

Potestas v. Potentia: l'utilizzo della condizionalità in ordinamenti compositi

di Antonia Baraggia

Abstract: Spinoza, in his “Tractatus Theologico-Politicus” identifies two ways of exercising power: potestas and potentia. The first concerns the exercise of power through the authority to produce regulatory acts; the second concerns the exercise of power through the use of resources, where the state does not have a monopoly of regulation. Among the many phenomena that contribute to the transformation of the exercise of power in a post-Westphalian global context, there is the marginalization of potestas and an increasing use of potentia.

This is particularly evident in multilevel contexts, both federal and supranational. An interesting manifestation of this trend is the development of conditionality regimes: the use of leverage financial by the central level – in areas in which the latter does not exercise competences – in order to condition the legislative choices of the “subordinate” level of government. The legislation adopted by the latter is hetero-directed by the intervention of the central government, with all of them the consequences in terms of accountability, representation and separation of powers. The contribution intends to analyze this phenomenon in a comparative perspective, looking at the American experience - where the regime of conditionality emerged in all its problems in cases such as the Obamacare and where the Supreme Court developed the doctrine of “unconstitutional conditions” - and experience of the European Union, where we find different applications of conditionality - from human rights conditionality, to the economic one, up to recent rule of law conditionality.

Keywords: Conditionality; Potentia; US Supreme Court, Federalism; Rule of law; European Union.

1. Introduzione

In un momento in cui la tenuta delle democrazie liberali sembra essere sempre più fragile e precaria, e in un frangente in cui l'Unione Europea, l'esempio più avanzato di integrazione sovranazionale, sta affrontando sfide fondamentali per i suoi sviluppi futuri come ordinamento costituzionale multilivello, la necessità di definire strumenti di governance in grado di far fronte alla intrinseca tensione tra istanze e identità contrapposte in ordinamenti compositi e complessi¹ è più che mai urgente.

¹ R. Hirschl, *Opting Out of 'Global Constitutionalism'*, *Law & Ethics of Human Rights* 12(1), 2018, 1–36; J.H.H. Weiler, *Epilogue: Living in a Glass House. Europe, Democracy and the Rule of*

Proprio in alcune delle crisi più acute che hanno attraversato gli ordinamenti che incarnano il modello democratico liberale abbiamo assistito al crescente utilizzo di strumenti di esercizio del potere, se non nuovi, tuttavia diversi dai tradizionali strumenti di imperio: nel 2017, l'allora presidente Trump, all'apice dello scontro con i governi locali in tema di immigrazione, ha emanato un *executive order*² con il quale disponeva la sospensione dei fondi federali destinati ai governi locali nel caso questi ultimi adottassero politiche in contrasto con quelle federali (il caso delle c.d. *sanctuary cities*); le istituzioni europee, alle prese con la problematica deriva autocratica di paesi come Ungheria³ e Polonia⁴, di fronte alla inadeguatezza e inefficacia del c.d. *rule of law toolbox*, hanno da ultimo introdotto un meccanismo di condizionalità volto a sanzionare, con la sospensione dei fondi europei, quei paesi che si macchiano di violazioni sistemiche in tema di *rule of law*⁵.

Questi due casi, sebbene nella sostanza molto diversi, sono espressione di un medesimo fenomeno, che caratterizza le trasformazioni dell'esercizio del potere in un contesto globale post-vestfaliano: il crescente ricorso a quello che, a partire da Spinoza e poi nelle rielaborazioni di Michael Mann⁶ e di Galbraith⁷, viene definito "potentia" (o potere infrastrutturale), ovvero il tipo di potere che deriva dal controllo statale delle risorse, in contrapposizione con il concetto di "potestas" che indica invece l'esercizio del potere attraverso l'autorità di produrre atti normativi e di imperio.

Ciò è particolarmente evidente in contesti multilivello e compositi, tanto federali quanto sovranazionali. L'emblematica manifestazione di tale tendenza è lo sviluppo di regimi di condizionalità: ovvero l'utilizzo della leva finanziaria da parte del livello "centrale" – in ambiti nei quali quest'ultimo non esercita competenze legislative – al fine di condizionare le scelte normative dei livelli di governo decentrati. La condizionalità è uno strumento per l'esercizio del potere pubblico attraverso mezzi diversi dalla tradizionale promulgazione di norme giuridiche o dall'esercizio della pura coercizione, e dove l'obbedienza si ottiene grazie al "*power of the purse*". Così come altri dispositivi normativi emersi negli ultimi decenni, come il *nudging* o il *soft law*, la condizionalità si discosta dal classico paradigma del "comando

Law, in C. Closa, D. Kochenov (Eds), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* Cambridge, 2016.

² Executive order no.13,768, Enhancing Public safety in the interior of the United States, 82 Fed. Reg. 8799, 2017.

³ Si vedano A. Di Gregorio, *L'Ungheria e i valori europei un matrimonio difficile*, in www.DPCE.it, 2018; G. Halmi, *Abuse of constitutional identity: the Hungarian constitutional court on interpretation of article E) (2) of the fundamental law*, *Review of Central and East European Law* Vol. 43, n.1, 2018, 23-42.

⁴ Su tutti, W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, (Oxford, 2019).

⁵ L. Pech, *The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox*, Reconnect, Working Paper No. 7 Marzo 2020.

⁶ M. Mann, *The Sources of Social Power: Globalizations, 1945-2011*, (Cambridge 2012).

⁷ J.K. Galbraith, *The anatomy of power* (Houghton Mifflin Harcour 1983).

e controllo”, e il crescente affidamento a questi strumenti è un caso esemplare della necessità di pensare a nuove forme di governance in un contesto caratterizzato dalla metamorfosi della sovranità statale e dalla crescente influenza di attori internazionali e sovranazionali all’interno degli ambiti costituzionali degli Stati.

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

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

Sotto il profilo della distribuzione verticale del potere, il ricorso alla condizionalità può, inoltre, incidere sul principio di sovranità, di distribuzione delle competenze e, più in generale, sui rapporti tra i diversi livelli di governo, in funzione di superamento della divisione ordinaria delle competenze e spesso di accentramento delle stesse. Non solo ciò comporta una torsione del riparto di competenze; l’utilizzo della leva finanziaria conduce anche a una distorsione in termini di responsabilità e accountability: la normativa adottata in regime di condizionalità risulta, infatti, etero-diretta dall’intervento del governo centrale, ed è per tanto difficile indentificare il soggetto ultimamente responsabile delle misure adottate.

Queste problematiche sono ben note nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale americano sull’uso della condizionalità da parte del governo federale alla luce della *spending clause*, e tuttavia la dottrina rimane divisa sul tema circa la legittimità e i limiti del potere dell’esecutivo di apporre condizioni ai finanziamenti federali destinati agli stati. I medesimi profili problematici emergono nel contesto europeo, dove la condizionalità, intesa come l’utilizzo di poteri di spesa dell’Unione – ancorché limitati, almeno prima del NextGenEU – per raggiungere un’ampia gamma di obiettivi, ha trovato diverse applicazioni, dalla *political conditionality* nel momento di adesione all’Unione Europea⁸, alla condizionalità macroeconomica⁹, a quella presente in numerosi programmi di

⁸ D. Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality* (Kluwer Law International, 2008); A. Albi, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe* (CUP 2005).

⁹ I.A. Tassopoulos, *EU strict conditionality from the perspective of the separation of powers*, in A.

finanziamento europei¹⁰, fino a quella introdotta in un ambito particolarmente delicato quale quello della crisi della rule of law¹¹.

Non è possibile addentrarsi nella descrizione dei diversi regimi di condizionalità adottati dall'Unione Europea. Quello però che si ritiene utile sottolineare è che si è assistito nel tempo ad una evoluzione tanto quantitativa che qualitativa dell'utilizzo della condizionalità. Riguardo al primo profilo, sembra che l'utilizzo della condizionalità nel diritto dell'UE stia diventando sistemico¹² e finanche stia emergendo come “a defining element of the European integration ... process”¹³.

Riguardo al profilo qualitativo siamo invece di fronte ad una vera e propria metamorfosi della condizionalità che ha visto la sua progressiva internalizzazione e costituzionalizzazione: da strumento di politica internazionale utilizzato per le relazioni esterne dell'Unione¹⁴, ad elemento essenziale della procedura di adesione all'Unione, fino ad essere utilizzato come meccanismo di regolazione e di *enforcement all'interno* dell'Unione, nei rapporti tra Unione e Stati Membri.

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

Elaborazione quanto mai necessaria, alla luce del fatto che il massiccio impiego di schemi di condizionalità sembra mettere alla prova due aspetti fondamentali dell'assetto “costituzionale” dell'Unione: il principio di uguaglianza degli Stati membri e il principio di attribuzione delle competenze. Riguardo a quest'ultimo, in particolare, la condizionalità è vista come uno strumento di governance utilizzato per promuovere valori e politiche in ambiti nei quali pur mancando l'UE di poteri espliciti, vanta un legittimo motivo di azione, al fine della tutela di un interesse comune. Tuttavia, non è sempre agevole distinguere nettamente l'intervento legittimo dell'UE a tutela di interessi comuni in ambiti che riguardano anche

Baraggia, C. Fasone, L.P. Vanoni, *New Challenges to the Separation of Powers* (Elgar Publishing 2020).

¹⁰ V. Viță, *The Rise of Spending Conditionality in the EU: What Can EU Learn from the U.S. Conditional Spending Doctrine and Policies?*, *EUI Working Papers LAW* 2017/16.

¹¹ J. Lacny, *Suspension of EU Funds Paid to Member States Breaching the Rule of Law: Is the Commission's Proposal Legal? in Defending Checks and Balances in EU Member States* (A. von Bogdandy and others, eds., Springer, 2021; si veda anche E. Cukani, *Condizionalità Europea e Giustizia Illiberale: From Outside to Inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, (Editoriale Scientifica 2021).

¹² R. Bieber & F. Maiani, *Enhancing Centralized Enforcement of EU Law: Pandora's Toolbox?*, 51 *Common Market Law Review* 4 (2014).

¹³ F. Heinemann, *Going for the Wallet? Rule-of-Law Conditionality in the Next EU Multiannual Financial Framework*, 53 *Intereconomics* 297 (2018).

¹⁴ M. Cremona, *The European Neighborhood Policy*, in *50 Years of European Integration, Foundations and Perspectives* (Andrea Ott & Ellen Vos eds., TMC Asser Press, the Hague, 2008).

il diritto interno degli Stati membri, dall'interferenza "ultra vires" in sfere di competenza riservate agli Stati membri.

Come è stato osservato, questa natura ambigua della condizionalità solleva "important questions from the democratic perspective both under domestic constitutions and under EU law"¹⁵.

Il presente contributo intende evidenziare, attraverso la comparazione tra uso della condizionalità negli Stati Uniti e in Europa, l'impatto "costituzionale" della condizionalità, e la necessità di elaborare una teoria che fornisca gli elementi teorici per valutare la costituzionalità dei programmi di condizionalità, per chiarire la loro natura nel sistema delle fonti e la loro posizione negli ordinamenti costituzionali compositi.

2. I conditional grants nel contesto federale americano: alle radici di una relazione problematica

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

Agli albori dell'esperienza costituzionale americana, negli *Articles of Confederation*, il potere di imposta risiedeva saldamente in capo agli Stati, mentre il Congresso aveva un ruolo piuttosto marginale in materia fiscale: esso poteva disporre di fondi propri solo chiedendo agli Stati di contribuire, o attraverso prestiti provenienti da governi stranieri o mediante la vendita delle terre. Quest'ultima prerogativa, la vendita delle terre federali agli Stati, veniva per altro utilizzata dal Congresso per incentivare gli Stati a perseguire determinate politiche, di interesse federale, che il livello federale non poteva perseguire da solo, alla luce delle sue limitate competenze¹⁶. Si verificava, *in nuce*, quello che di lì a poco sarebbe avvenuto sulla base dell'Art. 1§8¹⁷ della Costituzione americana del 1787, ovvero l'apposizione da parte del Congresso di condizionamenti e condizioni agli Stati riceventi fondi federali (*grant-in-aid*) al fine di provvedere "for the general welfare of the United States" (art. 1§8 US Const.).

Una volta riconosciuto il potere di imposizione della federazione, ulteriormente rafforzato nel 1913 con l'introduzione del XIII Emendamento, e a fronte di sempre più numerosi programmi di finanziamento federale di cui beneficiavano gli Stati, il Congresso iniziò ad apporre precise condizioni, da un lato per assicurare una gestione efficiente delle risorse federali e

¹⁵ M. Ioannidis, A. von Bogdandy, *Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done*, Common Market Law Review Volume 51, Issue 1 (2014) pp. 59 – 96.

¹⁶ R. Dilger, M. Cecire, *Federal Grants to State and Local Governments: a Historical Perspective on Contemporary Issues*, 12 (2019).

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

dall'altro per assicurare che i fondi venissero utilizzati per perseguire gli scopi precipui a cui la Federazione li aveva destinati.

Tale espansione dei poteri della federazione in ambiti di policy di competenza statale – ulteriormente accentuatasi nel corso del New Deal¹⁸ – non ha tuttavia lasciato gli Stati indifferenti: nel 1923, la Corte Suprema fu investita del caso *Massachusetts v. Mellon*¹⁹, avente ad oggetto la costituzionalità dei finanziamenti federali destinati agli stati che avessero accettato di istituire programmi volti a proteggere la salute e il benessere dei neonati e delle madri, previsti dallo *Sheppard-Towner Act* del 1921. Pur avendo la Corte Suprema archiviato il caso per difetto di giurisdizione, essa ha indicato un importante elemento per il giudizio sulla legittimità dei finanziamenti federali, riguardante la natura coercitiva o meno del programma federale: “the powers of the State are not invaded, since the statute imposes no obligation, but simply extends an option which the State is free to accept or reject”²⁰.

Un altro interessante banco di prova per la Corte è rappresentato dal caso *United States v. Butler*²¹, alla luce del quale la Corte Suprema è stata investita dai ricorsi statali volti ad accertare la costituzionalità dell'*Agricultural Adjustment Act* del 1933, che aveva introdotto una tassa sui prodotti agricoli, i cui proventi sarebbero stati ridistribuiti agli agricoltori che si fossero impegnati a ridurre la loro superficie di coltivazione. La legge si applicava solo a determinate colture, che sarebbero state identificate dal Segretario dell'Agricoltura. La Corte, investita dal ricorso di alcuni coltivatori di cotone, particolarmente colpiti della legge, si è pronunciata a maggioranza per l'incostituzionalità della stessa, perché essa regolamentava una materia – la produzione agricola – riservata agli stati, in violazione del X Emendamento. Il caso in esame, oltre che a definire i confini del potere federale sugli stati, ha offerto l'occasione alla Corte di pronunciarsi sull'estensione del potere di spesa del Congresso ai sensi dell'Articolo I, §8: esso può essere esercitato legittimamente anche al di fuori delle competenze enumerate del Congresso, purché vi sia l'obiettivo di promuovere il “*general welfare of the United States*”. Nel caso in oggetto, la Corte non si è addentrata nella determinazione del legame tra il fine del *general welfare* e le misure dell'*Agricultural Adjustment Act*, lasciando aperta la questione interpretativa dell'art.1§8; tuttavia la legge è stata dichiarata incostituzionale perché la tassazione in questione appariva essere un mezzo per raggiungere un fine incostituzionale, in quanto il Congresso ha usato il potere di spesa come meccanismo di controllo e di imposizione di attività che rientravano nella competenza degli stati.

¹⁸ D. M. Spencer, *Sanctuary Cities and the Power of the Purse: An Executive Dole Test*, 106 *Iowa L. Rev.* 1209 (2021).

¹⁹ *Massachusetts v. Mellon*, 262 U.S. 447, 479 (1923)

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936).

Butler getta le coordinate della giurisprudenza americana in tema di *spending clause* e di programmi *grants-in-aid*: una giurisprudenza che si arricchisce e si affina nel tempo, alla ricerca di una dottrina che possa chiarire i limiti costituzionali del potere federale di porre condizionamenti agli stati in ambiti di loro competenza e determinare quando, da tentativo di orientare le *policies* degli stati secondo un fine federale nel rispetto degli assetti federali, la condizionalità non si trasformi in un indebito esercizio di *federal coercion*²².

L'occasione per affrontare questi aspetti è stata offerta dal caso *South Dakota v. Dole*²³, nel quale la Corte ha elaborato un vero e proprio test per valutare l'incostituzionalità delle condizioni poste in programmi di finanziamento federali, che ancora oggi rappresenta il punto di riferimento del tema in oggetto.

Prima di affrontare il fondamentale caso *Dole*, che risulta particolarmente prezioso anche per lo studioso interessato alla condizionalità applicata in Europa, pare utile sottolineare una ulteriore caratteristica dell'evoluzione dei finanziamenti federali negli Stati Uniti: il crescente ruolo dell'esecutivo nella gestione, controllo e finanche nella determinazione delle condizioni dei *federal grants*. In molti casi, infatti, il Congresso delega l'esecutivo a monitorare il corretto uso dei fondi federali e prevenire casi di frode e abuso. Ciò appare particolarmente evidente in alcuni ambiti di intervento federale, laddove il Congresso ha delegato all'esecutivo non solo l'implementazione e il monitoraggio dei programmi ma anche l'autorità di determinare le condizioni dei finanziamenti e le priorità di intervento. A ciò si aggiunga la forma più estrema di tensione tra esecutivo e congresso nella gestione dei fondi federali: il c.d. *presidential impoundment*²⁴, ovvero il ritiro di finanziamenti federali destinati agli Stati, contro la volontà del Congresso, generalmente per ragioni di natura politica. L'estensione della delega all'esecutivo relativa all'implementazione dei programmi è tuttora oggetto di diverse interpretazioni dottrinali: in particolare non è del tutto chiaro se la delega all'implementazione di un programma di finanziamenti federali contenga in sé anche la delega a introdurre nuove condizioni alla concessione dei finanziamenti stessi, o se l'introduzione di nuove condizioni debba essere oggetto di un atto ad hoc ed esplicito del Congresso.

Tale incerta interpretazione ha rilevanti ripercussioni tanto sulla separazione dei poteri quanto sul sistema delle fonti che regolano il sistema di *grants-in-aid* e delle condizioni ad esso apposte. In particolare, l'ambiguità circa l'estensione della delega da parte del Congresso ha creato le condizioni per un rafforzamento dell'esecutivo *vis-à-vis* gli altri poteri e livelli di governo,

²² In *Steward Machine Co. v. Davis*, la Corte riconosce che in alcuni casi "financial inducement offered by Congress might be so coercive as to pass the point at which pressure turns into compulsion", *Steward Mach. Co. v. Collector*, 301 U.S. 548 (1937).

²³ *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, 207 (1987)

²⁴ C. I. Bale, *Checking the Purse: The President's Limited Impoundment Power*, 70 *Duke Law Journal* 607-658 (2020)

come dimostra, da ultimo, la vicenda dell'*executive order* dell'allora presidente Trump nel caso della *sanctuary cities* in tema di immigrazione²⁵.

Sebbene questo aspetto rimanga uno dei molteplici nodi ancora irrisolti del tema in oggetto, a differenza del contesto europeo, la Corte suprema ha elaborato un test, non scevro da critiche²⁶, per valutare la costituzionalità delle condizioni, e lo ha fatto nella fondamentale sentenza *Dole*, poi ripresa nel caso dell'*Affordable Care Act*.

2.1. L'elaborazione della Unconstitutional Conditions Doctrine: il *Dole test*

Il caso *South Dakota v. Dole* rappresenta il *leading case* in materia di *conditional spending power* e dei limiti allo stesso: esso è stato definito "the foundation of the modern conditional spending doctrine"²⁷.

Nel 1984 il Congresso ha approvato una legge²⁸ che delegava il Segretario ai Trasporti a sottrarre il 5% dei fondi federali destinati allo sviluppo del sistema autostradale – volti anche a migliorare la sicurezza del sistema di autostrade interstatale – a quegli stati che non avessero fissato l'età minima per il consumo di alcolici a 21 anni.

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

La Corte, nel valutare le doglianze statali, elabora quello che sarebbe stato poi nominato il *Dole test*, enucleando 4 elementi fondamentali al fine di valutare l'incostituzionalità di condizioni rispetto alla fruizione di fondi federali. Innanzitutto la Corte, riprendendo la giurisprudenza pregressa, afferma la necessità di un legame tra i fondi federali ed il perseguimento dell'obiettivo del "general welfare". In questa valutazione la Corte esprime una certa deferenza rispetto alle valutazioni del Congresso, laddove afferma che "courts should defer substantially to the judgment of the Congress"²⁹.

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

²⁵ D. M. Spencer, *Sanctuary Cities and the Power of the Purse: An Executive Dole Test*, 106 *Iowa L. Rev.* 1209 (2021).

²⁶ L. A. Baker & M. N. Berman, *Getting Off the Dole: Why the Court Should Abandon Its Spending Doctrine, and How a Too-Clever Congress Could Provoke It to Do So*, 78 *IND. L.J.* 459 (2003).

²⁷ D. S. Cohen, *A Gun to Whose Head? Federalism, Localism, and the Spending Clause*, 123 *Dick. L. Rev.* 421 (2019), 436.

²⁸ 23 U.S.C. §158

²⁹ *South Dakota v. Dole*.

Il terzo elemento, rintracciabile nella giurisprudenza pregressa ma mai compiutamente elaborato³⁰, riguarda la correlazione delle condizioni poste con l'interesse federale in particolari progetti o programmi nazionali: se non è possibile rintracciare tale correlazione le condizioni poste risultano essere illegittime.

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

La Corte vaglia la costituzionalità della previsione di legge in oggetto alla luce di queste 4 condizioni, giungendo a respingere le doglianze statali: i fondi relativi al sistema autostradale erano volti a perseguire, in maniera dichiarata, un obiettivo di interesse generale: limitare i casi di guida in stato di ebrezza, obiettivo che veniva ostacolato dai diversi limiti d'età per l'assunzione di alcolici nei diversi stati. Le condizioni stesse erano chiare e non ambigue. Anche la possibile violazione di altre norme costituzionali non ha superato il test della Corte: non si trattava infatti né di una violazione del XXI Emendamento, né del X Emendamento, perché alla luce dell'interesse generale il Congresso, attraverso la leva finanziaria, può regolare ambiti che vanno oltre le competenze enumerate all'Art. 1 della Costituzione.

Infine, nel caso di specie, non si trattava di una imposizione coercitiva: "Here Congress has offered relatively mild encouragement to the States to enact higher minimum drinking ages than they would otherwise choose. But the enactment of such laws remains the prerogative of the States not merely in theory, but in fact. Even if Congress might lack the power to impose a national minimum drinking age directly, we conclude that encouragement to state action found in § 158 is a valid use of the spending power"³¹.

Se il South Dakota avesse rifiutato di adeguare il limite d'età per l'assunzione di alcolici, avrebbe perso solo il 5% dei fondi destinati. Si tratta di un ammontare piuttosto modesto, che, secondo la Corte, non sarebbe suscettibile di tradursi in vera e propria coercizione: "[E]very rebate from a tax when conditioned upon conduct is in some measure a temptation. But to hold that motive or temptation is equivalent to coercion is to plunge the law in endless difficulties. The outcome of such a doctrine is the acceptance of a philosophical determinism by which choice becomes impossible. Till now, the law has been guided by a robust common sense which assumes the freedom of the will as a working hypothesis in the solution of its problems"³².

³⁰ "The Federal Government may establish and impose reasonable conditions relevant to federal interest in the project and to the over-all objectives thereof", *Ivanhoe Irrigation Dist. v. McCracken*.

³¹ *South Dakota v. Dole*.

³² *Steward Machine Co. v. Davis*.

Sebbene in Dole la Corte offra, anche attraverso un precipitato della giurisprudenza pregressa, uno schema per affrontare la questione delle *unconstitutional conditions* e del potere federale di spesa, alcuni punti rimangono ancora oscuri, tanto che parte della dottrina ha definito Dole una sentenza “vacua e illogica”. Non è possibile dar conto dell’accesso dibattito sulla sentenza Dole e sul test da essa elaborato; tuttavia, tra gli aspetti più delicati che rimangono ancora di incerta interpretazione sembra opportuno sottolineare l’applicazione del Dole test alle condizioni poste dall’esecutivo (e non dal Congresso, cui Dole specificatamente si riferiva) e la determinazione del limite tra coercizione e incoraggiamento federale, aspetto, quest’ultimo, che ha trovato un nuovo banco di prova nella travagliata giurisprudenza sull’Affordable Care Act (ACA).

2.2. La condizionalità nell’Affordable Care Act

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

Sin dalla sua origine, nel 1965, il Medicaid è un programma di cooperazione tra federazione e stati volto ad assicurare l’assistenza sanitaria a milioni di poveri americani, in particolare, a minori provenienti da famiglie molto povere, donne incinte a basso reddito e disabili. Non si tratta di un programma generalista, ma destinato a specifiche categorie e con determinati requisiti. Fin dall’inizio, la legge federale stabiliva il livello minimo di copertura e lasciava agli stati una certa flessibilità nella decisione di estendere la copertura a diverse categorie di cittadini sulla soglia della povertà. A partire dal 1982 tutti gli Stati avevano scelto di partecipare al Medicaid. I fondi federali ricevuti attraverso il programma Medicaid sono così diventati una parte sostanziale dei bilanci statali, costituendo ora oltre il 10% delle entrate totali della maggior parte degli Stati.

L’Affordable Care Act interveniva a scardinare questo equilibrio chiedendo agli stati di estendere il Medicaid a tutti i cittadini sotto un certo limite d’età e sulla soglia della povertà.

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

Sebbene l’offerta fosse vantaggiosa, all’indomani dell’entrata in vigore dell’ACA, 26 Stati hanno promosso un ricorso presso la Corte Suprema, lamentando che l’espansione del programma Medicaid, non dando la possibilità agli stati di rifiutarla, costituisse una illegittima forma di coercizione e non una forma di invito o di legittima pressione. In caso di

rifiuto di estensione del Medicaid, infatti, gli Stati venivano sanzionati con il ritiro di tutti i fondi federali legati al programma stesso.

Nella sentenza sull'ACA, la Corte Suprema ha dichiarato, per la prima volta nella sua storia, un programma federale illegittimamente coercitivo e come tale incostituzionale³³. L'opinione di maggioranza, sottoscritta da sette giudici della Corte (oltre che da Roberts e dai giudici conservatori anche da Breyer e Kagan), rappresenta un interessante affresco dello status quo del dibattito dottrinale circa la natura della condizionalità federale e dei problemi ancora irrisolti che essa pone³⁴.

In particolare, la Corte sottolinea la natura contrattuale dell'esercizio del potere di spesa da parte del Congresso, la cui legittimità "thus rests on whether the State voluntarily and knowingly accepts the terms of the 'contract.'"³⁵. Il rispetto di questa limitazione è fondamentale per garantire che l'esercizio dello spending power federale non pregiudichi lo status degli Stati come sovrani indipendenti nel sistema federale, basato "on what might at first seem a counterintuitive insight, that 'freedom is enhanced by the creation of two governments, not one'"³⁶.

Per questo motivo, continua il giudice Roberts, "the Constitution has never been understood to confer upon Congress the ability to require the States to govern according to Congress' instructions. (...) Otherwise the two-government system established by the Framers would give way to a system that vests power in one central government, and individual liberty would suffer"³⁷.

Nel caso di specie l'esercizio del potere di spesa federale, non costituisce semplicemente un incoraggiamento ad estendere il Medicaid secondo le preferenze federali, ma si tratterebbe di una "gun to the head"³⁸ nei confronti degli Stati. Uno stato infatti che si rifiutasse di ottemperare alla richiesta federale di espandere la copertura sanitaria, rischia di perdere non solo una percentuale relativamente piccola dei suoi finanziamenti esistenti, ma la loro totalità. Infatti, la spesa per Medicaid rappresenta oltre il 20 per cento del budget totale medio dello Stato, con i fondi federali che coprono dal 50 all'83% di tali costi. Si tratta dunque di una situazione ben diversa da quella affrontata dalla Corte in *Dole*, laddove la minaccia di vedersi sottratto meno dell'1% del budget nel caso del South Dakota aveva comunque lasciato quest'ultimo nella possibilità di rifiutare la politica e le condizioni poste dal Congresso. Diversamente, la minacciata perdita di oltre il 10% del budget complessivo di uno Stato, è un freno economico che non lascia agli Stati

³³ Nat'l Fed'n of Indep. Bus. v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012).

³⁴ L. H. Tribe & J. Matz, *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution* 256 (2014).

³⁵ Nat'l Fed'n of Indep. Bus. v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012).

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

alcuna reale opzione se non quella di acconsentire all'espansione del Medicaid.

La sentenza in esame, se certamente contribuisce a definire ulteriormente i confini e i limiti della *spending clause* e della condizionalità federale, lascia ancora aperti diversi interrogativi³⁹, come per esempio quello riguardante la concreta determinazione dell'azione ultra vires del Congresso: la Corte non ha stabilito una percentuale del budget dello Stato come soglia per determinare la natura coercitiva o meno di una condizione; non ha nemmeno affrontato le possibili asimmetrie che potrebbero insorgere, tra uno stato significativamente colpito dalla "minaccia" federale di sottrazione dei fondi e un altro stato meno interessato dallo stesso programma. Si tratta di problematiche che rimangono aperte e anzi si possono riscontrare anche in sistemi che hanno più di recente introdotto forme di finanziamenti condizionati, come il caso europeo, che verrà affrontato nelle pagine seguenti.

3. La condizionalità in Europa: traiettorie di uno strumento controverso

Guardando alla condizionalità nella storia dell'integrazione europea, possiamo identificare una molteplicità di applicazioni della stessa e anche una continua evoluzione – ancora in essere – della natura della condizionalità.

Il contesto europeo è molto spesso analizzato in ottica comparata con gli Stati Uniti. Il presente contributo non rifugge da questo schema di comparazione; tuttavia, l'obiettivo della comparazione non è tanto cogliere somiglianze e differenze tra l'applicazione della condizionalità nei due sistemi, aspetto, questo, invero poco significativo, alla luce della disomogeneità dei casi in esame; l'obiettivo della presente indagine è, invece, quello di offrire – alla luce dell'analisi comparata – gli elementi teorici per vagliare la legittimità e la costituzionalità dell'utilizzo della condizionalità in Europa.

Sebbene diverse siano le applicazioni e anche il contesto costituzionale di riferimento, possiamo infatti identificare alcuni elementi comuni al caso europeo e americano.

Innanzitutto la condizionalità appare come uno strumento a metà tra legislazione e soft law, operando in una zona grigia dell'esercizio del potere, all'ombra di quel particolare uso delle risorse, definito *potentia*. Nelle parole di uno dei maggiori studiosi della condizionalità come strumento di governance, Frank Schimmelfennig, la condizionalità è un meccanismo di "*reinforcement by reward*"⁴⁰. Il dibattito circa la natura coercitiva o meno della condizionalità interessa sia il contesto americano che, forse in maniera ancor

³⁹ M. N. Berman, *Coercion, Compulsion, and the Medicaid Expansion: A Study in the Doctrine of Unconstitutional Conditions*, 91 TEX. L. REV. 1283 (2013).

⁴⁰ F. Schimmelfennig & U. Sedelmeier, *Introduction: Conceptualizing the Europeanization of Central and Eastern Europe*, (Cornell University Press, 2005).

più problematica, quello europeo: la condizionalità è sempre una forma di potere coercitivo, anche se esercitata con altri mezzi (ovverosia tramite l'uso di incentivi materiali invece che di norme imperative)? E in quali circostanze la condizionalità diventa coercizione? Ad esempio, quando uno Stato dipende da un beneficio per la sua sopravvivenza, collegare la fruizione di tale beneficio alla condizionalità è una forma di coercizione? Se i beni condizionati sono assolutamente necessari, allora la condizionalità potrebbe essere considerata una forma di coercizione? A ciò si aggiunga che la condizionalità può diventare difficile da distinguere dalla sanzione quando il beneficio è l'assenza stessa di sanzioni.

Questi quesiti diventano tanto più significativi alla luce del massiccio uso della condizionalità in Europa, in particolare in momenti di crisi, come è accaduto durante la crisi economica e come avviene oggi a fronte della crisi dello stato di diritto.

Un altro aspetto che accomuna lo studio della condizionalità come strumento di governance in contesti multilivello, anche molto diversi tra loro, riguarda il suo impatto sulle relazioni tra i diversi livelli di governo.

L'esperienza americana ci mostra come l'utilizzo della condizionalità abbia accompagnato la transizione da un modello di federalismo duale a uno definito come "federalismo coercitivo"⁴¹ e abbia costituito un elemento di rafforzamento del livello federale in ambiti di competenza degli Stati.

La stessa tendenza centripeta dell'applicazione della condizionalità si verifica in Europa, ed è foriera di tensioni e di resistenze da parte di Stati che rimangono, ultimamente, sovrani.

A livello europeo, tuttavia, il dibattito costituzionale sulla condizionalità come strumento di governance è ancora piuttosto immaturo. Nonostante le dure critiche rivolte al modo in cui è stata utilizzata la condizionalità durante la crisi dell'Euro - per lo più in riferimento al contenuto sostanziale delle condizioni imposte e al regime opaco della loro gestione⁴² - le istituzioni europee sembrano aver continuato a fidarsi quasi ciecamente della condizionalità soprattutto in momenti di crisi, di fronte all'inefficacia di altri strumenti tradizionali, ponendo scarsa attenzione all'impatto costituzionale, ai limiti della stessa, e alla sua reale efficacia.

Ai fini del presente lavoro, l'indagine si limiterà a considerare le applicazioni della condizionalità all'interno dell'Unione europea, tra le istituzioni europee e gli stati membri, mentre tralascierà la dimensione esterna della condizionalità, pur nella consapevolezza della sua assoluta rilevanza nel contesto europeo. Inoltre ci si concentrerà nelle pagine seguenti su due delle più recenti applicazioni della condizionalità, la *rule of law conditionality* e i nuovi programmi europei in risposta all'emergenza sanitaria.

⁴¹ J. Kincaid, *From Cooperative to Coercive Federalism*, ANNALS, AAPSS, 509, May 1990

⁴² C. Kilpatrick, *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts*, 35 Oxford Journal of Legal Studies 2 (2015).

3.1. L'impatto costituzionale della condizionalità in Europa

Non vi è dubbio che il ricorso alla condizionalità in Europa sia coinciso con alcune delle più profonde crisi che l'ordinamento dell'Unione si sia trovato ad affrontare: la crisi economica, la crisi della rule of law e ora gli effetti della pandemia.

Questi momenti non solo sono accomunati da un carattere emergenziale e extra-ordinario, ma anche dal fatto che essi sono espressione di tensioni che hanno una connotazione quasi federale, di fronte alle quali i tradizionali meccanismi di *enforcement* e regolazione a disposizione delle istituzioni europee non sempre sono utilizzabili.

Le diverse tipologie di condizionalità identificabili nell'area europea presentano caratteristiche proprie legate allo specifico campo in cui operano; tuttavia, tutte pongono alcune sfide costituzionali che si riverberano sulla natura stessa dell'UE e sulle relazioni tra gli Stati membri.

Come l'esperienza degli Stati Uniti ha mostrato, la condizionalità, infatti, è uno strumento che interferisce con la sfera sovrana del soggetto destinatario delle condizioni. Anche se non direttamente come strumento di imperio, la condizionalità può avere l'effetto di influenzare i processi deliberativi interni, in termini di limitazione del principio democratico dei soggetti destinatari e di *accountability*.

Se questi risvolti della condizionalità sono ben conosciuti all'interno della letteratura in tema di federalismo, nel caso dell'UE tali questioni sembrano essere ancora più significative, e si intersecano con l'evoluzione dell'Unione come entità sovranazionale, con ambizioni di natura costituzionale e federale. Possiamo identificare almeno quattro elementi principali relativi all'uso della condizionalità interna nell'Unione che pongono tensioni di natura costituzionale:

- la questione della sovranità
- la questione del principio delle competenze
- la questione dell'uguaglianza degli Stati membri
- la questione del controllo giurisdizionale della condizionalità

In primo luogo, la condizionalità solleva diverse questioni costituzionali in quanto è in grado di incidere su aspetti che appartengono al nucleo stesso della sovranità degli Stati membri.

Nel caso della condizionalità economica attuata durante la crisi dell'Eurozona, le condizioni legate ai meccanismi di salvataggio hanno avuto un ampio impatto nel campo dei diritti sociali, come l'assistenza sanitaria, la protezione sociale e l'istruzione, le riforme del mercato del lavoro - aree che, come anche espresso dalla Corte costituzionale federale tedesca nella decisione sul Trattato di Lisbona (Lissabon Urteil⁴³), riguardano il nucleo della sovranità nazionale.

⁴³ BVerfG, Decisione del Secondo Senato del 30 Giugno 2009 - 2 BvE 2/08, par. 249.

Un altro aspetto problematico riguarda il tema delle competenze. La condizionalità nell'UE è vista come uno strumento di *governance* utilizzato per promuovere e far progredire i valori e le politiche dell'Unione in settori in cui essa stessa non dispone di poteri sufficienti ed espliciti, ma che sottendono un interesse comune. Questa caratteristica della condizionalità pone una serie di tensioni riguardanti i limiti delle competenze dell'UE. In alcuni casi, il ricorso alla condizionalità *de facto* può avere la capacità di ampliare la portata dell'ingerenza dell'Unione, mettendo a dura prova il principio di attribuzione delle competenze. Ciò accade quando l'Unione adotta una condizione che crea un obbligo in un settore in cui essa non ha competenze legislative. Ancora una volta questo è accaduto durante la crisi economica, dove l'assistenza finanziaria era collegata a riforme in settori in cui il livello sovranazionale non disponeva di competenze di armonizzazione. La condizionalità non è, inoltre, uno strumento di *governance* "neutrale": mira ad influenzare gli attori destinatari, chiedendo loro di adottare una determinata condotta o di raggiungere un determinato obiettivo. La condizionalità implica quindi una posizione relazionale, ma non paritaria: il soggetto che pone le condizioni esercita un potere sul destinatario. Esiste un'asimmetria "verticale" tra i due soggetti principali del regime di condizionalità (le istituzioni europee e gli Stati membri). Tuttavia, l'asimmetria può influenzare anche la relazione tra gli stessi Stati membri (asimmetria orizzontale).

Ciò è particolarmente evidente nel caso della condizionalità economica: non solo le condizioni – e in particolare le misure di austerità – hanno interessato solo pochi Stati membri (in particolare Irlanda, Portogallo, Grecia e Cipro), ma la *governance* dell'eurocrisi⁴⁴ – caratterizzata dal ritorno ad un modello di relazioni intergovernative – si basava su una chiara asimmetria tra Stati membri debitori e creditori, in cui "sono gli Stati creditori a dettare legge, lasciando ai debitori la semplice scelta di adempiere o uscire"⁴⁵.

Un altro risultato asimmetrico della condizionalità è legato al diverso potere dei parlamenti nei paesi creditori e debitori: mentre nel primo gruppo i parlamenti nazionali (ad esempio in Austria, Francia e Germania) hanno rafforzato i loro poteri di controllo e la loro partecipazione ai processi economici e questioni finanziarie, in questi ultimi (Grecia, Portogallo, Spagna in particolare) i parlamenti hanno dovuto rispettare i programmi di austerità e le regole stabilite a livello europeo. Nei paesi beneficiari, quindi, i parlamenti nazionali restano nella penombra del processo decisionale sui programmi finanziari e sulla condizionalità. Le negoziazioni delle condizioni sono intraprese dai governi, con i parlamenti confinati a un ruolo di ratifica

⁴⁴ C. Pinelli, *Conditionality and Economic Constitutionalism in the Eurozone*, in *Italian Journal of Public Law* 1 (2019), at 41-42.

⁴⁵ B. Crum, *Saving the Euro at the Cost of Democracy?* in *Journal of Common Market Studies*, 2013.

della decisione presa in altre sedi, senza (o con poca) possibilità di assicurare il controllo di responsabilità democratica sui rispettivi governi.

I circuiti democratici e la posizione dei cittadini dell'UE risentono quindi dell'implicazione della condizionalità economica.

Infine, per quanto riguarda il controllo giurisdizionale sulle condizioni, la Corte di Giustizia si è dimostrata piuttosto riluttante a pronunciarsi sulla legittimità dei programmi di condizionalità.

Per quanto riguarda le condizioni di spesa, sono pochi i casi in cui la Corte di giustizia si è occupata della legittimità delle condizioni imposte agli Stati membri e della conformità delle condizioni alle disposizioni dei Trattati. Di conseguenza, la Corte non ha ancora sviluppato una chiara dottrina sulla legittimità dell'uso del potere di spesa dell'UE per imporre condizioni anche al di là del principio di attribuzione. Proprio nel caso della condizionalità economica utilizzata durante la crisi economica, la Corte di giustizia è stata molto attenta a pronunciarsi su questo strumento, come dimostra, su tutti, la nota sentenza del caso C-128/12 - Sindicato dos Bancários do Norte⁴⁶.

Le tensioni costituzionali che qui si sono enucleate, valgono, forse in maniera ancora più evidente, nel caso della *rule of law conditionality* che costituisce oggi l'applicazione più controversa ma al contempo giuridicamente più definita della condizionalità.

3.2. Il caso della *rule of law conditionality*

Nuova linfa al dibattito costituzionale sulla condizionalità è sembrata venire dalla approvazione, nel dicembre 2020, da parte del Parlamento Europeo e del Consiglio del nuovo regolamento che introduce un regime generale di condizionalità per la tutela del bilancio dell'Unione⁴⁷.

A differenza della proposta originaria della Commissione Europea del 2018⁴⁸, il meccanismo dello stato di diritto disegnato dal Regolamento sembra prendere in considerazione con attenzione le possibili sfide poste dalla condizionalità in generale e dalla sua attuazione. Il campo di applicazione del regolamento approvato è più ristretto della proposta della Commissione poiché il regolamento ora circoscrive le aree in cui il meccanismo può essere attivato, con un elenco di casi che hanno una connessione con la protezione degli interessi finanziari dell'Unione.

L'art. 2 del regolamento 2020/2092 fornisce una definizione ampia dello Stato di diritto, che comprende il principio di legalità, la certezza del diritto,

⁴⁶ C-128/12 - Sindicato dos Bancários do Norte and Others, Ordinanza della Corte (Sesta Sezione) del 7 marzo 2013.

⁴⁷ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 Dicembre 2020

relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

⁴⁸ European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union's budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States, 2 May 2018, Doc. 2018/0136(COD).

il divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, la tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, la separazione dei poteri e il principio di non discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge. Il successivo art. 3 dettaglia poi alcune situazioni che possono indicare l'esistenza di una violazione della rule of law: le minacce all'indipendenza della magistratura; l'omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche o il fatto di non garantire l'assenza di conflitti di interesse; la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive e la mancata esecuzione delle sentenze o la limitazione dell'efficacia delle indagini, delle azioni penali o delle sanzioni per violazioni del diritto.

Questo carattere circoscritto e puntuale del testo del regolamento può essere visto come una sconfitta per l'introduzione di un solido e ampio meccanismo per affrontare lo stato di diritto e le violazioni dei diritti umani da parte degli Stati membri. Tuttavia, come hanno dimostrato tanto la letteratura sulla condizionalità quanto l'esperienza federale, per essere efficaci, le condizioni devono essere chiare, precise, formalmente codificate e operative⁴⁹. Paradossalmente, mentre il collegamento al management del bilancio dell'Unione potrebbe restringere l'ambito di applicazione della condizionalità dello Stato di diritto, si tratta in realtà di una disposizione che può rafforzare la legittimità del regime di condizionalità, senza ledere la sovranità degli Stati membri o il principio di attribuzione.

Il successivo 11 dicembre 2020, il Consiglio europeo, tuttavia, nelle sue conclusioni circa il regolamento in oggetto, ha rinviato l'applicazione del meccanismo dello Stato di diritto fino a quando la Corte di giustizia non si sarà pronunciata in una procedura di annullamento sulla validità del regolamento⁵⁰. Questa mossa del Consiglio europeo è stata accolta con grande disappunto da coloro che hanno riposto le loro ultime speranze nell'introduzione della condizionalità dello stato di diritto per far fronte al regresso democratico in Polonia e Ungheria.

Sia dal punto di vista politico che giuridico, molto commentatori hanno criticato duramente l'accordo raggiunto dal Consiglio. La letteratura si è concentrata principalmente sulla legalità delle conclusioni del Consiglio, sulle loro possibili implicazioni per l'equilibrio istituzionale nell'UE (come il Consiglio abbia intaccato le prerogative della Commissione Europea) e sul loro impatto negativo sulla regolamentazione dello stato di diritto⁵¹.

⁴⁹ M. Blauberger & V. van Hüllen, *Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?*, Journal of European Integration, (2021) 43:1.

⁵⁰ T. Nguyen, *The EU's new rule of law mechanism - How it works and why the 'deal' did not weaken it*, Jacques Delors Centre – Policy Brief, 2020/12/17.

⁵¹ K.L. Scheppele, L. Pech & S. Platon, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, VerfBlog, 2020/12/13; R. Uitz, *Funding Illiberal Democracy: The Case for Credible Budgetary Conditionality in the EU*, BRIDGE Working Paper (2020).

Dal punto di vista dello strumento della condizionalità, se certamente la previsione del Consiglio ha costituito un elemento dilatorio – anche se non giuridicamente vincolante – dell'applicazione della condizionalità, che pare piuttosto problematico alla luce della crescente deriva autocratica di paesi come Polonia e Ungheria, dall'altro, esso ha rappresentato l'occasione per coinvolgere la Corte che, ricordiamo, è sempre stata restia a pronunciarsi sulla condizionalità. Infatti, prontamente, Ungheria e Polonia (C-156/21 e C-157/21) hanno investito la Corte di Giustizia della questione circa la validità del regolamento in esame, attraverso due ricorsi in annullamento. La Corte si è pronunciata il 16 febbraio 2022⁵² e, in linea con le conclusioni dell'Avvocato Generale, ha confermato la legittimità del regolamento alla luce dei profili di doglianza sollevati dai ricorrenti, tra cui la base giuridica del regolamento e il rapporto con la procedura dell'art. 7 TUE. Con le sentenze in oggetto, la Corte ha in particolare avuto l'occasione di affermare il ruolo della condizionalità come strumento costituzionale di tutela dei valori fondamentali dell'UE. Come si evince dall'argomentazione della Corte, infatti, la condizionalità non è concepita come un meccanismo sanzionatorio, ma quale strumento costituzione di tutela del bilancio dell'Unione (par. 115 e 116 C-156/21) così come di garanzia del valore della rule of law (par. 123 C-156/21).

Non è possibile qui entrare nel merito della ricchissima trama argomentativa, che tocca corde delicate come quelle dell'identità europea e della solidarietà; quel che rileva sottolineare è che la Corte, affermando la validità del regime di condizionalità a protezione del budget dell'Unione, riconosce alla condizionalità il valore di “nesso” capace di raccordare la solidarietà e la responsabilità e di strumento di gestione dei conflitti e delle differenze in un sistema costituzionale composito.

Inoltre, il Consiglio, nelle sue conclusioni, faceva riferimento alla necessaria redazione di linee guida da parte della Commissione per attuare la condizionalità dello Stato di diritto, compresa l'adozione di una metodologia per la sua valutazione. La definizione di uno standard chiaro di applicazione della condizionalità potrebbe certamente contribuire a ridurre il potere discrezionale della Commissione, rafforzare la legittimità percepita del meccanismo di *rule of law conditionality* e dare finalmente all'UE uno strumento efficace e robusto per proteggere i suoi valori fondamentali.

Strumento quanto mai necessario, anche alla luce delle più recenti vicende che hanno interessato i rapporti tra Unione e Polonia, da ultimo la sentenza K 13/21⁵³ con la quale il Tribunale Costituzionale polacco ha messo in dubbio la conformità alla Costituzione della Repubblica di Polonia alcune disposizioni del Trattato sull'Unione europea e dell'interpretazione di alcune

⁵² CGUE, C-156/21 e C-157/21, 16 Febbraio 2022.

⁵³ K 13/21, Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union.

previsioni dello stesso da parte della Corte di Giustizia, come si vedrà nel paragrafo a seguire.

3.3. Le più recenti applicazioni della condizionalità in Europa

Le più recenti vicende dell'utilizzo della condizionalità in Europa suggeriscono che essa sia destinata a svolgere un ruolo sempre più importante nell'architettura dell'UE nel prossimo futuro. In questo senso, vale la pena sottolineare che il nuovo regolamento sulla rule of law conditionality si applica non solo ai fondi comunitari "tradizionali", come nella proposta originaria della Commissione, ma anche ai nuovi fondi NextGenEU. Lo stesso schema NextGenEU utilizza strumenti simili alla condizionalità, in quanto i piani nazionali di ripresa e resilienza devono essere presentati alla Commissione e infine approvati dal Consiglio e devono essere in linea con le raccomandazioni specifiche per paese nell'ambito del semestre europeo. Queste forme di condizionalità differiscono dai meccanismi utilizzati nel corso della crisi dell'Eurozona e tanto il pacchetto NextGenEU quanto il nuovo regolamento sulla condizionalità dello Stato di diritto sembrano "advance conditionality as a constitutional virtue"⁵⁴.

In particolare, sono spesso proposte forme di "condizionalità esecutiva" (ossia meccanismi di condizionalità il cui scopo è quello di far rispettare altri obblighi del diritto primario o derivato dell'UE) per ambiti in cui il ricorso ad altri strumenti ordinari di esecuzione istituzionale o individuale non è possibile o non produce risultati adeguati, come la conformità ai requisiti macroeconomici e ora allo stato di diritto e ai valori comuni dell'articolo 2 TUE.

Si tratta spesso di questioni dalla forte dimensione "federale", riguardanti il rapporto tra diversi livelli di governo nel contesto europeo, che l'Unione fatica ad affrontare utilizzando i suoi tradizionali meccanismi di *enforcement* e non disponendo ancora di strumenti "coercitivi" tipici, invece, delle organizzazioni di tipo federale.

L'uso della condizionalità nella crisi dello stato di diritto e nei nuovi programmi per affrontare la crisi del COVID-19, prevede una nuova condizionalità più "positiva", intrinsecamente diversa, ad esempio, dalla condizionalità legati ai programmi di austerità che abbiamo visto in passato, che sembra avvicinarsi alla classica condizionalità di tipo federale.

La condizionalità del *Resilience Recovery Facility* si basa, infatti, su un sistema di trasferimenti condizionati secondo una serie di obiettivi e priorità politiche a lungo termine stabilite nel regolamento RRF. Questa forma di condizionalità è piuttosto simile alla pratica, diffusa negli stati federali, che riguarda la gestione dei fondi federali condizionati al perseguimento di obiettivi di politica generale fissati dal governo centrale.

⁵⁴ T. Tridimas, *Editorial Note: Recovery Plan and Rule of Law Conditionality: A New Era Beckons?* 16 *Croatian Yearbook of European Law and Policy* VII (2020).

Questa connotazione ‘federale’ della condizionalità si ritrova anche in un nuovo interessante campo di applicazione: la recente Comunicazione sulla “Strategia dell’UE per rafforzare l’applicazione della Carta dei diritti fondamentali”⁵⁵ ha collegato l’attuazione dei programmi finanziati dall’UE con il rispetto disposizioni chiave della Carta dei diritti fondamentali. Sebbene il campo di applicazione di questa condizionalità sia più ristretto rispetto alla clausola di condizionalità orizzontale dello Stato di diritto, è un ulteriore segno di come la condizionalità possa essere utilizzata non solo come strumento disciplinare, ma come strumento chiave per la protezione e la promozione dei valori fondamentali dell’Unione⁵⁶.

Proprio in tal senso potrebbe essere vista l’eventuale attivazione della *rule of law conditionality* a seguito della sentenza del Tribunale Costituzionale polacco (K 13/21) in tema di rapporti tra diritto europeo e costituzione polacca e in tema di interpretazione ultra-vires di alcune previsioni dei tratti da parte della CGUE⁵⁷.

Pochi sono i dubbi intorno al fatto che la decisione del TC, anche alla luce del contesto complessivo dell’indipendenza della magistratura in Polonia, possa essere considerata una violazione dello stato di diritto così come definito dall’art. 2 e dell’art. 3 del regolamento sulla *rule of law conditionality*.

Tuttavia, l’applicazione del regolamento potrebbe non essere così semplice poiché alla Commissione spetta l’onere di dimostrare che le violazioni dello stato di diritto in Polonia incidono sulla sana gestione finanziaria del bilancio dell’UE o sulla tutela degli interessi finanziari dell’Unione in modo sufficientemente diretto, come previsto dall’art. 4 del regolamento in oggetto⁵⁸.

Se guardiamo alle condizioni per l’adozione delle misure sancite dall’art. 4, la decisione del TC è suscettibile di incidere su diverse fattispecie identificate dal regolamento: potrebbe essere considerata come mancanza di un effettivo controllo giurisdizionale da parte di tribunali indipendenti rispetto ad azioni od omissioni delle autorità preposte al controllo e attuazione del budget dell’Unione, o più in generale potrebbe essere letta all’interno delle “altre

⁵⁵ Bruxelles, 2.12.2020 Com(2020) 711 Final, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni.

⁵⁶ R. Uitz, *Funding Illiberal Democracy: The Case for Credible Budgetary Conditionality in the EU*, BRIDGE Working Paper (2020).

⁵⁷ Per i primi commenti al caso si rimanda ai contributi del Symposium: A. Baraggia, G. Ragone, *Introduction: The Polish Constitutional Tribunal Decision on the Primacy of EU Law: Alea Iacta Est. Now what?*, Int’l J. Const. L. Blog, Oct. 15, 2021, at: <http://www.icconnectblog.com/2021/10/symposium-introduction-the-polish-constitutional-tribunal-decision-on-the-primacy-of-eu-law-alea-iacta-est-now-what/>

⁵⁸ Art. 4, Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 Dicembre 2020

relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell’Unione.

situazioni o condotte di autorità rilevanti per la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o per la tutela dei suoi interessi finanziari"⁵⁹.

Ma ancora, il requisito del "collegamento diretto" può offrire un motivo di contestazione e di resistenza da parte degli stati membri all'applicazione del meccanismo di condizionalità in oggetto.

A questo proposito, l'intervento della Corte di Giustizia nell'azione di annullamento del regolamento avanzata da Polonia e Ungheria ha contribuito a chiarire l'importanza del criterio del nesso diretto (*sufficiently direct link*), quale condizione necessaria per qualsiasi tipo di condizionalità intersettoriale, come sostenuto anche dal servizio giuridico del Consiglio che ha ritenuto che "un nesso specifico tra una carenza individuata e l'incapacità di soddisfare gli obiettivi di una determinata misura è al centro di qualsiasi condizionalità legata al finanziamento dell'UE"⁶⁰.

Il futuro dell'applicazione della rule of law conditionality è dunque al momento del tutto incerto, tanto alla luce della decisione della CGUE e delle more dell'elaborazione delle linee guida della Commissione, quanto a fronte dello scontro materializzatosi con la controversa sentenza del TC polacco e con la persistente violazione dei principi dello stato di diritto da parte della Polonia.

In definitiva però, possiamo concludere, almeno parzialmente, che le più recenti applicazioni della condizionalità da un lato confermano il crescente utilizzo dello strumento nella governance dell'UE in questioni delicate, come lo stato di diritto e la tutela dei diritti fondamentali dell'UE; dall'altro, sembrano affrontare alcuni degli aspetti problematici della condizionalità, favorendo un regime di condizionalità più in linea con i principi e i valori chiave della costituzione composita dell'UE.

Questa svolta potrebbe aprire la strada a una nuova concezione della condizionalità come strumento efficace per gestire i conflitti e le differenze in un sistema costituzionale multilivello, ma non ancora federale come quello dell'Unione.

4. Conclusioni

Alla luce del quadro sopra delineato, vista la crescente influenza della condizionalità nel panorama europeo, appare sempre più necessaria una riflessione sul ruolo della condizionalità tra gli strumenti normativi dell'UE. È evidente che la condizionalità rappresenta una soluzione allettante, soprattutto laddove gli strumenti normativi dell'UE non possono garantire un'adeguata conformità con i valori, il diritto e gli obiettivi dell'UE e può contribuire a garantire il buon funzionamento delle politiche chiave dell'UE.

⁵⁹ Ibidem, art. 4 c. 2 lett. h).

⁶⁰ Council of the European Union, Opinion of the Legal Service, Doc. 13593/18, Brussels, 25 Ottobre 2018, par. 20-21.

Allo stesso tempo, però, la condizionalità è suscettibile di esercitare un impatto divisivo nell'ordinamento europeo e sembra anche essere suscettibile di orientare il processo di integrazione europea più verso la definizione di una organizzazione internazionale piuttosto che di uno spazio costituzionale composito. Tuttavia, se l'uso crescente della condizionalità ha ovviamente esacerbato i suoi effetti controversi, soprattutto nel corso della crisi economica, esso ha segnato anche nuovi sviluppi positivi. L'uso della condizionalità nella crisi dello stato di diritto, ma anche nei nuovi programmi per affrontare la crisi del COVID-19, prevede una nuova condizionalità più "positiva", intrinsecamente diversa, ad esempio, dalla condizionalità di "austerità" dispiegata in passato. Una condizionalità che più si avvicina a quella federale, anch'essa considerata un "significant and pervasive feature of modern governance"⁶¹ e finanche strumento che ricopre un "pivotal role in preserving the integrity of (...) Constitutional rights and structure"⁶².

Come si vede guardando all'esperienza americana ed europea, siamo di fronte ad uno strumento di governo, alternativo e complementare all'esercizio del potere attraverso atti di imperio, ma altrettanto pervasivo ed efficace: esso si riferisce "not to a government's absolute power of rule but to its ability to enlist continuous support for its design and to be able to act effectively to realize its purposes"⁶³. L'utilizzo delle risorse come strumento di governo è forse una delle espressioni più tipiche dell'esercizio del potere nello stato moderno, dove, come ha osservato Foucault "law recedes" e "it is not a question of imposing law on men but of disposing of things: that is, of employing tactics rather than laws, and even of using laws themselves as tactics"⁶⁴.

Antonia Baraggia
Dip.to di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale
Università degli Studi di Milano
antonia.baraggia@unimi.it

⁶¹ L. H. Tribe & J. Matz, *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution* 256 (2014)

⁶² L.W. Fisher, *Contracting around the Constitution: an Anticommodificationist Perspective on Unconstitutional Conditions*, *Journal of Constitutional Law*, 2019.

⁶³ M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, (OUP, 2010).

⁶⁴ M. Foucault, *Governmentality*, in his *Essential Works*, vol. 3, 2000.