159 ss.

Montesquieu C.L., *De l'esprit des lois* (1748), I, a cura di V. Goldschmidt, Flammarion, Parigi, 1979.

Morbidelli G., Pegoraro L., Reposo A., Volpi M., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Monduzzi, Bologna, 1997.

Morrone A., *Enti locali, Regioni e Stato nella legge delega n. 42 del 2009 sul "federalismo fiscale"*, in Caia G., Giupponi T.F., Morrone A. (a cura di), *Quale ordinamento per gli enti locali? Organizzazione, servizi pubblici e "federalismo fiscale"*, Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 189 ss.

Morrone A., *Lo stato regionale: dalla giustizia costituzionale alla politica*, in «Quad. cost.», 2006, p. 351 ss.

Muething J., *An analysis of the disparate tax treatment of municipal bonds: Department of Revenue of Kentucky v. Davis*, in «U. Cin. L. Rev.», 2007, LXXV, p. 1711 ss.

Munõz Machado S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, I, Iustel, Madrid, 2007.

Musgrave R.A., *"Who should tax, Where, and What?"*, in McLure C.E. (a cura di), *Tax assignment in federal countries*, Australian National University Press, Canberra, 1983, p. 2 ss.

Musgrave R.A., *Devolution, grants, and fiscal Competition*, in «J. Econ. Persp.», 1997, XI, p. 65 ss.

Musgrave R.A., *Finanza pubblica, equità, democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1995.

Nafziger J.A.R., *Conflict of Laws. A Northwest Perspective*, Butterworth Legal Publishers, Seattle, 1985.

Nagel R.F., *The implosion of American federalism*, Oxford University Press, New York, 2001.

Napolitano G., Abrescia M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009.

Nash D., *Improving No Child Left Behind: Achieving Excellence and Equity in Partnership with the States*, in «Rutgers L. Rev.», 2002, LV, p. 239 ss.

Nathan R.P., *State and local governments under federal grants: toward a predictive theory*, in «Pol. Sc. Quar.», 1983, XCVIII, p. 47 ss.

Nathan R.P., *The "Devolution Revolution": an overview*, in «Rockefeller Institute Bulletin», 1996, p. 5 ss.

Negri G. (a cura di), *Il Federalista: 200 anni dopo*, Il Mulino, Bologna, 1988.

Negri G., *Le origini del federalismo americano*, in «Studi parlam. pol. cost.», 1970, n. 8/9, p. 13 ss.

Nelson C., *Preemption*, in «Va. L. Rev.», 2000, LXXXVI, p. 225 ss.

Note, *Clear statement rules, federalism, and congressional regulation of states*, in «Harv. L. Rev.», 1994, CVII, p. 1959 ss.

Note, *Congress requires a separate, recorded vote for any provision establishing an unfunded mandate*, in «Harv. L. Rev.», 1995, CIX, p. 1469 ss.

Note, *Membership has its privileges and immunities: congressional power to*

define and enforce the rights of national citizenship, in «Harv. L. Rev.», 1989, CII, p. 1925 ss.

Note, *New evidence on the Presumption against Preemption: an empirical study of congressional responses to Supreme Court Preemption decisions*, in «Harv. L. Rev.», 2007, CXX, p. 1604 ss.

Note, *The lesson of Lopez: The political dynamics of federalism's political safeguards*, in «Harv. L. Rev.», 2005, CXIX, p. 609 ss.

Nozick R., *Anarchia, Stato e Utopia*, Il Saggiatore, Milano, 2000.

Nugent D., *Public Officials' Associations*, in Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, Greenwood Press, Westport (Conn.), 2006, p. 518 ss.

Nugent J., *Safeguarding Federalism: How States Protect their Interests in the National Policymaking*, University of Oklahoma Press, Norman (Ok), 2009.

O'Brien D.M., *Constitutional law and politics*, Northon & Company, New York, 1997.

O'Brien D.M., *The Rehnquist Court and Federal Preemption: in Search of a Theory*, in «Publius», 1993, XXIII, p. 15 ss.

Oates W.E., *Fiscal federalism*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1972.

Ohmae K., *La fine dello Stato-Nazione. L'emergere delle economie regionali*, Baldini e Castoldi, Milano, 1996.

Olivetti M. (a cura di), *Lo stato policentrico delle autonomie (art. 114, 1° comma)*, in Groppi T., Olivetti M. (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 39 ss.

Olivetti Rason N., *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 1984.

Oliviero M., Volpi M. (a cura di), *Sistemi elettorali e democrazie*, Giappichelli, Torino, 2007.

Ortino S., *Il nuovo Nomos della Terra*, Il Mulino, Bologna, 1999.

Ortino S., *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Giappichelli, Torino, 1993.

Ortino S., *L'esperienza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, Giuffrè, Milano, 1966.

Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003.

Paladin L., *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 1997.

Palermo F., *Germania ed Austria: modelli federali e confederali a confronto*, Università degli Studi di Trento, Trento, 1997.

Palermo F., *Il nuovo riparto delle competenze legislative nell'ordinamento federale tedesco, tra retorica ed effettività*, in «DPCE», 2007, p. 98 ss.

Palici di Suni Prat E., Cassella F., Comba M. (a cura di), *Le costituzioni dei paesi dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2001.

Panara C., *I poteri impliciti nel federalismo tedesco del* Grundgesetz, in «Quad. cost.», 2008, p. 425 ss.

Patrono M., *La costituzione vivente*, in Sacerdoti Mariani G., Reposo A., Patrono M., *Guida alla costituzione degli Stati Uniti d'America*, Sansoni, Firenze, 1991, p. 43 ss.

Paulsen M.S., *The Original Meaning of the Commerce, Spending, and Necessary and Proper Clauses: a Government of Adequate Powers*, in «Harv. J.L. & Pub. Pol'y», 2008, XXXI, p. 991 ss.

Peccolo G., *Evoluzione politico-istituzionale e riforma dello stato*, in F. Delpérée (a cura di), *L'ordinamento federale belga*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 38 ss.

Pegoraro L., Rinella A., *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Cedam, Padova, 2002.

Peterson P., *The price of federalism*, Brookings, Washington, 1995.

Peterson P., *Welfare Magnets: A New Case for a national standard*, The Brookings Institution, Washington, 1990.

Pierini A., *Federalismo e* welfare state *nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 2003.

Pierini A., *I sistemi elettorali nell'ordinamento degli Stati Uniti*, in Oliviero M., Volpi M. (a cura di), *Sistemi elettorali e democrazie*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 377 ss.

Pinelli C., *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in «Foro it.», 2001, V, p. 194 ss.

Piven F.F., *The race among the states in welfare benefits: a comment*, in «Publius», 1998, XXVIII, p. 39 ss.

Pizzetti F., *Federalismo, ragionalismo e riforma dello stato*, Giappichelli, Torino, 1996.

Posner P., *Matching Requirements*, in Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, Greenwood Press, Westport, 2006, p. 413 ss.

Posner P., *The politics of coercive federalism in the Bush era*, in «Publius», 2007, XXXVII, p. 390 ss.

Posner P., *Unfunded mandates*, in Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, Greenwood Press, Westport, 2006, p. 653 ss.

Posner P.L., *The Politics of federal mandates: Congress on the frontiers of federalism*, UMI, Ann Arbor, 1995.

Posner P.L., *Unfunded Mandates Reform Act: 1996 and Beyond*, in «Publius», 1997, XXVII, p. 53 ss.

Posner P.L., Wrightson M.T., *Block grants: A Perennial, But instable, Tool of government*, in «Publius», 1996, XXVI, p. 87 ss.

Powell T.R., *Child Labor, Congress, and the Constitution*, in «North Car. L. Rev.», 1922, I, p. 61 ss.

Pushaw R.J., Jr., *The Medical Marijuana case: a Commerce Clause Counter-Revolution?*, in «Lewis & Clark L. Rev.», 2005, IX, p. 879 ss.

Rapaczynski A., *From sovereignty to process: the jurisprudence of federalism after Garcia*, in «Sup. Ct. Rev.», 1985, p. 341 ss.

Redish M.R., *Judicial Review and the "Political Question"*, in «Nw. U. L. Rev.», 1985, LXXIX, p. 1022 ss.

Regan D.H., *The Supreme Court and State Protectionism: Making Sense of the Dormant Commerce Clause*, in «Mich. L. Rev.», 1986, LXXXIV, p. 1091 ss.

Renz J.T., *What spending clause? An examination of the views of Hamilton, Madison and Story on article I, section 8, clause 1 of the United States Constitution*, in «J. Marshall L. Rev.», 1999, XXXIII, p. 81 ss.

Reposo A., *Lineamenti dello stato federale*, in Gobbo M., *Costituzioni federali anglosassoni*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 3 ss.

Reposo A., *Profili dello stato autonomico*, Giappichelli, Torino, 2000.

Reposo A., *Stato federale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXX, Istituto dell' Enciclopedia italiana Treccani, Roma, 1993, p. 1 ss.

Rey M., *Aspetti finanziari del federalismo negli Stati Uniti d'America*, in Aa.Vv., *Il federalismo statunitense fra autonomie e centralizzazione*, Clueb, Bologna, 1979, p. 109 ss.

Ribstein L.E., *International implications of Sarbanes-Oxley: raising the rent on US law*, in «J. Corp. L. Stud.», 2003, III, p. 299 ss.

Rich M.J., *Block Grants*, in Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, I, Greenwood Press, Westport, 2006, p. 51 ss.

Rich M.J., *Categorical Grants*, in Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, I, Greenwood Press, Westport, 2006, p. 74 ss.

Rich M.J., *Grants in Aid*, in Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, I, Greenwood Press, Westport, 2006, p. 294 ss.

Rich M.J., *Community Development Block Grants*, in Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, I, cit., p. 103 ss.

Rivlin A.M., *Reviving the American Dream. The Economy, the States & the Federal Government*, The Brookings Institution, Washington, 1992.

Roettinger R.L., *The Supreme Court and the state police power*, Public Affairs Press, Washington, 1957.

Rolla G. (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Giappichelli, Torino, 2003.

Rom M.C., Peterson P.E., Scheve K.F., *Interstate competition and welfare policy*, in «Publius», 1998, XXVIII, p. 17 ss.
Roosevelt T., *The New Nationalism*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1961.
Rosen H.S., Gayer T., *Public Finance*, McGraw Hill, New Tork, 2008.
Rosenberg C., *State Individual Income Tax* (26 marzo 2007), consultabile nel sito web dell'*Urban Institute-Brookings Institution Tax Policy Center*, http://www.taxpolicycenter.org/.
Rosenthal A.J., *Conditional federal spending and the Constitution*, in «Stan. L. Rev.», 1987, XXXIX, p. 1103 ss.
Ross W.G., *When did the "switch in time" actually occur? Re-discovering the Supreme Court's "forgotten" decisions of 1936-1937*, in «Ariz. St. L. J.», 2005, XXXVII, p. 1153 ss.
Rothfeld C., *Federalism in a conservative Supreme Court*, in «Publius», 1992, XXII, p. 21 ss.
Rozo Acuña E., *Il costituzionalismo del Messico e dell'America centrale. Evoluzione politico-costituzionale e carte costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2008.
Ruddock D.L., *Gregory v. Ashcroft: the Plain Statement Rule and Judicial Supervision of Federal-State Relations*, in «N.C.L. Rev.», 1992, LXX, p. 1563 ss.
Russo A., *Collegi elettorali ed eguaglianza del voto. Un'indagine sulle principali democrazie stabilizzate*, Giuffrè, Milano, 1998.

Sacerdoti Mariani G., Reposo A., Patrono M., *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Sansoni, Firenze, 1991.
Salas J., *Estatutos de autonomia, leyes basicas y leyes de armonizacion*, in «Revista de administracion publica», 1983, XXVIII, p. 433 ss.
Sayers-Fay K., *Conditional federal spending: a back door to enhanced free exercise protection*, in «Cal. L. Rev.», 2000, LXXXVIII, p. 1281 ss.
Scalia A., *Originalism: the lesser evil*, in «U. Cin. L. Rev.», 1989, LVII, p. 849 ss.
Scarciglia R., Del Ben D., *Spagna*, Il Mulino, Bologna, 2005.
Scavo C., Kearney R.C., Kilroy R.J., Jr., *Challenge to federalism: homeland security and disaster response*, in «Publius», 2007, XXXVIII, p. 81 ss.
Scelle G., *Précis de droit des gens. Principe et systématique*, I, *Introduction. Le milieu intersocial*, Recueil Strey, Paris, 1932.
Schechter S.L., *The state of American Federalism in the 1980s*, in Hawkins R.B. (a cura di), *American federalism: a new partnership for the republic*, Institute for Contemporary Studies, San Francisco, 1983, p. 70 ss.
Schefold D., *Federalismo, regionalismo e la riforma del federalismo tedesco*, in «DPCE», 2007, p. 82 ss.
Schefold D., *Il federalismo tedesco e la sua riforma*, in D'Atena A. (a cura

di), *I cantieri del federalismo in Europa*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 73 ss.

Schlesinger A.M.,. *La Presidenza imperiale*, Comunità, Milano, 1980.

Schram S.F., *Temporary Assistance for Needy Families Act*, in Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, Greenwood Press, Westport, 2006, pp. 636-637.

Schram S.F., *Introduction. Welfare reform: a race to the bottom?*, in «Publius», 1998, XXVIII, p. 1 ss.

Schwartz B., *Commerce, the states, and the Burger Court*, in «North. Un. L. Rev.», 1979, LXXIV, p. 409 ss.

Schwartz B., *The great rights of mankind. A history of American Bill of Rights*, Oxford University Press, New York, 1977.

Schwartz J., *Obama seems to be open to a broader role of states*, in «New York Times», 29 gennaio 2009.

Servizio Biblioteca Camera dei Deputati, *Il lobbying parlamentare*, Materiale di Legislazione comparata, n. 111, 28, 2005.

Shoven J.B., Whalley J., *Canada-U.S. Tax Comparisons*, The University of Chicago Press, Chicago-Londra, 1992.

Silvestri G., *La separazione dei poteri*, II, Giuffrè, Milano, 1979.

Simons H.C., *Personal income taxation: the definition of income as a problem of fiscal policy*, University of Chicago Press, Chicago, 1938.

Skocpol T., *Protecting soldiers and mothers, The political origins of social policy in the United States*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1992.

Skowronek S., *Building a new American State. The expansion of national administartive capacities, 1877-1920*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

Smend R., *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, in Id., *Staatrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlin, 1955, p. 39 ss.

Smith J.C., *Shifts of Federalism and its implications for Civil Rights*, in «How. L.J.», 1996, XXXIX, p. 737 ss.

Steele C.N., Bowman J.H., *The Constitutionality of Independent Regulatory Agencies Under the Necessary and Proper Clause: The Case of the Federal Election Commission*, in «Yale J. on Reg.»,1987, IV, p. 363 ss.

Stolberg S.G., Andrews E.L., *$ 275 Billion planseeks to address housing crisis*, in «New York Times», 18 febbraio 2009.

Stone G.R., Seidman L.M., Sunstein C.R., Tushnet M.V., *Constitutional Law*, Aspen Law & Business, New York, 2001.

Story J., *Commentaries on the Constitution of the United States*, I-II, The Lawbook Exchange, Ltd., Union (New Jersey), 2001 (ed. originale: Little Brown and Company, Boston, 1858).

Stroppiana L., *Stati Uniti*, Il Mulino, Bologna, 2006.

Studensky P., *Federal grants in aid*, in «National Tax Journal», 1949, II, p. 211 ss.
Sullivan K.M., Gunther G., *Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 2004.
Sullivan K.M., *Unconstitutional conditions*, in «Harv. L. Rev.», 1989, CII, p. 1415 ss.
Sundquist J.S., *Il "nuovo federalismo" di Ronald Reagan*, in «Quad. cost.», 1982, p. 262 ss.
Sunstein C.R., *Constitutionalism after the New Deal*, in «Harv. L. Rev.», 1987, CI, p. 421 ss.
Sunstein C.R., *Naked preferences and the Constitution*, in «Colum. L. Rev.», 1984, LXXXIV, p. 1689 ss.
Super D.A., *Rethinking Fiscal Federalism*, in «Harv. L. Rev.», 2005, CXVIII, p. 2544 ss.
Surdi M., *"Mark the boundary" John C. Calhoun, Il "Federalist" e la costituzione dell'89*, in Negri G. (a cura di), *Il Federalista: 200 anni dopo*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 225 ss.
Syrett H.C., Cooke J.E. (a cura di), *The papers of Alexander Hamilton 1757-1804*, Columbia University Press, New York, 1961-1987 (24 voll.).

Tarchi R., *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze normative tra Stato e Regioni. Pregi e limiti di una ricostruzione giurisprudenziale*, in Id., *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 171 ss.
Tarchi R. (a cura di), *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006.
Ter-Minassian T., *Fiscal Federalism in Theory and Practice*, International Monetary Fund, Washington, 1997.
Tesauro P., *Le «*Independent Regulatory Commissions*». Organi di controllo dei pubblici servizi negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 1966.
Tesauro P., *Lezioni di Diritto pubblico americano*, a cura di C. Decaro, E. D'Onghia, Libreria Scientifica Editrice, Napoli, 1969.
Testi A., *Il secolo degli Stati Uniti*, Il Mulino, Bologna, 2008.
The Supreme Court, 1990 Term: Leading cases, in «Harv. L. Rev.», 1991, CV, p. 177 ss.
Tiebout C.M., *A pure theory of local expenditures*, in «J. Pol. Econ.», 1956, LXIV, p. 416 ss.
Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1983.
Torre A. *et al.* (a cura di), *Processi di* devolution e *transizioni costituzionali negli stati unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, Giappichelli, Torino, 2007.

Tosi R., *A proposito dell'interesse nazionale*, in «Quad. cost.», 2001, p. 86 ss.

Trattner W.I., *From poor law to welfare state. A history of social welfare in America*, Free Press, New York, 1974.

Tribe L.H., *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1988.

Tribe L.H., *American Constitutional Law*, I, Foundation Press, New York, 2000.

Tribe L.H., Dorf M.C., *Leggere la Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2005.

Tribe L.H., *Unraveling National League of Cities: the new federalism and affirmative rights to essential government service*, in «Harv. L. Rev.», 1977, XC, p. 1065 ss.

Tushnet M., *Rethinking the dormant commerce clause*, in «U. Wisc. L. Rev.», 1979, MCMLXXIX, p. 125 ss.

Urbanowicz P., Smith D.G., *Constitutional implications of "individual mandate" in health care reform* (10 luglio 2009), disponibile nel sito web de *The Federalist society for law and public policy studies*, http://www.fed-soc.org/publications/pubid.1502/pub_detail.asp.

Valiani R., *L'economia della deregolamentazione*, in Cassese S., Gerelli E. (a cura di), *Deregulation. La deregolamentazione amministrativa e legislativa*, Franco Angeli, Milano, 1984, p. 19 ss.

Van Alstyne W.W., *The role of Congress in determining incidental powers of the President and of the Federal Courts: a comment on the horizontal effect of "the Sweeping Clause"*, in «Ohio St. L.J.», 1975, XXXVI, p. 788 ss.

Van Alstyne W.W., *The Second Death of Federalism*, in «Mich. L. Rev.», 1985, LXXXIII, p. 1709 ss.

Vassallo G., *Sistemi politici comparati*, Il Mulino, Bologna, 2005.

Ventura S. (a cura di), *Da stato unitario a stato federale. Territorializzazione della politica, devoluzione e adattamento istituzionale in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2008.

Ventura S., *Belgio*, in Id. (a cura di), *Da stato unitario a stato federale. Territorializzazione della politica, devoluzione e adattamento istituzionale in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 27 ss.

Verba S., Orren G., *Equality in America: the view from the top*, Harvard University Press, Cambrige (Mass.), 1985.

Villari S., *L'elezione del Presidente nel sistema costituzionale degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1961.

Vittadini G. (a cura di), *Liberi di scegliere. Dal* welfare state *alla* welfare society, Etas, Milano, 2002.

Viviani Schlein M.P., Gerotto S. (a cura di), *Nuove tendenze del federalismo*

europeo? La riforma del federalismo elvetico, sezione monografica pubblicata in «DPCE», 2008, p. 311 ss.

Volpi M., *Le forme di Stato*, in Morbidelli G. *et al.*, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Monduzzi, Bologna, 1997, p. 341 ss.

Volpi M., *Stato federale e Stato regionale: due modelli e a confronto*, in «Quad. cost.», 1995, p. 389 ss.

Volterra S., *L'indipendenza del giudice negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1970.

Walker D., *Toward a functioning federalism*, Winthrop, Cambridge, 1981.

Walker D.B., *The rebirth of federalism: slouching toward Washington*, Chatham House, Chatam (NJ), 1995.

Walker D.B., *The rebirth of federalism: slouching toward Washington*, II ed., Chatham House, New York, 2000.

Walsh J.W., *True scope and meaning of the commerce clause*, Barnard & Miller, Chicago, 1915.

Wechsler H., *The political safeguards of federalism: the role of the states in the composition and selection of the national government*, in «Colum. L. Rev.», 1954, LIV, p. 543 ss.

Weissert C.S., *The National Governors' Association: 1908-1983*, in «State Government», 1983, LVI, p. 44 ss.

Welsh P.L., The *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act*, in «The Federalist society for law and public policy studies» (8 agosto 2002) http://www.fed-soc.org/publications/pubID.55/pub_detail.asp.

Wheare K.C., *Federal Government*, Oxford University Press, London-New York, 1963.

Whittington K.E., *The Political constitution of federalism in antebellum America: the nullification debate as an illiustration of informal mechanism of constitutional change*, in «Publius», 1996, XXVI, p. 1 ss.

Wilentz S., *The age of Reagan. A history, 1974-2008*, Harper Collins, New York, 2008.

Williams E.G., *Formula Grants*, in J.R. Marbach, E. Katz, T.E. Smith (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, I, Greenwood Press, Westport (Conn.), 2006, p. 263 ss.

Williams E.G., *USA Patriot Act of 2001*, in Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, II, Greenwood Press, Westport (Conn.), 2006, p. 678 ss.

Williams N.R., Denning B.P., *The "new protectionism" and the American common market*, in «Notre Dame L. Rev.», 2009, LXXXV, p. 247 ss.

Wilson V.W., *Congressional government: a study in American politics*, Legal Classic Library, New York, 1993.

Witte E.E., *The Development of the Social Security Act*, University of Wisconsin Press, Madison, 1962.

Woelk J., *Eppur si muove: la riforma del sistema federale tedesco*, in «Le istituzioni del federalismo», 2007, p. 193 ss.

Wright D., *Revenue Sharing and Structural Features of Federalism*, in «Annals», 1975, CCCCXIX, p. 110 ss.

Wright D.S., *Intergovernmental Relations*, in Marbach J.R., Katz E., Smith T.E. (a cura di), *Federalism in America: An Encyclopedia*, I, Greenwood Press, Westport (Conn.), 2006, p. 341 ss.

Yoo J.C., *Federalism and judicial review*, in Killenbeck M.R. (a cura di), *The Tenth amendment and state sovereignty*, Rowman & Littlefield, Lanham (Maryland), 2002, p. 131 ss.

Yoo J.C., *The judicial Safeguards of Federalism*, in «S. Cal. L.Rev.», 1997, LXX, p. 1311 ss.

Young E.A., *Federal preemption and state autonomy*, in Epstein R.A., Greve M.S. (a cura di), *Federal preemption. States'powers, national interests*, American Enterprise Institute, Washington, 2007, p. 249 ss.

Zelinsky E.A., *Unfunded mandates, hidden taxation and the Tenth amendment: on public choice, public interest, and public service*, in «Vand. L. Rev.», 1993, XLVI, p. 1355 ss.

Zimmerman J.F., *Contemporary American Federalism. The growth of national power*, Praeger, New York-Westport (Connecticut), 1992.

Zimmerman J.F., *Federal preemption. The silent revolution*, Iowa State University Press, Ames, 1991.

Zorzi Giustiniani A., *Diritti fondamentali e interessi costituiti. W.H. Taft Presidente della Corte suprema degli Stati Uniti (1921-1930)*, Giuffrè, Milano, 2006.

Zweigert K., Kötz H., *Introduzione al Diritto Comparato*, I, *Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1988.

INDICE DELLE DECISIONI DELLA CORTE SUPREMA

(Il primo numero indica il volume e il secondo la pagina
in cui le decisioni sono pubblicate all'interno degli *United States Reports*)

Chisholm vs. Georgia, 2 U.S. 419 (1793)

Marbury vs. Madison, 5 U.S. 137 (1803)

Martin of Fairfax vs. Hunter's Lessee, 14 U.S. 304 (1816)

McCulloch vs. Maryland, 17 U. S. 316 (1819)

Houston vs. Moore, 18 U.S. 1. (1820)

Cohen vs. Virginia, 19 U.S. 264 (1821)

Gibbons vs. Ogden, 22 U.S. 1 (1824)
Osborn vs. Bank of United States, 22 U.S. 738 (1824)

Brown vs. Maryland, 25 U.S. 419 (1827)

Willson vs. Black Bird Creek Marsh Co., 27 U.S. 245 (1829)

Barron vs. Mayor and City Council of Baltimore, 32 U.S. 243 (1833)

New York vs. Miln, 36 U.S. 102 (1837)

United States vs. Coombs, 37 U.S. 72 (1838)

Prigg vs. Pennsylvania, 41 U.S. 539 (1842)

Thurlow vs. Massachussetts (c.d. *License Case*), 46 U.S. 504 (1846)

Cooley vs. Board of Wardens of the Port of Philadelphia, 53 U.S. 299 (1851)

Ableman vs. Booth, 62 U.S. 506 (1859)

Gilman vs. Philadelphia, 70 U.S. 713 (1866)

Texas vs. White, 74 U.S. 700 (1868)

Paul vs. Virginia, 75 U.S. 168 (1869)
Veazie Bank vs. Fenno, 75 U.S. 533 (1869)
United States vs. Dewitt, 76 U.S. 41 (1869)

Downham vs. Alexandria Council, 77 U.S. 173 (1870)
The Daniel Ball, 77 U.S. 557 (1870)
Collector vs. Day, 78 U.S. 113 (1870)

Ward vs. Maryland, 79 U.S. 418 (1870)

Butchers'Benevolent Association of New Orleans vs. Crescent City Livestock Landing and Slaughter House Company (c.d. *Slaughter-House Cases*), 83 U.S. 36 (1873)

Welton vs. Missouri, 91 U.S. 275 (1875)

Williams vs. Bruffy, 96 U.S. 176 (1878)

Trade-mark cases, 100 U.S. 82 (1879)

Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883)

Hurtado vs. California, 110 U.S. 516 (1884)

Wabash, St. Louis and Pacific Ry. Co. vs. Illinois, 118 U.S. 557 (1886)

Smith vs. Alabama, 124 U.S. 465 (1888)

Cole vs. Cunningham, 133 U.S. 107 (1890)
Leisy vs. Hardin, 135 U.S. 100 (1890)

In Re *Rahrer*, 140 U.S. 545 (1891)

McPherson vs. Blacker, 146 U.S. 1 (1892)

United states vs. Knight Co., 156 U.S. 1 (1895)
Pollock vs. Farmers' Loan and Trust Co., 158 U.S. 601 (1895)

Plessy vs. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)

Blake vs. McClung, 172 U.S. 239 (1898)

Addystone Pipe and Steel Co. vs. United states, 175 U.S. 211 (1899)

Maxwell vs. Dow, 176 U.S. 581 (1900)
Erb vs. Morasch, 177 U.S. 584 (1900)

Smith vs. St Louis & S.W.R.R., 181 U.S. 248 (1901)

Blackstone vs. Miller, 188 U.S. 189 (1903)
Champion vs. Ames (Lottery Case), 188 U.S. 321 (1903)

Northern Securities Co vs. United States, 193 U.S. 197 (1904)
McCray vs. United States, 195 U.S. 27 (1904)

Swift & Company vs. United States, 196 U.S. 375 (1905)
In re *Heff*, 197 U.S. 488 (1905)
Lochner vs. New York, 198 U.S. 45 (1905)

Employers Liability Cases, 207 U.S. 463 (1908)
Adair vs. United States, 208 U.S. 161 (1908)
Twining vs. New Jersey 211 U.S. 78 (1908)

Keller vs. United States, 213 U.S. 138 (1909)

Chicago, R.I. & Pacific Ry Co. vs. Arkansas, 219 U.S. 453 (1911)
Hippolite Egg Co. vs. United States, 220 U.S. 45 (1911)
Southern Raylway vs. United States, 222 U.S. 20 (1911)

Hoke vs. United States, 227 U.S. 308 (1913)
McDermott vs. Wisconsin, 228 U.S. 115 (1913)

Houston, East and West Texas Railway Company vs. United States (Shreveport Rate Case), 234 U.S. 342 (1914)

Brushaber vs. Union Pacific Railroad, 240 U.S. 1 (1916)

Clark Distilling Co. vs. Western M. Ry., 242 U.S. 311 (1917)
Caminetti vs. United States, 242 U.S. 470 (1917)
Seaboard Air Line Railway vs. Blackwell, 244 U.S. 310 (1917)

Hammer vs. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918)

United States vs. Doremus, 249 U.S. 86 (1919)
Maxwell vs. Bugbee, 250 U.S. 525 (1919)

Travis vs. Yale & Towne Mfg. Co., 252 U.S. 60 (1920)
Canadian N.R. Co. vs. Eggen, 252 U.S. 553 (1920)
United States vs. Wheeler, 254 U.S. 281 (1920)

Stafford et al. vs. Wallace, 258 U.S. 495 (1922)
Bayley vs. Drexel Furniture Co. (Child Labor Tax Case), 259 U.S. 20 (1922)

Adkins vs. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923)
Massachusetts vs. Mellon, 262 U.S. 447 (1923)

Brooks vs. United States, 267 U.S. 432 (1925)
Gitlow vs. New York, 268 U.S. 652 (1925)

Di Santo vs. Pennsylvania, 273 U.S. 34 (1927)
Fiske vs. Kansas 274 U.S. 380 (1927)

Atchinson T. & S.F. Ry. Co. vs. Railroad Commission, 283 U.S. 380 (1931)

New State Ice Co. vs. Liebmann, 285 U.S. 262 (1932)
Powell vs. State of Alabama, 287 U.S. 45 (1932)

Railroad Retirement Board vs. Alton R.R. Co., 295 U.S. 330 (1935)
A.L.A. Schechter Poultry corp. vs. United States, 295 U.S. 495 (1935)
United States vs. Constantine, 296 U.S. 287 (1935)
Hopkins Federal Savings & Loan Assoc. vs. Cleary, 296 U.S. 315 (1935)

United States vs. Butler, 297 U.S. 1 (1936)
Carter vs. Carter Coal Co., 298 U.S. 238 (1936)
Ashton vs. Cameron County, 298 U.S. 513 (1936)

West Coast Hotel vs. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)
Sonzinsky vs. United States, 300 U.S. 506 (1937)
National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin, 301 U.S. 1 (1937)
Cincinnati Soap Co. vs. United States, 301 U.S. 308 (1937)
Carmichael vs. Southern Coal & Coke Co., 301 U.S 495 (1937)
Steward Machine Co. vs. Davis, 301 U.S. 548 (1937)
Helvering vs. Davis, 301 U.S. 619 (1937)
Palko vs. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937)

South Carolina State Highway Dep't vs. Barnwell Bros., 303 U.S. 177 (1938)
United States vs. Bekins, 304 U.S. 27 (1938)
Erie R.R.Co. vs. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938)
United States vs. Carolene Products, 304 U.S. 144 (1938)

Graves vs. New York, 306 U.S. 466 (1939)

Ex parte *Brandford*, 310 U.S. 354 (1940)

Hines vs. Davidowitz, 312 U.S. 52 (1941)
United States vs. Darby, 312 U.S. 100 (1941)

Wickard, Secretary of Agriculture vs. Filburn, 317 U.S. 111 (1942)

Smith vs. Allwright , 321 U.S. 649 (1944)

Southern Pacific Co. vs. Arizona, 325 U.S. 761 (1945)

Oklahoma vs. Civil Service Commission, 330 U.S. 127 (1947)
Angel vs. Bullington, 330 U.S. 183 (1947)
Rice vs. Santa Fe Elevator Corp., 331 U.S. 218 (1947)
Adamson vs. California, 332 U.S. 46 (1947)

Woods vs. Miller, 333 U.S. 138 (1948)
Toomer vs. Witsell, 334 U.S. 385 (1948)

Hood & Sons, Inc. vs. Du Mond, Commissioner of Agriculture and Markets of New York, 336 U.S. 525 (1949)

United States vs. Gerlach Live Stock Co., 339 U.S. 725 (1950)
United States vs. Sanchez, 340 U.S. 42 (1950)

Dean Milk Co. vs. City of Madison, 340 U.S. 349 (1951)

Rochin vs. California, 342 U.S. 165 (1952)

Brown vs. Board of Education of Topeka , 344 U.S. 1 (1954)

Pennsylvania vs. Nelson, 350 U.S. 497 (1956)

Ivanhoe Irrigation Dist. vs. McCracken, 357 U.S. 275 (1958)

San Diego Building Trades Council vs. Garmon, 359 U.S. 236 (1959)

United States vs. Oregon, 366 U.S. 643 (1961)

Florida Lime&Avocado Growers vs. Paul, Director, Department of Agriculture of California, 373 U.S. 132 (1963)

Malloy vs. Hogan, 378 U.S. 1 (1964)
Heart of Atlanta Motel vs. United States, 379 U.S. 241 (1964)
Katzenbach vs. McClung, 379 U.S. 294 (1964)

United States vs. Guest, 383 U.S. 745 (1966)
Katzenbach vs. Morgan, 384 U.S. 641 (1966)

Zschernig vs. Miller, 389 U.S. 429 (1968)
Duncan vs. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968)

Shapiro vs. Thomson, 394 U.S. 618 (1969)

Loren J. Pike vs. Bruce Church Inc., 397 U.S. 137 (1970)
Oregon vs. Mitchell 400 U.S. 112 (1970)

Starns vs. Malkerson, 401 U.S. 985 (1971)
Perez vs. United States, 402 U.S. 146 (1971)

Roe vs. Wade, 410 U.S. 113 (1973)
San Antonio Independent School district vs. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973)
City of Burbank vs. Lockheed Air Terminal, 411 U.S. 624 (1973)

Lau vs. Nichols, 414 U.S. 563 (1974)

Austin vs. New Hampshire, 420 U.S. 656 (1975)
Fry vs. United States, 421 U.S. 542 (1975)

Buckley vs. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)
Pennsylvania vs. New Jersey, 426 U.S. 660 (1976)
Hughes vs. Alexandria Scrap Corp., 426 U.S. 794 (1976)
National League of Cities vs. Usery 426 U.S. 833 (1976)

Philadelphia vs. New Jersey, 430 U.S. 141 (1977)
Hunt, Governor of the State of North Carolina vs. Washington State Apple Advertising Commission, 432 U.S. 333 (1977)

Massachussetts vs. United States, 435 U.S. 444 (1978)

North Carolina vs. Califano, 435 U.S. 962 (1978)
Baldwin vs. Fish and Game Commission of Montana, 436 U.S. 371 (1978)
Hicklin vs. Orbeck, 437 U.S. 518 (1978)

Reeves, Inc. vs. Stake, 447 U.S. 429 (1980)
Harris vs. McRae, 448 U.S. 297 (1980)

Chicago & N.W. Transp. Co. vs. Kalo Brick & Tile Co., 450 U.S. 311 (1981)
Pennhurst State School and Hospital et al. vs. Halderman et al., 451 U.S. 1 (1981)
Western & Southern Life Insurance Co. vs. State Board of Equalization of California, 451 U.S. 648 (1981)
Hodel vs. Virginia Surface Mining & Reclamation Assn., Inc., 452 U.S. 264 (1981)

United Transportation Union vs. Long Island R.R. Co., 455 U.S. 678 (1982)
Federal Energy Regulatory Commission vs. Mississippi, 456 U.S. 742 (1982)
Fidelity Fed. Sav. & Loan Ass'n vs. de la Cuesta, 458 U.S. 141 (1982)
Ramah Navajo Sch. Board vs. Bureau of Revenue, 458 U.S. 832 (1982)

Equal Employment Opportunity Commission vs. Wyoming, 460 U.S. 226 (1983)
North Dakota vs. United States, 460 U.S. 300 (1983)
Martinez vs. Bynum, 461 U.S. 321 (1983)

United Building & Construction Trades Council of Camden County and Vicinity vs. Mayor and Council of the City of Camden et al. , 465 U.S. 208 (1984)

Garcia vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority, 469 U.S. 528 (1985)
Atascadero State Hospital vs. Scanlon, 473 U.S. 234 (1985)

Maine vs. Taylor, 477 U.S. 131 (1986)

South Dakota vs. Dole, 483 U.S. 203 (1987)

South Carolina vs. Baker, 485 U.S. 505 (1988)
Antolite Corp vs. Midwesco Enterprises, Inc., 486 U.S. 888 (1988)
Supreme Court of Virginia vs. Friedman, 487 U.S. 59 (1988)
Felder vs. Casey, 487 U.S. 131 (1988)

Boyle vs. United Technologies Corp., 487 U.S. 500 (1988)

Employment Division vs. Smith, 494 U.S. 872 (1990)

Gregory vs. Ashcroft, 501 U.S. 452 (1991)

Cipollone, Executor of the Estate of Rose D. Cipolllone vs. Liggett Group, Inc., 505 U.S. 504 (1992)
Gade vs. National Solid Waste Management Association, 505 U.S. 88 (1992)
New York vs. United States, 505 U.S. 144 (1992)

Oregon Waste Sys., Inc. vs. Department of Environmental Quality, 511 U.S. 93 (1994)

United States vs. Lopez, 514 U.S. 549 (1995)

Camps Newfound/Owatonna, Inc. vs. Town of Harrison, 520 U.S. 564 (1997)
City of Boerne vs. Flores, 521 U.S. 507 (1997)
Printz vs. United States, 521 U.S. 898 (1997)

Saenz vs. Roe, 526 U.S. 489 (1999)

Reno vs. Condon, 528 U.S. 141 (2000)
United States vs. Morrison, 529 U.S. 598 (2000)
Jones vs. United States, 529 U.S. 848 (2000)
Geier vs. American Honda Motor Co., Inc, 529 U.S. 861 (2000)

Solid Waste Agency vs. United States Army Corps of Engineers, 531 U.S. 159 (2001)

Nixon vs. Missouri Municipal League, 541 U.S. 125 (2004)

Gonzales vs. Raich, 545 U.S. 1 (2005)

Gonzales vs. Oregon, 546 U.S. 243 (2006)

United Haulers Ass'n vs. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority, 550 U.S. 330 (2007)
Department of Revenue vs. Davis, 553 U.S. 328 (2007)

SOMMARIO

Ringraziamenti 7
Abbreviazioni 11

Introduzione

LE ISTANZE UNITARIE NELLO STATO COMPOSTO

1. Modelli di decentramento e tutela delle istanze unitarie 15
2. Gli strumenti di tutela delle istanze unitarie 23
3. Le istanze unitarie nell'ordinamento italiano 29
4. Un contributo al dibattito: l'esperienza del federalismo statunitense 36

Capitolo I

LE ISTANZE UNITARIE
NELL'EVOLUZIONE DEL FEDERALISMO STATUNITENSE

1. Il modello federale statunitense: genesi di un archetipo 41
2. Le istanze unitarie nel neonato stato federale 50
   2a. Poteri enumerati e poteri impliciti 50
   2b. La clausola di supremazia (rinvio) 56
   2c. Tutela dei diritti nei confronti della federazione: il *Bill of Rights* 56
   2d. La *privilege and immunity clause* dell'art. IV: tutela federale dei diritti naturali? 63
   2e. (Segue) L'interesse sostanziale degli stati a discriminare i non residenti 65
   2f. Una competenza negata: il potere di legiferare per «gli interessi generali dell'Unione» di fronte al *police power* statale 69

3. Stato “minimo” e federalismo duale. Uso limitato degli strumenti di tutela delle istanze unitarie....72
4. La guerra civile e la natura dell’Unione: dalla *compact theory* alla *national theory* 76
5. Il XIV emendamento: un “mandato costituzionale” per la tutela federale dei diritti?....81
6. Emergono nuove istanze unitarie: dalla garanzia del *free market* al *New Nationalism*....87
7. Il *New Deal* e il federalismo cooperativo....91
8. La fine della separazione delle competenze: dalla *layer cake* alla *marble cake* 95
9. Strumenti e sedi della cooperazione 100
10. L’Associazione nazionale dei Governatori: cooperazione attraverso il *lobbying*? 104
11. Gli anni Sessanta, una stagione di unificazione per i diritti civili: il *Civil Rights Act* (rinvio) e l’*incorporation* del *Bill of Rights*.....112
12. Istanze di differenziazione dopo la *Great Society*: il *New Federalism*, tra razionalizzazione e neoliberismo....121
13. La differenziazione diventa competizione? La *Devolution Revolution* 130
14. Un nuovo ciclo per la tutela delle istanze unitarie? Da Bush a Obama, tra lotta al terrorismo e crisi economica 135

Capitolo II

LA TUTELA DELLE ISTANZE UNITARIE ATTRAVERSO LA RILETTURA DELLE COMPETENZE FEDERALI. IL CASO DELLA *COMMERCE CLAUSE*

1. Una norma ancipite: la *commerce clause*....143
2. Prime interpretazioni della *commerce clause* nel caso *Gibbons*: emergono i temi ricorrenti del federalismo americano....146
2a. Lettura delle competenze e rifiuto dello *strict constructionism* 148
2b. La competenza su una materia coincide con il *power to regulate*....149
2c. Distinzione tra *commerce power* e *police power*....150
2d. Il commercio è una competenza esclusiva della federazione? Il presupposto della *dormant commerce clause* 151
2e. La definizione delle competenze: una questione politica 153
2f. Il potere sul commercio all’indomani del caso *Gibbons*: una giurisprudenza rara e altalenante 154

3. Primi passi del potere sul commercio. L'interpretazione materiale e quella teleologica 156
4. (Segue) L'interpretazione strumentale: la competenza sul commercio per perseguire valori estranei alla *ratio* della norma 162
5. La terza "evoluzione" della *commerce clause* 167
5a. Espansione della lettura teleologica..... 167
5b. (In particolare) Il caso del *Civil Rights Act*. La competenza sul commercio per la tutela dei diritti civili..... 171
5c. Conferme per la lettura strumentale. Il *national police power*. 175
6. Dopo sessanta anni l'incostituzionalità di una legge federale sul commercio: il caso *Lopez* e i nuovi limiti alla lettura teleologica delle competenze..... 179
7. Il caso *Gonzales vs. Raich*: la "controrivoluzione" del federalismo e la riscoperta dei poteri impliciti? 186
8. L'aspetto "negativo" del potere sul commercio: la *dormant commerce clause*..... 191
9. Prime interpretazioni della *dormant commerce clause*. La distinzione tra fattispecie di "natura locale" e fattispecie di "natura nazionale" 194
10. La *dormant commerce clause* dopo il *New Deal*: il bilanciamento tra *national interest* e *state interest* 200
11. Leggi discriminatorie verso i non residenti e "ostacoli eccessivi" al commercio interstatale: le tendenze più recenti nella giurisprudenza sulla *dormant commerce clause* 205

Capitolo III

UNIFICAZIONE *vs*. AUTONOMIA STATALE:
LA CLAUSOLA DI SUPREMAZIA E IL X EMENDAMENTO

1. In caso di sovrapposizione di competenze: la *supremacy clause*... 216
2. Il potere federale di "occupazione del campo": la dottrina della *preemption*..... 222
2a. L'"occupazione del campo" per volontà del Congresso: la *preemption* esplicita 225
2b. *Preemption* per "interferenza" nella legislazione federale..... 226
2c. Cresce il ruolo interpretativo della Corte: *preemption* per implicita occupazione del campo 229
2d. La *preemption* prescinde dalla volontà del Congresso: l'occupazione del campo per la tutela di interessi federali 231
2e. La *preemption*, in conclusione..... 235
3. Unità per mezzo degli stati: i mandati federali 236

3a. Ordini diretti per gli stati: i *direct orders* 237
3b. Sanzioni economiche "incrociate": *crossover sanctions* e *crosscutting requirements* 239
3c. Dare esecuzione a una disciplina federale o subire l'"occupazione del campo"? La *preemption* parziale 242
4. Prime letture del X emendamento. Da baluardo dell'autonomia statale a mero truismo 244
5. Il X emendamento nel *National League of Cities test*: un nuovo bilanciamento di interessi? 250
6. Attivismo giudiziario della Corte suprema o *process federalism*? Il caso *Garcia* 258
7. Il X emendamento quale "clausola di preclusione espressa": *Gregory vs. Ashcroft* 268
8. Nuovo vigore al X emendamento: l'*anti-commandeering principle* nei casi *New York* e *Printz* 274
8a. La riemersa sovranità statale e il divieto di mandati a legiferare 274
8b. L'obbligo a legiferare offusca la responsabilità dei rappresentanti: il diniego del bilanciamento con l'interesse federale 277
8c. Separazione o supremazia amministrativa federale? Il divieto di "arruolamento" nell'esercizio di attività esecutive 280

CAPITOLO IV

REGOLARE SENZA NORMARE.
STRUMENTI FINANZIARI DI TUTELA DELLE ISTANZE UNITARIE

1. Il "cavallo di Troia" del federalismo statunitense: il potere di tassare e spendere 287
2. Spendere non equivale a legiferare: irrilevanza del catalogo dei poteri enumerati nell'esercizio dello *spending power* 291
3. L'uso regolatore del *taxing power* 296
4. Il sistema tributario tra federazione, stati ed enti locali: l'allocazione della potestà impositiva secondo le teorie del *fiscal federalism* 302
5. I trasferimenti della federazione verso i livelli territoriali inferiori: dibattito sulla finanza derivata 308
5a. Lo squilibrio fiscale verticale 309
5b. Le "fuoriuscite di benefici" 310
5c. La "corsa verso il basso" 311
5d. La perequazione 313
6. Trasferimenti "cofinanziati" e fondi a stanziamento aperto e chiuso: alcune preliminari distinzioni 314

7. Finanziamenti vincolati per il «*national interest*»: i *categorical grants* 316
8. Maggiore discrezionalità di spesa per gli stati: i *block grants* 325
9. Erogazioni senza vincoli di destinazione: il *general revenue sharing* 334
10. Vincoli senza finanziamenti: gli *unfunded federal mandates* 340
11. La giurisprudenza sulle condizioni apposte ai finanziamenti: una questione irrisolta? 345
12. Quale illegittimità per i finanziamenti condizionati? Le proposte della dottrina 354

Osservazioni conclusive 359

Bibliografia 371

Indice delle decisioni della Corte suprema 401

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230.bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2008.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. Querzola L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. Bologna C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.

Finito di stampare nel mese di maggio 2010
presso Editografica – Rastignano (BO)